



THOMSON REUTERS

# ProView

## Para baixar sua revista eletrônica:

1. Acesse o link [www.livrariart.com.br/proview](http://www.livrariart.com.br/proview)
2. Digite seu nome, seu e-mail e o CÓDIGO DE ACESSO que se encontra na etiqueta adesiva colada nesta revista.
3. Você receberá no e-mail informado a validação do código de acesso.
4. Se você já é usuário ProView, sua revista aparecerá em sua biblioteca. Caso ainda não seja, siga os passos do e-mail que recebeu para criar seu usuário OnePass, um sistema de login que permite o acesso a vários sites da Thomson Reuters com um único nome de usuário e senha.
5. Faça seu cadastro no OnePass e em seu primeiro acesso ao ProView, digite a chave que recebeu por e-mail.

## Aproveite sua revista eletrônica e boa leitura!

Obrigado por escolher a Thomson Reuters.

ABAIXO O SEU CÓDIGO DE ACESSO:



THOMSON REUTERS





REVISTA DE  
**DIREITO**  
IMOBILIÁRIO

Ano 38 • vol. 79 • jul.-dez. / 2015

## COORDENAÇÃO EDITORIAL

LEONARDO BRANDELLI

## CONSELHO EDITORIAL

Ademar Fioranelli (SP); Adriana Espíndola Corrêa (PR); Antonio Rinaldo (SP); Armando Antônio Lotti (RS); Benito Arruñada (Espanha); Carlos Cini Marchionatti (RS); Carlos Fernando Brasil Chaves (SP); Carlos Kennedy da Costa Leite (MG); Christiano Cassettari (SP); Cristina Stringari Pasqual (RS); Daniela Rosário Rodrigues (SP); Décio Antônio Erpen (RS); Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ); Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (RJ); Everton Luiz Martins Rodrigues (SP); Fatima Nancy Andrighi (DF); Federico Albin (Uruguai); Flávio Tartuce (SP); Francisco Eduardo Loureiro (SP); Francisco José Rezende dos Santos (MG); Frederico Henrique Viegas de Lima (DF); Helio Lobo Junior (SP); Henrique Ferraz Corrêa de Mello (SP); Hercules Alexandre da Costa Benício (DF); Javier Gomes Gállico (Espanha); João Pedro Lamana Paiva (RS); João Teodoro da Silva (MG); Jorge Renato dos Reis (RS); José Augusto Guimarães Mouteira Guerreiro (Portugal); José de Arimatéia Barbosa (MT); José de Mello Junqueira (SP); José Manoel de Arruda Alvim Neto (SP); Josué Modesto Passos (SP); Kioitsi Chicuta (SP); Leonardo Brandelli (SP); Luciano Benetti Timm (RS); Luciano Lopes Passarelli (SP); Luís Paulo Aliende Ribeiro (SP); Luiz Egon Richter (RS); Marcelo Augusto Santana de Melo (SP); Marcelo Benacchio (SP); Marcelo Guimarães Rodrigues (MG); Marcelo Terra (SP); Marco Antônio Pasqual (RS); Marco Aurélio Stradiotto de Moraes Ribeiro Sampaio (SP); Marcos Destefferi (SP); Maria do Carmo de Rezende Campos Couto (SP); Mario Pazutti Mezzari (RS); Mauro Bussani (Itália); Melhim Namem Chalhub (RJ); Mustapha Mekki (França); Narciso Orlandi Neto (SP); Natália Bastos Bechepeche Antar (ES); Nathalie Blanc (França); Nicolás Nogueroles Peiró (Espanha); Nicolau Balbino Filho (MG); Otávio Luiz Rodrigues Júnior (SP); Patrícia André de Camargo Ferraz (SP); Paulo de Tarso Sanseverino (DF); Rafael da Cás Maffini (RS); Rafael Domingos Faiardo Vanzella (SP); Rafael Petteffi da Silva (SC); Rebeca Carpi Martín (Espanha); Ricardo Guimarães Kollet (RS); Ricardo Henry Marques Dip (SP); Ricardo Villas Bôas Cueva (DF); Rodrigo Reis Mazzei (ES); Rodrigo Toscano de Brito (PB); Rodrigo Xavier Leonardo (PR); Romain Boffa (França); Roxana Borges (BA); Sérgio Jacomino (SP); Sergio Llebaria Samper (Espanha); Tânia Mara Ahualli (SP); Tiago Machado Burtet (RS); Ulysses da Silva (SP); Venício Antônio de Paula Salles (SP); Véra Maria Jacob de Fradera (RS); Vitor Frederico Kümpel (SP); Vitulia Ivone Salvo (Itália); Zeno Veloso (PA).

## CONSELHO DE JURISPRUDÊNCIA

Antonio Rinaldo (SP); Daniela Rosário Rodrigues (SP); Carlos Kennedy da Costa Leite (MG); Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (RJ); Everton Luiz Martins Rodrigues (SP); Herick Berger (SP); Izaías Ferro Junior (SP); Leonardo Brandelli (SP); Luciano Lopes Passarelli (SP); Luiz Egon Richter (RS); Luiza Fontoura da Cunha Brandelli (SP); Marcelo Augusto Santana de Melo (SP); Tiago Machado Burtet (RS).

## CONSELHO CONSULTIVO

Ademar Fioranelli (SP); Décio Antônio Erpen (RS); Francisco José Rezende dos Santos (MG); Helio Lobo Junior (SP); João Pedro Lamana Paiva (RS); Mario Pazutti Mezzari (RS); Narciso Orlandi Neto (SP); Nicolau Balbino Filho (MG); Ricardo Henry Marques Dip (SP); Sergio Jacomino (SP).

ISSN 1413-4543

REVISTA DE  
**DIREITO**  
IMOBILIÁRIO

Ano 38 • vol. 79 • jul.-dez. / 2015

*Coordenação Editorial*  
**LEONARDO BRANDELLI**

*Publicação Oficial do*  
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

Repositório de jurisprudência autorizado pelo  
Tribunal Regional Federal da 5.ª Região.

THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS**  
**TRIBUNAIS™**

ISSN 1413-4543

# REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 38 • vol. 79 • jul.-dez. / 2015

*Coordenação Editorial*

**LEONARDO BRANDELLI**

*Publicação Oficial do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB)*

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.



© edição e distribuição da  
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

*Diretora Responsável*

MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda  
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450  
CEP 01136-000 – São Paulo  
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução  
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT  
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)  
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor  
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais  
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site

www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [12-2015]

Professional

Fechamento desta edição: [03.12.2015]



# IRIB INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL



Av. Paulista, 2073 – Horsa I – 12º andar – Cjs. 1201/1202  
Cerqueira César – São Paulo/SP  
Tels.: 11 3289-3599 – 3289-3321 – 3289-3340 – 3262-4180  
[www.irib.org.br](http://www.irib.org.br)

Editorial – [editorial@irib.org.br](mailto:editorial@irib.org.br)

## FUNDADOR

JULIO OLIVEIRA CHAGAS NETO

## DIRETORIA EXECUTIVA

*Presidente:* João Pedro Lamana Paiva (RS)

*Vice-Presidente:* Francisco Ventura de Toledo (SP)

*Secretário-Geral:* Frederico Jorge Vaz de Figueiredo Assad (SP)

*1.º Secretário:* Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ)

*Tesoureiro-Geral:* Vanda Maria de Oliveira Penna Antunes da Cruz (SP)

*1.º Tesoureiro:* Sérgio Busso (SP)

*Diretor Social e de Eventos:* Jordan Fabricio Martins (SC)

## CONSELHO DELIBERATIVO

Sérgio Toledo de Albuquerque (AL); José Marcelo de Castro Lima Filho (AM); Vivaldo Afonso do Rego (BA);  
Expedito William de Araújo Assunção (CE); Luiz Gustavo Leão Ribeiro (DF); Rubens Pimentel Filho (ES);  
Kaison Neves de Freitas (GO); Francisco José Resende dos Santos (MG); Alexandre Rezende Pellegrini (MS);  
José de Arimatéia Barbosa (MT); Cleomar Carneiro de Moura (PA); Fernando Meira Trigueiro (PB);  
Valdecy José Gusmão da Silva Júnior (PE); José Augusto Alves Pinto (PR);  
Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho (RJ); Carlos Alberto da Silva Dantas (RN);  
Décio José de Lima Bueno (RO); Mario Pazutti Mezzari (RS); Sérgio Pompilio Eckert (SC);  
Estelita Nunes de Oliveira (SE); Maria do Carmo de Rezende Campos Couto (SP);  
Marly Conceição Bolina Newton (TO).

# REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 38 • vol. 79 • jul.-dez. / 2015

*Diretora Responsável*  
**MARISA HARMS**

*Diretora de Operações de Conteúdo*  
**JULIANA MAYUMI ONO**

*Editoras:* Aline Darcy Flôr de Souza e Marcella Pâmela da Costa Silva

*Coordenação Editorial*  
**DANIEL CARVALHO**

*Equipe de Produção Editorial*  
*Analistas Editoriais:* Damares Regina Felício, Maurício Zednik Cassim e Thiago César Gonçalves de Souza

*Qualidade Editorial*  
*Coordenação*  
**LUCIANA VAZ CAMEIRA**

*Analista de Qualidade Editorial:* Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Cintia Mesojedovas Nogueira, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecinco e Maria Angélica Leite.

*Equipe de Jurisprudência*  
*Analistas Editoriais:* Felipe Augusto da Costa Souza, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

*Capa:* Andréa Cristina Pinto Zanardi

*Administrativo e Produção Gráfica*  
*Coordenação*  
**CAIO HENRIQUE ANDRADE**

*Analista Administrativo:* Antonia Pereira  
*Assistente Administrativo:* Francisca Lucélia Carvalho de Sena  
*Analista de Produção Gráfica:* Rafael da Costa Brito



# SUMÁRIO

## DOCTRINA NACIONAL

A Usucapião Extrajudicial e o Novo Código de Processo Civil <i>The extrajudicial adverse possession (usucapio) and the New Code of Civil Procedure</i> ARRUDA ALVIM.....	15
O Ingresso dos Contratos atípicos no Registro de Imóveis <i>The entry of atypical contracts in the real estate registry</i> CARLOS KENNEDY DA COSTA LEITE.....	33
Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registraes imobiliárias <i>Abstraction and causality between the real plan and the obligational, and the real estate species register</i> LEONARDO BRANDELLI .....	85
O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião <i>The role of the notarial minute in extrajudicial adverse possession procedure</i> JOSÉ LUCAS RODRIGUES OLGADO.....	125
Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial de registro de imóveis <i>The requirements for extrajudicial adverse possession in the systematic of the New Code of Civil Procedure, and the issue of functional competence of the notary public of notes, and the officer of the real estate registry</i> VALESTAN MILHOMEM DA COSTA.....	155
Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário <i>Regulation of the notarial function and registral and the normative limits of the Judicial Power</i> RAFAEL MAFFINI .....	179
Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes	

*Interfaces between real estate law, arbitration, and the New Code of Civil Procedure: protection efficacy and credit guarantee in real estate record due the recent legislative changes*

LUCIANO BENETTI TIMM, LUCAS PETRI BERNARDES E MANOELA DONÁ ARDENGHI ..... 203

## DOCTRINA INTERNACIONAL

La implantación de registros públicos

*The establishment of public records*

BENITO ARRUÑADA..... 223

Estado, Propiedad, Mercado

*Estate, Propriety, Market*

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ..... 251

Contrat et autres droits – Développement durable. Cession d'un bien pollué et passif environnemental.

Petit guide-âne

*Contract and other duties – Sustainable development. Assignment of rights over the area polluted and transfer of environmental liabilities. Brief manual of guidelines*

MUSTAPHA MEKKI ..... 351

Contrato e outros direitos – Desenvolvimento sustentável. Cessão de direitos sobre a área poluída e transferência do passivo ambiental. Breve manual de orientações

*Contract and other duties – Sustainable development. Assignment of rights over the area polluted and transfer of environmental liabilities. Brief manual of guidelines*

MUSTAPHA MEKKI ..... 373

A função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva

*The social role of the property in Italy: the case of coercive servitude*

VITULIA IVONE..... 397

## DEBATES E TEMAS POLÊMICOS

Da doação a incapaz – Voltemos antes os olhos ao caso concreto

*The Real Estate acquisition theme by incapable person*

SÉRGIO JACOMINO ..... 413

Decisão Judicial – Dúvida – Doação a menores absolutamente incapazes – Necessidade de autorização judicial – Procedência (Sentença Proc. 1055983-36.2015.8.26.0100) .....

419

Da doação a incapaz <i>The donation to incompetents</i> VITOR FREDERICO KÜMPEL E BRUNO DE ÁVILA BORGARELLI.....	421
---	-----

## MEMÓRIA DO DIREITO IMOBILIÁRIO

Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil M.M. SERPA LOPES .....	441
---	-----

## PARECERES E CONSULTAS

Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, que tem, nos termos da Lei 11.772/2008, a função de construção e exploração de infraestrutura ferroviária FRANCISCO JOSÉ REZENDE DOS SANTOS .....	451
Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento – Parecer VÉRA DE FRADERA.....	463

## TRABALHOS FORENSES

Processo de dúvida – Pacto antenupcial (art. 198 da Lei Federal 6.015/1973) ANTÔNIO RANALDO FILHO .....	489
Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso IZAÍAS GOMES FERRO JÚNIOR.....	499

## JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REGISTRO DE IMÓVEIS – Pacto antenupcial – Acordo que estabelece o regime de separação convencional no casamento, com cláusula de renúncia recíproca de direitos hereditários entre os nubentes – Recusa de registro pelo Oficial por contrariedade às normas vigentes • REGISTRO DE IMÓVEIS – Pacto antenupcial – Acordo que estabelece o regime de separação convencional no casamento, com cláusula que limita o direito real de habitação – Recusa de registro pelo Oficial por violação às normas vigentes.....	513
REGISTRO DE IMÓVEIS – Parcelamento do solo – Recusa pelo Oficial Registrador da averbação das modificações realizadas no contrato padrão após sua publicidade.....	521

**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA**

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGISTRO DE IMÓVEL – Contrato de compra e venda – Formalização da avença por escritura particular

Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI

Comentário por TIAGO MACHADO BURTET..... 527

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REGISTRO DE IMÓVEIS – Desapropriação – Recusa de registro de carta de sentença de expropriação de bem da União por município

Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI

Comentário por LUIZ EGON RICHTER..... 538

**ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO** ..... 547**NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA**..... 555



# Doutrina Nacional



# A USUCAÇÃO EXTRAJUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL<sup>1</sup>

## *THE EXTRAJUDICIAL ADVERSE POSSESSION (USUCAPIO) AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE*

**ARRUDA ALVIM**

Livre-docente e Doutor. Professor Titular da Pós-graduação stricto sensu (Mestrado e Doutorado) da PUC-SP. Advogado em São Paulo, Brasília, Porto Alegre e Rio de Janeiro.  
aadoutorado@uol.com.br

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral; Processual

**RESUMO:** O autor aborda o instituto da usucapião extrajudicial à luz do novo Código de Processo Civil, partindo das modificações ocorridas no direito de propriedade ao longo dos séculos, bem como da projeção da função social da propriedade como reflexo para flexibilização dos requisitos para a usucapião. Aponta a inovação legislativa sobre o tema e o impacto da consagração constitucional da ampla função social da propriedade, além de abordar a utilização da ata notarial como título hábil para comprovação dos requisitos para concessão da usucapião extrajudicial. Finalmente, o autor compara a usucapião extrajudicial com outras modalidades de atividades extrajudiciais, sob o ângulo da legitimidade constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Registro de imóveis – Processo civil – Usucapião extrajudicial – Função social da propriedade.

**ABSTRACT:** The author approach the Institute of extrajudicial adverse possession in the light of the new code of Civil Procedure, starting from changes in property rights over the centuries, as well as the social function projection of property as a result for flexibilization of the requirements for adverse possession. Points the legislative innovation on the issue and the impact of the constitutional consecration of full social function of property, besides addressing the use of notarial minutes as good and marketable title to proof the requirements for concession of extrajudicial adverse possession. Finally, the author compares the extrajudicial adverse possession with other forms of extrajudicial activities, from the perspective of constitutional legitimacy.

**KEYWORDS:** Real estate registry – Civil procedure – Extrajudicial adverse possession – Social function of property.

1. Trabalho escrito por convite do Prof. Dr. Leonardo Brandelli, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: 1. A grande significação do direito de propriedade no século XIX – A proteção profunda ao direito de propriedade no século XIX – Requisitos rígidos para usucapir – Mutações ocorridas a partir do limiar do século XX – Modificações fundamentais ocorridas com as Constituições Mexicana e Alemã, de Weimar – 2. A função social da propriedade, sua significação fundamental e sua variada projeção no ordenamento infraconstitucional – 3. Antecedente imediato à disciplina do novo Código de Processo Civil – A modificação da Lei 12.424/2011 – 4. O novo Código de Processo Civil e a ampliação do espectro da Lei 11.977, de 07.07.2009 – 5. A usucapião extrajudicial referida no art. 1.071 da Lei 13.105/2015, CPC/2015, que acresceu à Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) o art. 216-A, onde se disciplina o tema. Interpretação do dispositivo – 6. Paralelo entre a usucapião extrajudicial e outras modalidades de atividades extrajudiciais, sob o ângulo da legitimidade constitucional – Existência de mecanismos semelhantes à execução hipotecária do Dec.-lei 70/1966 nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Espanha – 7. Bibliografia.

## 1. A GRANDE SIGNIFICAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO SÉCULO XIX – A PROTEÇÃO PROFUNDA AO DIREITO DE PROPRIEDADE NO SÉCULO XIX – REQUISITOS RÍGIDOS PARA USUCAPIR – MUTAÇÕES OCORRIDAS A PARTIR DO LIMAR DO SÉCULO XX – MODIFICAÇÕES FUNDAMENTAIS OCORRIDAS COM AS CONSTITUIÇÕES MEXICANA E ALEMÃ, DE WEIMAR

Durante o século XX, o perfil do direito de propriedade alterou-se profunda e crescentemente, com marco inicial a partir das Constituições mexicana e alemã, principalmente esta última, pelo prestígio do país e do direito alemão. Trabalhos doutrinários de expressão, sensibilizados pelos novos tempos, influíram igualmente.

No século XIX, a *propriedade* e o *contrato* foram os institutos mais significativos do direito civil e o mandamento do art. 504 do Código Civil francês, espraçou-se por toda a Europa, símbolo do absolutismo do direito de propriedade de tal como disciplinado no Código, o grande diploma legislativo dessa época. Tratava-se de um direito quase que anterior ao Estado, ao qual cabia, apenas, reconhecê-lo. Assim foi também no Brasil, por previsão expressa das Constituições Imperial e de 1891. A propriedade era um direito absoluto, e também foi assim que se estabeleceu, por certo, no art. 524 do CC/1916. Não tinha de haver pelo proprietário consideração alguma por quaisquer outros direitos ou pessoas, pois os direitos e as pessoas não eram considerados, em detrimento do direito de propriedade. Dizia-se como verdade absoluta que no direito de usar do proprietário estava implicado o direito de não usar.

É perceptível que essa afirmação se esgarçou, o que repercutiu na usucapião, pelas facilidades com que se pode usucapir. Ao longo dos anos, portanto, notou-se certa flexibilização do valor absoluto do direito de propriedade, inclusive na



doutrina. Veja-se, por exemplo, a obra de Lenine Nequete,<sup>2</sup> minudente e muito bem documentada, onde não há sequer uma palavra direta ou indiretamente ligada à função social da propriedade. Já diferentemente ocorre na obra de Fábio Caldas de Araújo,<sup>3</sup> de excepcional valor, onde já na apresentação/nota à 2.<sup>a</sup> edição, o ilustre civilista refere-se a que o direito de propriedade será considerado a partir do patamar do direito constitucional, e sua obra começa no capítulo primeiro com a exposição do *Direito de propriedade e a tutela dos direitos fundamentais*, em um texto extremamente rico de documentação também do direito estrangeiro.<sup>4</sup>

No direito do liberalismo, ser proprietário era um “certificado de cidadania”. A propriedade era protegida pela ação reivindicatória, e segundo o entendimento de Ihering (Savigny, ainda que com concepção diferente sobre a posse, valorizava igualmente o direito de propriedade), as ações possessórias existiam para o proprietário; quando este não fosse o titular de uma tal ação, isto significaria quase que um desvio da teoria objetiva da posse.

No limiar do século XX, a Constituição mexicana (art. 27, 3.<sup>a</sup> alínea) e a Constituição alemã de Weimar (art. 151), subordinaram que a existência do direito de propriedade devia ser exercida também considerando a comunidade, justamente também em prol da comunidade, com atenção e respeito pelo bem comum. O direito de propriedade, de um direito subjetivo despojado de deveres, passou a comportar deveres. Com a maturação destas ideias, que foram de fato sendo implantadas, inclusive entre nós já a partir de 1934, a atual Constituição de 1988, no art. 5.<sup>o</sup>, XXII, ao lado de garantir a propriedade, exige que ela exista amoldada à sua *função social* (art. 5.<sup>o</sup>, XXIII).

## 2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, SUA SIGNIFICAÇÃO FUNDAMENTAL E SUA VARIADA PROJEÇÃO NO ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL

A propriedade, pela sua função social, deixou de ser uma “entidade quase que sagrada”, passando a receber o influxo outros valores e a conviver com outros direitos que reclamavam seu espaço, tais como os elencados no art. § 1.<sup>o</sup> do art. 1.228 do CC/2002, ainda que concretamente regulados em legislação especial, leis sobre o meio ambiente, devendo ser lembrado ainda, por exemplo, o Estatuto da Cidade, a Lei 12.529/2011 e muitos outros diplomas.

---

2. *Da prescrição aquisitiva usucapião*. 3. ed. atual. Coleção Ajuris/17. Porto Alegre: Ajuris, 1981.

3. *Usucapião*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

4. *Idem*, p. 19-57, em que aborda também a função social da posse (p. 52). As mesmas afirmações constam da 3.<sup>a</sup> edição. (p. 19 e ss.).

A função social da posse é expressão por meio da qual se valorizam aspectos da situação de posse não existentes nas teorias clássicas. Estes aspectos não se referem, pura e simplesmente, à configuração da posse, senão que a posse acompanhada de alguns predicados socialmente prezáveis e, como tais, assumidos pelo legislador. Trata-se de posse *faticamente enriquecida*, ou se posse *qualificada*. E, partindo-se da premissa, já assentada, de que a posse emana da propriedade, os predicados que qualificam a posse, para efeito de atribuir-lhe uma função social, são análogos ou correlatos àqueles que se consideram necessários para o entendimento da função social da propriedade. Já tivemos a oportunidade, quanto a isso, de dizer o seguinte:

“(...) a função social da posse não pode sobrepor-se à propriedade, vulnerar o direito de propriedade. Com isso não se pretende afirmar a impossibilidade de prestigiar-se uma situação possessória em detrimento de uma situação de domínio, porquanto a função social da posse está como quem embutida na função social da propriedade.<sup>5</sup> Assim, se na concepção de Ihering as possessórias existem para o proprietário, o contrário tem ocorrido e sido objeto de decisão por nossos tribunais, como é o caso conhecido como o da reivindicatória da favela Pullman,<sup>6</sup> com aplauso do STJ.”<sup>7</sup>

Um reflexo direto da função social da posse e da propriedade foi a sua projeção nos requisitos para a usucapião, de forma a flexibilizá-los ou atenuá-los, tornando mais simples o reconhecimento da prescrição aquisitiva. Assim por exemplo, até o início do século XX foram constantes as legislações e o entendimento de que o *justo título*, entendido “*mais rigidamente*” implicava a possibilidade de diminuição do tempo para usucapir. Exigia-se, ainda – sempre e há tempos – que para ser *justo título* à aquisição, para ser a posse de boa-fé (art. 1.201 do CC/2002; art. 499 do CC/1916), estivesse transcrita ou registrada, pois ninguém poderia crer-se proprietário sem registro em seu nome.<sup>8</sup> Nesse

5. ARRUDA ALVIM,. A função social da propriedade e os diversos tipos de direito de propriedade, e a função social da posse. In: \_\_\_\_\_; CAMBLER, Everaldo (coords.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 59.

6. RT 723/208.

7. *Boletim do IRIB* 2.027, de 16.09.2005.

8. Como antecedentes do entendimento que prevaleceu durante largo tempo, ver no *Projeto Joaquim Felício* o possuidor de boa-fé como “aquelle que possui em virtude de título, capaz de conferir a propriedade, e cujos vícios lhe são desconhecidos” (art. 1.310). O *Projeto Coelho Rodrigues*, em seu art. 1.335, já continha teor muito semelhante ao do vigente art. 1.201 e ao revogado art. 490, dispondo que “Só se considera de boa-fé o possuidor, enquanto ignora o vício da sua posse”. Para uma visão do di-

tempo entendia-se que não era viável alguém entender-se proprietário sem que essa titulação decorresse da publicidade do registro de imóveis, ou seja, com ignorância do direito positivo.

A doutrina clássica tende a classificar *justo título* como “aquele que seria hábil para registro da propriedade no cartório competente não fosse o fato de emanar de quem não é o proprietário do bem, ou, ainda, de padecer de vício ou defeito que lhe retire a idoneidade para tanto”.<sup>9</sup> Quer dizer, trata-se de documento em tudo e por tudo hábil a comprovar a propriedade. Isto foi se atenuando muito, obviamente em detrimento do direito de propriedade, com o correlato favorecimento dos usucapientes portadores de uma configuração de justo título menos exigente.<sup>10</sup> E também a configuração do que é *justo título* ficou comprometida, porque há mais de uma posição.

### 3. ANTECEDENTE IMEDIATO À DISCIPLINA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – A MODIFICAÇÃO DA LEI 12.424/2011

A Lei 11.977, de 07.07.2009 previu, nos seus arts. 51 e ss., a regularização fundiária de imóveis, e no art. 60 a modalidade de usucapião extrajudicial destinada a coadjuvar essa regularização.<sup>11-12</sup>

---

reito comparado e do nosso direito e a evolução deste sobre *justo título*, v. *Comentários ao Código Civil*, t. XI, vol. II, coms. ao art. 1.201.

9. MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 11. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 177.
10. V. ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código...* cit., nota 284, com farta jurisprudência nesse sentido. Pensamos que um dos últimos acórdãos nessa linha é do o STF, em que se invocou, para descaracterizar como justo título, a ausência de registro imobiliário (RTJ 118/64-76, ApCiv 9.691/DF, Pleno, j. 02.04.1986, v. u., rel. Min. Francisco Rezek). Nessa mesma linha, ver acórdão do STF, RE 8.952, j. 06.07.1948, rel. Min. Orosimbo Nonato, *Revista Forense* 122/116, rico em sua fundamentação, e, entre autores brasileiros, referidos, nesse sentido, indica-se a posição de Clóvis Beviláqua, e, ainda, de VOÉCIO, de Alas. Do mesmo relator, Min. Orosimbo Nonato, RE 9.056, j. 20.07.1948, *Revista Forense* 121/74. Ainda no mesmo sentido, Tribunal de Apelação de Alagoas, ApCiv 2.849, j. 22.11.1947, rel. Des. Carlos de Gusmão, com voto vencido em sentido contrário, i.e., desnecessidade de transcrição (apud ALCKMIN, José Geraldo Rodrigues. *Repertório de jurisprudência do Código Civil*, 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 1954, vol. I, j. 902, p. 343; v. ainda, no mesmo repertório, p. 344-353, essa linha de pensamento).
11. “Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de

---

ALVIM, Arruda. A Usucapião Extrajudicial e o Novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 15-31. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Outra lei em que se demonstra a imensa facilitação da usucapião é o que consta da Lei 12.414/2011, que incluiu<sup>12</sup> o art. 1.240-A no CC/2002.<sup>13</sup>

propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

1.º Para requerer a conversão prevista no caput, o adquirente deverá apresentar:

I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel;

II – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel.”

12. Pela Lei 12.424/2015, modificou-se a Lei 6.015 para disciplinar a usucapião extraordinária prevista na Lei 11.977/2009. O texto segue abaixo:

“Capítulo XII – Do registro da regularização fundiária urbana

Art. 288-A. O registro da regularização fundiária urbana de que trata a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, deverá ser requerido diretamente ao Oficial do registro de imóveis e será efetivado independentemente de manifestação judicial, importando:

I – na abertura de matrícula para a área objeto de regularização, se não houver;

II – no registro do parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária; e

III – na abertura de matrícula para cada uma das parcelas resultantes do parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária.

§ 1.º O registro da regularização fundiária poderá ser requerido pelos legitimados previstos no art. 50 da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, independentemente de serem proprietários ou detentores de direitos reais da gleba objeto de regularização.

§ 2.º As matrículas das áreas destinadas a uso público deverão ser abertas de ofício, com averbação das respectivas destinações e, se for o caso, das limitações administrativas e restrições convencionais ou legais.

§ 3.º O registro do parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária poderá ser cancelado, parcialmente ou em sua totalidade, observado o disposto no art. 250.

§ 4.º Independe da aprovação de projeto de regularização fundiária o registro:

I – da sentença de usucapião, da sentença declaratória ou da planta, elaborada para outorga administrativa, de concessão de uso especial para fins de moradia; e

II – do parcelamento de glebas para fins urbanos anterior a 19 de dezembro de 1979 que não possuir registro, desde que o parcelamento esteja implantado e integrado à cidade, nos termos do art. 71 da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009.

Art. 288-B. Na hipótese da regularização fundiária implementada por etapas, o registro será feito com base em planta e memorial descritivo referentes à totalidade da área objeto de regularização, que especifiquem as porções ainda não regularizadas.

Art. 288-C. A planta e o memorial descritivo exigidos para o registro da regularização fundiária a cargo da administração pública deverão ser assinados por profissional legalmente habilitado, dispensada a apresentação de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CREA, quando o responsável técnico for servidor ou empregado público.

Art. 288-D. A averbação da demarcação urbanística para fins de regularização fundiária de interesse social observará o disposto nos arts. 56 e 57 da Lei n. 11.977, de

O que se pode asseverar é que a evolução pela qual passaram o direito de

7 de julho de 2009, e será feita mediante requerimento do poder público dirigido ao registro de imóveis responsável pela circunscrição imobiliária na qual o imóvel estiver situado.

§ 1.º Na hipótese de a demarcação urbanística abranger imóveis situados em mais de uma circunscrição imobiliária, o procedimento previsto no art. 57 da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, será feito no registro de imóveis que contiver a maior porção da área demarcada.

§ 2.º O requerimento de que trata o caput deverá ser acompanhado do auto de demarcação urbanística, instruído com os documentos relacionados nos incisos I a III do § 1.º do art. 56 da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009.

§ 3.º Recepcionado o auto de demarcação urbanística, o oficial deverá proceder às buscas para identificação do proprietário da área a ser regularizada e de matrículas ou transcrições que a tenham por objeto.

§ 4.º Realizadas as buscas, o oficial do registro de imóveis deverá notificar o proprietário e os confrontantes da área demarcada para apresentar impugnação à averbação da demarcação urbanística, no prazo de 15 (quinze) dias, podendo a notificação ser feita: I – pessoalmente;

II – por correio, com aviso de recebimento; ou

III – por solicitação ao oficial de registro de títulos e documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la.

§ 5.º No caso de o proprietário ou de os confrontantes não serem localizados nos endereços constantes do registro de imóveis ou naqueles fornecidos pelo poder público, para notificação na forma estabelecida no § 4.º, disso o oficial deverá comunicar o poder público responsável pelo procedimento para notificação nos termos dos §§ 2.º e 3.º do art. 57 da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009.

§ 6.º Havendo impugnação, o oficial do registro de imóveis deverá notificar o poder público para que se manifeste no prazo de 60 (sessenta) dias.

§ 7.º O oficial de registro de imóveis deverá promover tentativa de acordo entre o impugnante e o poder público.

§ 8.º Havendo impugnação apenas em relação à parcela da área objeto do auto de demarcação urbanística, o procedimento seguirá em relação à parcela não impugnada.

§ 9.º Não havendo acordo, a demarcação urbanística será encerrada em relação à área impugnada.

Art. 288-E. Nas hipóteses de curso do prazo sem impugnação ou de superação da oposição ao procedimento, a demarcação urbanística será averbada nas matrículas alcançadas pelo auto, devendo ser informadas:

I – a área total e o perímetro correspondente ao auto de demarcação urbanística;

II – as matrículas alcançadas pelo auto de demarcação urbanística e, quando possível, a área abrangida em cada uma delas; e

III – a existência de áreas cuja origem não tenha sido identificada em razão de imprecisões dos registros anteriores.

§ 1.º Na hipótese de o auto de demarcação urbanística incidir sobre imóveis ainda não matriculados, previamente à averbação, será aberta matrícula nos termos do art.

## propriedade e o impacto da consagração constitucional *ampla* da função social

228, devendo esta refletir a situação registrada do imóvel, dispensadas a retificação do memorial descritivo e a apuração de área remanescente.

§ 2.º Nos casos de registro anterior efetuado em outra circunscrição, para abertura da matrícula de que trata o § 1.º, o oficial requererá, de ofício, certidões atualizadas daquele registro.

§ 3.º Na hipótese de que trata o § 1.º do art. 288-D, o oficial do registro de imóveis responsável pelo procedimento comunicará as demais circunscrições imobiliárias envolvidas para averbação da demarcação urbanística nas respectivas matrículas.

§ 4.º A demarcação urbanística será averbada ainda que a área abrangida pelo auto supere a área disponível nos registros anteriores, não se aplicando neste caso o disposto no § 2.º do art. 225.

§ 5.º Não se exigirá, para a averbação da demarcação urbanística, a retificação do memorial descritivo da área não abrangida pelo auto, ficando a apuração de remanescente sob a responsabilidade do proprietário do imóvel atingido.

Art. 288-F. O parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária de interesse social deverá ser registrado na matrícula correspondente.

§ 1.º O registro do parcelamento implicará a imediata abertura de matrícula para cada parcela, inclusive daquelas referentes a áreas destinadas ao uso público, nos termos do § 2.º do art. 288-A.

§ 2.º Os documentos exigíveis para o registro do parcelamento, conforme o caso, são aqueles relacionados nos incisos I a IV do art. 65 da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009.

§ 3.º O registro do parcelamento independe do atendimento aos requisitos constantes da Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

Art. 288-G. Na hipótese de procedimento de demarcação urbanística, o registro do parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária de interesse social será feito em todas as matrículas nas quais o auto de demarcação urbanística estiver averbado, devendo ser informadas, quando possível, as parcelas correspondentes a cada matrícula.

§ 1.º No procedimento de demarcação urbanística, admite-se o registro de parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária ainda que a área parcelada, correspondente ao auto de demarcação urbanística, supere a área disponível nos registros anteriores, não se aplicando neste caso o disposto no § 2.º do art. 225.

§ 2.º Nas matrículas abertas para cada parcela deverão constar, nos campos referentes ao registro anterior e ao proprietário:

I – quando for possível identificar a exata origem da parcela matriculada, por meio de planta de sobreposição do parcelamento com os registros existentes, a matrícula anterior e o nome de seu proprietário;

II – quando não for possível identificar a exata origem da parcela matriculada, todas as matrículas anteriores atingidas pelo auto e a expressão ‘proprietário não identificado’, dispensando-se neste caso os requisitos dos itens 4 e 5 do inciso II do art. 167.

§ 3.º Nas matrículas abertas para as áreas destinadas a uso público, deverá ser observado o mesmo procedimento definido no § 2.º.

da propriedade veio a permitir a possibilidade de um instituto como a usucapião extrajudicial, que em outros tempos seria literalmente impensável. Some-se a isto o argumento normativo, de carga quase emocional, que decorre do texto constitucional de que todos devem ter *direito à moradia* (art. 6.º, *caput*, da CF/1988, incluído pela EC 64/2010).

#### 4. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A AMPLIAÇÃO DO ESPECTRO DA LEI 11.977, DE 07.07.2009

A Lei 11.977 admitiu a usucapião extrajudicial para o disposto no art. 183 da CF/1988.<sup>14</sup> Já o Código Civil tem, no seu art. 1.240, texto praticamente igual ao da Constituição.

#### 5. A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL REFERIDA NO ART. 1.071, DA LEI 13.105/2015, CPC/2015, QUE ACRESCEU À LEI 6.015/1973 (LEI DE REGISTROS PÚBLICOS) O ART. 216-A, ONDE SE DISCIPLINA O TEMA. INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO

A regra da Lei 11.977 acabou generalizando-se pelo disposto no art. 216-A, da Lei de Registros Públicos. Aliás, e quanto a isso, é de se notar ser algo paradoxal que um texto de um diploma de processo regule aquilo que prescinde do processo, por ser extrajudicial. O paradoxo persiste salvo se se entender que assim se tenha procedido a lei por tradição, uma vez que a usucapião teve

---

§ 4.º O título de legitimação de posse e a conversão da legitimação de posse em propriedade serão registrados na matrícula da parcela correspondente.”

13. “Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”

14. CF/1988, “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2.º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3.º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

---

ALVM, Arruda. A Usucapião Extrajudicial e o Novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 15-31. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

sempre sua disciplina em diplomas de processo, ainda que admita a lei também o caminho judicial incondicionadamente.

A *ata notarial* (art. 216-A, I) é o documento a ser lavrado pelo tabelião, que tem fé pública, atestando os seguintes requisitos: (a) transcurso de tempo; (b) posse do requerente; (c) e dos seus antecessores; e (d) devendo considerar o caso e suas circunstâncias. Trata-se, a ata notarial, de meio de prova admissível à luz da regra geral do art. 332 do CPC/1973, que já consta expressamente do art. 7.º, III, da Lei 8.935/1994. No Código de Processo Civil de 2015, é meio típico de prova, por meio do qual a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião (art. 384 do CPC/2015).

Quanto a isso, a função do tabelião não será a de emitir juízo de valor sobre o fato a ser provado – a usucapião. Basta atestar, com fé pública, as afirmações de fato relatadas pelo sujeito interessado. É que a ata notarial é um documento público, assim submetido ao regime probante do art. 405 do CPC/2015 (art. 364 do CPC/1973), em que se descreve a ocorrência de fatos que se dão na presença do tabelião, descritos sem expressar qualquer opinião pessoal.<sup>15</sup> A função do tabelião, nesse casto, é eminentemente pública, no exercício daquilo que Athos Gusmão Carneiro chamou, com precisão, de “foro extrajudicial”.<sup>16</sup>

Ademais, e como já tivemos a oportunidade de ressaltar em outra oportunidade, a ata, como qualquer documento, “comprovará, tão somente, que certa pessoa tem conhecimento de como se passou tal ou qual fato. Provará, pois, esse conhecimento por parte de alguém (=signatário), mas não necessariamente o fato em si mesmo”.<sup>17</sup> Por esse motivo diz-se que a presunção de veracidade do documento público não é absoluta, admitindo provas em contrário. Assim, ainda que a lei não se refira, é obviamente certo que, se o registro da propriedade, em decorrência da usucapião extrajudicial padecer de vício, caberá ação judicial.

Um aspecto que possivelmente virá a ser discutido será o de saber da compatibilidade deste sistema com o disposto no art. 5.º, LIV e V, da CF/1988. O

---

15. Nesse sentido: FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 384. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et. al (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 1.046.

16. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

17. ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 989/990.



*caput* do art. 216-A da Lei de Registros Públicos, refere-se que o sistema ali instituído é “sem prejuízo da via jurisdicional”, o que significa que há uma dualidade de caminhos e se coaduna com o disposto no art. 5.º, XXXV, da CF/1988. A usucapião que será objeto de reconhecimento deverá, curialmente, já estar consumada, e o que se fará no registro será a inserção desse título dominial, em nome do que usucapiu, com caráter declaratório, ou seja, desde a data em que isso tenha ocorrido.

Note-se que a essência dos textos do art. 5.º, LIV e V, da CF/1988, expressões do devido processo legal e do contraditório, não devem significar que o “o juiz haja de fazer tudo”. O que não pode escapar à fiscalização do Poder Judiciário é a ocorrência de lesão e a impossibilidade de sua correção, ou que se evitem lesões (ameaça de lesão). E no caso, a via judicial permanece aberta.

Há um tema muito antigo e *atual* no Brasil que pode ao menos auxiliar a respeito do que se está querendo significar. É o respeitante à legitimidade da execução extrajudicial prevista no Dec.-lei 70/1966, em face da atual Constituição Federal das precedentes. Trata-se de discussão antiga, cuja polêmica foi mais uma vez superada desde o ano de 1998, em relação à Constituição Federal de 1988, quando no julgamento do RE 223.075-1, rel. Min. Ilmar Galvão, na esteira e em sintonia com o mesmo entendimento anterior à Constituição Federal de 1988. Nesta oportunidade, o STF decidiu:

“Execução extrajudicial. Dec.-lei 70/1966. Constitucionalidade. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados.”<sup>18</sup>

No mesmíssimo sentido seguiram-se muitos julgados do STF nos últimos anos.<sup>19</sup>

18. RE 223.075, 1.ª T., j. 23.06.1998, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.11.1998.

19. Em especial os seguintes: RE 240.361-8, rel. Min. Ilmar Galvão; RE 148.872-7, rel. Min. Moreira Alves; RE 287.453-1, rel. Min. Moreira Alves; RE 253.474, rel. Min. Celso de Mello; RE 275.684, rel. Min. Sydney Sanches; AgIn 446.728, rel. Min. Nelson Jobim; RE 299.538, rel. Min. Carlos Velloso; RE 401.379, rel. Min. Sepúlveda Perence; AgRg no AgIn 600.876, rel. Min. Gilmar Mendes; AgRg no AgIn 514.565, rel. Min. Ellen Gracie; AgRg no AgIn 688.010-8, rel. Min. Ricardo Lewandowski; AgRg no RE 513.546-2, rel. Min. Eros Grau; RE 607.518, rel. Min. Eros Grau; RE 235.611, rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 539.302, rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 537.131, rel. Min. Celso de Mello; AgRg no AgIn 709.499-4, rel. Min. Cármen Lúcia; AgRg no AgIn 742.788-0, rel. Min. Cármen Lúcia; RE 589.563, rel. Min. Cezar Peluso.

O que os tribunais concluíram é a possibilidade, sem ofensa à Constituição, de que procedimentos expropriatórios deem-se inteiramente de forma extrajudicial, ressalvado o acesso à Justiça no caso de violação a direito. Orientação diferente não tem como prevalecer, pois nada há de inconstitucional no procedimento da execução hipotecária prevista nos referidos artigos, em especial diante da redação do art. 31 do Dec.-lei 70/1966, onde tampouco há incompatibilidade de tal procedimento com a Constituição Federal de 1988. Calha, a propósito, ressaltar a firme orientação também do STJ, firmada em sede de julgamento de recursos especiais repetitivos, no sentido de que:

“Para os efeitos do art. 543-C do CPC/1973: Em se tratando de contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a execução extrajudicial de que trata o Dec.-lei 70/1966, enquanto perdurar a demanda, poderá ser suspensa, uma vez preenchidos os requisitos para concessão da tutela cautelar, independentemente de caução ou do depósito de valores incontroversos, desde que: (a) exista discussão judicial contestando a existência integral ou parcial do débito; (b) essa discussão esteja fundamentada em jurisprudência do STJ ou do STF (*fumus boni juris*).”<sup>20</sup>

Esse mesmo entendimento havia sido invariavelmente acolhido pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, como o tem sido pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça. Antiga opinião do Professor Orlando Gomes roborava esses entendimentos uniformes dos nossos Tribunais de cúpula:

“Diversos argumentos são invocados em favor da constitucionalidade das disposições assecuratórias da cobrança extrajudicial das dívidas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, mas, em resumo, arguem-se principalmente os seguintes:

- 1.º) não se impede, nem se proíbe, o acesso à via judicial;
- 2.º) se há lesão de direito no caso, quem a sofre é o credor por efeito do inadimplemento do devedor; e, é a ele credor, que a lei faculta a escolha da via extrajudicial;
- 3.º) ao devedor não é defeso buscar a via judicial em qualquer fase da execução extrajudicial, não estando excluída, por conseguinte, a cognição pelo Poder Judiciário;
- 4.º) há exemplos na legislação nacional de execução ou cobrança por via extrajudicial ( no penhor, na alienação fiduciária em garantia, na falência) sem

---

20. REsp 1.067.237/SP, 2.ª Seção, j. 24.06.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23.09.2009.

que jamais se houvesse arguido a inconstitucionalidade das disposições que as autorizam;

5.º) a própria lei (Dec.-lei 70/1966), prevê o controle jurisdicional (art. 37), ainda que ‘a posteriori’, exigindo carta de arrematação na venda por leiloeiro que, transcrita no registro de imóveis, possibilita ao adquirente imitir-se, através de concessão liminar, na posse do bem;

6.º) por último, responsabiliza o agente fiduciário que, mediante comprovada má-fé, alienar imóvel pela via extrajudicial.”<sup>21</sup>

É de se opinar que a usucapião extrajudicial não veda o acesso à Justiça, e, portanto é procedimento compatível com a Constituição Federal.

## 6. PARALELO ENTRE A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E OUTRAS MODALIDADES DE ATIVIDADES EXTRAJUDICIAIS, SOB O ÂNGULO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL – EXISTÊNCIA DE MECANISMOS SEMELHANTES À EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA DO DEC.-LEI 70/1966 NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, INGLATERRA, FRANÇA E ESPANHA

Sobre a comparação feita acima entre a usucapião extrajudicial e o Dec.-lei 70/1966, cumpre mencionar que os países que são considerados verdadeiros berços do devido processo legal e do direito à propriedade têm mecanismos congêneres à execução hipotecária não judicializada. Referimo-nos aos Estados Unidos da América e países europeus, como Inglaterra e França.

Na França,<sup>22</sup> há Lei Francesa de 1938 que regulamentou as sociedades de construção e copropriedade de imóveis divididos por apartamentos, e que autoriza a sociedade a excluir o sócio faltoso e a proceder à venda forçada de seus

21. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1.985, p. 380.

22. A doutrina Francesa nos ensina que ao contrário das outras constituições europeias, a Constituição Francesa não possui nenhuma disposição que seja fundamento direto da garantia do “droit au juge”, entretanto, esse “droit au juge” é reconhecido indiretamente pelo Conselho Constitucional, através de sua jurisprudência, quando esta afirma o “droit d’agir en justice”. Os chamados “direitos da defesa” também não são garantidos por nenhuma disposição expressa no ordenamento jurídico francês, no entanto, estes direitos estão consagrados pela jurisprudência do Conselho de Estado como um princípio fundamental reconhecido pelas leis da república. Diz-se também, em França, que o “Conseil Constitutionnel a eleve de concept des droits de la défense au rang de principe à valeur constitutionnel en le rattachant aux principes fondamentaux reconnus par lês lois de la Republique. Le principe du contradictoire em est lê

direitos sociais, mediante a utilização de processo simplificado e extrajudicial. Na Espanha (que consagra o *devido processo legal*, no art. 24 da sua Constituição, de 1978),<sup>23</sup> a Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, estabelece semelhante regime de execução hipotecária em seu art. 681, que dispõe que: “la acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados o pignorados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo”.

A esse respeito, o apartado XVII da Exposição de Motivos da *Ley de Enjuiciamiento Civil* esclarece o seguinte: “En cuanto a la ejecución propiamente dicha, esta Ley a diferencia de la de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa. Se diseña un proceso de ejecución idóneo para cuanto puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica una especial atención. Pero esta sustancial unidad de la ejecución forzosa no debe impedir las particularidades que, en no pocos puntos, son enteramente lógicas (...). La Ley dedica un capítulo especial a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. En este punto, se mantiene en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable”.

Nos Estados Unidos da América, o sistema da execução das hipotecas pode também ser feito extrajudicialmente e, há muito, é controlado pelo *De-*

---

corollaire”. (Cf. FAVOREU, Louis; GAIA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard e outros. *Droit Constitutionnel*. Paris: Dalloz, p.866-877).

23. Art. 24 da Constituição Espanhola (1978): “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a o confesarse culpables a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

*partment of Housing and Urban Development Act* de 1965.<sup>24</sup> Cumpre mencionar que o regime de que trata o Dec.-lei 70/1966 é todo inspirado no sistema norte-americano. Conforme nos dá notícia José Maria Aragão, ao analisar a gênese do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e as repercussões no “Banco Nacional de Habitação” (BNH), “no caso de ‘Mercado de Hipotecas, tentava-se reproduzir, no Brasil, modelo adotado nos Estados Unidos da América do Norte e em outros Países desenvolvidos, através do qual um empresário privado – chamado Iniciador e que poderia ser proprietário de uma área, ou uma Construtora, ou combinar as características – apresentava ao BNH um estudo de viabilidade técnica e financeira de um empreendimento habitacional enquadrado nos limites e condições previamente definidos pelo Banco em suas normas. (...). Uma vez aprovado o estudo de viabilidade, o BNH assinava, com o Iniciador, um contrato de ‘Promessa de compra e venda de hipotecas’, no qual o Banco se comprometia a adquirir os créditos hipotecários gerados pela venda dos imóveis produzidos, sempre que tais créditos satisfizessem as condições definidas no Dec.-lei 70/1966, para as ‘cédulas hipotecárias’ e as normas regulamentares do BNH. Tal avença lastrearia o contrato de empréstimo a ser firmado entre o Iniciador e uma instituição financeira, que poderia ser um banco ou uma sociedade de crédito imobiliário. Lateralmente, o BNH adiantaria à instituição financeira, segundo um cronograma físico-financeiro previamente estabelecido, os recursos necessários à conclusão do empreendimento. Concluída a construção, comercializadas as unidades e gerados os créditos hipotecários, o Iniciador liquidava sua dívida com a instituição financeira e esta faria o mesmo com o BNH, que assumia, então, a condição de credor hipotecário do mutuário final, com os riscos e direitos inerentes ao crédito, até sua liquidação”.<sup>25</sup>

Em síntese, este rito especial e sumário para a execução extrajudicial dos imóveis dos mutuários inadimplentes, como resposta à necessidade de cobrança rápida dos créditos integrantes do Sistema Financeiro de Habitação, além de não afrontar os princípios do devido processo legal e contraditório, não é inovação do direito brasileiro. Como vimos, há mecanismos análogos em diversas legislações estrangeiras, notadamente naqueles países que sempre foram

---

24. Atualmente têm aplicação também outros diplomas legais: Multifamily Mortgage Foreclosure Act, 12 U.S.C.A. §§ 3701-3717, de 1981; Single Family Mortgage Foreclosure Act, 12 U.S.C.A. §§ 3751-3758, de 1994.

25. Cf. ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro de Habitação: uma análise sócio-jurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 100-101.

considerados o berço de aludidos princípios, bem como os precursores das liberdades e garantias fundamentais.

Ademais, a execução extrajudicial também já estava prevista nos arts. 774, III, do CC/1916; 275 do Código Comercial; 14 do Dec.-lei 58/1937; 120, § 2.º, da Lei de Falências; 63 da Lei 4.591/1964 e, mais atualmente nos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997 (alienação fiduciária de coisa imóvel). A execução extrajudicial é prevista, além disso, pelo CC/2002, ao disciplinar a propriedade fiduciária de bem móvel dos arts. 1.361 a 1.368.<sup>26</sup>

A desjudicialização de certos procedimentos especiais, como é o caso da usucapião, não é um movimento isolado. Foi o que ocorreu, por exemplo, na retificação administrativa de registro imobiliário (art. 213 da Lei 6.015/1973); na consignação em pagamento extrajudicial (art. 38, § 1.º, e art. 41 da Lei 6.766/1979); na consolidação da propriedade fiduciária (Lei 9.514/1997) e na via extrajudicial de inventário, partilha e separação (Lei 11.441/2007).

## 7. BIBLIOGRAFIA

- ALCKMIN, José Geraldo Rodrigues. *Repertório de jurisprudência do Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954. vol. I.
- ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro de Habitação: uma análise sócio-jurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. Curitiba: Juruá, 2000.
- ARAÚJO, Fábio Caldas. *Usucapião*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ARRUDA ALVIM. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. t. XI, vol. II.
- \_\_\_\_\_. A função social da propriedade e os diversos tipos de direito de propriedade, e a função social da posse. In: \_\_\_\_\_; CAMBLER, Everaldo (coords.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FAVOREU, Louis; GAIA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard. *Droit Constitutionnel*. 17. ed. Paris: Dalloz, 2015.
- FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 384. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et. al (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

26. “Art. 1.364. *Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.*”

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 11. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

NEQUETE, Lenine. *Da prescrição aquisitiva usucapião*. 3.ed. atual. Coleção Ajuris/17. Porto Alegre: Ajuris, 1981.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A Lei 11.977/2009 e as novas bases da usucapião, de Fernanda Loures de Oliveira – *RD-Priv* 50/349-340 (DTR\2012\38923); e
- Usucapião administrativa: uma alternativa possível, de Fernanda Loures de Oliveira – *RDPriv* 48/129-160 (DTR\2011\4698).





# O INGRESSO DOS CONTRATOS ATÍPICOS NO REGISTRO DE IMÓVEIS

*THE ENTRY OF ATYPICAL CONTRACTS IN THE REAL ESTATE REGISTRY*

**CARLOS KENNEDY DA COSTA LEITE**

Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha. Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Sul de Minas. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Ex-professor titular de Direito Civil e Direito Imobiliário do Instituto Machadense de Ensino Superior. Ex-professor orientador do curso de pós-graduação em Direito Registral Imobiliário da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC-Virtual, de Belo Horizonte/MG. Tabelião de Notas do Ofício do Primeiro Tabelionato de Notas da Comarca de Machado/MG. tabelionato.01@oi.com.br

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral

**RESUMO:** O presente trabalho de pesquisa trata do ingresso dos contratos atípicos no Registro de Imóveis, explorando a recepção pelos serviços de Registro de Imóveis, dos títulos que tenham por objeto a transferência de propriedade e a constituição de direitos reais sobre bens imóveis, por ato *inter vivos* e analisando os aspectos de legitimidade da recusa de ingresso dos títulos a registro, com base no art. 167 da Lei 6.015, de 31.12.1973 – Lei de Registros Públicos. A investigação busca o melhor método de interpretação a ser aplicado em razão da vinculação entre as normas de direito material e de direito formal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Registro de imóveis – Tipicidade registral – Contratos atípicos – *Numerus clausus* – *Numerus apertus*.

**ABSTRACT:** The present research deals with the entry of non-standard contracts in the Property Registry, exploring the receipt by the Property Registry services, securities whose purpose is the transfer of ownership and the establishment of real rights over immovable property by acts *inter vivos* and analyzing aspects of legitimacy of the refusal of admission of securities registration, based on art. 167 of Law 6.015 of December 31, 1973 – Law of Public Registry. Research seeks the best method of interpretation to be applied due to the linking rules of substantive law and formal law.

**KEYWORDS:** Property registry – Typicality registral – Atypical contracts – *Numerus clausus* – *Numerus apertus*.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Tipicidade jurídica: 1.1. *Numerus apertus* e *numerus clausus* – 2. Contratos atípicos: 2.1. Conceito, classificação e previsão legal; 2.2. Princípio da autonomia privada; 2.3. Princípio da força obrigatória dos contratos; 2.4. Exemplo de contrato atípico – 3. Os planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico: 3.1. Plano da existência; 3.2. Plano da validade; 3.3. Plano da eficácia – 4. Direitos reais e propriedade: 4.1. Direitos

reais; 4.2. Propriedade – 5. Aquisição dos direitos reais sobre bens imóveis: 5.1. Aquisição de direitos reais sobre bens móveis; 5.2. Aquisição de direitos reais sobre bens imóveis – 6. Atividade registral imobiliária: 6.1. Sistemas registrais imobiliários no direito comparado; 6.2. Sistema registral imobiliário no Brasil – 7. O art. 167 da Lei de Registros Públicos: 7.1. Considerações sobre o dispositivo legal; 7.2. Posicionamento jurisprudencial; 7.3. Posicionamento doutrinário; 7.4. Inconvenientes da configuração do art. 167, I, da LRP – 8. Análise conjuntural do quadro: 8.1. Classificação da Lei de Registros Públicos; 8.2. Processo sistemático de interpretação; 8.3. Impossibilidade de cisão das esferas obrigacional e real; 8.4. Possibilidade de ingresso dos contratos atípicos no álbum imobiliário; 8.5. A abstração legal como solução – Considerações finais – Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O sistema registral imobiliário brasileiro desempenha papel fundamental nas relações negociais envolvendo bens imóveis, uma vez que, segundo o princípio da inscrição adotado pela legislação civil pátria, os atos *inter vivos* que tenham por objeto a transmissão de propriedade ou a constituição e a extinção de direitos reais e direitos obrigacionais com eficácia real sobre bens imóveis, somente se operam com a inscrição do título no registro de imóveis.

Essa realidade conduz à importância e necessidade do empreendimento de pesquisa acerca do ingresso dos títulos nas serventias registrais imobiliárias e das limitações impostas ao registrador com relação ao aspecto qualitativo de tais documentos.

A pesquisa que objetiva o presente trabalho, formula questionamentos afetos ao ingresso no Registro de Imóveis, de títulos que encerrem a celebração de negócios jurídicos *inter vivos* envolvendo transferência de domínio e a constituição de direitos reais sobre imóveis, especialmente os contratos atípicos.

O foco do trabalho se concentra principalmente nos obstáculos emanantes da doutrina e da jurisprudência, ao ingresso de títulos destinados a registro ou averbação no Registro de Imóveis, que não encontrem tipificação nos elencos de atos registráveis e averbáveis, constantes dos incs. I e II do art. 167 da Lei 6.015, de 31.12.1973 – Lei de Registros Públicos (LRP). Neste sentido, é abordada a discussão sobre o caráter taxativo ou exemplificativo dos referidos elencos.

Para a consecução dos objetivos propostos, foram explorados os institutos e figuras jurídicas que guardam conexão com o tema, e efetivado o confronto dos elementos componentes desse material com o fito de se colher inferência sobre a maneira mais adequada de se interpretar os comandos da LRP, quando cotejados com a legislação civil de cunho substantivo, levando em conta os aspectos de vinculação que permeiam as normas de direito material e de direito formal. O último capítulo do trabalho contém a síntese da investigação levada a efeito.

Impende salientar que a exploração do tema se convergiu exclusivamente para os atos sujeitos a ingresso no Registro de Imóveis, que guardam relação direta com os bens imóveis submetidos à Matrícula, ou seja, os atos transmissivos, constitutivos, modificativos e extintivos de direitos reais sobre bens imóveis, assim como os direitos obrigacionais com eficácia real, em razão de seu caráter de oponibilidade a terceiros. Destarte, o desenvolvimento da pesquisa não cogitou sobre os atos registraes de pertinência indireta, tais como os sujeitos a registro no Livro 3 – Registro Auxiliar, por não guardarem relação com o objeto do estudo.

O trabalho de investigação científica adotou como procedimento técnico, a pesquisa eminentemente bibliográfica, por via de abordagem exploratória qualitativa, se valendo principalmente de obras jurídicas de autores clássicos e contemporâneos, além de trabalhos monográficos em periódicos, revistas, congressos e seminários. Foram também coletados, com a devida cautela, alguns elementos em *sites* especializados na *internet*.

No tocante à base de investigação, a pesquisa se orientou pelo método dedutivo, uma vez que os trabalhos de perscrutação se apoiaram em argumentos e premissas jurídicas já validadas e decantadas, na busca da formação de um juízo de valor conclusivo. O exame também se apoiou no método dialético, valendo-se do trinômio *tese*, *antítese* e *síntese*, no processo investigativo.

## 1. TIPICIDADE JURÍDICA

O homem, como animal social, dotado de discernimento e consciência da própria existência, assim definido pela Antropologia Social, vive mergulhado em um oceano de normas das mais variadas espécies, que acompanham sua evolução desde as épocas mais pristinas, que se prestam a tornar exequíveis seus afazeres e nortear suas relações em sociedade. Caio Mário, ao confrontar direito e moral aduz:

“A vida humana é submetida a uma grande variedade de normas. Para conservar a sua saúde, deve o indivíduo seguir os preceitos higiênicos. Para realizar um empreendimento, deve observar as regras técnicas. Para cultivar a divindade, deve obedecer aos princípios religiosos. Para viver em sociedade, tem que pautar sua conduta pela ética, de zoneamento mais amplo do que o direito, porque compreende as normas jurídicas e as morais. As ações humanas interessam ao direito, mas nem sempre. Quando são impostas ou proibidas, encontram sanção no ordenamento jurídico. São as normas jurídicas, são os princípios de direito” (PEREIRA, 1997, vol. 1, p. 8).

Portanto, o Direito, como ciência do “dever ser”, se faz presente por intermédio das normas jurídicas, que impõe à sociedade ações comissivas ou omissivas.

A norma, nesse contexto, vai buscar sua associação ao *fato jurídico*, tratado por Reale (2004, p. 200), como “todo e qualquer fato, de ordem física ou social, inserida em uma estrutura normativa”. Explicando o processo de tipificação do fato, o mestre prossegue:

“O fato, em suma, figura, primeiro, como espécie de fato prevista na norma (*Fattispecie*, *Tatbestand*) e, depois, como efeito juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra de direito: desse modo, o fato está no início e no fim do processo normativo, como fato-tipo, previsto na regra, e como fato concreto, no momento da sua aplicação” (REALE, 2004, p. 200).

A abordagem da tipicidade jurídica pressupõe a apreensão do conceito de *suporte fático*:

“Quando aludimos a suporte fático estamos fazendo referência a algo (= fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Suporte fático, assim, é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (=ocorram) no mundo seus elementos é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, poder-se-á falar em conceitos jurídicos” (MELLO, 2003, p. 38).

“Essa correspondência entre o fato e a norma, que qualifica o primeiro como fato jurídico, recebe várias denominações nos setores do direito, como: suporte fático, tipificação legal, hipótese de incidência, subsunção, fato gerador, *tatbestand* (no direito alemão), *fattispecie* (no direito italiano), *supuesto de hecho* (no direito espanhol) etc.” (GONÇALVES, 2012, vol. 1, p. 317).

Emerge daí, o conceito de tipicidade jurídica, associado ao regramento de conduta, explorado por Silvio Venosa:

“Para atingir esse objetivo do Direito, para que o Direito tenha a certeza de que existe e deve ser cumprido, joga com predeterminações formais de conduta, isto é, descrições legais na norma que obrigam determinado comportamento, quer sob forma positiva, quer sob forma negativa. A isso se dá o nome de tipicidade” (VENOSA, 2005, vol. 1, p. 34).

Muito embora a tipicidade se faça notar com maior intensidade no Direito Penal, em razão da própria sistemática legislativa desse ramo, tal fenômeno é observável em todas as divisões da ciência jurídica. No Direito Civil, a tipicidade tem, por vezes, a função de descrever e caracterizar os institutos que lhe são próprios, assim como enumerar elementos vinculados a determinado fato jurídico.

A tipicidade cria, neste sentido, um vínculo de correspondência, constituindo geralmente um vínculo necessário, entre o fato real e o *tipo*, ou seja, a descrição legal abstrata estabelecida previamente pela lei.

### 1.1. Numerus apertus e numerus clausus

É bastante comum que o fenômeno da tipicidade esteja atrelado a situações em que o legislador cria um rol ou elenco de elementos vinculados ou derivados de determinado dispositivo legal, norma legal ou mesmo de todo o ordenamento jurídico, derivando-se daí a classificação fixada pelo binômio *numerus apertus* (rol exemplificativo) e *numerus clausus* (rol taxativo).

Nos casos em que os elementos constantes do dispositivo legal, norma ou complexo jurídico referem-se a itens considerados de destaque, de maior importância, sem que aquela relação de elementos se esgote em si mesma, dando ensejo a que novos elementos ingressem no contexto jurídico e possam compatibilizar com o elenco preexistente, ter-se-á uma situação em *numerus apertus*, ou seja, um número aberto ou indeterminado ou rol exemplificativo. Por outro lado, quando os elementos jurídicos decorrentes de um comando compõem um conjunto que afasta outras alternativas, ou seja, que se reduzam a um sistema fechado à recepção de outros itens, depara-se com uma situação em *numerus clausus*, posto que traz a significação de número fechado ou determinado, constituindo assim, um rol taxativo.

Situações ocorrem em que o próprio legislador, através de inserção de terminologia própria, se incumba de esclarecer que a relação constante de determinados dispositivo, ou de seus parágrafos, incisos ou alíneas, constituem elenco em *numerus apertus*. Exemplo dessa situação é encontrada nas expressões *tais como* e *as demais*, contidas respectivamente nos §§ 1.º e 2.º do art. 1.331 do CC/2002, ao mencionar as partes de propriedade exclusiva e de propriedade comum na instituição do condomínio edilício. As expressões denotam claramente a ideia de que os elementos mencionados em ambos os parágrafos, constituem meramente itens exemplificativos, estando o rol totalmente aberto à recepção de outros itens correlatos e congêneres.

Entretanto, nos casos de comandos legais que contenham elementos arrolados e o legislador seja omissivo no que refira a expressões que levem inequivocadamente à conclusão de que aquele rol seja exemplificativo, a ilação muitas vezes dependerá da interpretação do operador do direito, no sentido de extrair o entendimento se o rol derivado daquele dispositivo é exemplificativo ou taxativo.

Muitas vezes, os próprios princípios que definem as naturezas jurídicas dos institutos são utilizados como balizamento hermenêutico de forma a absorver a conclusão sobre as existências em número determinado ou indeterminado de tais institutos. Exemplo clássico é a distinção, nesta ótica, entre os *direitos pessoais* e os *direitos reais*.

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Os direitos pessoais, intimamente ligados ao Direito das Obrigações existem em *numerus apertus*. A lei não cria barreiras à criação de novos direitos pessoais, com base na livre iniciativa dos interessados, tendo em conta o dinamismo e a necessidade de incrementação do comércio jurídico que tais institutos reclamam. Essa classificação deságua na admissão, pela legislação civil brasileira, dos *contratos atípicos* ou *inominados*, que serão objeto de abordagem nesta pesquisa. Os direitos reais, diferentemente, restringem-se unicamente àqueles constantes dos incisos do art. 1.225 do CC/2002. O elenco de tal dispositivo é fechado, só sendo admitida a recepção de outros direitos reais através de expressa determinação legal. O texto original do artigo trazia um elenco de dez direitos reais. Por via da Lei 11.481, de 31.03.2007, foram acrescentados mais dois itens (a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso). A relação de direitos reais, em razão da própria natureza jurídica de tais institutos, sofre limitação quantitativa, de forma a impossibilitar que as pessoas, por iniciativa própria, constituam ou se valham de direitos outros que não aqueles delineados no art. 1.225 do CC/2002.

## 2. CONTRATOS ATÍPICOS

### 2.1. Conceito, classificação e previsão legal

O fenômeno da atipicidade dos direitos pessoais conduz à admissão pela legislação civil pátria da celebração dos chamados *contratos atípicos* ou *contratos inominados*. Segundo Rodrigues (2003, p. 37), “*inominados* ou *atípicos* são os contratos que a lei não disciplina expressamente, mas que são permitidos, se lícitos, em virtude do princípio da autonomia privada. Surgem na vida cotidiana, impostos pela necessidade do comércio jurídico”. Em um universo jurídico onde fervilham as relações negociais, é impossível que a legislação possa contemplar todas as modalidades de contratos, atribuindo *nomen juris* e regulamentando cada um deles. Assim, o legislador faculta que sejam celebrados contratos que não tenham expressa previsão legal, desde que estruturados dentro dos preceitos de licitude. A dinâmica é mencionada pelo mestre dos civilistas:

“A tipicidade tem causas históricas, por muito fundada no direito romano, porém não só a vida jurídica nos tempos posteriores e nos dias de hoje, atuou e atua, como também o trato dos negócios, em caracterizações inevitáveis.

O tráfico jurídico não só tipiciza ou corrige o tipo. Por vezes, suscita tipos novos (e.g., no direito brasileiro, a *duplicata mercantil*), ou negócios jurídicos atípicos. A vida muda. Embora os princípios permaneçam, mudam-se estruturas e conteúdos de negócios jurídicos” (PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XXXVIII, p. 366).

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Messineo (1948, p. 226), trata da classificação dos contratos atípicos ou inominados, dividindo-os e, dois grandes grupos, a saber: *Contratos inominados em sentido estrito* ou *contratos inominados puros*, são aqueles com conteúdo absolutamente estranho àquelas tipificadas na legislação; *Contratos inominados mistos*, são aqueles formados por elementos constantes dos tipos legais nominados, que se combinam, formando um novo negócio.

A admissão dos contratos atípicos encontra respaldo no art. 425 do CC/2002, ao explicitar que “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Com este comando, a lei possibilita que as pessoas se vinculem no mundo negocial através de um sem número de contratos, contanto sejam respeitadas as normas gerais estabelecidas na lei, mormente os requisitos de validade do negócio jurídico que será abordado oportunamente neste estudo.

O reconhecimento dos contratos atípicos, se alicerça, igualmente no *princípio da autonomia privada* e no *princípio da força obrigatória dos contratos*, que ainda sobrevivem às profundas mudanças impostas ao direito contratual moderno e pós-moderno.

## 2.2. Princípio da autonomia privada

A liberdade de contratação inerente ao reconhecimento legal dos contratos atípicos defluiu da declaração de vontade das partes contratantes e repousa sobre o *princípio da autonomia privada*, conforme define a doutrina:

“Nos contratos atípicos, a determinação formal é dada pelas partes. Isso não significa que a lei não proteja essa manifestação de vontade. Como estamos no campo da autonomia da vontade, respaldada pelo ordenamento, a descrição das condutas, feita pelas partes nesses contratos, estará inserida em um negócio jurídico perfeitamente válido e eficaz” (VENOSA, 2010, p. 435).

O princípio da autonomia privada delega à vontade individual o poder de criar, modificar e extinguir direitos, oferecendo às pessoas a liberdade de obrigarem-se. Embora tenha rompido seu cordão umbilical com o liberalismo francês, o preceito jurídico permanece orientando as relações negociais, limitado pela função social do contrato insculpida no art. 421 do CC/2002.

O *princípio da autonomia da vontade*, que leva em conta critérios subjetivos da vontade, perde terreno, contemporaneamente, para o princípio da autonomia privada, que conjuga a vontade individual com a boa-fé objetiva, a função social dos negócios jurídicos e o efeito relativo dos contratos, limitando a ampla liberdade herdada da Revolução Francesa, pelo *dirigismo contratual* em voga nos tempos atuais.

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

No Brasil, o assentamento do princípio da autonomia privada nas atividades negociais tomou especial importância após a vigência do Código Civil de 2002, em razão da clara inspiração do diploma legal na teoria tridimensional do direito. Fernando Noronha (1994, p. 115), conceitua a autonomia privada, esclarecendo que ela “consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo, negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção de bens e serviços”. Comentando o instituto, o mesmo autor (op. cit., p. 116), expõe que ela “costuma ser vinculada à força obrigatória dos contratos, mas, a obrigação de cumprir o contrato está associada essencialmente ao dever ético, de respeitar a palavra dada, e está ligado essencialmente à tutela da confiança e ao princípio da boa-fé”.

Insta salientar, todavia, que várias das obras consultadas ainda se valem do termo *autonomia da vontade*, devendo o fato ser levado em consideração nas transcrições doutrinárias, em razão da atualidade conceitual da autonomia privada.

Nota-se, portanto, que o assentimento legal aos contratos atípicos emana do princípio da autonomia privada.

### 2.3. *Princípio da força obrigatória dos contratos*

Para os objetivos da presente pesquisa, é importante ressaltar a existência de outro princípio jurídico, que exsurge paralelamente ao princípio da autonomia privada, e ao qual se submetem tanto os contratos típicos, quanto os atípicos. Trata-se do *princípio da força obrigatória dos contratos*, também denominado *princípio da força vinculante dos contratos*. O mandamento se inspira na máxima latina *pacta sunt servanda*, segundo a qual, os pactos devem cumpridos. A doutrina define o preceito:

“Pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar. A ordem jurídica concede a cada um a liberdade de contratar e definir os termos e objeto da avença. Os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo, não podendo se forrarem às suas consequências, a não ser com a anuência do outro contraente. Como foram as partes que escolheram os termos do ajuste e a ele se vincularam, não cabe ao juiz preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação do princípio de equidade. O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada” (GONÇALVES, 2011, vol. 3, p. 48).

O princípio da força obrigatória dos contratos se fundamenta na necessidade de segurança jurídica dos pactos, posto que as partes, ao contratarem,

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



necessitam da garantia de cumprimento do que foi entabulado. Apoia-se igualmente na garantia de intangibilidade do contrato, assegurando que as disposições constantes do negócio jurídico somente podem sofrer modificações através do consentimento de todos os contratantes, sendo vedado até mesmo ao juiz intervir em seu conteúdo, ressalvadas as situações de onerosidade excessiva, teoria da imprevisão e outras prescritas em lei e até admitidas em caráter implícito, pelas vias principiológicas.

O princípio da força vinculante dos contratos também encontra obstáculos e limitações decorrentes da socialização do Direito Civil, bem como da supremacia da ordem pública. Assim, hodiernamente, a vontade dos contratantes e o preceito coercitivo dos contratos, deve se harmonizar com a segurança jurídica, a equidade e a justiça contratual, em razão dos motivos apontados pelos doutrinadores:

“Enquanto predominaram as ideias liberais e individualistas do século XIX, era natural e até compreensível que, partindo-se da ideia (posteriormente reputada como equivocada) de que as partes são formalmente iguais, a vontade que delas emanasse poderia traduzir-se em lei imutável.

Todavia, esse princípio da força obrigatória, manifestado especialmente na imodificabilidade ou intangibilidade dos termos do contrato, tornou-se um nefasto instrumento de opressão econômica.

As mudanças por que passou a humanidade no decorrer do século XX, alimentadas por um inimaginável esforço bélico, acentuariam as desigualdades sociais facilitando a opressão do fraco pelo forte” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, vol. 4, t. 1, p. 38).

Cumpre, por outro lado, esclarecer que, mesmo limitado por tais elementos, a força coercitiva dos pactos, há de ser reconhecida, uma vez que sua admissão é indispensável à segurança jurídica, tão cara ao tráfico jurídico nas relações contratuais, como adverte Gomes (2001, p. 36): “Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico”.

#### 2.4. *Exemplo de contrato atípico*

Para que os objetivos do presente trabalho de pesquisa sejam atingidos com efetividade, se faz conveniente a inclusão de elementos ilustrativos, que possam ser utilizados, quando do confronto final dos institutos que estão sendo explorados. O prof. Álvaro Vilaça de Azevedo, em excelente trabalho monográfico, expõe uma série de casos concretos nos quais emitiu pareceres, dentre os quais se transcreve um, que tem relação estreita com o tema explorado na pesquisa:

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

“Em outro parecer meu, concluí, em 10 de setembro de 1985, também, pela existência de contrato atípico misto, em que as partes realizaram negócio de venda e compra de áreas de terra, concomitante, com execução de obras, em empreendimento de uma delas.

No caso, a empresa A vendeu à empresa B duas áreas de terra, sendo certo que, à época de lavrarem-se as escrituras definitivas, firmaram essas partes um contrato particular de execução de obra, pelo qual a compradora das áreas obrigou-se a realizar trabalho de infraestrutura de loteamento, gratuitamente, no terreno, restante, da aludida vendedora.

Afora outras situações secundárias, o certo é que restou evidenciado que as partes quiseram os dois negócios, simultaneamente, que, embora típicos, compra e venda e empreitada, restam indivisíveis na aludida relação jurídica (os negócios nasceram juntos, por uma única causa).

Por isso, mesmo que cumpridas as prestações do negócio de compra e venda, ele não se extingue, pois fica dependente do cumprimento das prestações na empreitada, sob pena de rescisão do negócio todo.

Assim, são indivisíveis todas as avenças dessas mesmas partes, tais as prestações de dar, de ambas, nas compras e vendas de áreas de terra; tais as prestações de dar e de fazer, na empreitada, assumidas pela empresa B, independentemente de qualquer remuneração. Os negócios formam uma unidade obrigacional só, que não pode ser dividida. As partes, ao contratarem, quiseram o todo das duas contratações” (AZEVEDO, 2004, p. 141).

Note-se que, no exemplo oferecido pelo doutrinador, ocorreu uma cisão formal entre os dois negócios jurídicos (compra e venda e empreitada), embora tenham sido reputados indivisíveis pelo mestre, formando um só contrato atípico misto, frente às razões expendidas.

A transcrição do caso se justifica, tendo em conta que outra situação bastante semelhante será utilizada como referencial ao ser efetivado o exame sistemático do material coligido na investigação.

### 3. OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Os negócios jurídicos, para atingirem sua plenitude, devem se submeter ao crivo da *escada ponteana*, composta por três planos, quais sejam, *da existência, da validade e da eficácia*.

Conforme já referenciado, a admissão legal dos contratos atípicos encontra-se atrelado aos pressupostos que garantam a licitude dos negócios jurídicos. Nesse sentido, preleciona Venosa (2010, p. 435) que, “quer no contrato típico,

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

quer no contrato atípico, parte-se de um plano geral de existência, validade e eficácia como em qualquer outro negócio jurídico. Examinam-se os requisitos orientadores da Parte Geral e da teoria geral das obrigações e dos contratos”. Tratando-se de contrato atípico, as partes contratantes devem levar em conta a cautela de promover a formulação pormenorizada e cuidadosa das disposições contratuais, tendo em vista que a ausência de regulamentação legal específica, demanda que o acordo de vontades seja minudenciado, visando a dissipação de dúvidas, e, por conseguinte, evitando questionamentos judiciais.

### 3.1. Plano da existência

O plano da existência dos negócios jurídicos tem como pressupostos, os *elementos* constitutivos do ato. Em sua sede, não se investiga sobre a invalidade ou ineficácia do negócio jurídico, importando tão somente, nessa dimensão, a presença dos elementos estruturais no negócio, para que se lhe repute existente. Mello (2003, p. 96), explica: “No plano da existência não se cogita sobre a invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência”. O plano da existência, neste sentido, está atrelado, em sua essência, ao conceito de suporte fático, que remete ao que foi explanado sobre tipicidade jurídica.

Assim, para a constatação da existência de um negócio jurídico é necessária a percepção de seus *elementos* constitutivos. Verifica-se na doutrina, uma multiplicidade de classificações, onde grassa a divergência, no que atine aos elementos do negócio jurídico que justificam sua existência. Fugindo dos contrastes e aprofundamentos, e, focando na matéria que tem caráter de influência neste trabalho, pode-se afirmar, nas dicções de Gagliano e Pamplona Filho (2006, vol. 1, p. 322) que “são *elementos constitutivos* os seguintes: a) manifestação da vontade; b) agente emissor da vontade; c) objeto; d) forma”.

A *manifestação da vontade*, que nos contratos recebe e denominação de *consentimento*, diz respeito à exteriorização da vontade do agente ou dos agentes do negócio jurídico. Essa exteriorização é o sopro de vida dado pelo agente ao negócio jurídico pretendido, sendo importante salientar que a manifestação da vontade deve se conjugar com os preceitos da autonomia privada, já comentada, pelos motivos expendidos.

Essa manifestação necessita de um meio para se fazer exprimir. Esse veículo é a *forma*. Tal roupagem toma seus contornos de maneira expressa ou tácita, através da palavra falada ou escrita, gestos, sinais; e, até mesmo pelo silêncio, nos casos previstos em lei.

Para a existência do negócio jurídico é fundamental a participação daquele que exterioriza a vontade: o *agente*; ou seja, o sujeito de direito; a pessoa natural ou jurídica que emite a manifestação de vontade que dará vida ao negócio jurídico. Necessário ponderar que, diferentemente de outras figuras congêneres, tais como o fato jurídico *stricto sensu*, o negócio jurídico só adquire existência tendo como pressuposto a ação humana.

O *objeto* pode ser conceituado, sumariamente, como o ponto para o qual convergem as manifestações de vontade dos agentes do negócio jurídico. Azevedo (2002, p. 134) esclarece que, “por objeto do negócio jurídico deve-se entender todo o seu conteúdo. Há, aliás, quem veja no objeto o elemento central do negócio, por entender que a característica específica deste está justamente em poder o agente plasmar esse conteúdo”.

Nos contratos típicos a apreensão de tais elementos é de fácil percepção, posto que a especificidade decorrente da regulamentação legal permite, com facilidade, o vislumbre desses elementos na própria norma que os disciplinam. Tratando-se de contrato atípico, a constatação dos elementos estruturais fica prejudicada pela ausência de regulamentação específica dessas figuras, cuja lacuna, a propósito, é muito combatida por Álvaro Villaça Azevedo (2004, p. 199). No entanto, essa verificação, apesar de demandar uma investigação mais acurada, é plenamente possível, quando efetivada em conjunção com o *plano da validade*, comentado a seguir, com balizamento nos requisitos de validade do negócio jurídico contidos no art. 104 do CC/2002. Assim, se se constata que as manifestações de vontade emanaram de agentes capazes; incidiu sobre objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e, utilizou como veículo, forma prescrita e não defesa em lei; ter-se-á por cumprido o ingresso desse contrato atípico no plano da existência.

Assim, visando ilustrar o que foi dito, em um contrato, por exemplo, de compra e venda de uma casa residencial no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), tendo as *partes contratantes*, vendedor e comprador, manifestado *consentimento* acerca da *coisa* vendida e de seu *preço*, pode-se afirmar que esse contrato de compra e venda é *existente*, mesmo que ele ainda não tenha sido devidamente formalizado, levando-se em conta unicamente a presença de todos os seus elementos constitutivos, que são *consentimento*, *coisa* e *preço*. Outrossim, embora existente, não se pode afirmar, de pronto, se esse contrato seja *válido* e *eficaz*.

### 3.2. Plano da validade

O *plano da validade*, por sua vez, cogita sobre os *requisitos* do negócio jurídico. Nesta esfera, cuida-se da *adjetivação* dos elementos do negócio jurídico,

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

já mencionado no plano da existência. Tais requisitos encontram-se elencados no art. 104 do CC/2002, sendo eles: a *capacidade do agente*; *licitude, possibilidade e determinação do objeto*; e, *prescrição legal e não vedação da forma*. É no plano da validade, segundo aponta Mello (2003, p. 97), “onde o direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não tem qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante”. E conclui o doutrinador (op. cit., p. 98): “No plano da validade é onde têm atuação as normas jurídicas invalidantes. A incidência delas se dá, na verdade, quando o suporte fático ocorre, mas os seus reflexos, as suas consequências, aparecem somente nesse plano”.

É nesse ambiente que ocorrerá a triagem de sanidade do negócio jurídico, para constatar a não ocorrência de *nulidade* ou *anulabilidade*. Pontes de Miranda (1983, t. IV, p. 4) esclarece: “Quando se trata de saber quais são os negócios jurídicos, ou os atos jurídicos *stricto sensu*, válidos, o que importa é arrolarem-se os pressupostos *de validade*, que o mesmo é dizer-se de não ocorrência de causas de nulidade ou de anulabilidade”.

Portanto, no exemplo mencionado na abordagem do plano da existência, se ambos os contratantes forem maiores e capazes, não havendo qualquer vício ou gravame em relação ao imóvel que inviabilize sua alienação; e, desde que o negócio jurídico seja formalizado por escritura pública, atendendo o comando do art. 108 do CC/2002, ter-se-á que o negócio jurídico, além de *existente*, é também *válido*. Caso as partes contratantes decidissem formalizar o pacto, servindo-se de escrito particular, o negócio jurídico, embora *existente*, seria *inválido*, por ter sido instrumentalizado ao arrepio do que dispõe a lei com relação a sua forma.

### 3.3. Plano da eficácia

O plano da eficácia remete aos *efeitos* do negócio jurídico, ou seja aos *resultados*, ao objetivo final pretendido pelos contratantes ao celebrarem a avença. O plano da eficácia se relaciona com a criação, modificação e extinção dos direitos emanantes do negócio jurídico entabulado. Gagliano e Pamplona Filho (2006, vol. 1, p. 403), esclarecem que “neste plano verifica-se se o negócio jurídico é eficaz, ou seja, se repercute juridicamente no plano social, imprimindo movimento dinâmico ao comércio jurídico e às relações de direito privado em geral”.

É de se salientar que o estudo detalhado da eficácia jurídica conduz à análise de seus elementos acidentais limitadores: o termo, a condição e o encargo. Esse aprofundamento não será abordado por ser desnecessário ao propósito deste trabalho. Entretanto, no cerne da classificação dos modos de eficácia

jurídica, é necessário ressaltar que a irradiação dos efeitos, no que tange à *amplitude*, pode ser dar de forma *total* ou *parcial*. O prof. Marcos Bernardes de Mello, faz uma abordagem sobre o tema, de fulcral importância ao que será comentado neste trabalho acerca do vínculo necessário entre a eficácia obrigacional e a eficácia real:

“Essa classificação leva em conta a eficácia própria e final do fato jurídico, no que se incluem efeitos cuja irradiação dependa de elementos integrativos do suporte fático, como ocorre, v. g., com a compra e venda de imóveis, cuja eficácia real de transmitir a propriedade somente se produz após a inscrição (elemento integrativo) do acordo de transmissão no registro de imóveis. Tão logo seja formalizado o contrato, inicia-se a produção de sua eficácia, nascendo, de imediato a relação jurídica entre vendedor e comprador, gerando, se não houver condição suspensiva, todo seu conteúdo eficaz de natureza obrigacional, que, basicamente, limita-se ao dever do vendedor de transmitir a propriedade e o direito do credor a adquiri-la, bem assim o dever do comprador de pagar o preço e o direito do vendedor de recebê-lo. Não se produz, no entanto, sua eficácia final própria, de natureza real, que, em sentido estrito, consiste na transmissão da propriedade do bem que for seu objeto. Se a compra e venda é de bem móvel, a eficácia real somente surge com a tradição da coisa. Por isso, enquanto não há registro, quando o objeto é bem imóvel, ou a tradição, no caso de bem móvel, a eficácia da compra e venda é meramente obrigacional, portanto, parcial” (MELLO, 2003, p. 40).

O enfoque do doutrinador se relaciona com o *princípio da causalidade relativa* entre as esferas obrigacional e real, que, quando acolhido pelo ordenamento jurídico, determina operações de efeitos diferidos em certos negócios jurídicos, como no caso da compra e venda mencionada na citação doutrinária.

Destarte, ainda se valendo do exemplo dado nos planos da existência e da validade, é possível afirmar que, vencido o plano da validade, ocorrerá, em razão da *causalidade relativa*, uma bipartição no plano da eficácia. Ao ser lavrada a escritura de compra e venda do imóvel, além de se atingir o plano da validade, é correto afirmar que o negócio jurídico também passou pelo plano da eficácia. No entanto, esse contrato formalizado por instrumento público, isoladamente, opera efeitos unicamente entre as partes contratantes, exclusivamente na esfera obrigacional. Neste caso, o que se atinge, é meramente a *eficácia obrigacional*, parcial, no campo dos direitos pessoais. Para que o negócio obtenha, em sua plenitude, a finalidade colimada pelas partes contratantes, se faz necessário que o comprador do imóvel promova o registro do título aquisitivo junto ao Serviço Registral de Imóveis. Em razão do sistema registral adotado no Brasil e que será objeto de abordagem futura nesta pesquisa, a *eficácia constitutiva*

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

de *direito real*, que confere ao adquirente do bem, a condição de proprietário, somente é alcançada com o ingresso deste contrato no Registro de Imóveis.

## 4. DIREITOS REAIS E PROPRIEDADE

### 4.1. *Direitos reais*

Com já referenciado anteriormente, os *direitos reais*, diferentemente dos *direitos pessoais*, são *típicos*, ou seja, suas existências jurídicas encontram-se limitadas quantitativamente pela lei, submetendo-se ao princípio do *numerus clausus*. Não existe, portanto, como ocorre com os direitos pessoais, a liberdade para criar novos direitos reais. Assim, o ingresso de um novo instituto de tal natureza na esfera jurídica depende de gênese legal. Os direitos reais incidem sobre *bens corpóreos* e *bens incorpóreos*:

“(...) os direitos reais são os direitos subjetivos de ter, como seus, objetos materiais ou coisas corpóreas ou incorpóreas. As coisas corpóreas são objetos aptos a serem percebidos pelos órgãos dos sentidos e as incorpóreas são objetos destituídos dessa aptidão. Como exemplos de coisas corpóreas a que se podem referir direitos subjetivos reais temos um prédio ou um automóvel. As coisas incorpóreas a que se podem referir direitos subjetivos reais são direitos subjetivos considerados como objetos: são objetos aos quais outros direitos subjetivos podem se referir. É o que ocorre, exemplificativamente, com os direitos do compromissário-comprador, do usufrutuário, do usuário, do enfiteuta, do dono de uma servidão, do credor hipotecário, pignoratício ou anticrético, direitos esses que são materiais, embora sejam coisas incorpóreas” (DINIZ, 2007, vol. 4, p. 353).

Os direitos reais trazem ínsitos em seus âmagos, a oponibilidade *erga omnes*, além da prerrogativa de *sequela*, municiando seu titular de eficácia de oposição em face de qualquer pessoa que ameace seu exercício e possibilitando que o direito seja reclamado em qualquer lugar e contra qualquer pessoa que ilegitimamente o detenha. Tal fato conduz à conclusão da existência de um *sujeito passivo universal*, representado pela coletividade de pessoas, que se encontram submetidas a respeitar o exercício do direito real pelo seu titular, que é o *sujeito ativo* dessa relação. Trata-se da *teoria unitária personalista*:

“A relação jurídica não pode existir entre pessoa e coisa, o que representa um contrassenso; ela só pode estabelecer-se entre pessoas. Por outras palavras, o direito real, como os demais direitos, pressupõe sujeito ativo, sujeito passivo e objeto. Assim, no direito de propriedade, por exemplo, o sujeito ativo é o proprietário, o sujeito passivo, a coletividade em geral exceto o titular do direito, e

o objeto, a coisa sobre que recai o mesmo direito. O direito real constitui, pois, relação jurídica estabelecida entre o sujeito ativo (proprietário) e os sujeitos passivos (todos os demais seres da coletividade)” (MONTEIRO, 1994, p. 9).

A relação de direitos reais encontra-se inscrita no art. 1.225 do CC/2002, podendo tais direitos ser distribuídos em duas categorias: *jus in re propria* ou direito sobre coisa própria, que possui como único elemento, a *propriedade*; e, *jus in re aliena* ou direito sobre coisa alheia, abrangendo a *superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca, a anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia, e, a concessão de direito real de uso.*

A propriedade constitui a *plena in re potestas*, ou seja, o poder pleno sobre a coisa, dado que reúne em si, todos os poderes ou faculdades do proprietário: o direito de usar (*jus utendi*), o direito de fruir ou gozar (*jus fruendi*), o direito de dispor (*jus abutendi* ou *jus disponendi*) e o direito de reivindicar ou reaver (*jus reivindicandi*). Em razão de sua importância, os rudimentos da propriedade serão analisados em apartado.

Os direitos reais sobre coisa alheia são, muitas das vezes, formados por intermédio do desmembramento dos poderes constitutivos da propriedade, conforme é apontado:

“A propriedade é plena quando todos os direitos elementares que a formam se acham reunidos na pessoa do proprietário. Restrita ou limitada, quando algum ou vários desses direitos elementares estão destacados e atribuídos a outrem. Por esse processo, formam-se os direitos reais na coisa alheia. Se a coisa está gravada com usufruto, por exemplo, seu proprietário tem domínio restrito, porquanto os direitos de uso e gozo da coisa passam ao usufrutuário.

Para os que não admitem o fracionamento do direito de propriedade, a limitação pelos outros direitos reais ocorre precisamente com esse efeito, sem que se possa afirmar, no entanto, que há desmembramento, dado que o direito de propriedade, embora restrito, permanece íntegro” (GOMES, 2007, p. 101).

#### 4.2. Propriedade

O Código Civil, em seu art. 1.228 define a propriedade se valendo dos poderes do proprietário, asseverando que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. O conceito doutrinário do instituto, por sua vez, também faz referência às faculdades de seu titular:

“Considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O



proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver. Exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível” (GOMES, 2001, p. 98).

A propriedade é, sem dúvida, o mais importante entre os direitos subjetivos, constituindo cláusula pétrea constitucional, posicionada dentre os direitos e garantias fundamentais na Carta Magna:

“Sob o vigente regime constitucional, o art. 5.º da Carta de 1988 disciplinou o instituto da propriedade como assecuratório dos direitos e garantias fundamentais, ao assim dispor, como regra matriz: ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]’. O inc. XXII do mesmo art. 5.º reforça o princípio de que ‘é garantido o direito de propriedade’, enquanto o inc. XXIII seguinte ameniza a intensidade desse princípio, ao determinar que ‘a propriedade atenderá a sua função social’. O direito de propriedade, nessa norma, vem referido ao lado de outros direitos fundamentais e essenciais, como os direitos à vida, à liberdade e à igualdade” (FIGUEIREDO, 2010, p. 6).

Com base nessa postura constitucional, é possível assimilar que o direito de propriedade, apesar das limitações constitucionais que sofre, tem papel basilar na formação e desenvolvimento da sociedade, representando um dos pilares da economia e do bem-estar social. Nessa seara, a propriedade incidente sobre bens imóveis tem especial destaque no que se refere à estrutura socioeconômica da nação, em razão das necessidades fundamentais de produção de alimentos e habitação, que dependem e se vinculam diretamente à propriedade imobiliária rural e urbana.

As características que configuram a propriedade e demais direitos reais, além dos direitos obrigacionais com eficácia real, que envolvem a oponibilidade contra terceiros, determinam a imprescindibilidade de que a titularidade desses direitos fique evidenciada, visando a segurança do tráfico jurídico. Um dos expoentes do Direito Civil brasileiro, aborda o tema:

“A deslocação do domínio de uma pessoa para outra carece de uma manifestação visível, de um sinal exterior, que ateste e afirme aquele ato diante da sociedade. Exige-o a natureza do domínio. Direito absoluto (*erga omnes*), o domínio obriga a todos, pode ser oposto a todos; importa, pois, a que todos conheçam as suas evoluções. Essa publicidade, ainda mais energicamente, reclama a segurança dos interesses ligados à propriedade; é ela necessária para prevenir as fraudes que a má-fé de uns, protegida pela clandestinidade, pudera preparar em prejuízo de boa-fé de outros” (LAFAYETTE, 1940, p. 127).

Isso é alcançado por via da exteriorização da titularidade do direito real, corolário do *princípio da publicidade*, que se opera de forma diversa para bens móveis e para bens imóveis:

“Nos direitos reais que recaem sobre imóveis, a publicidade, retratada na exteriorização da situação jurídica para efeito de seu conhecimento e oponibilidade em face de terceiros, é alcançada pelo registro do título no Registro de Imóveis. Nos direitos reais que incidem sobre bens móveis, a publicidade, para o fim de visibilidade do direito, decorre da posse” (MATHIAS, 2007, p. 5).

No tocante aos direitos reais incidentes sobre imóveis, esse princípio da publicidade através do registro tem íntima ligação com a constituição do direito real, uma vez que ambos são alcançados com o registro do título aquisitivo no Registro de Imóveis, em consonância com o sistema adotado no Brasil, conforme será explanado adiante.

## 5. AQUISIÇÃO DOS DIREITOS REAIS SOBRE BENS IMÓVEIS

As relações negociais defluentes do Direito das Obrigações, não têm, por si só, o condão de promover a transferência do domínio das coisas. Destarte, no Brasil, o contrato não promove a transmissão de domínio, como ocorre, por exemplo, na França. O direito pátrio fundou esteio no aspecto de exteriorização da titularidade do direito real, se valendo do princípio da publicidade, como parâmetro de definição constitutiva ou declaratória de direitos reais.

Visando adequar o trabalho de investigação com as disposições legais do Código Civil e o escopo proposto pelo tema, o estudo buscará limitar-se aos aspectos da aquisição de direitos reais sobre bens imóveis, fazendo rápida alusão à aquisição de direitos reais sobre móveis, cingindo-se, igualmente, ao *modo de aquisição derivada* de tais direitos.

### 5.1. Aquisição de direitos reais sobre bens móveis

No que tange à forma do negócio jurídico, a transmissão de bens móveis, bem como a constituição de direitos reais sobre essa espécie de bens, não depende de forma especial, consoante o comando do art. 107 do CC/2002.

Outrossim, estabelece o art. 1.226 do CC/2002, que “os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição”. O art. 1.267 do mesmo diploma, reforça a fórmula aduzindo que “a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição”. PEREIRA (1997, vol. 4, p. 126), conceitua a *tradição*, como sendo o “ato de entrega da coisa ao adquirente, transformando a

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

declaração translaticia de vontade em direito real”. Portanto, em se tratando de aquisição de direitos reais relativos a bens móveis, somente a entrega do objeto promoverá a aquisição do direito real, mormente quando se refira à transmissão do domínio da coisa ao seu adquirente. O contrato isoladamente não é dotado desse atributo.

## 5.2. Aquisição de direitos reais sobre bens imóveis

Segundo prescreve o art. 108 do CC/2002, os negócios jurídicos destinados à constituição, transmissão, modificação ou renúncia de direitos reais sobre bens imóveis de valor superior a trinta salários mínimos – deverão se revestir de forma escrita pública, ressalvados os casos estabelecidos por lei. Portanto, nos casos apontados, a escritura pública é forma essencial à validade dos negócios jurídicos.

Com relação à transmissão de propriedade ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis, dispõe o art. 1.227 do CC/2002, que “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 e 1.247), salvo os casos expressos neste Código”. O *caput* art. 1.245 do estatuto, no mesmo diapasão, enuncia que “transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no registro de Imóveis”.

O caráter constitutivo do registro se mostra hialino na leitura do § 1.º do mencionado art. 1.245, ao definir que “enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”. Decorre daí que, embora o registro imobiliário no Brasil produza eficácia relativa de propriedade, conforme se tratará mais à frente neste estudo, o ingresso do título aquisitivo de propriedade ou de constituição de direitos reais, é *conditio sine qua non* à titularização do direito objetivado. Essa constatação encontra supedâneo no *principio registral da inscrição*, assim definido por Santos (2009, p. 5): “O princípio da inscrição significa que a constituição, a transmissão e a extinção dos direitos reais sobre imóveis só se operam por atos *inter vivos*, mediante a sua inscrição no registro imobiliário”.

Depreende-se daí, que, na esfera dos bens imóveis, o registro é a fonte geradora de direito real, sendo imprescindível na transmissão ou constituição, por ato entre vivos, de direitos reais, incidentes sobre bens imóveis.

Da mesma forma, nas suas qualidades de figuras híbridas, alguns *direitos obrigacionais*, adquirem oponibilidade *erga omnes*, e, por consequência, *eficácia real*, quando submetidos a registro, como, por exemplo, o direito de preferência do locatário na aquisição do imóvel locado, insculpido no art. 33 da

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Lei 8.245, de 18.10.1991; ou ainda, a manutenção da locação, que pode ser oposta ao adquirente do imóvel locado, na ocorrência de cláusula de vigência da locação, por força do art. 576 do CC/2002, e, no mesmo sentido, do art. 8.º da Lei 8.245, de 18.10.1991. Neste diapasão, o mestre registrador Leonardo Brandelli, expõe:

“Assim, sem um meio eficaz de publicidade, não se terá um efetivo direito real, oponível a terceiros, uma vez que estes o desconhecirão; poder-se-á chamá-lo de direito real, mas em verdade não o será, ou não o será em sua plenitude, por encontrar sérias restrições jurídicas decorrentes da ignorância de sua existência por terceiros. O mesmo se diga a respeito dos direitos puramente obrigacionais que devam ser oponíveis em relação a terceiros, como certos direitos de preempção, por exemplo: se não forem publicizados, sua oponibilidade esvai-se.

(...)

Embora a relatividade do direito obrigacional seja uma de suas notas características, ainda utilizada pela doutrina, crescente a confrontação a este princípio por haver cada vez mais direitos pessoais oponíveis a terceiros.

(...)

É o que ocorre, por exemplo, com o direito de preempção do locatário de imóvel urbano. Em relação a tais direitos pessoais, para que sejam oponíveis a terceiros, há a necessidade de publicidade, tal qual nos direitos reais (BRANDELLI, 2007, p. 616-617).

Excluem-se da eficácia constitutiva de direitos reais promovida pelo registro, a transmissão *causa mortis*, assim como a aquisição originária por *usucapião*. A exceção atinente ao direito hereditário decorre do princípio francês do *droit de saisine*, recepcionado no art. 1.784 do CC/2002: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. No caso da herança, portanto, o óbito do autor da herança é que constitui o fato gerador de transmissão do direito real. Com relação à usucapião, é a prescrição aquisitiva que ensejará a transmissão ou constituição do direito real. Dessa maneira, na usucapião, o decurso do lapso temporal da posse, provado e reconhecido por sentença declaratória, é que constitui o fato gerador do direito real pleiteado e deferido ao detentor da posse. Levando em consideração que nestes dois casos o direito já se encontra constituído, o registro não ministra eficácia constitutiva de direito real. No entanto, mesmo assim, os títulos que representam tais direitos devem ser submetidos a registro, em homenagem ao princípio da *continuidade*, como *garantia de disponibilidade* do bem, além da promoção de sua eficácia *erga omnes*.

No que tange aos negócios jurídicos que tenham por objeto a transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis; e, lembrando o que já foi exposto neste trabalho quando da abordagem do *plano da eficácia do negócio jurídico* – impende salientar que *eficácia obrigacional* é atingida, via de regra, com a formalização do contrato, vinculando as partes contratantes. Por outro lado, a *eficácia constitutiva de direito real*, só se opera com o registro de título translativo ou constitutivo no Registro de Imóveis:

“A ausência do registro não torna nulo ou anulável o ato. Gera efeitos entre as partes como um contrato válido, mas deixa-o despido de eficácia real em face de terceiros. Assim, uma hipoteca não registrada vigora entre as partes, mas não gera efeito *erga omnes*. Quem adquirir o bem, nesse caso, não o adquirirá hipotecado. Entretanto, se constar do Registro de Imóveis, o adquirente poderá vir a ser privado do bem adquirido se o credor executar a hipoteca” (MATHIAS, 2007, p. 41).

O negócio jurídico tendo por objeto a transmissão ou constituição de direito real sobre imóvel ou de direito obrigacional que demande eficácia real, formalizado em observância a todos os requisitos de validade prescritos em lei, deve então, para atingir eficácia real, ter ingresso no Registro de Imóveis, sob pena de se ter por frustrado o objetivo maior intentado pelas partes quando da celebração da avença.

## 6. ATIVIDADE REGISTRAL IMOBILIÁRIA

### 6.1. *Sistemas registrais imobiliários no direito comparado*

A propriedade e demais direitos reais incidentes sobre imóveis recebem tratamento legal diferenciado no que tange à sua titularidade e à cadeia dominial que acompanham as existências desses bens.

“Para que o Estado pudesse efetivamente prestar sua garantia ao direito de propriedade, foi criado um sistema de registro, um processo registral, que praticado com atos próprios e peculiares, visa a dar autenticidade, eficácia, publicidade e segurança jurídica aos negócios jurídicos respeitantes a imóveis” (SANTOS, 2008, p. 37).

A importância dos sistemas registrais, especialmente em razão das relações obrigacionais no direito pós-moderno e da necessidade, cada vez mais crescente, de proteção do direito de terceiros, é ressaltada no magistério de Leonardo Brandelli:

“O crescimento populacional e a formação de grandes metrópoles, marcadas pela impessoalidade, a industrialização da sociedade, a criação de no-

vos institutos jurídicos que dão vazão a novas necessidades sociais (como a propriedade fiduciária em garantia, por exemplo), a complexidade, enfim, das relações jurídicas e sociais escancarada em uma sociedade de massas tiveram o condão de rapidamente tornar obsoletas as tecnologias publicitárias existentes, reclamando a incoação de outras mais eficientes.

Nesse momento, surge a instituição registral, como fenômeno mais ou menos recente. Aparece como instituição específica e especializada a da publicidade eficiente a determinadas situações jurídicas, sendo reconhecida atualmente, em todo o mundo, como o mais eficaz instrumento de publicidade. E sua importância é sempre crescente, à medida que, cada vez mais, surgem novas situações jurídicas, e faz-se presente a necessidade da publicidade registral em virtude de os direitos apresentarem a nota de potencialidade de atingir em a esfera jurídica de terceiros” (BRANDELLI, 2007, p. 618).

A segurança do tráfico jurídico reclama que o Poder Público ofereça garantias de cognoscibilidade pública a determinados atos e relações humanas. Isto se efetiva através das atividades notariais e registrais, que visam garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácias dos atos e negócios jurídicos. Walter Ceneviva, define os serviços de registro:

“Serviços de registro dedicam-se, como regra, ao assentamento de títulos de interesse privado ou público, para sua oponibilidade a todos os terceiros, com a publicidade que lhes é inerente, garantindo, por definição legal, a segurança, a autenticidade e a eficácia dos atos da vida civil a que se refiram” (CENEVIVA, 2007, p. 24).

O Registro de Imóveis, particularmente, é serviço com sua organização técnica e administrativa direcionada à recepção, registro e publicização das relações jurídicas que tenham bens imóveis como objeto, ou que tenham vínculo jurídico com os direitos que incidam sobre tais bens, de maneira a produzir oponibilidade *erga omnes* e eficácia real.

Os sistemas registrais imobiliários no mundo podem ser classificados em razão da segurança jurídica conferida pelo registro, tendo em conta a própria sistemática de rotina registral adotada, aliado ao regramento de direito civil ao qual se encontra submetido o país. Existem assim, registros imobiliários de *segurança estática* e de *segurança dinâmica*.

Os registros de segurança estática focam sua proteção no titular do direito publicizado, sendo característicos dos sistemas registrais de imóveis voltados à *segurança do direito*. Outrossim os registros de segurança dinâmica direcionam sua custódia ao tráfico jurídico, que é o traço distintivo dos sistemas com foco na *segurança do tráfico*. A doutrina cuida dessa classificação:

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

“Mesmo a publicidade registral imobiliária, publicidade por excelência dos direitos imobiliários hodiernamente, pode ter vários graus de eficácia, conforme a atribuição conferida pelo ordenamento jurídico, e isso tem relação direta com o que se pretende preponderantemente alcançar por meio da publicidade registral: se uma segurança jurídica estática dos direitos imobiliários, dando prevalência ao titular do direito, ou se uma segurança jurídica dinâmica desses direitos, tutelando-se prevalentemente o tráfico jurídico, por meio da proteção do terceiro adquirente de boa-fé” (BRANDELLI, 2013, p. 35).

Com base nessa partição, é possível analisar, no âmbito do Direito Comparado, os atributos próprios de três sistemas registrais de interesse ao estudo:

*Sistema de Registro de Títulos:* esse sistema, de segurança estática, efetiva a publicidade registral com base na cadeia de documentos representativos dos direitos incidentes sobre os imóveis, sem promover uma qualificação registral formal depurativa, calcada em uma análise de fundo dos títulos, que observe com rigor, a continuidade e prevalência de direitos, que pode gerar, inclusive, a malsinada multiplicidade de cadeias dominiais. O órgão registral funciona, assim, meramente como um arquivo de documentos destinado a oferecer cognoscibilidade, relegando ao interessado na aquisição do direito real, a tarefa de efetivar o trabalho de qualificação registral, fora dos domínios registrais, visando investigar sua titularidade e os eventuais gravames a que está submetido, para acautelamento de seus direitos. Conforme aduz Brandelli (2013, p. 44), nesse sistema, “busca-se, primordialmente, tutelar o direito subjetivo do verdadeiro titular, mas se publiciza com foco no título, e não no direito publicizado, sendo este apenas posto à disposição, sem garantia”. Enquadra-se, nesta categoria, dentre outros, o sistema registral francês; importando salientar que nesse país, em razão da *causalidade absoluta* entre as esferas obrigacional e real do negócio jurídico, *a transmissão da propriedade e a constituição de direitos reais sobre imóveis são efetivadas pelo contrato* celebrado entre as partes, muito embora o registro promova os qualificativos de cognoscibilidade pública e oponibilidade *erga omnes*.

*Sistema de Registro de Direitos Fraco:* Ocorre nesse sistema, diferentemente do que acontece no registro de títulos, uma criteriosa qualificação dos títulos que têm ingresso ao registro. Entretanto, como o foco é a segurança do titular do direito publicizado, o sistema não oferece grande proteção ao terceiro de boa adquirente de boa-fé, posto ser sistema de segurança estática, tal como o registro de títulos. A eficácia registral é, portanto, relativa, o que debilita o sistema, tornando-o fraco. Embora se realize a depuração dos títulos representativos dos direitos reais, pautando-se na legalidade, especialidade e continuidade, a eficácia registral possui presunção *juris tantum*, que fragiliza a segurança do adquirente do direito registrado. Para o interessado na aquisição do imóvel, não

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

bastará unicamente as informações constantes do registro para acautelamento de seus direitos, mas deverá paralelamente a elas, buscar elementos externos para garantia de higidez do negócio. Não se observa, destarte, nesta modalidade, a segurança do tráfico jurídico, de forma que os vícios decorrentes do acordo de vontades que deu origem ao título registrado podem contaminar o registro, atingindo o adquirente de boa-fé do direito. É o sistema vigente no Brasil, onde a transferência de domínio de imóveis e a constituição de direitos reais sobre tais bens, ocorrem com o *registro do título que formalizou o negócio jurídico*, vigorando a *vinculação entre o negócio jurídico celebrado e o registro*, por via da *causalidade relativa* entre as esferas obrigacional e real.

*Sistema de Registro de Direitos:* No Registro de Direitos, o sistema, no dizer de Leonardo Brandelli (2013, p. 63), “não apenas publiciza o direito inscrito, como também o garante. E como garante o direito inscrito, pode ir além, tutelando não apenas o direito subjetivo inscrito, mas também aquele que adquiriu esse direito garantido”. Sendo sistema de segurança dinâmica, a prioridade recai sobre o tráfico jurídico, e, diferentemente do registro de títulos, nessa seara, a publicidade incide sobre o próprio direito registrado. A qualificação registral é efetivada com absoluto critério, e o direito, ao ingressar no fólio imobiliário, produz eficácia absoluta, *juris et de jure*, no que diz respeito à informação registral disponibilizada ao adquirente do direito, por via da tutela da aparência jurídica, mesmo que esse direito, em seu nível obrigacional, tenha sido adquirido com vícios ignorados. Existe assim uma forte infusão, por parte do Estado, da confiança registral ao ato inscrito que será objeto de publicidade, bastando ao adquirente, para proteção de seus direitos, o acesso às informações constantes do registro. É o sistema adotado na Alemanha, onde o ordenamento civil adota o critério da *abstração* e não de causalidade entre as esferas obrigacional e real do negócio jurídico. Por não ocorrer o nexo causal entre o direito obrigacional e o negócio jurídico de direito real, verifica-se uma independência desses dois campos. No sistema tedesco, portanto, *o registro do negócio jurídico translativo produz eficácia constitutiva de direito real*; e, pode ocorrer de maneira independentemente da influência e até mesmo da existência do negócio jurídico de direito obrigacional. Em função da produção de *eficácia absoluta* (presunção *juris et de jure*), os eventuais defeitos inerentes ao negócio jurídico de cunho obrigacional não produzem reflexo no registro, somente o afetando aqueles decorrentes do pacto de índole real.

## 6.2. Sistema registral imobiliário no Brasil

A regulamentação da atividade registral imobiliária anterior à vigência da atual Lei de Registros Públicos (Lei 6.015, de 31.12.1973), tomava por base o

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



comando do art. 676 do CC/1916: “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transcrição ou da inscrição, no Registro de Imóveis, dos referidos títulos (arts. 530, I, e 856), salvo os casos expressos neste Código”. Uma cadeia legislativa sucedeu o Código Civil de 1916, regulamentando os procedimentos no Registro de Imóveis e estabelecendo as regras para os atos de *transcrição* e *inscrição* mencionados no Código Civil revogado, especialmente o Dec. 4.857, de 09.11.1939.

Sujeitavam-se a *transcrição* os atos *transmissivos* ou *declaratórios de propriedade imóvel*; e, a *inscrição* era destinada aos atos *constitutivos de direitos e ônus reais incidentes sobre imóveis*. Concomitantemente com esses dois procedimentos, no Registro de Imóveis também se efetivava a *averbação dos atos modificativos e extintivos* daqueles sujeitos à transcrição ou inscrição.

A *Lei de Registros Públicos* vigente (Lei 6.015, de 31.12.1973), introduziu profundas transformações no sistema registral brasileiro, e, dada a complexidade técnica da transição, foi publicada com período de dois anos de *vacatio legis*, entrando em vigor somente em 01.01.1976. A nova lei mudou o foco objetivo do registro. O *título* deixou de ser o referencial do registro e o *imóvel* assumiu essa posição. Surgiu a figura do *fólio real*, representado pela *Matrícula*, que, constituída pelos elementos de assentamento constantes do art. 176 da lei, se traduziu em um verdadeiro repositório de todos os atos atinentes ao imóvel.

Em homenagem ao *princípio da unitariedade*, a Lei de Registros Públicos, no mesmo art. 176, § 1.º, I, estatuiu que cada imóvel deve ter Matrícula própria. Em cada matrícula devem ser lançados os atos registrais que afetam diretamente o imóvel de que trata o *fólio real*, ou seja, o *registro* e a *averbação*.

Sob o manto da nova lei, o *registro* passou a englobar a *transcrição* e a *inscrição* do sistema anterior, em atenção ao comando do seu art. 168. Os *registros* constituem, pois, os lançamentos efetivados na Matrícula que tenham por finalidade escriturar os atos translativos ou declaratórios da propriedade imóvel, os atos constitutivos de direitos e ônus reais e os direitos obrigacionais com eficácia real.

Além do registro, na Matrícula são também assentadas as *averbações*, que são os lançamentos feitos na Matrícula para indicar a ocorrência de alteração, encerramento ou cancelamento de algum registro e até mesmo da própria Matrícula, seja quanto à situação física do imóvel (por exemplo: edificação de uma casa, mudança de denominação de logradouro público, extinção de uma hipoteca), seja quanto à situação jurídica do titular do direito real (por exemplo: mudança de estado civil, morte do usufrutuário).

Os atos sujeitos a registro e averbação no Registro de Imóveis encontram-se relacionados no art. 167 da Lei de Registros Públicos. Levando em conta que esse dispositivo legal, juntamente com os contratos atípicos, figuram como elementos protagonistas desta pesquisa, será destinado, a seguir, um capítulo específico dedicado à análise do elenco de atos sujeitos a registro de que cogita o artigo referido.

## 7. O ART. 167 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

### 7.1. Considerações sobre o dispositivo legal

O art. 167 inaugura o Capítulo I do Título V, da Lei de Registro Públicos, que trata especificamente do Registro de Imóveis. Ao abordar essa modalidade de registro público, o dispositivo destaca, em seus incs. I e II, as *atribuições* do Registro de Imóveis: o *registro* e *averbação*, já comentadas em capítulo anterior. A atecnia da situação do dispositivo legal se denuncia de pronto como bem esclarece Ceneviva (2007, p. 361), ponderando que a *Matrícula*, como principal novidade da LRP e fator de modernização do sistema registral imobiliário brasileiro, deveria abrir o capítulo das atribuições do Registro de Imóveis.

O comando legal é composto por dois elencos. O primeiro encontra-se objetivado no inc. I, contemplando os atos sujeitos a *registro*; e, o segundo no inc. II, estabelecendo os atos sujeitos à *averbação*. Quando da promulgação da Lei de Registros Públicos, o inc. I do art. 167 contava com 34 itens sujeitos a registro; e, o inc. II, com 13 itens sujeitos à averbação. Com as desmetódicas e assistemáticas inclusões realizadas com o correr do tempo, o inc. I, conta, atualmente, com 42 itens, enquanto que o item II possui, hoje, 30 itens. O rol do inc. I, padece de reprovável desorganização hierárquica, promovendo a mesclagem, em confuso mistifório, de direitos reais, contratos de formalização pública e particular, títulos de crédito rural, comercial, industrial, além de elementos afetos ao direito de família, direito processual civil, dentre outros.

O art. 167 da LRP, tem suscitado desde sempre, indagações sobre se a natureza de seu conteúdo se orienta pelo princípio do *numerus clausus* ou do *numerus apertus*, ou seja, existe tormentosa controvérsia sobre os dois elencos do dispositivo: seriam eles taxativos ou exemplificativos.

O rol do inc. II, que trata dos elementos *averbáveis* não será objeto de investigação mais aprofundada neste trabalho, tendo em vista que o tema proposto faz ponderações sobre o ingressos dos *contratos atípicos* no registro de imóveis, que são atos sujeitos a *registro* e não à *averbação*. Ademais, não há polêmica sobre o tema, uma vez que a doutrina e a jurisprudência são pacíficas no en-

tendimento de que *o rol de atos sujeitos à averbação é aberto*, meramente exemplificativo, concedendo ao registrador a liberdade de produzir assentamentos de averbações na Matrícula que não se encontrem previstas na lista do art. 167, II, da LRP.

No pertinente ao rol do inc. I do art. 167 da LRP, grassa a discórdia, sendo profícua a exploração das reflexões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

## 7.2. Posicionamento jurisprudencial

Na esfera jurisprudencial, há forte tendência a reputar em *numerus clausus* o elenco de atos registráveis constantes do art. 167, I, do estatuto registral. Tal fato guarda forte relação com as orientações emanadas dos órgãos de controle e fiscalização dos serviços notariais e registrais, que nem sempre se originam de ponderações e conclusões pautadas no necessário aprofundamento da questão, gerando, não raro, determinações inconsistentes, mas que são, não obstante, seguidas pelos notários e registradores, em função da condição de subordinação hierárquica a tais órgãos, aliada a costumeira ineficácia das eventuais manifestações de irresignação de seus cumprimentos, quase sempre muito coerentes e bem fundamentadas pela experiência profissional dos notários e registradores; mas, que geralmente, são colocadas por terra com argumentos evasivos dos órgãos correccionais.

A doutrina faz referência ao posicionamento jurisprudencial:

“Registro de atos jurídicos sem previsão legal de ingresso no registro de imóveis.

Outro aspecto que causa ‘nulidade direta’ do registro é o lançamento de atos jurídicos sem previsão legal de ingresso no fólio real.

Esse ponto é controverso, e exigiria por si só uma dissertação para discorrer sobre ele, mas trata-se de saber se os atos passíveis de registro listados no art. 167, I, da Lei de Registros Públicos estão enumerados em *numerus clausus* ou em *numerus apertus*. Noutros termos: se aquele rol é taxativo ou exemplificativo.

Nesta seara vamos nos limitar a noticiar que no Estado de São Paulo o entendimento cristalizado dos órgãos censório-fiscalizatórios é no sentido da taxatividade do elenco do art. 167, o que impede o acesso de qualquer ato jurídico ali não arrolado” (TEMPESTA, 2011, p. 29).

Com efeito, malgrado os esforços intentados, a pesquisa somente logrou êxito em colacionar julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde impera a fleumática cognição de que o rol inscritivo do art. 167, I, da Lei 6.015/1973, é fechado:

“Alienação fiduciária de lavoura e produto. Registro – Taxatividade – *Numerus clausus*. Averbação – *Numerus apertus*.

*Registro de imóveis*. As hipóteses de registro são previstas, de modo taxativo, nos diversos itens do inc. I do art. 167 da LRP, constituindo *numerus clausus*. O mesmo não ocorre nos casos de averbação, nos quais as hipóteses descritas no inc. II do mesmo art. 167 são meramente exemplificativas, constituindo *numerus apertus*. Dúvida procedente. Negado provimento ao recurso.

[...]

Como se sabe, as hipóteses de registro são previstas, de modo taxativo e exaustivo, nos diversos itens do inc. I do art. 167 da LRP, constituindo *numerus clausus*.

O mesmo não ocorre, entretanto, nos casos de averbação, onde as hipóteses descritas no inc. II do mesmo art. 167 são meramente exemplificativas, constituindo *numerus apertus*.

[...]

Na mesma direção, já decidiu a Corregedoria-Geral da Justiça (Processo CG 167/2005), como se observa: Tal dispositivo legal atribui ao elenco de hipóteses de averbação discriminadas na Lei de Registros Públicos o caráter de rol meramente exemplificativo, diversamente do que se passa com as hipóteses de registro do art. 167, I, enumeradas em caráter taxativo (cf. Vicente de Abreu Amadei, ob. cit., p. 50, nota 111; Valmir Pontes, Registro de Imóveis. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 178, nota 2) – grifos não originais.

Este mesmo Conselho Superior da Magistratura, em inúmeros precedentes, sempre manteve sólida e pacífica a orientação no sentido de ser um título insuscetível de inscrição predial, não registrável, pela falta de previsão legal específica no art. 167 da Lei de Registros Públicos (Apelações Cíveis 2.272-0-SP, j. 13.06.83, rel. Des. Bruno Affonso de André; 7.476-0/2- Taubaté, j. 18.09.1987, rel. Des. Sylvio do Amaral; 40.017-0/0-SP, j. 15.12.1997, rel. Des. Márcio Martins Bonilha; 63.089-0/6-SP, j. 10.09.1999, rel. Des. Sérgio Augusto Nigro Conceição; 68.605-0/9-Americana, j. 19.10.2000, rel. Des. Luís de Macedo; 96.177-0/4- SP, j. 12.12.2002, e 84-6/4-Tanabi, j. 23.10.2003, ambas rel. Des. Luiz Tâmbara). No mesmo sentido, o decidido na Apelação Cível 000.607.6/2-00, rel. Des. Gilberto Passos de Freitas. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Conselho Superior de Magistratura, ApCiv 0035067.98.2010.8.26.0576, rel. Des. Maurício Vidigal, j. 11.08.2011).”

No que tange aos títulos judiciais o entendimento é semelhante:

“Título judicial. Qualificação registral. Averbação premonitória. Distribuição de ação cível. Registro – Taxatividade. *Numerus clausus*. Averbação – *Numerus apertus*.

Registro de imóveis. Título judicial também se submete à qualificação registrária. As hipóteses de registro são previstas, de modo taxativo, nos diversos itens do inc. I do art. 167 da LRP, constituindo *numerus clausus*. O mesmo não ocorre nos casos de averbação, nos quais as hipóteses descritas no inc. II do mesmo art. 167 são meramente exemplificativas, constituindo *numerus apertus*. Inviabilidade do registro de mandado judicial que comunica a simples distribuição de ação cível. Hipótese distinta daquela prevista no art. 167, I, item 21, da LRP, que se refere à citação e não a uma mera distribuição. Dúvida procedente. Negado provimento ao recurso. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Conselho Superior de Magistratura, ApCiv 607-6/2, rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 22.02.2007).”

A aplicação da analogia como maneira de adequar o enquadramento de determinado título dentro da relação de atos registráveis, é também repudiada pelo Conselho Superior de Magistratura do Estado de São Paulo:

“Registro de Imóveis – Contrato de arrendamento rural – Invalidez de seu registro – Natureza exaustiva do rol constante no inc. I do art. 167 da Lei 6.015/1973 – Inconfundibilidade com o contrato de locação – Decisão mantida.

Os direitos registráveis são taxativamente fixados pela lei, constituem um *numerus clausus*, não cabendo a ampliação do rol dos atos e negócios inscritíveis, vedada a aplicação de analogia para alargamento das hipóteses legais. O arrendamento rural, por seu índice distinto de tipicidade, difere da locação, razão pela qual o seu ingresso no registro imobiliário é vedado.

[...]

Em primeiro lugar, afirma-se a natureza exaustiva do rol constante no inc. I do art. 167 da Lei 6.015/1973. ‘Os direitos registráveis são taxativamente fixados pela lei, constituem um *numerus clausus*’, como afirma Afrânio de Carvalho (Registro de Imóveis, Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 76) e vem sendo reconhecido, de forma pacífica, pela jurisprudência, devido à tipicidade marcante no âmbito do regramento normativo dos direitos reais. Não cabe, portanto, ao juiz ou a qualquer outro interessado ampliar o rol dos atos inscritíveis no sistema registrário, vedada a aplicação de analogia para alargar as hipóteses legais.

[...]

Feita uma comparação entre os contratos de locação e arrendamento rural, é evidente e inquestionável que dois tipos diversos foram construídos pelo legislador e introduzidos no ordenamento positivo. Com relação ao segundo destes tipos, o índice de tipicidade, como elemento individualizador, se corporifica no objeto do contrato, apontado pelos arts. 92 e 95 da Lei 4.504/1964 (Estatuto da Terra), que só tem lugar diante do exercício, em imóvel rural, de

atividade agrícola ou pecuária e quando possível a identificação destes traços característicos, efeitos específicos se produzem. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Conselho Superior de Magistratura, ApCiv 32.930-0/3, rel. Des. Márcio Martins Bonilha, j. 15.08.1996).”

A recepção da promessa de doação no álbum imobiliário foi, de igual forma, obstaculizada, com supedâneo, entre outros fatos, na taxatividade do rol do art. 167, I, da LRP:

“Promessa de doação. Taxatividade de fatos inscritíveis. *Numerus clausus*. Promessa de compra e venda. Casamento – Continuidade – Especialidade subjetiva. *Difficultas praestandi*.

Registro de imóveis – Instrumento particular de promessa de doação – Acesso negado por inadmissibilidade de registro do título – Princípio da legalidade – Recurso não provido.

[(...)]

De outra parte, a impossibilidade de ingresso do instrumento de promessa de doação no fôlio real, decorre de sua não inclusão no rol de títulos registráveis, previsto no art. 167, I, da Lei 6.015/1973 que, convém destacar, é taxativo. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Conselho Superior de Magistratura, ApCiv 1.237-6/0, rel. Des. Marco César Müller Valente, j. 30.06.2010).”

### 7.3. Posicionamento doutrinário

Parte da doutrina registral tende a respaldar a convicção solidificada nos meandros jurisprudenciais. Entretanto, mesmo os autores que defendem a ocorrência do rol taxativo do art. 167, I, da LRP, o fazem se apoiando no fato de que os efeitos do registro são inócuos em relação aos atos que não se prestam a constituir eficácia real:

“O registro não é o desaguadouro comum de todos e quaisquer títulos, senão apenas daqueles que confirmam uma posição jurídico-real e sejam previstos em lei como registráveis.

A enumeração dos direitos registráveis da nova Lei do Registro é taxativa, e não exemplificativa (art. 167).

Dessa maneira, não são recebíveis os títulos que se achem fora dessa enumeração, porquanto o registro nada lhes acrescenta de útil. Nesse particular, a regra dominante é a de que não é inscritível nenhum direito que mediante a inscrição não se torne mais eficaz do que sem ela.

[(...)]

[...] as numerosas promessas contratuais que visam a obter, em seu seguimento, a aquisição de um direito real, ficam fora do registro, pela simples razão de que este nada acrescenta à sua eficácia. Se o descumprimento delas enseja a cobrança de perdas e danos, não ensejará senão isso, se forem registradas.

[...]

Por conseguinte, as promessas de compra e venda (retratável), de hipoteca, de permuta, de doação, de dação em pagamento, de baixa de hipoteca, ou de parte de hipoteca (liberação parcial do imóvel), devem ficar estranhas ao registro, de vez que nenhum efeito produz o seu ingresso, tantas vezes obtido sob o pretexto de se tratar de direitos imobiliários. Não basta que sejam direitos imobiliários, importando que sejam também reais, para constituírem matéria de registro, ponto esquecido por decisões judiciais que dão beneplácito à prática contrária aos princípios” (CARVALHO, 1977, p. 263-265).

Entretanto, o discernimento doutrinário dominante é mais flexível que a impassível posição da jurisprudência paulista. É plausível afirmar que, até onde alcançou o fôlego do presente trabalho de pesquisa, pôde-se apurar a forte predisposição por parte da doutrina em reputar aberto, ou meramente exemplificativo, o elenco do art. 167, I, da LRP.

Alguns doutrinadores criticam o estreito contexto do dispositivo, argumentando que sua configuração atenta contra o critério finalístico que deve pautar a recepção dos títulos que são acolhidos no Registro de Imóveis:

“O *caput* do art. 167 da LRP dispõe sobre o ônus de lançar no SRI, além da matrícula – pedra angular do SRI e maior novidade da LRP –, o registro e a averbação. As hipóteses fáticas sujeitas ao ônus de inscrição no SRI não se limitam ao princípio da estrita legalidade, numa afunilação da guarida no registro imobiliário apenas a atos e fatos jurídicos expressamente previstos na lei. A uma, os atos inscritíveis no SRI não se esgotam na LRP. Derivam de todo o ordenamento jurídico. A duas, a disposição esmiuçada e casuística dos dispositivos do art. 167 da LRP não autorizam interpretação restritiva, como insinua à primeira vista. Antes, amplia o respectivo espectro inscricional, em decorrência do entrelaçamento de seus enunciados, que albergam normas abertas, com outros fora do sistema da LRP, e providos de todo o Direito Positivo. A três, do ponto de vista hermenêutico, a angustura redacional da LRP, quanto aos atos assentados no SRI, não consulta à sua finalidade, de firmar segurança e publicidade aos atos jurídicos. Deve, portanto, ser lida e aplicada finalisticamente pelo operador registral” (MELO JÚNIOR, 2003, p. 323).

Em comentário ao texto acima, inserido em nota de rodapé, o mesmo Melo Júnior (2003, p. 323, nota 1185), obtempera que “Serpa Lopes, *Tratado dos*

*registros públicos*, vol. II, p. 191-195, defende o *numerus clausus*. Essa vetusta inteligência é herança do pandectismo alemão que associa a existência de direito real à prévia previsão legal”. Tal assertiva é deveras significativa, pois o arraigado apego à literalidade legal, não coaduna com o princípio da força probante no sistema registral imobiliário brasileiro, que se pauta na eficácia *juris tantum*. Com base nesse raciocínio, pode-se afirmar, por outro lado, que no sistema registral imobiliário alemão, orientado pela eficácia *juris et de jure*, um elenco exaustivo de elementos registrares tem viabilidade jurídica.

Ainda na esteira dos autores que defendem a enumeração meramente exemplificativa do art. 167, I, da LRP, há aqueles que adotam posição incisiva, pontificando que, desde que o ato seja destinado a produzir direito real, seu acolhimento no Registro de Imóveis é legítimo.

“O que está no art. 167 da LRP e ss., são atos registráveis. Ocorre que tudo que é direito real são coisas que têm de ser registradas, desde que se trata de bens de raiz ou bens imóveis. Se não se registra, não se tem o direito real. A questão é se os atos apontados no art. 167 são taxativos ou exemplificativos. Se taxativos, só poderemos ter ali os registros apontados, e estaria engessada a evolução do mundo negocial imobiliário. Se exemplificativos: tudo o que se relaciona com direito real próprio ou sobre coisas alheias seria registrável independente da tipificação legal.

Seria justo o registro imobiliário não registrar um contrato de *leasing* imobiliário? O registro é para ser uma reprodução fiel dos negócios imobiliários e para conhecimento de todos. A enumeração legal é exemplificativa, pois nada impede que registros outros sejam efetivados. É o nosso entendimento, embora exista respeitável corrente jurisprudencial em sentido contrário, ou seja, que a enumeração legal é taxativa” (RIOS, 2007, p. 129).

O mesmo doutrinador, em artigo no qual defende o instituto da multipropriedade imobiliária compartilhada ou *time sharing* como *genus novum* no elenco de direitos reais do direito civil pátrio, endereça crítica ao entendimento da incidência do princípio do *numerus clausus* no dispositivo comentado, invocando a agressão ao princípio da autonomia da vontade; e, por extensão, ao princípio da autonomia privada:

“Se a multipropriedade é um direito real, tem a faculdade de passar pelo registro imobiliário. Aqui colide com aqueles que defendem o princípio do *numerus clausus*, isto é, entendem que os direitos reais estão limitados aos casos admitidos no art. 167 da LRP. Tal entendimento não é determinado pela lei no Brasil e sim somente acreditado por doutos juristas e respeitável jurisprudência, resultando numa corrente que, infelizmente, engessa a criatividade e o progresso social e do direito das coisas.



Não tem razão de subsistir a adoção do princípio do *numerus clausus*, ou tipificação fechada no direito imobiliário, diante da globalização e da liberdade necessária para que os negócios acelerem-se cada vez mais em busca do bem-estar coletivo e felicidade. Aqui se trata da necessidade de se registrar a propriedade, o principal dos direitos reais, mas não o único, pois temos à frente os direitos reais sobre coisas alheias de garantia, de uso e de aquisição (conquista recentemente moderna) e porque não falarmos, agora, nos direitos reais de habitação periódica.

Muito mais consentâneo com os nossos dias é o princípio do *numerus apertus*, onde se toma os casos do art. 167 da LRP. como meramente exemplificativos, podendo registrarem-se todos os casos de necessária relação direta da pessoa com a coisa.

[...]

Entendemos sem razão a adesão ao princípio do *numerus clausus*, no registro imobiliário brasileiro, e com razão a aplicabilidade do *numerus apertus*, onde a multipropriedade tem o seu registro imobiliário. É o respeito à vontade das partes, para a segurança, oponibilidade *erga omnes* e defesa dos seus direitos perante terceiros, pois registrados publicamente estariam, para conhecimento de todos.

[...]

No registro imobiliário brasileiro, a adoção do princípio do *numerus clausus*, ou de somente se levar ao fôlio registral os casos tipificados da lei é negativa do princípio constitucional da autonomia da vontade. É a adoção do intervencionismo estatal sem lei prévia determinando-o. É o engessamento desnecessário do direito, diante de reclamos sociais em sentido contrário” (RIOS, 1998).

#### 7.4. *Inconvenientes da configuração enumerativa do art. 167, I, da LRP*

Outro aspecto que depõe contra o esboço do art. 167, I, da LRP, é a incongruência da técnica legislativa de sua construção.

Conforme já mencionado alhures, o inc. I do art. 167, da LRP contava, na ocasião de sua promulgação, com 34 itens sujeitos a registro. Atualmente, o inciso já conta com 42 itens. Os acréscimos se traduzem como reflexos das modificações introduzidas no Código Civil e na legislação esparsa, que dizem respeito às alterações que afetem os direitos reais ou obrigacionais com efeitos reais, produzindo, destarte, a expansão do elenco de atos inscritíveis.

Entretanto, a constante ampliação da relação de atos registráveis não é a melhor solução, mesmo porque não existe uma preocupação constante por

parte do legislador em promover acréscimos de itens ao inc. I do art. 167, da LRP, sempre que as alterações legislativas assim o recomendarem. O sistema adotado pela LRP, baseado em uma relação de atos, inibe o comércio jurídico imobiliário, revelando-se um entrave à livre celebração contratual que se destine à constituição de direitos reais imobiliários.

A inadequação do dispositivo legal é acentuada ao se considerar que diversos atos constantes da legislação esparsa e que têm ingresso no Registro de Imóveis, não integram a relação do art. 167, I, da LRP. A doutrina faz menção a eles, utilizando-se do comando do art. 172 como elemento balizador genérico de admissão de títulos no fôlio real:

“O enunciado do art. 167 não esgota as hipóteses possíveis – A enumeração constante no inc. I do art. 167 é exemplificativa, na medida em que não esgota todos os registros possíveis. A renúncia (CC/2002, art. 1.275, II, e seu parágrafo único), embora objeto de disposição expressa vinda do CC/1916 (art. 589, parágrafo único), não é incluída; também a perpetuidade de florestas, de que cuidou a Lei 9.985/2000, em seu art. 21. Incompleta a relação, não atende ao fim a que se destinaria a pormenorização casuística: distinguir com clareza os atos registráveis dos averbáveis. [...] A nomenclatura constante da legislação esparsa, anterior à vigência da LRP, deve ser ajustada, pelo intérprete, ao art. 168. A que conste de legislação posterior será interpretada de maneira e permitir o registro, adaptando-se a respectiva nomenclatura ao enunciado da lei geral, que é esta, ora examinada.

A importância prática que resulta desses defeitos se resume:

- a) nada obsta a que registros outros, além dos alinhados, possam ser feitos quando previstos em outras leis;
- b) todavia, nenhum assentamento alheio à regra geral do art. 172 deve ter inserção imobiliária;
- c) ainda que a legislação se sirva de denominações diversas para os atos do registro (transcrição, inscrição etc.), a unificação deve ser preferida, porque o art. 168 tem amplitude generalizadora” (CENEVIVA, 2007, p. 361).

O mesmo autor, em nota de comentário, invoca outro exemplo de ato alheio ao elenco do art. 167, I, da LRP, e que, não obstante, tem acolhimento no Registro de Imóveis:

“(…) Com o tempo passou a predominar a orientação segundo a qual o registro é acolhido apenas se e quando previsto em lei, mas não exclusivamente pela LRP. Serve de exemplo o Código de Mineração (Dec.-lei 227/1967), ao dispor, em seu art. 12: ‘O direito de participação [(do proprietário da terra quanto à lavra)] de que trata o artigo anterior não poderá ser objeto de trans-

ferência ou caução separadamente do imóvel a que corresponder, mas o proprietário deste poderá: I – transferir ou caucionar o direito ao recebimento de determinadas prestações futuras; II – renunciar ao direito. Parágrafo único. Os atos enumerados neste artigo somente valerão contra terceiros a partir da sua inscrição no registro de imóveis'. A inscrição é hipótese alheia ao elenco do art. 167, demonstrando que o artigo não esgota todas as alternativas de registro imobiliário” (CENEVIVA, 2007, p. 361, nota 4).

Os exemplos de atos registráveis previstos na legislação esparsa, embora ausente do elenco do art. 167, I, da Lei de Registro Públicos, se avolumam à medida que novas soluções legislativas vem suprir as demandas que o tráfico jurídico imobiliário reclama.

“Atualmente, existem diplomas legais esparsos prevendo casos de registro, como no caso, por exemplo, da transmissão de imóveis com base na certidão passada no Registro de Comércio (Lei 8.934/[1994]).

Há doutrinadores que preceituam que a enumeração dos casos de registro no art. 167, I, da Lei 6.015/1973 seja taxativa, limitando as hipóteses de registro exclusivamente às relacionadas no mencionado artigo.

Ocorre que há inúmeros textos de lei que indicam um rumo contrário; o caso citado anteriormente da Lei 8.934/1994 quanto à certidão do registro de Comércio é apenas um deles. Conclui-se, portanto, que a enumeração do art. 167, I, é exemplificativa, porque não esgota todos os casos possíveis” (SANTOS, 2005, p. 89).

Outro problema que atenta contra a técnica legislativa, reside no fato que o inc. I do art. 167, da LRP, traz, emaranhado em seu bojo, tanto os *atos que dizem respeito diretamente aos bens imóveis* (transmissivos de propriedade, constitutivos de direitos e ônus reais e os modificativos e extintivos destes; e, ainda, os direitos obrigacionais com eficácia real), que ensejam a abertura da Matrícula e os respectivos Registros e Averbações no *Livro n. 2 – Registro Geral* – quanto aqueles *atos que não dizem respeito diretamente aos bens imóveis* (arts. 177 e 178 da LRP), que são recepcionados no *Livro n. 3 – Registro Auxiliar*. Tal promiscuidade contida no elenco só faz agravar a caótica configuração do dispositivo.

Denota-se daí, a absoluta inconveniência dos elencos que compõem o art. 167 da Lei 6.015/1973. As adversidades apontadas denunciam a infelicidade do legislador em optar pelo estabelecimento de uma listagem embasada em tipificação concreta, ao invés de se valer de comandos abstratos, muitos mais consentâneos à definição dos atos sujeitos a ingresso no Registro de Imóveis.

## 8. ANÁLISE CONJUNTURAL DO QUADRO

O trabalho exploratório de pesquisa, logrou até o momento, fazer a coleta dos elementos que guardam correlação com o tema apresentado. De posse de todo o material coligido na investigação, impende agora passar ao cotejo dos rudimentos recolhidos, no intuito de se auferir uma resposta satisfatória ao problema proposto, investigando a razoabilidade jurídica de se impor limites ao ingresso a registro, de títulos que incorporem pactos voltados à constituição de direitos reais imobiliários.

### 8.1. *Classificação da Lei de Registros Públicos*

Para que se possa lançar luz à discussão sobre o caráter de *numerus clausus* ou *numerus apertus* do elenco do art. 167, I, da LRP; e, por consequência, a possibilidade ou impossibilidade da recepção a registro, de contratos atípicos que se prestem à transferência de propriedade e constituição de direitos reais ou obrigacionais com eficácia real sobre bens imóveis – é de importância fulcral que se cogite acerca da classificação da Lei de Registros Públicos e o ramo jurídico a que ela atende, ou seja, o Direito Registral.

O Direito Registral, assim como seu irmão, o Direito Notarial, aparelham o Direito Civil, estabelecendo com este, estreita relação de proximidade e, até, na visão de alguns, um vínculo de subordinação. A doutrina registral faz menção a esses dois ramos, ressaltando não existir autonomia entre eles:

“(…) No azo, interessa-nos particularmente o Direito Civil e os Registros Públicos. O sistema jurídico é técnica de análise do jurista, que procura descrever as prescrições normativas dentro de um conjunto unitário de proposições que se pretendem afirmativas e verdadeiras. Não existe autonomia dos ramos do direito. Estes são meros cortes transversais do ordenamento jurídico, encarado como um todo, em vigor em determinado tempo e lugar. Procuram didatismo. A leitura interpretativa de qualquer prescrição normativa imprescindida da completude do ordenamento jurídico, que fundamenta-lhe a validade e estabelece a sua inter-relação hierárquica com as demais unidades normativas integrativas do sistema. Isso em mente, assumamos que o Direito Civil é constituído pelo conjunto de normas legais que rege as pessoas, e os seus bens, nas suas relações jurídicas na ordem privada. O Direito dos Registros Públicos, ou Direito Registral, é o plexo de normas e princípios que regulam a organização dos serviços de registro, e as atividades de autenticar, dar publicidade e eficácia aos atos jurídicos, para a realização do princípio da segurança jurídica.

[(…)]

Do que expendido interessa observar que os Direitos Notarial e Registral estão no entremeio do que se costumou divisar de Direito Público e Privado. Apesar de serem oriundos do Direito Administrativo, e terem trato institucional na própria Constituição – ramos, por excelência, do Direito Público –, os Direitos Notarial e Registral ocupam-se do Direito Civil, que, como consabido, é verdadeira coluna dorsal de todo o Direito, e pilastra central do Direito Privado” (MELO JÚNIOR, 2003, p. 8-10).

A íntima relação da atividade registral imobiliária com o Direito Civil é verificada no conceito doutrinário do Serviço Registral de Imóveis:

“Órgão auxiliar do Direito Civil destinado ao assentamento de títulos públicos e privados, outorgando-lhes oponibilidade a terceiros, com ampla publicidade e destinado ao controle, cadastro, eficácia, segurança e autenticidade das relações jurídicas envolvendo imóveis, garantindo-lhes presunção relativa da prova da propriedade” (MELO, 2004).

Para o deslinde da questão suscitada neste trabalho, revela-se pertinente que seja fixada a situação do Direito Registral no âmbito da classificação dos diversos ramos da ciência jurídica. O Direito Registral classifica-se como direito substantivo ou como direito adjetivo? Conceituando as classes, o grande mestre Registrador Imobiliário, outrora Notário, posiciona o Direito Notarial:

“Direito substantivo, direito material e direito de fundo são expressões sinônimas, que identificam o conjunto de normas jurídicas que estabelecem direitos e obrigações, que se referem de modo imediato ao cumprimento dos fins perseguidos pelo Direito. Por outro lado, o direito adjetivo, formal ou direito para o direito, compõe-se do conjunto de normas jurídicas que regulam o modo de executar-se o contido nas normas materiais, pois, de nada adiantaria um belo direito substantivo se não fossem criadas normas formais para fazer cumprir as primeiras.

O direito adjetivo visa a garantir o cumprimento do próprio direito, visa a estabelecer procedimentos de consecução do direito material e, por isso, também é conhecido por Direito para o Direito. Podemos citar como exemplos de normas formais as pertencentes ao direito processual, ao procedimento legislativo etc.

O direito notarial é adjetivo, pois, como ensina *Cláudio Martins*, seu “campo de atuação por excelência é a técnica do negócio jurídico”. Também Castán, na doutrina espanhola, manifestou-se nesse sentido:

“Portanto, o direito notarial é direito adjetivo, direito para o direito, porquanto suas normas estipulam formas que visam à consecução do direito material” (BRANDELLI, 1998, p. 111-112).

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

O Direito Registral situa-se em posição justaposta ao Direito Notarial. Destinado a operacionalizar o Direito Civil, classifica-se como direito adjetivo, formal ou instrumental. O fato é lembrado na dicção do insigne Registrador Imobiliário mineiro, que faz alusão aos diplomas normativos pertinentes:

“A legislação brasileira referente à propriedade imobiliária e os direitos dela decorrentes, desde o momento da sua aquisição, declaração, transmissão ou extinção, se apoia, quanto a sua parte substantiva ou material, nos ditames do Código Civil; e na parte adjetiva ou processual, na Lei de Registros Públicos, atualmente a Lei 6.015/1973, que é específica para tal” (SANTOS, 2008, p. 40).

Verifica-se, pois, que o Direito Registral está enquadrado no ordenamento jurídico, como direito adjetivo ou formal, tendo em conta que se presta a instrumentar o Direito Civil. Neste diapasão, é possível concluir que a Lei de Registros Públicos é norma de direito adjetivo, cuja função é oferecer subsídios instrumentais aos comandos do Código Civil e da legislação de cunho substantivo civil.

Essa relação entre o direito material e o direito formal, ou seja, entre o Direito Civil e o Direito Registral; e, indo mais além, entre o Código Civil e a Lei de Registros Públicos não pode ser sumariamente ignorada, sob pena de guindar esta última ao indesejado ápice do totalitarismo normativo. Ora, sendo a Lei de Registros Públicos, norma de direito instrumental, não pode ela se arvorar, como querem alguns, a disciplinar e/ou limitar institutos de direito material e até mesmo de direito constitucional, como é o caso da propriedade e demais direitos reais, sob pena de subverter a *conjuntura sistemática*, tão cara ao correto desenvolvimento dos institutos jurídicos que participam, em todo seu itinerário, dos negócios jurídicos que visam à constituição de direitos reais sobre bens imóveis.

As disposições da LRP não podem ser interpretadas de maneira isolada. É necessária a sua compatibilização com as normas de direito material. Tal assertiva conduz à ilação de que a análise da problemática oriunda do tema proposto neste trabalho deve ser conduzida pela ótica hermenêutica do *processo sistemático de interpretação*, explorado no próximo tópico.

## 8.2. Processo sistemático de interpretação

A busca da verdade, em qualquer área do conhecimento científico, deve examinar os fenômenos afetos ao seu âmbito de atuação, levando em consideração a conexão e o contraste com casos e fatos que guardam relação de proximidade com o objeto da investigação (MAXIMILIANO, 2011, p. 104).

No que pertine à ciência jurídica, o operador do direito, ao proceder a aplicação da norma, deve se orientar pelos recursos técnicos de hermenêutica,

procurando estabelecer um liame entre o comando legislativo e a situação fática a que é dirigido, valendo-se dos elementos preceituários do *suporte fático* e da *tipicidade*, já abordados. Para a consecução de tal mister, é imprescindível que observe o correto processo interpretativo a ser empregado no exercício de aplicação da norma. O insigne tabelião mineiro Samuel Araújo (2009, p. 112), obtempera que “é um erro interpretar uma norma isolada e literalmente, sem considerar o conjunto principiológico que norteia o todo”. Ferraz Junior (2007, p. 293), justifica a afirmação, esclarecendo que “a pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento”.

A busca da exegese, em muitos casos, deve auscultar todo o complexo do sistema jurídico vigente sobre determinado assunto, abstendo-se de levar em conta uma só lei, considerando-se o sistema no qual a norma está inserida (RIZZARDO, 2006, p. 107). Com suporte nessa argumentação brota o conceito do *processo sistemático de interpretação*, explorado pela doutrina:

“O processo sistemático é o que considera o sistema em que se insere a norma, relacionando-a com outras normas concernentes ao mesmo objeto. O sistema jurídico não se compõe de um único sistema normativo, mas de vários, que constituem um conjunto harmônico e independente, embora cada qual esteja fixado em seu lugar próprio. Poder-se-á até dizer que se trata de uma técnica de apresentação de atos normativos, em que o hermeneuta relaciona umas normas a outras até vislumbrar-lhes o sentido e o alcance. [...] Deve-se, portanto, comparar o texto normativo, em exame, com outros do mesmo diploma legal ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto, pois por umas normas pode-se desvendar o sentido de outras. Examinando as normas, conjuntamente, é possível verificar o sentido de cada uma delas” (DINIZ, 2001, p. 425).

Pelo que já foi explanado sobre a natureza da norma de direito adjetivo, que caracteriza a Lei de Registros Públicos, aliado ao que ainda será expandido na pesquisa, pode-se afirmar com serenidade de convicção que o ingresso de títulos no Registro de Imóveis não pode ser relegado única e exclusivamente este diploma legal. A possibilidade de registro de determinado título, ou a rejeição de seu acolhimento no fôlio real, deve passar pela análise das normas de direito material, inclusive para aferir se a recusa de registro de um título não se traduz em agressão aos institutos de direito substantivo e até mesmo de direito constitucional.

A criação da barreira jurídica constituída pela concepção da existência de um rol taxativo no inc. I do art. 167 da Lei de Registros Públicos, impõe, indevidamente, em muitos casos, limites ao alcance do Direito Civil. Em determinadas situações, que serão exploradas, priva o titular do direito de se valer

legitimamente de aparatos disponibilizados no Direito das Obrigações, para ter um direito real ou mesmo um direito obrigacional com eficácia real, constituído por via do registro. Necessário se faz, portanto, que a análise da questão seja feita sob o lume hermenêutico do processo sistemático de interpretação, não só com relação à consideração e respeito aos institutos e as garantias oferecidas pelas normas de direito material, mas também, no âmbito deste, no tangente à compatibilização e à relação entre os utensílios de direito pessoal e de direito real.

### 8.3. *Impossibilidade de cisão das esferas obrigacional e real*

Conforme explanado anteriormente, a constituição de direitos reais e obrigacionais com efeitos reais, sobre imóveis, por atos *inter vivos*, se opera de maneiras diversas, em função da sistemática registral e do modelo jurídico adotado pelas legislações civis dos países.

Nos países que adotam o princípio imediatista da *causalidade absoluta*, tais como a França, a propriedade e demais direitos reais se transferem e se constituem através da manifestação de vontades inserta no contrato. Neste caso o registro tem função meramente declaratória. O doutrinador esclarece:

“Difere, assim, o sistema brasileiro do sistema francês, no qual há uma vinculação de causalidade absoluta entre o plano real e o obrigacional, isto é, a relação jurídica de direito obrigacional confere já efeitos reais; a causa imediata, da qual decorre o direito real, é o vínculo obrigacional; o contrato cria, por si só, o direito real” (BRANDELLI, 2013, p. 82).

Nos sistemas que acolhem a *abstração* dos ambientes de direito obrigacional e de direito real, como aquele aplicado na Alemanha, ocorre a *desvinculação* entre o negócio jurídico celebrado e o registro. O ato registral é ensejado através de um *convênio jurídico-real*, em que as partes autorizam a transferência da propriedade imobiliária ou a constituição do direito real. É o que ensina Brandelli:

“Difere também o sistema pátrio do sistema alemão, no qual há abstração entre o plano real e o obrigacional, isto é, não há vínculo de causalidade entre o negócio jurídico de direito das obrigações (um contrato de compra e venda, v.g., o qual somente gera a obrigação de transferir o direito de propriedade, porque assim é a vontade nele manifestada) e o negócio jurídico de direito das coisas (o negócio translativo, no qual manifesta-se a vontade de transmitir a propriedade). Contrato obrigacional e contrato real são independentes um do outro. Pode existir apenas o segundo, e o direito real será criado ainda assim, porque não é exigida causa. Há uma independência do negócio de disposição

---

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O Ingresso dos Contratos Atípicos no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 33-83. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



em relação à sua causa; assim, se o negócio obrigacional for inexistente, inválido, ou ineficaz, mas se o vício for somente seu e não também do negócio translativo, não restará afetado o direito real, havendo somente direito de ação por enriquecimento sem causa para aquele prejudicado em face da perda do seu direito” (BRANDELLI, 2013, p. 82).

Pode-se afirmar que no sistema tedesco seria compreensível a existência de um elenco fechado de atos registráveis, uma vez que, neste sistema, a formação e a sobrevivência da eficácia real não depende nem se vincula ao negócio jurídico obrigacional que ensejou a transferência de propriedade ou a constituição do direito real, em razão do sistema de abstração mencionado, uma vez que o registro deriva de um *convênio jurídico-real*, dirigido pelas partes ao serviço registral de imóveis.

Situação diferente é verificada nos *sistemas de causalidade relativa*, como é o caso do Brasil. O sistema obrigacional finalístico adotado no Brasil, que promove o entrelaçamento jurídico entre o direito das obrigações e o direito das coisas, dá ensejo à admissão da teoria da *obrigação como processo*, destacando o caráter dinâmico da obrigação, que justifica, de maneira plena, essa confraternidade entre os planos obrigacional e real defendida neste trabalho. A doutrina de Clóvis do Couto e Silva, demonstra essa ligação, assim como a dificuldade de visualizar esse dinamismo nos sistemas que promovem a separação absoluta dos planos:

“Com a expressão obrigação como processo, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência.

(...)

A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. Dogmaticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação.

(...)

No sistema de separação absoluta de planos, entre o direito das obrigações e o direito das coisas, a unidade em razão do fim passa a um plano secundário. Dulckeit, em crítica ao sistema do BGB, segundo o qual a alienação a *non domino* é válida, em virtude da abstratividade do negócio dispositivo, salienta que o problema jurídico do prejudicado, incongruente, se desloca, cabendo-lhe apenas a ação de enriquecimento sem causa, e não a reivindicatória.

A concepção da obrigação como processo é, em verdade, somente adequada àqueles sistemas nos quais o nexa finalístico tem posição relevante. Tanto

nos sistemas que adotam a separação absoluta, entre direito das obrigações e direito das coisas, quanto naqueles em que a própria convenção transmite a propriedade, ainda que somente *inter partes*, difícil será considerar o desenvolvimento do dever como um processo.

A unidade funcional e a separação relativa de planos, entre direito das obrigações e direito das coisas, é que tornam possível considerar a obrigação como um processo, dando-lhe específico significado jurídico” (SILVA, 2007, p. 20-21).

As esferas de direito obrigacional e de direito real, convivem no ordenamento jurídico pátrio, em uma relação de *causalidade relativa*, de feição mediata e interdependência necessária, conforme demonstra Brandelli, ao proceder o corte dos planos respectivos:

“A constituição ou transmissão negocial, *inter vivos*, de um direito real imobiliário no Direito brasileiro importa em três momentos, sendo dois negócios jurídicos, situados em planos diversos, e um ato público: 1) o negócio jurídico subjacente, de direito das obrigações, como um contrato de compra e venda, v.g.; 2) o negócio jurídico de constituição ou de transmissão do direito real, de direito das coisas; e 3) o ato registral, no registro imobiliário que tenha atribuição territorial.

Há, do ponto de vista do negócio jurídico, um negócio jurídico bilateral situado no plano das obrigações, por meio do qual se obriga a constituir, ou transmitir, um direito real – gratuita ou onerosamente – vinculado juridicamente a outro negócio jurídico bilateral de transmissão ou de constituição do direito real, situado este no plano dos direitos reais.

Para que se consiga a criação ou transmissão do direito real, ambos os negócios devem coexistir, pois são interdependentes. Ou seja, o negócio de direito das coisas não pode existir sem o negócio obrigacional, porque não é abstrato, devendo assim existir uma causa para a manifestação de vontade de constituição/transmissão do direito real. O negócio obrigacional, sozinho, não surte eficácia na esfera real, porquanto importaria apenas em uma vontade de obrigar-se a criar/transmitir certo direito real, sem importar na vontade de efetivamente criar/transmitir referido direito” (BRANDELLI, 2013, p. 75).

Nesse sistema, a transferência ou constituição do direito real se opera mediante o *registro do título que formalizou o negócio jurídico*. Verifica-se a ocorrência, neste caso, da figura do *título causal*. Denota-se, assim, que o *vínculo título-registro* é de tal forma íntimo, que a eficácia real do registro é relativa (*juris tantum*), possibilitando que a desconstituição do negócio jurídico que deu causa ao registro, promova a *contaminação* deste último, provocando igualmente, a sua desconstituição.

Percebe-se, pois, que no sistema registral brasileiro existe um *liame etiológico* indissolúvel entre o ato *inter vivos* que determinou o nascimento de um direito real e o registro que lhe deu eficácia. O laço é tão forte, que o perecimento do negócio jurídico fulmina mortalmente o registro. Inversamente, o estabelecimento de qualquer negócio jurídico que tenha se firmado nos *planos da existência e da validade*, deveria, por consequência, ser recepcionados a registro, para também se consolidarem no *plano da eficácia real*.

O sistema registral brasileiro denota, destarte, a umbilical ligação entre o negócio jurídico entabulado pelas partes e o registro, reclamando a ilimitada abertura de fatores causais ao registro, sob pena de se obstaculizar o fluxo sistêmico entre *consensus* e *res*, ou seja, entre o negócio jurídico, como veículo e o registro, como consecução.

#### 8.4. Possibilidade de ingresso dos contratos atípicos no álbum imobiliário

Com arrimo no que foi dito sobre a impossibilidade de se apartar as implicações jurídicas de direito pessoal daquelas de direito real, no âmbito do sistema registral brasileiro, – é inconcebível que se possam criar *catracas jurídicas* ao ingresso no Registro de Imóveis, de títulos que retratem a transferência de propriedade ou constituição de direitos reais por atos *inter vivos*, sob a flácida argumentação da existência de um elenco de atos registráveis em *numerus clausus*.

Esse fato é recorrente nas serventias registrais imobiliárias, sendo comum a negativa de curso a registro, de títulos que formalizam atos entre vivos, promovidos com objetivo de transferência ou constituição de direitos reais e celebrados com supedâneo no permissivo legal insculpido no art. 425 do CC/2002, que admite a estipulação de contratos atípicos, com a observância dos requisitos de validade do negócio jurídico emanados das normas gerais do diploma legal.

Portanto, é plenamente viável e lícita a celebração de um contrato atípico versando sobre a transferência de propriedade ou constituição de direito real, muito embora não esteja ele expressamente disciplinado em lei, mas que tenha se pautado pelos requisitos de validade jurídica.

Aproveitando o exemplo colocado no *subcapítulo 2.4* deste trabalho, é possível refletir sobre uma situação bastante semelhante àquele caso concreto: o proprietário de uma gleba urbana, desejando efetivar o loteamento do imóvel, contrata os serviços de determinada empreiteira, com o fito de executar todo o trabalho de infraestrutura do empreendimento, totalmente às expensas dela, empreiteira. Como contraprestação pela obra realizada, o proprietário da gleba

efetivará a alienação à empreiteira de outra gleba, vizinha daquela que receberá a infraestrutura, não se pactuando qualquer pagamento em espécie.

As partes decidem formalizar todo o complexo negocial por escritura pública, eis que, a teor do art. 108 do CC/2002, o instrumento público é da essência do ato.

Ao redigir o instrumento, o Tabelião defrontará com a seguinte situação: o contrato não é compra e venda típica, pois não lhe ocorre um dos elementos típicos: o preço em *pecunia numerata*. O pacto tampouco pode ser caracterizado como empreitada típica, pois a alienação do imóvel se revela um elemento estranho a uma tipificação purista do contrato. Deflui daí, que o exemplo proposto é *contrato atípico misto*, uma vez que combina dois tipos contratuais nominados em uma espécie nova, não tipificada na legislação.

Analisando o pacto, com base no que foi examinado no início do trabalho, é possível afirmar que o negócio jurídico é admitido no *plano da existência*. Da mesma forma, não há óbice a que o negócio jurídico seja admitido no *plano da validade*. Além disso, tendo sido formalizado o contrato atípico, é ele plenamente reconhecido no *plano da eficácia obrigacional*. Não há, portanto qualquer obstáculo a que seja lavrada a escritura pública do contrato atípico mencionado.

Entretanto, para que possa ser admitido no plano da *eficácia constitutiva de direito real*, há mister que o instrumento público que formalizou o negócio jurídico seja submetido ao Registro de Imóveis. E é aí que se forma a celeuma: tratando-se de contrato atípico, obviamente não existe previsão no elenco do art. 167, I, do LRP.

Segundo os defensores da concepção de um rol exaustivo do art. 167, I, da LRP, a escritura pública formalizada com base nos elementos acima enunciados não poderia ter acesso a registro, pelo fato de não compor o elenco. Argumentam, como lenitivo, que tendo eficácia obrigacional, não estaria a parte prejudicada pela negativa de registro, totalmente desamparada, pois poderia se valer das medidas judiciais afetas à defesa de direitos pessoais, para reclamar seus prejuízos pela vedação do registro.

Entretanto, não se pode promover, como querem alguns, uma cisão entre a esfera contratual (obrigacional) e a esfera real (registral), sob a tépida e infundada alegação de que um contrato inominado, tendo por objeto a transmissão de um imóvel, possui força obrigacional, embora não possa ser recepcionado no registro por falta de previsão no rol inscritivo. Saliente-se, nesse ponto, que a recusa de registro de um contrato atípico nos termos do exemplo apresentado, atenta frontalmente contra o *princípio da autonomia privada* e contra o *princípio da força obrigatória dos contratos*, abordados no início do trabalho.

Solução evasiva de péssima técnica jurídica, seria a simulação de um negócio jurídico típico do ponto de vista do art. 167, I, da LRP, desnaturando a realidade do trato entabulado entre elas, unicamente para adequar o contrato ao comando de elenco que se supõe taxativo.

Da mesma forma, não pode sobrelevar como solução salvadora, como sugerem alguns, que se intitule determinado contrato em seu cabeçalho com um *nomem juris* previsto no rol de atos registráveis do art. 167, I, da LRP, muito embora o teor das disposições conduzam a outro tipo contratual não tipificado no elenco, ou mesmo a um contrato inominado. É o que costuma se verificar em documentos intitulados (não raro, em letras garrafais (...)) *instrumento particular de promessa de compra e venda*, que, em tese, teria ingresso no fólio real, eis que encontra previsão no rol do art. 167 da LRP, – quando, na realidade, apura-se, no procedimento de qualificação registral, tratar-se de uma *promessa de permuta* e não de compra e venda. Tampouco é dado ao registrador imobiliário se valer da analogia, recepcionando e registrando um título, nominando o ato com item constante elenco, com base unicamente na proximidade estrutural com o objeto do título recebido para registro, que, na realidade, é diverso daquele constante do rol.

Ora, o Registro de Imóveis existe, primordialmente, em função dos direitos reais imobiliários, mormente em função do direito de propriedade. Não é plausível que um instrumento que encerre de maneira absolutamente legal a transmissão de um bem imóvel, com estrita observância dos preceitos do art. 104 do CC/2002, não possa ter ingresso no fólio real, tão somente porque não integre o elenco do dispositivo de uma lei ordinária que, em sua construção ignorou os comandos basilares dos institutos (direitos reais) aos quais tal lei deveria servir e não comandar.

Do exposto, depreende-se que a percepção de um rol fixo, fechado e inflexível de atos sujeitos a registro só faz engessar e inviabilizar de maneira intransponível o ingresso a registro, de atos negociais legítima e validamente celebrados e formalizados. A tese do elenco fechado não pode persistir, sob pena de fazer letra morta, os robustos institutos de direito material, explorados nesta pesquisa.

Essa conjectura direciona a uma ilação que vai além da discussão sobre o caráter aberto ou fechado do elenco do art. 167, I, da LRP. A inferência suscita o questionamento da própria legitimidade do dispositivo sob comento, que será abordada a seguir.

### 8.5. A abstração legal como solução

Para que a norma jurídica alcance a plenitude de seus objetivos, prestigian-do a justiça e o princípio constitucional da igualdade, é necessário que seus

dispositivos estejam voltados para os critérios de *generalidade* e de *abstração*. Bobbio (2008, p. 182), esclarece que “assim como a generalidade da norma é garantia de igualdade, a abstração é garantia de certeza”.

A norma alcança sua finalidade quando, partindo-se da abstração, é possível atingir a concretude, a tipificação do fato frente ao caráter de generalidade da lei.

“A norma contém, em si, uma generalidade, procede por abstração, fixando tipos, referindo-se a uma série de casos indefinidos e não a casos concretos.

De modo que essa abstração de normas, em virtude de seu processo generalizante, implica seu afastamento da realidade, surgindo um antagonismo entre normas jurídicas e fatos. Contudo, essa oposição não é um hiato insanável, porque os fatos individuais apresentam o geral determinado no conceito abstrato, ou seja, uma ‘nota de tipicidade’ que permite sejam enquadrados nos conceitos normativos” (DINIZ, 2001, p. 407).

Os caracteres de generalidade e abstração deveriam ser os balizadores da Lei de Registros Públicos, posto que, como norma de direito adjetivo, se presta a fornecer subsídios instrumentais a uma *generalidade* de institutos de direito substantivo civil. A lei deveria ser *abstrata* nesse sentido, para lançar uma visão *ontológica* sobre a matéria, buscando a essência das propriedades dos atos de *registro* e *averbação*, estabelecendo unicamente que os atos transmissivos e declaratórios de propriedade, os constitutivos de ônus e direitos reais, e os constitutivos de direitos obrigacionais com eficácia real, seriam *registrados*, enquanto que os atos modificativos e extintivos seriam *averbados*.

Os arts. 172 e 221 da LRP aprimorados com uma melhor redação, supririam a necessidade dos elencos contidos nos incs. I e II do art. 167 do diploma legal. Tal redação consistiria em estabelecer que o *registro* se aplica *aos títulos ou atos translativos e constitutivos de direitos reais sobre imóveis*, e *constitutivos de direitos obrigacionais com eficácia real*, além dos *atos declaratórios de direitos reais, para garantia da eficácia de disponibilidade e oponibilidade erga omnes*. Por sua vez, a *averbação* se destina *aos títulos ou atos modificativos e extintivos daqueles sujeitos a registro, tanto os caráter subjetivo, quanto aos de caráter objetivo*. Um esclarecimento de tal natureza, aliado à limitação de ordem formal acerca dos instrumentos passíveis de assentamento no Registro de Imóveis estampado no art. 221, serviriam como balizadores *quantum satis* a admissão dos títulos no Registro de Imóveis.

Dessa forma, o critério de ingresso estaria intimamente ligado ao princípio da legalidade, aplicado no procedimento de qualificação registral, sendo imprescindível os seguintes questionamentos: o negócio jurídico passou pelo cri-

vo dos planos do negócio jurídico (existência, validade e eficácia)? – o negócio jurídico diz respeito à transmissão de propriedade, ou constituição de direito real ou obrigacional de eficácia real, que careça de garantia de disponibilidade e oponibilidade *erga omnes*? Se respondido sim a ambas, o título, *a priori*, tem potência registral.

Vale salientar, por oportuno, que a regra acima mencionada se adstringiria àqueles títulos e atos que digam respeito diretamente aos imóveis, atingindo, portanto, unicamente os lançamentos respeitantes à Matrícula, não incluindo, por óbvio, os atos de pertinência indireta, destinando ao Livro n. 3 – Registro Auxiliar, até mesmo por não terem sido objeto da pesquisa, conforme esclarecido na introdução do trabalho.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O capítulo anterior cuidou da promoção do confronto dos elementos de pesquisa explorados na investigação bibliográfica levada a efeito em todo o desenvolvimento do trabalho. O cotejo dos dados coletados logrou estabelecer um analecto de deduções, que o autor acolhe como corolário das reflexões exercitadas no exame efetivado. Com efeito, do estudo conjuntural dos elementos, é possível assimilar os seguintes pontos, no que tange o ingresso de títulos no Registro de Imóveis:

a) Não se pode conceber o *totalitarismo normativo* da Lei de Registros Públicos nos procedimentos afetos à atividade registral imobiliária, inclusive no que pertine ao ingresso de títulos a registro, devendo ser aplicado pelo operador do direito, o *processo sistemático de interpretação* ao estabelecer a ligação da norma com o caso concreto, de maneira a compatibilizar a LRP, que é norma de direito formal, com o Código Civil e demais normas de direito material.

b) O *sistema de causalidade relativa* entre os planos obrigacional e real, adotado pela legislação civil pátria, acolhe a figura do *título causal*, promovendo, destarte, a indissolubilidade da natureza obrigacional do título e a eficácia real conferida pelo registro. A *interação de causalidade* existente entre *negócio jurídico* e *registro*, presente no sistema brasileiro e ausente em outros sistemas que adotam o *sistema de causalidade absoluta* ou o *sistema de abstração* (França e Alemanha, por exemplo), recomendam a generalidade ou invés da especificidade. Por este prisma, devem ser acolhidos a registro quaisquer títulos que formalizem legitimamente atos *inter vivos*, objetivando a transferência de propriedade ou constituição de direitos reais ou obrigacionais com eficácia real sobre imóveis.

c) No contexto acima apontado situam-se insertos os contratos atípicos, bem como os negócios jurídicos que, embora disciplinados em lei, não en-

contram correspondência nos elencos do art. 167 da LRP. Quando tais pactos visem à constituição ou transmissão de direitos reais imobiliários, estando cumpridos os requisitos materiais e formais inerentes à validade e eficácia obrigacional, não existe qualquer motivo plausível que impeça a outorga de eficácia real ao ato, através do seu registro.

d) As inferências decorrentes da pesquisa apontam para a inutilidade dos elencos constantes do art. 167 da LRP, defluindo-se daí, como sugestão *de lege ferenda*, que a infrutífera celeuma gerada em torno do *caráter taxativo* ou *exemplificativo* do dispositivo legal, poderia ser evitado se a norma adotasse o critério de abstração legal na tratativa da matéria, estabelecendo um balizamento ontológico genérico com relação aos atos sujeitos a *registro* e a *averbação*, abstendo-se de tecer tipificação em relação a esses atos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Samuel Luiz. *O princípio constitucional da igualdade e sua projeção no contrato de doação*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Baurú: Edipro, 2008.
- BRANDELLI, Leonardo. *Aplicação do princípio da tutela da aparência jurídica ao terceiro registral imobiliário de boa-fé: aspectos jurídicos e econômicos*. 2013. p. 525. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.
- \_\_\_\_\_. Publicidade registral nas relações contratuais. In: HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito notarial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e registradores comentada*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Lei dos registros públicos comentada*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.



- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 4.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FIGUEIREDO, Ivanildo. *Direito imobiliário*. São Paulo: Atlas, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Novo curso de direito civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 4, t. 1.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direitos reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3.
- LAFAYETTE, Rodrigues Pereira. *Direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.
- MATHIAS, Maria Ligia Coelho. *Direito civil: direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques de. *Lei de registros públicos comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.
- MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves Anotações sobre o registro de imóveis. Teresina, 2004. Disponível em: [<http://jus.com.br/revista/texto/5669/breves-anotacoes-sobre-o-registro-de-imoveis/1>]. Acesso em: 26.05.2012.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1948. t. 1.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. vol. 3.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. IV.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1984. t. XXXVIII.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- RIOS, Arthur. *Manual de direito imobiliário*. Curitiba: Juruá, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Time sharing ou propriedade compartilhada*. *Revista da OAB Goiás*. ano XII. n. 36. Goiânia, 1998. Disponível em: [<http://www.oabgo.org.br/Revistas/36/juridico6.htm>]. Acesso em: 19.05.2012.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 3.
- SANTOS, Francisco José Rezende dos. *Direito registral imobiliário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Princípios do registro de imóveis*. Belo Horizonte, 2009. p. 44.
- SANTOS, Márcia Elisa Comassetto dos. *Fundamentos teóricos e práticos das funções notarial e registral imobiliária*. Porto Alegre: Norton, 2004.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Conselho Superior da Magistratura. Registro de Imóveis – Contrato de arrendamento rural – Invalidez de seu registro – Natureza exaustiva do rol constante no inc. I do art. 167 da Lei 6.015/1973 – Inconfundibilidade com o contrato de locação – Decisão mantida. ApCiv 32.930-0/3, rel. Des. Márcio Martins Bonilha. São Paulo/SP, 15.08.1996.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Conselho Superior da Magistratura. Promessa de doação. Taxatividade de fatos inscritíveis. *Numerus clausus*. Promessa de compra e venda. Casamento – Continuidade – Especialidade subjetiva. *Difficultas praestandi*. ApCiv 1.237-6/0, rel. Des. Marco César Müller Valente, São Paulo/SP, 30.06.2010.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Conselho Superior de Magistratura. Alienação fiduciária de lavoura e produto. Registro – Taxatividade – *Numerus clausus*. Averbação – *numerus apertus*. ApCiv 0035067.98.2010.8.26.0576, rel. Des. Maurício Vidigal, São Paulo/SP, 11.08.2011.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Conselho Superior de Magistratura. Título judicial. Qualificação registral. Averbação premonitória. Distribuição de ação cível. Registro – Taxatividade. *Numerus clausus*. Averbação – *Numerus apertus*. ApCiv 607-6/2, rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, São Paulo/SP, 22.02.2007.
- TEMPESTA, Danilo Augusto. Material da 1ª aula da Disciplina Procedimentos Registrares Especiais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Notarial e Registral – Universidade Anhanguera-UNIDERP – REDE LFG, 2011.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Código civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 1.

**PESQUISAS DO EDITORIAL****Veja também Doutrina**

- *A função econômica da publicidade registral*, de Fernando P. Méndez González – *RDI* 55/133-159 (DTR\2003\360);
- *A publicidade no sistema registral imobiliário*, de Marcelo Krug Fachin Torres – *RDI* 72/201-263 (DTR\2012\44777);
- *Da autonomia do direito registral imobiliário*, de Luciano Lopes Passarelli – *RDI* 75/15 (DTR\2013\10163); e
- *O registro de imóveis e a prevenção de fraudes imobiliárias no Brasil*, de Patricia André de Camargo Ferraz – *RDI* 78/225-237 (DTR\2015\3595).



# ABSTRAÇÃO E CAUSALIDADE ENTRE O PLANO REAL E O OBRIGACIONAL E AS ESPÉCIES REGISTRAS IMOBILIÁRIAS

---

## *ABSTRACTION AND CAUSALITY BETWEEN THE REAL PLAN AND THE OBLIGATIONAL, AND THE REAL ESTATE SPECIES REGISTER*

**LEONARDO BRANDELLI**

Doutor em Direito – UFRGS. Mestre em Direito Civil – UFRGS. Professor de Direito Civil na Escola Paulista de Direito. Oficial de Registro de Imóveis no Estado de São Paulo.  
leonardobrandelli@gmail.com

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral

**RESUMO:** O autor analisa a eventual existência de relação jurídica necessária entre a solução adotada por um ordenamento jurídico para a separação dos planos real e obrigacional do direito e o sistema registral imobiliário adotado pelo mesmo ordenamento. Estabelece, ainda, a diferença entre os sistemas registrares imobiliários que tutelam prevalentemente a segurança jurídica estática, onde se tem o chamado registro de títulos, ou a segurança jurídica dinâmica, os denominados registros de direitos, mostrando suas divergências jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Planos real e obrigacional – Sistemas registrares imobiliários – Segurança jurídica estática ou dinâmica – Abstração e causalidade.

**ABSTRACT:** The author analyzes the possible existence of legal relationship between the solution used by a system of laws for separation of the Real plan and the law duty from the real estate record system used by the same system. It also establishes the difference among the real state record systems that predominantly oversee the static legal certainty, where is found the Deeds, or the legal dynamic security, which is the so-called rights records showing their legal differences.

**KEYWORDS:** Real plans and obligatory – Real Estate record systems – Static or dynamic legal certainty – Abstraction and causality.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Registro de documentos – 3. Registro de direitos – 4. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias – 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar se há alguma relação jurídica necessária entre a solução adotada por um ordenamento jurídico para a sepa-

ração dos planos real e obrigacional do direito – abstração ou causalidade, em seus possíveis graus – e o sistema registral imobiliário adotado pelo mesmo ordenamento.

Vale dizer: Os sistemas jurídicos em que haja abstração causal entre os planos real e obrigacional, devem, necessariamente, adotar certo sistema registral imobiliário? E se houve vinculação causal, haverá tal relação de necessidade com certo sistema registral imobiliário?

A adoção por um sistema abstrato ou causal neste tocante, tem direta relação com os efeitos jurídicos sobre o sistema de transmissão da propriedade. Mas será isto suficiente para determinar alguma relação necessária com algum sistema registral?

Para que se possa levar a cabo tal desiderato, mister se faz que, primeiramente, estabeleça alguma distinção entre os sistemas registrais.

Nesse senso, no presente trabalho, optou-se por adotar uma classificação dicotômica que leva em conta a segurança jurídica prevalentemente tutelada: a estática ou a dinâmica. No primeiro caso, teremos um registro de títulos; no segundo, um registro de direitos.

Trataremos de estabelecer a diferença entre os sistemas registrais imobiliários que tutelam prevalentemente uma e outra espécie de segurança jurídica, mostrando suas divergências jurídicas. Essa distinção será importante porque os conceitos daí originados tornarão possível a análise principal do presente trabalho, a ser efetivada em seguida, quando verificar-se-á se existe alguma relação necessária entre o sistema civil adotado de causalidade ou abstração entre o plano real e o obrigacional, e o sistema registral adotado, pois, no caso de haver uma tal relação, e sabendo-se que o sistema brasileiro é relativamente causal, já estaria definida a eficácia material do registro imobiliário brasileiro; caso contrário, a possibilidade – e porque não a necessidade – de se repensar a eficácia material do sistema registral nacional, restará aberta.

## 2. REGISTRO DE DOCUMENTOS

Dentre os registros imobiliários há aqueles cujo foco principal situa-se na conservação e colocação à disposição da coletividade dos documentos que deram origem aos direitos e não na proteção do direito inscrito, como ocorre com os registros de direitos. Trata-se dos *registros de documentos*, ou *registros de títulos*.<sup>1</sup>

---

1. *Registration of deeds*, ou *negative registration*, para os autores dos sistemas de *common law*. Veja-se, por todos: SIMPSON, S. Rowton. *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976, book 1. p. 14-15/21.

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrais imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Há uma atividade jurídico-publicitária direcionada a dar cognoscibilidade a terceiros de certa situação jurídica, cujo escopo medular está em centralizar em um órgão, e colocar à disposição das pessoas, os documentos que consubstanciam os negócios jurídicos ensejadores das situações jurídicas oponíveis pela publicidade.

Esses registros têm como propósito tutelar o direito subjetivo do verdadeiro titular – a segurança estática, portanto, embora o façam de uma maneira pouco eficiente, sem uma qualificação jurídica importante das situações a serem publicizadas.

Segundo Benito Arruñada, esses registros “contabilizan y conservan los contratos privados (escrituras o *deeds*).”<sup>2</sup>

Quem procura obter alguma informação nesse tipo registral encontrará não uma certidão que lhe diga quais direitos pendem sobre determinado imóvel,<sup>3</sup> mas, sim, uma, ou várias cadeias de documentos publicizados atinentes às pessoas.

Os registros de documentos são, em verdade, um depósito de títulos ensejadores de situações jurídicas, os quais se encontram à disposição das pessoas.

Caracteriza-se o registro de documentos, principalmente, por colocar à disposição das pessoas, vale dizer, publicar, as cadeias de documentos ensejadores de situações jurídicas que devam ser oponíveis a terceiros pessoas não participantes da relação jurídica entabulada, mas sem garantir a higidez jurídica das situações jurídicas publicizadas.

A publicidade gera a oponibilidade, mas somente a primeira cadeia válida de documentos obterá essa prerrogativa, apesar de cadeias contraditórias poderem ser publicizadas – o que significa dizer que não há uma depuração das situações jurídicas publicizadas, nem dos documentos inscritos.

---

2. ARRUÑADA, Benito. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, 2004. p. 91.

3. Apesar de, conforme alerta Peiró, muitos sistemas de registros de títulos terem evoluído suas buscas para fichários reais, indexados pelos imóveis (PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. *La evolución de los sistemas registrales en Europa. Noticias de la Unión Europea*, año XXIII, n. 265, p. 123, feb. 2007). Na medida em que os registros de documentos apenas publicizam as cadeias de títulos que geram situações jurídicas que devam ser oponíveis a terceiros, não havendo uma qualificação jurídica da situação inscrita, a existência de fichários reais facilita as buscas registrais, mas em nada altera a situação jurídica para o terceiro adquirente, o qual deverá analisar toda a cadeia de titularidade durante o prazo máximo de usucapião, ou mesmo analisar todas as cadeias de titularidade, se mais de uma estiver inscrita, a fim de saber qual prevalecerá juridicamente.

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Não há uma qualificação registral importante, que depure o direito publicizado; que permita somente a publicidade de situações jurídicas perfeitas juridicamente.

Tanto situações jurídicas válidas quanto inválidas poderão ser igualmente publicizadas. Da mesma forma, cadeias duplas de propriedade poderão ser publicizadas,<sup>4</sup> o que faz que a informação publicizada não seja confiável, e, mais do que isso, se não for bem depurada pelo interessado em adquirir o direito publicizado, poderá converter-se em uma *armadilha* jurídica.

Caberá à pessoa interessada em adquirir o direito publicizado fazer uma pesquisa registral para levantamento de toda a documentação publicizada, bem como analisá-la juridicamente, a fim de perceber quem é o titular válido do direito inscrito, e quem, apesar de ter seu documento registrado, perdeu o direito em face de algum vício negocial.

O interessado em adquirir o direito inscrito deve, pois, depurá-lo antes de adquirir, mas somente após a publicização.

Há apenas uma qualificação formal do documento que se apresenta para registro, no sentido de perceber se aquele é um documento com previsão legal de acesso e se possui os requisitos formais exigidos.<sup>5</sup>

Na medida em que não há uma depuração do conteúdo do negócio nem da situação jurídica publicizada, a aquisição de um direito oponível *erga omnes* implica um complexo trabalho de análise por aquele que pretenda adquirir tal direito.

Será necessário, portanto, buscar no registro todos os documentos registrados atinentes ao direito que se pretende adquirir, pelo prazo máximo de usucapião, para analisá-los, a fim de descobrir quem é o titular válido do direito, bem como se pesa sobre ele algum ônus.

---

4. Assim, v.g., se A vendeu o mesmo imóvel para B e C, ambos os negócios jurídicos poderão ser publicizados, criando cadeias duplas, ambas publicizadas, de modo que, se não houver uma adequada análise pelos terceiros interessados em adquirir referido direito de propriedade, ambas as cadeias podem ter seguimento registral, sem que ambas sejam válidas, certamente.

5. Alerta Arruñada que um registro de documentos pode conter três classes de títulos: 1) Documentos sem análise prévia a respeito de seus vícios jurídicos; 2) documentos em que essa análise foi feita, mas os vícios não foram sanados; e 3) documentos em que a análise foi feita e eventuais vícios afastados. Arremata o autor asseverando que o trabalho de análise dos documentos registraes, pela parte ou por terceiros por ela contratados para tanto, é fundamental, pois não é possível saber de antemão de qual das três hipóteses trata-se. Pode-se, inclusive, encontrar as três hipóteses em uma mesma cadeia registral (ARRUÑADA, Benito. La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico, p. 95).

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registraes imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



Além disso, há geralmente nesse tipo registral um importante hiato, de atos jurídicos imobiliários que têm oponibilidade contra todos, mas que não são levados ao registro imobiliário. Em razão disso, faz-se necessário buscar uma série de informações extrarregistrais, sempre esparsas e não delimitadas adequadamente, ou seja, não há uma limitação legal adequada da informação que se deve obter para a celebração segura do negócio jurídico, o que aumenta a insegurança.

Vê-se, assim, que o tráfico jurídico, nesse tipo de sistema, longe de ser protegido, torna-se penoso, lento, e até mesmo perigoso.

Mesmo o direito do verdadeiro titular, o qual pretende-se proteger, é tutelado de maneira pouco eficiente, pois a ciência de quem seja o verdadeiro titular pode, por conta das características desse sistema registral, não ser algo fácil de se verificar, o que, por sua vez, pode acarretar consequências indesejadas para o próprio titular verdadeiro do direito.

Apesar disso, o foco do registro de títulos é a tutela do verdadeiro titular, que sempre será protegido em detrimento do terceiro que adquiriu de outro que não esse titular.

Leciona Nicolás Nogueroles Peiró que os registros de documentos se caracterizam:

1. Por la limitación de negocios jurídicos que acceden al registro. Sólo acceden los negocios *inter vivos* y no las adquisiciones *mortis causa*.

2. Por la llevanza del registro por el sistema de folio personal. Se transcriben, aunque en realidad se archivan, los negocios jurídicos realizados por un sujeto.

3. La ordenación del archivo es relativamente sencilla, no elimina los títulos contradictorios, ni tampoco exige que las titularidades y los negocios estén perfectamente concatenados. No existe tracto sucesivo o encadenamiento.

4. El efecto fundamental que produce el acceso de los documentos al registro es la oponibilidad.

5. El control de entrada de documentos o calificación queda en principio reducido a aspectos meramente formales consecuencia de los limitados efectos que produce el registro.

En este sistema el registro no es prueba de la propiedad, es una mera publicidad carente de cualquier presunción de exactitud.<sup>6</sup>

Essa espécie registral confere oponibilidade aos títulos registrados, de modo que a l somente nasce com o registro e, por consequência, do ponto de vista

6. PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. Op. cit., p. 121.

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrais imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

dos terceiros, somente os títulos registrados interessam – os outros permanecem com eficácia somente *inter partes*, sendo inoponíveis a terceiros.

Isso, por si só, representa um importante avanço quando se faz uma comparação com os instrumentos privados – não publicizados registralmente –, aos quais se poderia atribuir efeitos reais decorrentes tão somente da publicidade possessória.

Por mais precária que seja a publicidade em uma espécie registral desse tipo, ela ainda é preferível à mera publicidade possessória, em que os títulos permanecem *privados*, isto é, não estão disponíveis a terceiros em um órgão publicizador.

Revela S. Rowton Simpson que em pequenas comunidades, onde as pessoas eram próximas e unidas, a utilização de atos simbólicos de transmissão, como a passagem de um bastão, ou a utilização de testemunhas, eram suficientes para dar conhecimento a terceiros, o que já não pode ocorrer.<sup>7</sup> Arremata o autor que as negociações privadas,<sup>8</sup> sem que fossem levadas a um órgão de publicidade, tinham muitos defeitos, sendo lentas e custosas, além de nunca serem conclusivas, pois em cada transmissão do direito havia necessidade de análise de toda a cadeia dominial; corria-se, ademais, um enorme risco, porque sempre restaria a possibilidade de algum ato oculto, capaz de afetar a negociação, não ter sido descoberto.<sup>9</sup>

As deficiências apontadas mostram que a evolução de um sistema de publicidade privado – posse, signos exteriorizadores etc. – para um sistema de publicidade registral, ainda que imperfeito por não qualificar materialmente os direitos publicizados, e, assim, não os garantir, representa já um grande avanço.

Nesse diapasão, leciona S. Rowton Simpson que, no tocante aos *registration of deeds*, “its basic principle in its simplest form is that registered deeds take priority over unregistered deeds, or deeds registered subsequently.”<sup>10</sup>

Entretanto, apesar de representarem um avanço em relação a um sistema de publicidade privada, é de se notar que, além de o registro de títulos não

---

7. SIMPSON, S. Rowton. Op. cit., p. 13-14.

8. Privadas, aqui, reitere-se, no sentido de não estarem publicizadas em um órgão específico de publicidade, em um registro imobiliário, e não no sentido que poderia parecer, de estarem consubstanciadas em um instrumento particular, em oposição a um instrumento público.

9. SIMPSON, S. Rowton. Op. cit., p. 13-14.

10. SIMPSON, S. Rowton. Op. cit., p. 15.

garantir o direito inscrito, pela não qualificação do direito e pela possibilidade de inscrição de cadeias duplas, há ainda a existência de um importante hiato registral, em relação a atos que não têm acesso ao registro e que adquirem oponibilidade contra terceiros sem publicidade registral. Com isso, resta mais diminuída a confiabilidade do registro no tocante aos documentos que interessam analisar.

Permanecem privadas – não publicizadas no registro imobiliário – certas aquisições de direitos oponíveis contra todos.

Nem todos os atos jurídicos são publicizados no registro imobiliário, de maneira que a legislação confere eficácia real a alguns atos mesmo sem publicidade registral, como ocorre, v.g., com os atos jurídicos *mortis causa* ou os judiciais,<sup>11</sup> o que diminui a confiabilidade do sistema e torna ainda mais complexa a atividade de busca de informações a respeito dos direitos que se pretenda negociar. Isso porque a busca de informação privada é sempre mais demorada, complexa e insegura, na medida em que ela não dá certeza suficiente se foram obtidas todas as informações relevantes para a aquisição do direito.

Assim, aquele que pretender adquirir algum direito imobiliário oponível a terceiros, notadamente um direito real – como a propriedade, v.g. –, nesse tipo de sistema registral, deverá não apenas analisar toda(s) a(s) cadeia(s) registrais existente(s) pelo prazo máximo de usucapião. É necessário, também, buscar uma série de informações extrarregistrais, em relação tanto a títulos privados, não levados a registro, mas que operam eficácia *erga omnes* – as transmissões *causa mortis*, v.g. –, quanto a eventuais ônus não publicizados registralmente, mas que possam vir a afetar o adquirente do direito inscrito – a existência de ações judiciais, v.g..

A transmissão de direitos nesse sistema registral, em que pese mais segura do que em um sistema privado – no qual nenhuma informação está publicizada em um registro imobiliário, sistema adotado no Brasil até meados do século XIX –, torna-se lenta e custosa, além de extremamente insegura. Em razão disso, geralmente é feito um seguro da transação, com o intuito de garantir ao adquirente uma indenização, caso ele perca o direito adquirido.

Como não há uma limitação adequada das informações consideradas juridicamente relevantes para a aquisição do direito imobiliário com eficácia real, sua busca torna-se algo complexo, caro e inseguro.

A depuração jurídica, nesse sistema, é *a posteriori*, após o registro, levada a efeito pelo adquirente do direito inscrito, que não poderá confiar apenas no re-

11. Veja-se a respeito: PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. Op. cit., p. 121.

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

gistro, devendo fazer uma análise do conteúdo da publicidade, bem como dos negócios jurídicos subjacentes. Da mesma forma deverá proceder com relação às informações extrarregistrais.

A cada nova contratação a respeito de um direito publicizado, haverá necessidade de uma nova análise de toda a cadeia documental referente ao imóvel objeto da negociação, o que eleva sobremaneira os custos de transação.

Esse excessivo ônus gerado pelo registro de documentos pode ser minimizado pela adoção de fichas imobiliárias, indexadas pelos imóveis, e não pelas pessoas, isto é, mediante a transposição de um sistema de fôlio pessoal para um de fôlio real, ou ainda pela introdução de índices eficientes, ou até mesmo com a adoção do princípio do trato sucessivo ou mediante a extinção do hiato registral aqui referido, obrigando-se o registro de todos os atos que digam respeito a direitos reais imobiliários.

Esse conjunto de providências permite encontrar com mais rapidez a informação procurada, além de eliminar a possibilidade de cadeias duplas ou com vácuos; no entanto, na medida em que continua não havendo uma garantia do direito inscrito, nem uma qualificação prévia e profunda do direito inscrito, bem como continua não havendo a tutela do terceiro adquirente de boa-fé, não elimina a necessidade de sua depuração privada, posteriormente ao registro.

Pode, assim, de certa maneira, um registro de títulos aproximar-se de um registro de direitos,<sup>12</sup> sem jamais desprender-se totalmente das mazelas fundamentais da não garantia do direito inscrito e da não tutela do terceiro adquirente de boa-fé, vale dizer, da não tutela do tráfico jurídico, pela ausência de uma forte qualificação jurídica do direito a ser inscrito, levada a efeito por um profissional do direito imparcial, e pela ausência da proteção do terceiro adquirente de boa-fé, seja por uma previsão normativa expressa, seja mediante a aceitação, ainda que tácita, pelo ordenamento jurídico, de certos princípios que conduzem a essa proteção.<sup>13</sup>

---

12. A esse respeito, alerta Peiró que não existem mais modelos puros de registros de documentos na Europa, havendo registros com oponibilidade e com hiatos, uma vez que os atos *causa mortis* não são registráveis (Bélgica e Luxemburgo); outros com oponibilidade e continuidade dos assentos (Itália); oponibilidade e trato sucessivo, com impossibilidade de registro sem que seja seguida a cadeia registral (França); oponibilidade e proteção de terceiros em casos raros e limitados (Holanda); e oponibilidade, trato sucessivo e presunção relativa de exatidão do publicizado (Lorena, Portugal, Escócia e Irlanda) (PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. Op. cit., p. 133-134).

13. Vejam-se, a propósito, as palavras de Simpson: “It is obvious that the mere copying of a deed by the Registry without any critical examination does nothing to remedy any deficiency in the deed. It follows therefore that investigation of its validity and

O clássico registro de documentos, em rigor indicado como aquele que influenciou os demais registros de documentos existentes, é o do sistema francês.<sup>14</sup>

Apesar de reconhecerem os autores franceses que “la sécutié du commerce juridique repose sur la fiabilité des renseignements dont disposent les contractants”, e que “elle l’est de bien meilleure façon si les renseignements utiles sont consignés sur un registre public et accessible, tenu par une autorité neutre et objective”, bem como que “telle est la finalité de tout système de publicité, instrument d’information et de protection”,<sup>15</sup> trata-se o registro imobiliário francês de um registro de títulos, que, a despeito de sua evolução desde o Código Civil napoleônico, não garante o direito inscrito, obrigando as partes interessadas em adquirir algum direito publicizado a recorrer às longas pesquisas aqui referidas.

Também os Estados Unidos da América são um exemplo de país que tem um sistema registral de títulos.

Desde o início de sua existência – ao contrário do que costuma acontecer em outras experiências, em que se evoluiu de sistemas de publicidade mais simples, como a posse, v.g., para a publicidade registral – já foi sentida a necessidade de um registro imobiliário,<sup>16</sup> uma vez que se tratava de uma terra

---

effect will still be necessary before any further transaction can be safely conducted on the strength of it. [...] This investigation will be facilitated by a register of deeds to a greater or lesser extent depending on the manner in which it is kept, and particularly on the way in which it is indexed. But, however well it is indexed, a deeds register will not show matters which affect a title but are not the subject of a deed. An example is succession on death” (SIMPSON, S. Rowton. Op. cit., p. 15).

14. Veja-se, a esse respeito, por todos: PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. La evolución de los sistemas registrales en Europa. Noticias de la Unión Europea, año XXIII, n. 265, p. 122. O sistema registral francês teve origem com a Lei de 11 Brumário do ano VII (1o de novembro de 1798), tendo sido praticamente abandonado pelo Código Civil, e restaurado pela lei registral de 23 de março de 1855. Todavia, em que pese tenha sido o sistema francês o inspirador dos sistemas registrais de títulos no direito latino, é de se notar que no *Common Law* há evidências de ter o registro de títulos surgido antes ainda, eis que, na colônia norte-americana de Plymouth, a primeira lei instituindo um tal registro ocorreu no ano de 1627, tendo, logo em seguida, em 1639, a Virgínia feito o mesmo (SERRANO, Antonio Moro. *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones), 1986. p. 53).
15. SIMLER, Philippe; DELEBECQUE, Philippe. *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 667.
16. Apesar de o direito de propriedade norte-americano, da família do *common law*, diferir substancialmente do tratamento jurídico dado ao direito de propriedade nos sistemas

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

nova, carente de história e tradição, cuja maior – se não única – riqueza dos imigrantes que para lá se dirigiam era a terra, a qual, em razão disso, precisava ser bem-definida e ordenada, garantindo-se os direitos recebidos. Mas não se considerou suficiente para tanto apenas a publicidade possessória, tendo as treze colônias imposto a necessidade de transcrição dos direitos imobiliários em um registro público. O fato ocorreu inicialmente na colônia de Plymouth, em 1627, e, posteriormente, na colônia da Virgínia, em 1639. Criou-se, assim, o *record system* norte-americano,<sup>17</sup> o qual permanece em vigor na maioria dos Estados, mais de trezentos anos depois de sua instituição.<sup>18</sup>

---

jurídicos da família romano-germânica, sendo aquele baseado na ideia de *estates* e *tenures*. Como lembra Serrano, “las relaciones jurídicas inmobiliarias son tan extraordinariamente complejas que no se pueden agrupar, como en el Derecho romano, en torno al concepto simple del dominio, sino que ha sido preciso configurarlas en torno a dos instituciones jurídicas básicas, las tenencias y los *estates*” (SERRANO, Antonio Moro. Op. cit., p. 19). Também Costanzo leciona que a “una concezione statica e unitaria, caratteristica del *civil law*, si contrappone una visione dinamica e frammentada della proprietà che, in *common law*, si esprime attraverso il concetto di *estate*. La *doctrine of the estate* indica la condizione o lo *status* un cui una persona si trova rispetto a un immobile” (COSTANZO, Lucia Di. *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifique Italiane, 2005. p. 62). Veja-se a respeito: THOMPSON, Mark P. *Modern land law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 21 e ss.

17. Este se divide em três categorias: *race*, *notice* e *race-notice*. Os de tipo *race* penalizam os documentos contendo direitos imobiliários oponíveis *erga omnes* não registrados, fazendo que não haja eficácia perante terceiros adquirentes a título oneroso, sendo tais terceiros considerados de boa-fé, desde que tenham registrado seu título, ainda que conheçam eventual negócio jurídico contraditório não registrado. O direito primeiramente registrado, se válido, prevalecerá contra qualquer outro direito, não registrado ou registrado posteriormente. São adotados nos Estados de Luisiana, Carolina do Norte e Dealware. Os de tipo *notice* apenas protegem a terceiros que tenham adquirido sem conhecer a existência de alguma alienação não registrada, sem o que não haverá boa-fé. Há proteção do adquirente de boa-fé mesmo que tenha efetuado o registro posteriormente a alguma pessoa de má-fé. Por fim, os de tipo *race-notice*, em que, para ser protegido, o terceiro, além de ser de boa-fé, deve ter registrado o título prioritariamente. Se A vende um imóvel para B, e em seguida vende o mesmo imóvel para C, em um registro de tipo *notice*, C adquirirá o direito se desconhecer o negócio celebrado entre A e B; em um registro de tipo *race-notice*, C será protegido se além de desconhecer o negócio entre A e B tiver registrado seu título antes de C; e, por fim, no de tipo *race*, C será protegido sempre, desde que registre antes o seu negócio jurídico, ainda que conheça o negócio celebrado entre A e B. Vejam-se a respeito: SERRANO, Antonio Moro. *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*, p. 57-60; e COSTANZO, Lucia Di. *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, p. 96-99/113-114.

18. SERRANO, Antonio Moro. Op. cit., p. 53; e COSTANZO, Lucia Di. Op. cit., p. 76.

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Nessa busca por maior segurança dos direitos imobiliários, desde a sua incoação, em decorrência das peculiaridades locais, o Direito norte-americano afastou-se do Direito inglês, que obrigava os titulares a conservar os *deeds*,<sup>19</sup> eis que a transmissão se dava pela celebração do contrato com a posterior entrega do título.<sup>20</sup>

Apesar de ter sido uma importante evolução no que tange ao sistema de entrega dos *deeds*, o *record system* norte-americano é um típico sistema registral de documentos, o qual não garante os direitos inscritos<sup>21</sup> nem protege adequadamente aos terceiros adquirentes de boa-fé.

### 3. REGISTRO DE DIREITOS

Ao contrário do que ocorre com os sistemas registrais preocupados com a proteção estática dos direitos, isto é, com a proteção do direito subjetivo em si, nos registros destinados à proteção da dinâmica dos direitos o que se busca é tutelar o tráfico jurídico,<sup>22</sup> isto é, tutelar o terceiro adquirente de um direito cuja aparência era de *bom direito*, porque foi publicizado após uma qualificação jurídica realizada por agente estatal.

Busca-se aqui proteger o adquirente que confiou na informação publicizada, desconhecendo eventuais vícios existentes, e que dispendeu recursos e esforços nessa aquisição.

Os registros destinados à segurança do tráfico buscam garantir o direito inscrito e o tráfico jurídico, superando, assim, o *trade off* existente entre a segurança dos direitos subjetivos e a sua liquidez, isto é, a sua segurança de circulação.<sup>23</sup>

---

19. “A document which shows that it is intended to take effect as a deed and has been signed, witnessed, and delivered. This document is usually necessary to either create or transfer a legal interest in land” (THOMPSON, Mark P. Op. cit., p. XLVII).

20. SERRANO, Antonio Moro. Op. cit., p. 56.

21. Esse tipo de sistema ns immobiliariws en los Estados Unidosíveis rumádel *deed* o di un qualunque altro atto giuridico trascritto” (COSTANZO, Lucia Di. Op. cit., p. 78).

22. Alertam Simler e Delebecque que “La sécurite du commerce juridique repose sur la fiabilité des rendements dont disposent les contractants. Cette exigence ne peut être que très imparfaitement satisfaite lorsque les informations sont livrées par le parties elles-mêmes. Elle l’est de bien meilleure façon si les reinsegnements utiles sont consignés sur un registre public et accessible, tenu par une autorité neutre et objective. Teele est la finalité de tout système de publicité, instrument d’*information* et de *protection*” (SIMLER, Philippe; DELEBECQUE, Philippe. Op. cit., p. 667).

23. Veja-se a respeito: GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez. *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingenería jurídica del intercambio impersonal*. Navarra: Thomson Reuters, 2011. p. 73-81/104-138.

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registraes imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Com isso, protege aquele terceiro de boa-fé que confiou na informação publicizada – e, em última instância, que confiou no labor de qualificação jurídica realizado pelo Estado –, o qual não perderá seu direito ainda que o tenha adquirido com vícios. Em razão da segurança do tráfico, será mantido em seu direito, sendo o verdadeiro titular então despojado desse direito e passando a ter um direito obrigacional de indenização contra o causador da sua perda.

Essa proteção é obtida pelo princípio da fé pública registral geradora de aparência jurídica, a qual determina que o terceiro adquirente, de boa-fé, de algum direito registrado não possa perder esse direito, isto é, determina que seja ele garantido pelo Estado no seu direito.<sup>24</sup>

Os registros cujo escopo principal é a proteção do tráfico jurídico, quando geram uma aparência jurídica – de *ser* aquilo que em verdade *não é* –, tutelam essa aparência, em nome da confiança legítima gerada e da segurança do tráfico.

Nesses registros, além da atuação do instituto da publicidade jurídica, há uma atuação do instituto da aparência, exceto nas espécies, como a *Torrens*, nas quais a própria publicidade registral tem efeito sanante, e, portanto, a proteção para o terceiro, assim como para as próprias partes, dela decorre.

São os chamados registros de direitos, conhecidos no direito anglo-saxão como *registration of title*,<sup>25</sup> cujo foco da atuação reside na publicidade do direito inscrito, e não na publicidade dos documentos ensejadores dos direitos inscritos.

Nos registros de documentos há uma atividade direcionada a colocar à disposição documentos que consubstanciam atos jurídicos criadores de situações jurídicas publicizadas, sem se preocupar com a integridade jurídica das situações publicizadas, as quais nem são garantidas pelo registro, nem são exclusivas do registro, haja vista que podem ter sido publicizadas situações jurídicas contraditórias. Nesse caso, deve a parte interessada fazer uma depuração jurí-

---

24. Os requisitos exigidos para essa proteção de um sistema jurídico para outro, podendo-se exigir, ou não, v.g., a onerosidade do negócio para esse sistema jurídico para outro, podendo-se exigir, ou não, a graduação do negócio para esse sistema jurídico para outro, v.g., Espanha e Alemanha, e para esse sistema jurídico para outro, v.g., Espanha e Alemanha, e para esse sistema jurídico para outro, podendo-se exigir, ou não, para as partes Alemanha, e para essa *principle of feasibility* da doutrina anglo-saxônica para esse sistema *Torrens* australiano (PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. Op. cit., p. 133).

25. Ou, ainda, *positive registration* (SIMPSON, S. Rowton. Op. cit., p. 15-21).

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



dica e descobrir qual delas é válida e oponível a terceiros, não havendo, dessa maneira, tutela do terceiro de boa-fé adquirente do direito publicizado. Já nos registros de direitos há uma atividade centrada não na publicidade documental, mas na publicidade das situações jurídicas existentes, válidas e eficazes, de modo a garantir o direito inscrito e tutelar o terceiro que confiou nessa garantia.

À primeira vista, mostra-se ter diminuído cada vez mais a importância da diferença estabelecida entre registros de títulos, ou de documentos, e registros de direitos, pois aqueles têm adotado uma série de medidas que de certa forma os têm aproximado destes. Para ilustrar, citem-se o número de atos submetidos a registro, com a conseqüente diminuição do hiato registral existente, a criação de indexadores reais, bem como a incorporação do o princípio do trato sucessivo etc.<sup>26</sup>

Todavia, ao contrário do que possa evidenciar-se, justifica-se e importa ainda a distinção entre as espécies registrais<sup>27</sup> apontadas, pois, embora tenham alguns sistemas registrais de títulos adotado certas características de registros de direitos, referidas adoções localizam-se na periferia, permanecendo o âmago inebriado com o que caracteriza um registro de documentos e o diferencia de um registro de direitos: a não qualificação jurídica profunda do direito a ser publicizado e a não garantia do direito publicizado em relação ao terceiro adquirente de boa-fé.<sup>28</sup>

Aproximam-se os sistemas no que diz respeito a ambos buscarem tutelar o direito subjetivo publicizado, isto é, ambos perseguem a segurança jurídica estática, porém diferenciam-se no foco primordial de cada um: a segurança do direito, tão só, como um fim em si mesmo; e a segurança do tráfico, apesar de assegurar também, e possivelmente mais eficazmente, a segurança do direito publicizado.<sup>29</sup>

O registro de direitos não apenas publiciza o direito inscrito, como também o garante. E como garante o direito inscrito, pode ir além, tutelando não ape-

---

26. Veja-se a respeito: PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. Op. cit., p. 121-134.

27. Sobre essa distinção, conforme assevera Simpson, há um sistema registral que remedia os defeitos do sistema de registro de documentos: o registro de direitos (SIMPSON, S. Rowton. Op. cit., p. 15).

28. Apesar de notar Simpson que, na prática, às vezes, os efeitos praticamente se equivalem, eis que os Tribunais emprestam validade probatória tal a um registro de títulos, que acabam por equiparar seus efeitos aos de um registro de direitos (SIMPSON, S. Rowton. Op. cit., p. 21).

29. Por essa razão entende Simpson que entre um sistema de registro de títulos e um sistema de registro de direitos há um *continuum* (SIMPSON, R. Rowton. Op. cit., p. 19).

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrais imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

nas o direito subjetivo inscrito, mas também aquele que adquiriu esse direito garantido.

Por garantir o direito inscrito, caso seja ele viciado, deverá tutelar aquele que confiou nessa *garantia*, ainda que em conflito com o *verdadeiro titular* do direito.

Para que seja possível a publicidade da situação jurídica *garantida* há uma forte qualificação do ato jurídico levado a registro, a fim de verificar se ele é conforme ao direito ou não. Somente direitos *bons*, isto é, de acordo com o ordenamento jurídico, são publicizados; portanto, apenas os atos jurídicos que sejam existentes, válidos e eficazes serão publicizados.

Aqui não há possibilidade de cadeias duplas de direito de propriedade; não é possível a publicidade de direitos contraditórios – portanto, somente um será publicizado; os subsequentes terão seu acesso registral negado.

Na medida em que a publicidade irá conferir eficácia real ao direito – seja ele um direito real ou um direito obrigacional –, somente poderá dispor de algum direito registralmente aquele que conste no álbum imobiliário como o seu titular.

Em razão de o registro de direitos apenas publicizar situações jurídicas aptas juridicamente, ou seja, situações jurídicas que sejam conformes ao direito, então o direito publicizado é garantido, porque há uma presunção de que este é considerado apto pelo Estado.

Referida presunção é *iure et de iure* em relação a terceiros registrares adquirentes de boa-fé, isto é, após a circulação do direito registrado, após seu ingresso no tráfico jurídico, o terceiro de boa-fé que o adquiriu, confiando na informação registral, é protegido de maneira absoluta. Ele não perderá seu direito, ainda que o sistema civil seja causal, e que o negócio jurídico subjacente seja considerado inválido. Nesse caso, responderá civilmente o Estado, responderá o Oficial de Registro, ou quem mais tenha dado causa à invalidade ou à publicidade da situação jurídica inválida, mas o direito publicizado e circulado restará garantido.

Todas as situações jurídicas imobiliárias oponíveis a terceiros devem ser publicizadas, com raras exceções de oponibilidades que decorrem da lei,<sup>30</sup> e que devem ser mantidas ao mínimo possível.

---

30. Embora essas cargas ocultas decorram sempre da lei, ainda que indiretamente, Simpson afirma que podem decorrer delas, imediatamente, de dois tipos de situação: “(1) *Rights which may be ascertained by inspection of the property or by enquiry of the occupier (...)*. (2) *Liabilities arising under statute (...)*” (SIMPSON, S. Rowton. Op. cit., p. 18, grifo do original).

São os *overriding interests*,<sup>31</sup> do direito inglês, de que trata S. Rowton Simpson, sobre os quais adverte que “are a blemish on the principle that the register should be complete, and they should be kept to a minimum. Though some overriding interests are inevitable in any system, others are debatable”. Complementa o autor asseverando que todas as ocorrências que afetam uma situação jurídica imobiliária devem constar no registro imobiliário, a fim de que possam ser prontamente verificadas mediante uma certidão.<sup>32</sup>

Conforme alerta o *Alde Group Seminar*, as chamadas *hidden charges* existem em todos os sistemas registrais europeus, embora deva pretender-se aboli-las em nome da segurança do tráfico.<sup>33</sup>

As situações jurídicas imobiliárias oponíveis a terceiros e não publicizadas no registro imobiliário não são aceitas pacificamente em um sistema de registro de direitos, eis que maculam o sistema e a segurança do tráfico.<sup>34</sup>

Assevera Nicolás Nogueroles Peiró que os registros de direitos têm as seguintes características:

1. Los derechos reales, se adquieran *inter vivos* o *mortis causa*, acceden al registro aunque la inscripción puede tener distinto valor en un caso y en otro.
2. La llevanza del registro sigue la técnica del folio real, lo que significa que el archivo se lleva por fincas y cada folio contiene todo el historial jurídico de la finca. La organización es más complicada que en el registro de documentos.
3. Se aplica el principio de tracto sucesivo, lo que significa que nadie puede inscribir si aquél de quién adquiere su derecho o contra el que dirige su pretensión no tiene inscrito su derecho. Además cierra al registro o los derechos contradictorios.
4. El efecto de la inscripción es la prevalencia de lo inscrito frente a lo no registrado y por tanto, el que adquiere confiando en lo que el registro publica es protegido aunque el derecho del transferente se anule por causas que no

---

31. Os *overriding interests* são “A right in land which binds a purchaser of registered land, despite not being protected on the register of title” (THOMPSON, Mark P. Op. cit., p. XLVIII). Ainda, conforme Simpson, “Certain rights and liabilities affecting land which it is not practicable to register but which, though not registered, must nevertheless retain their validity.” (SIMPSON, S. Rowton. Op. cit., p. 18).

32. SIMPSON, S. Rowton. Op. cit., p. 16-19.

33. Alde Group Seminar. European property law rights and wrongs. *European Land Registry Association – ELRA Annual Publication* [S.l.], n. 4, p. 100-103, 2011.

34. Sobre o assunto, note-se, v.g., que o direito inglês, por meio da *Land Registration Act* de 2002, diminuiu a possibilidade de *overriding interests*, se comparada à anterior lei de 1925 (THOMPSON, Mark P. Op. cit., p. 120-122; PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. Op. cit., p. 127).

constan en el registro. Este efecto recibe el nombre de fe pública y admite distintos grados de eficacia pudiendo variar los requisitos exigidos para su aplicación de un país a otro.

5. El control de acceso es más intenso y comprende no solo los aspectos formales, sino también los sustantivos. El ámbito de control está relacionado con el sistema de transmisión de la propiedad, abstracto o causal.

En este sistema el registro es la prueba de la propiedad, no se trata solo de publicar sino también de garantizar lo publicado.<sup>35</sup>

Ao contrário dos registros de documentos, que publicizam os títulos que deram causa aos direitos, ainda que estejam tais documentos ordenados por meio de um fôlio real – indexado pelos imóveis, e não pelos titulares de direitos –, os registros de direitos publicizam o próprio direito, isto é, a tônica da publicidade reside na situação jurídica, e não no instrumento que a engendrou.

Leciona Benito Arruñada que os “registros de derechos contienen información referida a los propios derechos, y no meramente a los títulos formales en que éstos se apoyan, por lo cual requieren una depuración exhaustiva de los derechos reales antes de su inscripción.”<sup>36</sup>

Para que possa essa espécie registral publicizar os direitos, garantindo-os, faz-se mister uma concentração no registro de todas as situações jurídicas que devam ser oponíveis a terceiros, sendo o ideal que nenhuma situação imobiliária oponível a terceiros deixe de ser publicizada registralmente, bem como que haja uma forte qualificação registral, que depure jurídica e previamente o direito inscrito, controlando firmemente a sua continuidade.

A informação registral é, portanto, simplificada pela depuração jurídica prévia realizada pelo Registrador, possibilitando àqueles que pretendam saber quem é o titular de certo direito sobre determinado imóvel, bem como se pesa sobre ele algum ônus,<sup>37</sup> a informação de maneira rápida e segura por meio de uma única certidão registral.

---

35. PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. Op. cit., p. 121-122.

36. ARRUÑADA, Benito. Op. cit., p. 104.

37. Ônus, aqui, em seu sentido lato, de qualquer interesse contrário que possa afetar ao direito inscrito, seja um direito real de garantia, v.g., seja uma constrição judicial, seja um direito obrigacional com eficácia real. Não se utiliza aqui o termo ônus em seu sentido estrito, de comportamento que uma pessoa pode ou não adotar, segundo sua livre escolha, mas que deve adotar se desejar atingir certa situação jurídica, mas cujo comportamento não é exigível por outrem, o que o difere da obrigação (trata-se, aqui, do *ônus jurídico*, obrigacional), ou de dever de prestar algo, vinculado a um direito real, que limita a sua fruição (*ônus reais*). Veja-se a respeito: NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 68/298.

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Três são assim as marcas centrais de um sistema de registro de direitos: a concentração de todas as – ou do máximo possível das – situações jurídicas imobiliárias que devam ser oponíveis a terceiros no órgão publicitário; a publicidade focada no direito, e não no título; e a garantia do direito inscrito,<sup>38</sup> por meio de uma forte qualificação registral, bem como pela tutela do direito inscrito após sua aquisição por um terceiro de boa-fé.<sup>39</sup>

São exemplos de registro de direitos o registro imobiliário espanhol e o alemão,<sup>40</sup> nos quais a proteção do tráfico jurídico decorre não diretamente da publicidade registral, a qual é relativa e pode ser retificada quando não corresponder à realidade jurídica, mas do princípio da tutela da aparência jurídica, aplicada ao terceiro que confiou legitimamente na informação registral.

O Registro Torrens é igualmente um exemplo de registro de direitos, mas do qual a proteção do tráfico decorre diretamente da publicidade registral,<sup>41</sup> que tem característica sanante e produz eficácia absoluta, convertendo-se, portanto, em realidade jurídica.<sup>42</sup>

---

38. No Brasil, já alertava Garcia que o que constituía o coração do sistema registral germânico era a garantia do direito inscrito em relação a terceiros adquirentes de boa-fé, e não a vinculação do registro a um cadastro, como afirmavam muitos (GARCIA, Lysippo. *Registro de imóveis: a transcrição*, p. 120).

39. Ruoff, citado por Simpson, assevera que um registro de direitos ampara-se em três (receptos, conforme especificado a seguir: “(1) *The mirror principle* which involves the proposition that the register of title is a mirror which reflects accurately and completely and beyond all argument the current facts that are material to title. With certain inevitable exceptions the title is free from all adverse burdens, rights and qualifications unless they are mentioned in the register. (2) *The curtain principle* which provides that the register is the sole source of information for proposing purchasers who need not and, indeed, must not concern themselves with trusts and equities which lie behind the curtain (...). (3) *The insurance principle* which is that, if through human frailty (in the Registry), the mirror fails to give an absolutely correct reflection of the title and a flaw appears, anyone who thereby suffers loss must be put in the same position, so far as money can do it, as if the reflection were a true one.” (SIMPSON, S. Rowton. Op. cit., p. 22).

40. Vejam-se por todos: BERDEJO, José Luis Lacruz. *Derecho inmobiliario registral*, 2. ed.; WESTERMANN, Harry et al. *Derechos reales*, v. I-II; e MENDES, Isabel Pereira. *Estudos sobre registro predial*, p. 22.

41. E não da tutela da aparência jurídica, pois o registro torna-se realidade jurídica (BERDEJO, José Luis Lacruz. *Derecho inmobiliario registral*, 2. ed., p. 13).

42. “The title of a registered owner thus became independent of the previous owners’ titles: under the Torrens system, registration itself confers a good title. Simply getting registered as the owner cures any defects that would otherwise exist in the title. All

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

#### 4. ABSTRAÇÃO E CAUSALIDADE ENTRE O PLANO REAL E O OBRIGACIONAL E AS ESPÉCIES REGISTRAS IMOBILIÁRIAS

Feita a análise da distinção entre os sistemas registrares imobiliários de direitos e de títulos, que tutelam primordialmente a segurança jurídica estática e aqueles cuja tutela recai sobre a segurança jurídica dinâmica, faz-se mister agora verificar se há alguma relação necessária entre essa distinção e o sistema jurídico-civil de separação entre plano obrigacional e plano real, isto é, se há alguma relação necessária entre o sistema registral adotado, de acordo com a classificação registral analisada, e a abstração ou causalidade<sup>43</sup> – absoluta ou relativa – entre os atos jurídicos obrigacionais e os efeitos reais.

Em um sistema civilista em que haja abstração entre o plano real e o obrigacional, haverá, necessariamente, um registro imobiliário de direitos? E naqueles em que há causalidade, absoluta ou relativa, entre o plano real e o obrigacional, haverá, necessariamente, um sistema registral imobiliário de documentos?

Se positivas as respostas às questões colocadas, então os efeitos materiais de um sistema registral estarão já dados uma vez conhecido o sistema de transmissão negocial dos direitos reais.

No caso do sistema registral imobiliário brasileiro, já estarão dados os seus efeitos materiais em tal caso, uma vez que, conforme aceitação pacífica, há no

---

that one has to do as a buyer of Torrens system land, therefore, is to check that the person selling the land is the person named in the public register as the owner of it, and get on the register after the sale. There is no need to check whether that seller bought it from someone else who was the 'true' owner of the land, for as long as a buyer does those things the buyer can be quite sure of obtaining a good title upon registration." (TAYLOR, Greg. *The law of the land: the advent of the torrens system in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2008. p. 9-10).

43. Causa sempre honfers a good title. Simply geting registered as the owner cures any def causa ser, ou não, relevante para a validade e eficácia do contrato de disposição dos direitos reais. Conforme leciona Díez-Picazo, ez-Picazore honfers a good title. Simply geting registered as the ownees la razazzore honfers a good title. Simply geting r La distinción de que tratamos se funda, en rigor, en la vinculación que existe entre la existencia y licitud de la causa y la validez y eficacia del contrato. El contrato se llama causal cuando la existencia y la licitud de la causa operan como un presupuesto de la validez y de la eficacia del contrato. (...) Por el contrario, se habla de contrato abstracto para designar un negocio jurídico que aparece desligado e independizado de su "causa" (...). (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996. vol. I, p. 237). No dizer de Couto e Silva, os atos causais izer de 1996. vrimoimply geting r La distinción de que tratamos se funda, en rigor, en la vincu(COUTO e SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, p. 69).

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Brasil uma causalidade relativa entre o direito obrigacional e o real. Se positivas forem as respostas, então o sistema registral pátrio não poderia ser de direitos, sendo correta a interpretação hoje vigente de que não há proteção do terceiro adquirente de boa-fé.

No caso de negatividade, então a discussão acerca dos efeitos materiais do sistema registral no país é pertinente e está aberta, porquanto todas as possibilidades seriam, em tese, cabíveis.

A discussão a respeito de se, no direito brasileiro, há abstração ou causalidade entre o plano real e o obrigacional foi polarizada entre Pontes de Miranda,<sup>44</sup> para quem o sistema nacional é abstrato, e Clóvis do Couto e Silva,<sup>45</sup> para quem há causalidade relativa, tendo sido a tese deste a vencedora, hoje amplamente aceita.

A constituição ou transmissão negocial, *inter vivos*, de um direito real imobiliário no direito brasileiro importa em três momentos, sendo dois negócios jurídicos, situados em planos diversos, e um ato público: (1) o negócio jurídico subjacente, de direito das obrigações, como um contrato de compra e venda, v.g.; (2) o negócio jurídico de constituição ou de transmissão do direito real, de direito das coisas; e (3) o ato registral, no registro imobiliário que tenha atribuição territorial.

Há, do ponto de vista do negócio jurídico, um negócio jurídico bilateral situado no plano das obrigações, por meio do qual se obriga a constituir, ou transmitir, um direito real – gratuita ou onerosamente – vinculado juridicamente a outro negócio jurídico bilateral de transmissão ou de constituição do direito real, situado este no plano dos direitos reais.

Para que se consiga a criação ou transmissão do direito real, ambos os negócios devem coexistir, pois são interdependentes. Ou seja, o negócio de direito das coisas não pode existir sem o negócio obrigacional, porque não é abstrato, devendo assim existir uma causa para a manifestação de vontade de constituição/transmissão do direito real. O negócio obrigacional, sozinho, não surte eficácia na esfera real, porquanto importaria apenas em uma vontade de obrigar-se a criar/transmitir certo direito real, sem importar na vontade de efetivamente criar/transmitir referido direito.

O contrato que tem por escopo a instituição ou a transmissão de um direito real é, ao mesmo tempo, acordo subjacente, obrigacional, de (criar a obrigação de) instituição/transmissão do direito real, e acordo de transmissão, ou de

---

44. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XI, § 1.244, p. 312.

45. COUTO e SILVA, Clóvis do. *A obrigação como proceso...* cit., p. 52-59.

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

constituição, de um direito real, os quais, embora sejam unos no plano psicológico, são distintos, porém interdependentes, no plano jurídico.

Nos casos em que o adimplemento de uma obrigação se dê por meio de um negócio jurídico,<sup>46</sup> como na constituição/transmissão de um direito real, há a necessidade de um negócio jurídico de disposição. Este último constituirá adimplemento da obrigação subjacente e será, por sua vez, concretizado (no caso de direitos reais imobiliários) pelo registro imobiliário. Há, nos casos apontados, uma interdependência entre ambos os contratos: um não pode existir sem o outro, e a manifestação de vontade declarada para a realização do negócio jurídico de direito das obrigações inclui já, necessariamente, a manifestação de vontade para o adimplemento por meio do negócio jurídico de direito das coisas, porque sendo a obrigação um processo voltado para adimplemento, não é possível separar ambas as vontades.<sup>47</sup>

A existência do acordo de transmissão, distinto do negócio jurídico base que lhe serve de causa, é inegável no direito brasileiro, consoante bem demonstrou Clóvis do Couto e Silva, servindo a compra e venda com reserva de domínio como prova científica para tanto. Se há uma condição para a transmissão do domínio da coisa vendida – que suspende a transmissão da propriedade até o pagamento do preço –, essa condição não pode estar nem na compra e venda, cuja eficácia não é a de transmitir o domínio, nem na tradição, que é incondicional por ser ato-fato jurídico, estando, assim, em um negócio jurídico que se situa entre a compra e venda e a tradição, e que tem a eficácia de permitir a transmissão do direito real.<sup>48</sup>

O acordo de transmissão, exigível para a constituição ou transmissão de um direito real pela via negocial *inter vivos*, consiste em um negócio jurídico no qual se manifesta a vontade de transmitir o direito real, cuja eficácia reside na criação de um direito potestativo à constituição do direito real que visa o acordo. É o que Pontes de Miranda chama de negócios jurídicos júri-reais.<sup>49</sup>

---

46. Excetuados os casos em que a finalidade do negócio jurídico seja a feitura de outro negócio jurídico, como nos casos dos pré-contratos. Nessas hipóteses, como o objeto é a feitura de outro negócio jurídico – e não a transmissão/constituição de um direito real, adimplido por meio de um negócio jurídico –, há necessidade de uma declaração distinta de vontade, e não há negócio dispositivo de adimplemento. Veja-se a respeito: COUTO e SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo...* cit., p. 53.

47. Veja-se a respeito: Couto e Silva, Clóvis do. *A obrigação como proceso...* cit., p. 52-53.

48. COUTO e SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo...* cit., p. 59.

49. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1974. t. III, § 281, p. 159.



O acordo de transmissão gera uma mutação jurídica sem criar uma dívida, nem originar uma contraprestação exigível; gera um direito potestativo, cujo exercício depende exclusivamente da vontade de seu titular.<sup>50</sup>

Todavia, conforme assinalado, nos casos em que o acordo de transmissão é adimplemento de um contrato subjacente de direito das obrigações, a vontade de transmitir/constituir o direito real (necessária para o negócio jurídico dispositivo) está já contida na vontade declarada no negócio jurídico obrigacional (que tem a eficácia de criar a obrigação de transmitir o direito real, mas não de transmiti-lo, papel que cabe ao negócio dispositivo). Como a obrigação consiste em um processo destinado ao adimplemento, em assim sendo, não se pode separar ambas as vontades, isto é, declarada a vontade de obrigar-se a transmitir certo direito real, declarada estará também a vontade de efetivamente transmitir o direito real, ou seja, a vontade de adimplir a obrigação assumida, uma vez que a obrigação só é criada para ser adimplida, embora seja passível de inadimplência.

Apesar da existência distinta, no direito brasileiro, do negócio obrigacional e do negócio de disposição, não há necessidade de haver manifestações de vontade claramente distintas, uma vez que a manifestação de vontade de obrigar-se implica, no direito pátrio, a manifestação de vontade de adimplir a obrigação.<sup>51</sup>

Não é possível imaginar a ausência jurídica do acordo dispositivo no direito brasileiro, separado do negócio jurídico que lhe serve de causa, vendo-os como algo único juridicamente;<sup>52</sup> entretanto, não há entre eles abstração, de modo que, como um é causa do outro, a vontade declarada para constituir a obrigação implica a vontade de adimpli-la.

O contrato de instituição/transmissão de um direito real é, dessa maneira, a um só tempo, negócio jurídico de direito das obrigações (que cria a obrigação de constituir/transmitir o direito real, gratuita ou onerosamente) e negócio jurídico de direito das coisas (acordo de transmissão; negócio júri-real, cuja eficácia é criar um direito potestativo à constituição do direito real para o beneficiado no acordo, mediante o registro, que, por sua vez, implica o exercício

---

50. Razão pela qual qualquer interessado poderá apresentar o título para registro, não havendo necessidade do comparecimento do transmitente.

51. Veja-se a respeito: PRADO, Francisco Bertino de Almeida. *Eficácia probatória do registro*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1943. p. 55-57.

52. Nesse sentido, é equivocado o entendimento de Darci Bessone de ver no contrato de compra e venda eficácia obrigacional e real, consoante demonstrado por COUTO e SILVA, Clóvis do. *A obrigação como proceso...* cit., p. 56-59.

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

do direito potestativo; cria um direito formativo à constituição do direito real, porém não cria o próprio direito real (papel que cabe ao registro), nem apenas obrigações exigíveis de outrem).

O negócio jurídico de direito das obrigações e o de direito das coisas são unos no plano psicológico, porém distintos no plano jurídico.

Difere o contrato de disposição do contrato de base, subjacente,<sup>53</sup> o qual possui eficácia meramente obrigacional, isto é, cria para alguém a obrigação de instituir ou transmitir um direito real em favor de outrem. É o que ocorre, v.g., com um negócio jurídico de compra e venda (instituição onerosa) de uma propriedade superficiária.

E difere igualmente do ato de criação do direito real, seja a tradição para os bens móveis, que é ato-fato, seja do registro para os imóveis, que é “ato de direito público, não integrado pela vontade das partes.”<sup>54</sup> O registro imobiliário, no caso de direitos imobiliários, cria o direito real, e decorre do exercício do direito potestativo (à constituição/transmissão do direito real) gerado pelo acordo de transmissão, consistindo na execução<sup>55</sup> do acordo.

Para o surgimento do direito real imobiliário pela via negocial há, em verdade, três momentos jurídicos: (1) o acordo subjacente, de direito obrigacional; (2) o acordo (real) de transmissão; e (3) o registro no Registro de Imóveis.

A constituição negocial de um direito real imobiliário decorre do contrato obrigacional (que somente tem a eficácia de criar a obrigação de transmitir o direito real), do acordo de transmissão (que contém as vontades para a transmissão ou constituição do direito real, as quais são necessárias porquanto no negócio base não há vontade de transmitir, mas somente de obrigar-se a trans-

---

53. Subjacente, aqui, em seu sentido jurídico; ainda que nasçam em um mesmo momento, juridicamente o contrato obrigacional é anterior (é causa) ao contrato real. Não pode ser sobrejacente, pois, na medida em que a obrigação é um processo voltado para o adimplemento, não há obrigação sem vontade de adimplir, da mesma forma que não há adimplemento sem prévia obrigação. Opinião diversa é a de Pontes de Miranda, que, por considerar abstrato o acordo de transmissões nasçam em um mesmo momento, juridicamente o contratobase (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XXXVIII, , vadonti Pontes

54. COUTO e SILVA, Clóvis do. *A obrigação como proceso...*cit., p. 58.

55. Tecnicamente, n do Couto eentfalar em adimplemento do acordo de transmissão do direito imobiliário, pois, uma vez que gera ele um direito potestativo à transmissão do direito real imobiliário, não há que se falar em exigibilidade, mas somente em exercício do direito pelo titular, e sujeição pelos demais.

mitir), mais o registro (cujo consentimento para a realização está implícito no acordo de transmissão).

Não há abstração entre o negócio jurídico de direito das obrigações e o de direito das coisas. Vale dizer, não há separação absoluta, no direito brasileiro, entre o plano obrigacional e o real.<sup>56</sup>

Há uma causalidade relativa, que gera uma interdependência entre o negócio jurídico obrigacional e o real, de modo que um é causa do outro. Não há causalidade absoluta,<sup>57</sup> porque o negócio obrigacional não tem eficácia real, sendo necessária a existência de um negócio júri-real; nem há abstração, porque há uma interdependência causal entre eles.<sup>58</sup>

O negócio jurídico base tem eficácia meramente obrigacional, ou seja, gera apenas a obrigação de instituir ou transmitir o direito real; gera apenas direitos, pretensões e ações, mas o seu adimplemento requer um negócio jurídico de transmissão.

Na medida em que não há abstração entre o negócio jurídico obrigacional e o real, e na medida em que a obrigação nasce já voltada para o adimplemento, tem-se, no direito civil pátrio, que a vontade de obrigar-se e a de adimplir são codeclaradas no negócio jurídico obrigacional. Com isso, celebrado um contrato, v.g., de compra e venda, em rigor por escritura pública,<sup>59</sup> não haverá necessidade de celebrar-se outro contrato de adimplemento, nem mesmo de separar e explicitar no instrumento a vontade de adimplir, pois esta é codeclarada no negócio obrigacional, de modo automático, uma vez que, conforme salientado, a obrigação só nasce para ser adimplida, embora seja passível de inadimplência.

Pela mesma razão jurídica não é possível a existência autônoma do negócio jurídico de disposição, eis que, em havendo causalidade relativa, haverá a necessidade de uma obrigação prévia a ser adimplida.

Entretanto, por conta da separação entre plano obrigacional e plano real, torna-se impossível não enxergar a distinção jurídica entre os negócios de criação e o de adimplemento do vínculo obrigacional, imaginando tratar-se de uma unidade jurídica.

---

56. Em sentido contrário, e isolado, entendendo haver abstração, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XXXVIII, § 4.254, p. 360.

57. Como há no direito francês, v.g., em que do contrato nasce já o direito real. O negócio de direito obrigacional produz já eficácia real.

58. Interdependência essa inexistente, v.g., no direito alemão.

59. Veja-se o art. 108 do CC/2002.

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

São distintos os negócios, a despeito de serem as vontades codeclaradas, e de haver causalidade relativa entre eles.<sup>60</sup>

Na precisa lição de Pontes de Miranda, o “acordo de transmissão (*Einigung*) de direito das coisas é pressuposto, *necessário* (salvo a lei que lhe supra a falta)”<sup>61</sup> do registro imobiliário, “porque é nele que se contêm as manifestações de vontade para a modificação material do direito de propriedade”,<sup>62</sup> ou outro direito real.<sup>63</sup>

O registro, no Registro de Imóveis que tenha atribuição territorial para o ato, é constitutivo do direito real instituído ou transmitido entre vivos.<sup>64</sup>

Sem o registro não há nascimento do direito real instituído negocialmente,<sup>65</sup> permanecendo o contrato na esfera obrigacional. Existe a potencialidade de ingresso na esfera de eficácia real; existe o direito potestativo à constituição do direito real; mas sem registro, direito real não há. O registro é, nesses casos, constitutivo.

O contrato júri-real de instituição de um direito real não é abstrato, isto é, não se desprende da causa (contrato obrigacional) que lhe fez nascer. Ao contrário, referida instituição, do ponto de vista negocial, engloba os dois negócios jurídicos – o de direito das obrigações e o de direito das coisas – existentes, e relativamente causais entre si.

Da mesma forma, o registro não é abstrato, porque se situa no plano real – assim como o negócio dispositivo –, e, como se observou, não há abstração entre o plano real e o obrigacional.

Da mesma forma, o registro não é abstrato, porque se situa no plano real – assim como o negócio dispositivo –, e, como se observou, não há abstração entre o plano real, de modo que um vício seu irradia efeitos na esfera de direitos reais.

---

60. Assevera Couto e Silva que “na vontade de criar obrigações insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido. Não fora assim, o negócio jurídico não teria as condições mínimas de seriedade que o direito exige. (...) Esta vontade de adimplir é inseparável, no plano psicológico, da vontade de criar obrigações” (COUTO e SILVA, Clóvis do. *A obrigação como proceso...* cit., p. 52-53).

61. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XI, § 1.244, p. 312, destaque do autor.

62. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XI, § 1.244, p. 312.

63. Veja-se, exemplificativamente, a respeito da enfiteuse e da servidão: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XVIII, p.75/260.

64. Art. 1.245 do CC/2002.

65. Pois, apesar de haver a vontade de obrigar-se a instituir esse direito e a vontade de instituí-lo, codeclaradas, falta o modo publicitário de adquirir, consistente no registro.

Nesse sentido, não pode subsistir o direito real válido<sup>66</sup> apesar de o negócio jurídico base ser inválido.<sup>67</sup>

Na medida em que o negócio jurídico subjacente, obrigacional, é a causa do negócio de transmissão, bem como do registro, a invalidade daquele se estende a estes.<sup>68</sup>

Para ilustrar, cite-se como exemplo a compra e venda de um bem imóvel, a qual tenha sido registrada; sendo ela – a compra e venda – inválida, essa invalidade será irradiada para o acordo de transmissão, bem como para o registro.

Difere, assim, o sistema brasileiro do sistema francês,<sup>69</sup> no qual há uma vinculação de causalidade absoluta entre o plano real e o obrigacional, isto é, a relação jurídica de direito obrigacional confere já efeitos reais;<sup>70</sup> a causa imediata, da qual decorre o direito real, é o vínculo obrigacional; o contrato cria, por si só, o direito real.

Difere também o sistema pátrio do sistema alemão, no qual há abstração entre o plano real e o obrigacional,<sup>71</sup> isto é, não há vínculo de causalidade entre

---

66. Salvo se houver a incidência de algum outro instituto jurídico que permita referido efeito, como, v.g., uma publicidade com efeito sanante, ou a tutela da aparência gerada pela publicidade. Mas isso não tem nenhuma relação com a abstração/causalidade entre o plano real e o obrigacional.

67. Diferente é a solução em um sistema abstrato, como o alemão, v.g.. Nesse caso, ainda que o negócio jurídico base seja inválido, desde que válido seja o acordo de transmissão, o direito real permanece válido. Se o vício jurídico afetar tão somente o negócio base, mas não contaminar o acordo de transmissão, e se o registro for válido, permanecerá íntegro o direito real gerado, apesar da invalidade do negócio jurídico que lhe serviu de causa. Há aqui, em verdade, apenas um deslocamento do problema do negócio jurídico obrigacional para o negócio jurídico júri-real de transmissão.

68. Salvo se o direito tiver sido adquirido por um terceiro de boa-fé, e se o sistema registral proteger este terceiro de boa-fé, por meio da tutela da aparência, ou se a publicidade tiver efeito sanante.

69. Vejam-se DANOS, Frédéric. *Propriété, possession et opposabilité*. Paris: Economica, 2007. p. 371 e ss.; VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. *Droit civil*. 30. ed. Paris: LGDJ, 2005. t. 1, p. 293 e ss.; e ANTONMATTEI, Paul-Henri; RAYNARD, Jacques. *Droit civil: contrats spéciaux*. 3. ed. Paris: Litec, 2002. p. 80 e ss.

70. Embora seja o que diz a doutrina, é de se questionar se isto é verdadeiro, na medida em que a absolutividade é uma das marcas centrais dos direitos reais, e ela decorre, mesmo na França, da publicidade (registral), e não do contrato. Antes da publicidade o direito real imobiliário somente tem validade perante as partes, e terceiros que conheçam a relação jurídica.

71. Vejam-se a respeito: WESTERMANN, Harry et al. *Derechos reales*, vol. I, p. 86-88.

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

o negócio jurídico de direito das obrigações (um contrato de compra e venda, v.g., o qual somente gera a obrigação de transferir o direito de propriedade, porque assim é a vontade nele manifestada) e o negócio jurídico de direito das coisas (o negócio translativo, no qual manifesta-se a vontade de transmitir a propriedade).<sup>72</sup> Contrato obrigacional e contrato real são independentes um do outro. Pode existir apenas o segundo, e o direito real será criado ainda assim, porque não é exigida causa. Há uma independência do negócio de disposição em relação à sua causa; assim, se o negócio obrigacional for inexistente, inválido, ou ineficaz, mas se o vício for somente seu e não também do negócio translativo, não restará afetado o direito real, havendo somente direito de ação por enriquecimento sem causa para aquele prejudicado em face da perda do seu direito.<sup>73</sup>

É de se notar que, no direito alemão, embora haja abstração entre o negócio obrigacional e o real, não há abstração entre o negócio real e o registro imobiliário, de modo que, se o negócio real contiver vício, este se estenderá ao registro.<sup>74</sup> O vício do negócio obrigacional não afeta o registro, da mesma forma que não afeta o negócio real; permanece intacto o direito real instituído ou transmitido; porém, o vício do próprio registro, ou do negócio real, afeta o registro e o direito real instituído ou transmitido, porque entre registro e negócio real há causalidade, e o registro não é sanante. Nesse caso, apenas será resguardado o terceiro que adquire de boa-fé, confiando no registro, porque há no direito alemão a atuação do princípio da tutela da aparência, amparado na tutela da confiança legítima, a proteger esse terceiro. Mas na relação direta, sem o tráfico jurídico, o direito real será maculado.

Em verdade, nos sistemas de transmissão imobiliária em que há abstração causal, do ponto de vista registral, o problema de possível vício registral por conta de um vício negocial não é anulado, mas apenas deslocado do negócio obrigacional para o negócio real. Se o negócio real (acordo de transmissão) é

---

72. O acordo de transmissão “contém, simplesmente, a declaração do transmitente de querer transmitir a propriedade ao adquirente, e a declaração do adquirente de querer adquirir a propriedade. Dada a natureza abstrata da disposição, não pertence ao acordo o consenso sobre o fundamento jurídico da transmissão” (WESTERMANN, Harry et al. *Derechos reales*, vol. I, p. 485).

73. Porém, se o direito não tiver ingressado no tráfico jurídico, isto é, se não tiver sido adquirido por algum terceiro de boa-fé, no Direito alemão, a ação de enriquecimento sem causa dá direito a retomar o bem perdido. Vejam-se a respeito: WESTERMANN, Harry et al. *Derechos reales*, v. I, p. 90.

74. Vejam-se a respeito: WESTERMANN, Harry et al. *Derechos reales*, vol. I, p. 77, vol. II, p. 964; e WITZ, Claude. *Le droit allemand*. Paris: Dalloz, 2001. p. 93.

abstrato em relação ao negócio obrigacional (compra e venda, v.g.), não o é em relação ao registro, de modo que se viciado estiver o acordo de transmissão, viciado estará também o registro. Nesse caso, a qualificação registral deverá recair sobre o negócio de transmissão somente, em vez de recair sobre o negócio obrigacional também (ou exclusivamente, em caso de causalidade absoluta), tal como ocorre em um sistema causal.

Todavia, a questão proposta no início deste tópico se mantém: essa divergência entre causalidade (absoluta ou relativa) e abstração implica uma vinculação necessária com algum sistema registral específico?

A resposta a essa questão é que não há relação necessária entre o tipo registral e o sistema de vinculação entre o plano real e o obrigacional, mas tão somente, uma tendência jurídica,<sup>75</sup> a qual é mais fortemente sentida nos sistemas em que a esfera real é abstrata em relação à obrigacional. Nesses sistemas, tende-se a adotar um sistema de registro de direitos, não sendo, todavia, juridicamente inviável, ou vedada, a adoção de um sistema de registro de títulos.

Nada impede, juridicamente, que em um sistema jurídico-civil de abstração entre negócio jurídico obrigacional e real haja um sistema de registro de títulos, sem forte qualificação do negócio jurídico de transmissão e sem garantia do terceiro adquirente de boa-fé. Todavia, não é o que costuma acontecer.

É provável que explicação para essa tendência esteja no fato de que a adoção da abstração é justificada pela busca de maior segurança jurídica dinâmica,<sup>76</sup>

---

75. Diz Arruñada que os países com um direito civil de raiz germânica tendem a adotar um registro de direitos, ao passo que os de influência francesa tendem a adotar um registro de títulos, pouco importando a tradição jurídica de cada país (ARRUÑADA, Benito. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, p. 101-102).

76. De acordo com Westermann, “El principio de abstracción constituye, desde el punto de vista de la evolución histórica, uno de los medios más importantes para crear un Derecho de Cosas autónomo con negocios jurídicos y posiciones jurídico reales fiables para el tráfico jurídico. En la práctica, el interés del tráfico jurídico requiere proteger las disposiciones que tienen efectos absolutos lo más extensamente que se pueda frente a las fuentes de defectos; es decir, sobre todo, frente a los defectos frecuentemente presentes en los negocios jurídicos obligacionales” (WESTERMANN, Harry et al. *Derechos reales*, v. I, p. 92, grifo do original). Para Díez Picazo, “La figura de los contrato abstractos ha sido creada por la técnica jurídica alemana con el fin de facilitar el tráfico jurídico.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5. ed., v. I, p. 239). A abstração do ato de transmissão foi introduzida, por influência de Savigny, “pour des raisons de sécurité juridique: grâce à ce principe, en cas d’acquisition dérivée, le dernier acquéreur en date n’est pas obligé de s’enquérir de l’efficacité de l’acte créateur d’obligations qui a servi de cause à l’acquisition de son cocontractant; si cet acte est nul ou contesté, l’acte de disposition auquel ce dernier

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

eis que se desvincula a possibilidade de perda do direito real adquirido por força de vícios constantes no negócio jurídico obrigacional, no qual, em rigor, situam-se os vícios.<sup>77</sup>

Na medida em que se adota a abstração do direito real em relação ao direito obrigacional, em busca de um aumento na segurança do tráfico,<sup>78</sup> seria incongruente, no passo seguinte, adotar-se um sistema registral de títulos, que não tutela o tráfico jurídico. A saída mais adequada é a adoção de um sistema de registro de direitos, que tutela a segurança jurídica dinâmica.

Haveria incongruência, nesse caso, na adoção de um sistema de registro de documentos, mas não haveria impossibilidade jurídica de se adotar a solução apontada.

Igualmente, nos sistemas causais, há uma tendência – menos forte do que a sentida nos sistemas abstratos – de adoção de sistemas de registros de títulos. Mas não raras vezes encontra-se, aqui, a adoção de sistemas registrais de direitos<sup>79</sup>, como ocorre, v.g., na Espanha.

Há uma tendência menos forte do que a encontrada nos sistemas abstratos, pois, enquanto nestes haveria uma incongruência jurídica entre adotar-se certo sistema de direito material voltado para uma busca prévia ao registro da segu-

---

a été partie demeure efficace” (WITZ, Claude. *Droit prive allemand: actes juridiques, droits subjectifs: BGB, parte générale: Loi sur les conditions générales d'affaires*. Paris: Litec, 1992. p. 125).

77. Ainda conforme Díez-Picazo: “El negocio abstracto constituye un intento de independizar el efecto jurídico delas posibles vicisitudes, anomalías o irregularidades de que pueda adolecer el iter contractual causante de este efecto. [...] Se comprende, enseguida, que desde este ángulo el llamado contrato abstracto” é “el eje cardinal de toda una manera de concebir el tráfico jurídico fundando sobre una idea de seguridad” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5. ed., v. I, p. 237).
78. Nesse sentido alerta Hattenhauer que o “florecente intercambio mercantil de la sociedad industrial había obligado a robustecer la protección legal de la confianza. La buena fe tendría capacidad anuladora de la propiedad. La adquisición de la propiedad de manos de quien careciese de justo derecho justificaba la propiedad del adquirente, lo que llevaba a admitir en el tráfico jurídico la facultad de expropiación en interés de la seguridad de ese mismo tráfico” (HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel, 1987. p. 121).
79. Leciona, neste ponto, Serpa Lopes, que a abstração causal do contrato de transmissão não é elemento essencial para a existência de um sistema de direitos, demonstrando que não é isso que permite que a Alemanha possua um sistema registral de direitos, e nem é a falta disso que não permitiria ao Brasil tê-lo (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: A Noite, 1947. v. I, p. 61-62).

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrais imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



rança de tráfico – por meio da abstração causal –, e não adotar-se a mesma cautela no sistema formal-registral que lhe dá efetividade – um registro de títulos, em vez de um registro de direitos –, nos sistemas causais, por não perseguirem, nesse tocante material, a segurança de tráfico, pode o sistema formal-registral permanecer tanto na busca da segurança jurídica estática quanto dar um passo além, perseguindo a segurança jurídica dinâmica,<sup>80</sup> sem que haja, em qualquer hipótese, alguma contradição lógica com a opção civilista. Apesar disso, há uma tendência de que sistemas causais – no mínimo em relação aos absolutamente causais – adotem um sistema registral de documentos, como ocorre, v.g., na França e na maior parte da Itália.

Mas não passa de uma tendência<sup>81</sup> e, portanto, não há necessidade jurídica de que ela se confirme.<sup>82</sup>

De fato, há exemplos que contradizem as tendências apontadas e corroboram a possibilidade de adoção de sistemas diversos.<sup>83</sup>

---

80. Interessante notar aqui, que uma das grandes críticas que se faz contra o sistema de abstração causal, em matéria imobiliária, é que a proteção registral do terceiro adquirente de boa-fé é suficientemente protetora do tráfico jurídico. Vejam-se, nesse tocante: WESTERMANN, Harry et al. *Derechos reales*, vol. 1, p. 93.

81. Apesar de alguns autores asseverarem que nos sistemas causais deve haver um sistema de registro de títulos e declarativo, ao passo que nos sistemas abstratos deve haver um sistema registral de direitos e constitutivo. Veja-se, por todos: COSTANZO, Lucia Di. *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, p. 7-9. No Brasil, Gomes entende, de maneira equivocada na opinião deste estudo, que não seria possível proteger-se o tráfico jurídico por meio de um registro imobiliário de direito, que tutelasse ao terceiro adquirente de boa-fé, porque não havia no País o princípio da abstração da causa, o que, segundo ele, implicaria renúncia a alguma eficácia material ao registro imobiliário, de modo que sugeriu em seu projeto de Código Civil um registro de títulos (GOMES, Orlando. *Código civil: projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 55). No mesmo sentido equivocado envereda Soriano Neto, ao entender que o Direito alemão somente poderia adotar o princípio da fé pública registral porque havia o amparo material da abstração causal (SORIANO NETO. *Publicidade material do registro imobiliário (efeitos da transcrição)*. Recife: [S.e.], 1940. p. 57, 67, 75-83, 109/115-117).

82. Assevera Peiró que os “sistemas de fe pública pueden operar con distintos mecanismos de transmisión de la propiedad y el consentimiento real no es un obstáculo (...) en principio el sistema registral de fe pública no está necesariamente conectado con un único mecanismo de transmisión como tampoco lo está necesariamente con la inscripción constitutiva” (PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. Op. cit., p. 134).

83. Demonstra Peiró que, na Europa, o sistema registral de direitos é aplicado tanto em sistemas de transmissão abstratos (Alemanha e Inglaterra), como em sistemas causais (Áustria, Suíça e norte da Itália), ao passo que o sistema de registro de documentos

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

A Espanha, v.g., é um caso de sistema civilista de causalidade relativa (a eficácia real não decorre da manifestação de vontade),<sup>84</sup> cuja transmissão do direito real se dá com a junção do *titulus* (negócio jurídico) com o *modus* (tradição),<sup>85</sup> tanto para móveis quanto para imóveis, cujo registro imobiliário, apesar de, em rigor, ser declarativo – uma vez que se existirem o negócio jurídico e a tradição já terá ocorrido a criação do direito real –, é de direitos. Há forte qualificação jurídica do publicizado, garantindo-se o terceiro adquirente de boa-fé,<sup>86</sup> que confia na publicidade registral.<sup>87</sup>

Outro exemplo que contradiz a tendência apontada são os Estados Unidos da América. Nesse país, há um sistema abstrato, cujo ato de transmissão (*conveyance*<sup>88</sup> ou *deed*) de um *legal estate*,<sup>89</sup> registrável, é abstrato em relação ao negócio jurídico subjacente (*contract*), que produz apenas efeitos obrigacionais.<sup>90</sup>

---

é aplicado somente em sistemas de transmissão absolutamente causal (França, Itália, Bélgica e Luxemburgo). (PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. *La evolución de los sistemas registrales en Europa. Noticias de la Unión Europea*, año XXIII, n. 265, p. 134). Porém, fora da Europa, encontram-se também sistemas registrares de documentos aplicados a sistemas abstratos de transmissão, como ocorre nos Estados Unidos da América (COSTANZO, Lucia Di. *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, p. 58-59).

84. Embora haja exceções. Veja-se a respeito: BERDEJO, José Luis Lacruz. Op. cit., p. 171.

85. BERDEJO, José Luis Lacruz. Op. cit., p. 169.

86. Lembra Valencoso que, “Según Lange, el sistema óptimo sería aquel que combinase el principio de causalidad de la transmisión con un sistema de adquisición de bienes *a non domino*, ya que así, por un lado, quedarían protegidas las partes frente a los defectos existentes en el negocio subyacente, y por otro lado, quedaría tutelada la seguridad del tráfico. Esta es la solución por la que opta el legislador español, ya que por un lado, el sistema español de transmisión de la propiedad es causalista, y por el otro, si quien ha inscrito su derecho lo adquirió de quien en el Registro aparecía como su titular, será mantenido en su adquisición aunque este último no fuera legítimo dueño o su titularidad se encontrara amenazada por cualquier causa de resolución o revocación que no constara en el Registro (art. 34 LH).” (VELENCOSO, Luz M. Martínez. *Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria*. Barcelona: InDret, Oct. 2008. Disponível em: [www.indret.com/pdf/589\_es.pdf]. Acesso em: 25.08.2012. p. 16-17).

87. Veja-se a respeito: MENDES, Isabel Pereira. Op. cit., p. 27-28.

88. Para Thompson, “A document, almost always a deed, by which the legal title to land is transferred” (THOMPSON, Mark P. *Modern land law*, p. XLVII).

89. *Estate* tem vários significados possíveis, porém, o que interessa ao presente trabalho é o de “legal extent of a person’s ownership rights in land” (THOMPSON, Mark P. Op. cit., p. XLVII).

90. COSTANZO, Lucia Di. Op. cit., p. 58-59.

---

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

No entanto, o sistema registral norte-americano é um sistema de registro de títulos, conforme observado.<sup>91</sup>

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALDE GROUP SEMINAR. European property law rights and wrongs. *European Land Registry Association – ELRA Annual Publication*. n. 4. p. 100-103. [S.l.], 2011.
- ALESSANDRI R., Arturo, et al. *Tratado de los derechos reales*. 6. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. t. I.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registros*. Coimbra: Almedina, 1966.
- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1908.
- ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: Cedam, 2006.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. vol. II.
- ÂNGULO, L. de; CAMACHO, J.; Castilla, M. *Garantias de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro*. Madrid: Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003.
- ANTONMATTEI, Paul-Henri; RAYNARD, Jacques. *Droit civil: contrats spéciaux*. 3. ed. Paris: Litec, 2002.
- ARRUÑADA, Benito. *Human nature and institutional analysis*. Disponível em: [[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=859084](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=859084)]. Acesso em: 17.03.2013.
- \_\_\_\_\_. *Institutional foundations of impersonal exchange: theory and policy of contractual registries*. Chicago: The University of Chicago Press, 2012. E-book.
- \_\_\_\_\_. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, 2004.
- \_\_\_\_\_. Organização do registro da propriedade em países em desenvolvimento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 56. p. 139-159. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun., 2004.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas de titulación de la propiedad: un análisis de su realidad organizativa*. Lima: Palestra, 2004.
- ASENSIO, Rafael Izquierdo et al. *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- AZEVEDO, Philadelpho. *Registro de imóveis (valor da transcrição)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.
- \_\_\_\_\_. *Registros públicos*. 2. tir. Rio de Janeiro: Ed. Almeida Marques, 1929.

91. Veja-se Capítulo 2 deste estudo.

BRANDELLI, Leonardo. Abstração e causalidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registraes imobiliárias *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 85-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

- BERDEJO, José Luis Lacruz. *Derecho inmobiliario registral*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1959.
- BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 1. ristampa corretta della II edizione. Napoli: Scientifiche Italiane, 2002. (Collana Università di Camerino).
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7. tir. Rio de Janeiro. [S.d.]. vol. I.
- \_\_\_\_\_. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense [S.d.]. vol. I.
- \_\_\_\_\_. Resposta á Comissão da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro. In: BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. *Projecto de Codigo Civil brasileiro: trabalhos da Comissão Especial do Senado*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1902. vol. II.
- BORGES, João Afonso. *O registro torrens no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1960.
- CARINGELLA, Francesco. *Studi di diritto civile*. Milano: Giuffrè [S.d.]. t. II.
- CARRIL, Nelson J. López Del. *Publicidad de los derechos reales*. Buenos Aires: Depalma, 1965.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: ed. Freitas Bastos, 1961. vol. X.
- \_\_\_\_\_. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi [S.d.]. vol. XLIII.
- CARVALHO, Afrânio de. Reflexos do inventário e partilha no registro. In: PÉREZ, Diego Selhane (coord.). *Títulos judiciais e o registro de imóveis*. Rio de Janeiro: IRIB, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CHICO Y ORTIZ, José María. *Estúdios sobre derecho hipotecário*. 4. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. t. I.
- \_\_\_\_\_. *Seguridad juridical y revision critica de los principios hipotecarios*. Madrid: Marcial Pons, 1994.
- COMPORTI, Marco. Pubblicità e trascrizione. In: ALPA, Guido et al. *Istituzioni di diritto privato: a cura di Mario Bessone*. Torino: G. Giappichelli, 2003.
- CORNEJO, Américo Atílio. *Curso de derechos reales: parte general*. Salta: Salta Virtudes, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Derecho registral*. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- CORRADO, Renato. *La pubblicità nel diritto privato: parte generale*. Torino: Libreria Scientifica G. Giappichelli, 1947.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 8. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2000.

- COSTANZO, Lucia Di. *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*. Napoli: Scientifiche Italiane, 2005.
- COVIELLO, Nicolas. *Doctrina general del derecho civil*. Trad. Felipe de J. Tena. México, 1938. p
- DACAL, Manuel Figueiras. El sistema de protección jurídica por el registro de la propiedad: síntesis de su explicación teórica y de su aplicación práctica. Madrid: Dijusa, 2001.
- DANOS, Frédéric. *Propriété, possession et opposabilité*. Paris: Economica, 2007.
- DELGADO, Carmen Jerez. *La buena fe registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantile y Bienes Muebles de España, 2005. (Cuadernos de Derecho Registral).
- \_\_\_\_\_. *Tradición y registro*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantile y Bienes Muebles de España, 2004. (Cuadernos de Derecho Registral).
- DEMOGUE, René. *Les notions fondamentales du droit privé: essai critique*. réimp. Paris: La Mémoire Du Droit, 2001.
- DÍAZ, José Poveda. El registro de la propiedad español y las recomendaciones del Banco Mundial. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 39. p. 5-37. São Paulo: Ed. RT, set.-dez., 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996. vol. I.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1995. vol. III.
- \_\_\_\_\_; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2003. vol. III.
- EHRENBERG, Victor. *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. Trad. Antonio Pau. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2003. (Cuadernos de Derecho Registral).
- ENNECCERUS, Ludwig. Derecho civil (parte general). In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 2. ed. Traducción de la 39. ed. alemana por Blas Péres González y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953. t. I, vol.
- ESTELLER, Bienvenido Oliver y. *Derecho inmobiliario español*. 2. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2009.
- FARFÁN, Saul F. Guzmán. *Derecho notarial y registros públicos*. 2. ed. Cochabamba: Edição do autor, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direitos reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- FIORANELLI, Ademar. *Direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Irib; Fabris, Sergio Antonio Fabris Ed., 2001.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. 2. ed. In: CICU, Antonio. et al. *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- GÁLLIGO, Javier Gómez. *La calificación registral*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.
- \_\_\_\_\_. Registration systems in the real estate and mortgage market. *ELRA Annual Publication*. n. 2. p. 8-32. [S.l.], 2009.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*. Madrid: Civitas, 1993. t. II.
- \_\_\_\_\_. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*. Madrid: Civitas, 1993. t. III.
- GARCIA, Lysippo. *Registro de imóveis: a inscrição: parte I: a hypotheca*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927.
- \_\_\_\_\_. *Registro de imóveis: a transcrição*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1922.
- GARRIDO, José María. *Garantías reales, privilegios y par condicio: un ensayo de análisis funcional*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999.
- GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil: introduction générale*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1990.
- GOMES, Orlando. *Código Civil: projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Novas questões de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Ed. RT, 1967.
- GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez. *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Navarra: Thomson Reuters, 2011.
- GONZÁLEZ, José Alberto. *A realidade registral predial para terceiros*. Lisboa: Quid Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direitos reais (parte geral) e direito registral imobiliário*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2002.
- GUIMARÃES, Otávio Moreira. *A boa fé no direito civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1938.
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel, 1987.

- KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- LASALA, José Luis Pérez. *Derechos reales y derechos de créditos*. Buenos Aires: Depalma, 1967.
- LEITE, Murillo Renault. *Registro de imóveis*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- LIMA SOBRINHO, Barbosa. *As transformações da compra e venda*. Rio de Janeiro: Borsoi [S.d.].
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Direitos reais: à luz do Código Civil e do direito registral*. São Paulo: Método, 2004.
- LOUREIRO, Waldemar. *Registro da propriedade imóvel*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1952.
- LUZZATI, I. I. *Della trascrizione*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1901. vol. II.
- MACHADO, Joaquim de Oliveira. *Manual do oficial de registro geral e da hypothecas*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1888.
- MACIEL, José Fabio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MAJELLO, Ugo. Situazioni soggettive e rapporti giuridici. In: ALPA, Guido et al. *Istituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone*. Torino: G. Giappichelli, 2003. MALHEIROS, Álvaro. Aparência de direito. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. n. 6. vol. 41-77. São Paulo, out.-dez., 1978.
- MANZANO, José Luis Zamora. *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en el Derecho romano*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004. (Cuadernos de Derecho Registral).
- MARTÍNEZ, J. Ignacio Cano. *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Barcelona: Bosch, 1990.
- MATTEI, Ugo. *Basic principles of property law: a comparative legal and economic introduction*. Westport: Greenwood Press, 2000.
- MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1891. t. I.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976. Parte Primera, vol. I. Parte Segunda, vol. IV.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MELO FILHO, Álvaro. *Direito registral imobiliário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MENDES, Isabel Pereira. *Estudos sobre registro predial*. Coimbra: Almedina, 1999.
- MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ônus reais*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. Coleção Teses.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1974. t. III.
- \_\_\_\_\_. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2000. t. IV
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. XI.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. XVIII.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. XXXVIII.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. XXXIX.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. I.
- MONSERRAT, Antonio. *Derecho inmobiliario registral*. Madrid: Civitas, 2000.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 3.
- MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Porto Alegre: Irib; Safe, 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. A teoria da aparência jurídica. *Revista de Direito Privado*. vol. 32. p. 218-279. São Paulo: Ed. RT, out.-dez., 2007.
- MOUTEIRA GUERREIRO, J. A. *Noções de direito registral (predial e comercial)*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.
- MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Publicidade registral imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OÑATE, Lopez de. *La certeza del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.
- ORLANDI NETO, Narciso. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1997.



- PAU, Antonio. *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantile y Bienes Muebles de España, 2004. (Cuadernos de Derecho Registral).
- PÉDAMON, Michel. *Le droit allemand*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.
- PEDRÓN, Antonio Pau. *La publicidad registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001.
- PEIRÓ, Nicolás Nogueroles. La evolución de los sistemas registrales en Europa. *Noticias de la Unión Europea*. año XXIII. n. 265. p. 121-134. feb. 2007.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1922.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. 661 p.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Paris: Librairie Général de Droit & de Jurisprudence, 1931. t. VII, 2.<sup>a</sup> partie
- PONTES, Valmir. *Registro de imóveis*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- POZO, Luis Fernández del. *La propiedad inmueble y el registro de la propiedad en el Egipto faraónico*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantile y Bienes Muebles de España [S.d.].
- PRADO, Francisco Bertino de Almeida. *Eficácia probatória do registro*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1943.
- PUGLIATTI, Salvatore. La trascrizione. In: Cicu, Antonio; Messineo, Francesco. *Trattato di diritto civil e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1957. vol. I. t. 1.
- \_\_\_\_\_. La pubblicità. In: ALPA, Guido; ZATTI, Paolo. *Lecture di diritto civile*. Padova: Cedam, 1990.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. *Publicidade e privacidade – Um dilema do mundo contemporâneo*. Disponível em: [<http://registradores.org.br/publicidade-e-privacidade-foi-tema-do-3%c2%b0-cafe-com-jurisprudencia/>]. Acesso em: 22.03.2013.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_. Teoria da aparência. *Revista da AJURIS*. ano IX. n. 24. p. 222-231. Porto Alegre, mar. 1982.
- ROCA SASTRE, Ramón M. *Derecho hipotecário: fundamentos de la publicidad registral*. 8. ed. Barcelona: Bosch, 1995. t. III.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. vol. 5.
- \_\_\_\_\_. *Dos vícios do consentimento*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989.
- RODRÍGUEZ, Agustín W. *Publicidad inmobiliaria*. Buenos Aires: Depalma, 1974.

- RODRÍGUEZ, Luis de Ángulo; LOS RÍOS, Javier Camacho de; CUBILLAS, Manuel Castilla. *Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro: estudio comparativo del sistema de registro de la propiedad español y del sistema norteamericano de seguro de títulos*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantile y Bienes Muebles de España, 2004.
- RODRIGUEZ, María Elvira Afonso. *Las menciones de derechos en el registro de la propiedad*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantile y Bienes Muebles de España [S.d.]. Colección Magenta.
- ROMERO, Ignacio de Casso y; JIMÉNEZ-ALFARO, Francisco Cervera y (dir.). *Diccionario de derecho privado*. Barcelona: Labor, 1950. t. I.
- SACCO, Rodolfo. *Affidamento. Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1958. vol. I.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil – Fontes das obrigações: contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1961. vol. IV.
- \_\_\_\_\_. *Tratado dos registros públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: A Noite, 1947. vol. I.
- SERRANO, Antonio Moro. *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (Centro de Estudios Hipotecarios) y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Servicio de Publicaciones), 1986.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. reimp. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- \_\_\_\_\_. Teoria da causa no direito privado. In: FRADERA, Véra Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SIMLER, Philippe; DELEBECQUE, Philippe. *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2004.
- SIMPSON, S. Rowton. *Land law and registration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976. Book 1.
- SORIANO, Neto. *Publicidade material do registro imobiliário (efeitos da transcrição)*. Recife: [S.e.], 1940.
- SOUZA, Sebastião de. *Da compra e venda*. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1946.
- TARTIÈRE, Gabriel de Reina. *La prioridad en el registro de la propiedad inmobiliaria*. Navarra: Aranzadi, 2002.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. vol. 4.
- TAYLOR, Greg. *The law of the land: the advent of the torrens system in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2008.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1875. vol. 2.

- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bordin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. II.
- THEODORO JR., Humberto. *Propriedade e direitos reais limitados*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- THOMPSON, Mark P. *Modern land law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- TORRENS, Robert R. *The south australian system of conveyancing by registration of title*. Adelaide: Register and Observer General Printing Offices, 1859.
- TUHR, Andréas Von. *Derecho civil: teoria general del derecho civil aleman*. Trad. Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947. vol. II.
- UFLACKER, Augusto. *Systema torrens*. Pelotas: Livraria Americana, 1899.
- ULLRICH, Hanns. La sécurité juridique en droit économique allemand: observations d'un privatiste. In: BOY, Laurence; RACINE, Jean-Baptiste; SIIRIAINEN, Fabrice (coords.). *Sécurité juridique et droit économique*. Bruxelles: Larcier, 2008.
- VALEMBOIS, Anne-Laure. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*. Paris: LGDJ, 2005.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. vol. I.
- VEIGA, Didimo Agapito da. *Direito hypothecario*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1899.
- VELENCOSO, Luz M. Martínez. *Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria*. Barcelona: Indret, Oct. 2008. Disponível em: [www.indret.com/pdf/589\_es.pdf]. Acesso em: 25.08.2012.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. XVI.
- VIDAL, Luis Francisco Monreal. *Práctica registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantile y Bienes Muebles de España, 2004.
- VIVAR, Beatriz Areán de Díaz de. *Tutela de los derechos reales y del interés de los terceros*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.
- VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. *Droit civil*. 30. ed. Paris: LGDJ, 2005. t. 1.
- WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das coisas*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 4.
- WESTERMANN, Harry. et al. *Derechos reales*. 7. ed. Trad. de Ana Cañizares Laso et al. Madrid: Fundación Cultural Del Notariado, 2007. vol. 2.
- WITZ, Claude. *Droit prive allemand: actes juridiques, droits subjectifs: BGB, parte générale: Loi sur les conditions générales d'affaires*. Paris: Litec, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Le droit allemand*. Paris: Dalloz, 2001.

WOLFF, Martin. Derecho de cosas. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 3. ed. Trad. por Blas Péres González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1971. t. III, vol. I.

YÁGÜEZ, Ricardo de Ángel. *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1975.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A competência do oficial do registro de imóveis no exame dos títulos judiciais, de Elvino Silva Filho – *RDI* 8/45-82, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 6/405-458 (DTR\1981\116);
- A publicidade no sistema registral imobiliário, de Marcelo Krug Fachin Torres – *RDI* 72/201-263 (DTR\2012\44777);
- O direito expectativo no registro de imóveis, de Tiago Machado Burtet, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/1107-1125; *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/1107-1125 (DTR\2013\10019);
- Penhora de imóvel em nome de terceiro titular do direito real – Impossibilidade do registro em nome do executado, de Iara Toledo Fernandes – *RePro* 28/225-236 (DTR\1982\62); e
- Responsabilidade civil do adquirente de bem imóvel que não registra seu título, de Luciano Lopes Passarelli – *RDI* 68/9-61, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 3/349-398 (DTR\2010\56).

# O PAPEL DA ATA NOTARIAL NO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE USUCAPIÃO

## *THE ROLE OF THE NOTARIAL MINUTE IN EXTRAJUDICIAL ADVERSE POSSESSION PROCEDURE*

**JOSÉ LUCAS RODRIGUES OLGADO**

*Especialista em Direito Público pela Unopar. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Arthur Thomas. 1º Tabelião de Notas da Comarca de Jundiaí/SP. lucasolgado@gmail.com*

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral

**RESUMO:** O presente artigo analisa a ata notarial prevista no inc. I do art. 216-A da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), com redação determinada pelo art. 1.071 do CPC/2015, destinada a fazer prova do tempo e circunstâncias da posse no procedimento de reconhecimento extrajudicial de usucapião. Inicia-se por uma breve abordagem do instituto da usucapião, da posse e das recentes alterações legislativas, evoluindo para uma análise argumentativa dos requisitos e circunstâncias específicas da ata notarial para fins de usucapião extrajudicial, procurando formular questões e soluções para eventuais situações práticas que poderão surgir com a vigência da recente legislação processual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ata Notarial – Usucapião – Processo Civil – Tabelião – Registro de Imóveis

**ABSTRACT:** This article analyzes the notarial minute as laid down in item I of Article 216-A of Statute 6015/1973 (Public Records Act), with wording determined by Article 1071 of the New Civil Procedure Code, expressing proof of time and circumstances of possession in the extrajudicial recognition procedure. A brief overview of the practice of adverse possession, ownership and recent legislative changes is presented initially, developing into an argumentative analysis of the specific requirements and circumstances of the notarial minute for the purpose of extrajudicial adverse possession; questions are raised and solutions sought for practical situations which may arise from the recent procedural legislation in force.

**KEYWORDS:** Notarial Minute – Adverse Possession – Civil Procedure – Notary's Office – Real Estate Registration

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Breves considerações sobre a usucapião e suas modalidades: 2.1 Da usucapião extraordinária; 2.2 Da usucapião ordinária; 2.3 Da usucapião constitucional ou especial rural; 2.4 Da usucapião constitucional ou especial urbana; 2.5 Da usucapião especial urbana coletiva; 2.6 Da usucapião especial familiar; 2.7 Da usucapião indígena – 3. Características da posse *ad usucapionem* – 4. Do procedimento de reconhecimento extrajudicial da usucapião – 5. Da ata notarial como requisito essencial do procedimento

extrajudicial de usucapião: 5.1 Constatação do objeto da usucapião; 5.2 Constatação da posse, seu tempo e circunstâncias; 5.3 Arquivamento dos documentos apresentados – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro, instituído pela Lei 13.105, de 16.03.2015, publicada no Diário Oficial da União em 17.03.2015, que entrará em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial (art. 1.045), veio trazer profundas modificações na sistemática do processo civil, alterando institutos e mecanismos já existentes, criando outros novos que possibilitem a celeridade e eficácia da reposta jurisdicional, por ora retirando do Poder Judiciário incumbências que podem ser muito bem desenvolvidas por outros órgãos ou instituições.

Nesse contexto, objetivando concretizar a celeridade e a desjudicialização, o art. 1.071 do CPC/2015 implementou um mecanismo alternativo de reconhecimento da usucapião, importante instituto do Direito Civil reconhecido atualmente não só como uma das formas de aquisição da propriedade imobiliária, mas também, como importante ferramenta de concretização do direito social à moradia digna, na medida em que possibilita a regularização do domínio em situações que a legislação civil clássica não oferecia alternativas. O referido dispositivo acrescenta o art. 216-A da Lei 6.015, de 31.12.1973 (Lei de Registros Públicos), o qual contempla os seus requisitos em quatro incisos, e o procedimento perante o Oficial de Registro de Imóveis em dez parágrafos.

Trata-se de um mecanismo alternativo de realização voluntária de direitos, traduzido pela facultatividade da via extrajudicial, como meio de se reconhecer o domínio adquirido originariamente pela usucapião.

O art. 216-A da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) inaugura o instituto exigindo em seu primeiro inciso, uma ata notarial, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias. A natureza, espécie e requisitos dessa ata notarial é que serão objeto do presente estudo, com vistas a delimitar sua função e utilidade dentro do procedimento extrajudicial inovador criado pelo novo Código de Processo Civil, considerando que o texto não contemplou situações práticas que poderão surgir no dia a dia da atividade notarial e registral.

Para uma melhor compreensão do tema proposto, será analisada inicialmente a usucapião e suas modalidades, instituto de direito material, seguido de alguns aspectos relevantes da *posse ad usucapionem* ou *usucapível*, elemento

indispensável ao reconhecimento da aquisição do domínio por este instituto. Em seguida, o estudo será dirigido brevemente sobre o novel procedimento de reconhecimento extrajudicial do domínio pela usucapião, revelando os requisitos e procedimentos legalmente previstos, para então, adentrarmos ao estudo da ata notarial e, mais especificamente, a ata notarial com finalidade específica de atestar o tempo da posse e suas circunstâncias, espécie que denominaremos de *Ata Probatória de Posse*.

Após essas considerações, sem a pretensão de esgotarmos o debate, seremos capazes de produzir algumas questões práticas, propondo, pelo presente estudo, soluções que acreditamos adequadas para cada uma dessas questões.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A USUCAPIÃO E SUAS MODALIDADES

Inicialmente, precisamos constar a existência de divergência relativa ao emprego do gênero do vocábulo usucapião e que optamos por utilizá-lo no feminino, acompanhando a opção do legislador no Código Civil de 2002 e maior parte da doutrina que floresceu a partir da sua vigência.

A usucapião é definida na doutrina como o “modo originário de aquisição da propriedade e outros direitos reais pela posse prolongada e qualificada por requisitos estabelecidos em lei”.<sup>1</sup>

É uma forma de aquisição de bem móvel ou imóvel, pelo exercício da posse mansa e pacífica qualificada pelo *animus domini* que se traduz no comportamento do possuidor como sendo detentor do domínio, sendo chamada de posse *ad usucapionem* ou *usucapível*, por prazos especialmente previstos para cada uma das suas modalidades. Para fins do presente estudo, interessa-nos somente a usucapião de bens imóveis (ou usucapião imobiliária), considerando que o procedimento previsto no art. 216-A da Lei de Registros Públicos só pode ter por objeto o domínio ou outros direitos reais sobre bens imóveis.

O fundamento da usucapião “não é outro senão garantir a estabilidade e segurança da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se podem mais levantar dúvidas, ou contestações a respeito”.<sup>2</sup>

Com efeito, no conflito entre o interesse do proprietário inerte, desidioso, que não exerce os direitos e deveres decorrentes do domínio e o do possuidor

---

1. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (coord.). 4. ed. revisada e atualizada. Barueri: Ed. Manole, 2010. p. 1212.

2. SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Freitas Bastos Ed., 1979. p. 426.

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

que soma à sua posse o tempo, deve prevalecer o segundo como forma de pacificação das relações sociais e consolidação da situação de aparência. Ademais, o acolhimento do princípio da função social da propriedade exige, na ponderação dos interesses envolvidos, o reconhecimento da função social da posse, desequilibrando a balança para favorecer àquele que confere uma destinação social ao bem.

Assim, a usucapião além de continuar sendo uma das formas de aquisição da propriedade, passa a exercer a função de instrumento de regularização de situações de aquisições defeituosas da propriedade imobiliária, como por exemplo, a ocupação irregular de áreas, exercendo importante papel social de consolidação do direito à moradia.

De fato, Carvalho Santos já apontava o duplo objetivo da usucapião, como sendo o de: “a) garantir, contra a falta de direito do alienante, o adquirente, que, com justo título e boa-fé houvesse a coisa transferida; b) suprir a ausência de título ao possuidor de boa-fé, e sanar outros defeitos da aquisição”.<sup>3</sup>

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal também apontam que este modelo jurídico é dúplici “representa um prêmio àquele que por um período significativo imprimiu ao bem uma aparente destinação de proprietário; mas também importam em sanção ao proprietário desidioso e inerte que não tutelou o seu direito em face da posse exercida por outrem”.<sup>4</sup>

Ainda, sobre os objetivos da usucapião, Miguel Maria de Serpa Lopes acrescenta que “serve ela para transformar uma situação de fato, ou uma situação vacilante do ponto de vista jurídico, numa situação jurídica definida, certa e absoluta”.<sup>5</sup> Assim, não pode ser concebida única e simplesmente como forma de aquisição da propriedade pelo decurso do tempo, mas, quiçá, até mais importante, como instrumento de estabilização das relações sociais, uma instituição necessária para atender à justiça e à equidade.

Outra importante característica da usucapião é que ela se apresenta como modo originário de aquisição da propriedade, significando não haver vínculo de sucessão entre o atual proprietário e o anterior. “É modo originário de aquisição da propriedade, pois não há relação pessoal entre um precedente

---

3. SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Freitas Bastos Ed., 1979. p. 426.

4. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 274.

5. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1960. vol. VI. p. 545.

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



e um subseqüente sujeito de direito. O direito do usucapiente não se funda sobre o direito do titular precedente, não constituindo este direito o pressuposto daquele, muito menos lhe determinando a existência, as qualidades e a extensão”.<sup>6</sup>

Leciona Pontes de Miranda: “Na usucapião, o fato principal é a posse, suficiente para originalmente se adquirir; não, para se adquirir de alguém. É bem possível que o novo direito se tenha começado a formar, antes que o velho se extinguisse. Chega momento em que êsse não mais pode subsistir, suplantado por aquê. Dá-se, então, impossibilidade de coexistência, e não sucessão, o nascer de um do outro. Nenhum ponto entre os dois marca a continuidade. Nenhuma relação, tão-pouco, entre o perdente do direito de propriedade e o usucapiente”.<sup>7</sup>

Somente os bens suscetíveis de alienação é que podem ser usucapidos, afastando-se dessa possibilidade os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza, estando essa vedação positivada no art. 102 do CC/2002, e 183, § 3.º e 191, parágrafo único, da CF/1988. Essa vedação atinge, inclusive, as terras devolutas, com exceção das terras devolutas rurais, “desde que o lapso quinquenal tenha transcorrido anteriormente à vigência da Constituição da República de 1988, pois desde a Constituição de 1934, passando pela Lei 6.969/1981, havia previsão para usucapião especial rural de terras devolutas”.<sup>8</sup>

A usucapião imobiliária está dividida no ordenamento jurídico brasileiro em sete modalidades distintas, cada qual buscando atender a um interesse social específico, o que faz com que uma modalidade se diferencie das outras tão somente no que se refere aos seus requisitos, mantendo-se a mesma natureza jurídica do instituto, qual seja, modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais sobre imóveis pelo decurso do tempo. As modalidades são as seguintes:

### 2.1 Da usucapião extraordinária

A usucapião extraordinária está prevista no art. 1.238 do CC/2002, com a seguinte redação: “Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição,

---

6. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (coord.). 4 ed. rev. e atual. Barueri: Ed. Manole, 2010. p. 1212.

7. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Predial*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfido Ed., 1953. vol. I. p. 106.

8. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (coord.). 4. ed. rev. e atual. Barueri: Ed. Manole, 2010. p. 1212.

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

possuir como seu um imóvel, adquiere-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Essa modalidade dispensa o justo título e a boa-fé, conceitos que analisaremos mais adiante no estudo da posse. Contenta-se o legislador com a simples existência do lapso temporal de quinze anos acompanhada da posse, considerada essa em seu sentido subjetivo, ou seja, com *animus domini*.

Essa modalidade apresenta maior utilidade, pois não exigindo a existência de título e nem mesmo a boa-fé, apresenta maior aptidão não só para adquirir a propriedade, mas também, como ensina Francisco Eduardo Loureiro, “para sanar vícios do domínio ou outros direitos reais adquiridos com vícios a título derivado”.<sup>9</sup>

## 2.2 Da usucapião ordinária

Prevista no art. 1.242 do CC/2002, que apresenta a seguinte redação: “Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”. O parágrafo único, por sua vez, estabelece que: “Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”.

Nota-se que o artigo traz duas modalidades de usucapião ordinária, uma prevista no *caput*, a que a doutrina denomina *usucapião ordinária regular* ou *comum*,<sup>10</sup> e outra prevista no parágrafo único, denominada *usucapião ordinária por posse-trabalho*. A primeira exige a posse mansa, pacífica e ininterrupta por 10 anos, justo título e boa-fé, compreendida esta em seu aspecto subjetivo. A segunda, reduz o prazo para cinco anos, exigindo, por outro lado, uma posse adjetivada não só pelo *animus domini*, mas também pelo estabelecimento de moradia ou realização de investimento de interesse social e econômico somados à existência de um justo título especial, que representa uma aquisição onerosa que, levada a registro, por algum vício ou irregularidade, foi posteriormente cancelado.

9. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (coord.). 4 ed. rev. e atual. Barueri: Ed. Manole, 2010. p. 1212.

10. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 936.

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Essa modalidade do parágrafo único não se confunde à chamada usucapião tabular, prevista no § 5.º do art. 214 da Lei de Registros Públicos, estabelecendo que, em ação de reconhecimento de invalidade do registro, o juiz não decretará a nulidade se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições da usucapião do imóvel. A usucapião tabular, no entanto, não dá origem a uma modalidade diferente da que estamos tratando, mas sim a uma forma específica de se reconhecer a existência do domínio pela via de exceção em hipótese igualmente específica, ou seja, em ação que se pretenda a nulidade do registro com alegação de algum vício. É por isso que Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>11</sup> a tratam como *convalescença registral* pela via da usucapião ordinária.

Sobre esse assunto, informa Miguel Maria de Serpa Lopes que “A posse com *justo título* produz o usucapião denominado no Direito espanhol de *usucapião tabular*, consistente em aparecer registrado como titular de um direito uma pessoa que não é o seu titular verdadeiro. Sobre esta base, mediante *continuar figurando* tal pessoa durante certo tempo como titular registral meramente aparente, adquire ela, por prescrição, o direito de que se trata”.<sup>12</sup> Portanto, verifica-se que o fundamento da usucapião tabular é proteger a situação aparente resultante do registro, impedindo o cancelamento inútil da inscrição viciada, em prestígio do domínio adquirido em razão da usucapião.

### 2.3 Da usucapião constitucional ou especial rural

A usucapião constitucional ou especial rural, também chamada de *pro labore*, conta com sua regulamentação no art. 191, *caput*, da CF/1988, art. 1.239 do CC/2002 e Lei 6.969/1981.

Para um breve conhecimento, a regra matriz constitucional prevê essa modalidade com a seguinte redação “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”. Os dispositivos infraconstitucionais regulamentam da mesma forma, copiando a redação da regra-mãe.

Numa breve síntese, os requisitos são os seguintes: a) posse pelo prazo de cinco anos, especialmente adjetivada pelo uso para moradia somado ao traba-

11. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 299.

12. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1960. vol. VI. p. 553-554.

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

lho, tornando-a produtiva (função social da posse); b) área não superior a 50 hectares, localizada no território rural; c) o beneficiário não pode ser proprietário de outro imóvel, seja ele rural ou urbano.

#### 2.4 *Da usucapião constitucional ou especial urbana*

A usucapião constitucional ou especial urbana, também chamada de *pro misero*, encontra sua previsão no art. 183, *caput*, da CF/1988, art. 1.240 do CC/2002 e art. 9.º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

A redação do art. 183 da Lei Maior estabelece: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

A legislação inferior também é simétrica à regra constitucional, acrescentando a Lei 10.257/2001 que: a) o título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil; b) a usucapião especial urbana não será conferida ao mesmo possuidor mais de uma vez; c) o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel na ocasião da abertura da sucessão.

Em apertada síntese, os requisitos para essa modalidade são os seguintes: a) posse pelo prazo de cinco anos, especialmente adjetivada pelo uso para moradia do usucapiente ou sua família; b) terreno com área não superior a 250 metros quadrados, localizada no território urbano; c) o beneficiário não pode ser proprietário de outro imóvel, seja ele rural ou urbano.

#### 2.5 *Da usucapião especial urbana coletiva*

A usucapião especial urbana coletiva, que por vezes aparece na doutrina simplesmente como *usucapião coletiva*, está prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade, com a seguinte redação: “As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural”. Trata-se de importante instrumento de regularização fundiária que prestigia a eficácia do princípio da função social da propriedade, pois possibilita a titulação de áreas ocupadas irregularmente, que de outro modo não seria possível.

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

São requisitos: a) posse pelo prazo de cinco anos, não se exigindo o requisito da boa-fé; b) imóvel urbano cuja área deverá ser superior a 250 metros quadrados; c) utilizado para fins de moradia por pessoas de baixa renda (conceito jurídico indeterminado que deverá ser preenchido pelo juiz diante de cada caso); e) impossibilidade de identificação, em concreto, da área ocupada por cada possuidor; f) o possuidor não pode ser proprietário de outro imóvel, urbano ou rural.

O prazo de cinco anos não será contado de forma individualizada, considerando a posse de cada ocupante, mas sim o momento em que a área começou a ser ocupada. Entendimento contrário dificultaria sobremaneira o processo de usucapião, tendo em vista a constante alteração da titularidade da posse, o que tornaria letra morta o instituto, não atendendo ao espírito de facilitação que envolveu o legislador.

O reconhecimento da usucapião coletiva implicará na atribuição de fração ideal do terreno a cada um dos possuidores da área, independente da dimensão do terreno que cada um deles ocupe, podendo essa atribuição ser negociada em proporções diferentes por acordo escrito entre eles, como prevê o § 3.º do art. 10 do Estatuto da Cidade.

Com efeito, essa modalidade coletiva de usucapião, com o objetivo de regularizar assentamentos residenciais irregulares, tem por condão constituir um condomínio especial, gravado pelo ônus da indivisibilidade legal, não podendo ser extinto (o que implica também na impossibilidade de mudança de sua destinação), salvo por deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio (§ 4.º do art. 10 do Estatuto da Cidade).

## 2.6 Da usucapião especial familiar

A Lei 12.424, de 16.06.2011, incluiu importante inovação legislativa ao sistema, denominada pela doutrina *usucapião especial familiar* ou *usucapião especial urbana por abandono do lar*, inserida pela redação do art. 1.240-A do CC/2002, vejamos:

“Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.”

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

O Enunciado 500 da V Jornada de Direito Civil, dispõe:

“A modalidade de usucapião prevista no art. 1240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.”

São requisitos: a) prazo da posse por dois (2) anos, devendo ser direta e exclusiva; b) imóvel residencial urbano com área de até 250 metros quadrados; c) propriedade comum do usucapiente com o ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar; d) usucapiente não ser proprietário de outro bem imóvel urbano ou rural, podendo utilizar-se do benefício apenas uma única vez.

A regra tem nítido caráter assistencial, objetivando proteger o lar do ex-cônjuge que nele permaneceu com intuito de moradia, desde que não possua outro. O conceito de abandono do lar é de difícil aferição, o que demanda ação judicial que respeite o contraditório e a ampla defesa, visando a impedir que uma saída involuntária com fins de tratamento de saúde ou emprego em outra localidade, por exemplo, configure o abandono.

## 2.7 Da usucapião indígena

Essa última modalidade encontra sua previsão localizada no art. 33 da Lei 6.001/1973, com a seguinte redação: “O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena”. O parágrafo único dispõe: “O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal”.

Podemos extrair da norma os seguintes requisitos: a) área de no máximo 50 hectares; b) posse mansa e pacífica, por dez anos, exercida por indígena; c) área não pertencente à União, ocupadas por grupos tribais ou áreas reservadas ao grupo na forma do Estatuto do Índio.

## 3. CARACTERÍSTICAS DA POSSE AD USUCAPIONEM

Ao analisarmos as modalidades de usucapião, omitimos voluntariamente o estudo da posse, optando por estudá-la em item próprio, dadas as especificidades desse instituto e a exigência de seu domínio pelo tabelião para o êxito na confecção da ata notarial prevista no inc. I do art. 216-A da Lei de Registros Públicos.

Portanto, cumpre-nos neste momento, fixar a diferença entre a posse geradora dos interditos (*ad interdicta*) e a posse usucapível (*ad usucapionem*), tema que faz parte da classificação da posse.

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

A posse *ad interdicta*, conformando-se à teoria objetiva de Ihering, é aquela que se contenta com o poder de fato sobre a coisa (*corpus*), conferindo ao seu titular o exercício dos interditos possessórios. Nesse sentido, “toda posse é *ad interdicta*, porque confere ao seu titular a prerrogativa de defender-se dos ataques injustos de terceiros, inclusive do proprietário”.<sup>13</sup>

A posse *ad usucapionem*, associada à teoria subjetiva de Savigny, não se contenta com o poder físico sobre a coisa, exigindo um elemento subjetivo do agente (*animus*), a intenção de ser dono. É aquela que admite a aquisição da propriedade, exigindo qualificativos adicionais, ou seja, a posse usucapível apresenta um caráter mais rigoroso em relação à posse *ad interdicta*.

Os requisitos básicos da posse geradora da usucapião são os seguintes:

a) *Animus domini* – o *animus* é o elemento subjetivo da posse, divergindo seu conceito e conteúdo conforme a teoria adotada. Para Savigny, desenvolvedor da teoria subjetiva da posse, o *animus* é definido como “a intenção de ter a coisa como sua”.<sup>14</sup> Para Ihering, criador da teoria objetiva, o *animus* não é mera intenção, mas comportamento, o de quem age como dono. Portanto, quando falamos que a posse usucapível exige como primeiro requisito o *animus domini*, estamos afirmando que o requerente da usucapião deverá demonstrar que, durante o prazo exigido conforme a modalidade que se pretende, comportou-se ele como verdadeiro proprietário da coisa, excluindo absolutamente os poderes dominiais de seu antecessor. Como exemplos *standarts* de comportamento dominial, encontramos na jurisprudência: o pagamento dos tributos incidentes sobre a coisa, a locação do imóvel, recebimento dos aluguéis e eventual ação de despejo como demanda própria, a realização de obras ou plantações em nome próprio, depoimento de testemunhas, recebimento de indenização por desapropriação parcial, pagamento de despesas condominiais, entre outros.

b) Posse contínua e duradoura – é a posse sem interrupção, pelo prazo legalmente exigido conforme a modalidade que se pleiteia. A interrupção da posse implica na recontagem do prazo a partir do termo inicial. Permite-se que o requerente junte período anterior somando à sua posse a de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas e pacíficas, conforme art. 1.243 do CC/2002.

c) Posse mansa e pacífica – é aquela que não sofreu oposição, seja real ou civil. Nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, oposição

---

13. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (coord.). 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010. p. 1163.

14. LOUREIRO, Francisco Eduardo. Ob. cit., p. 1196.

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

real é aquela que decorre normalmente da força, como por exemplo, a tomada da coisa das mãos do possuidor; a oposição civil, por sua vez, diz respeito às providências judiciais adotadas pelo proprietário, no intuito de paralisar o curso da usucapião.<sup>15</sup>

Alguns doutrinadores arrolam ainda entre os requisitos, a posse justa, que é aquela sem violência, clandestinidade ou precariedade (art. 1.200 do CC/2002), ou seja, a inexistência de aspectos de ilicitude ligados à origem da posse. Todavia, parte da doutrina moderna entende que a posse injusta por vício de violência ou clandestinidade pode gerar a usucapião, fundamentando no fato de que, enquanto exercidos os atos de violência ou clandestinidade não existe posse, mas mera detenção. Nesse sentido ensina Francisco Eduardo Loureiro que ao cessarem esses atos, nasce a posse, porém viciada pela sua origem ilícita. Permanecendo inerte o esbulhado, não se opondo ao possuidor injusto, sofrerá ele os efeitos do prazo da usucapião a partir do momento da cessação daqueles atos ilícitos. No caso do vício da precariedade, porém, não se admite de forma alguma a usucapião por faltar ao possuidor o *animus domini*.<sup>16</sup>

Um aspecto ainda interessante a ser estudado, é a característica da boa-fé da posse, exigida na usucapião ordinária. A boa-fé aqui é tratada no sentido subjetivo, ou seja, no desconhecimento, pelo usucapiente, do vício que informa sua posse. No dizer de Washington de Barros Monteiro, “é a certeza de seu direito, a confiança inabalável no próprio título, sem vacilações, sem possibilidade de temperamentos ou de meio-termo”.<sup>17</sup>

Nosso legislador tratou do conceito da boa-fé da posse como sendo aquela em que o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa (art. 1.201 do CC/2002). Acrescenta ao dispositivo que o possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite essa presunção (parágrafo único).

Como elemento moral que dignifica o usucapiente,<sup>18</sup> a boa-fé exige a ausência do dolo na usurpação ou lesão à posse de outrem,<sup>19</sup> elemento ético neces-

---

15. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 288-289.

16. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (coord.). 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010. p. 1238.

17. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 3. p. 123.

18. MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 123.

19. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1960. vol. VI. p. 139.



sário às relações jurídicas negociais, o que justifica a presunção legal prevista no parágrafo único do art. 1.201 do CC/2002. Assim, o título tem a função de sugerir aparente legalidade à aquisição da posse, o que pode induzir ao desconhecimento do vício por parte de quem a adquire, confiante na aparência de certeza do direito que o título ostenta. Como afirma Miguel Maria de Serpa Lopes,<sup>20</sup> “ninguém pode se dizer possuidor de boa-fé, sem estar amparado por uma causa jurídica, a qual, na quase totalidade das vezes, consiste no título legítimo”.

Destarte, a noção de justo título se mostra também merecedora de um breve estudo, cumprindo não perder de vista que as noções aqui apresentadas deverão ser observadas com extremo cuidado na produção da ata notarial destinada a atestar a posse e suas circunstâncias para fins de usucapião extrajudicial.

Assim, título “é o elemento representativo da causa ou fundamento jurídico de um direito. Para o efeito da posse, a noção de título corresponde aos seus respectivos modos aquisitivos, em virtude do que por justo título entende-se aquele que é causa jurídica legítima de uma aquisição da posse”.<sup>21</sup> Pode ser um ato jurídico extrajudicial ou judicial, podendo se apresentar na forma de uma escritura pública de compra e venda, uma doação, uma dação em pagamento, um compromisso particular de compra e venda, uma proposta de compra com recibo de pagamento, um formal de partilha, uma carta de arrematação, entre outros.

Justo título e boa-fé são exigências ou requisitos da usucapião ordinária, que a diferenciam da usucapião extraordinária, pois nesta, além de um prazo maior, dispensa-se o justo título.

Como interpretam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>22</sup> no atual Código Civil, a concepção de justo título se mostra bipartida, recebendo duplo significado: a) numa acepção ampla, significa a existência de justo motivo que autoriza a aquisição da posse; b) restritivamente, apresenta-se como um título apto, em tese, para transferir a propriedade e outros direitos reais usucapíveis.<sup>23</sup> Além disso, temos ainda o justo título da usucapião ordinária, prevista no parágrafo único do art. 1.242 do CC/2002, com características mais especí-

---

20. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1960. vol. VI. p. 142.

21. SERPA LOPES, Miguel Maria de. Ob. cit., p. 142.

22. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 292.

23. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ob. cit., p. 292.

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

ficas, exigindo o registro na matrícula do imóvel, porém cancelado posteriormente em razão de algum vício do título ou do próprio processo de registro.

Finalmente, o derradeiro aspecto a ser analisado a respeito da posse usucapível, diz respeito à união das posses, conhecida na doutrina como *accessio temporis*. O art. 1.207 do CC/2002, que trata do tema, apresenta a seguinte redação: “O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais”.

Por ato *inter vivos* a posse pode ser adquirida, a título singular. Assim, na hipótese de o adquirente não contar com o prazo suficiente para a aquisição pela usucapião, poderá somar à sua posse a de seu antecessor, devendo, obrigatoriamente, fazer prova dessa em todas as suas condições. “Essa faculdade de união não fica restrita ao antecessor imediato, podendo alcançar todos os antecessores mediatos”.<sup>24</sup>

A sucessão universal está prevista no art. 1.206 do CC/2002, recebendo da doutrina a designação de cogente, pois o sucessor a título universal continua a posse de seu antecessor compulsoriamente, com os mesmos caracteres, unificando-se as posses automaticamente. O legatário, muito embora suceda a título particular, por força do artigo em comento, também é obrigado a unificar a sua posse à de seu sucessor.

Concluídas essas análises fundamentais para a compreensão dos aspectos relevantes da posse a serem cuidadosamente considerados na produção da prova especial por meio da ata notarial, estamos preparados para a incursão no estudo do recente instituto da usucapião extrajudicial, sobre o qual faremos uma rápida passagem para então adentrarmos ao estudo da ata notarial exigida por esse procedimento.

#### 4. DO PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA USUCAPIÃO

O procedimento de reconhecimento extrajudicial da usucapião, que se revela por meio da incipiente doutrina pela expressão “usucapião extrajudicial” ou “usucapião administrativa”, nasce a partir da publicação da Lei 13.105, de 16.03.2015,<sup>25</sup> que instituiu o novo Código de Processo Civil Brasileiro, o qual

---

24. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1960. vol. VI. p. 559.

25. BRASIL. *Códigos de Processo Civil comparados – 2015/1973*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 344.

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

entrará em vigor em 17.03.2015. O art. 1.071 do novo diploma processual acrescentou o art. 216-A da Lei de Registros Públicos, que traz a seguinte redação:

*“Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:*

*I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;*

*II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;*

*III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;*

*IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel;*

*§ 1.º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.*

*§ 2.º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.*

*§ 3.º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.*

*§ 4.º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.*

*§ 5.º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.*

*§ 6.º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação,*

*com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.*

§ 7.º *Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.*

§ 8.º *Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.*

§ 9.º *A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.*

§ 10. *Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.”*

Sem prejuízo à necessária fidelidade ao tema proposto, ou seja, o estudo dos caracteres da ata notarial prevista no inc. I, necessário será, porém, fazermos algumas pequenas considerações sobre o procedimento administrativo em questão.

A primeira observação que desejamos registrar diz respeito ao designativo “Usucapião Extrajudicial”, indicativo utilizado de forma generalizada pelos noticiadores da novidade legislativa que, entretanto, não nos parece ser a melhor expressão técnica, considerando não se tratar de nova modalidade de usucapião, mas sim de procedimento alternativo do reconhecimento do domínio e que caminha ao lado do processo judicial, como nova opção procedimental.

A ideia de aceitação de um termo nominativo pelo uso corrente doutrinário pode não parecer a melhor opção, pois o ato de conceituar envolve a busca pela melhor definição da natureza e características do objeto, buscando diferenciá-lo dos demais que possam com ele se confundir. Assim, utilizar a expressão “usucapião extrajudicial” poderia sugerir a existência de uma nova modalidade desta especial forma de aquisição da propriedade, ao lado da usucapião extraordinária, ordinária e especiais.

Poderia ser argumentado que a expressão “usucapião extrajudicial” é adotada para diferenciá-la da “usucapião judicial”. No entanto, o instituto da usucapião é um só e de natureza material. Não é a usucapião que é judicial ou

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

extrajudicial, mas sim o meio utilizado para o seu reconhecimento. Destarte, o designativo “procedimento extrajudicial de usucapião” parece ser de melhor técnica jurídica, conclusão essa que extraímos da definição utilizada pelo próprio legislador ao redigir o *caput* do art. 216-A.

A segunda observação que acreditamos merecer divulgação no presente estudo diz respeito ao requisito do inc. IV, que exige “o justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel”, redundando no objeto de prova da ata notarial prevista no inc. I do mesmo art. 216-A, parecendo aquele ser requisito deste do que do próprio procedimento em si.

Veremos mais adiante que ao registrador de imóveis falece a atribuição de “autenticar fatos”, sendo esta atribuição exclusiva do tabelião de notas, consoante disposição prevista no inc. III do art. 6.º da Lei 8.935/1994 (Lei dos Notários e Registradores). O legislador do Código de Processo Civil andou em simetria com o sistema já erigido, o que é raro observar em momentos de grande produção legislativa como vivemos atualmente, mantendo, portanto, a harmonia com as atribuições notariais já manifestadas pela Lei dos Notários e Registradores.

Por fim, outro aspecto que tem merecido bastante discussão e até críticas por aqueles que já analisaram o instituto, diz respeito à “anuência expressa” exigida no § 2.º. De fato, a solução legislativa para as hipóteses de ausência de manifestação dos eventuais titulares de direitos reais previstos na matrícula do imóvel usucapiendo e dos confinantes, vem na contramão dos valores de celeridade e eficiência que informaram a produção do novo código. Aliás, solução diversa já havia sido contemplada pela Lei 10.931, de 02.08.2004, ao determinar nova redação ao art. 213 da Lei de Registros Públicos, prevendo a retificação administrativa de registro, onde a ausência de impugnação presume a anuência.

Muito embora possa se alegar que a transmissão do domínio é muito mais grave que a correção e definição de divisas, o procedimento de usucapião não está imune aos mecanismos judiciais de reconhecimento de sua invalidade quando presente algum dos defeitos do negócio jurídico. A segurança jurídica não estaria prejudicada se fosse admitida solução diversa, ao prever o legislador a aceitação presumida caso não houvesse manifestação após regular notificação pessoal.

Aliás, a presunção da discordância é que não parece estar em harmonia com os valores de eticidade, socialidade e operabilidade que informam o Código

Civil de 2002. Consoante esses valores, a discordância deve ser expressa e fundamentada, pois se for vazia, sem motivos, configurará o abuso de direito previsto no art. 187 do CC/2002. Assim, nada mais justo que, aquele que discordar do exercício de um direito, tenha o ônus de apresentar seus fundamentos. Admitir o contrário possibilita ao proprietário desidioso e eventuais vizinhos contendedores, impedirem o livre exercício de um direito potestativo, legitimando a situação de abuso de direito.

Ora, o sistema não pode ser contraditório, inibindo pelo direito material o abuso de direito e, por meio da regra processual, possibilitando a sua existência. A coerência deve ser restabelecida, reconhecendo-se que a norma procedimental existe para proporcionar a eficácia da norma material em situações em que esta não seja voluntariamente reconhecida pelos sujeitos. A melhor opção, portanto, seria o legislador ter adotado a regra da discordância fundamentada (não necessariamente discordância procedente). No entanto, a regra escolhida foi outra e o direito positivo contempla o impedimento da via extrajudicial pela simples inércia do titular de algum direito real ou outro direito previsto na matrícula do imóvel usucapiendo ou dos imóveis confinantes.

Por fim, cabe ressaltar que o novel *caput* do art. 216-A da Lei de Registros Públicos exige a capacidade postulatória do requerente perante o Oficial de Registro de Imóveis, devendo estar representado por advogado que poderá se apresentar com procuração pública ou particular, dependendo do caso, conforme mais adiante se verá.

## 5. DA ATA NOTARIAL COMO REQUISITO ESSENCIAL DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE USUCAPIÃO

Como já analisado, o inc. I do art. 216-A da Lei de Registros Públicos inaura o rol de documentos que devem ser anexados ao pedido feito perante o Oficial de Registro de Imóveis da circunscrição imobiliária em que localizado o imóvel usucapiendo, exigindo *ata notarial* que ateste o tempo da posse do requerente e seus antecessores (se presente a *accessio temporis*), bem como suas circunstâncias.

Observa-se de início, que a ata notarial está prevista no novo Código de Processo Civil, como meio de prova de qualquer fato jurídico, conforme art. 384 e seu parágrafo único com a seguinte redação:

“Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.”

Trata-se de um meio de prova extrajudicial, antecipatório e que produz eficácia acautelatória de preservação de direitos, cuja utilidade é extremamente necessária em um mundo em que os fatos e eventos são voláteis, surgindo, modificando e desaparecendo com rapidez, decorrência da atual era da informação. Nesse sentido, perspicaz a observação de Natalio Pedro Etchegaray ao afirmar que “al acta se debe considerar como prueba prejudicial, que se produce en sede notarial por el peligro en la demora, ya que sería ilusorio esperar que las situaciones de hecho que em ese momento se están registrando, se repitieran em el momento de acreditarlas ante el juez”.<sup>26</sup>

Sobre o conceito, elucidativo o magistério de Leonardo Brandelli ao definir a ata notarial como “o instrumento público através do qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o translada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio”.<sup>27</sup>

Na doutrina internacional, Rufino Larraud, distinguindo a ata notarial da escritura pública, conceitua a primeira como “aquele instrumento matriz autorizado por el escribano fuera de su protocolo para consignar circunstanciadamente y bajo su fé um hecho cualquiera a un acto no constitutivo de otorgamiento, que presencia”.<sup>28</sup>

Nota-se assim que, enquanto as escrituras públicas têm por principal conteúdo uma manifestação de vontade consistente na outorga de direitos ou assunção de obrigações, as atas notariais apresentam a descrição de um ato ou fato qualquer circunstanciadamente narrado sob a fé pública do tabelião.<sup>29</sup> A ata, por sua natureza, é fruto da técnica de redação autenticadora de fatos constatados pela atividade humana de “ver e ouvir; não entrando a fundo no assunto, adaptando-o ao direito somente na forma”.<sup>30</sup>

Muito embora o texto normativo previsto no art. 384 do CPC/2015 indique como objeto da ata notarial um *fato*, é possível que alguns atos humanos, ca-

26. ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Escrituras y actas notariales*. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 269.

27. BRANDELLI, Leonardo. *Ata notarial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004. p. 44.

28. LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966. p. 397.

29. LARRAUD, Rufino. *Ob. cit.*, p. 397.

30. ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Ob. cit.*, p. 29.

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

racterizados pela ausência de manifestação de vontade, possam ser igualmente verificados e narrados com a certificação notarial. É o que conclui Leonardo Brandelli em percuciente estudo ao afirmar que “não pode haver na ata notarial a narração de vontade humana, ou, em havendo, não pode a declaração de vontade estar endereçada ao tabelião e destinada a concretizar o suporte fático abstrato descrito na norma jurídica, isto é, não pode tal declaração de vontade destinar-se a celebrar, pelo instrumento público notarial, um ato jurídico; o notário pode, entretanto, ser um mero observador daquelas vontades, não as recepcionando”.<sup>31</sup>

A ata notarial, portanto, insere-se em uma das funções essenciais da atividade notarial, a de autenticar fatos, cuja previsão já se encontrava positivada no inc. III do art. 6.º da Lei dos Notários e Registradores. Conforme ainda, Leonardo Brandelli, sua eficácia é eminentemente probatória, perpetuando no tempo os atos e fatos descritos pelo notário.<sup>32</sup>

Pedro Ávila Álvarez, afirma que “a ata notarial não é exaustiva, porquanto o ato ou fato nela consubstanciado pode ser provado por qualquer outro meio de prova admitido em direito”.<sup>33</sup> No entanto, enquanto requisito para a demonstração do tempo da posse e suas circunstâncias, entendemos ser imprescindível a juntada da ata com o requerimento que inaugura o procedimento extrajudicial da usucapião. Essa exigência está apoiada na seguinte razão: a posse, enquanto fato reconhecido pelo direito, deve ser aferida no mundo natural, no mundo dos acontecimentos. A atividade de atestação de um evento, seja natural ou humano, é função tipicamente notarial. A atividade registral consiste na qualificação dos títulos exibidos, confrontando-os com a malha fina dos princípios registrais que controlam a disponibilidade (entendida esta em seu sentido amplo como qualquer potencialidade de criação, mutação, transmissão ou extinção de algum direito relacionado ao imóvel).

A qualificação registrária não significa, no dizer do eminente desembargador Ricardo Dip, um simples exame, mas “um juízo conclusivo da argumentação prudencial do registrador, na medida em que inclui o império, ato último da prudência”.<sup>34</sup> Ainda sobre essa sublime atividade, afirma o prestigiado autor

---

31. BRANDELLI, Leonardo. Ob. cit., p. 47.

32. BRANDELLI, Leonardo. *Ata notarial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2004. p. 54.

33. ÁLVAREZ, Pedro Ávila apud BRANDELLI, Leonardo. *Ata notarial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p. 54.

34. DIP, Ricardo. *Registro de imóveis. Vários estudos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 175.



“(...) é preciso distinguir, a análise predominantemente gnosiológica da qualificação (em que prevalece o interesse no exame das premissas) da consideração de sua finalidade, que é a de determinar o registro ou a de recusá-lo (quando os sistemas o permitam: o de suspendê-lo, condicioná-lo)”.<sup>35</sup>

Essas referências afastam da qualificação registrária a função de atestar fatos. A verdadeira vocação da qualificação está em conhecer o direito preexistente e o título consequente ou decorrente, em aspectos formais e materiais, apresentando, portanto, uma “natureza intelectual” com um consequente e necessário “juízo concludente”.<sup>36</sup>

Assim, a ata notarial em conjunto com os demais documentos exigidos no rol dos quatro incisos do art. 216-A da Lei de Registros Públicos compõem o título, único e capaz, de potencialmente alterar a realidade jurídico-real correspondente à titularidade do imóvel usucapiendo. É dizer: o título é demonstrativo da verdade natural, potencialmente capaz de alterar a verdade registral. A demonstração dessa verdade natural é função do notário. O reconhecimento da potencialidade registral do título e do fato é que delinea a função do registrador imobiliário.

Portanto, a previsão da ata notarial probatória da posse é requisito necessário e indispensável ao reconhecimento extrajudicial da usucapião, fazendo parte do “título” em sentido formal, condutor do direito demonstrativo da aquisição do domínio pela reunião dos requisitos fáticos e subjetivos previstos na lei.

Um aspecto que merece meditação mais acurada, diz respeito à aparente redundância de objetivos da ata notarial que estamos analisando com os documentos exigidos no inc. IV: “justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel”.

De fato, a ata notarial elaborada em atenção ao inc. I do art. 216-A da Lei de Registros Públicos deve dedicar-se ao seu objetivo, qual seja: constatar o tempo da posse do requerente (e seus antecessores), bem como suas circunstâncias. Qual então a vantagem desse documento, se o rol de provas verificadas pelo notário deve ser repetido perante o Oficial de Registro de Imóveis?

A essa altura de nossas indagações, seria supérfluo afirmar que a repetição se faz necessária em homenagem ao princípio da segurança jurídica. A fé pública notarial não é menor que a fé pública registral. De outra, já foi afirmado

35. DIP, Ricardo. Ob. cit., p. 175.

36. DIP, Ricardo. Ob. cit., p. 175-176.

que foge da atribuição registral a função de verificar e atestar a existência de fatos e atos jurídicos.

Nessa linha de considerações, concluímos que a interpretação do inc. IV deve ser realizada em conjunto com a possibilidade de diligências complementares prevista no § 5.º do art. 216-A da Lei de Registros Públicos. Ou seja, se a ata notarial não for contemporânea ao pedido formulado perante o registro de imóveis, não significa que ela deverá ser atualizada por meio de uma nova diligência, o que tornaria o procedimento mais oneroso ao requerente. Basta o advogado reunir, voluntariamente ou por exigência do registro imobiliário, provas complementares que demonstrem a manutenção das qualidades e circunstâncias da posse atestada no documento notarial.

Portanto, é dispensável a reapresentação, ao registro de imóveis, dos documentos que embasaram a ata notarial, repetição que se opõe à celeridade e simplicidade almeçadas pelo avanço processual do novo Código de Processo Civil, bem como em desprestígio à fé pública notarial. A única interpretação, portanto, ao inc. IV, é que ele possibilita a apresentação de provas complementares que demonstrem a manutenção dos fatos constatados pela ata notarial. No entanto, em ocorrendo alterações substanciais na titularidade ou qualidade da posse, entende-se que a confecção de nova ata se torna imprescindível.

A ata notarial poderá ser requerida pelo próprio possuidor, bem como por seu advogado. Não há necessidade de o requerimento da ata ser formulado pelo advogado, haja vista que a capacidade postulatória só é exigida para o pedido de solicitação do procedimento perante o registro de imóveis. Havendo comosse, entendemos que qualquer possuidor poderá requerer a ata, que produzirá efeitos em relação aos demais compossuidores, não havendo necessidade de que seja feito requerimento conjunto por todos eles em participação necessária, nem que seja lavrada uma ata para cada um dos compossuidores.

Na hipótese da ata notarial ser requerida por advogado, representando os interesses de seu cliente, deverá apresentar procuração com poderes expressos e especiais para essa finalidade, obedecendo à forma pública em atenção ao disposto no art. 657 do CC/2002. Nada impede, porém, que o possuidor compareça como requerente assistido por seu advogado, o que dispensará a procuração por não haver representação, mas mera assistência jurídica. Não poderá, nessa hipótese, ser aproveitado o instrumento para a nomeação do mandatário, pois as atas notariais não podem conter manifestações de vontade. Assim, desejando-se fazer a nomeação de procurador, deverá ser confeccionado instrumento apartado, que se formalizará por meio da procuração.

Excepcionalmente, não se aplica o princípio da liberdade de escolha do tabelião previsto no art. 8.º da Lei dos Notários e Registradores ou aplica-se

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

mitigadamente em relação, tão somente, aos notários com atribuições na mesma comarca. Isso porque, entendemos que a ata comprobatória de posse para a usucapião deve ser realizada com necessária diligência ao imóvel, pois deverá descrever suas características naturais, a fim de serem confrontadas com os documentos técnicos visando à identificação daquilo que foi constatado pelo tabelião com a descrição constante da planta e memorial. Prepondera, portanto, o impedimento previsto no art. 9.º, também da Lei dos Notários e Registradores, ficando proibido ao tabelião praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu a delegação, excepcionando-se a hipótese em que o imóvel vistoriado abranja mais de uma comarca, caso em que qualquer tabelião das comarcas limítrofes poderá iniciar a diligência na parcela do imóvel localizado em seu território, estendendo-se à comarca vizinha para conclusão, não sendo razoável a exigência de duas atas notariais distintas.

A ata notarial tem objetivos jurídicos, portanto, deve ser redigida em linguagem jurídica, observando a clareza e objetividade necessárias a qualquer documento notarial, descrevendo o imóvel com suas características naturais, já que os elementos técnicos deverão estar contidos na planta e memorial descritivo elaborados e assinados por responsável da área. A ata, não visa, portanto, demarcar as medidas, dimensões, divisas e demais características técnicas do imóvel, pois para isso a lei exige, no inc. II, “planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes”.

A narrativa deve caracterizar, por exemplo, a localização do imóvel com seu logradouro, número de emplacamento municipal, se o prédio é residencial, comercial ou misto, se localizado em perímetro urbano ou rural do município, acessões e benfeitorias existentes etc.

Não vislumbramos a necessidade de o tabelião estar munido de plantas e memoriais descritivos para confeccionar a ata, pois, como já mencionado aqui, o objetivo da ata é um e o dos documentos técnicos é outro. Salutar até que não se utilize desses documentos, pois pode ser induzido a reconhecer alguma característica técnica não nitidamente constatável na diligência. Os trabalhos técnicos, porém, deverão estar em conformação com a ata notarial, queremos dizer, não pode, por exemplo, a ata notarial afirmar a posse sobre uma casa e a planta e memorial descrever apenas um terreno.

Lembramos que a ata notarial tem por objetivo formar a convicção do registrador imobiliário sobre o objeto da posse, sua titularidade, tempo e circunstâncias. Não é a descrição da ata que prevalecerá na abertura da matrícula

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

do imóvel, pois essa deverá conter os elementos técnicos obtidos da planta e memorial, sob responsabilidade do profissional que os assina. Entretanto, o conjunto do material apresentado com o pedido da usucapião deve guardar coerência, ou seja, deverá ser possível identificar que a ata (que trata do direito) e os documentos técnicos (que tratam da especialização), estejam se referindo ao mesmo objeto.

É possível, ainda, que o interessado solicite que a ata seja realizada com o acompanhamento do profissional responsável e, nessa hipótese, ela narrará a descrição técnica do imóvel, sob responsabilidade do profissional que será necessariamente identificado e assinará com o requerente o livro notarial. A ata elaborada nesse formato dispensará a confecção do memorial descritivo em documento separado, já que ela própria servirá com esse objetivo. Não aconselhamos, contudo, essa forma de atuação, pois, no momento da qualificação do título no registro de imóveis, o cartório poderá encontrar alguma falha na descrição do memorial, o que implicará na confecção de nova ata retificadora, encarecendo o procedimento.

Respeitada a liberdade que deve permear a atuação de cada notário e registrador, bem como as circunstâncias especiais de cada caso, sugerimos que a ata notarial seja composta de três capítulos: a) do imóvel; b) da posse e suas circunstâncias; c) do arquivamento dos documentos. É o que passaremos a analisar.

### 5.1 *Constatação do objeto da usucapião*

No capítulo “do imóvel”, deverá constar a narração com as descrições objetivas do imóvel usucapiendo. O requerente da ata é o responsável em indicar qual imóvel deseja usucapir, arcando com custos de locomoção e diligência para a confecção da ata, observada a lei de emolumentos de cada Estado. Esse capítulo deve mencionar a localização do imóvel, se na zona rural ou urbana, não precisando atender aos rigorosos limites da lei municipal de zoneamento, o que pode ser de difícil constatação no momento da diligência, mas, sim, considerar a aparência do local, se urbanizado ou não.

Sendo área urbanizada, existente via pública, indicar o logradouro e se o imóvel está localizado do lado par ou ímpar da via. Havendo construção, o número do emplacamento municipal, características do imóvel, cores, tipo, utilização se residencial, comercial ou rural, medida aproximada da testada do terreno e distância, também aproximada, da esquina mais próxima. Indicar os imóveis com os quais faz divisas pelas laterais e nos fundos, indicando as medidas em sendo possível aferi-las. As medidas não precisam ser exatas com

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

as que se apresentarem na planta ou memorial, pois suas indicações servem tão somente para que o registrador imobiliário conclua tratar-se do mesmo imóvel indicado na planta e memorial, de onde extrairá os elementos técnicos para a abertura da matrícula, após qualificação positiva decorrente de seu prudente critério.

Tratando-se de imóvel rural, indicar a possível localização no Município, com suas características como: tratar-se de pastagem ou plantações, se está sendo utilizado ou não, a existência de acessões e benfeitorias, características das divisas, denominação constante no local, existência de matas, correntes de água, açudes etc. Geralmente, em imóveis rurais, será difícil o notário aferir suas medidas, o que pode ser dispensado, desde que existam na ata elementos que façam concluir se tratar do mesmo imóvel constante da planta e memorial descritivo.

É possível, ainda, que a ata notarial seja composta de fotografias extraídas pelo notário e impressas no próprio instrumento como complemento visual do objeto da posse. As imagens são de importante utilidade na documentação, mormente em hipóteses de imóveis rurais, onde a capacidade sensorial do notário pode não ser suficiente para a exata demonstração do que se trata.

Estando matriculado o imóvel, importante que o notário ateste se as características aferidas no local coincidem com elementos descritivos da matrícula. Pode ser que a diligência notarial constate parte da descrição matriculada, em razão de desapropriação ou usucapião parcial ou invasão por terceiros. Nestas situações, o notário deve tomar cuidado para não atestar a posse sobre a área desapropriada, usucapida ou invadida.

Quanto ao objeto, portanto, a ata notarial deve ser fruto das constatações sensoriais do notário que a realiza, podendo a sua análise visual ser complementada por fotografias. Não se trata, portanto, de um levantamento técnico do perímetro e área do imóvel, atribuições de outro profissional.

Ainda, no que diz respeito ao imóvel usucapiendo, o notário, antes de iniciar a diligência, deve ter em mente a pretensão do requerente, qual modalidade de usucapião ele pleiteará pelo procedimento extrajudicial. Isso porque, ele deverá dar ênfase à atestação da existência dos elementos circunstanciais exigidos por cada uma das modalidades brevemente apresentadas neste trabalho.

Assim, na usucapião especial urbana, por exemplo, é essencial que a ata notarial constate a localização do imóvel em área urbanizada do Município e a sua utilização para moradia. Na rural, a localização do imóvel em área não urbanizada e/ou sua utilização agrícola, pecuária ou agropastoril. Na redução do prazo da usucapião extraordinária (parágrafo único do art. 1.238 do

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

CC/2002), essencial que a ata relate a constatação da afetação do imóvel à moradia do requerente ou descreva as obras ou serviços atribuídos por ele como sendo de caráter produtivo.

Aliás, interessante questão que surge, nesse último exemplo, diz respeito exatamente à constatação do requisito essencial autorizador da redução do prazo da usucapião extraordinária: “obras e serviços de caráter produtivo”. É cediço na doutrina, que a ata notarial não pode conter juízos de valor emitidos pelo notário. A ata deve descrever os fatos presenciados pelo tabelião, sem qualquer atribuição de adjetivos decorrentes da sua valoração subjetiva. Assim, como atestar o caráter produtivo (ou não) de uma propriedade?

A expressão “caráter produtivo” configura típico exemplo do que a doutrina denomina de “conceito jurídico indeterminado”, devendo o aplicador do direito preencher o conteúdo desse conceito diante de cada situação concreta. A verificação do preenchimento desse requisito é análise que cabe à qualificação registrária. A ata notarial se limitará a descrever a existência de obras e serviços, que são constatações meramente objetivas, as quais serão indicadas pelo requerente sob sua declaração e responsabilidade. Assim, cabe ao requerente, por si ou por meio de seu advogado, indicar o que entende por “obras ou serviços de caráter produtivo”, sendo a ata, nesse particular, um misto de declaração e diligência: atesta a declaração da parte e a existência dos fatos indicados. O mesmo se diz sobre a expressão “investimentos de interesse social e econômico” prevista no parágrafo único do art. 1.242 do CC/2002.

Portanto, entendemos ser perfeitamente possível ao Oficial de Registro de Imóveis, na qualificação de títulos apontados em seu protocolo, preencher conceitos jurídicos indeterminados por meio de seus critérios de prudência e razoabilidade, observados sempre os parâmetros utilizados pelo Poder Judiciário em decisões paradigmas dos tribunais superiores. Isso porque a qualificação registrária não é um simples exame, mas um juízo próprio da razão prática, que nas palavras de Ricardo Dip, “inclui o império que é próprio da prudência [...] diz respeito ao *quale* (a qualidade no seu suporte substancial singular), não à *qualitas* abstraída do indivíduo, e assim não como simples especulação do sujeito, mas, passando do conselho e do julgamento dos meios para a operação: não apenas meramente se examina ou se verifica eventual inscritebilidade de um título (*rec-tius*: sua potencialidade inscriteiva), mas e julga e impera um registro, *hic et nunc*”.

## 5.2 Constatação da posse, seu tempo e circunstâncias

O segundo capítulo da ata notarial deverá constatar e descrever a existência da posse, seu tempo e suas circunstâncias. Talvez aqui, o capítulo que exigirá

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

uma maior dedicação do notário, pois deverá envidar maior atenção aos documentos que induzem à existência da posse, às aparências do local vistoriado e aos depoimentos que poderão ser colhidos em diligência.

A ata notarial é confeccionada sob a presidência do notário, ou seja, é ele quem decide sobre como vistoriar, o que deve ou não constar no documento, respondendo, por fim, pela redação. Isso não significa que o interessado não possa sugerir algo, indicar fatos e apresentar documentos, mas cabe ao notário, com vistas ao direito alegado pelo requerente, decidir por fim o que afinal irá constar da sua verificação.

Assim, sugerimos que conste do início da ata o requerimento que motivou sua intervenção, o propósito perseguido pelo requerente, que indicará qual a modalidade de usucapião pretende, pois os fatos e documentos terão que ser verificados um a um no que diz respeito aos requisitos da modalidade perseguida. Sobre essa necessidade, Argentino I Nery nos adverte “(...) a pesar de que la función notarial es pública, el notário no actúa de oficio. Em consecuencia, asume certeza el principio notarial de la ‘rogación’ em cuanto el notário, em función de autenticador no actúa de oficio sino a requerimiento de parte interesada, o que es igual, la prestación de servicios notariales supone siempre una rogación” (NERY, Argentino I. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. Buenos Aires: Delpalma, 1980, p. 1143).

No capítulo da posse, o tabelião poderá descrever os documentos que lhe foram apresentados, como por exemplo, compromisso de compra e venda, recibos de pagamentos, escrituras não registradas, formais de partilha etc. A ata deverá mencionar as características desses documentos, se têm as firmas reconhecidas ou não, aparência de novos ou antigos, alguma rasura, entrelinha ou adulteração etc. Interessante que sejam eles digitalizados em boa qualidade e em cores, arquivados na serventia em meio eletrônico. Poderão ser apresentados também, comprovantes de pagamentos de tributos, contribuições, taxas e tarifas de serviço público incidentes sobre o imóvel e seus moradores, declarações do ITR e Imposto de Renda.

Por demais, a ata em diligência poderá conter declarações de terceiros com quem deva se comunicar o notário, declarações essas, é lógico, que se relacionem com a posse. Assim, poderá constar a declaração de vizinhos ou moradores próximos que afirmem a posse pelo requerente, o tempo e as circunstâncias, inclusive da existência ou não de oposição. É conveniente, porém, que esses terceiros declarantes sejam identificados pelo notário, para que se vinculem ao que foi afirmado. No entanto, poderão se recusar ou não a disporem do documento de identificação. Mesmo assim, sendo relevante o depoimento e necessário ao cumprimento do requerimento formulado pelo possuidor, o

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

notário poderá constar a declaração e as circunstâncias da não identificação, descrevendo as características do depoente e sua moradia, pois a afirmação da certeza de identidade, nesse caso, restará impossível.

Interessante situação ocorrerá durante a diligência se o tabelião constatar algum fato ou interpelação de alguém que questione a existência da posse ou suas qualidades. Deixará de realizar a ata notarial? Poderá lavrá-la com omissão do fato que entender prejudicial? Poderá constar o depoimento ou interpelação?

Para respondermos adequadamente essas indagações devemos lembrar que a ata notarial é um documento lavrado unilateralmente pelo notário, que a preside conduzindo as diligências e confeccionando o texto narrativo. Deve-se ater à verificação dos fatos requeridos pelo interessado, mas tem total liberdade em fazer constar tudo aquilo que apurou e verificou no cumprimento da diligência. Ou seja, ele atua por suscitação do requerente, mas não em seu interesse. Deve manter a imparcialidade e neutralidade diante dos acontecimentos que presencia, ficando impedido de manipular ou omitir eventos que sejam contrários ao interesse do requerente.

Recomenda-se constar expressamente a advertência feita ao requerente no sentido de que o resultado poderá ser contrário ao seu interesse, hipótese em que ele continuará responsável pelos custos, convertendo-se o depósito prévio em emolumentos. Ainda que o requerente se negue a assinar a ata, o notário poderá encerrá-la, dando-a por válida e verdadeira quanto aos fatos constatados.

Portanto, mais uma vez afirmamos que a ata notarial deverá narrar o resultado dos eventos verificados em diligência, com total neutralidade. Ainda que com objetivos de constatação dos fatos requeridos, os eventos poderão sugerir resultado diverso do pretendido. É o caso, por exemplo, em que um dos proprietários de imóvel confinante alegue que a posse do requerente é injusta por ter ele invadido o terreno. Não poderá o notário, nesta situação, julgar por prejudicada a diligência e interromper a confecção da ata, mas, de outro modo, fazer constar o que ouviu e registrar na narrativa a exibição de eventuais documentos pelo interpelante. Lembrando sempre que, a posse, mesmo que injusta, pode dar ensejo à usucapião extraordinária se cessados os atos ilícitos que lhe caracterizaram.

Por fim, é o registrador de imóveis, quem, com seu prudente critério, julgará o reconhecimento ou não da usucapião, considerando todo o conjunto probatório existente. A ata notarial não constata a usucapião, mas a posse e suas características. Constatar a usucapião, como vimos, é atividade inserida na qualificação registrária.



### 5.3 Arquivamento dos documentos apresentados

O último capítulo da ata notarial deverá relacionar, em ordem cronológica e de importância, todos os documentos que foram exibidos para a confecção e os quais lhe dão suporte. Assim, havendo justo título, deverá esse ser o primeiro a constar do rol, depois os documentos que comprovaram o tempo da posse, se houver.

Após a relação, deverá constar que os documentos ficarão arquivados por meio de cópias em classificador específico da unidade extrajudicial do notário que a lavrou, podendo ser em meio eletrônico. O registrador de imóveis poderá, a qualquer momento, solicitar ao requerente que providencie certidão dos documentos arquivados para elucidação de qualquer ponto de dúvida.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O procedimento extrajudicial de reconhecimento da usucapião constitui importante avanço no processo de desjudicialização e seu sucesso depende do empenho de cada profissional envolvido: notários, advogados, registradores de imóveis, magistrados e engenheiros. A lei, por si só, não tem a capacidade de modificar a realidade existente.

Não restam dúvidas de que o aprofundamento dos estudos e o diálogo entre os referidos profissionais importarão em grandes benefícios para o Poder Judiciário, que se verá livre uma enxurrada de processos de usucapião desprovidos de litigiosidade, resultando, assim, em benefícios para toda a sociedade.

O presente trabalho procurou lançar as primeiras ideias sobre algumas questões desse importante instrumento alternativo de realização de direitos. Não tem outro objetivo, portanto, senão instigar o estudo e debate envolvendo a novidade legislativa, contribuindo para o conhecimento das realidades a serem observadas em eventual regulamentação do instituto, bem como no êxito e utilidade de seus fins.

Por fim, a necessária maturação doutrinária sobre o tema, proporcionará uma contribuição à fixação da visão teleológica dos serviços extrajudiciais.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDELLI, Leonardo. *Ata notarial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

BRASIL. *Códigos de Processo Civil comparados – 2015/1973*. São Paulo: Saraiva, 2015.

---

OLGADO, José Lucas Rodrigues. O papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 125-154. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

- DIP, Ricardo. *Registro de imóveis. Vários estudos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Escrituras y actas notariales*. Buenos Aires: Astrea, 1997.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (coord.). 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 3.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito predial*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfido Ed., 1953. vol. I.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1979. vol. VII.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1960. vol. VI.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A Lei 11.977/2009 e as novas bases da usucapião, de Fernanda Loures de Oliveira – *RD-Priv* 50/349-370 (DTR\2012\38923);
- A usucapião tabular, de Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho – *RDI* 78/105-123 (DTR\2015\3590); e
- Usucapião administrativa: uma alternativa possível, de Fernanda Loures de Oliveira – *RDPriv* 48/129-160 (DTR\2011\4698).

# OS REQUISITOS PARA A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL NA SISTEMÁTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO TABELIÃO DE NOTAS E DO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS

*THE REQUIREMENTS FOR EXTRAJUDICIAL ADVERSE POSSESSION IN THE SYSTEMATIC OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE, AND THE ISSUE OF FUNCTIONAL COMPETENCE OF THE NOTARY PUBLIC OF NOTES, AND THE OFFICER OF THE REAL ESTATE REGISTRY*

**VALESTAN MILHOMEM DA COSTA**

Especialista em Direito Registral Imobiliário. Tabelião e Oficial Substituto do 1º Ofício de Notas e Registros de Cabo Frio/RJ.  
valestanm@gmail.com

**ÁREA DO DIREITO:** Civil, Processual Civil, Notarial e Registral

**RESUMO:** A regularização fundiária tem recebido considerável atenção do Governo Federal pela indissociável relação entre a propriedade formal e o direito à cidadania, assim como ao desenvolvimento do mercado de crédito, razão dos muitos instrumentos jurídicos disponibilizados na última década para viabilizar a regularização da propriedade, quase todos em âmbito administrativo. Essa caminhada dá mais um grande passo com a introdução do reconhecimento extrajudicial da usucapião. Por sua alta carga de relevância na valorização da efetividade do direito adquirido, o avanço introduzido pelo Novo Código de Processo Civil, com vigência prevista para o primeiro trimestre de 2016, carece de atenção das autoridades legislativas assim como dos operadores do direito notarial e registral em vista dos reparos que reclama quanto aos requisitos e procedimentos delineados a esse desiderato. Também é preciso atentar para a experiência jurisprudencial brasileira na formalização da propriedade pela usucapião judicial, cujas características não se distanciam daquelas que serão vivenciadas na usucapião

**ABSTRACT:** The land regularization has been receiving considerable attention from the Federal Government, due the inseparable relationship between the formal property and the right to citizenship, as well as the development of the credit market, reason of many legal instruments available in the last decade, in order to facilitate the property regularization, almost all at the administrative level. This journey takes one more greater step with the introduction of extrajudicial adverse possession recognition. Due to its high relevance in the appreciation of the effectiveness of acquired rights, the advancement introduced by the New Code of Civil Procedure, with effective expected for the first quarter of 2016, requires attention from the legislative authorities, as well as from operators of the notarial and registral law, considering the repairs complain about the requirements and procedures outlined to this desideratum. It is also necessary to consider the Brazilian jurisprudential experience, in the formalization of property by judicial adverse possession, whose characteristics are not far from those

extrajudicial, no que concerne à aquiescência dos titulares de direito registrados ou averbados na matrícula para a formalização do título da usucapião e da exigência do domínio dos confinantes como requisito para assinatura da planta do imóvel lindeiro usucapiendo. Por sua vez, a natureza causal do sistema registral brasileiro e a atribuição de competência funcional pela lei de regência dos notários e registradores no Brasil repelem o oficial do registro de imóveis e atraem o tabelião de notas para a formalização do título de reconhecimento extrajudicial da usucapião. Esses fatores clamam por mudanças significativas nos requisitos e procedimentos da usucapião extrajudicial disciplinada no novo Código de Processo Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reconhecimento extrajudicial da usucapião – Aquiescência do titular do domínio e dos demais direitos na matrícula – Exigência de domínio dos imóveis confinantes – Formalização do título – Tabelião de notas – Sistema registral causal – Oficial do registro de imóveis – Alterações no novo Código de Processo Civil.

that will be experienced in extrajudicial adverse possession, regarding the acquiescence of rights holders recorded or inscribed in the license for formalization of the adverse possession title, and the domain requirement of the abutter, as a condition for signing the adverse possession abutting ground plan. On the other hand, the causal nature of the Brazilian registral system, and allocation of functional competence by the applicable law governing the notaries and recorders in Brazil, rejects the land registry official and attract the notary public of notes to formalize the title of recognition of extrajudicial adverse possession. These factors call for significant changes in the requirements and procedures of extrajudicial adverse possession orderly by the New Code of Civil Procedure.

**KEYWORDS:** Recognition of the extrajudicial adverse possession – Acquiescence of the domain owner and other rights in the license – Domain requirement of abutting properties – Formalization of the title – Notary public of notes – Causal registral system – Official of the real estate registry – Changes in the New Code of Civil Procedure.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Procedimentos e requisitos para o reconhecimento extrajudicial da usucapião – 3. Análise dos procedimentos e requisitos para o reconhecimento extrajudicial da usucapião: 3.1. Ata notarial para fins de prova do tempo da posse do requerente; 3.2. A formalização do título da usucapião frente à sistemática registral brasileira e a competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis; 3.3. Exigência da assinatura na planta de todos os titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel, e presunção de discordância no silêncio de qualquer deles; 3.4. Exigência da assinatura na planta de todos os titulares de direitos reais e de outros direitos registros ou averbados nas matrículas dos imóveis confinantes, e presunção de discordância no silêncio de qualquer deles – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A desjudicialização<sup>1</sup> ganhou popularidade no meio jurídico brasileiro a partir das ações da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça,

1. Possibilidade de resolver pela via extrajudicial questões relativas a direitos disponíveis antes decididas unicamente pela via judicial, nos conflitos de direitos disponíveis.

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 79, ano 38, p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

criada em 2003, com o objetivo de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas visando propor e difundir ações e projetos de aperfeiçoamento do Poder Judiciário,<sup>2</sup> diante da enorme sobrecarga de demandas que exigiam a atuação do Poder Judiciário e de outras submetidas a juízo unicamente para “um mero selo”<sup>3</sup> do Poder Judiciário.

A principal meta da Secretaria de Reforma do Judiciário é promover o acesso à Justiça mediante o fortalecimento e modernização do sistema de Justiça, que inclui, “necessariamente, (...) a redução da cultura do litígio”, nas palavras do secretário de Reforma do Judiciário, Flávio Caetano.<sup>4</sup>

Assim, o acesso à Justiça pode ser traduzido como um conjunto de medidas que visa tanto aperfeiçoar a atuação do Poder Judiciário através do diálogo e a cooperação entre as diversas instituições que compõem o sistema de Justiça brasileiro e da criação de institutos jurídicos para desafogar o Poder Judiciário, a exemplo da súmula vinculante e da repercussão geral, como a redução de demandas que podem ser solucionadas através de procedimentos extrajudiciais, na chamada desjudicialização.

Mesmo antes da criação da Secretaria da Reforma do Judiciário já havia medidas legislativas promovendo o acesso à Justiça através da redução da cultura do litígio, como a lei de arbitragem,<sup>5</sup> permitindo que pessoas capazes possam valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis; a lei que criou o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI) e trouxe em seu bojo o instituto da alienação fiduciária de bem imóvel,<sup>6</sup> estabelecendo o sistema extrajudicial de execução da garantia (intimação do devedor e consolidação da propriedade resolúvel) através do Registro de Imóveis, assim como a realização dos leilões, expedição da carta de arrematação ou outorga da escritura de compra e venda do imóvel arrematado em leilão, sem qualquer participação do Poder Judiciário.

Alongando um pouco mais a visão para o passado, encontram-se exemplos de desjudicialização no Dec.-lei 70/1966,<sup>7</sup> que possibilitou ao credor optar pela

---

2. Disponível em: [www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario].

3. “O Poder Judiciário não pode ser utilizado como mero cartório que incluirá, em documentos submetidos à sua sumária avaliação, um mero selo, que sequer pode ser chamado selo de qualidade, porque não é submetido, do ponto de vista substancial, a seu controle efetivo”. (STJ, REsp 1.184.267, rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 05.12.2012).

4. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-abr-30/secretaria-reforma-judiciario-ministerio-justica-faz-10-anos?imprimir=1].

5. Art. 1.º da Lei 9.307, de 23.09.1996.

6. Arts. 26, 27 e 39, inc. II, da Lei 9.514, de 20.11.1997.

7. Arts. 29 a 41 do Dec.-lei 70, de 21.11.1966.

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

execução da hipoteca na forma do Código de Processo Civil, ou na forma do referido decreto-lei, ou seja, através de procedimento administrativo que inclui a realização de leilão e a expedição da carta de arrematação, assim como no Dec.-lei 9.760/1946,<sup>8</sup> que na sua redação original já previu a discriminação administrativa de terras da União, inclusive com reconhecimento de propriedade e emissão de títulos em favor de particulares.

No período pós Secretaria de Reforma do Judiciário são cada vez mais crescentes os exemplos de desjudicialização, como a retificação de área através de procedimento administrativo no Registro de Imóveis,<sup>9</sup> o plano de recuperação extrajudicial com vistas à preservação da empresa,<sup>10</sup> o inventário, a separação e o divórcio através de escritura pública,<sup>11</sup> a demarcação de terrenos da União para fins de regularização fundiária de interesse social, cujo procedimento é realizado através do Registro de Imóveis,<sup>12</sup> e, ainda, a regularização fundiária de assentamentos urbanos,<sup>13</sup> promovida pelo poder público, em área de domínio público ou privado, e por particulares, em área privada, para fins de interesse social ou de interesse específico.<sup>14</sup>

Nessa toada, a Lei 13.105, de 16.03.2015 (novo Código de Processo Civil), com *vacatio legis* de um ano da sua publicação, por seu art. 1.071, acrescenta o art. 216-A, na Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos) admitindo o pedido

---

8. Arts. 22 a 31 do Dec.-lei 9.760, de 05.09.1946.

9. Lei 10.931, de 02.08.2004, que alterou a redação dos arts. 212 e 213 da Lei 6.015, de 31.12.1973.

10. Arts. 161 a 167 da Lei 11.101, de 09.02.2005.

11. Lei 11.441, de 04.01.2007, que alterou os arts. 982 e 983 do CPC.

12. Art. 6.º da Lei 11.481, de 31.05.2007, que acrescentou ao Dec.-lei 9.760, de 05.09.1946, os arts. 18-A a 18-F.

13. Arts. 46 a 68 da Lei 11.977, de 07.07.2009.

14. A regularização fundiária de assentamentos urbanos é constituída das seguintes etapas: demarcação urbanística; lavratura do auto de demarcação urbanística; apresentação do auto de demarcação urbanística no Registro de Imóveis; identificação e notificação do proprietário e confrontantes da área demarcada, pessoalmente ou via correio, pelo Registro de Imóveis; notificação dos interessados (proprietário e confrontantes) pelo poder público através de edital, não sendo possível a notificação pessoal ou via correio dos interessados; averbação do auto de demarcação (não havendo impugnação ou sendo essa superada); aprovação do projeto de parcelamento da área demarcada pela Prefeitura; registro do parcelamento aprovado no Registro de Imóveis; outorga do título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados, preferencialmente em nome da mulher, e registro do título de legitimação de posse no Registro de Imóveis, na matrícula respectiva à área legitimada.

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 79, ano 38, p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

de reconhecimento extrajudicial de usucapião<sup>15</sup> diretamente perante o cartório do registro de imóveis.<sup>16</sup>

Contudo, a disciplina dos procedimentos previstos para regular o reconhecimento extrajudicial da usucapião traz alguns senões que requerem a atenção do intérprete, mas, sobretudo do legislador, conforme será demonstrado nos tópicos seguintes deste trabalho, para que se possa alcançar o mesmo êxito experimentado nos demais casos de desjudicialização.

## 2. PROCEDIMENTOS E REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA USUCAPIÃO

O pedido do reconhecimento da usucapião pela via extrajudicial não prejudica o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou direito subjetivo de ação do cidadão, plasmado no art. 5.º, XXXV, da CF/1988, na forma do *caput* e §§ 9.º e 10 do art. 216-A em comento,<sup>17</sup> facultando-se ao usucapiante optar entre via judicial e extrajudicial para a declaração ou reconhecimento do seu direito de propriedade sobre o imóvel usucapiendo.

Optando pela via extrajudicial, o usucapiante deve instruir seu requerimento com os documentos elencados nos incs. I a IV do art. 216-A da Lei 6.015/1973, dentre os quais a ata notarial, cuja finalidade e utilidade abordare-

---

15. No art. 1.071, que acrescentou o art. 216-A, à Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos).

16. No Estado do Rio de Janeiro a notificação pessoal do proprietário e confrontantes, bem como a mediação entre proprietário e poder público é feita pela Corregedoria-Geral da Justiça, nos Termos da Portaria 207/2009, publicada no DOERJ de 26.11.2009, p. 59.

17. Lei 6.015/1973.

“Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

§ 9.º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

§ 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.”

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

mos em tópico específico adiante,<sup>18</sup> além de outros requisitos descritos nos §§ 1.º a 10 do art. 216-A.

O § 1.º afasta a aplicação do art. 205 da Lei 6.015/1973,<sup>19</sup> ao prorrogar o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido de reconhecimento da usucapião.

O § 2.º exige a assinatura na planta de todos os titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e também de todos os titulares dos mesmos direitos nas matrículas dos imóveis confinantes, devendo o oficial do registro notificar qualquer desses titulares de direito que não tenham assinado a planta para que a assine no prazo de 15 dias, como forma de demonstrar expressamente sua concordância com o procedimento, considerando-se o silêncio de qualquer deles como discordância com o procedimento requerido.

O § 3.º trata da ciência que o oficial do registro de imóveis dará “à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido”.

O § 4.º aponta que o oficial do registro de imóveis “promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.”

O § 5.º autoriza o oficial do registro de imóveis a solicitar ou realizar diligências para elucidação de qualquer ponto de dúvida.

O § 6.º diz que, decorridos o prazo de 15 dias da publicação do edital em jornal de grande circulação, não havendo pendências de diligências, ou seja,

---

18. “I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias; II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.”

19. “Art. 205. Cessarão automaticamente os efeitos da prenotação se, decorridos 30 (trinta) dias do seu lançamento no Protocolo, o título não tiver sido registrado por omissão do interessado em atender às exigências legais.”

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 79, ano 38, p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



não havendo dúvidas a serem sanadas; estando a documentação em ordem, contendo a concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial registrará a aquisição do imóvel, cujo registro poderá ser feito na matrícula existente ou em nova matrícula, sendo o caso.

O § 7.º admite o procedimento de dúvida no pedido de reconhecimento da usucapião extrajudicial.

O § 8.º estabelece que o oficial do registro de imóveis rejeitará o pedido se a documentação não estiver em ordem.

O § 9.º reitera o princípio da inafastabilidade da jurisdição na hipótese de não acolhimento do pedido de usucapião extrajudicial.

O § 10 atribui ao oficial do registro de imóveis o dever de remeter os autos do procedimento administrativo ao juízo competente da comarca da situação do imóvel na hipótese “de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente (usucapiante) emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum”.

### 3. ANÁLISE DOS PROCEDIMENTOS E REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA USUCAPIÃO

Por mais louvável que seja o avanço legislativo, uma análise dos seus requisitos evidenciará que são necessárias alterações visando escoimar imperfeições para viabilizar os fins objetivados na lei, evitando-se violação ao ordenamento jurídico brasileiro.

#### 3.1 *Ata notarial para fins de prova do tempo da posse do requerente*

A ata notarial está prevista no art. 7.º, III, da lei dos notários e registrados (Lei 8.935/1994), e é instrumento adequado para o desempenho da competência do tabelião de autenticar fatos, como previsto no inc. III do art. 6.º da mencionada lei, muito embora a ata notarial possa ser encontrada na lida tabelioa mesmo antes da lei dos notários e registradores.

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Como ato notarial exclusivo do tabelião para autenticar fatos, a ata notarial tem sido um poderoso instrumento de prova processual,<sup>20</sup> estando sob o manto da fé pública, tendo, portanto, o condão de perpetuar fatos juridicamente relevantes no tempo, afastando a possibilidade de extravio da prova por falta de registro confiável.

Contudo, a ata notarial tem limitações<sup>21</sup> incompatíveis com o propósito de atestar o tempo da posse do requerente e de seus antecessores.

Conquanto a ata notarial seja o meio de o tabelião autenticar fatos juridicamente relevantes, os fatos autenticados devem ser presenciados pelo tabelião; ou seja, devem ocorrer em sua presença ou estarem consumados de forma a serem percebidos pela simples observação, não servindo, portanto, para formar um histórico de títulos capazes de comprovar o tempo da posse do requerente e seus antecessores, nem tampouco para colher o testemunho de pessoas que conhecem o tempo da posse do requerente e antecessores, pois, nesse caso, o tempo não seria autenticado pelo tabelião, mas pelas testemunhas, e, por certo, não terá o tabelião como visualizar o tempo passado da posse do requerente para autenticá-lo mediante ata notarial.

Assim, a utilização da ata notarial para o fim de atestar o tempo da posse do requerente e seus antecessores é equívoca, se preservados os fins legais da ata notarial.

Ou seja. Estabelecer que o tempo da posse será provado por ata notarial equivale a inviabilizar a prova do tempo da posse, pela inviabilidade do meio, e, destarte, inviabilizar a própria usucapião, para a qual o tempo da posse é requisito essencial.

Contudo, a participação do tabelião é de suma importância na formação do processo que desencadeará o pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião.

Para esse desiderato deverá valer-se de escritura pública declaratória de tempo e natureza da posse, promovendo a identificação do requerente, a descrição dos títulos apresentados, a declaração dos confinantes e a descrição do imóvel conforme apresentada em planta ou mesmo na matrícula do imóvel, se este estiver devidamente matriculado.

---

20. KIOITSI, Chicuta. *Ata notarial e sua utilização como prova judiciária de fatos no direito brasileiro*. Coletânea *Ata Notarial*. Coordenador: Leonardo Brandelli. Safe: Porto Alegre, 2004. p. 167-183.

21. COSTA, Valestan Milhomem da. Ata notarial. Utilização x utilidade. *Boletim Eletrônico IRIB*, 2479, ano VI, São Paulo, 12.06.2006.

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

A seu turno, a ata notarial também poderá ser utilizada para provar algum fato juridicamente relevante nesse procedimento, seja a requerimento de qualquer dos interessados, seja para atender exigência do registrador de imóveis por ocasião da qualificação do título – formalizador do reconhecimento extrajudicial da usucapião – que lhe for apresentado.

### 3.2. *A formalização do título da usucapião frente à sistemática registral brasileira e a competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis*

O *caput* do art. 216-A estabelece que o pedido de reconhecimento da usucapião extraordinária será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca de situação do imóvel usucapiendo,<sup>22</sup> a requerimento do interessado.

Trata-se de previsão que corrompe, na essência, o sistema registral brasileiro, que é dualista, ou eclético, desde a sua origem, segundo o qual a aquisição dos direitos imobiliários ocorre pelo título e pelo registro do título no registro de imóveis.<sup>23</sup>

22. O correto seria dizer imóvel usucapido, haja vista tratar-se de mero reconhecimento da usucapião, só admissível quando a usucapião já ocorreu, estando o imóvel usucapido. O reconhecimento é mera formalização da usucapião. Usucapiendo, como indicam regras do gerúndio, seria o imóvel em fase de usucapião, quando ainda não preenchidos os requisitos da usucapião, sobretudo o escoamento do tempo da posse *ad usucapionem*; ou seja, o suporte fático gerador da prescrição aquisitiva. Ademais, a utilização do termo “usucapiendo” traz a ideia de ser constitutivo o reconhecimento extrajudicial da usucapião, mormente seu registro, o que é equívoco, posto ser o reconhecimento meramente declaratório do direito constituído, e, o registro, de publicidade desse direito, com efeitos *erga omnes*. Nesse sentido os ensinamentos de NASCIMENTO (1984, p. 168): “A sentença, na ação de usucapião, é meramente declaratória e serve como título para haver o registro imobiliário em nome do autor da ação. O efeito constitutivo se dá independentemente da sentença, bastando estarem reunidos os requisitos exigidos pela lei. A sentença tem, entre outros efeitos, o de, possibilitando a inscrição no Registro de Imóveis, permitir a disponibilidade do bem”. Citado por Éder Maurício Pezzi López, In: *Implicações e aspectos registrares da usucapião de imóvel hipotecado à luz do novo Código Civil*. Capítulo 18. Coletânea: *Novo Direito Imobiliário Registral*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, verão de 2008. Coordenadores: Cláudia Fonseca Tutikian, Luciano Benetti Timm e João Pedro Lamana Paiva.
23. Lei 6.015/1973. “Art. 172. No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, ‘*inter vivos*’ ou ‘*mortis causa*’ quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.”

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Nesse sentido, o magistério de Afrânio de Carvalho:<sup>24</sup>

“A publicidade dos direitos imobiliários pode ser organizada de mais de uma maneira, conforme a eficácia que a legislação lhe pretenda atribuir. Essa eficácia varia em escala de poucos graus, entre os quais, porém, a diferença é muito sensível para as relações jurídicas. De maneira geral, admite-se a configuração de três sistemas de publicidade, que se revezam, com variantes, nos países da comunidade mundial.

O primeiro atribui à publicidade o efeito de aviso a terceiros de atos que se perfazem pelo só acordo de vontades e que, portanto, não dependem dela para ganharem existência. O *título* é decisivo entre as partes nesse sistema, chamado, por isso, de consensual ou *privativista*, mas não passa delas, sendo necessária a publicidade para chegar eficazmente a terceiros. Tendo o seu traço distintivo na oponibilidade a terceiros, o sistema, devido à sua origem, costuma ser denominado francês.

O segundo confere à publicidade o efeito de constituir o direito, que, antes dela, não se perfaz entre as partes, ainda que, em torno dele, haja acordo de vontades. O *modo* de adquirir, absorvendo o título, é decisivo nesse sistema, que, por exigir uma solenidade de investidura ou legitimação da autoridade pública, é chamado de *publicista*. Tendo a sua característica na constitutividade, pois a publicidade é elemento essencial do próprio ato de mutação jurídico-real, o sistema, por causa da sua proveniência, é designado como alemão.

O terceiro, eclético, combinando o *título* com o *modo* de adquirir, de acordo com a doutrina romana, substitui a tradição pela publicidade registral, à qual concede o duplo efeito de constituir o direito real e de anunciá-lo a terceiros. Antes da publicidade, o ato cria obrigações entre as partes, mas, uma vez efetuada, perfaz a mutação jurídico-real, investindo a propriedade ou o direito real na pessoa do adquirente e, ao mesmo tempo, tornando oponível a terceiros. Essa dupla eficácia é a do Direito Brasileiro desde a Lei Imperial de 1864” (Itálicos do original).

A sistemática de aquisição de direitos imobiliários no Brasil, combinando o *título* com o *modo* através da publicidade do título no registro de imóveis, visa a garantir a segurança das mutações jurídico-reais pela dupla qualificação dos negócios jurídicos; uma pelo tabelião, quando exigida forma pública, e outra pelo oficial do registro de imóveis; e, de certo modo, atenuar a relatividade da segurança registral brasileira.

---

24. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977. p. 29-30.

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 79, ano 38, p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Essa dinâmica tem sido respeitada em todo o processo de desjudicialização no Brasil, direta e indiretamente, antes e após a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário; ou seja, sempre marcando a formação do título de forma autônoma ao registro de imóveis, ao qual cabe o exame do título jungido dos princípios que regem o sistema registral, quando envolvendo direito imobiliário.

Eis alguns exemplos.

Dec.-lei 9.760/1946: auto de demarcação e carta de sentença; Dec.-lei 70/1966: carta de arrematação; Lei 6.766/1979: memorial do loteamento; Lei 11.481/2007: auto de demarcação; Lei 11.977/2009: auto de demarcação, memorial do parcelamento e título de legitimação de posse; art. 68 do ADCT: título de reconhecimento da propriedade definitiva em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos; Lei 8.629/1993: título de domínio, de concessão de uso ou de concessão de direito real de uso; Lei 10.257/2001: títulos de: a) concessão de direito real de uso; b) concessão de uso especial para fins de moradia; c) desapropriação com pagamento em títulos; d) usucapião especial de imóvel urbano;<sup>25</sup> Lei 11.441/2007: escritura pública de inventário, particular e adjudicação; escritura pública de separação e divórcio e partilha de bens.

É certo que nem todos os exemplos acima são considerados desjudicialização, na sua acepção original. Porém, fica evidente que o título instrumental do negócio jurídico, em todos os casos, é formalizado antes da submissão deste ao exame qualificador do oficial do registro de imóveis, por exigência do próprio sistema registral brasileiro.

Ou seja. A desjudicialização não implica alteração da dinâmica da formação do *título* como causa do *meio* de aquisição dos direitos imobiliários pela publicidade registral, como exemplifica, de forma paradigmática, a Lei 11.441/2007, pela qual o título judicial foi substituído pela escritura pública, pavimentando, destarte, o caminho a ser percorrido na desjudicialização da usucapião, a saber: a substituição do título judicial pela escritura pública, preservando-se o sistema.

Assim, seria mais consentâneo com o sistema registral brasileiro se todo o procedimento de reconhecimento extrajudicial da usucapião corresse em âmbito do tabelionato de notas, que tem competência para formalizar juridicamente a vontade das partes e intervir nos atos e negócios jurídicos a que as

---

25. Embora não desjudicializada, a respectiva sentença judicial servirá de título para registro no registro de imóveis (art. 10, § 2.º, da Lei 10.257/2001).

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, além da mencionada competência para autenticar fatos.<sup>26</sup>

Destarte, a desjudicialização não deve alterar a dinâmica da usucapião, comum a todas às mutações jurídico-reais, de que somente o título do seu reconhecimento deve ser apresentado ao oficial do registro de imóveis para a qualificação necessária; mas não a formação do título de usucapião.

A competência para formar o título extrajudicial da usucapião é do tabelião de notas, mediante escritura pública declaratória da usucapião, que dará causa ao registro imobiliário.<sup>27</sup>

A própria lei de regência dos registros públicos evidencia a dessintonia das atribuições do art. 216-A, acrescido pelo art. 1.071 do CPC/2015, com aquelas definidas para o registro de imóveis:

“Art. 167. No Registro de Imóveis, além da *matrícula*, serão feitos.

I – o *registro*: (...)

II – a *averbação*: (...)”

“Art. 221. Somente são admitidos registro:

I – escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros;

II – escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, com as firmas reconhecidas, dispensado o reconhecimento quando se tratar de atos praticados por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação;

III – atos autênticos de países estrangeiros, com força de instrumento público, legalizados e traduzidos na forma da lei, e registrados no cartório do Registro de Títulos e Documentos, assim como sentenças proferidas por tribunais estrangeiros após homologação pelo Supremo Tribunal Federal;<sup>28</sup>

26. Lei 8.935, de 18.11.1994, art. 6.º, I a III.

27. Sobre os procedimentos no tabelionato de notas para a formação do título público da usucapião, é indispensável a leitura do trabalho pioneiro de João Pedro Lamana Paiva, intitulado *Novas Perspectivas de atos notariais: usucapião extrajudicial e sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro*, sobretudo o tópico “3 – Proposta para o procedimento extrajudicial no Brasil”, *Revista Ideal Direito Notarial e Registral* n. 1. Coordenador: Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, Quinta Editorial Ltda, São Paulo, 2010. Em relação às propostas apresentadas pelo autor, aquela que ventila a “hipótese na qual todo o procedimento seria desenvolvido sob a responsabilidade do tabelião”, até a formação do título, evidencia-se a melhor.

28. A EC 45/2004, alterou a competência para homologação dos títulos mencionados no inc. III, sendo atualmente competente o Superior Tribunal de Justiça, consoante o art. 105, I, i, da CF/1988.

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

IV – cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo.

V – contratos ou termos administrativos, assinados com a União, Estados, Municípios ou o Distrito Federal, no âmbito de programas de regularização fundiária e de programas habitacionais de interesse social, dispensado o reconhecimento de firma.”

“Art. 227. Todo imóvel *objeto de título* a ser registrado deve estar matriculado no Livro n. 2 – Registro Geral – obedecido o disposto no art. 176.”

“Art. 237. Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da *apresentação de título* anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro.”

“Art. 289. No exercício de suas funções, cumpre aos oficiais de registro fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos *atos que lhes forem apresentados em razão do ofício*” (Grifos acrescentados).

O mesmo se verifica na competência atribuída aos oficiais de registro de imóveis na Lei 8.935/1994:

“Art. 12. Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.”

Registre-se, ainda, que a atribuição de competência aos oficiais de registro de imóveis para formalizar o título de reconhecimento extrajudicial da usucapião é incongruente com o princípio da qualificação, segundo o qual os títulos que lhes são submetidos a registro devem ser examinados em seus aspectos extrínsecos e intrínsecos.

Ora, que espaço haverá para o cumprimento desse múnus se o próprio oficial do registro de imóveis, nessa qualidade, formalizar o negócio jurídico?

Por certo que atribuir ao oficial do registro de imóveis a formação do título de usucapião constitui grave violação da competência funcional dos notários e registradores, nos termos dos arts. 6.º, 7.º, *caput* e parágrafo único, e 12 da Lei 8.935/1994, que regulamentou o art. 236 da CF/1988, e quebra de paradigma no direito brasileiro.

Não é demais repisar os exemplos de desjudicialização mencionados neste artigo para frisar que em nenhum deles a formação do título foi atribuída ao oficial do registro de imóveis. A este coube somente, e sempre, o exame do título, em seus aspectos extrínsecos e intrínsecos, pontuando as exigências cabíveis ao aperfeiçoamento do título e realizando as publicações que tradicionalmente lhe são peculiares.

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

E não engane o raciocínio de que a retificação administrativa do registro e da averbação, nos termos do art. 213, e a inscrição do imóvel rural no Registro Torrens, de acordo com os arts. 277 a 288 da Lei dos Registros Públicos, processadas diretamente perante o cartório do registro de imóveis, constituam exemplos de formação do título pelo oficial do registro de imóveis.

Nesses casos não ocorre mutação jurídico-real, nem pode ocorrer, sendo seus efeitos meramente saneadores de vícios – quanto à especialidade objetiva, no primeiro caso, e, no segundo, quanto à especialidade do direito inscrito, ou, “do fato jurídico inscritível” (Francisco Resende),<sup>29</sup> imprimindo-lhe certeza –, embora usucapião e Registro Torrens tenham o mesmo qualificativo de aquisição originária, significando prova absoluta da propriedade.

Porém, dúvida não há de que a competência funcional para formalizar títulos é do tabelião de notas, a quem compete, inclusive, “realizar todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo dos atos notariais, requerendo o que couber, sem ônus maiores que os emolumentos devidos pelo ato”, na forma do parágrafo único do art. 7.º da Lei de Regência dos Notários e Registradores.<sup>30</sup>

### 3.3. *Exigência da assinatura na planta de todos os titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel, e presunção de discordância no silêncio de qualquer deles*

O requisito em pauta constitui obstáculo gravoso ao reconhecimento extrajudicial da usucapião, por razões básicas.

---

29. No artigo intitulado “Os princípios no Direito Imobiliário Registral no Brasil”, disponibilizado no curso de Especialização Registral Imobiliária da PUC Minas Virtual, Francisco José Resende dos Santos triparte o princípio da especialidade em objetiva, subjetiva e do fato jurídico inscritível.

30. Neste ponto são devidas reverências ao trabalho de vanguarda de João Pedro Lamana Paiva, obra citada, no qual o visionário autor apresenta de forma minudenciada os passos de atuação no tabelionato de notas, dentre os quais a justificação da posse a requerimento do interessado; a colheita das primeiras declarações por termo; a identificação das matrículas ou transcrições correspondentes à área a ser usucapida; a realização de vistorias para aclarar dúvidas; a colheita das declarações dos confrontantes e de testemunhas, todas devidamente qualificadas pelo tabelião, para atestar a posse do requerente. Apenas foi tímido o autor, justificável pela novidade, ao apontar como hipótese de suspensão do procedimento extrajudicial a necessidade de perícia para esclarecer dúvida quanto à localização do imóvel, suas medidas e área real, pois tal incidente poderá ser esclarecido na área administrativa, mediante apresentação de laudo técnico de profissional habilitado, com a devida anotação no órgão de classe, comparecendo também no ato notarial para as declarações pertinentes.

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



Pressupõe que todos os titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo estejam vivos ou presentes e sejam conhecidos. Também pressupõe que o imóvel esteja matriculado e que a posse tenha sido exercida nos exatos termos da matrícula, o que também não condiz com a realidade dos casos de usucapião.

Ledo engano. Muitos titulares de direitos na matrícula desaparecem. Muitos imóveis não estão matriculados.

Não é objeto deste trabalho as causas de desaparecimento dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula, nem tampouco as hipóteses de imóveis não matriculados. Mas, por certo, o desaparecimento dos titulares daqueles direitos na matrícula do imóvel usucapiendo e a falta de matrícula do imóvel usucapiendo inviabilizarão cumprir a exigência da assinatura na planta como requisito para o reconhecimento extrajudicial da usucapião.

Contudo, para não passar de todo *in albis*, em vista da necessidade de revisão do requisito, vale mencionar situação muito comum nos diversos municípios brasileiros, útil para exemplificar as duas hipóteses.

A posse do solo, nascedouro da usucapião, pode ocorrer de forma desordenada, mesmo estando o loteamento devidamente registrado e tendo cada lote matrícula própria, em razão de abandono do loteamento pelo loteador por situar-se o empreendimento em área anteriormente sem nenhuma expressão econômica.

Tempos depois, mudanças administrativas, econômicas ou sociais levam pessoas a ocupar as áreas do loteamento, construindo casas e estabelecendo negócios, valorizando o que antes era sem relevância econômica.

Nesse caso, de regra, a ocupação ocorre sem observância do traçado do loteamento constante no registro de imóveis, e sem atinar para o que seja área pública ou privada (ruas e praças), salvo se ainda estiverem visíveis, ou seja: não tenham sido ocultadas pela vegetação.

A situação é muito peculiar inclusive pelo fato de atingir áreas públicas, alterando a destinação desses bens pelo uso e “apagando” por completo o traçado do loteamento e dos lotes constantes dos acervos registrais. Ou seja: o que antes era área privada (lotes) passa a ser área pública (ruas e praças) e o que era área pública passa a ser área privada, ocorrendo a desafetação e afetação dos bens públicos pelo uso.

Nessa situação, será improvável que qualquer das áreas de posse coincida com o imóvel matriculado. Será impossível que o titular da matrícula assine a planta apresentada pelo requerente. E, sendo comum, no registro de imóveis brasileiro, não abrir matrícula para área pública, será muito provável que o

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

imóvel a ser usucapido não tenha matrícula, exatamente por ocupar área pública do loteamento registrado; porém, desafetada pelo uso.

É o que se pode chamar de situação jurídica consolidada,<sup>31</sup> de alta carga social, não restando opção ao poder público senão a aceitação e regularização do fato.

Aliás, para esses casos é que foi instituída a regularização fundiária de assentamentos urbanos, nos termos da Lei 11.977/2009, por iniciativa do poder público ou de particulares.

Porém, nem todos podem aguardar as providências nos termos da Lei 11.977/2009, e, menos ainda, aguardar a titulação com a inevitável morosidade do Poder Judiciário.

Os interesses e necessidades dos cidadãos diferem. Um necessita formalizar seu direito de propriedade para fins de saque do FGTS, ou obtenção de financiamento para melhorias no imóvel; outro, para fins de lastro bancário visando obtenção de crédito para ampliar seu negócio, para cujas hipóteses somente o reconhecimento extrajudicial da usucapião pode satisfazer.

Assim, resta patente a necessidade de disponibilização de meio mais célere e descomplicado de regularização da propriedade informal, sem abrir mão dos cuidados mínimos necessários para se acercar do fato, do tempo, do espaço e da qualidade do fato que constituem o direito à usucapião.

Nesse norte, a exigência da anuência na planta do imóvel usucapiendo de *todos* os titulares de direitos reais e de outros direitos averbados ou registrados na matrícula conspira contra a usucapião extrajudicial, praticamente impossibilitando-a.

A exigência supra é agravada pela parte final do § 2.º do art. 216-A da Lei 6.015/1973, ao interpretar o silêncio de qualquer daqueles, assim como de outros adiante mencionados, como discordância.

Embora o dispositivo não indique qual o procedimento a seguir diante da discordância presumida, a condição imposta pelo § 6.º, do mesmo artigo, conduz ao entendimento de que não será possível ultimar o registro da usucapião na falta da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos averbados ou registrados na matrícula do imóvel usucapiendo.

---

31. O termo, “situação consolidada”, parece ter surgido com o art. 2.º do Provimento 28/2004, da Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu o Projeto “More Legal 3”. Posteriormente é encontrado em outras legislações como a Resolução 369 do Conama, de 26.03.2006 e na Lei 11.977, de 07.07.2009.

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 79, ano 38, p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Essa previsão praticamente significa dizer que não haverá reconhecimento extrajudicial da usucapião, posto que a discordância, quando expressa, é a regra, como se depreende de julgados, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

*Décima Terceira Câmara Cível. ApCiv 35.540/2004*

“*Ementa do acórdão:* Processual Civil. Ação Reivindicatória cumulada com Perdas e Danos. Posse mansa e pacífica superior a vinte anos e que autoriza o reconhecimento da usucapião como matéria de defesa. Ausência de provas quanto a atos que pudessem justificar a indenização por dano moral. Improvidos os recursos. I – Inexistente a prova de prática de ato capaz de ensejar a indenização por danos morais, há que se prestigiar a sentença de improcedência da pretensão indenizatória; II – Presentes os requisitos da usucapião traduzidos na posse mansa e pacífica do bem por parte da Ré e seus antecessores por mais de 20 (vinte) anos; III – Improvimento dos recursos. Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 35.540/2004 em que são apelantes [(...)] e apelados os mesmos, *Acordam* os Desembargadores que integram a Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.”

*Segunda Câmara Cível. ApCiv 2004.001.22869*

“*Ementa do acórdão:* Civil. Usucapião extraordinária. Posse. Cotejo entre provas documentais e testemunhais revelador de que a requerente tem posse mansa e pacífica da área usucapienda por mais de vinte anos, nada tendo oposto ao pedido os entes públicos da Federação. Alegações incomprovadas de herdeiras do promitente-comprador do imóvel, em questão, de que houve comodato da área. Menoridade das herdeiras que nada obsta ao curso da prescrição aquisitiva, porque quando do falecimento do promitente-comprador, já se tinha escoado o período legal da posse *ad usucapionem*. Recurso desprovido.”

*Oitava Câmara Cível. ApCiv 2004.001.28344*

“*Ementa do acórdão:* Ação Reivindicatória cumulada com perdas e danos e lucros Cessantes. Prescrição aquisitiva. Posse do imóvel há mais de 20 (vinte) anos. Súmula 237 do E. STF Entre as hipóteses da perda da propriedade está o usucapião que pode ser arguido em defesa. Aplicação do art. 472 do CPC [de 1973]. Recurso conhecido e desprovido.”

*Quinta Câmara Cível. ApCiv 6.266/2005*

“*Ementa do acórdão:* Usucapião. Requisitos legais preenchidos. Comprovação o exercício da posse mansa e pacífica com *animus domini*, há mais de quarenta anos, muito além do prazo previsto no art. 550 do CC/1916, vigente à

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

época, conclui-se pela procedência do pedido. Posse que dura mais de quarenta anos, sem oposição ao seu exercício, o que só foi ultimado através de ação reintegratória em 1999, julgada improcedente. Comprovado o preenchimento dos requisitos legais, os titulares da posse já detêm a propriedade adquirida pela usucapião, vez que a sentença, neste caso, é meramente declaratória. *Desprovimento do recurso.*

*Décima Sétima Câmara Cível. ApCiv 17.565/2005*

“*Ementa do acórdão:* Usucapião. Imóvel urbano. Ação iniciada em 1995. Vigência do antigo Código Civil. Comprovação da posse por mais de vinte anos sem interrupção, nem oposição, bem assim *animus domini*. Recurso com alegação de celebração de comodato imprestável à reforma do julgado, ante a ausência de prova. Manutenção do *decisum*. Conhecimento e improvimento do recurso.”

Os acordos trazidos à colação, que espelham regra, evidenciam que a usucapião é sempre uma pretensão resistida, mesmo em posse exercida “há mais de quarenta anos”, não sendo factível esperar ou exigir concordância do usucapido em procedimento de reconhecimento extrajudicial de usucapião.

Ora, qual o interesse do usucapido em concordar? Se houvesse concordância, que necessidade haveria da usucapião? Se a aquiescência do titular do domínio é um requisito, qual o sentido da prescrição aquisitiva?

O mesmo se pode dizer em relação aos demais titulares de direitos reais ou outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel “usucapiendo” (moradia, uso, usufruto, locação, hipoteca,<sup>32</sup> anticrese, caução, garantia fiduciária, penhora) por ser a usucapião saneadora de todos os ônus ou gravames existentes no imóvel em razão da sua natureza de aquisição originária da propriedade.

Evidenciando o caráter saneador da usucapião sobre os direitos inscritos na matrícula, oportunas são as lições de Serpa Lopes (2001, p. 694) e Pontes de Miranda (1958, t. XX, p. 311), ambos citados por Éder Maurício Pezze López,<sup>33</sup> respectivamente:

“Se, porém, a sua inalienabilidade de um ato negocial ou de outro ato jurídico qualquer sob a cobertura do Direito Privado, como no caso de pactos antenupciais, dote, doação, legado, cláusulas testamentárias, o usucapiente é *res inter alios acta*, e porque a sua aquisição é de caráter originário, nenhum empecilho

32. Para um estudo mais aprofundado sobre a usucapião de imóvel hipotecado, recomenda-se como leitura base o trabalho de Éder Maurício Pezzi López, op. cit. tópico 18.4, p. 375 a 384.

33. Op. Cit. p. 376.

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

pode encontrar nessa incomercialidade, porquanto entre o usucapiente e o proprietário contra quem ele adquire não existe a menor relação de sucessoriedade.

A posse não está no mundo jurídico; é acontecimento do mundo fático. O que produz a usucapião é a posse. O possuidor, como tal, não tem de estar a par do que se passa no registro, que é local de atos jurídicos; portanto, espaço do mundo jurídico. Por isso, adquire-se o domínio a despeito do registro e ainda que se conheça o registro.”

Destarte, exigir a concordância do usucapido e de outros titulares de direitos averbados ou registrados na matrícula implica a negação do próprio instituto da usucapião.

Ademais, a exigência da concordância expressa – e a consequência presunção de discordância na sua falta – cria confusão entre usucapião e renúncia da propriedade, institutos que se diferem quanto aos efeitos; enquanto aquela é forma de aquisição da propriedade,<sup>34</sup> esta, de perda da propriedade.<sup>35</sup>

Assinale-se que o § 2.º do art. 216-A da LRP é excessivamente gravoso mesmo em comparação com o instituto da renúncia da propriedade, como se vê dos termos do § 2.º do art. 1.276 do CC/2002, segundo o qual a inércia do titular da propriedade no exercício da posse e satisfação dos ônus fiscais gera presunção da renúncia da propriedade, tornando vago o imóvel; inverso da presunção do § 2.º do art. 216-A da LRP.

Também não se pode olvidar que o silêncio em âmbito judicial constitui gravame em desfavor do requerido silente, e não do requerente, tanto no Código de Processo Civil vigente<sup>36</sup> como no novo Código de Processo Civil.<sup>37</sup>

Dessa forma, considerando que o reconhecimento extrajudicial da usucapião tem igualmente natureza processual, em sentido amplo, embora, em sentido estrito, seja procedimento, caberia aplicação supletiva do CPC, no silêncio do usucapiendo, para se ter como verdadeiras as alegações do usucapiente.

---

34. Art. 1.238 do CC/2002.

35. Art. 1.275, *caput* e inc. II, do CC/2002.

36. Atual Código de Processo Civil. “Art. 372. Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro.”

37. Novo Código de Processo Civil. “Art. 250. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterà: I – os nomes do autor e do citando e seus respectivos domicílios ou residências; II – a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução.”

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Por esta razão, o procedimento somente poderia ser obstado na forma do § 10 do art. 216-A da LRP, ou seja, mediante impugnação expressa do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião pelos legitimados, estando a impugnação devidamente instruída de sorte a gerar dúvida acerca da pretensão do requerente, não se permitindo impugnação genérica.

Sendo a usucapião constituída pela posse mansa, pacífica, ininterrupta e em nome próprio de bem usucapível, por força da prescrição aquisitiva, e sendo o pedido de reconhecimento da usucapião sempre uma pretensão resistida, a impugnação deverá demonstrar que a posse do requerente não atende quaisquer daqueles requisitos ou deixa dúvida quanto a eles.

Caso contrário, o pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião terá curso até sua conclusão, sem prejuízo do direito do impugnante de pleitear em juízo quaisquer ressarcimentos ou compensações em face do requerente.

Por fim, o § 10 do art. 216-A da LRP estabelece que, havendo impugnação, o oficial fará a remessa dos “autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum”.

Contudo, no modelo defendido neste trabalho, a impugnação seria feita perante o tabelião de notas, hipótese que, evidenciando-se dúvida quanto ao direito do requerente, o tabelião encerrará o procedimento, arquivando-se os documentos produzidos, ou, sendo o caso, devolvendo-os aos respectivos interessados mediante recibo, sem prejuízo de novo pleito no juízo competente.

#### *3.4. Exigência da assinatura na planta de todos os titulares de direitos reais e de outros direitos registros ou averbados nas matrículas dos imóveis confinantes, e presunção de discordância no silêncio de qualquer deles*

A primeira parte do § 2.º do art. 216-A da LRP fere de morte a possibilidade de reconhecimento extrajudicial de usucapião ao exigir a assinatura na planta de todos os titulares de direitos reais e de outros direitos na matrícula dos *imóveis confinantes*, e, ainda, estender a presunção de discordância na falta de assinatura.

Ora, mesmo no processo judicial dispensa-se apresentação de certidões do registro de imóveis em nome dos confinantes, como mostra decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 952.125/MG (2007/0109481-0), j. 07.06.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 14.06.2011:

“*Ementa*

*Processo civil – Prescrição aquisitiva – Configuração – Requisitos do art. 942 do CPC [de 1973] preenchidos – Juntada da certidão do cartório de imóveis de*

---

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 79, ano 38, p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

*cada um dos confrontantes desnecessária – Recurso especial provido. 1. A usucapião, forma de aquisição originária da propriedade, caracterizada, entre outros requisitos, pelo exercício incontestado e ininterrupto da posse, prevalece sobre o registro imobiliário, não obstante os atributos de obrigatoriedade e perpetuidade deste, em razão da inércia prolongada do proprietário em exercer os poderes decorrentes do domínio. 2. A determinação do art. 942 do CPC [de 1973], diz respeito à citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes, não se exigindo a juntada de certidão do Cartório de Registros de Imóveis relativamente a cada um dos confrontantes, até porque as confrontações, como parte da descrição do bem, incluem-se no registro do imóvel usucapiendo. 3. Provido o recurso especial, com o afastamento do requisito da juntada de certidões imobiliárias atinentes aos confrontantes, não há como passar ao julgamento do mérito, pois a apelação devolveu ao conhecimento do Tribunal de origem matéria fática, envolvendo, inclusive, ação reivindicatória conexa e apensada, relativa à origem e qualidade da posse alegada pela prescribente, matéria essa que não foi apreciada pelo Acórdão recorrido, de modo que não pode, agora, ser enfrentada neste julgamento, visto que isso somente seria possível em se tratando de matéria exclusivamente de direito (CPC [de 1973], art. 515, § 3.º). 4. Recurso Especial provido, com anulação do Acórdão e determinação de novo julgamento” (Itálicos acrescentados).*

Se tais certidões são dispensadas no processo judicial é porque a qualidade do direito dos confinantes sobre os imóveis que ocupam ou titulam é irrelevante para a caracterização da usucapião sobre o imóvel lindeiro, não podendo ser diferente no reconhecimento extrajudicial da usucapião, sob pena de tornar o procedimento administrativo mais oneroso que o processo judicial.

De outro ângulo, esse requisito serviria também para apequenar o alcance do direito de propriedade, da função social da propriedade e o direito adquirido, na forma dos incs. XXII, XXIII e XXXVI, do art. 5.º da CF/1988, na medida em que dificulta a formalização da propriedade adquirida pela usucapião, sem a qual se apresenta apenas como posse; impede o pleno exercício da função social da propriedade, que se caracteriza não só pelo uso e gozo, mas também pelo usufruto do seu pleno potencial jurídico e econômico, inclusive pela sua inserção no mercado de crédito; e, por fim, dificulta o exercício do direito adquirido, a saber: a propriedade.

Assim, bastaria a assinatura de qualquer dos confinantes na planta do imóvel, os quais seriam devidamente identificados pelo tabelião de notas, capaz de colher também as declarações daqueles, sob as penas da lei, de serem legítimos confinantes do imóvel usucapiendo, simplificando sobremaneira o reconhecimento extrajudicial da usucapião; afastando o rigorismo exacerbado do § 2.º

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

do art. 216-A da Lei 6.015/1973, e preservando, também em âmbito administrativo, a garantia da celeridade processual.<sup>38</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

Para que a usucapião extrajudicial introduzida pelo novo Código de Processo Civil alcance os fins pretendidos seria de bom alvitre, nesse período de vacância, fossem ultimadas as alterações pertinentes ao instituto em questão, levando em conta os princípios constitucionais do direito de propriedade e da função social da propriedade, assim como a característica comum da usucapião como pretensão resistida, não podendo tais fatores serem desprezados pelo legislador na regulação desse instituto de elevada relevância social, com repercussões, inclusive, na dignidade da pessoa humana e no incremento do crédito.

Para tanto, afiguram-se necessárias alterações no texto legislativo para:

a) reconhecer ao tabelião de notas a competência para formalizar o reconhecimento extrajudicial da usucapião por meio de escritura pública, valendo-se, para tanto, dos meios permitidos em lei, inclusive os de realizar todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo do ato notarial, lançando mão, ainda, sempre que necessário, da ata notarial, em sintonia com a lei de regência dos notários e registradores e com o sistema registral brasileiro;

b) considerar suficiente a assinatura na planta do requerente, de profissional habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no órgão competente, e dos confinantes, com firma reconhecida, desde que comprovada a notificação do titular do domínio pelos meios permitidos em lei, inclusive edital, e a ciência do poder público na forma já prevista no § 3.º do artigo em comento, presumindo-se o silêncio do titular do domínio como aceitação do requerimento da usucapião;

c) estabelecer que, em caso de impugnação genérica pelo titular do domínio, o pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião terá curso regular até sua conclusão, cabendo ao impugnante pleitear em juízo eventuais ressarcimentos ou compensações em face do requerente;

d) estabelecer que, havendo impugnação, e estando esta instruída de sorte a lançar dúvida acerca do direito pleiteado pelo requerente, o procedimento será interrompido, com a devida justificativa do tabelião, devolvendo-se às partes os documentos originais que lhe forem pertinentes, arquivando-se as cópias que considerar úteis;

38. Art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988.

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 79, ano 38, p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



e) considerar suficiente a assinatura na planta do confinante que declarar essa condição perante o tabelião de notas, sob as penas da lei, independentemente das confrontações existentes na matrícula.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CHICUTA, Kioitsi. *Ata notarial e sua utilização como prova judiciária de fatos no direito brasileiro*. Coletânea *Ata Notarial*. BRANDELLI, Leonardo (coord.). Porto Alegre: Safe, 2004.
- COSTA, Valestan Milhomem da. *Ata notarial. Utilização x utilidade*. *Boletim Eletrônico IRIB*, 2479. ano VI. São Paulo, 12.06.2006.
- LÓPEZ, Éder Maurício Pezzi. *Implicações e aspectos registrais da usucapião de imóvel hipotecado à luz do novo Código Civil*. Capítulo 18. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca, TIMM, Luciano Benetti e PAIVA, João Pedro Lamana (coords.). *Coletânea: Novo Direito Imobiliário Registral*. Coordenadores: São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, verão de 2008.
- PAIVA, João Pedro Lamana. *Novas Perspectivas de atos notariais: usucapião extrajudicial e sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista Ideal Direito Notarial e Registral* n. 1. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de (coord.). São Paulo: Quinta Editorial, 2010.
- SANTOS, Francisco José Resende. *Os princípios no Direito Imobiliário Registral no Brasil: legalidade, inscrição, presunção, fé pública, especialidade, continuidade, publicidade, instância, prioridade*. Texto disponibilizado no curso de Especialização Registral Imobiliária da PUC Minas Virtual, agosto de 2006.
- Portaria 207/2009, Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *DOERJ* de 26.11.2009, p. 59.
- Provimento 28/2004, Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Projeto “More Legal 3”.

### PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- *A sentença de usucapião e o registro de imóveis*, de Benedito Silvério Ribeiro – *RDI* 33/93-104 (DTR\1994\38); e
- *Das modalidades de usucapião a valorização da posse – trabalho como meio de aquisição da propriedade imobiliária*, de Cássio Augusto Barros Brant – *RDI* 45/219-238 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 3/1163-1182 (DTR\2011\1118).

COSTA, Valestan Milhomem da. Os requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



# REGULAÇÃO DA FUNÇÃO NOTARIAL E REGISTRAL E OS LIMITES NORMATIVOS DO PODER JUDICIÁRIO

---

## *REGULATION OF THE NOTARIAL FUNCTION AND REGISTRAL AND THE NORMATIVE LIMITS OF THE JUDICIAL POWER*

**RAFAEL MAFFINI**

Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Professor de Direito Administrativo.  
Advogado em Porto Alegre.  
rafael@rmm.com.br

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral

**RESUMO:** A partir da compreensão das peculiaridades da atividade notarial e registral, bem como da sua regulação, busca-se delimitar no presente ensaio as competências normativas atribuídas ao Poder Judiciário, o qual atua como regulador de tal espécie de função pública *lato sensu*, a partir da adequada compreensão do princípio da legalidade administrativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Função notarial e registral – Regulação – Limites normativos – Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** This essay aims to determine the normative power given to the Judiciary through the understanding of singularities of the notary's and registrar's role and its regulation. The Judiciary acts as a *lato sensu* regulator of the public function regarding the proper understanding of the principle of administrative legality.

**KEYWORDS:** Notary's and registrar's role – Regulation – Normative limits – Judiciary.

**SUMÁRIO:** I. Natureza jurídica da função notarial e registral – II. Regulação da atividade notarial e registral – III. Princípio da legalidade administrativa e os limites da atividade normativa do Poder Judiciário – IV. Em torno dos atos administrativos normativos *intra legem* – V. Considerações conclusivas – Referências bibliográficas.

## I. NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO NOTARIAL E REGISTRAL

Não é singela a tarefa de se delimitar adequadamente a natureza jurídica que peculiariza a função notarial e registral. Pode-se afirmar que o exercício de tais atividades possui certas características de hibridismo.

Com efeito, os notários e os registradores não são servidores públicos em sentido estrito,<sup>1</sup> embora tenham sua relação funcional qualificada por características que são identificáveis com aquela própria dos servidores públicos, como é o caso do ingresso na respectiva carreira por meio de concurso público, bem assim pelo fato de estarem sujeitos a um poder disciplinar decorrentes de normas de comportamento pessoal-funcional.

De outro lado, pode-se afirmar que os notários ou registradores não são concessionários ou permissionários de serviços públicos, embora tenham em sua relação jurídico-funcional características que são também encontradas no regime de delegação a que se refere o art. 175 da CF/1988, regulamentado que

1. Neste sentido, vide, merece destaque o precedente contido na ADIn 2.602, pelo qual se afastou dos notários e registradores a aposentadoria compulsória própria ao regime próprio dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, em decisão assim emendada: “*Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento 055/2001 do corregedor-geral de justiça do estado de Minas Gerais. Notários e registradores. Regime jurídico dos servidores públicos. Inaplicabilidade. EC 20/1998. Exercício de atividade em caráter privado por delegação do poder público. Inaplicabilidade da aposentadoria compulsória aos setenta anos. Inconstitucionalidade.* 1. O art. 40, § 1.º, II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/1998, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios – incluídas as autarquias e fundações. 2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público – serviço público não privativo. 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado art. 40 da CF/1988 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (STF, ADIn 2.602, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, DJ 31.03.2006). Não se desconhece que o próprio STF já os havia considerado “servidores públicos em sentido amplo”. Aliás justamente por tal razão é que o STF alterou seu posicionamento quanto à aplicação da aposentadoria por implemento de idade aos notários e registradores, em face da alteração perpetrada no sistema constitucional pátrio quando da promulgação da EC 20/1998. Com efeito, até a EC 20/1998, o art. 40 da CF/1988, destinado ao regime de previdência próprio dos servidores, fazia-se aplicável a todos os servidores, inclusive os notários e registradores, consoante entendia o STF (v.g. RE 178.236, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 11.04.1997). Após tal alteração constitucional, ocorrida em dezembro de 1998, o referido preceito constitucional passou a ter sua aplicação restrita aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos. Assim, em suma, entendeu que os notários e registradores estavam sujeitos ao art. 40 da CF/1988, inclusive quanto à inativação obrigatória aos 70 anos, quando tal preceito fazia menção a “servidores”, deixando de ser aplicável na medida que passou a reger o regime de previdência dos “servidores titulares de cargos efetivos”, o que definitivamente os notários e registradores não são.

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 179-202. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

é, dentre outros tantos Diplomas Legais, pela Lei 8.987/1995, como é fato de que o regime de sua delegação faz com que exerçam sua atividade por conta e risco, com a possibilidade de auxílio de prepostos sobre os quais possuem responsabilidade laboral, demais de serem civilmente responsabilizáveis perante terceiros por conta do desempenho de suas atividades e serem sujeitos à tributação sobre serviço.<sup>2</sup>

Eis sua condição híbrida, na medida em que não são nem servidores, nem concessionários, embora possuam os notários e registradores características que ora os aproximam dos servidores públicos ora dos concessionários. Estreme de dúvidas, ao menos neste sentido, se polarizarmos, de um lado, os servidores públicos em sentido estrito e, de outro, os concessionários de serviços públicos, a função notarial e registral caracterizará *tertium genus*.

Com efeito, tamanha é a especificidade da carreira notarial e registral que mereceu, por parte do constituinte, tratamento próprio no art. 236 da Carta Política<sup>3</sup> em preceito insculpido no último título da Constituição (Título IX), denominado “Das disposições constitucionais gerais”.

Chama a atenção tal posição topográfica do trato constitucional destinado aos serviços notariais e registrais, inclusive quanto à condição híbrida acima referida, porquanto postados com significativa distância das normas constitucionais voltadas à Administração Pública,<sup>4</sup> onde sobejas são as normas sobre

2. Neste sentido, lembre-se que após a proliferação de inúmeras decisões que afastavam a incidência de ISS aos serviços notariais e registrais, malgrado o disposto na LC 116/2003, dentre outros argumentos por se tratar de um serviço público, o STF decidiu pela constitucionalidade da referida exação. Dentre os argumentos que levaram o Pretório Excelso a decidir pela viabilidade jurídico-constitucional da incidência de ISS à atividade notarial, destaque o argumento de aproximação entre a atividade notarial e os serviços públicos concedidos, no sentido de que “não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não tributação das atividades delegadas” (STF, ADIn 3.089, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe 31.08.2008).
3. “Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1.º 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. § 2.º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3.º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”
4. A Constituição de 1988 inovou em comparação com todas as Constituições antecedentes, por destacar um Capítulo somente para a Administração Pública (Capítulo VII do Título III), compreendendo os arts. 37 a 43.

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 179-202. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

servidores públicos, bem como das normas referentes aos serviços públicos, especialmente do art. 175.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal conferiu balizas relativamente seguras para a adequada compreensão da natureza jurídico-constitucional da delegação notarial e registral,<sup>5</sup> apontando uma série de características que a define.

Da ementa da ADIn 2.415 se extrai a seguinte definição que inicia por esclarecer que se trata “de atividades jurídicas que são próprias do Estado, porém exercidas por particulares mediante delegação”.

Igualmente, esclarece que tais atividades são “exercidas ou traspassadas, mas não por conduto da concessão ou da permissão, normadas pelo *caput* do art. 175 da CF/1988 como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos”.

Também aponta o STF que a delegação notarial e registral “que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais”. Além disso, “a sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público”.

A seleção de tal pessoa natural delegatária se dá por “habilitação em concurso público de provas e títulos, e não por adjudicação em processo licitatório, regrado, este, pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público”.

Indica, ainda, o Pretório Excelso que “as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal”.

Por fim, o STF aponta que as funções notariais e registrais consistem em “atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações *inter partes*, com esta conhecida diferença:

---

5. Além da já referida ADIn 3.089, destaca-se, no sentido acima mencionado a ADIn 3.151 (STF, ADIn 3.151, rel. Min. Carlos Britto, DJ 28.06.2006) e a ADIn 2.415 (STF, ADIn 2.415, rel. Min. Carlos Britto, DJe 09.02.2012).

o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extraforenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito”.

Este conjunto de características já analisadas em outro ensaio<sup>6</sup> induz à conclusão de que embora a atividade notarial e registral não possa ser propriamente considerada espécie de serviço público em sentido restrito, ao menos qualifica, estreme de dúvidas, categoria de função pública *lato sensu*,<sup>7</sup> merecendo destaque para os propósitos do presente ensaio o fato de que a atividade notarial e registral se dá sob os auspícios fiscalizatórios do Poder Judiciário.

Diante disso, impõe-se a contextualização de tal atividade própria do Poder Judiciário, a partir da noção jurídica de regulação.

## II. REGULAÇÃO DA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

Na atualidade, mostra-se descabido compreender o Direito Administrativo de modo desatrelado ao conceito de regulação. Vivencia-se, incontrovertidamente, um Estado Regulador,<sup>8</sup> que para algumas vozes abalizadas seria um corolário da Constituição de 1988, marcada por ser “extremamente detalhada e ‘invasora’ no que se refere aos direitos fundamentais, mais ainda com forte viés intervencionista”<sup>9</sup>.

Numa acepção estrita, a regulação consiste na edição de normas incidentes sobre determinadas atividades. Já numa acepção ampla, além da atividade normativa, regulação compreende também a necessidade de que o Estado garanta a aplicação e a execução de tais normas, bem como a fiscalização sua observância, além da possibilidade de aplicação de sanções aplicáveis no caso de eventual descumprimento das mesmas.<sup>10</sup>

---

6. A análise de tais balizas teóricas é encontrada de modo mais aprofundado, no tocante ao que se prefere denominar de agentes delegados, em MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 273-275.

7. Vide, por todos, RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da Função pública notarial e de registro*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 41-56, esp. p. 49.

8. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 31.

9. GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras – Da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 89-90.

10. RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 136.

---

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 179-202. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Com efeito, como leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a atividade de subsistemas de harmonização entre a flexibilidade negocial privada com o rigor da coercitividade estatal, denominada de função reguladora, enseja uma função multifacetada “de atribuições de variada natureza: informativas, planejadoras, fiscalizadora e negociadas, mas, também, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras”.<sup>11</sup> Porém, o referido autor reconhece que “está na atribuição de uma competência normativa reguladora a chave para operar em setores e matérias em que devem predominar as escolhas técnicas”.<sup>12</sup>

Ainda que não seja tarefa singela a conceituação precisa de regulação e ainda que esta seja mais comumente relacionada com a intervenção estatal sobre os agentes econômicos, afigura-se adequada a ideia de que a função notarial e registral se sujeita à forte carga de regulação estatal.

Aliás, não é coincidência que alguns renomados doutrinadores entendem que a adoção do termo “regulação” enseja como efeito positivo justamente a superação da dualidade radical entre “serviços públicos” e “atividades econômicas”,<sup>13</sup> o que parece ser também uma nota marcante da natureza jurídica híbrida (*tertium genus*) de tal espécie de função pública *lato sensu*, consoante demonstrado acima.

A necessidade de regulação sobre a atividade em lume decorre, pois, do texto contido no art. 236, *caput*, da CF/1988, pelo qual “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”<sup>14</sup>. Ora, fora de dúvida que o exercício em caráter privado de tal atividade diz com a gestão da serventia que ocorrerá por conta e risco do notário e/ou registrador. Igualmente fora de dúvida que a referida “delegação” do Poder Público, impõe, *per se*, a conclusão de que se trata de função estatal, cuja titularidade não é propriamente do notário ou do registrador, mas do Estado, de sorte que a este incumbira ditar os parâmetros da atuação daqueles que desempenharem os referidos serviços. Com efeito, não haveria delegação daquilo que não

---

11. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107.

12. *Idem*, p. 117.

13. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil – uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 111.

14. Lembre-se, quanto ao ponto, da regra contida no art. 32 do ADCT, pelo qual “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”.



fosse atividade titularizada pelo delegante. Neste aspecto, ao menos, tem-se proximidade conceitual entre o regime aplicável aos notários e registradores e aquele encontrado na concessão e permissão de serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF/1988.<sup>15</sup>

Como já referido, a atividade notarial e registral vê-se posicionada no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro sob regulação que emerge do Poder Judiciário.<sup>16</sup> Tal circunstância, de início, encontra supedâneo já no texto da Constituição, sobretudo em razão do disposto no art. 236, § 1.º, da Carta Política, pelo qual haveria o Congresso Nacional, em sua função legiferante de cunho nacional,<sup>17</sup> de disciplinar a responsabilidade dos notários e dos oficiais de registro e seus prepostos, definindo “a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário”.

Depreende-se, pois, que a regulação da atividade notarial e de registro pelo Poder Judiciário possui inquestionável matriz constitucional.<sup>18</sup>

- 
15. Isso, sem prejuízo das várias diferenças destacadas entre a delegação notarial e registral e aquela existente na concessão ou permissão de serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF/1988, o que já foi analisado no item I deste ensaio.
  16. Sobre o tema, interessante abordagem é encontrada em RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 135-179.
  17. Sobre a diferença entre lei nacional e lei federal, vide MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscilia. *Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo – Lei 9.784/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 12.
  18. Neste sentido, mostra paradigmático o seguinte aresto do Pretório Excelso: “Recurso extraordinário. Mandado de segurança. Provimento 8/1995, de 24 de março de 1995, do Desembargador Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2. Alegação de que o ato impugnado contraria a Lei 8.935, ao declarar que este diploma atribuía ‘a fiscalização dos serviços notariais’ ao Poder Judiciário, quando a competência a ele reservada restringe-se exclusivamente aos atos não ao serviço, enquanto estrutura administrativa e organizacional. 3. Sustentação da necessidade da distinção entre fiscalização dos atos notariais, que constitui atribuição natural do poder concedente, exercida por intermédio do Poder Judiciário, e a fiscalização administrativa, interna. 4. Transformação constitucional do sistema, no que concerne à execução dos serviços públicos notariais e de registro, não alcançou a extensão inicialmente pretendida, mantendo-se, em consequência, o Poder Judiciário no controle do sistema. A execução, modo privado, de serviço público não lhe retira essa conotação específica. 5. Não há de se ter como ofendido o art. 236 da Lei Maior, que se compõe também de parágrafos a integrarem o conjunto das normas notariais e de registro, estando consignada no § 1.º, *in fine*, do art. 236, a fiscalização pelo Poder Judiciário dos atos dos notários e titulares de registro. 6. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, RE 255.124, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 08.11.2002).

---

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 179-202. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Ao regulamentar o disposto no art. 236, § 1.º, da CF/1988, a Lei 8.935/1994 deixa tal sujeição das atividades notariais e de registro à regulação do Poder Judiciário ainda mais evidente, seja nas normas propriamente relacionadas com a fiscalização,<sup>19</sup> seja pelo poder disciplinar que será exercido igualmente pelo juízo competente, sobretudo para os fins de condução do processo administrativo voltado à aplicação das sanções administrativas referidas em tal Diploma Legal.<sup>20</sup>

Não se pode desconsiderar, ainda o disposto no art. 96, I, *b*, da CF/1988 segundo o qual compete privativamente aos Tribunais “organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva”. Tal norma constitucional, fora de dúvida, legitima a função regulatória exercida pelo Poder Judiciário em relação às funções notariais e de registro.

- 
19. “Art. 37. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6.º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, 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. Parágrafo único. Quando, em autos ou papéis de que conhecer, o Juiz verificar a existência de crime de ação pública, remeterá ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.” “Art. 38. O juízo competente zelará para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente a elaboração de planos de adequada e melhor prestação desses serviços, observados, também, critérios populacionais e socioeconômicos, publicados regularmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.”
20. “Art. 34. As penas serão impostas pelo juízo competente, independentemente da ordem de graduação, conforme a gravidade do fato.”  
“Art. 35. A perda da delegação dependerá: I – de sentença judicial transitada em julgado; ou II – de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa. § 1.º Quando o caso configurar a perda da delegação, o juízo competente suspenderá o notário ou oficial de registro, até a decisão final, e designará interventor, observando-se o disposto no art. 36.”  
“Art. 36. Quando, para a apuração de faltas imputadas a notários ou a oficiais de registro, for necessário o afastamento do titular do serviço, poderá ele ser suspenso, preventivamente, pelo prazo de noventa dias, prorrogável por mais trinta. § 1.º Na hipótese do caput, o juízo competente designará interventor para responder pela serventia, quando o substituto também for acusado das faltas ou quando a medida se revelar conveniente para os serviços. § 2.º Durante o período de afastamento, o titular perceberá metade da renda líquida da serventia; outra metade será depositada em conta bancária especial, com correção monetária. § 3.º Absolvido o titular, receberá ele o montante dessa conta; condenado, caberá esse montante ao interventor.”

---

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 179-202. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Ainda no plano constitucional, a regulação da atividade notarial e de registro pelo Poder Judiciário se dá em razão das competências cometidas ao CNJ, criado pela EC 45/2004. A Carta Política brasileira, ao dispor, no art. 103-B, § 4.º, que “compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário”, especifica ainda tal mister institucional, indicando, dentre outras competências, aquela de “receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa”.

Ora, não haveria sentido em atribuir a competência para receber e conhecer reclamações sobre serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que oficiam por delegação do Poder Pública, cometida ao Conselho incumbido justamente do controle da atuação administrativa do Poder Judiciário, se já não fosse de sua índole institucional a função de regulação por ele exercida sobre tais atividades.

Aliás, tal regra contida no art. 103-B, § 4.º, da CF/1988 coloca em evidência um aspecto que não pode ser olvidado e que se mostra central ao tema aqui proposto. Trata-se do fato de que a atividade regulatória exercida pelo Poder Judiciário sobre as atividades notariais e de registro, decorre de uma manifestação atípica de administração pública.<sup>21</sup>

- 
21. Neste sentido, já se afirmou que: “É importante recordar que, tal como a legislação é a função típica ou precípua do Poder Legislativo, e como a jurisdição é a função típica do Poder Judiciário, tem-se que a função estatal de administração pública é encontrada típica ou precipuamente no Poder Executivo. Eis seu *habitat* natural. No entanto, uma advertência faz-se também necessária: desde Montesquieu, mostra-se equivocado falar numa separação absoluta de Poderes (ou funções) estatais. Ao contrário, os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo são, por força de preceito constitucional (art. 2.º da CF), independentes e harmônicos entre si. Depreende-se de tal primado constitucional que os Poderes do Estado interagem constantemente, de modo que é possível que um dos Poderes desempenhe, atipicamente, uma função que, tipicamente, é incumbida a outro. Disso resulta, por exemplo, que a função estatal de administração pública é encontrada tipicamente no Poder Executivo, mas também, porém de modo atípico, nos Poderes Legislativo e Judiciário. Quando o Poder Legislativo edita uma determinada lei (art. 59 da CF), está desempenhando a sua função típica, qual seja, a legislação. Todavia, quando o Poder Legislativo nomeia um servidor público, tal função estatal não é de legislação, mas de Administração Pública. Nesse sentido,

---

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 179-202. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Ou seja, quando o Poder Judiciário desempenha sua atividade regulatória sobre as funções públicas notariais e registras, apresenta-se em sua face de Administração Pública, de modo que não estará, por óbvio, desempenhando a atividade que lhe é típica, qual seja, a jurisdição.

Assim, todas as condutas exaradas pelo Poder Judiciário quando do desempenho da regulação, inclusive aquelas perpetradas por meio da emissão de normas administrativas, que endereça aos notários e oficiais de registro mostram-se materializadas por meio de atos jurídicos qualificáveis materialmente como atos administrativos, e, por conseguinte, encontram-se limitadas pelas normas jurídicas incidentes sobre a função estatal de administração pública.<sup>22</sup>

### III. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E OS LIMITES DA ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Também neste aspecto pode-se afirmar que a atividade notarial e registral possui característica *sui generis*, uma vez que consiste em atividade regulada por meio de uma atividade atipicamente administrativa desempenhada pelo Poder Judiciário. Caso se cogite da atividade regulatória consistente na produção de normas regulatórias, a situação fica ainda mais peculiar, pois estaremos diante de uma regulação desempenhada pelo Poder Judiciário, no desempenhado de atividade administrativa, da qual redundam a edição de normas gerais e abstratas.

Justamente sobre os limites de tal atividade regulatória do Poder Judiciário incidente sobre as funções notariais e de registro, de natureza normativa, é que se pretende voltar as atenções neste ensaio, sobretudo a partir dos limites emergentes do princípio da legalidade administrativa.

Adianta-se que se trata de tema dos mais tormentosos do Direito Público brasileiro,<sup>23</sup> qual seja a adequada compreensão e a necessária delimitação da

---

já se disse (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 3-16) que, no Poder Executivo, a função de administração pública é, ao mesmo tempo, um fim e um meio. Já nos Poderes Legislativo e Judiciário, a administração pública não é o fim, mas é meio (ou instrumento) para o desenvolvimento de suas respectivas funções típicas” (MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 23-24).

22. No plano federal, tal situação fica mais evidente em razão do disposto no art. 1.º, § 1.º, da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999), pelo qual “os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa”.

23. Tudo quanto diga respeito ao poder normativo da Administração Pública suscita controvérsias dignas de atenção, seja pela quantidade seja pela complexidade. Daí porque

função normativa da Administração Pública, no caso ainda dotado de maior especificidade, porquanto oriundo do desempenhado de função administrativa atipicamente perpetrada pelo Poder Judiciário. Com já se pode antes referir,<sup>24</sup> tal atividade administrativa normativa consiste em assunto refratário a entendimentos pacíficos, ou mesmo, tranquilos.

A complexidade do tema parece decorrer de um aparente paradoxo que acompanha o Direito Público em todas as suas facetas, mas que tem no Direito Administrativo o seu *habitat* natural. Tal aparente paradoxo coloca, de um lado, o princípio constitucional da legalidade administrativa, insculpido no art. 37, *caput*, da CF/1988 e em todo um conjunto de outras regras constitucionais a seguir destacadas, em face do qual se impõe a conclusão de que a lei em sentido formal corresponde, em princípio, no único instrumento constitucionalmente admitido de inovação ou de fonte primária na ordem jurídica.

De outro, uma marca própria do momento que vivenciamos, no qual, dada a complexidade e dinamicidade da vida em sociedade, não se permitiria cogitar que tudo quanto fosse levado à regulação estatal estivesse necessariamente normatizado, com o detalhamento que se faz necessário, de forma direta e imediata por meio de lei.

Inserir-se no seio de tal paradoxo, por certo, a regulação, pelo Poder Judiciário, da atividade notarial e registral.

Ainda que não existam equações simples a solucionarem tal situação paradoxal, parece ser plenamente possível afirmar-se que não seria cogitável retirar da lei em sentido formal o protagonismo da primariedade da ordem jurídica. Contudo, seria igualmente inadmissível exigir-se da lei em sentido formal um potencial de completude que esgotasse por completo a regulação dos temas levados à ingerência estatal. Dito de outra forma: afirmar-se que a lei em sentido formal nada possa tratar mostra-se tamanhamente absurdo como seria a

---

merece incontáveis encômios todos quantos buscam aprofundar tal questão, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, que faz do Capítulo VI de seu *Curso de Direito Administrativo*, intitulado *O Regulamento no Direito Brasileiro*, um verdadeiro monumento ao trato responsável da matéria (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 343-374).

24. Sobre as perplexidades geradas pela atividade normativa da administração pública, vide MAFFINI, Rafael. ADIn 4.568 – Os atos normativos *intra legem* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (coords.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ – Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 479-485.

---

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 179-202. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

exigência de a lei em sentido formal tudo tivesse de versar detalhadamente. Impõe-se, pois, uma solução intermediária.

De qualquer sorte, deve-se buscar a compreensão de tal equação diretamente da Constituição Federal, a partir de balizas que tragam consigo a adequada noção do princípio da legalidade enquanto instrumento de limitação da atividade normativa da administração pública, ainda que, no caso, exercida atipicamente pelo Poder Judiciário.

Com efeito, a legalidade da administração pública nada mais seria, conforme ensina Diogo Freitas do Amaral,<sup>25</sup> do que o princípio da competência, pela qual somente seria permitido fazer o que previsto como admitido em regras de atribuição. Tal princípio da competência é traduzido na expressão latina “*quae non sunt permissa prohibita intelliguntur*”,<sup>26</sup> ao contrário do princípio da liberdade, típico do Direito Privado, onde “*permissum videtur in omne quod non prohibitum*”.<sup>27</sup>

Assim, é possível vislumbrar ao princípio da legalidade administrativa um duplo papel. De um lado, a legalidade faz-se limite a atividade administrativa, tal como ocorre com as relações jurídicas privadas. De outro, e esta é a peculiaridade do Direito Público, sobretudo do Direito Administrativo, a legalidade administrativa impõe ser a lei a própria fonte de atuação da Administração Pública, isto é, corresponde ao seu próprio fundamento.<sup>28</sup>

Ocorre que, embora existam fórmulas gerais que se aproximam do significado do princípio da legalidade (v. g. atuação *secundum legem*, princípio regulador dos poderes estatais, fonte e limite da atuação da atividade administrativa, infralegalidade típica da função administrativa), servindo como de ponto de partida para sua compreensão, não se pode afirmar que sejam tais fórmulas sumarizadas suficientes para lhe alcançar a essência, sobretudo no que tange ao seu papel de contenção à atividade administrativa normativa.

---

25. AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. reimp. Coimbra: Almedina, 2002. p. 43, vol. II.

26. “O que não for permitido considera-se que é proibido”.

27. “Considera-se permitido tudo o que não estiver proibido”.

28. “(...) na concepção mais recente, a lei não é apenas um limite à actuação da Administração: é também o fundamento da acção administrativa. Quer isto dizer que, hoje em dia, não há um poder livre de a Administração fazer o que bem entender, salvo quando a lei lho proibir; pelo contrário, vigora a regra de que a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe permitir que faça” (Diogo Freitas do Amaral, op. cit., p. 43). Vide, ainda no sentido de que a lei é o próprio fundamento de atuação da Administração Pública, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 62.

Desta forma, surge a necessidade de se buscar atribuir uma fórmula conceitual que se aproxime de um teor racional próximo do que seja a legalidade administrativa em um Estado Democrático de Direito,<sup>29</sup> até mesmo para que se possa dimensionar o modo através do qual a regulação da atividade estatal é desempenhada, bem assim, o controle que dela resulta. Imprescindível se faz, pois, que se reconheça a polivalência do princípio da legalidade, na medida em que se mostra viável atribuir-lhe, basicamente, dois significados, em dicotomização que remonta ao final do século XIX, por meio de construção atribuída a Otto Mayer. Num primeiro significado, denominado pelo autor de *preferência (ou primazia) da lei (Vorrang des Gesetzes)*, a lei (*rectius*: a lei e o Direito) teria a qualidade da irrefragabilidade, ou seja, “*cuando la voluntad del Estado tiene ese origen [a lei], no puede ser validamente anulada, modificada o privada de sus efectos por ninguna otra via; por otro lado, ella anula todos los actos ya emitidos em del Estrado, que le sean contrarios*”.<sup>30</sup> O outro significado que se pode atribuir à legalidade administrativa, denominado por Otto Mayer de *reserva da lei (Vorbehalt des Gesetzes)*, corresponde à necessidade de a atuação administrativa encontrar supedâneo no Direito vigente.<sup>31</sup> A questão dos limites normativos da atividade regulatória da Administração Pública diz com o segundo dos significados acima referidos, qual seja a noção de reserva legal.

Quando se vislumbra o princípio da legalidade a partir desta perspectiva de reserva legal, inevitável é dispensar-se atenção à seguinte advertência: trata-se do dever de ser tal significado analisado a partir do sistema jurídico vigente, nem sempre sendo aproveitáveis as conclusões extraídas da doutrina estrangeira. Isto implica dizer que a reserva legal possui compreensão *a priori*, sendo definida por opção legislativa, ou melhor dizendo, opção deliberada em sede de poder constituinte.<sup>32</sup> Neste diapasão, é possível afirmar que o Direito Administrativo brasileiro mostra-se deveras peculiar, em relação aos demais sistemas jurídico-constitucionais, sobretudo aqueles dos países da Europa continental. Daí o cuidado e a parcimônia que se deve dar à doutrina alienígena, conforme já acima mencionado. A preocupação ora vazada não diz com o Direito Com-

29. CF/1988, preâmbulo e art. 1.º, *caput*.

30. MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. I, p. 95. Tal obra é a tradução da edição francesa de 1903 (*Le droit administratif allemand*). Todavia, as ideias nela contidas já se apresentavam na edição alemã de 1895 (*Deutsches Verwaltungsrecht*).

31. *Idem*, p. 98.

32. SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 99.

parado, mas com um estudo – analítico-normativo, como de resto o norte do presente trabalho – do assunto, a partir do Direito brasileiro.

Quantos aos atos de efeitos concretos, em sua maioria, atos administrativos formal e materialmente considerados, não há maiores problemas em compreender-se a noção de reserva legal, porquanto se mostra possível afirmar que a reserva legal é total. Isto implica dizer que, sendo o princípio da legalidade correlato ao princípio da competência, não pode haver dúvidas de que a Administração Pública somente poderá atuar se houver regra jurídica oriunda do Poder Legislativo a habilitá-la. Daí porque se afirmar, como Sérvulo Correia, que “os actos administrativos estão sujeitos a uma reserva total de norma jurídica”.<sup>33</sup>

Mais complexa parece ser a compreensão da exata dimensão da noção de reserva legal em sede de atos normativos decorrentes da Administração Pública, como são aquelas emergentes da noção de regulação estatal. Isso porque se afigura possível encontrar na doutrina pátria algumas vozes que proclamam a possibilidade de expedição de regulamentos autônomos, ou seja, aqueles que vão além da “*explicação/regulação*” da lei, para “*innovar*” normativamente em relação àquela. No entanto, o compartimento majoritário da produção intelectual brasileira, vai de encontro à possibilidade de edição de atos normativos independentes de previsão legal.

Aqui necessária uma outra advertência: um problema preliminar à indagação teórica quanto à possibilidade ou não de expedição de atos normativos autônomos – inovadores, portanto – é um problema, presente no plano empírico, quanto à distinção entre a “*explicação*” e a “*inovação*”. Isto se deve ao fato de que em toda a explicação não deixa de existir uma espécie de inovação. Com efeito, o que se pretende afirmar é que antes de se perquirir, no plano analítico-normativo, se é possível a edição de atos administrativos que inovam em relação a preceitos legais, é necessário que se perquirir, numa perspectiva empírica, de realmente há inovação ou mera explicação. Tal problema se faz, por vezes, insolúvel.

Capitaneando o entendimento de que seriam viáveis os atos administrativos normativos autônomos, hão de ser colocados os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, para quem “no poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas própria, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo”.<sup>34</sup> Por óbvio, mesmo o referido

---

33. SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 298.

34. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 112.



autor encontra restrições aos regulamentos autônomos no que tange àquelas matérias que seriam reservas constitucionalmente à lei em sentido formal (v.g. tipificação de crimes, instituição de tributos, criação de obrigações de fazer ou não fazer etc.). Quer parecer, todavia, que nisto reside uma contradição inafastável na obra de tal autor. Isto porque o próprio Hely Lopes Meirelles reverberou a célebre passagem pela qual no Direito Administrativo somente seria possível fazer aquilo que a lei permite, acima referida. Ou seja, diz o autor que os regulamentos autônomos teriam sua normatividade no vácuo havido entre aquilo que a lei não disse e aquilo que somente a lei poderia dizer. Ocorre que, em princípio, no Direito Administrativo, por disposições constitucionais a seguir tratadas e também pelo teor do princípio da legalidade como se está a desenvolver, “*tudo*” somente poderá ser “*dito*” pela lei, tal como propagado pelo próprio Hely Lopes Meirelles.

Todavia, como já se afirmou, a posição contrária, qual seja aquela segundo a qual a função normativa da administração não admite a edição de normas primárias ou autônomas encontra, com razão, maior adesão. Isto implica dizer que se revela majoritário o entendimento de que, em princípio, inexistiria a possibilidade de a Administração Pública editar atos normativos, senão para o mister de “*explicar*” ou “*explicitar*” textos legais preexistentes. Celso Antônio Bandeira de Mello, em remissão a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, resume perfeitamente dita impossibilidade com a afirmação de que “só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica”.<sup>35</sup> Ademais, precisa é a passagem de Miguel Seabra Fagundes quando ensina que “é certo que, como a lei, reveste [o regulamento] o aspecto de norma geral, abstrata e obrigatória. Mas não acarreta, e aqui dela se distancia, modificação à ordem jurídica vigente. Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, mas, apenas, pormenorizar as condições de modificação originária de outro ato (a lei)”.<sup>36</sup>

Assim, tal como nos atos de efeitos concretos, a conclusão a que se deve imperiosamente alcançar é aquela que não admite, em princípio, a edição de atos normativos inovadores pela Administração Pública, a não ser – por óbvio – naquelas hipóteses em que a inovação for expressamente admitida e determinada pela própria Constituição Federal.

Tal conclusão encontra embasamento, como não poderia deixar de ser, numa série de normas contidas no texto da Constituição Federal, a começar

---

35. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 343-374.

36. SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 24.

---

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 179-202. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

pelos já referidos arts. 37, *caput*, e 5.º, II. Há, especialmente quanto aos limites à expedição de atos normativos pela Administração Pública, uma série de outros preceitos que não podem ser olvidados. De início, deve-se mencionar o art. 48 da CF/1988, pelo qual compete ao Congresso Nacional – Poder Legislativo, portanto, “dispor sobre todas as matérias de competência da União”. Tal regra, que encontra preceitos simétricos nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais, consubstancia forte indicativo de que, em princípio, não pode a Administração Pública imiscuir-se em tal mister. Ademais, o art. 49, V, diz ser de competência exclusiva também do Congresso Nacional a sustação de “atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar”. Esta regra subjaz a impossibilidade de a Administração Pública ir além da regulamentação, ou seja, a impossibilidade de se editar normas de caráter autônomo, inovadoras. Tal impossibilidade é também manifestada no art. 49, XI, pelo qual seria atribuição do Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”. Ora, não haveria tamanha preocupação de se preservar a competência normogênica do Poder Legislativo se inexistissem limites à expedição de atos normativos pela Administração Pública. Além destes, um preceito que costumeiramente é utilizado em defesa da tese ora pugnada é o art. 84, IV, da CF/1988, pelo qual compete privativamente ao Presidente da República a sanção de lei e a expedição de “decretos e regulamentos para sua [da lei] fiel execução”. Além do mais, o art. 25, I, do ADCT retirou expressamente de órgãos do Poder Executivo a competência para a ação normativa originária.

Inafastável, pois, o entendimento de que não tem a Administração Pública, em princípio, a prerrogativa de expedir normas autônomas ou independentes.

Aliás, não se utilizou a expressão “em princípio” de modo casual. Isto porque, embora a regra seja a impossibilidade de edição de atos normativos independentes, há, na própria Constituição Federal, hipóteses em que a função normativa primária da Administração Pública é admitida, como ocorre nos casos a seguir enumerados.<sup>37</sup>

De início, devem ser referidas duas espécies de “*decreto autônomo*” admitidas a partir da promulgação da criticável EC 32, de 11.09.2001. Tratam-se das hipóteses previstas nas alíneas *a* e *b* do inc. VI do art. 84 da CF/1988 que permitem a edição de decreto, independentemente de lei que lhe preceda, para

---

37. Conveniente esclarecer que sendo a regra geral (da impossibilidade de atuação normativa primária da Administração Pública) dotada de *status* constitucional, em face da confluência de uma série de normas constitucionais, antes referidas, somente por expressa autorização constitucional é que se poderia cogitar de exceções à tal regra.

dispor sobre, respectivamente, a “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” e a “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. A comprovar a novidade basta recordar que a redação substituída de tal preceito dispunha que a competência do Presidente da República para, mediante decreto, organizar a Administração Pública federal, deveria ser exercida “na forma da lei”, importante partícula normativa que, retirada do texto constitucional, importou na inovação mencionada.

Também caracteriza exceção à regra, ou seja, consiste em hipótese em que é constitucionalmente admitida, neste caso desde a redação original da CF/1988, a expedição de “decreto autônomo” contemplada no art. 84, XII, o qual confere ao Presidente da República a atribuição de conceder indulto. Tal benesse criminal é concedida mediante decreto sem que exista, no caso, a explicação de qualquer disposição legal, seja presente no Direito Penal material, seja nas normas contida na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), a qual somente possui preceitos voltados à disciplina do procedimento de soltura do indultado, sem nada referir quanto aos critérios de concessão. Importante indicativo de que o decreto de indulto possui índole primária e, por conseguinte, mostra-se qualificável como ato normativo administrativo independente ou autônomo decorre do fato de que o Supremo Tribunal Federal já admitiu ADIn em face de decreto veiculador de tal benesse penal – *in casu*, o Dec. 4.495/2002 –, instrumento este consabidamente endereçado ao controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos primários.<sup>38</sup>

Outro exemplo de “regulamento autônomo” é atribuído aos Tribunais pelo art. 96, I, *a*, da CF/1988, para que estes venham a “(...) elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”. Esta peculiar forma de “reserva de regulamento” já suscitou interessante aresto nos Supremo Tribunal Federal.<sup>39</sup>

38. Neste sentido: STF, MC-ADIn 2.795, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20.06.2003.

39. STF, MC-ADIn 1.105, rel. Min. Paulo Brossard, DJ 27.04.2001. Em tal demanda, questionou-se a constitucionalidade do preceito contido no art. 7.º, XI, da Lei 8.906/1994. A regra, declarada inconstitucional, dispunha sobre a sustentação oral dos advogados, prevendo que esta se daria após o voto do Relator. O Pretório Excelso entendeu, por ocasião daquela decisão que a sustentação oral, não se tratando regra processual, teria normatização exclusiva dos Tribunais, não podendo o legislador ordinário autorizado a dispor sobre o tema. Mais um caso, pois, de regulamentação

Por fim, o STF, ao admitir o controle concentrado de constitucionalidade sobre resoluções do CNJ,<sup>40</sup> parece ter reconhecido – inadequadamente, ao que parece – a natureza de normas administrativas independentes de lei em sentido formal, em relação àquelas editadas por tal Conselho Nacional de Justiça, com base no art. 103-B, § 4.º, I, da CF/1988, em interpretação que parece ser extensível ao CNMP, a partir do disposto no art. 130-A, § 2.º, I, da CF/1988.

No entanto, à guisa de conclusão quanto ao tópico, exceção feita aos casos supramencionados, não se afigura consentânea com a Carta Política vigente a prerrogativa de normatização originária do Poder Público no exercício da função administrativa.

Voltando-se as atenções ao tema específico do presente ensaio, tem-se, portanto uma óbvia delimitação da função regulatória de índole normativa exercida pelo Poder Judiciário sobre as atividades notariais e registrais, decorrente que é do princípio da legalidade administrativa, no sentido de que o Poder Judiciário, em sua face atípica de administração pública, não poderá inovar nos comandos regulatórios endereçados aos notários e registradores. Não poderá editar normas, portanto, além daquilo que se traduzir em explicação ou explicitação das normas contidas em lei em sentido formal.

Ademais, dentre as exceções constitucionais acima referidas, nenhuma delas autoriza qualquer inovação relacionada com as atividades regulatórias da

---

ção de natureza administrativa independente de lei. Da ementa do acórdão em tela, extrai-se a seguinte passagem: “A Constituição subtraiu ao legislador a competência sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais, a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é a lei material. Na taxionomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outra depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera”.

40. Quando do julgamento da MC-ADC 12, que visava à declaração de constitucionalidade da Res. 07/2005, do CNJ, o STF pronunciou-se no sentido de que tal Resolução “(...) se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4.º do art. 103-B da Carta cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da CF, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/2004(...)” (STF, MC-ADC 12, rel. Min. Carlos Britto, DJ 01.09.2006).

---

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 179-202. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

função notarial ou registral, mesmo se considerada a função constitucionalmente atribuída ao CNJ.

Tais limites ficam ainda mais evidentes, pois, para além da reserva legal administrativa, se considerado que a incontável maioria dos temas relacionados com a atividade notarial e de registro relaciona-se com ramos da Ciência Jurídica, sobretudo o Direito Civil, sobre os quais a competência legislativa privativa é cometida ao legislador da União, consoante disposto no art. 22, I, da CF/1988. Assim, normas administrativas editadas pelo Poder Judiciário, no exercício da atividade regulatória da função notarial e de registro, que venham a inovar no ordenamento jurídico, inclusive quanto a obrigações de fazer – vide o disposto no art. 5.º, II, da CF/1988 –, demais de exorbitarem do poder normativo que lhe é atribuído, culminará em violação à competência legislativa da União.

Mesmo na regulação voltada aos ditames, por assim dizer, funcionais, ou seja, aqueles relacionados com a delegação notarial propriamente dita, haverá o Poder Judiciário, no mister de órgão regulador, de submeter-se aos limites aqui referidos.

Contudo, a adequada compreensão dos limites à atividade normativa regulatória oriunda da função de administração pública não prescinde, atualmente, do entendimento da figura dos atos normativos *intra legem*, os quais passam a ser analisados no item a seguir.

#### IV. EM TORNO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS *INTRA LEGEM*

Na recente jurisprudência do STF, sobretudo em face do julgamento da ADIn 4.568<sup>41</sup> – embora já se pudesse nela encontrar passagens anteriores neste mesmo sentido<sup>42</sup> –, é possível encontrar mais um instrumento, constitucionalmente viável, de racionalização da função normativa exercida pela Administração Pública, consistente naquilo que há de ser denominado de “ato administrativo normativo *intra legem*”.<sup>43</sup>

41. STF, ADIn 4.568, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 30.03.2012.

42. Neste sentido, vide, por exemplo: RE 158.891 AgR, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 01.12.1995; RE 172.394, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 15.09.1995; RE 154.273, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 14.06.1996; RE 343.446, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 04.04.2003; RE 269.700, rel. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão, *DJ* 23.05.2006; ADIn 1.668 MC, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, *DJ* 16.04.2004.

43. No plano doutrinário, deve-se atribuir tal expressão a VELLOSO, Carlos Mário da S. A delegação legislativa – a legislação por associações. In: *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 41-412.

O ato normativo *intra legem*<sup>44</sup> corresponde a uma categoria de norma geral e abstrata expedida no desempenho da função estatal de administração pública que se presta a detalhar e explicitar *standards* ou padrões jurídicos postos em lei.<sup>45</sup>

Conveniente salientar que tal norma *intra legem* não ultrapassa o limite da inovação, razão pela qual não se teria norma administrativa *praeter legem*, esta incontroversamente vedada no Direito pátrio, como antes referido. Com efeito, numa leitura apressada – e equivocada –, poder-se-ia pensar que tal hipótese representaria uma norma administrativa independente ou autônoma em relação a leis em sentido formal. Não é disso que se trata. Ao contrário, no ato normativo *intra legem*, a existência de regra em lei em sentido formal é imprescindível para que sejam fixados os parâmetros conceituais (ou *standards*), os quais serão tão somente explicitados através de outras normas gerais e abstratas emitidas pela Administração Pública. Assim, as normas administrativas, mesmo que aparentemente autônomas, não o seriam, na medida em que somente estariam explicitando um conceito legal, respeitados os elementos jurídicos contidos em lei em sentido formal.<sup>46</sup>

Igualmente, não se pode confundir os atos normativos *intra legem* com os chamados regulamentos autorizados. Ao definir as espécies de regulamento no Direito encontrado na Europa continental, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que os regulamentos autorizados são aqueles “expedidos sob autorização ou delegação do Legislativo, que apenas dispunha de maneira muito genérica e fluida sobre certa matéria, ou se limitava a conferir ao Executivo o poder de discipliná-la”.<sup>47</sup> A nota diferencial dos atos normativos *intra legem*

---

44. Vide, sobre o tema, MAFFINI, Rafael. ADIn 4.568 – Os atos normativos *intra legem* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (coords.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ – Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 479-485.

45. Chama a atenção passagem do voto do Min. Aliomar Baleeiro, quando do julgamento do RE 76.629, DJ 13.09.1974, proferido na já longínqua década de 70 e porquanto ao tempo da constituição anterior, quando restou assentado que o seu voto “confirmaria o v. acórdão se a Lei 4.862 expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras, além das que ela estatuir. Aí, não seria delegação proibida de atribuições, mas flexibilização na fixação de *standards* jurídicos de caráter técnico a que se refere STATI. Mas não é esse o caso dos autos”.

46. MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 82-83.

47. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 346.

consiste na imprescindível necessidade de que lei em sentido formal contenha parâmetros conceituais (ou *standards*) minimamente dotados de densidade normativa, de forma que tal categoria de norma administrativa não se desgarre do mínimo de originalidade reclamado da lei em sentido formal. Correspondem, pois, a categoria *sui generis* de regulamento executivo, peculiarizada pela existência de *standards* legais dotados de precisão jurídica e semântica, os quais serão explicitados por meio de normas administrativas.<sup>48</sup>

Os atos administrativos normativos *intra legem*, como já referido, vêm sendo admitidos no Direito Administrativo brasileiro, segundo vem decidindo o STF.<sup>49</sup>

Uma advertência, contudo, há de ser feita: a técnica de atribuição de competência normativa *intra legem* não pode cometer à Administração Pública a

---

48. Além do caso da Lei 12.382/2011, cuja constitucionalidade foi objeto da já referida ADIn 4.568, outro exemplo, de há muito admitido na jurisprudência do STF, consiste nas assim denominadas normas penais em branco (HC 90.779, rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 23.10.2008). Imagine-se, neste sentido, a regra legal contida no art. 1.º, parágrafo único, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), pela qual “para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Diante de tal preceito contido em lei em sentido formal, quando norma administrativa do Poder Executivo da União estipular que determinada substância será considerada droga, não se estará diante de norma administrativa inovadora, mas de ato normativo administrativo *intra legem* apto tão somente explicitar que tal substância subsume-se ao *standard* legal de sua definição, *in casu*, um dos “produtos capazes de causar dependência”.

49. Neste sentido, extrai-se do voto do Min. Carlos Velloso, no RE 343.446, a seguinte passagem que, por elucidativa, merece reprodução: “Todavia, o regulamento delegado ou autorizado ou *intra legem* é condizente com a ordem jurídico-constitucional brasileira. Após mencionar a classificação dos regulamentos e dissertar sobre a ilegitimidade do regulamento autônomo, no sistema brasileiro, escrevi: ‘Já o regulamento delegado ou autorizado (item 5) *intra legem*, é admitido pelo Direito Constitucional brasileiro, claro, porém, que não pode ‘ser elaborado *praeter legem*, porquanto o seu campo de ação ficou restrito à simples execução de lei.’ (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*. 2. ed. Forense, I/354; BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Saraiva, p. 177). Acrescentei, então, que esse é o tipo de regulamento que a Suprema Corte americana permite (*Temas de Direito Público*, p. 452-453). ‘(...) No caso, não custa relembrar, a lei condicionou e limitou o Executivo, fixando padrões e parâmetros. Observados tais padrões e parâmetros, fixaria o Executivo a alíquota do salário-educação, e isto tendo em vista a impossibilidade de a lei fixá-la, adequadamente, conforme vimos. (...)’ Tem-se, no caso, portanto, regulamento delegado, *intra legem*, condizente com a ordem jurídico-constitucional”.

incumbência de explicitação direta de matérias absolutamente reservadas à lei em sentido formal, tais como a criação de obrigação de fazer ou de não fazer (art. 5.º, II, da CF/1988), a tipificação de crime (art. 5.º, XXXIX, da CF/1988), a criação de tributos (art. 150, I, da CF/1988)<sup>50</sup> ou, ainda, invadir matéria reservada à lei de cunho nacional, como é o caso do Direito Civil (art. 22, I, da CF/1988), por exemplo. Questão tormentosa diz respeito a temas como o poder de polícia, poder disciplinar e a remuneração de servidores, e outros institutos pautados pelo princípio da legalidade, sobre os quais parece que tal técnica somente seria viável no que tange aos seus elementos normativos não essenciais.

Voltando-se a atenção ao tema objeto do presente ensaio, parece-nos plenamente viável que o Poder Judiciário, quando do desempenho da regulação incidente sobre a atividade notarial e de registro, utilize-se de tal técnica de explicitação dos conceitos ou *standards* legais, desde que com isso não ocasione a invasão de matérias constitucionalmente reservadas à lei em sentido formal.

## V. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A edição de normas administrativas oriundas da função regulatória desempenhada pelo Poder Judiciário em face da atividade notarial e registral concentra uma plêiade de institutos e conceitos jurídicos dotados de condição *sui generis*. Como já referido, tem-se, de um lado, a já referida natureza híbrida (entre servidores públicos e concessionários de serviços públicos) da função notarial e registral. Tem-se, de outra banda, o exercício de um poder normativo cometido ao Poder Judiciário no desempenho de sua função atípica de administração pública. Por fim, tem-se a sempre controvertida questão dos limites da atividade normativa da administração pública, dado o núcleo essencial do princípio da legalidade.

A partir de tudo o quanto acima restou desenvolvido sobre tais assuntos, buscou-se – e se espera ter-se alcançado tal mister – o lanço de algumas contribuições teóricas voltadas à criação de elementos jurídicos racionais voltados a auxiliar a análise da higidez jurídico-constitucional de toda uma gama de normas administrativas editadas diuturnamente pelo CNJ, pelos Tribunais de Justiça, suas Corregedorias, e por todos quantos sejam os órgãos incumbidos da regulação da atividade notarial e de registro.

Por certo, o presente ensaio encontra-se distante de oferecer respostas que tenham o condão de exaurir a matéria, mas já terá alcançado seu desiderato

---

50. MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 82.

---

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 179-202. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



se servir de advertência quanto à relevância do tema, o qual determina que a regulação perpetrada pelo Poder Judiciário sobre as atividades descritas no art. 236 da CF/1988 materialize-se entre o necessário e o suficiente para que, ao mesmo tempo que leve a efeito sua função normatizadora, cumpra-a em observância ao princípio constitucional da legalidade administrativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. reimp. Coimbra: Almedina, 2002. vol. II.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras – Da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MAFFINI, Rafael. ADI n. 4.568 – Os atos normativos *intra legem* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (coords.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ – Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 479-485.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscília. *Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo – Lei 9.784/1999*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. I.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

---

MAFFINI, Rafael. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 179-202. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil – uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

VELLOSO, Carlos Mário da S. A delegação legislativa – a legislação por associações. In: *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

---

### PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- *A função econômica dos sistemas registrais*, de Fernando P. Méndez González – *RDI* 53/13-34 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 8/425-449 (DTR\2002\303); e
- *Princípio da legalidade e registro de imóveis*, de Flauzilino Araújo dos Santos – *RDI* 60/307-330 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 2/301-328 (DTR\2006\66).

# INTERFACES ENTRE DIREITO IMOBILIÁRIO, ARBITRAGEM E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: EFICÁCIA DA TUTELA E GARANTIA DO CRÉDITO PERANTE O REGISTRO IMOBILIÁRIO EM FUNÇÃO DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS RECENTES

---

*INTERFACES BETWEEN REAL ESTATE LAW, ARBITRATION, AND THE NEW CODE  
OF CIVIL PROCEDURE: PROTECTION EFFICACY AND CREDIT GUARANTEE  
IN REAL ESTATE RECORD DUE THE RECENT LEGISLATIVE CHANGES*

**LUCIANO BENETTI TIMM**

*Mestre e doutor em Direito pela UFRGS Coordenador  
da Escola de Direito da Unisinos. Advogado.  
ltimm@cmtlaw.com.br*

**LUCAS PETRI BERNARDES**

*Mestre em Direito pela USP. Advogado.  
lpetri@cmtlaw.com.br*

**MANOELA DONÁ ARDENGHI**

*Advogada.  
mardenghi@cmtlaw.com.br*

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral; Processual

**RESUMO:** O presente artigo trata das alterações da Lei de Arbitragem e do novo Código de Processo Civil especificamente em relação aos seus efeitos no direito registral, a fim de propor uma flexibilização do instituto da averbação e sua adaptação à utilização da arbitragem como método de solução de controvérsias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem – Análise econômica – Carta arbitral – Cautelares – Hipoteca judicial – Novo Código de Processo Civil – Registro imobiliário.

**ABSTRACT:** This study deals with changes in the Arbitration Law and the New Code of Civil Procedure, specifically in relation to their effects on registral law, in order to propose a flexibilization on the recording institute and its adaptation to the use of arbitration as a method of dispute settlement.

**KEYWORDS:** Arbitration – Economic analysis – Arbitral letter – Precautionaries – Judicial mortgage – New Code of Civil Procedure – Real estate registration.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Arbitragem, medidas cautelares e suas repercussões no registro imobiliário – 2. Constituição de hipoteca judicial decorrente de sentença ou decisão arbitral – 3. Atos passíveis de registro e averbação – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

Uma das principais preocupações do direito deve ser proporcionar segurança jurídica aos agentes econômicos. Nesse sentido, torna-se relevante a proteção dos direitos de propriedade e a tutela do crédito por mecanismos eficazes, a fim de permitir a distribuição e troca eficientes de bens entre os indivíduos e, conseqüentemente, a distribuição ótima de recursos, que gera aumento de riqueza e desenvolvimento econômico.<sup>1</sup>

Quando não é possível estabelecer mecanismos preventivos pela via contratual, ou mesmo quando tais mecanismos falham por imprevisibilidade ou inadimplemento, entram em cena os instrumentos previstos no ordenamento jurídico a fim de possibilitar o seu saneamento, que devem acompanhar o dinamismo das relações econômicas.

Quando se trata de direito imobiliário, institutos como a hipoteca e alienação fiduciária se constituem como opções contratuais capazes de dirimir o risco e garantir o crédito de forma eficaz. Quando não é possível o estabelecimento de tais garantias, ou quando as partes se recusam a cumprir o que foi acordado, torna-se necessária uma intervenção, judicial ou arbitral.

Se por um lado a via judicial oferece a tutela executiva necessária à satisfação do crédito por meio de atos expropriatórios, em função do poder de *imperium* inerente ao exercício da jurisdição, por outro lado, tem-se verificado um crescente movimento de desjudicialização dos litígios, com a promoção dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias. Desde a promulgação da Lei 9.307/1996, a arbitragem vem vencendo resistências, ganhando adeptos e se consolidando como um efetivo método alternativo de solução de controvérsias, capaz de prover aos particulares uma tutela célere e eficaz para os

- 
1. A distribuição eficiente de bens através dos contratos aloca os recursos àqueles que mais os valorizam, gerando um excedente de riqueza. Nesse sentido, ver mais em TIMM, Luciano Benetti; BERNARDES, Lucas Petri. *Análise Econômica dos Contratos Empresariais*. In: SZTAJN, Raquel; SALLES, Marcos Paulo de Almeida; TEIXEIRA, Tarcísio (coords.). *Direito Empresarial: Estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*. São Paulo: Ed. IASP, jun. 2015.

---

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

direitos em discussão, contando também com respaldo significativo do Poder Judiciário para tal.

Independentemente da escolha pela via judicial ou arbitral, é importante que a tutela do crédito seja efetivada de uma forma célere, menos custosa ao credor e menos gravosa ao devedor. Assim, quanto mais diversificadas e simples opções forem dadas ao credor para a tutela de seu crédito, maior será a segurança para que o fluxo de bens alcance o nível esperado de uma economia de mercado e menores serão os custos de transação.<sup>2</sup>

Nesse sentido, quando uma possível medida independer de pronunciamento pelo juízo arbitral ou judicial ou quanto mais facilmente uma medida arbitral ou judicial puder ser executada, o custo de transação é reduzido, e a tutela oferecida pelo ordenamento jurídico, mais eficaz.

Nesse caminho de avanços, temos a recente reforma da Lei Brasileira de Arbitragem (LBA) e a promulgação do Novo Código de Processo Civil (NCPC), sobre os quais propomos algumas reflexões acerca da interface entre os mecanismos de tutela ofertados por tais diplomas e o direito imobiliário e registral, com base em recentes precedentes jurisprudenciais acerca do tema, especialmente em relação ao instituto do registro, o qual, em alguns casos, exige apenas a iniciativa das partes interessadas.

## 1. ARBITRAGEM, MEDIDAS CAUTELARES E SUAS REPERCUSSÕES NO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Embora possua natureza contratual na origem, por força do art. 31 da LBA, a arbitragem constitui-se como equivalente jurisdicional apto à solução de litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis, cujo procedimento encerrará com a prolação de uma sentença equiparada àquela proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, a qual, caso condenatória, constituirá título executivo *judicial*. Tal previsão consta também no NCPC, cujo art. 515, VII, manteve a redação do art. 475-N, IV, do CPC/1973.

2. Custos de transação são aqueles necessários para a efetivação de transações comerciais e abarcam todo tipo de custo ou dificuldade que um agente pode ter para alcançar o negócio pretendido por ele. Os custos de transação são comparáveis ao atrito na física newtoniana, sendo considerados pela economia como ineficiências, pois representam um custo para uma das partes, mas não implicam ganhos para outra.

---

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Como juiz de fato e de direito da causa,<sup>3</sup> o árbitro (ou o tribunal arbitral, quando for o caso), também possui a prerrogativa de determinar medidas de urgência solicitadas pelas partes. No entanto, enquanto *juiz privado*, o árbitro não detém o poder de determinar a execução de suas próprias decisões, demandando o auxílio do Poder Judiciário para a efetivação de tais medidas.

Com a reforma da LBA, a cooperação entre árbitros e juízes passou a se operar por meio da “Carta Arbitral”, prevista no art. 22-C da LBA da seguinte maneira:

“O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.”

O NCPC, por sua vez, também previu a Carta Arbitral no art. 237:

“Art. 237. Será expedida carta:

(...)

IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.”

Conforme o § 3.º do art. 260 do CPC/2015,<sup>4</sup> relativo aos requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória, a Carta Arbitral “atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função”.

---

3. Art. 18 da LBA: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

4. “Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória:

I – a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato;

II – o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado;

III – a menção do ato processual que lhe constitui o objeto;

IV – o encerramento com a assinatura do juiz.

§ 1.º O juiz mandará trasladar para a carta quaisquer outras peças, bem como instruí-la com mapa, desenho ou gráfico, sempre que esses documentos devam ser examinados, na diligência, pelas partes, pelos peritos ou pelas testemunhas.

§ 2.º Quando o objeto da carta for exame pericial sobre documento, este será remetido em original, ficando nos autos reprodução fotográfica.

§ 3.º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o *caput* e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.”

---

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Por decorrência do efeito negativo da convenção arbitral, a qual subtrai do Poder Judiciário a apreciação do mérito da controvérsia submetida à arbitragem, no cumprimento da Carta Arbitral o juiz togado não poderá questionar a pertinência, revogar ou alterar a medida solicitada pelo árbitro, cabendo-lhe simplesmente determinar a sua execução.<sup>5</sup> A previsão sobre o indeferimento da Carta prevista no art. 267 do CPC/2015 diz respeito apenas aos seus requisitos formais, e não ao seu conteúdo.<sup>6</sup> Dando guarida ao caráter privado da arbitragem, caso seja feita prova da confidencialidade do procedimento arbitral, com base no art. 189, IV, do CPC/2015, também caberá ao juízo processá-la em segredo de justiça.<sup>7</sup>

Como se pode notar, as modificações refletem os avanços na convivência entre o Poder Judiciário e a arbitragem, permitindo, conforme indicado na introdução, a consolidação da arbitragem como meio apto a tutelar direitos de maneira célere e eficaz.

Embora o microssistema da arbitragem não seja regido internamente pelas normas de direito processual, possuindo regras próprias no que tange à organização do procedimento arbitral e às pretensões de direito material e respectivos provimentos jurisdicionais possíveis, é natural que haja uma aproximação entre as tutelas deferidas por árbitros e juízes estatais.

Dentre as medidas possíveis a serem deferidas em sede arbitral, estarão aquelas que versarem sobre a propriedade de determinado imóvel ou aquelas nas

---

5. Cabe salientar que a situação é diversa enquanto ainda não estiver instituída a arbitragem. Conforme o posicionamento jurisprudencial consolidado nos novos arts. 22-A e 22-B da LBA, as partes poderão postular as medidas de urgência diretamente perante o Poder Judiciário. Após a instauração do procedimento arbitral, a medida deverá ser reapreciada pelo árbitro, podendo este manter, alterar ou revogar a medida deferida pelo juiz estatal. É esperável que, em se tratando de medidas sobre constrição de bens, essa dinâmica reverbere no registro imobiliário.

6. “Art. 267. O juiz recusará cumprimento à carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com decisão motivada quando:

I – a carta não estiver revestida dos requisitos legais;

II – faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia;

III – o juiz tiver dúvida acerca de sua autenticidade.

Parágrafo único. No caso de incompetência em razão da matéria ou da hierarquia, o juiz deprecado, conforme o ato a ser praticado, poderá remeter a carta ao juiz ou ao tribunal competente.”

7. “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

(...)

IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.”

---

TIMM, Luciano Benetti et all. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

quais sejam determinadas medidas acautelatórias constritivas de patrimônios, os quais podem ser compostos de bens imóveis, tais como aquelas previstas no art. 301 do CPC/2015,<sup>8</sup> incluindo-se a cautelar inominada de indisponibilidade de bens. Assim, em algum momento toda essa relação pode chegar ao registro imobiliário, possivelmente por meio do pedido de registro de uma Carta Arbitral.

Nessa seara, ao juiz togado caberá a análise das formalidades necessárias ao cumprimento da medida solicitada pelo árbitro via Carta Arbitral. Ao receber o pedido para registro da Carta Arbitral, no entanto, a verificação pelo oficial registrador se limita aos requisitos formais do mandado judicial, como já ocorre hodiernamente, o qual deverá conter o comando executivo nos mesmos termos solicitados pelo árbitro no procedimento arbitral.

Outra possibilidade, já reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em casos de homologação de sentença estrangeira, é a de concessão de medida cautelar de arresto de bens, ainda que não tenha havido o julgamento final sobre o pedido de homologação da sentença arbitral. Na hipótese, comprovado o risco de esvaziamento patrimonial do devedor, é cabível o provimento jurisdicional nacional que determina a constrição de bens para garantir a eficácia da decisão arbitral estrangeira, ainda que esta esteja pendente de homologação pelo STJ.<sup>9</sup> Nesses casos, também considerando que parte do patrimônio pode ser imobiliário, as medidas podem alcançar os registros de imóveis.

A hipótese de concessão de liminar em sede de homologação de sentença estrangeira já era prevista pela Res. 9 do STJ.<sup>10</sup> Tratava-se primordialmente do poder geral de cautela conferido ao juiz togado pelo CPC, na medida em que

---

8. “Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.”

9. “*Medida cautelar. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Arresto de bens. Desconsideração da personalidade jurídica.* Admite-se a concessão de tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentença estrangeira (art. 4.º, § 3.º, da Res. STJ 9/2005). A alienação de bens que põe em risco a solvência do devedor configura o fundado receio de dano que, demais disso, se confirma pela notícia, nos autos da ação principal de homologação de sentença estrangeira, de que a empresa do devedor encontra-se em processo de liquidação judicial instaurado perante a Suprema Corte do Caribe Oriental (SEC 5.692, US). A sentença estrangeira, ainda que pendente de homologação, constitui prova literal de dívida líquida e certa (CPC, art. 814). Agravo regimental não provido.” BRASIL. STJ, Corte Especial, AgRg na MC 17.411/DF, j. 20.08.2014, publ. 01.09.2014.2014. Agravante: S/A Fluxo Comércio e Assessoria Internacional. Agravada: Newedge USA LLC. rel. Min. Ari Pargendler.

10. “Art. 4.º A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente.

---

TIMM, Luciano Benetti et all. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



o provimento cautelar partia de autoridade judiciária brasileira em face das evidências apresentadas em ação doméstica, ainda que com fundamento em pretensão originada no estrangeiro.

A Res. 9 do STJ incluiu a previsão para que quaisquer atos não judiciais que tenham natureza de sentença no ordenamento interno fossem passíveis de homologação, providência mantida no regimento interno atual (art. 216-A, § 1.º, incluído pela Emenda Regimental 18, de 17.12.2014). Essa flexibilização no conceito de sentença restou ainda mais evidente com a promulgação do NCPC, o qual passa a admitir a concessão de *exequatur* via carta rogatória às decisões interlocutórias proferidas no exterior, nos arts. 960 e ss.<sup>11</sup>

## 2. CONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA JUDICIAL DECORRENTE DE SENTENÇA OU DECISÃO ARBITRAL

Evoluindo ainda mais no entendimento sobre a equivalência entre sentença arbitral e judicial, em recente acórdão do TJSP,<sup>12</sup> foi apreciada a possibilidade

---

§1.º Serão homologados os provimentos não judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença.

§2.º As decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente.

§3.º Admite-se tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras.”

### 11. NCPC:

“Art. 960. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado.

§ 1.º A decisão interlocutória estrangeira poderá ser executada no Brasil por meio de carta rogatória.(...)”

“Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência.

§ 1.º A execução no Brasil de decisão interlocutória estrangeira concessiva de medida de urgência dar-se-á por carta rogatória.

§ 2.º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior.

§ 3.º O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira.

§ 4.º Quando dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.”

### 12. SÃO PAULO. TJSP, ApCiv 0074278-09.2009.8.26.0114, 1.ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 20.02.2014, rel. Des. Fortes Barbosa, publ. 26.02.2014. Apelante:

---

TIMM, Luciano Benetti et all. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

de constituição de hipoteca judicial fundada em sentença arbitral ilíquida, a qual condenou a sociedade ao pagamento de haveres de sócio. O acórdão foi assim ementado:

“Sentença arbitral – Especialização de hipoteca judiciária – Sentença ilíquida – Possibilidade – Doutrina – Ação procedente – Apelo provido.”

Por se tratar de título executivo judicial, o tribunal entendeu que a sentença arbitral também possui como efeito anexo a possibilidade de gerar a hipoteca judicial, nos termos do art. 466 do CPC/1973.<sup>13</sup>

Na decisão, restou expresso que a ausência de trânsito em julgado ou a condenação genérica não constituem óbices para que seja dada eficácia ao efeito secundário da sentença, seja esta judicial ou arbitral. No entanto, por não constarem expressos no dispositivo da decisão os valores devidos a fim de balizar os imóveis objeto do registro, faz-se necessário o mandado judicial determinando tal medida. O mandado judicial, nesse sentido, serviria como substitutivo do valor da dívida ou do valor da causa, procedendo-se a especialização da hipoteca com a indicação de bens imóveis de propriedade da parte devedora.

Em conclusão, o tribunal reformou a decisão de primeiro grau que havia julgado pela improcedência da ação, determinando a expedição do mandado judicial para registro da hipoteca nos imóveis indicados na petição inicial.

O precedente mencionado também tratou de um tema que sofreu alterações pelo NCPC, qual seja a hipoteca judicial. Sob a égide do art. 466 do CPC/1973, o instituto gerou significativas divergências interpretativas sobre seus alcances e efeitos na doutrina e jurisprudência nacional. No entanto, o NCPC esclareceu os pontos obscuros geradores de dissenso.

A hipoteca judicial está regulada no art. 495 do CPC/2015, o qual estabelece o efeito anexo da hipoteca judicial para a “decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária”.

---

AC Participações Ltda. Apelados: Giro Logística Integrada Ltda. e Transportadora Campos Ltda. A decisão pende de recurso perante o STJ.

13. “Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos. Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária:
- I – embora a condenação seja genérica;
  - II – pendente arresto de bens do devedor;
  - III – ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.”

---

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

No § 1.º do art. comentado ficou estabelecido que a decisão produzirá o efeito: I – embora a condenação seja genérica; II – ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor; III – mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo.

Nos parágrafos seguintes, restou clarificado que a solicitação do registro independe de ordem judicial (ainda que a condenação seja genérica, como autorizado pelo inciso I) e que tal providência do credor deverá ser informada ao juízo da causa em litígio em 15 dias do registro, para oportunização do contraditório.<sup>14</sup>

Nota-se que o NCPC trouxe uma importante inovação em relação ao título judicial passível de registro. Ao contrário da antiga redação que mencionava *sentença* condenatória, o novo regime traz a locução *decisão*, o que inclui decisões interlocutórias que determinem pagamento de valores pelo devedor. Nesse sentido Ravi Peixoto:

“O CPC/2015 permite uma maior ampliação das decisões com aptidão para gerar o direito à hipoteca ao não mais fazer referência à sentença no texto normativo, mas tão somente ao termo ‘decisão’. Assim, não apenas as decisões com cognição exauriente, mas também as decisões provisórias terão aptidão para gerar a hipoteca judiciária.”<sup>15</sup>

Assim, da mesma forma com o que ocorre com a sentença arbitral, a qual recebe como efeitos anexos os mesmos da sentença judicial, como já exposto, também na arbitragem passa a ser aceito o efeito da hipoteca judicial perante as decisões interlocutórias de mérito, que estabeleçam obrigação de pagar. Nestes casos, como a decisão arbitral condenatória, ainda que não final, também caracteriza título executivo judicial, estaria dispensada a utilização da Carta Arbitral.

Nesse sentido, com a entrega em vigor do NCPC, é de se esperar que os registros de imóveis passem a receber pedidos de partes interessadas no registro de decisões arbitrais para constituição da hipoteca judiciária.

Vale lembrar que a constituição da restrição sobre os bens do devedor fica a critério do devedor, o qual será responsável pelos danos causados:

Art. 495, § 5.º, CPC/2015: “Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independente-

14. Em caso de tratar-se de procedimento arbitral, o entendimento é de que tal procedimento se daria nos próprios autos do procedimento.

15. PEIXOTO, Ravi. Aspectos relevantes da hipoteca judicial no CPC/2015. *Revista de Processo*. vol. 243. p. 243-265. São Paulo: Ed. RT, maio 2015.

TIMM, Luciano Benetti et all. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

mente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos”.

A natureza e o alcance da responsabilização, embora fujam ao objeto do presente artigo, impõem uma autolimitação ao credor na seleção dos bens que serão escolhidos para registro, adiantando os efeitos de uma possível condenação. Vale lembrar que mecanismo de responsabilização semelhante foi também adotado no NCPC em relação às medidas de urgência, conforme versa o art. 302.

Diferentemente do que ocorre com a Carta Arbitral, como exposto acima, o registro de uma decisão arbitral a respeito de uma questão imobiliária, ou da constituição da hipoteca, – se presentes os requisitos em dita decisão –, poderão ser analisadas diretamente pelo oficial registrador, o qual, como profissional do direito, está habilitado a fazer a análise do título judicial que lhe for apresentado, ficando dispensada a judicialização da questão para que lhe seja dada efetividade.<sup>16</sup>

Diante disto, nos parece clara a evolução do sistema jurídico brasileiro no sentido de aceitar, válida e eficazmente, cada vez mais provimentos de árbitros ou tribunais arbitrais ou de autoridades estrangeiras, procedendo com uma avaliação de cumprimento dos requisitos formais, delimitados pela Lei e pela jurisprudência, mas garantindo sua aplicação em território nacional, pelos meios que forem necessários ao efetivo cumprimento destas determinações. Para que isso seja alcançado, não é possível prescindir da importante participação e colaboração dos registros de imóveis, em sua nobre função de zelar pela “autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”, conforme previsto no art. 1.º da Lei 6.015/1973.

### 3. ATOS PASSÍVEIS DE REGISTRO E AVERBAÇÃO

Na linha do exposto no ponto antecedente, cabível uma reflexão acerca dos atos passíveis de averbação na matrícula imobiliária. De acordo com o art. 13

---

16. “Apesar de serem *títulos judiciais*, estão submetidos à qualificação do Oficial do Registro de Imóveis, principalmente em relação aos seus aspectos formais e extrínsecos e, também, em relação à sua submissão aos princípios que informam a sistemática registral, destacando-se entre eles o princípio da continuidade”. SILVA FILHO, Elvino. As medidas cautelares no registro de imóveis. In: Dip, Ricardo; Jacomino, Somino. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*. vol. 2. p. 1267-1305. São Paulo: Ed. RT, dez. 2011.

---

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

da Lei de Registros Públicos (LRP), as averbações poderão ser solicitadas (i) por ordem judicial (ii) por requerimento verbal ou escrito dos interessados (iii) e pelo Ministério Público, quando a lei autorizar.

Ao contrário das hipóteses de registro, as quais são determinadas *numerus clausus* pela LRP,<sup>17</sup> as hipóteses de averbação são mais amplas, em função do disposto no art. 246 da lei em comento, o qual determina que:

“Além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as sub-rogações e *outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro*” (destacamos).

Nesse sentido, Petrônio Calmon Filho, Procurador de Justiça, secretário-geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Doutor em Direito Processual pela USP, defende o seguinte:

“Qualquer motivo que se considere relevante tem de ser averbado, até porque compete aos eventuais destinatários, que somos todos nós da sociedade, ter a orientação devida para saber se aquilo que está sendo averbado pode ou não ter relevância. O Registrador deveria buscar essa não limitação, exatamente tirando a pecha de que as averbações resultariam em algum prejuízo. Qualquer pessoa pode comprar qualquer bem, ainda que constem mil averbações. O importante é o comprador saber o que elas significam.”<sup>18</sup>

17. Art. 167, I e 221 da LRP:

“Art. 221. Somente são admitidos registro:

I – escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros;

II – escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, com as firmas reconhecidas, dispensado o reconhecimento quando se tratar de atos praticados por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação;

III – atos autênticos de países estrangeiros, com força de instrumento público, legalizados e traduzidos na forma da lei, e registrados no cartório do Registro de Títulos e Documentos, assim como sentenças proferidas por tribunais estrangeiros após homologação pelo Supremo Tribunal Federal;

IV – cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo.

V – contratos ou termos administrativos, assinados com a União, Estados, Municípios ou o Distrito Federal, no âmbito de programas de regularização fundiária e de programas habitacionais de interesse social, dispensado o reconhecimento de firma. (...)”

18. CALMON FILHO, Petrônio. Progresso e registro: novas tendências. *Boletim Eletrônico IRIB*, n. 3.007, ano VII, São Paulo, 21 jun. 2007 apud PAIVA, João Pedro Lamana. A fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória à luz das inovações trazidas pelas leis 11.382/2006 e 11.419/2006. In: Dip, Ricardo; Jacomino, Sérgio. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*. vol. 7. p. 1001-1010. São Paulo: Ed. RT, set. 2013.

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Nesse sentido, dentre as possibilidades legais de averbação encontra-se mantida, no NCPC, a averbação do ajuizamento de ação executiva na matrícula imobiliária como uma providência possível ao credor, nas disposições gerais (art. 799) e nas disposições a respeito de execução por quantia certa (art. 828), as quais correspondem aos arts. 615 e 615-A do CPC/1973.<sup>19</sup>

A “certidão acautelatória”, na denominação de João Pedro Lamana Paiva, tem primordialmente duas funções: cientificar o terceiro de boa-fé de que o imóvel poderá ser objeto de restrição judicial e proporcionar ao exequente a possibilidade de se resguardar da dilapidação do patrimônio do devedor.<sup>20</sup> Averbada a certidão premonitória ou acautelatória, os bens afetados pela medida não poderão ser, a princípio, livremente alienados pelo devedor, pois restaria configurada a fraude à execução.<sup>21</sup>

O pedido de averbação da ação executiva no registro de imóveis é uma iniciativa que independe de manifestação expressa do juízo, devendo o exequente apenas comunicar posteriormente nos autos sobre as averbações efetivadas, na forma do § 1.º do art. 828 do CPC/2015. Alguns sustentam interpretação mais restrita aos termos da lei processual, exigindo manifestação do juiz no sentido de se autorizar o registro das ações que não forem de natureza executiva.<sup>22</sup>

---

19. “Art. 799. Incumbe ainda ao exequente:

(...)

VIII – pleitear, se for o caso, medidas urgentes;

IX – proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.”

“Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.”

20. PAIVA, João Pedro Lamana. A fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória à luz das inovações trazidas pelas leis 11.382/2006 e 11.419/2006. In: Dip, Ricardo; Jacomino, Sérgio. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*. vol. 7. p. 1001-1010. São Paulo: Ed. RT, set. 2013.

21. Idem.

22. Nesse sentido Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza:

“A averbação premonitória acessará o registro imobiliário quando se cuidar de processo de execução, devendo o registrador recusar a averbação quando lhe for apresentada certidão referente a processos cautelares ou de conhecimento (...) em tais hipóteses, necessário será provimento judicial para constituição de título admitido a registro (em sentido amplo). O registro da citação das ações reais ou pessoais reipersecutórias; das penhoras, arrestos e sequestros de imóveis; a averbação das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou aver-

---

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

O Poder Judiciário, no entanto, reconhece a regularidade da averbação do conteúdo de certidão positiva de feitos ajuizados na matrícula imobiliária, como mostra um julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que permitiu o registro de embargos à execução, uma ação ordinária, uma cautelar inominada, embargos de terceiros e uma execução de sentença. A decisão foi proferida nos seguintes termos:

“Em obediência ao princípio da concentração no Registro de Imóveis, torna-se necessário que conste tudo que possa, diretamente ou indiretamente, afetar sua propriedade e registro, de forma a proteger eventuais terceiros de boa-fé adquirentes do imóvel.”<sup>23</sup>

Assim, quando verificada a legítima expectativa do credor e evidenciado o risco de dilapidação patrimonial que tenha potencial caráter de frustrar o recebimento de crédito, é possível a averbação do fato na matrícula do imóvel, a fim de proteger terceiros adquirentes e garantir a eficácia de futura execução. Como balizador, ter-se-iam as hipóteses previstas no art. 792 do CPC/2015 (correspondente ao antigo art. 593 do CPC/1973):

“Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: I – quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; II – quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828; III – quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; IV – quando, ao tempo

---

bados; ou mesmo as averbações com esteio no art. 246 da Lei 6.015/1973, quando cuidarem de ações judiciais, só ingressarão na tábua registral após manifestação do magistrado, o que é desnecessário quanto à distribuição da execução, e tão somente da execução. Ocorre que, em se tratando de execução, já dispõe o exequente de título que consubstancia obrigação certa, líquida e exigível.”

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Processo e Registro. A forma além do conteúdo. Ainda as certidões de feitos ajuizados. *Boletim Eletrônico IRIB*. BE 2851. Ano VII. Editor: Sérgio Jacomino. São Paulo, 24.02.2007.

23. INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL. *Boletim Eletrônico IRIB*. Jurisprudência selecionada. BE4457. Ano XIV. São Paulo, 09.06.2015.

“*Apelação cível. Averbação de conteúdo de certidão de feitos ajuizados. Possibilidade.* O art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985, previa, em sua redação original, a consignação, no ato notarial, da apresentação da certidão de feitos ajuizados. Por sua vez, a Lei 6.015/73 permite a averbação de todas as circunstâncias que, de qualquer modo, tenham influência no registro do imóvel ou nas pessoas nele interessadas. (TJMG, ApCiv 1.0042.13.004868-1/001, 3.ª Câmara, j. 15.05.2015. Apelante: Djalma Vilela De Oliveira. Relatora: Desembargadora Albergaria Costa).

---

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; V – nos demais casos expressos em lei. (...).”

Diante da previsão expressa do artigo em comento, não existe, *a priori*, qualquer óbice à averbação da instauração do procedimento arbitral na matrícula de imóveis, mediante requerimento direto das partes ou por autorização expressa dos árbitros, especialmente em função do IV do art. 792 do CPC/2015, o qual caracteriza como fraude à execução a alienação de bens durante o trâmite de *qualquer demanda* que possa levar o devedor à insolvência.

Para que se caracterize a fraude à execução por insolvência, o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça é o de que é necessária a prova da má-fé do adquirente, que pode ser presumida nos casos da averbação da penhora ou das ações em curso na matrícula do imóvel, servindo ao duplo propósito de prevenir terceiros adquirentes e resguardar o crédito em face de possível dilapidação patrimonial. Nesse sentido, eventual averbação do procedimento arbitral teria ainda mais relevância, tendo em vista que, ao contrário dos procedimentos judiciais, os quais são acessíveis à pesquisa do comprador diligente, o procedimento arbitral tem caráter estritamente privado e confidencial,<sup>24</sup> salvo exceções.

Uma questão a ser levantada de imediato em relação ao registro imobiliário do procedimento arbitral é a problemática relativa ao caráter essencialmente publicista do direito registral e ao caráter privado da arbitragem. Nesse sentido, duas questões apontam para o direcionamento do debate acerca do tema. Por um lado, é possível uma analogia com o próprio caráter de demanda que possui a pretensão buscada no procedimento arbitral, a qual, se procedente, será executada perante o Poder Judiciário sem que se exija sigilo na ação respectiva, somada à justa expectativa do credor e de potenciais adquirentes dos imóveis do devedor. Por outro lado, o resguardo da autonomia das partes que legitima a escolha pela arbitragem como meio privado de solução de litígios, tendo em vista que, enquanto não constituído o título executivo judicial pela prolação da sentença arbitral, prevaleceria o caráter confidencial do litígio.

De outra banda, não existe previsão na LRP que mencione expressamente a possibilidade da averbação da cautelar inominada de indisponibilidade de bens. No entanto, fato é que se trata de decisão judicial (ou arbitral) que deve ser atendida, independentemente de previsão legal expressa. Nesse sentido:

“Se o juiz, no uso desse amplo poder que o legislador lhe concede, determina e ordena quer a proibição de alienação, quer a indisponibilidade do bem, enfim qualquer medida cautelar sobre o imóvel, impedir a sua publicidade no

---

24. Ver PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 6. p. 25-36. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2005.

---

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



Registro Imobiliário, será medida incompleta, inacabada. (...). Não enumerou o legislador no art. 167, I, item 21, quais as ações pessoais reipersecutórias relativas a imóveis que possam ser ajuizadas. Elas são as mais diversas possíveis, e, desde que tenham reflexo em um bem imóvel, devem ser admitidas no Registro Imobiliário.”<sup>25</sup>

Da mesma forma, menciona o art. 167, II, 12, da LRP que será realizada a averbação de “decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados”, o que já é suficiente para o cabimento da averbação da decisão cautelar.

#### 4. CONCLUSÃO

Como sempre defendemos, as opções feitas pelos diversos sistemas jurídicos impactam diretamente a atividade econômica, criando incentivos positivos ou negativos. A combinação destas opções formará um conjunto de regras que pode estimular (ou não) o desenvolvimento econômico de um país. Cabe ao legislador e a todos aqueles que influenciam o Direito procurarem a construção de um arcabouço jurídico capaz de promover esse desenvolvimento.

A atividade econômica necessita que o Direito forneça, deste modo, alguns elementos, como, por exemplo, segurança jurídica, representada pela tutela da legítima expectativa e do crédito.

As ponderações feitas acima abordam a convergência de importantes institutos, todos capazes de permitir o estímulo da atividade econômica por meio do aumento da segurança jurídica, na medida em que podem representar a diminuição de custos com garantias contratuais, facilitando a tutela do crédito. Os mecanismos de solução de controvérsias estão em constante evolução, sempre à procura de novas soluções ou do aperfeiçoamento das existentes. O NCPC, fruto desta busca permanente, traz propostas interessantes, incluindo, conforme abordado acima, uma facilitação da utilização dos mecanismos alternativos, com destaque para a arbitragem, reduzindo a dependência de pronunciamentos do Poder Judiciário.

Essas propostas, contudo, dependerão da recepção por todos os responsáveis pela aplicação para que realmente surtam os efeitos esperados e tragam, em síntese, a remoção de algumas barreiras que impedem uma tutela eficiente do crédito. A simplificação de exigências para que provimentos judiciais ou arbitrais atinjam o patrimônio imobiliário das partes envolvidas em uma disputa permitirá o compartilhamento de ganhos já observados em outras áreas, como

---

25. SILVA FILHO, Elvino. Op. cit.

---

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

ocorreu no Sistema Financeiro Nacional, nas bolsas de valores e de mercadorias, em órgãos estatais que efetuam o registro de propriedade, como é o caso do Detran, dentre outros.

A implementação destas medidas necessitará, claro, de reflexão e da aplicação dos princípios que são próprios ao Direito Imobiliário, mas esperamos que elas sejam, ao final, bem vistas e adotadas, ainda que com pequenas correções de rumo, que somente a prática poderá mostrar.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. STJ. AgRg na MC 17.411/DF. Corte Especial. j. 20.08.2014. rel. Min. Ari Pargendler. publ. 01.09.2014. Agravante: S/A Fluxo Comércio e Assessoria Internacional. Agravada: Newedge USA LLC.
- SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Processo e Registro. A forma além do conteúdo. Ainda as certidões de feitos ajuizados. *Boletim Eletrônico IRIB*. BE 2851. ano VII. Editor: Sérgio Jacomino. São Paulo, 24.02.2007.
- HOFF, Luiz Alberto. A hipoteca judiciária e sua importância como instrumento de garantia. *Revista dos Tribunais*. vol. 674/81-87. São Paulo: Ed. RT, dez. 1991.
- INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL. *Boletim Eletrônico IRIB*. Jurisprudência selecionada. BE4457. Ano XIV. São Paulo, 09.06.2015.
- PAIVA, João Pedro Lamana. A fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória à luz das inovações trazidas pelas leis 11.382/2006 e 11.419/2006. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*. vol. 7. p. 1001-1010. São Paulo: Ed. RT, set. 2013.
- PEIXOTO, Ravi. Aspectos relevantes da hipoteca judicial no CPC/2015. *Revista de Processo*. vol. 243. p. 243-265. São Paulo: Ed. RT, maio 2015.
- PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 6. p. 25-36. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2005.
- SÃO PAULO. TJSP. ApCiv 0074278-09.2009.8.26.0114. 1.ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. j. 20.02.2014. pub. 26.02.2014. Apelante: AC Participações Ltda. Apelados: Giro Logística Integrada Ltda. e Transportadora Campos Ltda. Relator Desembargador: Fortes Barbosa.
- SILVA FILHO, Elvino. As medidas cautelares no registro de imóveis. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*. vol. 2. p. 1267-1305. São Paulo: Ed. RT, dez. 2011.
- TIMM, Luciano Benetti; BERNARDES, Lucas Petri. Análise Econômica dos Contratos Empresariais. In: SZTAJN, Raquel; SALLES, Marcos Paulo de Almeida; TEIXEIRA, Tarcísio (coords.). *Direito Empresarial: Estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*. São Paulo: Ed. IASP, jun. 2015.

---

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

**Veja também Doutrina**

- A fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória à luz das inovações trazidas pelas Leis 11.382/2006 e 11.419/2006, de João Pedro Lamana Paiva – *RDI* 64/155-162, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/1001-1010 (DTR\2008\812); e
- Registrabilidade da sentença arbitral: um estudo de inter-relação entre arbitragem e o registro de imóveis, de Adriana Gugliano Herani Deyama – *RDI* 72/127-159, *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 3/531-564 (DTR\2012\44776).

TIMM, Luciano Benetti et al. Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 203-219. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



The background features a light gray grid pattern that becomes more prominent towards the bottom right. Overlaid on this are several large, overlapping, semi-transparent circles in various shades of gray, creating a layered, geometric effect.

# **Doutrina Internacional**



# LA IMPLANTACIÓN DE REGISTROS PÚBLICOS

---

## THE ESTABLISHMENT OF PUBLIC RECORDS

**BENITO ARRUÑADA**

Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.  
benito.arrunada@upf.edu

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral

**RESUMEN:** Este artículo analiza las principales cuestiones estratégicas que se plantean en la implantación de registros públicos: (1) la interacción de un nuevo registro con los "órdenes" jurídicos preexistentes que, a menudo, están bien adaptados a los mercados locales; (2) la secuencia más lógica a seguir en el desarrollo de instituciones jurídicas que hagan posible el intercambio impersonal; y (3) las prioridades de la reforma.

**PALABRAS CLAVE:** Registros – Propiedad – Derechos – Implantación.<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** This article analyzes the main strategic issues from the establishment of public records: (1) the interaction of a new record with the existing legal "orders" that are often well suited in the local markets; (2) the most logical sequence to follow in the development of legal institutions that makes possible the impersonal exchange; and (3) reform priorities.

**KEYWORDS:** Registries – Property – Rights – Implementation.

**SUMÁRIO:** 1. El conflicto entre órdenes jurídicos de diferente extensión: 1.1 ¿Debemos integrar o reemplazar los órdenes jurídicos locales?; 1.2 Límites de los paliativos privados para superar los órdenes jurídicos locales y promover el intercambio impersonal: 1.2.1 La responsabilidad comunitaria como vía para canalizar el *enforcement* local hacia el intercambio impersonal; 1.2.2 La intermediación privada como sustituto de las instituciones en el mer-

- 
1. Este artículo es una versión ligeramente revisada de varios apartados del capítulo cuarto de Arruñada (2012a, trad. española, 2013). Los capítulos primero a tercero de dicho libro presentan la teoría económica de los registros y sus imperativos organizativos; mientras que los capítulos quinto a séptimo tratan cuestiones más específicas, relacionadas con la creación de los registros, incluida la elección del tipo de registro, su organización, los retos que plantean las nuevas tecnologías y la regulación de servicios complementarios.

cado de hipotecas estadounidense; 1.3 La doctrina jurídica establecida como orden jurídico local y lastre para el desarrollo de las instituciones – 2. La secuencia lógica de reforma: 2.1 Los beneficios de identificar a las personas; 2.2 Desarrollo de instituciones que respaldan el intercambio de derechos personales; 2.3 Reformar los registros antes que los tribunales – 3. Identificación de atributos y usuarios esenciales de los registros: 3.1 La prioridad de la independencia registral respecto a todas las partes; 3.2 Consecuencias que se derivan de prestar atención al valor de los servicios registrales – 4. Referencias.

## 1. EL CONFLICTO ENTRE ÓRDENES JURÍDICOS DE DIFERENTE EXTENSIÓN

A menudo, las reformas que se acometen en el ámbito de la titulación entran en conflicto con derechos de propiedad consuetudinarios. Sucedió así en Europa con el sistema feudal de los derechos de propiedad, cuyos vestigios constituyeron durante siglos un grave impedimento para la propiedad individual. Entre tanto, los propietarios urbanos europeos siguieron reclamando a sus soberanos que crearan registros de propiedad. Entre 1535 y 1925, sólo en Inglaterra se proyectaron veintinueve leyes destinadas a crear un registro de bienes inmuebles (SPARKES 1999, 1–3). De modo similar, desde 1528, las ciudades representadas en las Cortes de Castilla pidieron al Rey Carlos I que introdujera un registro obligatorio de censos (una especie de arrendamiento indefinido). Sin embargo, esas peticiones siempre fueron desatendidas. Inglaterra no contó con un registro eficaz hasta el siglo XX y Castilla no lo introdujo hasta 1861. La principal razón de estos fracasos fue la oposición de nobles y abogados. De forma parecida, hoy en día, en los países en vías de desarrollo, los derechos de propiedad consuetudinarios suelen colisionar con los intentos de asignar a los individuos un conjunto de derechos de propiedad más completo.

El coste de los registros es un factor importante en este tipo de retraso, pero la particular naturaleza de la demanda y los intereses privados suelen desempeñar el papel decisivo. Las oportunidades de intercambio que abren las reformas institucionales no están al alcance de todos y los beneficiarios del antiguo sistema pueden tener poco que ganar en el nuevo. En consecuencia, el que haya una demanda económica no implica necesariamente que exista suficiente demanda política de cambio institucional. Además, esta demanda de cambio probablemente se correlaciona con la solidez de las instituciones alternativas, las cuales se adaptan a diferentes formas de producción que no se basan demasiado en los mercados, o que lo hacen sólo en transacciones de índole personal y mercados locales. En estos casos, los cambios institucionales suelen tropezar con la resistencia de quienes tienen intereses creados en el orden jurídico tradicional, sean los jefes de tribu en una región primitiva, los organizadores de movimientos de ocupación de tierras en los suburbios urbanos, o los nobles y

---

ARRUÑADA, Benito. La implantación de registros públicos.

*Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 223-249. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



profesionales que intervenían las transmisiones inmobiliarias en la Europa del Antiguo Régimen.

En los apartados siguientes sostendré que conviene contemplar estas situaciones como conflictos entre órdenes jurídicos, adaptados en mayor o menor medida a diferentes mercados e incluso a diferentes sistemas económicos. Esta perspectiva ayuda a evitar un error común, consistente en sobrestimar la capacidad de adaptación de las instituciones tradicionales. Revela también los límites de las iniciativas privadas para superar el desajuste entre el alcance de las instituciones disponibles y la extensión deseada de los mercados, ya sea mediante las diferentes versiones de los sistemas de responsabilidad comunitaria, ya sea mediante otras construcciones intermedias, como la que concibió el sector hipotecario estadounidense para superar las deficiencias de sus registros locales. Por último, permite observar que se trata de un problema extendido, pues incluso las economías de mercado desarrolladas suelen sufrir un problema similar, pero más sutil: el predominio en el Derecho de una visión que atiende al intercambio personal. Esta visión suele adoptar soluciones jurídicas que, con carácter general, resultan adecuadas para el intercambio personal (por ejemplo, conceptos arcanos acerca de la transmisión de la propiedad), mientras que relega a meras excepciones las que son idóneas para el intercambio impersonal: por ejemplo, un derecho real inatacable. Esta confusión conduce a bizantinismos jurídicos, aumenta la demanda de los abogados y malogra muchas oportunidades de realizar intercambios impersonales.

### 1.1 *¿Debemos integrar o reemplazar los órdenes jurídicos locales?*

Incluso las sociedades primitivas han construido soluciones jurídicas sofisticadas para formalizar las transacciones,<sup>2</sup> incluidas una publicidad independiente y una inscripción rudimentaria. Por ejemplo, en Tanzania, la actividad económica local depende de una miríada de instrumentos contractuales privados y de mecanismos institucionales de carácter público. Entre los instrumentos privados, se incluyen los contratos para realizar adquisiciones, contraer deudas y constituir asociaciones, así como diversas garantías tales como los poderes de representación, registros contables y cartas de recomendación. Entre los mecanismos públicos, se cuentan los arbitrales y judiciales así como los registros públicos.<sup>3</sup> Esta clase de soluciones desempeñan funciones de forma-

2. Véanse, por ejemplo, las soluciones descritas en Arruñada (2012a, 45-53).

3. De Soto (2006) identifica dieciocho arquetipos o “patrones de interacción” en Tanzania. Nueve de ellos (en particular, los de documentación, garantías, testamentos,

lización que son útiles en mercados locales, pues hacen que las transacciones originarias puedan verificarse, y son eficaces para apoyar la realización de transacciones a escala local. Por ejemplo, algunos de estos sistemas posibilitan el depósito en un archivo público de los contratos inmobiliarios, de modo que los adquirentes pueden obtener información sobre el derecho que ostenta el vendedor.

Resulta tentador usar estas soluciones como pilares al crear un sistema jurídico adecuado para un mercado nacional más extenso o “general”. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre Tenencia de Tierras de la Unión Europea (la *European Union Task Force on Land Tenure*, EUTFLT) concluye que “pese a que el objetivo del Estado es desarrollar un sistema formal de derechos individuales, el acento debiera ponerse en tratar de favorecer una evolución progresiva, que se construya sobre los derechos existentes y les confiera reconocimiento legal” (EUTFLT 2004, 13). De Soto (2000) incluso afirma que la principal razón de que hayan fallado tantos esfuerzos destinados a crear sistemas de titulación es no haber sabido reconocer e incorporar los sistemas informales. En coherencia con ello, insta a los gobiernos a “determinar cómo estos procedimientos dispersos, de base extrajurídica, pueden agruparse, sistematizarse, codificarse y armonizarse en el sistema jurídico vigente” (DE SOTO 2006, 57).

Sin embargo, los órdenes jurídicos locales resultan ineficaces para asistir a las transacciones que se efectúan fuera del mercado local. La naturaleza local de sus mecanismos de *enforcement* a menudo les impide apoyar transacciones en mercados más extensos, aquéllos en los que intervienen actores externos a la comunidad local. La fuente de su legitimidad y autoridad es local, lo que hace peligrar su imparcialidad cuando están involucrados actores externos. Un cacique local actuando como juez en un pueblo tiene dificultades obvias para decidir un caso que enfrente a un aldeano con un foráneo. Por esa razón, las

---

asociaciones, redundancias, atestados, representación, estandarización y contratos) hacen referencia a la contratación puramente privada. Cuatro son mecanismos para reducir no los costes de transacción, sino los resultados de los contratos celebrados, finales (división del trabajo y gestión) o intermedios (transparencia y responsabilidad), por lo que no desempeñan ningún papel en el análisis. Los cinco últimos mecanismos consisten efectivamente en soluciones de naturaleza pública, y son los siguientes: adjudicación por terceros que resuelven conflictos y, por tanto, crean derechos de propiedad (por ejemplo, el Consejo de Ancianos); archivos en los que se depositan documentos sobre la propiedad y las empresas (por ejemplo, el Presidente del Consejo Municipal, conocido como *Mwenyekiti*); cédulas de posesión expedidas por un mercado local; documentos de identificación personal expedidos por autoridades locales; y marcado del ganado.

instituciones locales tienden a colisionar con las que el Estado ha creado para facilitar un mercado más amplio.

El problema es difícil porque lo que impide el intercambio no es la debilidad del *enforcement* local, sino su fortaleza. El ejemplo extremo lo observaron Lanjouw y Levy (2002) en el Ecuador urbano cuando advirtieron que la presencia de varones en el hogar hacía que su finca fuera más difícil de vender, probablemente porque sus derechos se hacen cumplir de forma más eficaz y los compradores temen que puedan exigirles que se les devuelva la finca. En cambio, les resulta más fácil arrendar la finca. Sucede lo contrario en hogares integrados sólo por mujeres, cuyo “orden” jurídico es el más local posible: los mismos propietarios se encargan de hacer valer sus derechos. Desde esta perspectiva, los programas de titulación debieran dirigirse a aquellas comunidades cuyos órdenes jurídicos informales sean más débiles, lo que confirma el argumento de que los derechos son también más valiosos para comunidades jóvenes que carecen de “organizadores” poderosos.

El conflicto tiene, pues, poco que ver con la informalidad o con la exigua naturaleza formal de las instituciones locales. Es un conflicto entre jurisdicciones, el mismo tipo de conflicto que ha obstaculizado históricamente el desarrollo de un *enforcement* judicial eficaz (GREIF 2006b). Y es también una preocupación actual: incluso a día de hoy, en los Estados Unidos, los tribunales estatales tienden a resolver los conflictos a favor de las partes más locales. Por ejemplo, Tabarrok y Helland (1999) observan que, cuando resuelven litigios de responsabilidad extracontractual entre empresas locales y de otros estados, los jueces nombrados mediante un proceso electoral tienden a redistribuir riqueza a favor de las empresas locales.

Lo que los mercados necesitan son instituciones que resulten eficaces para el tipo de transacción – local *versus* nacional o internacional – que se pretenda realizar en ellos, y a los entes políticos les es más fácil proporcionar esas instituciones cuando su propio alcance se corresponde con el del mercado. Por ejemplo, Anderson y Hill (2004) relatan cómo, en las últimas décadas del siglo XIX, las asociaciones de ganaderos del Oeste de los Estados Unidos hicieron cumplir eficazmente los derechos de propiedad a nivel local. No obstante, tuvieron que depender de la intervención del gobierno para lograr que el mercado de ganado fuera efectivo, pues éste se transportaba a través de grandes territorios. Por este motivo, los ganaderos indujeron a los gobiernos a crear registros de marcas, a promulgar leyes que prohibían el traslado de ganado que no estuviera marcado fuera de su ámbito habitual, y a regular e inspeccionar al ganado y las ventas de ganado marcado (ANDERSON e HILL 2004, 28, 141 y 149–51). La lección es clara: las transacciones impersonales realizadas fuera

del ámbito local requieren instituciones cuyo ámbito no sea local, y desarrollar tales instituciones suele ser más fácil para una entidad política que tenga competencia efectiva en el mercado que se pretende alcanzar. Se tiende a adoptar como solución una estructura jerarquizada en la que la entidad política de rango superior obliga a las jurisdicciones locales mediante reglas comunes. Para los inmuebles, ello suele implicar, además, introducir un *numerus clausus* que haga nulos o degrade algunos derechos de propiedad consuetudinarios o comunitarios. En esas estructuras jerárquicas puede que se produzca poca o ninguna integración de los sistemas jurídicos locales, los cuales en su mayoría suelen desaparecer.

### *1.2 Límites de los paliativos privados para superar los órdenes jurídicos locales y promover el intercambio impersonal*

Cuando el intercambio impersonal podría ser provechoso, pero no existe ninguna entidad política con el mismo alcance que el mercado, o bien sí existe, pero es incapaz de crear las instituciones necesarias para dicho intercambio, las entidades políticas locales o las propias partes tenderán a arbitrar soluciones paliativas, que hagan viables algunas formas de intercambio cuasi-impersonal. Dos ejemplos significativos de ello son los antiguos sistemas de responsabilidad comunitaria y los mecanismos que se han desarrollado recientemente en los Estados Unidos para posibilitar un mercado nacional de préstamos hipotecarios sobre la base de instituciones inmobiliarias cuyo alcance es aún esencialmente local. Ambos ejemplos son reveladores de las posibilidades y limitaciones que presentan los paliativos privados para apoyar el intercambio impersonal.

#### *1.2.1 La responsabilidad comunitaria como vía para canalizar el enforcement local hacia el intercambio impersonal*

A falta de autoridades políticas que puedan y estén dispuestas a adoptar una solución vertical, quienes actúan en mercados locales pueden instrumentar soluciones paliativas horizontales que emulen al sistema de responsabilidad comunitaria en el que se basaba el comercio europeo de la baja Edad Media (GREIF 2002, 2004, 2006a). En esa época, todos los comerciantes de una ciudad podían ser declarados responsables de las obligaciones contraídas por los demás en los actos de comercio realizados en el exterior, evitando así la tendencia de los tribunales locales a ser parciales. Actualmente, se observan soluciones bastante similares en muchas iniciativas relacionadas con el microcrédito (BESLEY Y COATE 1995; Bhole Y OGDEN 2010). Un ejemplo interesante es el sistema de

préstamos hipotecarios comunitarios implantado en Indonesia bajo el nombre *Kredit Triguna* o préstamo de “triple función”, que se concede no a los individuos, sino a las comunidades con rentas bajas para comprar fincas, construir casas y financiar actividades productivas (SUYONO Y JULIMAN 1999). Primero, la comunidad muestra su compromiso y solvencia proporcionando un fondo de compensación (*Dana Mitra*) que puede adoptar la forma de ahorros en efectivo u otros activos, incluidas fincas. Cada mes, además de pagar la cuota mensual del préstamo, cada individuo hace una contribución a un fondo de reserva colectivo (*Dana Solidaritas*) que cubre los eventuales incumplimientos individuales. Si un miembro incumple, se paga al acreedor con el fondo de reserva y el incumplimiento del miembro de que se trate se resuelve en atención a las normas de la comunidad. Si no hay incumplimientos, los recursos del fondo de reserva permanecen en la comunidad. (Las iniciativas sobre microcréditos también cuentan con algunas de estas características para facilitar el cumplimiento de derechos *in personam*).

La responsabilidad comunitaria proporciona una conexión entre los órdenes jurídicos locales y generales. Sin este sistema de responsabilidad, la fuerza de la comunidad local haría que no pudieran celebrarse muchas de las transacciones que se realizan con foráneos, pues los contratos celebrados entre locales y foráneos se harían cumplir de manera imperfecta. Por ejemplo, un acreedor hipotecario anticiparía que el orden jurídico local haría que no pudiera ejecutarse la hipoteca de un deudor hipotecario local y, por tanto, no estaría dispuesto a conceder préstamos. Es la fuerza de la comunidad local la que hace que esas transacciones con foráneos resulten imposibles. Los sistemas como el *Kredit Triguna* canalizan esa fuerza de forma positiva para hacerlas posibles. El bajo porcentaje de incumplimientos que se observa en los planes de microcrédito también apunta a que son efectivos.

Sin embargo, la propia naturaleza de estas soluciones de responsabilidad comunitaria también revela sus límites. Resulta útil que la comunidad goce de personalidad jurídica, lo que, en muchos casos – por ejemplo, en comunidades de ocupantes ilegales – requerirá algún tipo de formalización política (no del todo diferente de la propia de la constitución de sociedades, cuyo antecedente histórico se encuentra en la constitución de entidades locales). Además, la responsabilidad comunitaria no brinda una salvaguarda general a todas las partes potenciales, sino sólo a aquellas cubiertas por el acuerdo alcanzado con las entidades locales. Esto limita la posibilidad que tienen las personas de abandonar sus comunidades locales y, a veces, hace que resulte difícil verificar a qué comunidad están afiliadas. En la Edad Media, se usaba la inscripción registral para diferenciar a los burgueses de los demás vecinos, los cuales tenían menos

derechos y se les exigía proporcionar garantías adicionales (KADENS 2004, 46-47, n. 34). Otros de los mecanismos que se usaban en el comercio medieval para verificar su afiliación consistían en hacer que los comerciantes de cada ciudad – los sujetos a la jurisdicción de esa ciudad – viajaran y se alojaran juntos, así como que actuaran como testigos en los contratos que celebraban los demás comerciantes (GREIF 2006a, 227). Es comprensible que estos mecanismos se volvieran menos efectivos con el crecimiento de las ciudades (229).

Adicionalmente, la responsabilidad comunitaria se basa en los vínculos personales que existen entre los miembros de la comunidad local, los cuales tienden a debilitarse con el comercio y el desarrollo. Como argumenta Greif para explicar la desaparición del sistema medieval de responsabilidad comunitaria, a medida que crezca la economía, y el número y la heterogeneidad de los participantes, el *enforcement* será cada vez más costoso para todos ellos. Por tanto, el propio éxito de la responsabilidad comunitaria pone en peligro su futuro. En particular, como señalan Besley y Coate (1995) cuando la comunidad no puede imponer sanciones sociales severas, la responsabilidad comunitaria puede dar lugar a que los individuos se comporten estratégicamente, incumpliendo de forma voluntaria. Sin mecanismos centrales de *enforcement*, las redes “reputacionales” afrontan dificultades similares, como muestra, por ejemplo, el declive de la coalición de mercaderes de la California Mexicana (CLAY 1997, 223–25).

### 1.2.2 *La intermediación privada como sustituto de las instituciones en el mercado de hipotecas estadounidense*

La crisis de las ejecuciones hipotecarias de Estados Unidos, ya mencionada en el capítulo 2, constituye otra muestra contemporánea de las complejas interacciones que se producen entre los órdenes jurídicos locales y generales en cuanto al desarrollo de instituciones.

El sistema estadounidense de registros de escrituras o documentos inmobiliarios fue desarrollado a escala local por los condados y los estados. Cabe esperar, por ello, que esté bien adaptado a los mercados locales, por lo que es poco sorprendente que, ya en la segunda mitad del siglo XX, resultara inadecuado para un mercado secundario de hipotecas de ámbito nacional. Desde que este mercado secundario empezó a crecer, tras la Segunda Guerra Mundial, sus protagonistas advirtieron que el sistema público de registros de documentos no proporcionaba una seguridad jurídica suficientemente uniforme. Esto explica que enseguida se impusiera la obligación de que la venta de la hipoteca en el mercado secundario requiriese suscribir una póliza de seguro

de títulos a favor del acreedor. Estas pólizas proporcionaban un complemento estandarizado que permitía agrupar y vender préstamos hipotecarios, pese a que originalmente ofrecieran una seguridad desigual. Posteriormente, el mercado secundario de hipotecas desarrolló transacciones mucho más complejas y con una rotación más rápida, las cuales eran difíciles de procesar a través de la inscripción de las cesiones de préstamos hipotecarios en los registros públicos locales, tanto en términos de tiempo como de coste. De ahí que entre 1993 y 1997 el propio sector creara el Sistema Electrónico de Registro de Hipotecas (*Mortgage Electronic Registration Systems*, MERS), para disociar los ámbitos locales y nacionales del mercado y ofrecer otro mecanismo de “comoditización”, además del seguro de títulos. En el ámbito local, MERS actuaría como representante de los acreedores, y ostentaría la titularidad de los derechos reales que los registros públicos de documentos se encargaban de ejecutar y hacer cumplir. En el ámbito del mercado nacional, MERS también podía actuar como un registro privado de las transacciones que realizaban sus miembros y, caso de quererlo los acreedores, conservaba un archivo de los derechos personales que éstos ostentaban. Un aspecto crucial es que MERS era propiedad de los acreedores y estaba controlado por ellos, lo que les protegía frente al riesgo de que MERS pudiera valerse de su sólida posición *in rem* para cometer fraudes, como hubiera estado tentado a hacer un titular independiente.

La crisis de 2010 fue causada, al menos en parte, por incentivos inadecuados y por una actuación deficiente de MERS y los demás integrantes del sector hipotecario,<sup>4</sup> así como por su aparente olvido de los riesgos políticos y judiciales que siempre entraña ejecutar hipotecas contra partes supuestamente “débiles”. No obstante, el que muchas de las decisiones judiciales en contra

---

4. Un factor importante era que el diseño jurídico de MERS proporcionaba una excusa fácil a los prestatarios para retrasar y, con frecuencia, bloquear el proceso de ejecución de la hipoteca cuestionando la legitimación activa de MERS: puesto que éste no era el acreedor hipotecario, los prestatarios alegaban que no tenía derecho a instar la ejecución de las hipotecas. Los defensores de los prestatarios se quejaban también de que, al actuar como representante de los prestamistas, MERS dificultaba que los prestatarios pudieran ponerse en contacto con los prestamistas cuando intentaban renegociar sus préstamos de manera individualizada, así como modificar la estructura de los programas a gran escala. Además, el sector hipotecario tampoco ayudó a su propia causa pues exhibió fallos sistemáticos en sus procedimientos; fue a menudo incapaz de concordar los datos electrónicos de MERS con los de los registros públicos; y mostró un desdén notable por sutilezas jurídicas, al incurrir en prácticas tales como recrear a posteriori las cesiones de préstamos o hacer que sus empleados certificasen los documentos sin haberlos visto. Véase, para los detalles de la crisis, COP (2010).

de MERS hayan sido revocadas en apelación sugiere que los tribunales locales adoptaron una posición jurídica formalista contra MERS a fin de proteger los intereses locales – esto es, los de los prestatarios –. Como sugiere, por ejemplo, Korngold (2009), “tras las decisiones dictadas contra MERS puede que subyazca una preocupación mal articulada por la suerte de los propietarios de viviendas que perdían sus viviendas o por la situación apurada que atravesaban los prestatarios” (743). En esta medida, la crisis de las ejecuciones hipotecarias puede verse, al menos respecto a MERS, como un caso más de conflicto entre órdenes jurídicos locales y generales, los cuales sostienen, respectivamente, el mercado local y el nacional.<sup>5</sup>

Desde una óptica más general, la crisis muestra que estos mecanismos paliativos privados suelen sufrir la amenaza permanente del *enforcement* local. Una posible solución a la crisis de las ejecuciones hipotecarias podría consistir en que una decisión política *ad hoc* adoptada por el Congreso de Estados Unidos concediese a MERS ciertos efectos equivalentes, en esencia, a los que son propios de un registro público.<sup>6</sup>

### 1.3 *La doctrina jurídica establecida como orden jurídico local y lastre para el desarrollo de las instituciones*

Las dificultades que experimentó Estados Unidos para construir una base institucional sólida para su mercado de préstamos hipotecarios muestran que el conflicto entre los órdenes jurídicos locales y el orden general no es exclusivo de las economías de mercado emergentes. De hecho, los problemas que plantea el Derecho consuetudinario y los órdenes jurídicos locales en el desarrollo de instituciones jurídicas adecuadas para el intercambio impersonal son parecidos a la resistencia que suele mostrar la doctrina jurídica mayoritaria en los países más desarrollados. En ambos casos, hay dos tecnologías contractuales distintas adaptadas a dos tipos de mercado. Y el predominio, en la doctrina jurídica dominante, del derecho de las transacciones de índole personal, constituye, a menudo, el principal obstáculo con el que topan las instituciones adecuadas para las transacciones impersonales.

---

5. En la misma crisis, se produjo otra versión de este conflicto entre órdenes jurídicos entre el Derecho de la propiedad y el Derecho mercantil cuando las partes trataron de aplicar principios propios del Derecho mercantil a lo que, al menos formalmente, eran transacciones sobre la propiedad: por ejemplo, cuando las hipotecas en garantía de pagarés se han tratado como títulos valores en las transacciones titulizadas.

6. La crisis ha conducido incluso a que se sugieran propuestas para que el Gobierno federal asuma gradualmente los registros públicos (MARSH 2011).



La diferencia en el caso de la doctrina jurídica dominante radica en que los grupos económicos que se resisten a los cambios no son clases sociales o económicas generales – los jefes de tribus, la nobleza, los arrendatarios de fincas y los actuales deudores,<sup>7</sup> – sino profesionales especializados en prestar servicios paliativos de apoyo al intercambio impersonal. Esta diferencia ayuda a explicar la paradoja de que potencias coloniales como Francia y Reino Unido en África, así como Estados Unidos en Filipinas, introdujeran un sistema de registro de derechos en sus colonias, mientras que en su tierra natal conservaban los sistemas más tradicionales de privacidad y de registro de documentos. Aparentemente, las colonias tenían burocracias más fuertes y profesiones más débiles.

Pero los intereses creados de los profesionales no pueden explicar por sí solos la pervivencia del derecho de los intercambios personales en la doctrina jurídica. La inercia incrustada en el uso de modelos conceptuales y teóricos también es una traba para desarrollar instituciones jurídicas que faciliten el funcionamiento del mercado, cuya creación y renovación se ve obstaculizada por la “dependencia del camino” o *path dependency* que sufre la evolución de los sistemas jurídicos, dado el carácter inevitablemente fragmentario de las reformas legales y el coste que comporta organizar eficazmente los registros. La mayoría de los recursos conceptuales e instrumentales que se manejan en la doctrina jurídica dominante fueron, de hecho, diseñados originalmente para facilitar intercambios de índole personal. Cuando el desarrollo institucional mediante la creación de registros contractuales no se hizo con la rapidez suficiente para satisfacer la creciente demanda de intercambio impersonal, algunos de aquellos recursos creados para el intercambio personal se adaptaron como paliativos para atender la demanda de intercambio impersonal (recursos como los usados, por ejemplo, en las cadenas de títulos de la propiedad y en las *unincorporated companies* inglesas examinadas en el capítulo 3). Cuando, finalmente, se desarrollan los registros, éstos se articularon, a menudo, de una forma pragmática, empírica y gradual, introduciendo cambios mínimos e injertándolos en el derecho convencional. Sus reglas principales fueron tratadas como meras excepciones al anterior marco normativo, el cual se presentaba aún como general, olvidando el peso relativo que ambos

---

7. Los actuales deudores – al contrario que los futuros – pueden considerar contrario a sus intereses un sistema que haga públicas las cargas que existen sobre los inmuebles e, indirectamente, informen de su endeudamiento real. Era ésta, por ejemplo, una de las principales preocupaciones de los caballeros ingleses del siglo XIX cuando se empezaron a producir listas comerciales de deudores (ANDERSON 1992, 46-47).

marcos tienen en la realidad de las transacciones de mercado. Inicialmente, cuando ambos sistemas se aplicaban en paralelo y, en especial, mientras el sistema antiguo fue el predominante, ese olvido era razonable. Pero perduró cuando ya no se daban esas condiciones. Por ello, los planes docentes de las facultades de Derecho y los manuales siguen centrándose en principios y procedimientos jurídicos tradicionales, que hace mucho tiempo que han quedado obsoletos. Por ejemplo, en una fecha tan tardía como 1999, “no se había publicado [en Inglaterra] ningún manual de derecho inmobiliario importante que reconociera que la mayoría de los derechos están inscritos” (SPARKES 1999, 1). De modo similar, el primero de los manuales australianos de derecho inmobiliario en tratar de manera central el sistema de registro Torrens no se publicó hasta 1971, más de un siglo después de que se introdujera ese sistema (SACKVILLE Y NEAVE 1971). Y el derecho del intercambio personal (principalmente, la adquisición de la propiedad a través de publicidad o inscripción registral y la aplicación de reglas de responsabilidad) se presenta en todas partes como una excepción al principio supuestamente general de la regla de propiedad.

Así pues, la mayoría de los recursos jurídicos están aún adaptados a los intercambios personales. Ello incluye no sólo el capital humano de los académicos, jueces y abogados, sino también otros activos intangibles, como los marcos conceptuales y los planes docentes. Y, lo que es aún más relevante, la mayoría de los análisis jurídicos fundacionales fijan su atención en los efectos jurídicos que se derivan sólo del contrato privado. De este modo, olvidan tanto los efectos que se generan sobre terceros, los cuales son esenciales para el intercambio impersonal, como el hecho de que, para la mayoría de las transacciones en la actual economía impersonal, el contrato privado no produce efectos en perjuicio de terceros. Por ejemplo, un análisis típico puede considerar que los documentos que acreditan los contratos originarios celebrados entre quienes realizan una transacción inmobiliaria o constituyen una sociedad mercantil verdaderamente transmiten derechos de propiedad o hacen que la sociedad se constituya, cuando lo cierto es que, en los sistemas jurídicos modernos, esos documentos no pueden hacerse valer en perjuicio de terceros o sólo de manera excepcional.<sup>8</sup> En estos análisis, el paradigma tradicional desempeña aún la

---

8. Los terceros de buena fe que no resultan afectados por los contratos privados son, por ejemplo, los acreedores sociales de sociedades mercantiles que no se han inscrito, los acreedores personales de sus fundadores, o los que han adquirido una finca de quienes constan como legítimos propietarios en el registro, pero que antes de esa operación la vendieron a otras personas que no escribieron sus escrituras.

función de marco de referencia, aunque sea a costa de presentar la excepción como regla general y la regla general como excepción.<sup>9</sup>

Esta falta de atención del Derecho al intercambio impersonal se reproduce parcialmente en Economía, la cual también se ha ocupado del tipo de transacciones que apenas precisan registros contractuales. Ambas disciplinas se han centrado en los problemas que se suscitan al contratar el tipo de intercambio que cabe calificar como “individual”: aquellos que entrañan una sola transacción, como, por ejemplo, la que tiene lugar entre un vendedor que suministra un bien o presta un servicio a un cliente. Ambas tienden a ignorar el intercambio “secuencial”: el que entraña al menos dos intercambios individuales interrelacionados (por ejemplo, los que existen, por un lado, entre el vendedor y el propietario del bien; y, por otro, entre el vendedor y comprador). El intercambio secuencial comprende, por tanto, al menos tres partes en dos transacciones individuales que denominaré “originaria” y “subsiguiente”.

Al ignorar los intercambios secuenciales, ambas disciplinas marginan el problema esencial de las transacciones impersonales: la asimetría informativa que afrontan los terceros cuando contemplan una transacción que está afectada por otra transacción previa y originaria. Esta crítica es aplicable a los análisis económicos que (como han examinado MERRILL Y SMITH 2001, 2011) no distinguen entre derechos personales – que sólo pueden hacerse valer frente a determinadas personas – y derechos reales – que recaen directamente sobre activos y pueden hacerse valer frente a todos –; y se ocupan, en cambio, de los derechos personales, eficaces entre las partes del contrato originario, o, con más frecuencia, de cuáles son las condiciones necesarias para que exista propiedad privada, ya se haga valer *in personam* o *in rem*. El que ambas disciplinas se centren en los intercambios individuales y los derechos personales es coherente con la idea ampliamente extendida de que es impersonal cualquier intercambio que esté bajo la protección de una judicatura independiente. Al poner el acento en la asignación inicial de los derechos, ambas aproximaciones también entrañan consecuencias inesperadas en términos de diseño institucional. Por ejemplo, al ignorar la reasignación recurrente de los derechos, tienden

---

9. Ello se hace más visible cuando se concibe a los propios terceros de buena fe como una excepción. Por ejemplo, Armour y Whincop (2007) afirman que “las transacciones con terceros que celebran los administradores incumpliendo sus deberes fiduciarios... pueden hacer que el tercero vea que su contrato no se hace cumplir o que sufra una acción reivindicatoria por parte de la organización para que se le restituya la propiedad, a menos que la contraparte sea un tercero de buena fe que haya realizado la transacción a título oneroso” (456, énfasis añadido).

a respaldar iniciativas que ponen en marcha los sistemas de titulación invirtiendo grandes sumas en medios topográficos y cartográficos, y que adoptan la titulación universal en lugar de la titulación selectiva, dos políticas que suelen ser insostenibles, como muestra la reticencia de los propietarios a inscribir las segundas transacciones.

Como consecuencia de lo anterior, los registros han merecido una atención desigual: sustancial por parte de los expertos en desarrollo, que son conscientes de los problemas que se suscitan en este ámbito; escasa por parte de los estudiosos del Derecho y la Economía. Por ello, ni los análisis jurídicos ni los económicos proporcionan un entendimiento consistente de los requisitos funcionales y organizativos de los registros. Los análisis se mantienen dentro del paradigma tradicional, con lo que subestiman el papel que desempeñan los registros y, correlativamente, sobrestiman el de la formalización documental paliativa y las soluciones informales tales, como la posesión y la representación aparente. Todo ello dificulta el desarrollo de sistemas de formalización que permitan satisfacer la demanda de la economía moderna, y explica tanto que las nuevas regulaciones suelen tardar en consolidarse,<sup>10</sup> como que persistan excepciones legales infundadas, las cuales generan zonas grises en las que la contratación impersonal deviene imposible.

En cambio, hacer hincapié en el problema contractual que afrontan las partes en el contrato originario y prestar escasa atención a los terceros conduce a los sistemas de formalización a secundar, con demasiada frecuencia, una miríada de paliativos privados, tanto antes como después de la celebración del contrato – principalmente, contratando abogados para establecer garantías personales y “validar” los contratos privados (formalización documental) o litigar en cualquier conflicto que adicionalmente se origine. Pero estas soluciones idiosincrásicas son costosas y ofrecen dudosa eficacia y calidad variable. Pueden considerarse como soluciones “artesanales” en contraste con las “industriales” que son las que precisan las transacciones impersonales, las cuales requieren costes unitarios reducidos y atributos jurídicos estándar, que faciliten las transacciones subsiguientes. Este desarrollo institucional es similar a la estandarización lograda por la producción en masa en el siglo XIX y a la garantía de calidad obtenida por la fabricación “sin defectos” a finales del siglo XX. Ésta es, precisamente, la clase de solución que empezaron a crear los ju-

---

10. Por ejemplo, en España, la fe pública registral se introdujo cuando se creó el registro de la propiedad en 1861, pero no entró realmente en vigor hasta la reforma de 1944-46, que también añadió el requisito de buena fe. Según parece, el Tribunal Supremo no la reconoció plenamente hasta el año 2007 (MÉNDEZ GONZÁLEZ 2008a, 2008b).

ristas del siglo XIX, una solución a la que sus discípulos no siempre han dado todo el valor que merece.

Así las cosas, el esfuerzo por conseguir instituciones jurídicas que favorezcan el funcionamiento del mercado es aún, con frecuencia, una batalla entre dos tecnologías distintas y los recursos especializados que las usan: por un lado, la fabricación artesanal de contratos y paliativos a cargo de abogados y notarios, avalada por la doctrina jurídica tradicional; por otro lado, la producción industrial de *commodities* jurídicas basada en los registros y la consiguiente aplicación de reglas dispositivas de responsabilidad, que suele estar respaldada por los participantes en el mercado. En este contexto, se observa algo parecido a una actitud “ludita” cuando los profesionales del Derecho se oponen a la estandarización de los actos y servicios jurídicos, o cuando aducen que los servicios personalizados ofrecen una mayor calidad. Es significativo que la *lex mercatoria*, en la que se gestaron las reglas de responsabilidad, se desarrollase sin contar con y, de hecho, desdeñando a las profesiones jurídicas establecidas: “En todos los tipos de tribunales comerciales... no sólo se excluía, generalmente, a los abogados profesionales, sino que además se reprobaba el uso de tecnicismos jurídicos” (BERMAN 1983, 347). Consecuentemente, el deseo de preservar rentas y cuasi-rentas constituye, pues, un obstáculo importante para la mayoría de esfuerzos destinados a crear o reformar los registros públicos. La novedad de esta “Revolución Institucional” estriba en que los luditas institucionales no se oponen a empresarios, como hicieron los de la Revolución Industrial, sino a funcionarios. Por ello, el bando de la tecnología moderna es especialmente débil en este conflicto, incluso después de que se haya creado un registro, cuando se remunera a sus registradores con salario fijo y, en consecuencia, tienen escaso interés en prestar un servicio valioso. En tales condiciones, no es de extrañar que, en muchos países, tras haber sido “capturados” por abogados y notarios, los registros hayan acabado subordinados a ellos.

## 2. LA SECUENCIA LÓGICA DE REFORMA

Puesto que las instituciones que favorecen el funcionamiento del mercado, como, por ejemplo, los registros y los tribunales, están relacionadas entre sí, no es fácil decidir qué institución debería crearse o reformarse primero. Pese a ello, con frecuencia, quienes emprenden una reforma han de elegir, no sólo porque los recursos son escasos, sino también porque la secuencia de sus esfuerzos puede afectar considerablemente el resultado. A continuación, examinaré algunos de los factores a los que han de atender en sus decisiones de secuenciación.

La idea básica es sencilla: parece lógico que tomen como guía fundamental la secuencia más habitual en la entrada y salida del proceso de producción. En éste, los registros de la propiedad y de sociedades mercantiles son en su mayoría pasos intermedios, pues usan información relativa a la identidad de las personas (titulares de derechos, accionistas y administradores) generada por registros civiles y por el sistema de identificación, y producen *outputs* que serán utilizados fundamentalmente por los tribunales, los contratantes y la Administración. Por tanto, antes de que los reformadores aborden la costosa creación o mejora de los registros de la propiedad y de sociedades, será a menudo preferible que desarrollen o renueven las instituciones dedicadas a identificar a las personas, como son los registros civiles.<sup>11</sup> Por una razón similar, respecto a los inmuebles, deben empezar por invertir en sistemas de identificación de edificios y fincas, tales como nomenclaturas unificadas de direcciones postales y topónimos.<sup>12</sup> Consideraciones parecidas les llevarían a desarrollar o reformar antes los registros contractuales que el sistema judicial o, al menos, a no intervenir antes en los tribunales que en los registros.

### 2.1 *Los beneficios de identificar a las personas*

Abordar la identificación de las personas y los registros civiles antes que los contractuales tiene sentido, también, por otras razones. La información sobre la identidad de las personas facilita el mercado impersonal basado en la notoriedad, todas las formas de *enforcement* público y el *enforcement* privado de los derechos personales. Esto último, lo hace, en particular, al permitir que el mercado desarrolle paliativos que se asientan principalmente en archivos privados y activos reputacionales.

11. Centrándose en la historia de Gran Bretaña, Szreter (2007) aduce que el desarrollo de registros civiles tuvo un impacto considerable en el desarrollo, y que son un requisito necesario para otras instituciones, como la seguridad social o los registros de la propiedad. La Comisión de las Naciones Unidas sobre el Empoderamiento Jurídico de los Pobres (*Commission on Legal Empowerment of the Poor*, CLEP) también ha aconsejado a los países mejorar sus sistemas de registros de identificación (CLEP 2008a, 60-61), pero se ha centrado en instituciones más sofisticadas. Por ejemplo, los informes realizados por el grupo de trabajo de esta Comisión (CLEP 2007b) tratan a los registros civiles en ocho páginas, pero dedican 268 a la resolución de controversias y derechos de propiedad, derechos laborales y derechos comerciales. Zeyringer (1995) describe la historia, dificultades y soluciones empleadas para registrar el estado civil.
12. Advértase que esto tiene poco que ver con la cartografía y delimitación generalizada de las fincas, iniciativas que son mucho más costosas y menos justificables, como argumento en Arruñada (2012a, 141-43, 147).

Primero, la identificación eficaz de las personas “formaliza” automáticamente a los empresarios individuales en relación con las transacciones empresariales que realizan, puesto que los tribunales pueden aplicar reglas de responsabilidad favorecedoras del mercado sobre la base de la notoriedad, sin que tales empresarios tengan que formalizarse como tales. Las excepciones surgen sólo cuando los empresarios quieren separar sus activos personales de los resultantes del ejercicio de la actividad empresarial, pues esta separación afecta a sus acreedores personales y a los que surgen a resultados del ejercicio de esa actividad empresarial y, por ello, requieren inscripción registral. (Por ejemplo, es viable atribuir a los empresarios individuales una responsabilidad limitada sin tener que pasar por las habituales complejidades asociadas a la constitución de sociedades. No obstante, ello requiere aún algún tipo de inscripción pública para que pueda verificarse y, por tanto, sea viable). Así pues, en ausencia de esta separación de activos, los tribunales no necesitan contar con la inscripción registral de los empresarios individuales para poder aplicar reglas de responsabilidad a las transacciones empresariales.

Además, la identificación de las personas a través de registros civiles y el carnet de identidad facilita el *enforcement* público. Por ejemplo, resulta más fácil identificar a las partes contratantes, lo que hace que sea menos necesario tener que acudir a testigos y otros terceros para que los autentiquen. De modo similar, facilita mucho que pueda localizarse y sancionar a quienes incumplen los contratos, lo cual, de otro modo, resultaría muy difícil en sociedades con alta movilidad.

Sin embargo, hacer cumplir derechos personales a través de estos mecanismos de naturaleza pública requiere un sistema judicial independiente y eficaz, un logro que no está al alcance de muchos países. Por esta razón, quizá el beneficio más importante de identificar eficazmente a las personas radique en que facilita indirectamente el *enforcement* privado de las obligaciones contractuales mediante registros privados como, por ejemplo, las cuentas bancarias y los registros de crédito. Éstos permiten a los participantes en el mercado rastrear el cumplimiento contractual de las personas, construyendo lo que, de hecho, equivale a registros de activos reputacionales de carácter privado, a los que pueden recurrir para salvaguardar las transacciones que realicen con aquellos que confíen en tales registros privados. De este modo, cualquier agente económico puede informarse más fácilmente, a través de mecanismos formales e informales, sobre la solvencia de sus contrapartes. Esta demanda de información se satisfacía tradicionalmente mediante cartas de referencia escritas por los bancos acerca de la solvencia de sus pequeños clientes empresariales, quienes, a su vez, podían usarlas en sus negociaciones con terceros. Los bancos también solían solicitar a

otros bancos informes sobre la solvencia de sus clientes y potenciales deudores (ARRUÑADA 2011, 390). Esta misma demanda se satisface ahora crecientemente por registros de crédito, a menudo promovidos por los propios bancos.

Estas soluciones de *enforcement* privado permiten que las transacciones que se efectúan entre partes que no se conocen entre sí puedan tratarse como transacciones personales, puesto que ponen en juego en la nueva transacción la reputación que las partes han ganado en anteriores transacciones. Aunque las transacciones sigan siendo personales, pues la empresa que actúa como intermediario informativo conoce normalmente a todos los que intervienen en ellas, éstos pueden no conocerse entre sí. Estos registros de activos reputacionales permiten así que la reputación salvaguarde transacciones parcialmente impersonales. Además, en general, es aplicable un argumento similar a las marcas y nombres comerciales. Y estas soluciones son igualmente aplicables en países en vías de desarrollo. Por ejemplo, la cuenta Mzansi introducida en 2004 por los principales bancos sudafricanos para prestar servicios bancarios básicos, dependía de una exención que permitía que pudieran abrirse cuentas de baja cuantía con un carnet de identidad, sin tener que proporcionar una dirección física. Esta dependencia confirma que, como sucede con todas las demás soluciones, la identificación personal sigue siendo necesaria.<sup>13</sup>

## 2.2 *Desarrollo de instituciones que respaldan el intercambio de derechos personales*

La decisión de invertir recursos escasos para desarrollar o ampliar un sistema de titulación de derechos reales debe compararse con la mejor opción alternativa. Teniendo en cuenta las interacciones que acabamos de examinar, el principal “coste de oportunidad” de esa reforma radica, a menudo, en mejorar el contexto en el que se contratan derechos *in persona* despejando el camino de los intermediarios reputacionales.

Esta estrategia de reducir los costes de transacción de los derechos personales suele ser más fácil y eficaz que hacer lo propio con los derechos reales porque requiere menos intervención pública. La tarea más difícil, la de mantener un archivo actualizado, queda en manos de los registros privados, por lo que

---

13. La cuenta Mzansi alcanzó más de seis millones de clientes en cuatro años, dos terceras partes de los cuales nunca antes habían tenido cuenta bancaria y aumentó, por tanto, significativamente la proporción de personas con cuentas. Con frecuencia, ha sido considerado un éxito, pese a que se ha dudado de si era rentable por sí mismo (BFA 2009).



es el mercado el que proporciona incentivos y mecanismos de autorregulación. Es también más fácil, porque los registros civiles no requieren la costosa tarea de probar y purgar los derechos que suelen padecer los registros de la propiedad. Por último, es también fácil porque diversos departamentos del gobierno se beneficiarán de las sinergias que ofrecen los registros civiles y los carnets de identidad para fines impositivos, de policía y militares.

Además, una estrategia que facilite los derechos personales puede ser más eficaz porque se basa en un *enforcement* privado en vez de judicial. Los sistemas de titulación resultan inútiles si los tribunales no pueden o no quieren hacer cumplir adecuadamente los derechos reales. Por ejemplo, el valor de un inmueble como garantía es prácticamente nulo si las partes esperan que los tribunales no la ejecuten eficazmente cuando el deudor haya incumplido, un fallo bastante común. Para ser eficaz, el *enforcement* judicial ha de competir con el *enforcement* informal de la comunidad local de la que el deudor suele ser miembro. Imaginemos, por ejemplo, que un banco insta la ejecución de una casa situada en un barrio urbano marginal que haya sido ocupado recientemente por un grupo organizado de ocupantes ilegales, o de una granja familiar en una aldea rural. Comparemos ahora estos supuestos con el caso de deudores que incumplan sus obligaciones personales. Su incumplimiento se inscribiría en un registro de crédito o de deudores morosos y, probablemente, dejaría incluso un rastro en sus datos bancarios. La sanción es automática, puesto que se detrae inmediatamente de su capital reputacional, con escasas posibilidades de que un tribunal pueda diferir este proceso.

Habida cuenta de que el *enforcement* es más fácil, desarrollar registros de crédito para los individuos puede ser con frecuencia más fácil que facilitar que puedan usar sus activos como garantía. Ello es así, especialmente, respecto a las personas más humildes, pues, incluso cuando tienen activos (por ejemplo, fincas) que pueden usar como garantía crediticia, ejecutar los activos del deudor suele ser imposible para un acreedor foráneo. En ese caso, cuando conceden crédito, los foráneos son reacios a confiar en las garantías, y el acceso al crédito requiere sistemas de responsabilidad comunitaria, similares a los usados en el microcrédito. Los registros de activos reputacionales superan estos problemas, ampliando así a transacciones parcialmente impersonales el alcance efectivo del *enforcement* que efectúa el mercado. De hecho, existen indicios empíricos de que el volumen de crédito aumenta cuando los bancos comparten más información sobre los deudores y cuando mejora la calidad de los registros de crédito.<sup>14</sup>

---

14. Véase Pagano y Jappelli (1993); Jappelli y Pagano (2000, 2002); Brown, Jappelli y Pagano (2009); así como Djankov, McLiesh y Shleifer (2007), quienes también sos-

Esta ventaja también es coherente con la observación de que los propietarios sigan obteniendo la mayoría de sus créditos sobre una base puramente personal, aun después de que se hayan desarrollado costosos sistemas de titulación de la propiedad: “Los bancos están, en última instancia, más interesados en el salario y otras fuentes de ingresos del solicitante del préstamo que en el hecho de que sea propietario de una pequeña parcela en un barrio urbano marginal o en una zona rural” (BRUCE *et al.* 2007, 38). Y los efectos de la titulación del crédito parecen escasos o nulos (BLEDSOE 2006, 155-58). Si se considera desde la perspectiva de los derechos reales *versus* derechos personales, esta infrutilización de las garantías reales sugiere que la secuencia o el énfasis relativo que han seguido las reformas han sido inapropiados, pues se han centrado demasiado temprano en facilitar derechos reales en lugar de derechos personales, que parece ser la vía más económica.

### 2.3 Reformar los registros antes que los tribunales

En principio, atender a los flujos más habituales en la entrada y salida del proceso de producción también conduciría a los reformadores a dar prioridad al desarrollo o reforma de registros contractuales antes o, al menos, al mismo tiempo que a los tribunales de justicia. Como he analizado en Arruñada (2012b), los registros contractuales producen o bien una reasignación pública de derechos reales, o bien una prueba fiable sobre la que se basará esa reasignación en el futuro. Aunque los registros de derechos están estructurados jurídicamente como órganos administrativos, muchas de sus decisiones producen efectos cuasi-judiciales. Naturalmente, estas decisiones pueden recurrirse, pero lo mismo sucede con las decisiones que adoptan las instancias judiciales inferiores. Además, algunas de esas decisiones registrales tienen consecuencias definitivas, que derivan sobre todo de la aplicación de reglas de responsabilidad a favor de terceros de buena fe, mediante las cuales se les asignan derechos reales.

Algunos de los servicios registrales proporcionan las pruebas en que se sustentan las decisiones judiciales: sobre todo, las que determinan la prioridad entre derechos reales contradictorios, lo que permite a los tribunales simplificar sus procedimientos. Un ejemplo claro lo suministran las ejecuciones hipotecarias, que tienden a ser más difíciles y lentas en países con registros débiles

---

tienen que en países menos desarrollados el volumen de crédito depende más de que pueda disponerse de información sobre la calidad de los deudores que de la fortaleza de los derechos de los acreedores.

o cuando la información registral es controvertida, como sucedió en Estados Unidos en 2010 durante la crisis de las ejecuciones hipotecarias.

Estas funciones cuasi-judiciales de los registros hacen que abordar su organización sea, en cierto sentido, tanto como reformar una parte del sistema judicial. Incluso en países cuyos tribunales funcionan mal, unos registros eficaces suplirán a los tribunales y producirán *inputs* judiciales que permitirán a estos últimos ser más eficaces. Además, los registros también disuadirán la litigación: se ha justificado la inscripción obligatoria de determinadas transacciones como una forma de desincentivar la litigación subvencionada (BARZEL 2002, 196).

### 3. IDENTIFICACIÓN DE ATRIBUTOS Y USUARIOS ESENCIALES DE LOS REGISTROS

Aunque pueda parecer obvio, se olvida con frecuencia que los registros de la propiedad y de sociedades sólo proporcionan un servicio valioso cuando son suficientemente fiables como para que los tribunales confirmen las decisiones de los registros o sustenten sus decisiones en la información que les proporcionan. Sólo entonces confiarán también en esa información los operadores económicos a la hora de contratar, reduciendo así la asimetría informativa y facilitando las transacciones impersonales. Para ello, los documentos presentados y depositados en los registros contractuales han de estar datados correctamente, contener la información que legalmente se exija, preservarse debidamente y ser accesibles al público.

#### 3.1 *La prioridad de la independencia registral respecto a todas las partes*

En particular, los registros han de ser independientes de todas las partes de las transacciones, tanto originarias como subsiguientes, y libres de todo tipo de corrupción; no sólo de la leve corrupción que conduce a acelerar selectivamente el proceso de inscripción, sino también de la práctica, mucho más grave, consistente en falsificar la fecha de presentación de los documentos, la cual destruye todo el valor probatorio de las certificaciones registrales, pues cuando sospechan que estos incidentes son frecuentes, los jueces tienden a prestar escasa atención a las decisiones y certificaciones registrales. Los agentes económicos no tardan en seguir esa tendencia de los jueces y empiezan a confiar, en su lugar, en garantías de índole personal, lo que limita drásticamente sus intercambios y oportunidades de especializarse. Tendrán también escaso interés en inscribirse, pues ello no les ahorra costes de transacción y, en cambio, aumenta su carga impositiva y regulatoria.

Lamentablemente, la corrupción no es un fenómeno raro, sino común y tiene graves consecuencias,<sup>15</sup> pese a que, con frecuencia, se las ignora. La Comisión de las Naciones Unidas sobre el Empoderamiento Legal de los Pobres (CLEP) ha considerado que uno de los errores más graves en los que han incurrido las reformas de formalización ha sido precisamente el de “suponer que el Estado es fuerte y digno de confianza y que, por ello, tanto las escrituras y los registros como la garantía de las transacciones son fiables y están a prueba de corrupción”. Además, la corrupción sobre titulación de la propiedad, implica grandes sumas de dinero. Por ejemplo, Transparencia Internacional ha estimado que los sobornos pagados anualmente en la India a los servicios de administración de tierras ascienden a 700 millones de dólares, una cifra equivalente a las tres cuartas partes del gasto público destinado a ciencia, tecnología y medio ambiente (CLEP 2008b, 82).

La independencia respecto a los que solicitan la inscripción de un documento y los usuarios de la información registral y de las certificaciones no es menos necesaria para los registros de sociedades mercantiles, como he argumentado en el Arruñada (2012a, 76–107). Incluso cuando el registro sólo califica los aspectos formales de los documentos sujetos a inscripción, es fundamental que ejerza su independencia, especialmente, al datar la entrada del documento en el registro, al velar por su conservación y al expedir notas simples y certificaciones. En muchos países, el personal del registro está dispuesto a cobrar sobornos por modificar la prioridad de los documentos inscritos, con frecuencia usando tarifas de urgencia como excusa, como ilustran los registros mercantiles de Venezuela (ARRUÑADA 2010, 186–87). Los jueces de esos países serán, con razón, escépticos acerca del valor que han de conceder a las certificaciones registrales. No en vano, en Venezuela existe una considerable inseguridad jurídica acerca del valor probatorio que los jueces conceden al contenido de los asientos registrales. Esta inseguridad, en sí misma y con independencia de lo frecuente que sea la corrupción, reduce significativamente el valor que la información registral tiene para las partes.

### 3.2 *Consecuencias que se derivan de prestar atención al valor de los servicios registrales*

Cuando se planifican y evalúan las reformas registrales, estos requisitos de fiabilidad e independencia entrañan importantes consecuencias a la hora de identificar quiénes son los usuarios esenciales y establecer las prioridades de reforma. Por encima de todo, y centrándonos en la mayor contribución de los

---

15. Véanse en este sentido, Okoth-Ogendo (1999), Wily y Mbaya (2001), y Hunt (2004).

registros – reducir los costes de transacción futuros al permitir que los jueces puedan verificar los contratos originarios, lo que disminuye la asimetría informativa entre las partes de los contratos subsiguientes –, quienes emprenden las reformas deben considerar a los jueces como usuarios esenciales de los servicios que prestan los registros. Aunque los jueces sólo interactúan ocasionalmente con los registros, son los jueces, en última instancia, sus usuarios fundamentales, porque el valor que den los jueces a la información registral en sus decisiones determina, a su vez, el valor que esta información tiene para todos los participantes en el mercado.

Una de las ventajas de subrayar el papel de los jueces como principales usuarios del registro es que permite tratar implícitamente a todas las partes afectadas como usuarios, pese a que no hayan inscrito ningún documento y sean simplemente terceros pasivos, ajenos a las transacciones realizadas por otros agentes económicos. Esta ventaja se advierte con más claridad en los registros de derechos, los cuales, antes de inscribir, han de cerciorarse de que la inscripción no infringe derechos reales de terceros. Un fallo registral en este punto lesionaría los intereses de estos titulares de derechos afectados. Puesto que, lógicamente, a los jueces les desagrada que los terceros de buena fe resulten perjudicados, ven los fallos registrales con recelo y, en caso de ser frecuentes, tienden incluso a hacer caso omiso de la información que consta en el registro. Por lo tanto, centrarse en la opinión de los jueces es una forma indirecta de tener en cuenta a los titulares de derechos potencialmente afectados, quienes pueden ser difíciles de identificar y pueden tener escaso conocimiento de los documentos que se han inscrito.

Por desgracia, muchos proyectos de reforma no tienen en cuenta a los jueces. Cuando, antes de la reforma, diagnostican la situación o cuando, una vez completada, evalúan sus resultados, los reformadores se interesan, a menudo, por la opinión de propietarios y empresarios, pero rara vez por la opinión de los jueces. Si se tratara de un proceso de fabricación, este comportamiento sería equivalente a sondear la opinión de los proveedores e ignorar la de los clientes. Esta fijación por quienes presentan los documentos es tanto como concebir la entrada de los documentos en el registro como un fin en sí mismo, olvidando que las inscripciones, junto con todo el proceso de inscripción, han de servir para facilitar la celebración de futuros contratos, lo cual sólo será posible si los jueces tratan los *outputs* del registro como *inputs* judiciales.

Así pues, al centrarse en las partes que solicitan las inscripciones, los reformadores se arriesgan a establecer prioridades erróneas, a minimizar los costes privados iniciales y a ignorar no sólo el valor, sino también los costes públicos futuros. Por el contrario, prestar atención a los jueces les aproximaría más a un objetivo de eficiencia, al recordarles que, si se vieran forzados a simplificar

la búsqueda de un equilibrio eficiente de costes y beneficios, la prioridad no debiera ser la de reducir el coste privado inicial de la formalización – un coste que sólo se paga una vez – sino la de reducir los futuros costes de transacción. A pesar de que gran parte de estos costes de transacción futuros son un “coste de oportunidad” relacionado con intercambios que no llegan a materializarse y que son, por tanto, difíciles de ver, se trata de costes recurrentes y, con frecuencia, su importe es mayor que el de los costes de la formalización inicial. Por ello, como primera aproximación, suele tener sentido concederles prioridad.

Expresado en otros términos, cuando se crean o se reforman registros, lo prioritario es lograr que presten servicios jurídicos útiles. Asegurar ese mínimo de calidad jurídica suele ser más relevante que reducir los costes iniciales de formalización. Por ejemplo, carece de sentido gastar recursos en perfeccionar un sistema registral inútil informatizando o acelerando la producción de información potencialmente parcial y, por tanto, de dudosa fiabilidad. Sólo los registros fiables e independientes pueden reducir los costes de transacción y actuar como catalizadores de la actividad económica. De modo similar, el alcanzar economías de escala entre los registros contractuales y los organismos públicos que prestan servicios de formalización administrativa, como las administraciones tributarias, debe ser, con carácter general, un objetivo secundario. Ello es así, especialmente, porque al perseguir ese objetivo, las políticas legislativas, organizativas y de gestión tienden a subordinar los registros contractuales, reduciendo su especialización y poniendo en peligro los incentivos de las partes a inscribir.

#### 4. REFERENCIAS

- ANDERSON, J. Stuart. *Lawyers and the Making of English Land Law, 1832-1940*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- ANDERSON, Terry L., y PETER J. HILL. *The Not So Wild, Wild West: Property Rights on the Frontier*. Stanford: Stanford University Press, 2004.
- ARMOUR, John, y WHINCOP, Michael J. The Proprietary Foundations of Corporate Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 27:429-65, 2007.
- ARRUÑADA, Benito. *Formalización de empresas: costes frente a eficiencia institucional*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2010.
- \_\_\_\_\_. Mandatory Accounting Disclosure by Small Private Companies. *European Journal of Law and Economics* 32:377-413, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: The Theory and Policy of Contractual Registries*. University of Chicago Press, Chicago. Traducido al español: *Instituciones del intercambio impersonal: Teoría y método de los registros públicos*. Thompson-Reuters. Cizur Menor, 2013. 2012a.
- \_\_\_\_\_. Property as an Economic Concept: Reconciling Legal and Economic Conceptions of Property Rights in a Coasean Framework. *International Review of Economics* 59:121-44, 2012b.

- \_\_\_\_\_. Las instituciones del intercambio impersonal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 89: 649-87, 2013.
- BARZEL, Yoram. *A Theory of the State: Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002
- BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- BESLEY, Timothy, y STEPHEN, Coate. Group Lending, Repayment Incentives and Social Collateral. *Journal of Development Economics* 46:1-18, 1995.
- BFA (Bankable Frontier Associates LLC). The Mzansi Bank Account Initiative in South Africa: Final Report. Informe encargado por FinMark Trust, 20 de marzo, 2009. Disponible em: [[www.finmarktrust.org.za/documents/R\\_Mzansi\\_BFA.pdf](http://www.finmarktrust.org.za/documents/R_Mzansi_BFA.pdf)]. Visitada el: 17.12.2009.
- BHOLE, Bharat, y SEAN, Ogden. Group Lending and Individual Lending with Strategic Default. *Journal of Development Economics* 91:348-63, 2010.
- BLEDSON, David. Can Land Titling and Registration Reduce Poverty? En John W. Bruce et al. *Land Law Reform: Achieving Development Objectives*, 143-74. Washington, DC: The World Bank, 2006.
- BROWN, Martin; TULLIO, Jappelli, y MARCO, Pagano. Information Sharing and Credit Market Performance: Firm-Level Evidence from Transition Countries. *Journal of Financial Intermediation* 18:151-72, 2009.
- BRUCE, John W.; OMAR, Garcia-Bolivar; MICHAEL ROTH, Anna Knox, y JON, Schmidt. Land and Business Formalization for Legal Empowerment of the Poor. *Strategic Overview Paper*. Washington, DC: United States Agency for International Development, 2007.
- CLAY, Karen. Trade without Law: Private-Order Institutions in Mexican California. *Journal of Law, Economics, and Organization* 13:202-31, 1997.
- CLEP (Commission on Legal Empowerment of the Poor). *Making the Law Work for Everyone*. vol. 1. Nueva York: United Nations, 2008a.
- \_\_\_\_\_. *Making the Law Work for Everyone*. Working Group Reports. Nueva York: United Nations. vol. 2, 2008b.
- COP (Congressional Oversight Panel). *Examining the Consequences of Mortgage Irregularities for Financial Stability and Foreclosure Mitigation*, 16 de noviembre. Disponible em: [<http://cop.senate.gov/documents/cop-111610-report.pdf>]. Visitada el 19.11.2010.
- DE SOTO, Hernando. 2000. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. Nueva York: Basic Books.
- \_\_\_\_\_. The Challenge of Connecting Informal and Formal Property Systems. En H. de Soto y F. Cheneval, eds. *Realizing Property Rights*, 18-67. Berna: Rüffer & Rub, 2006.
- DJANKOV, Simeon; CARALEE, McLiesh, y ANDREI, Shleifer. Private Credit in 129 Countries. *Journal of Financial Economics* 84:299-329, 2007.

- EUTFLT (European Union Task Force on Land Tenure). EU Land Policy Guidelines: Guidelines for Support to Land Policy Design and Land Policy Reform Processes in Developing Countries. European Commission. Directorate General for Development, noviembre, 2004. Disponible em: [<http://tinyurl.com/30tzp2w>]. Visitada el: 27.07.2011.
- GREIF, Avner. Institutional Foundations of Impersonal Exchange: From Communal to Individual Responsibility. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 158:168-204, 2002.
- \_\_\_\_\_. Impersonal Exchange without Impartial Law: The Community Responsibility System. *Chicago Journal of International Law* 5:109-38, 2004.
- \_\_\_\_\_. The Birth of Impersonal Exchange: The Community Responsibility System and Impartial Justice. *Journal of Economic Perspectives* 20:221-36, 2006a.
- \_\_\_\_\_. *Institutions and the Path to the Modern Economy*. Nueva York: Cambridge University Press, 2006b.
- HUNT, Diana. Unintended Consequences of Land Rights Reform: The Case of the 1998 Uganda Land Act. *Development Policy Review* 22:173-91, 2004.
- JAPPELLI, Tullio, y MARCO, Pagano. Information Sharing in Credit Markets: The European Experience. University of Salerno: Centre for Studies in Economics and Finance Working Paper 35, 2000.
- \_\_\_\_\_. Information Sharing, Lending and Defaults: Cross-Country Evidence. *Journal of Banking and Finance* 26:2017-45, 2002.
- KADENS, Emily. Order within Law, Variety within Custom: The Character of the Medieval Merchant Law. *Chicago Journal of International Law* 5:39-66, 2004.
- KORNGOLD, Gerald. Legal and Policy Choices in the Aftermath of the Subprime and Mortgage Financing Crisis. *South Carolina Law Review* 60:727-48, 2009.
- LANJOUW, Jean, y PHILIP, Levy. Untitled: A Study of Formal and Informal Property Rights in Urban Ecuador. *Economic Journal* 112:986-1019, 2002.
- MARSH, Tanya D. Foreclosures and the Failure of the American Land Title Recording System. *Columbia Law Review Sidebar* 111:19-26, 2011.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. Ciento cuarenta y seis años después (1861-2007). Asociación de Registradores Bienvenido Oliver (ARBO), 02 de febrero. Disponible em: [<http://tinyurl.com/yfejukn>]. Visitada el 06.01.2010, 2008a.
- \_\_\_\_\_. *De la publicidad contractual a la titulación registral: El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008b.
- MERRILL, THOMAS W., y HENRY, E. Smith. What Happened to Property in Law and Economics? *Yale Law Journal* 111:357-98, 2001.
- \_\_\_\_\_. Making Coasean Property More Coasean. *Journal of Law and Economics* 54:S77-S104, 2011.



- OKOTH-OGENDO, H. W. O. Land Policy Development in East Africa: A Survey of Recent Trends. UK Department for International Development Workshop. Land Rights and Sustainable Development in Sub-Saharan Africa. Berkshire, 16-19 de febrero. Disponível em: [<http://tinyurl.com/39e5nfj>]. Visitada el 24.11.2008), 1999.
- PAGANO, Marco, y TULLIO, Jappelli. Information Sharing in Credit Markets. *Journal of Finance* 43:1693-718, 1993.
- SACKVILLE, Ronald, y MARCIA, Ann Neave. *Property Law: Cases and Materials*. Sydney: Butterworths, 1971.
- SPARKES, Peter. *A New Land Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 1999.
- SUYONO, H. Haryono, y DODO, Juliman. Community-Based Low-Cost Housing Movement in Indonesia. Submission to the United Nations Best Practices Initiative of the Habitat II Conference, Jakarta, 15 de marzo. Disponível em: [[www.serd.ait.ac.th/umc/bestprac/cblwcst.htm](http://www.serd.ait.ac.th/umc/bestprac/cblwcst.htm)]. Visitada el: 28.10.2008), 1999.
- SZRETER, Simon. The Right of Registration: Development, Identity Registration, and Social Security - A Historical Perspective. *World Development* 35:67-86, 2007.
- TABARROK, Alexander, y ERIC, Helland. Court Politics: The Political Economy of Tort Awards. *Journal of Law and Economics* 42:157-88, 1999.
- WILY, Liz Alden, y SUE, Mbaya. *Land, People and Forests in Eastern and Southern Africa at the Beginning of the 21st Century: The Impact of Land Relations on the Role of Communities in Forest Future*. Nairobi: Eastern Africa Regional Office of the International Union for Conservation of Nature (EARO-IUCN), 2001.
- ZEYRINGER, Walter. "The Registration of Civil Status" En Mary Ann Glendon, ed. Principal. *Persons and Family*, subcap. 2.7, 148-66. vol. 4. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A competência legislativa dos estados e os registros públicos, de Melchior Carneiro de Mendonça – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 1/387 (DTR\2012\908);
- Los registros públicos y la reforma del Código Civil, de Carlos Cárdenas Quirós – *RDI* 44/35-40 (DTR\1998\246); e
- Registros públicos, de Décio Antônio Erpen – *RT* 610/7-22, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 1/91-115 (DTR\1986\190).



# ESTADO, PROPIEDAD, MERCADO

---

## *ESTATE, PROPRIETY, MARKET*

**FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ**

Registrador de la Propiedad y Mercantil.  
fpmendez@registradores.org

**ÁREA DE DIRECTO:** Civil; Imobiliário e Registral

**RESUMEN:** El presente artículo analiza cómo se forman los derechos de propiedad, y la importancia del Estado en este proceso. Dentro de este ámbito, viene a percibir los beneficios económicos de la explotación de los activos a través del ejercicio de derechos reales, en relación con los derechos obligacionales, lo que hace al Estado a crear organismos registrales eficientes, que son esenciales para el desarrollo económico. Demuestra aún que son los registros de derechos los instrumentos a través de los cuales el Estado cumple su función en relación con la propiedad y el mercado de bienes raíces, y que no puede tal registro ser sustituido por cualquier otro operador económico.

**PALABRAS-CLAVE:** Derecho de propiedad – Derechos reales – Registro de derechos – Desarrollo económico.

**ABSTRACT:** This paper analyzes how real estates are created and the importance of the State in this process. Under this scope comes to realize the economic benefits of exploiting the assets through the exercise of real estates in relation to personal property, which requires the State to create efficient record bodies, which are essential for economic development. It shows that it is the registration of title the instrument through which the state fulfills its function in relation to property and the real estate market, and that can not such a registration be replaced by any other economic operator.

**KEYWORDS:** Property right – Real estates – Registration of title – Economic development.

**SUMARIO:** 1. Presentación – 2. La propiedad como instrumento de conservación de los bienes escasos y de generalización de la supervivencia: 2.1. La formación de los derechos de propiedad; 2.2. De la apropiación a la propiedad. La necesidad del Estado; 2.3. La propiedad privada como consenso social respaldado por el Estado; 2.4. De la apropiación a la propiedad. La necesidad del Estado; 2.5. La propiedad privada como consenso social respaldado por el Estado – 3. Las dificultades para que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes. La necesidad de un mercado político eficiente: 3.1. Planteamiento general; 3.2. El caso de España o cómo unos derechos de propiedad ineficientes mantenidos por la Corona por razones fiscales convirtieron al mayor imperio desde Roma en una potencia de segundo orden; 3.3. Las urgencias fiscales del Estado moderno como obstáculo para el establecimiento de unos derechos de propiedad eficientes – 4. La protección de la propiedad privada por el Estado.

La seguridad – o protección – jurídica de la propiedad: 4.1. Planteamiento; 4.2. Del conflicto a la controversia; 4.3. La necesidad de que el Estado reconozca solamente la propiedad adquirida con pleno respeto a las normas como condición necesaria para el mantenimiento del consenso social sobre el aprovechamiento de recursos en que la propiedad consiste: 4.3.1. Planteamiento general; 4.3.2. La eficacia de la función protectora del Estado de la propiedad legalmente adquirida como factor creador de capital. La distinción entre *fuerza* y *alcance* del Estado – 5. Propiedad y mercado. La necesidad de una organización eficiente de derechos de propiedad para que haya crecimiento económico: 5.1. Propiedad y mercado; 5.2. Propiedad privada y crecimiento económico – 6. La organización de la seguridad de los derechos de propiedad y de los sistemas de transferencia fácil y segura de los mismos: 6.1. Planteamiento general; 6.2. Las ventajas de la explotación de los bienes inmuebles mediante derechos reales (*property rights*); 6.3. Derechos personales o de crédito y derechos reales. Reglas de responsabilidad (*liability rules*) y reglas de propiedad; 6.4. La organización del tráfico jurídico inmobiliario. Problemática general. La confluencia de exigencias aparentemente contradictorias: 6.4.1. Problemática general; 6.4.2. La creación de las instituciones necesarias para la optimización del valor de los bienes y derechos – para la creación de capital – como misión del Estado; 6.4.3. La confluencia de exigencias aparentemente antagónicas; 6.4.4. Protección de las titularidades sobre derechos reales mediante una regla de propiedad o mediante una regla de responsabilidad – 7. El Derecho de la seguridad del tráfico como instrumento técnico para el desarrollo del comercio jurídico mediante la protección de las titularidades a través de una regla de propiedad: 7.1. Planteamiento general; 7.2. Las asimetrías informativas como obstáculo para la contratación. El Derecho de la seguridad del tráfico como recurso técnico ante las insuficiencias del Derecho Común para neutralizar sus efectos; 7.3. Los registros de derechos o de tráfico como instrumentos para la realización del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario: 7.3.1. Consideraciones generales; 7.3.2. La *Lex Mercatoria* como precedente – 8. Las propiedades normativas de la inscripción en un Registro de derechos: 8.1. Planteamiento general; 8.2. Caracterización de la inscripción; 8.3. La abstracción registral – 9. La incorporación registral como técnica de imposición de la *simetría informativa funcional* entre los contratantes – 10. El Derecho de la seguridad del tráfico no sacrifica el principio del consentimiento sino que lo refuerza – 11. Breve recapitulación. El Registro de derechos o de tráfico como instrumento a través del cual Estado cumple sus funciones en relación con la propiedad y el mercado en el ámbito inmobiliario – 12. El Registro: función del Estado como consecuencia de su necesaria imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones y del carácter coactivo de sus resoluciones: 12.1. Planteamiento general; 12.2. Los intentos de apropiación de las funciones registrales por parte de algunos operadores económicos – 13. Razones por las cuales no pueden atribuirse funciones calificadoras a los notarios ni a ningún otro operador económico: 13.1. Planteamiento general; 13.2. La necesidad de procedimiento para obtener la inscripción del derecho como consecuencia de la concurrencia de diferentes factores: 13.2.1. Las producción de efectos externos; 13.2.2. La naturaleza jurídica de los derechos de propiedad; 13.2.3. La concurrencia de intereses divergentes; 13.2.4. La insuficiencia del contrato como título como consecuencia de su eficacia relativa; 13.2.5. La proliferación de normas imperativas en relación a la propiedad inmobiliaria y el recurso progresivo al Registro de la Propiedad para garantizar su cumplimiento; 13.2.6. La naturaleza imperativa – y, en última instancia, coactiva – de las resoluciones registrales – 13.3. Consecuencias que se derivarían de tal atribución: la regresión del sistema; 13.4. Razones por las cuales la atribución de un *monopolio de elección* de Registrador al interesado en conseguir la inscripción del derecho a su favor produciría tan graves consecuencias – 14. Las razones por las cuales se ha planteado la conveniencia bien de atribuir la función calificadora a los notarios, bien de poder elegir libremente al calificador, bien de restringir el ámbito de la calificación, opciones todas ellas sustancialmente similares: 14.1. El contexto: La preferencia

del proceso privatizador sobre el de construcción institucional en los países con economías emergentes y en transición y la falta de conocimiento suficiente sobre la importancia de las instituciones para el crecimiento económico; 14.2. La mala inteligencia de la función del Registro de las Propiedad y el proceso de adelgazamiento del Estado como consecuencia de la globalización económica; 14.3. La denominada crisis del notariado – 15. Consideración final.

## 1. PRESENTACIÓN

El suelo, tanto rústico como urbano, es un bien progresivamente escaso dada la creciente presión demográfica que ejercemos sobre el planeta y, de otro lado, la industrialización creciente de diferentes áreas del globo.

Ello impone considerar el planeta que habitamos como una nave espacial dotada de recursos escasos y no renovables,<sup>1</sup> cuya explotación requiere respetar escrupulosamente las exigencias de la eficiencia como condición necesaria no sólo de nuestro bienestar sino, incluso, de nuestra supervivencia. En esta tarea, como en otras, todas las cuestiones referentes a los derechos de propiedad devienen capitales

En las páginas que siguen, en lugar de utilizar la expresión *derechos reales* que en español suele excluir el derecho de propiedad y referirse únicamente a los *derechos reales limitados* que el propietario puede conceder a terceros mediante la atribución de una o varias de las facultades que integran su dominio, utilizaré la expresión *derechos de propiedad* con un sentido semejante al que tiene la expresión anglosajona *property rights* en el ámbito del análisis económico del derecho, que incluye no solamente el derecho de propiedad tal y como suelen definirlo los Códigos Civiles, sino también los derechos reales limitados.

El concepto de *property rights* abarca todos los derechos que conllevan, en algún grado, además de un poder directo e inmediato sobre la cosa, la facultad de *exclusión*<sup>2</sup> y, por tanto, de *exclusividad*, si bien *derechos exclusivos* no quiere

---

1. Véase Boulding K.E. *La economía futura de la Tierra como un navío espacial*, en Daly H.E. (Comp) *Economía, ecología, ética. Ensayos hacia una economía en estado estacionario*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 262 ss.

2. Utilizo aquí la expresión *derechos de propiedad*, o su equivalente en inglés, *property rights*, en el sentido amplio en el que la utiliza la Economía Institucional y, por lo tanto, no solamente para referirme a la propiedad privada en sentido estricto, sino a todo el conjunto de derechos en los que se pueda aplicar la idea de exclusión. Incluye, por tanto, no solamente la propiedad, tal y como la definió el Código Civil, sino también el usufructo, las servidumbres, los derechos de uso, las concesiones administrativas de uso exclusivo, hipotecas, patentes, etc. Por el contrario, los bienes considerados de libre acceso son aquellos sobre los que no se aplica exclusión alguna. Ahora bien que

decir *derechos irrestrictos*. Por el contrario, la exclusividad significa que el derecho de propiedad sólo está limitado por las restricciones explícitamente establecidas por la ley, lo que pone de manifiesto la estrecha conexión existente entre los conceptos de propiedad y Estado, hasta el punto de que si bien puede haber Estado sin propiedad privada, no es posible, sin embargo, la propiedad privada sin el Estado, cuya principal función es la de generar las infraestructuras institucionales necesarias para que la economía de mercado – es decir la contratación entre extraños – pueda desarrollarse, lo que requiere el reconocimiento del derecho de propiedad privada, el de libertad contractual – que implica el de transferencia – y la seguridad de que los contratos serán cumplidos coactivamente en caso necesario.

## 2. LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO DE CONSERVACIÓN DE LOS BIENES ESCASOS Y DE GENERALIZACIÓN DE LA SUPERVIVENCIA

### 2.1. *La formación de los derechos de propiedad*

Si solamente hubiese un ser humano sobre la tierra o si los recursos no fueran escasos,<sup>3</sup> o si en las economías reales la información fuese completa<sup>4</sup>

---

un derecho sea exclusivo no quiere decir que no posea limitaciones, sino que tan solo se halla limitados por aquellas restricciones explícitamente establecidas por la ley. Véase al respecto el excelente trabajo de San Emeterio Martín N. *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, Madrid: Ed. Tecnos, 2005. p. 32 ss. Véase también Ackerman B. *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown and Company. Igualmente Furubotn E.G y Richter R. *Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, The University of Michigan Press, Second Edition, 2008.

3. La idea de que la escasez de recursos se halla en el origen de la propiedad está muy extendida entre los autores. En este sentido Furubotn E.G y Richter R. sostienen que la regulación de la conducta es indispensable en un mundo de escasez. La relacionan también con la existencia de costes transaccionales. Véase *Institutions & Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, p. 79-80. Second Edition. University of Michigan Press, 2005. Desde otro punto de vista, Lamsdorff-Galagane V. – partiendo de las ideas expuestas por Harding G. – pone de manifiesto que la propiedad privada es nuestro sistema de conservación de los bienes escasos, porque éstos, sin dueño, desaparecen. Esta y no otra es la función social de la propiedad, pues permite optimizar el aprovechamiento de los recursos escasos de nuestro planeta. Véase *Teoría económica del Derecho*, p. 11-12, Edición personal. Madrid, 2007. Fundamental sobre la material Ackerman B. *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown & Company.
4. El modelo perfectamente competitivo – modelo walrasiano estándar neoclásico – parte de la premisa básica de información plena – cada uno elige como si conociese el

y, por tanto, intercambiar no fuese costoso, no tendría sentido hablar de propiedad privada tal y como la entendemos.

Por el momento, centraré mi atención en los dos primeros factores. Son la escasez de recursos, de un lado, y la ley de eterna replicación de los genes –instinto de supervivencia – que gobierna nuestras vidas, de otro, las que determinan la lucha por la subsistencia y, en consecuencia, por la apropiación de los recursos necesarios para la supervivencia.<sup>5</sup>

En este contexto de escasez de los recursos necesarios para sobrevivir, cada individuo atesora y posee los bienes que puede defender frente a los intentos de los demás por apropiárselos. Y los posee tan solo en la medida y por el tiempo en que sea capaz de defenderlos.<sup>6</sup>

Ninguna de estas situaciones son situaciones de *propiedad* según nuestra concepción: son meras situaciones *de facto* que se mantienen mientras perduran las relaciones de poder de las que surgieron. Cada uno aplica *su propia ley* en la medida en la que puede imponerla a los demás, pero no existe *una ley común* que se imponga a todos.

En tal situación, la lucha por la apropiación de bienes escasos derivada de la ley de la supervivencia genera una situación de *conflicto* entre individuos y

---

resultado de todas sus posibles acciones – y de racionalidad paramétrica – cada uno elige como si las acciones fueran el único factor variable, tomando las acciones de los demás como circunstancias fijas. En el mundo real, sin embargo, hay imperfecciones en la información. El mercado opera bajo condiciones de incertidumbre y, precisamente por eso, falla. De hecho, si a los modelos teóricos les agregamos información imperfecta nos acercamos muy deprisa a los mercados reales, que se caracterizan porque el mercado resulta muy costoso. El hecho de que realizar transacciones sea costoso hace que sea primordial la asignación de derechos de propiedad, introduce la cuestión de la organización económica y hace que la estructura de las instituciones políticas sea clave para la comprensión del crecimiento económico. Para el desarrollo de estas ideas, véase Coase R.H. *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid: Alianza Ed., 1994. Ackerman B. *A Economics Foundations of Property Law*, Little Brown and Company.

5. Shermer M. *The mind of the market*, Times Books, New York, 2008.

6. Es esta necesidad de explotación y defensa de los recursos necesarios para sobrevivir la que determina que los individuos se agrupen para disminuir riesgos, estableciendo mecanismos de defensa *ad extra* y de distribución *ad intra* de los recursos escasos. Quien más aporta a la defensa común – el jefe- es quien más se apropia y quien decide, en gran medida, cómo se distribuye el resto entre los demás, de forma desigual para garantizarse lealtades, pero no excesivamente para evitar que se organicen coaliciones que le sean adversas.

grupos. Frente a la situación de *controversia* o de *competencia*, la de *conflicto* se caracteriza porque carece de reglas.<sup>7</sup>

En situación de conflicto no hay propiedad, sino tan sólo *apropiación* o *detentación*, caracterizada por la incertidumbre sobre su perdurabilidad, porque, a diferencia de lo que sucede con la propiedad, el detentador, al igual que adquiere sus posesiones mediante un acto de fuerza, puede ser privado de las mismas mediante otro acto de fuerza. Del mismo modo que, en su momento, no solicitó ningún consentimiento para apropiarse de los bienes, nadie solicitará su consentimiento para privarle de ellos.

Esta situación ha sido definida por algunos autores como *derechos de propiedad en sentido económico* o *derechos económicos*<sup>8</sup> en contraposición a los *derechos de propiedad en sentido jurídico*, a los que posteriormente me referiré. Estos derechos de propiedad en sentido económico son inestables: valen lo que vale la confianza que despierte su detentador – o líder – en cuanto a su capacidad de vencer cualquier desafío que se le presente; su estabilidad se halla en función de los esfuerzos directos de protección desplegados por sus detentadores, de los intentos de apropiación de otros y, ocasionalmente, de la protección no gubernamental que puedan obtener, formal o informalmente.<sup>9</sup>

No obstante, probablemente, los derechos de propiedad privada sobre la tierra comenzaron a surgir de esta forma: cuando los individuos protegieron las áreas de tierra que deseaban mediante el uso de la fuerza, o apropiándose de las tierras detentadas por otros, también mediante el uso de la fuerza, o de la negociación, en su caso, cuando los costes de hacerlo eran inferiores a los beneficios esperados.<sup>10</sup>

---

7. Véase Diez- Picazo L. *Experiencias jurídicas y Teoría del derecho*. Citando a Merrill –Introducción a la Sociología, Madrid, 1967, p. 40 – distingue entre competencia y conflicto. El conflicto es una competencia desarrollada con olvido de las reglas, en la que los contendientes buscan el perjuicio del otro o incluso su destrucción. Según Diez-Picazo, si así fuera, podríamos considerar como beneficiosos socialmente determinados niveles de competencia y perjudicial la transformación de la competencia en conflicto.

8. Entre otros, Alchian, A. *Some Economics of Property Rights*, “Il Politico” 30, n. 4, 1965-816-29. Reimpreso posteriormente en Alchian A, *Economic Forces at Work*, Indianapolis, Ind.: Liberty Press, 1977. Barzel Y. *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, p. 3-4, Cambridge University Press, 200.

9. Barzel Y. Op. cit., p. 4.

10. Véase Dnes A. W. *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Thomson-SouthWestern, Canada, 2005. p. 16.



## 2.2. De la apropiación a la propiedad. La necesidad del Estado

La defensa individual y personal de los bienes detentados es muy costosa, tanto que no está al alcance de la mayoría de los individuos ni sería rentable en relación a la mayor parte de los bienes, por lo que se impone la asociación entre detentadores o entre individuos que deseen detentar, ya que permite conseguir grandes economías de escala en los necesarios servicios de protección, lo que hizo conveniente la creación de alguna forma de Gobierno para salvaguardar los derechos de propiedad privada una vez que habían sido más o menos establecidos, esto es, una vez que se habían estabilizado porque se había conseguido un cierto *consenso* sobre las apropiaciones efectuadas y el aprovechamiento de los recursos.

Como argumentan North y Thomas,<sup>11</sup> aunque, ciertamente, ciertos grupos voluntarios pueden proteger derechos de propiedad en una escala reducida, resulta casi inimaginable que se pueda obligar a que sean respetados de forma general sin la autoridad del Gobierno.

En efecto, desde que el nomadismo dejó paso a los asentamientos agrícolas, el hombre encontró dos maneras de adquirir bienes y servicios: podía producirlos o podía robarlos a los demás.

Ante la amenaza de los bandoleros, la respuesta de los productores de bienes y servicios fué invertir en defensa militar. Pero la construcción de fortalezas y el aislamiento de soldados hizo surgir inmediatamente el problema del *free rider*. Como realmente resultaba difícil establecer fortalezas y tropas para proteger a algunos vecinos sin protegerlos a todos, si las contribuciones se establecían sobre una base voluntaria, todos encontrarían más ventajoso dejar que pagase el vecino.

Así pues, la defensa como caso clásico de un *bien público*,<sup>12</sup> implicaba el problema de excluir de los beneficios a terceros que no pagaban por ellos. Dadas las ventajas de las economías de escala, la solución más eficaz fué y continua siéndolo, la creación de una autoridad gubernamental y la contribución obligatoria por parte de todos los beneficiarios.

---

11. North D.C Thomas R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed. siglo XXI, Madrid, 1990. p. 14.

12. Como es sabido, un bien público es aquel de cuyo disfrute, una vez producido, nadie puede quedar excluido. Por ejemplo, si protegemos un pueblo, no podemos evitar proteger a todos sus habitantes. Conscientes de ello, todos los vecinos tendrán un incentivo para evitar pagar por la defensa del pueblo. Esta situación se conoce como el problema del *free rider*.

En ausencia de tales economías de escala, los costes de captura, de protección y de transferencia de los recursos serían prohibitivos, hasta el punto de que no resultaría rentable adoptar medidas de seguridad para la mayoría de los bienes, así como tampoco para la mayor parte de los individuos, sino tan sólo para los más fuertes, con lo que gran parte de los recursos necesarios se despilfarraría y la supervivencia estaría al alcance de un menor número.

El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo; es decir, un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar o externalizar sus costes sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el coste social divergería enormemente de los costes privados, por lo que el sistema acabaría desembocando en una economía de mera subsistencia.<sup>13</sup>

### 2.3. *La propiedad privada como consenso social respaldado por el Estado*

Así pues y conforme a lo expuesto, la propiedad privada no habría surgido tanto como una “*creación de la ley*” – en el sentido de estructura impuesta a la sociedad civil por una autoridad civil exógena –, cuanto como una forma espontánea de orden conformada, en última instancia, por el autointerés,<sup>14</sup> que requeriría para su desarrollo la existencia de una autoridad pública, singularmente el Estado.

En este contexto general se suele enfatizar el carácter consensual de los derechos. Así, suele afirmarse que los derechos son asignados sobre la base de un amplio consenso, hasta el punto de que ningún derecho puede En este contexto de escasez de los recursos necesarios para sobrevivir, cada individuo atesora y posee los bienes que puede defender frente a los intentos de los demás por apropiárselos. Y los posee tan solo en la medida y por el tiempo en que sea capaz de defenderlos.<sup>15</sup>

---

13. Véase Demsetz H. *Hacia una teoría general de los derechos de propiedad*, en Información Comercial Española, 1980, pp 59-66. También Alchian A. A y Demsetz H., *El paradigma de los derechos de apropiación*, en Hacienda Pública Española n. 68, 1981. p. 318-324 y Alchian A. A., *Reflexiones económicas en torno a los derechos de propiedad*, Hacienda Pública Española, n. 68, 1981. p. 325-334. También Dnes A.W op. cit., p. 16.

14. Sugden, R. *Spontaneous Order* en Journal of Economic Perspectives 3, n. 4, 1989. p. 85-97.

15. Es esta necesidad de explotación y defensa de los recursos necesarios para sobrevivir la que determina que los individuos se agrupen para disminuir riesgos, estableciendo mecanismos de defensa *ad extra* y de distribución *ad intra* de los recursos escasos.

Ninguna de estas situaciones son situaciones de *propiedad* según nuestra concepción: son meras situaciones *de facto* que se mantienen mientras perduran las relaciones de poder de las que surgieron. Cada uno aplica *su propia ley* en la medida en la que puede imponerla a los demás, pero no existe *una ley común* que se imponga a todos.

En tal situación, la lucha por la apropiación de bienes escasos derivada de la ley de la supervivencia genera una situación de *conflicto* entre individuos y grupos. Frente a la situación de *controversia* o de *competencia*, la de *conflicto* se caracteriza porque carece de reglas.<sup>16</sup>

En situación de conflicto no hay propiedad, sino tan sólo *apropiación* o *detentación*, caracterizada por la incertidumbre sobre su perdurabilidad, porque, a diferencia de lo que sucede con la propiedad, el detentador, al igual que adquiere sus posesiones mediante un acto de fuerza, puede ser privado de las mismas mediante otro acto de fuerza. Del mismo modo que, en su momento, no solicitó ningún consentimiento para apropiarse de los bienes, nadie solicitará su consentimiento para privarle de ellos.

Esta situación ha sido definida por algunos autores como *derechos de propiedad en sentido económico* o *derechos económicos*<sup>17</sup> en contraposición a los *derechos de propiedad en sentido jurídico*, a los que posteriormente me referiré. Estos derechos de propiedad en sentido económico son inestables: valen lo que vale la confianza que despierte su detentador – o líder – en cuanto a su capacidad de vencer cualquier desafío que se le presente; su estabilidad se halla en función de los esfuerzos directos de protección desplegados por sus detentadores, de los intentos de apropiación de otros

---

Quien más aporta a la defensa común –el jefe– es quien más se apropia y quien decide, en gran medida, cómo se distribuye el resto entre los demás, de forma desigual para garantizarse lealtades, pero no excesivamente para evitar que se organicen coaliciones que le sean adversas.

16. Véase Diez – Picazo L. *Experiencias jurídicas y Teoría del derecho*. Citando a Merrill –*Introducción a la Sociología*, Madrid, 1967. p. 40 – distingue entre competencia y conflicto. El conflicto es una competencia desarrollada con olvido de las reglas, en la que los contendientes buscan el perjuicio del otro o incluso su destrucción. Según Diez-Picazo, si así fuera, podríamos considerar como beneficiosos socialmente determinados niveles de competencia y perjudicial la transformación de la competencia en conflicto.
17. Entre otros, Alchian, A. *Some Economics of Property Rights*, “Il Politico” 30, n. 4, 1965-816-29. Reimpreso posteriormente en Alchian A, *Economic Forces at Work, Indianapolis, Ind.: Liberty Press, 1977*. Barzel Y. *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, p. 3-4, Cambridge University Press, 200.

y, ocasionalmente, de la protección no gubernamental que puedan obtener, formal o informalmente.<sup>18</sup>

No obstante, probablemente, los derechos de propiedad privada sobre la tierra comenzaron a surgir de esta forma: cuando los individuos protegieron las áreas de tierra que deseaban mediante el uso de la fuerza, o apropiándose de las tierras detentadas por otros, también mediante el uso de la fuerza, o de la negociación, en su caso, cuando los costes de hacerlo eran inferiores a los beneficios esperados.<sup>19</sup>

#### 2.4. De la apropiación a la propiedad. La necesidad del Estado

La defensa individual y personal de los bienes detentados es muy costosa, tanto que no está al alcance de la mayoría de los individuos ni sería rentable en relación a la mayor parte de los bienes, por lo que se impone la asociación entre detentadores o entre individuos que deseen detentar, ya que permite conseguir grandes economías de escala en los necesarios servicios de protección, lo que hizo conveniente la creación de alguna forma de Gobierno para salvaguardar los derechos de propiedad privada una vez que habían sido más o menos establecidos, esto es, una vez que se habían estabilizado porque se había conseguido un cierto *consenso* sobre las apropiaciones efectuadas y el aprovechamiento de los recursos.

Como argumentan North y Thomas,<sup>20</sup> aunque, ciertamente, ciertos grupos voluntarios pueden proteger derechos de propiedad en una escala reducida, resulta casi inimaginable que se pueda obligar a que sean respetados de forma general sin la autoridad del Gobierno.

En efecto, desde que el nomadismo dejó paso a los asentamientos agrícolas, el hombre encontró dos maneras de adquirir bienes y servicios: podía producirlos o podía robarlos a los demás.

Ante la amenaza de los bandoleros, la respuesta de los productores de bienes y servicios fué invertir en defensa militar. Pero la construcción de fortalezas y el aislamiento de soldados hizo surgir inmediatamente el problema del *free rider*. Como realmente resultaba difícil establecer fortalezas y tropas para proteger a algunos vecinos sin protegerlos a todos, si las contribuciones se establecían

---

18. Barzel Y. Op. cit., p. 4.

19. Véase Dnes A. W. *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Thomson-SouthWestern, Canada, 2005. p. 16.

20. North D.C Thomas R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed. siglo XXI, Madrid, 1990. p. 14.

sobre una base voluntaria, todos encontrarían más ventajoso dejar que pagase el vecino.

Así pues, la defensa como caso clásico de un *bien público*,<sup>21</sup> implicaba el problema de excluir de los beneficios a terceros que no pagaban por ellos. Dadas las ventajas de las economías de escala, la solución más eficaz fué y continua siendo, la creación de una autoridad gubernamental y la contribución obligatoria por parte de todos los beneficiarios.

En ausencia de tales economías de escala, los costes de captura, de protección y de transferencia de los recursos serían prohibitivos, hasta el punto de que no resultaría rentable adoptar medidas de seguridad para la mayoría de los bienes, así como tampoco para la mayor parte de los individuos, sino tan sólo para los más fuertes, con lo que gran parte de los recursos necesarios se despilfarraría y la supervivencia estaría al alcance de un menor número.

El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo; es decir, un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar o externalizar sus costes sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el coste social divergería enormemente de los costes privados, por lo que el sistema acabaría desembocando en una economía de mera subsistencia.<sup>22</sup>

## 2.5. *La propiedad privada como consenso social respaldado por el Estado*

Así pues y conforme a lo expuesto, la propiedad privada no habría surgido tanto como una “*creación de la ley*” – en el sentido de estructura impuesta a la sociedad civil por una autoridad civil exógena-, cuanto como una forma espontánea de orden conformada, en última instancia, por el autointerés,<sup>23</sup>

---

21. Como es sabido, un bien público es aquel de cuyo disfrute, una vez producido, nadie puede quedar excluido. Por ejemplo, si protegemos un pueblo, no podemos evitar proteger a todos sus habitantes. Conscientes de ello, todos los vecinos tendrán un incentivo para evitar pagar por la defensa del pueblo. Esta situación se conoce como el problema del *free rider*.

22. Véase Demsetz H. *Hacia una teoría general de los derechos de propiedad*, en Información Comercial Española, 1980. p 59-66. También Alchian A.A y Demsetz H. *El paradigma de los derechos de apropiación*, en Hacienda Pública Española n. 68, 1981. p. 318-324 y Alchian A.A. *Reflexiones económicas en torno a los derechos de propiedad*, Hacienda Pública Española, n. 68, 1981, p. 325-334. También Dnes A.W op. cit., p. 16.

23. Sugden, R. *Spontaneous Order* en Journal of Economic Perspectives 3, n. 4, 1989. p.85-97.

que requeriría para su desarrollo la existencia de una autoridad pública, singularmente el Estado.

En este contexto general se suele enfatizar el carácter consensual de los derechos. Así, suele afirmarse que los derechos son asignados sobre la base de un amplio consenso, hasta el punto de que ningún derecho puede existir, a menos que exista un consenso en el grupo al respecto.<sup>24</sup>

De acuerdo con este enfoque, el origen de la propiedad en sus diversas formas no sería un fenómeno originariamente gubernamental sino, más bien, un fenómeno de origen social y posterior sanción gubernamental. Ulteriormente, la institución de la propiedad se habría ido modulando lentamente a través del tiempo mediante un proceso en el cual el Estado ha intentado clarificarlo y regularlo. Bajo el estado, los derechos de propiedad serían, pues, convenciones sociales respaldadas por el propio Estado.

### 3. LAS DIFICULTADES PARA QUE EL ESTADO PROMUEVA DERECHOS DE PROPIEDAD EFICIENTES. LA NECESIDAD DE UN MERCADO POLÍTICO EFICIENTE

Llegados a este punto, ya podemos referirnos a los *derechos de propiedad en sentido jurídico o legal* que, en un sentido muy general, hacen referencia a todo aquello que el Estado asigna a una persona o, si se prefiere, a los derechos reconocidos y protegidos por el Gobierno.<sup>25</sup> El concepto de propiedad se halla estrechamente vinculado con la idea de exclusividad en el uso y aprovechamiento de los recursos. En este sentido, Posner define los derechos de propiedad como “*derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos*”.<sup>26</sup>

#### 3.1. Planteamiento general

Ciertamente, como observa Sugden,<sup>27</sup> el hecho de que los derechos de propiedad sean convenciones no favorece necesariamente que generen reglas eficientes en el sentido de Pareto.<sup>28</sup> De hecho, observa, es raro que así sea,

---

24. Frank. R.H., “Melding Sociology and Economics: Janes Coleman’s Foundations of Social Theory”, en *Journal of Economic Literature*, 30, 1992. p. 147-170.

25. Barzel Y. Op. cit., p. 4.

26. Posner R. *El análisis económico del derecho*. 2.ed. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 37. Traducción de la obra original *Economics Analysis of Law*. Little Brown & Company, Boston & Toronto, 1977.

27. Sugden, R. Op. cit., p. 96.

28. La noción de eficiencia en el sentido de Pareto hace referencia a aquella situación en la que ,al menos mejora una persona, sin que ninguna otra empeore. Véase Posner R. Op. cit., p. 21.

lo cual obedece a diferentes razones, entre otras, a la monopolización de la propiedad privada por quienes toman las decisiones o por ciertos cuerpos gubernamentales.

Ahora bien, para entender el papel que juega la propiedad privada en la promoción de la eficiencia, es necesario tener muy presente que la misma es condición necesaria, pero no suficiente para que haya competencia. Para ello, tiene que haber, además, libertad contractual, libertad de transferencia y un tercero imparcial que imponga coactivamente el cumplimiento de las normas.<sup>29</sup>

Por otro lado, es necesario recordar que, como observó Hardin,<sup>30</sup> los bienes comunes, es decir, los recursos escasos sin dueño tienen un destino trágico, cual es su extinción como consecuencia de la sobreexplotación, de modo que, como ha observado Lamsdorf-Galagane<sup>31</sup> la propiedad privada vendría a ser nuestro sistema de conservación de los bienes escasos, porque un bien escaso sin dueño desaparece.

Además, la intervención del Estado, si bien es necesaria para reducir costes transaccionales, no deja de ser ambigua, y no resulta claro cómo se puede conseguir que el Estado se comporte como un tercero imparcial, pues, como afirma North, si partimos de la hipótesis conductual que maximiza la riqueza resulta difícil crear el modelo, incluso de manera abstracta. Dicho de otro modo: si el Estado posee fuerza coercitiva, entonces quienes rijan el Estado usarán esa fuerza en su propio interés a expensas del resto de la sociedad. De ahí la necesidad de establecer sistemas efectivos de controles y contrapesos al poder político.<sup>32</sup>

Pero por muchos contrapesos y controles que se establezcan, no es nada fácil conseguir que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes, como lo acredita el hecho de la pervivencia de reglas y de derechos de propiedad ineficientes a lo largo de la historia. Que la estructura de los derechos de propiedad sea más o menos eficiente se halla en función del grado de eficiencia del sistema político.

---

29. Véase Dnes A.W *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Canada: Ed. Thomson- South-Western, 2005. p. 16 ss. Asimismo, Lepahe H. *Por qué la propiedad*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Económicos, 1986. p. 85 ss. También North D.C *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 53 ss.

30. Hardin G. *The Tragedy of the Commons*, en *Economics Foundations on Property Law*. Op, cit., p. 2-12.

31. Op. cit., p. 12.

32. North D.C. *Instituciones...* p. 82-83.

Según North,<sup>33</sup> las reglas y los derechos de propiedad ineficientes se mantienen porque los gobernantes no deben antagonizar con electores poderosos mediante reglas eficientes y opuestas a sus intereses o porque los costos de establecer, medir y cobrar impuestos pueden desembocar fácilmente en una situación en la que derechos de propiedad ineficientes produzcan derechos más cuantiosos que los derechos de propiedad eficientes.

En general puede afirmarse que el grado de eficiencia de la estructura de los derechos de propiedad – esencial para que la organización económica sea eficaz y, por tanto, haya crecimiento económico – depende de la eficiencia del sistema político. En este sentido, la evolución de la política desde gobernantes individuales absolutos hacia gobiernos democráticos es concebida típicamente como un paso hacia una mayor eficiencia política, aunque solo sea porque la existencia de cuerpos representativos poderosos limita la capacidad de comportamiento depredatorio de los Gobiernos. Ponen a España – junto con Francia, durante los siglos XVI y XVII, como ejemplo de derechos de propiedad ineficientes por razones fiscales, frente a Holanda o Inglaterra.

### *3.2. El caso de España o cómo unos derechos de propiedad ineficientes mantenidos por la Corona por razones fiscales convirtieron al mayor imperio desde Roma en una potencia de segundo orden*

En efecto, North y Thomas se plantean la cuestión de por qué los Reyes Católicos no siguieron la política de desarrollo a largo plazo de la agricultura que se habría conseguido si hubieran recortado los privilegios monopolísticos de la Mesta y fomentado el desarrollo del derecho de propiedad sobre las tierras susceptibles de ser cultivadas.<sup>34</sup>

Aceptan la respuesta de Vicens Vives: la urgente necesidad de ingresos les dificultaba esperar unos años para que el fomento de la agricultura diera sus resultados, por lo que los Reyes Católicos prefirieron seguir la vía cómoda de sus predecesores y recaudar dinero de algo tan tangible y fiscalizable como las ovejas.<sup>35</sup>

33. North D.C. Op. cit., p. 73.

34. North D.C y Thomas R.P. Op. cit., p. 203.

35. Los siguientes párrafos de Vicens resultan iluminadores: “¿Cuáles fueron las causas de la política de los Reyes Católicos respecto a la Mesta?. El primer motivo es clarísimo: *La regulación monopolística del comercio de la lana*. Sobre cualquier otra consideración imperó la necesidad de obtener “grandes cantidades de oro y otras ventajas del extranjero” (J. Kein). Y ello porque el principal beneficiario de la Mesta



Esta explicación confirma el análisis teórico realizado por North y Thomas sobre la relación existente entre el Estado, la protección de los derechos de propiedad y los ingresos fiscales.

Según tal análisis teórico,<sup>36</sup> en un contexto más amplio que el feudal – y éste era, sin duda, el de la España de los Reyes Católicos – el Gobierno es, ante todo, un acuerdo institucional que aporta protección y administración de justicia a sus ciudadanos, lo cual lleva a cabo monopolizando la definición y la aplicación de los derechos de propiedad sobre los bienes y los recursos y la concesión de derechos para la transmisión de estos activos y, a cambio, el Estado recibe pagos en forma de impuestos.

Dado que las economías de escala en la aportación de protección y justicia hacen que esta transacción sea potencialmente deseable para los ciudadanos, ello constituye la base de un intercambio mutuamente beneficioso entre gobernantes y gobernados. En la medida en que continúan aplicándose economías de escala, la ampliación de la protección y aplicación de los derechos de propiedad por parte del Estado hace que se incremente la renta de todos y, de alguna manera, estos ahorros se distribuyen entre los ciudadanos y el Estado.

Esta distribución varía en función del poder relativo de negociación de los diferentes grupos de interés: dadas sus necesidades fiscales, el Estado puede proporcionar servicios especiales a grupos con un especial poder negociador, lo

---

era la misma monarquía. En efecto, desde 1466, indirectamente y desde 1493, directamente, la Corona controló los grandes maestrazgos de las Órdenes Miiitares. Eso quiere decir que recibía, integro, a través de la Orden de Santiago, el *servicio y montazgo* que constituía el principal ingreso financiero de la Corona. Por lo tanto, en lugar de esperar unos años para que el fomento de la agricultura diera sus resultados, los reyes prefirieron seguir la vía cómoda de sus predecesores y recaudar dinero de algo tan tangible y fiscalizable como las ovejas. Ello nos conduce al segundo motivo: *la crisis financiera porque pasó la Corona desde 1484*, a causa de la expansión inquisitorial y la huida de capitales de los conversos, y subsiguientemente, desde 1492, a causa de la expulsión de los judíos. Se necesitaban remedios rápidos y ninguno más a mano que la lana que se exportaba. De aquí la protección a la Mesta. De aquí también que, desde la época de los Reyes Católicos, pudiera decirse que “la explotación y conservación de la ganadería es el principal sustento de estos reinos”. Vicens Vives J. op. Cit., p. 276-277. Como observan North D.C y Thomas R.P, de las tres fuentes de ingresos más importantes para la economía española – la Mesta, los pagos procedentes de los Países Bajos y otras posesiones y los tesoros del Nuevo Mundo – dos eran externas. Este hecho configuró el destino de España. Op. Cit., p. 202.

36. North D.C y Thomas R.P. Op. cit., p. 157-160.

que puede dar lugar a una estructura ineficiente de derechos de propiedad,<sup>37</sup> tal y como sucedió en España. De acuerdo con la misma, los agricultores carecían de facultades de exclusión como consecuencia de los privilegios concedidos a la Mesta.

En relación a las titularidades sobre derechos de propiedad sobre la tierra, éstas se hallaban sujetas a las incertidumbres propias del Derecho Común, y el Estado no había arbitrado ningún modo de protección de los adquirentes. La inscripción en los Registros de Censos y Tributos, creados por la Pragmática de 1539, nada garantizaba a acreedores ni a adquirentes – pues no garantizaba que el censo o la adquisición procediesen del *verus dominus* ni de persona especialmente legitimada para disponer; tan solo era un requisito necesario para poder alegar el documento como prueba en juicio, previo pago de los correspondientes impuestos.<sup>38</sup>

De modo que había unas titularidades inseguras sobre los derechos de propiedad de escaso contenido y valor, unas cargas que aun no siendo susceptibles de posesión no requerían inscripción (v.gr.: hipotecas generales tácitas), otras que sí requerían inscripción para que el documento en el que se formalizaban pudiese ser utilizado como prueba en juicio, incluso *inter partes* (censos consignativos constituidos tras la entrada en vigor de la Pragmática de 1539), y un incumplimiento generalizado de la norma aceptado por los Tribunales.<sup>39</sup>

Es difícil imaginar un escenario más desfavorable para que el crecimiento económico fuera posible, al menos en la agricultura y difícil encontrar

---

37. Esta idea la desarrolla North D.C en *Instituciones...* La eficiencia de los derechos de propiedad depende, por ello, de la eficiencia del mercado político.

38. Véase Serna Vallejo M. *La publicidad inmobiliaria en el Derecho Hipotecario histórico español*. Madrid: Ed. CRPME, 1996. p. 134.

39. Esta es la interpretación más probable, a pesar de lo que dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: "Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos á la traslación de la propiedad y á sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes; por esto se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes y vuelve al antiguo principio establecido por Don Carlos y Doña Juana y seguido por Don Felipe II, por Don Felipe V y por Don Carlos III, de que la falta de inscripción solo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse". En mi opinión, lo que la Pragmática venía a establecer era que los documentos inscribibles no inscritos no perjudicarían a tercero, y que, además, carecían de valor probatorio *inter partes*, lo que no excluía que la imposición de la hipoteca censal no inscrita, por ejemplo, pudiera ser probada *inter partes* por medios probatorios distintos (v.gr.: testigos)

un ejemplo más ilustrativo de cómo las urgencias fiscales pueden llevar a acuerdos con grupos influyentes, con gran poder de negociación – Mesta – en detrimento del establecimiento de una estructura eficaz de derechos de propiedad – agricultura –, lo que resultó ser decisivo para la futura decadencia española y el atraso económico de España.

Este esquema se mantuvo durante el siglo XVII, si bien los términos de la transacción – impuestos a cambio de no dificultar la prueba de determinados derechos<sup>40</sup> – se encareció muy notablemente para los súbditos. Como afirma Vicens Vives, acuciada la monarquía por necesidades financieras siempre en aumento, la política fiscal fue cercando cada vez más estrechamente las arcas de los contribuyentes hasta el punto de sacrificar la economía a la Hacienda y los intereses de sus súbditos a sus propios intereses.<sup>41</sup>

Como ha resaltado North, todos los detalles de la economía así como de la política se estructuraron con el objetivo de promover los intereses de la Corona en la creación del Imperio más poderoso desde Roma. Pero con la rebelión de Holanda y la declinación del flujo de tesoros del nuevo mundo, las demandas fiscales sobrepasaron con mucho a los ingresos y el resultado fué la quiebra, el aumento en los impuestos internos, las confiscaciones y los derechos de propiedad inseguros. Como consecuencia de ello, en un solo siglo, el XVII, España dejó de ser la nación más poderosa del mundo occidental desde el imperio romano para convertirse en una potencia de segundo orden.<sup>42</sup>

### 3.3. *Las urgencias fiscales del Estado moderno como obstáculo para el establecimiento de unos derechos de propiedad eficientes*

Ahora bien, los beneficios netos que suponen para el Estado la alteración y protección de los derechos de propiedad en cualquier sector se determinan no sólo por los beneficios sociales, sino también por los costos de transacción que implica el proceso. Los beneficios que derivan para el Estado del establecimiento de nuevos derechos de propiedad dependen de los beneficios o ahorros reales

---

40. El hecho de no poder alegar en juicio como prueba del derecho el documento si no se había tomado razón en el Registro de Censos y Tributos significaba eso precisamente, pues la inscripción, sin embargo, nada garantizaba, a pesar de que para la toma de razón era necesario satisfacer los correspondientes impuestos. Esta norma afectaba en realidad únicamente a las escrituras de hipoteca censal y fue ampliamente desconocida por los tribunales.

41. VIVES, Vicens J. Op.cit., p. 403-414.

42. North D. C *Instituciones*. p. 148-150.

generados, de los que hay que descontar los costos de la creación del nuevo marco institucional.<sup>43</sup>

Todas las nuevas naciones-estado que se encontraban bajo las fuertes tensiones de los primeros tiempos de la Edad Moderna estaban interesadas en establecer nuevos marcos institucionales que les permitieran incrementar al máximo sus ingresos inmediatos.<sup>44</sup> Las necesidades fiscales del gobierno eran siempre extraordinariamente elevadas y pocas veces – quizás nunca – podía un monarca permitirse el lujo de evaluar las consecuencias de una reforma y los ingresos derivados de ella con varios años de anticipación.

El problema esencial era asegurarse la supervivencia. En el contexto de un horizonte temporal tan limitado no es sorprendente que el deseo de aumentar al máximo los ingresos fiscales condujera muchas veces a la creación de derechos de propiedad que, en realidad, sofocaban la expansión económica.<sup>45</sup>

En consecuencia, ante tan apremiantes presiones, los nuevos acuerdos institucionales no sirvieron, en muchas ocasiones, para garantizar a la sociedad en su conjunto los máximos beneficios.

A título de ejemplo, sostienen que el Estado tanto podía continuar otorgando y/o protegiendo derechos de propiedad ineficaces – el caso de los gremios y monopolios –, como crear derechos más eficaces, de lo cual constituiría un buen ejemplo la garantía del funcionamiento de un mercado abierto. En el caso del monopolio, resultaba fácil identificar a sus beneficiarios, así como cuantificar los beneficios privados y negociar los impuestos.

La concesión de privilegios constituía para el Estado una fuente de beneficios potencialmente lucrativa y relativamente barata. En cambio, la creación de un mercado abierto implica notables dificultades para identificar a los beneficiarios y negociar con ellos, al tiempo que se multiplican las incertidumbres y dificultades a la hora de establecer y recaudar el impuesto.

---

43. Entre ellos enumeran, el costo de negociar y establecer los nuevos acuerdos, cuantificar los beneficios, recaudar los impuestos y aplicar los nuevos derechos de propiedad, deben deducirse del ahorro social para obtener los beneficios conseguidos directamente por el Estado. North D.C y Thomas R.P. op. cit., p. 159.

44. North tiende a focalizar la razón de las necesidades fiscales del Estado en el surgimiento de nuevas armas que reclamaban ejércitos más amplios y costosos. North D.C. *Instituciones...* op. cit., p.146. Para Fontana, sin embargo, no se trata sólo de los ejércitos y de la guerra. En su opinión, el desarrollo del Estado moderno se halla estrechamente asociado a un aumento de sus dimensiones, de su campo de actuación. Fontana J. *La quiebra de la monarquía absoluta*. Barcelona: Ed.: Crítica, 2002. p. 12.

45. North D.C y Thomas R.P. Op. cit., p. 163.

Con todo – concluyen North y Thomas – si debido a las limitaciones con las que se debe enfrentar el Estado, la creación e imposición de este tipo de derecho de propiedad se manifiesta como la fuente más lucrativa de beneficios, en tal caso se procederá a su implantación.

En mi opinión, este modelo teórico sirve para explicar la evolución de los derechos de propiedad inmobiliarios en España – y no solo en España – y por qué no se arbitraron antes mecanismos eficaces – entre los cuales los registrales – para la protección de dichos derechos.

#### 4. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR EL ESTADO. LA SEGURIDAD – O PROTECCIÓN – JURÍDICA DE LA PROPIEDAD

##### 4.1. *Planteamiento*

En cualquier caso, el concepto de propiedad privada –especialmente sobre la tierra y, en general, sobre los bienes inmuebles- se halla estrechamente relacionado con la idea y la realidad del Estado, hasta tal punto que, como ha afirmado North, es esencial elaborar una teoría del Estado porque es él quien especifica la estructura de los derechos de propiedad.<sup>46</sup>

Puede afirmarse, por ello, que la propiedad privada, tal y como la conocemos, no es posible sin el Estado. Como ha afirmado Olson, no hay propiedad privada sin gobierno.<sup>47</sup> Ciertamente, puede haber Estado sin propiedad privada, pero no propiedad privada sin Estado. Como he expuesto, ello es así porque los altos costes transaccionales en los que sería necesario incurrir para transferir, capturar y proteger los derechos de propiedad, harían inviables tales derechos para la mayor parte de los bienes.

Por el contrario, la existencia del Estado posibilita que esa misma seguridad cuyo logro no es económicamente factible a través de los esfuerzos privados, pueda lograrse, afortunadamente, por una vía menos costosa: a través del sistema jurídico. Pasamos, entonces, al dominio de la *seguridad jurídica*, un tipo de seguridad que únicamente puede proporcionar el Estado. De su producción, por ello, se encarga el ordenamiento jurídico.

Esto es lo que hace el ordenamiento cuando, por ejemplo, la Constitución proclama el derecho de propiedad privada, la ley penal tipifica como delitos el robo, el hurto o el allanamiento de morada etc., o cuando la ley civil concede

---

46. North D. C. *Estructura y cambio en la historia económica*. Madrid: Alianza Ed. 1994. p. 22.

47. Olson M. *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Madrid: Ed. Siglo XXI, 2001. p. 231.

al propietario, además de los remedios posesorios, las acciones reivindicatoria o negatoria o lo protege mediante el sistema registral.

Este tipo de seguridad únicamente la puede proporcionar el Estado y, además, libera economías de escala en la medida en que, al asumir la protección de todas las propiedades, disminuye el coste medio de la misma, en tanta mayor medida, además, cuanto más crezca el volumen de producción, esto es cuanto más propietarios haya y más valiosas sean sus propiedades, lo que es, en gran parte, una función de la efectividad de la protección estatal de los derechos.

El ahorro posibilitado por las economías de escala es el que posibilita que la propiedad privada, o, si se prefiere, el sistema de derechos de propiedad, se haga extensible a toda una serie de bienes a los que de otro modo no sería extensible, con las pérdidas consiguientes en términos de productividad y de crecimiento.

La expansión de este proceso, a su vez, interesa sobremanera al Estado en la medida en que posibilita un incremento de sus ingresos fiscales. Ahora bien, por diversos factores, el Estado puede optar por la vía opuesta: la de ser un Estado depredador que limite los derechos de propiedad y asfixie la economía, como demuestran los análisis históricos de North y Thomas y la teoría neoclásica del Estado desarrollada por North.<sup>48</sup>

#### 4.2. *Del conflicto a la controversia*

La intervención del Estado, además, en la medida en que sea efectiva e imparcial, hace que el enfrentamiento entre individuos por la captura de

---

48. Véase North D.C y Thomas R. P. Op. Cit., especialmente capítulo 8 y North D.C, *Structure and Change in Economic History*. Nueva York W.W Norton, 1981. Especialmente el capítulo 3: “A Neoclassical Theory of the State”. El poder del soberano está limitado por los costes de agencia y sometido a las restricciones de la competencia. Si el soberano suministra el orden público y otros servicios a precios desorbitados, lo más probable es que su comportamiento provoque el que otros agentes del poder de dentro o de fuera del Estado ofrezcan un sistema de impuestos más favorable. La capacidad impositiva se halla también limitada por el problema de los costes de agencia y de medición. Para recaudar impuestos se debe definir y medir la base imponible y se deben liquidar y recaudar los impuestos. Para acometer esta tarea, el soberano deberá delegar en un gran número de agentes, y si es un gobernante racional, tratará de establecer acuerdos que minimicen el coste de agencia. Si los gobernantes no incurrieran en costes de transacción positivos al proceder a la recaudación de impuestos, preferirían una estructura de derechos de propiedad que maximizara la base imponible. Cuando los costes de transacción son elevados, es frecuente que, por su propio interés, los gobernantes diseñen estructuras adecuadas de derechos de propiedad para que la economía crezca rápidamente.

recursos escasos necesarios para la supervivencia deje de ser un *conflicto* – enfrentamiento sin sujeción a reglas – y se convierta en una *controversia* – enfrentamiento con sujeción a reglas –, que, en parte es económica y, en parte, es jurídica.

Diez-Picazo<sup>49</sup> define la *controversia económica* como aquella en la que el ordenamiento – vale decir el Estado – se limita a definir las reglas del juego sin tomar partido por ninguno de los contendientes y manteniéndose neutral en relación a la sustancia del conflicto. En la *controversia jurídica*, por el contrario, el ordenamiento jurídico, además, anticipa por cuál de los intereses en juego se inclinará en caso de conflicto, lo que es un eficaz método de evitación de los mismos y de estructurar incentivos de la conducta humana.

El crecimiento económico consiste, esencialmente, en la adecuada estructuración de tales incentivos, mediante una adecuada estructuración de los derechos de propiedad, pues, básicamente, en eso consiste una organización económica eficaz, de cuya consecución depende que haya crecimiento económico, así como el grado relativo del mismo.<sup>50</sup>

Esta distinción es útil en el tema que nos ocupa porque, en relación al propietario, en un moderno Estado de Derecho, la naturaleza de la controversia es jurídica siempre que el propietario sea tal, es decir haya cumplido todas las condiciones que el ordenamiento – es decir, el Estado – le exige para reconocer su derecho. En tal situación, si alguien perturba *su* derecho de propiedad, el Estado no permanece neutral sino que anticipa que protegerá al propietario. O, en el caso de que dos personas se disputen la propiedad de un bien, el ordenamiento suele establecer un sistema de criterios de admisibilidad y preferencia de pruebas.

Ahora bien, si un individuo negocia con el propietario la transferencia de su propiedad, el Estado no interviene para anticipar el resultado de la negociación, sino sólo para garantizar que el propietario pueda decidir libremente si transfiere o no; que, si hay acuerdo, tal acuerdo no viola normas imperativas que, precisamente por serlo, establecen derechos a favor de terceros – sean

---

49. Diez-Picazo y Ponce de León L. Op. Cit., p.12-13.

50. North D.C y Thomas R.P. Op. cit., p. 5. Sostienen que la clave del crecimiento reside en una organización económica eficaz. Una organización económica eficaz implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de los derechos de propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada de beneficios respecto a la tasa social de beneficios. La razón del desarrollo de Occidentales radica, por tanto, en la construcción de una organización económica eficaz en Europa occidental

terceros concretos o la comunidad en su conjunto –, haciendo depender de tal ausencia de violación el reconocimiento de la nueva titularidad sobre el derecho; y, finalmente, para imponer el cumplimiento obligatorio en caso de incumplimiento, bien *in natura* cuando es posible, bien en el *id quod interest* cuando no lo es.

El respeto a la normas imperativas, en la medida en que fijan los límites del marco institucional, que define lo que a los individuos les está permitido hacer, y, por tanto, en la medida en que estructuran incentivos de la conducta humana, es una cuestión crítica, pues de ello dependerá, por un lado, que el sistema de incentivos, si es acertado, produzca los resultados deseados, y, de otro, que se mantenga el consenso social en torno al aprovechamiento de bienes y recursos en que la propiedad consiste. La presencia del Estado convierte el conflicto en controversia. La controversia es económica cuando la conducta de los individuos se mueve dentro de lo que el sistema institucional les permite hacer y es jurídica cuando intentan traspasar los límites del marco institucional. En el primer caso hay competencia; en el segundo, transgresión de las reglas que la regulan.

4.3. *La necesidad de que el Estado reconozca solamente la propiedad adquirida con pleno respeto a las normas como condición necesaria para el mantenimiento del consenso social sobre el aprovechamiento de recursos en que la propiedad consiste*

#### 4.3.1. *Planteamiento general*

De acuerdo con todo lo expuesto, puede afirmarse, siguiendo a Sjaastad E. y Bembly E.D,<sup>51</sup> que los derechos de propiedad, especialmente sobre inmuebles, no son otra cosa que convenciones sociales respaldadas por el Estado – mediante la ley – que permiten adjudicar con carácter exclusivo un beneficio o flujo de renta, mediante la imposición de deberes a otros que pueden desear o interferir de cualquier modo en la corriente de beneficios procedente del bien. Se trata, por tanto, de la adjudicación, fundamentada en una convención social respaldada por el Estado, con carácter exclusivo y excluyente de los beneficios reales y/o potenciales generados y/o generables por el recurso sobre el cual recae el derecho. Y los recursos, como sabemos, son escasos por definición. Y su adjudicación, en regimen de exclusividad o de monopolio, si tal monopolio

---

51. Sjaastad E y Beomley E.D. *The Prejudices of Property Rights: On Individualism, Specificity, and Security in Property Regimes*, en *Development Policy Review*, 18 (4): 365-89.



– tal derecho – se ha adquirido mediante el libre juego de la autonomía privada y con pleno respeto a las normas imperativas que la enmarcan.

Por ello, el Estado, antes e comprometer el uso de su fuerza coercitiva en el caso de que el derecho adquirido sea perturbado, debe asegurarse de que la adquisición del derecho no ha sido fruto de un despojo o de cualquier otro comportamiento contrario a una norma imperativa.

De no ser así, existe el riesgo de que se quiebre el consenso acerca de cómo los recursos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados, consenso que define la esencia del derecho de propiedad, lo cual sería gravísimo porque, como observa De Soto,<sup>52</sup> la propiedad no es tanto una cualidad primaria de los activos cuanto la expresión legal de un consenso económicamente significativo acerca de ellos.

#### 4.3.2. *La eficacia de la función protectora del Estado de la propiedad legalmente adquirida como factor creador de capital. La distinción entre fuerza y alcance del Estado*

Cuanto más amplio sea ese consenso y mayor y más eficaz la protección del Estado, en mayor medida se incentivará un uso eficiente de los recursos, y, por tanto, más valiosos serán los bienes, o, dicho de otro modo, en mayor medida podrán ser utilizados como activos económicos, o, en palabras de De Soto, generarán capital.<sup>53</sup>

---

52. De Soto H. *El misterio del capital*. Barcelona: Ed. Península, 2001. p. 184. Observa De Soto que es la ley la que fija y realiza el capital. En occidente la ley no se preocupa tanto por representar la realidad física de las edificaciones o de la propiedad raíz, sino más bien por establecer un proceso o reglas que permitan a la sociedad extraer el potencial excedente de esos activos. La propiedad no es los activos mismos sino el consenso entre personas sobre cómo estos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados. Hoy, en la mayor parte de los países del tercer mundo el desafío no consiste en poner todas las edificaciones y la tierra sobre el mismo mapa – algo que probablemente ya se ha hecho – sino en integrar las convenciones legales formales con las extralegales.

53. Según De Soto, no sabemos dónde encontrar el proceso clave que convierte el potencial económico de una casa en capital. Esto se debe a que ese proceso clave no fue deliberadamente establecido para crear capital, sino con el propósito más sencillo de proteger la propiedad inmueble. A medida que los sistemas de propiedad de los países occidentales fueron creciendo, imperceptiblemente fueron desarrollando diversos mecanismos cuya combinación en un proceso empezó a producir más capital que nunca. En occidente, estos mecanismos se usan todo el tiempo, pero la gente no advierte sus funciones generadoras de capital, pues ellos no llevan esa etiqueta. Los percibimos como parte del sistema que protege la propiedad, no como

Antes de analizar cómo realiza el Estado esta función protectora de los derechos de propiedad y, por ello, *creadora de capital*, es preciso partir de la distinción realizada por Fukujama entre *fuerza* y *alcance* del Estado.

Para Fukujama – al igual que para la economía institucional en general – ha sido el surgimiento del Estado moderno y su capacidad para proporcionar orden, seguridad, leyes y derechos de propiedad lo que ha hecho posible<sup>54</sup> el crecimiento económico moderno.

También, al igual que los autores especializados en economía institucional, reconoce que, no obstante, el papel del Estado es ambiguo, ya que posee una amplia variedad de funciones tanto para lo bueno como para lo malo.

El mismo poder coactivo que permite al Estado defender los derechos de propiedad y procurar seguridad pública, le permite también confiscar la propiedad privada y vulnerar los derechos de los ciudadanos. La labor de la política moderna ha consistido, por ello, en domar el poder del Estado, orientar su actividad hacia propósitos considerados legítimos por las personas a las que sirve y regular el ejercicio del poder mediante el Estado de Derecho.

La esencia de la *estatalidad* es, así, la capacidad de hacer cumplir las leyes, o, en otros términos, en última instancia, la capacidad de enviar a alguien con uniforme y pistola para que imponga el cumplimiento de las leyes del Estado. En la medida en que un Estado es eficaz en esta función es un Estado fuerte.<sup>55</sup>

El *alcance* del Estado se refiere a las diferentes funciones y objetivos que asumen los gobiernos, lo cual es objeto de discusión permanente, no a la capacidad del Estado para cumplir con dichas funciones: a ella se refiere, como he expuesto, la noción de *fuerza* del Estado.

Sin embargo, se puede ordenar el alcance de las actividades estatales a lo largo de un continuo que comprende desde las actividades necesarias e importantes a las meramente deseables u opcionales y, en determinados casos, a las contraproducentes e, incluso, destructivas.

Ciertamente no hay consenso acerca de la jerarquía de las funciones del Estado, especialmente en lo que se refiere a la redistribución y a la política social. A pesar de ello, sí hay un cierto acuerdo en que hay un cierto grado de jerarquía: v.gr., los Estados necesitan garantizar el orden público y la defensa ante invasiones

---

mecanismos entrelazados para la fijación del potencial económico de un activo de modo que pueda ser convertido en capital. De Soto H. Op. cit., p. 65.

54. Fukujama F. *La construcción del Estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Ediciones B. Barcelona, 2004. p. 15.

55. Fukujama F. Op. cit., p. 22.

externas antes que proporcionar un seguro de enfermedad universal. En este sentido, el *Informe sobre Desarrollo Mundial* de 1997 del Banco Mundial contiene una posible lista de funciones estatales dividida en tres categorías que equivalen a funciones mínimas, intermedias y dinámicas. Pues bien, entre las funciones mínimas, se hallan las relacionadas con los derechos de propiedad.<sup>56</sup>

Lo ideal es que todos los estados los protegen (*alcance*) y que en esa protección sean eficaces (*fuerza*). Sobre esta idea sí parece haber un amplio consenso. Queda fuera de nuestro objeto de análisis cuál debe ser el alcance de las demás funciones del Estado.

## 5. PROPIEDAD Y MERCADO. LA NECESIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN EFICIENTE DE DERECHOS DE PROPIEDAD PARA QUE HAYA CRECIMIENTO ECONÓMICO

### 5.1. *Propiedad y mercado*

Analizada la cuestión de por qué el Estado es necesario para el derecho de propiedad, procede ahora referirse brevemente a la cuestión de por qué es necesario tal derecho. Ya hemos dicho que porque en esa misma medida se genera capital. Para comprender esta cuestión, es necesario abordarla tanto desde una perspectiva estática como desde una perspectiva dinámica.<sup>57</sup>

Desde una *perspectiva dinámica*, una propiedad con facultades suficientes de exclusión – y, por tanto, de aprovechamiento exclusivo –, bien definida y bien protegida por el Estado es una condición necesaria para generar incentivos para la inversión y, en consecuencia, para un uso eficiente de los recursos a largo plazo –recuérdese lo que sucede en caso contrario como ilustra el ejemplo español de la Mesta.

La *exclusividad* de aprovechamiento de los recursos que la propiedad confiere a su titular, no es, sin embargo, condición suficiente para el uso eficiente de los mismos. Para ello, la nota de exclusividad debe ir acompañada, inescindiblemente, de la de libre *transferibilidad*. En efecto, en la medida en la que dicha propiedad sea *transferible voluntariamente con facilidad y seguridad* será reasignada a sus lugares de uso más eficientes, a través de los mecanismos de mercado, los más eficaces de los desarrollados por la humanidad – hasta el momento – para la creación de riqueza

Ello permite un uso más especializado de los recursos y, por tanto, más productivo, lo que genera crecimiento y bienestar, en tanta mayor medida

56. Fukujama F. Op. cit., 17-32.

57. Véase Dnes A. W. Op. cit., p. 16-17.

cuanto menos costosos sean los intercambios. Y estos serán tanto menos costosos cuanto más claros y seguros sean los derechos de propiedad.

Exclusividad y libre transferibilidad son pues, ambos, rasgos propios del moderno concepto de propiedad privada.

Desde una *perspectiva estática*, resulta clara la superioridad de la propiedad privada sobre el régimen de bienes comunes, ya que, en tales casos, es inevitable la sobrexplotación y, en consecuencia, la extinción del recurso.

Todo ello explica cuál es la auténtica función social de la propiedad: incentiva un uso eficiente de recursos escasos, permite conservarlos, y, mediante su intercambio, estimula el uso especializado y productivo de los mismos.

Propiedad y mercado son, pues, dos conceptos inescindibles, si se desea que la propiedad cumpla la función que le es propia. Como afirma Olson, si una sociedad tiene derechos individuales claros y seguros, hay poderosos incentivos para producir, invertir y embarcarse en un comercio mutuamente ventajoso y, como consecuencia, se produce, al menos, un cierto grado de avance económico.

El hecho de que la economía neoclásica se haya centrado tradicionalmente en el análisis de la oferta y la demanda con absoluto olvido de las instituciones en las que descansa el sistema, se debe al hecho de que en los países en los que se desarrolló el pensamiento económico – desde la Inglaterra de Smith, pasando por Europa occidental y Norteamérica –, se habían asentado en cierta medida las instituciones necesarias, por lo que sus economistas daban por supuesto que, para que sus construcciones teóricas funcionaran, debía existir un sistema legal que garantizara los derechos de propiedad de sus súbditos.<sup>58</sup>

## 5.2. Propiedad privada y crecimiento económico

Todo ello explica, también, por qué todas las cuestiones relativas a los derechos de propiedad constituyen el núcleo esencial del sistema económico.

También explica por qué los diferentes grados de desarrollo y de bienestar que se observan a lo largo de la historia entre países con niveles similares de recursos se hallan íntimamente relacionados con los diferentes modos de organización de la propiedad en los diferentes países.<sup>59</sup>

---

58. Olson M. Op. *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Madrid: Ed. Siglo XXI, 2001. p. 230 ss.

59. Libecap G. D. *Contracting for Property Rights*, Cambridge, University Press, 1989. p. 2.

En efecto, como han observado, North D. C y Thomas R.P, las causas por las que se produce este fenómeno en las diversas sociedades hay que buscarlas en una organización social eficiente y, más concretamente, en el establecimiento de un sistema eficiente de derechos de propiedad, que hacen que valga la pena emprender actividades socialmente productivas.<sup>60</sup>

En este sentido afirman que una organización eficaz implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada de beneficios respecto a la tasa social de beneficios.

Los beneficios o costos privados son las ganancias o pérdidas de quien participa individualmente en cualquier transacción económica. Los costos o beneficios sociales son los que afectan al conjunto de la sociedad. La discrepancia entre los beneficios o costos sociales significa que un tercero, sin su consentimiento, recibe parte de los beneficios o incurre en parte de los costos. Esta diferencia ocurre siempre que el derecho de propiedad no está suficientemente definido o no se hace respetar. Si los costos privados exceden de los beneficios privados, los individuos no estarán dispuestos a emprender esa actividad, aun cuando sea socialmente provechosa,<sup>61</sup> pero sí lo estarán en caso contrario.

---

60. North D.C y Thomas R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva Historia económica (900-1700)*. Madrid: Ed. Siglo XXI, 1990. p. 5-7).

61. North D.C y Thomas R. P. *Ibidem*. Dan, además, muy sólidos argumentos al respecto desde la perspectiva de la historia económica. Entre otros exhiben el ejemplo español de los privilegios de la Mesta sobre los agricultores como ejemplo de derechos – los de los agricultores, que, por no ser exclusivos dificultaron el desarrollo económico en España. En efecto, los agricultores de diversas zonas no tenían la seguridad de recoger su cosecha – es decir, de apropiarse de sus ganancias – puesto que no podían evitar que los ganaderos llevaran sus ovejas a pastar a sus tierras. Los efectos del privilegio dado a la Mesta –e inversamente la falta de propiedad exclusiva de los agricultores – tuvieron efectos muy perniciosos, no solo sobre la voluntad de los agricultores de plantar sus cosechas cada año, sino sobre las inversiones en equipo capital –semillas, abancalamientos, drenajes– que aumentan la productividad y son la base del crecimiento a largo plazo.

Los derechos de propiedad los concedió el Rey a cambio de unos ingresos fiscales. De esta forma se estipularon unos derechos de propiedad que impidieron que el aumento de la tasa social de beneficios derivada e los aumentos potenciales de la productividad de la tierra los llevaran a cabo los agricultores, porque no se podían apropiar de estos beneficios potenciales.

En conclusión, el sistema ineficiente de derechos de propiedad – la falta de derechos exclusivos – frenó el desarrollo en España. Algo parecido sucedió en Francia con

En efecto, aun admitiendo que los miembros de una sociedad pueden ignorar tales estímulos positivos y que en todas las sociedades algunos se contentan con su situación actual, la experiencia demuestra que la mayoría prefiere tener más bienes a tener menos y que actúa de acuerdo con esta premisa.

Por ello, para que se produzca el crecimiento bastará con que una parte de la sociedad sea ambiciosa y que la organización económica sea eficaz, es decir, que los derechos de propiedad estén adecuadamente estructurados, en el sentido de que incentiven adecuadamente la conducta de los individuos, o, expuesto de otro modo, en el sentido de que, por un lado, ofrezcan incentivos suficientes para que a los individuos les merezca la pena iniciar actividades y, por otro, dichas actividades sean socialmente rentables.<sup>62</sup>

## 6. LA ORGANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA FÁCIL Y SEGURA DE LOS MISMOS

### 6.1. *Planteamiento general*

La moderna doctrina sobre la propiedad privada se inicia, aproximadamente, en el siglo XVI. Como afirma San Emeterio,<sup>63</sup> fué un momento delicado, pues toda la tradición escolástica en torno a la propiedad que había sido recogida durante siglos por generaciones de teólogos, se enfrentaba a fuertes cambios. En efecto, por un lado, la ampliación del mundo obligaba a plantearse los fundamentos para la apropiación de nuevos territorios; por otro, el avance de una economía precapitalista con mercados y mercaderes que negociaban, con un cierto grado de complejidad en sus operaciones, impulsó la discusión sobre los límites de la propiedad privada y sus garantías.

El derecho de propiedad privada sobre la tierra y sobre los inmuebles en general surge con el Estado Moderno, la derogación del antiguo régimen, la proclamación de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la derogación de los privilegios feudales, así como de las vinculaciones y diversos sistemas de amortización de los bienes y la proclamación de la propiedad privada individual

---

los privilegios de ciertos monopolios locales. Por el contrario, en Inglaterra y Países Bajos, donde los intereses comerciales eran políticamente más fuertes, y la sociedad tenía cuerpos representativos más poderosos, el sistema institucional de derechos de propiedad permitió un uso más ágil de los recursos que, de un lado, promovía y, de otro, respondía a las necesidades crecientes de los mercados. Véase capítulo 8 de la citada obra.

62. North D.C y Thomas R.P. Op. cit., p. 7-9.

63. San Emeterio Martín N. *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad privada en la Edad Moderna*. Madrid: Ed. Tecnos, 2005. p. 2

y libremente transferible, lo que, en Francia sucede con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional en su sesión de 26 de agosto de 1789 y en España, de un modo formal, con la Constitución de 1812, si bien su consolidación llevará mucho tiempo – en España ocupó más de la mitad del siglo XIX.

A partir de ese momento, el Estado reconoce ese derecho, lo define, deroga progresivamente las normas que se oponen a su plena efectividad, y se compromete expresamente en su defensa activa.

El reconocimiento de tal derecho era condición necesaria, pero no suficiente, para posibilitar la economía de mercado. Para ello era necesario, imprescindible, que el derecho de propiedad, que formalmente era libremente transferible, pudiese ser transferido de forma fácil y segura. Mientras no se solventaran las dificultades que lo impedían, de poco iba a servir el reconocimiento abstracto del Derecho de propiedad, pues no sería posible la constante asignación de recursos hacia sus lugares de uso más eficientes, ni su utilización como garantía para obtener capital.

La organización de todo ello, una de las funciones esenciales del Estado, requiere un complejo entramado institucional de cuya calidad depende el grado el crecimiento de la economía.

## 6.2. *Las ventajas de la explotación de los bienes inmuebles mediante derechos reales*

En general, en la medida en que los derechos sobre bienes inmuebles sean más seguros es posible una utilización más especializada y, por tanto, más productiva de los mismos, lo que es un factor decisivo para incrementar su valor, o, en otras palabras, para crear capital.

En el caso de los bienes inmuebles, como ha observado Aruñada,<sup>64</sup> sus características propias – ser inmóviles, duraderos y poco deteriorables – facilitan que sus diversos usos productivos – especialmente como depósito de valor y como garantía de otras obligaciones – puedan contratarse mediante derechos reales, en lugar de mediante derechos puramente personales, lo que, a su vez, favorece la especialización productiva y el crecimiento económico. Ello implica partir del supuesto de que tales características permiten la coexistencia simultánea de diversos derechos reales – y no solo reales- sobre el mismo bien.

Para comprender adecuadamente el alcance de esta afirmación es necesario formular adecuadamente la distinción entre derechos reales y derechos personales.

---

64. Aruñada B. *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. Lima (Perú): Ed. Palestra, 2004. p. 46.

### 6.3. *Derechos personales o de crédito y derechos reales. Reglas de responsabilidad (liability rules) y reglas de propiedad (property rules)*

La distinción entre derechos personales y derechos reales es clásica en el ámbito del Derecho civil patrimonial. Como afirma Diez-Picazo, constituye una especie de columna vertebral de todo el sistema<sup>65</sup> y ciertamente lo es.

No se trata ahora, sin embargo, de exponer las diferentes concepciones sobre los mismos. A los efectos de este trabajo, basta con saber que los derechos reales indican aquella categoría de derechos patrimoniales que se caracterizan, según la opinión común, por consistir en un poder inmediato del titular sobre la cosa. Por el contrario, los derechos personales o de crédito son aquellos que atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión.

El paradigma de los derechos reales sería, según la opinión común, el derecho de propiedad. El paradigma de los derechos personales, por el contrario, sería el derecho del acreedor a reclamar, por ejemplo, una suma de dinero.<sup>66</sup>

Ahora bien, junto a estas ideas clásicas, me parece conveniente traer a colación una nueva idea derivada de una observación formulada por Arruñada.<sup>67</sup> Según este autor, una de las características de atribuir a un derecho carácter real es que garantiza la eficacia del mismo porque se requiere el consentimiento de su titular para poder ser afectado por actos de un tercero. De donde se deduce – *a contrario sensu* – que el derecho personal sí podría verse afectado sin el consentimiento de su titular por actos de un tercero y que ésta sería, precisamente, su característica diferencial con los derechos reales – *property rights*.

En definitiva, la diferencia esencial entre un derecho personal o de crédito y un derecho real estribaría en su diferente grado de protección: mientras – siguiendo la terminología de Calabresi y Melamed<sup>68</sup> – el primero estaría

---

65. Diez Picazo L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I. Introducción y Teoría del contrato*. Aranzadi. Cizur Menor, 2007. p. 86 ss.

66. Diez-Picazo L. *Ibid.* p. 75.

67. Arruñada B. Op. cit., p.71.

68. Calabresi G. y Melamed A.D. *Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One View of the Cathedral*”, Harvard Law Review, 85 (1972). p 1089-1120. Según estos autores, el ordenamiento puede proteger los derechos de dos modos distintos, bien mediante una regla de propiedad, bien mediante una de responsabilidad y ello depende del coste de la protección. Si no hay costes apreciables, lo procedente es la protección mediante una regla de propiedad; pero si generan costes que perturban el funcionamiento del mercado, resulta preferible la regla de responsabilidad



protegido por una *regla de responsabilidad*, el segundo lo estaría por una *regla de propiedad*.

Se trata de una idea sugerente que debe ser, sin embargo, muy matizada por varias razones.

En primer, el hecho de que el ordenamiento opte por proteger un derecho con uno u otro tipo de regla no es, en principio, arbitrario, sino que depende, en gran medida, del contenido del propio derecho: hay derechos difícilmente protegibles mediante una regla de propiedad – v.gr.: el derecho consistente en obtener una prestación de no hacer del deudor – e, inversamente, los hay difícilmente protegibles mediante una regla de responsabilidad – v.gr.: el derecho de propiedad; si solamente estuviera protegido por una regla de responsabilidad, difícilmente podríamos seguir hablando de tal derecho-; otros supuestos, dan mayor libertad de opción al legislador – v. gr.: el arrendamiento.

En segundo lugar, en el plano normativo, ambos tipos de derechos – reales y personales – se hallan protegidos por una regla de propiedad y sólo subsidiariamente por una regla de responsabilidad.<sup>69</sup> Por ello, desde una perspectiva analítica, tal criterio no sirve para distinguir entre ambos tipos de derechos. Estos se diferencian, en realidad, porque, tal y como he expuesto, tienen un contenido diferente.

Ahora bien, dadas las características de cada uno de ellos, sin duda, en el ámbito de los derechos personales o de crédito le es más fácil al deudor impedir al titular el ejercicio *in natura* de su derecho que en el ámbito de los derechos reales, por lo que, desde una perspectiva *funcional*, sí resulta aceptable tal criterio.

En efecto, de hecho, en el ámbito de los derechos personales o de crédito el deudor sí puede, en gran medida, afectar el derecho del titular sin el consentimiento de éste, lo que es mucho más difícil que suceda en el ámbito de los derechos reales. De ahí la utilidad de la observación, como veremos.

#### 6.4. *La organización del tráfico jurídico inmobiliario. Problemática general. La confluencia de exigencias aparentemente contradictorias*

##### 6.4.1. *Problemática general*

Solamente tiene sentido hablar de un *derecho*, sea real, sea personal, en la medida en la que pertenece a un titular: si un derecho carece de titular sencillamente no existe, al menos desde una perspectiva funcional. Hemos

---

69. Véase nota 43 donde se argumenta por extenso sobre esta cuestión.

visto, además, que los bienes inmuebles presentan unas características ideales para que confluyan sobre los mismos, simultáneamente, diversos derechos – y, por tanto, *diversas titularidades* – lo que posibilita una mayor especialización en sus usos productivos.

Ahora bien, para ser titular de un derecho – sea real, sea personal, aunque me centraré en el caso de los derechos reales – es necesario haber adquirido previamente la *titularidad* sobre el mismo, bien originaria bien derivativamente. Por razones obvias, este segundo caso es el que nos interesa.

Supuesto el reconocimiento y protección del derecho de propiedad como tal por parte del Estado, la cuestión clave estriba en la protección de las titularidades sobre los derechos y en la organización más eficiente y eficaz posible del sistema de transferencia o circulación de las mismas, buscando la mejor solución de compromiso entre diferentes exigencias.

#### 6.4.2. *La creación de las instituciones necesarias para la optimización del valor de los bienes y derechos – para la creación de capital – como misión del Estado*

Con carácter general, el valor de un cambio para las partes es el valor de los diferentes atributos que componen el bien o servicio. Y es misión del ordenamiento – del Estado – que ese valor sea el mayor posible. En otros términos, es misión del Estado la creación de la infraestructura institucional necesaria para que pueda crearse la mayor cantidad posible de *capital*.

Para analizar esta cuestión en relación al objeto de estudio examinaremos el caso de la transmisión onerosa de un bien inmueble.

Dicha transacción implica la transmisión de un conjunto de atributos, tanto físicos como legales –derechos– sobre el mismo a cambio de una contraprestación, una suma de dinero en el caso de la compraventa, tipo negocial en el que nos centraremos para simplificar la cuestión.

La medición de tales atributos tiene un coste y, además, el adquirente aplicará un descuento por incertidumbre, descuento que revela el grado de imperfección en la medición de tales atributos, todo lo cual se reflejará en el precio que está dispuesto a pagar – en el valor que para él tiene el bien. *Coeteris paribus*, a mayor incertidumbre estará dispuesto a pagar menos e, inversamente, a menor incertidumbre estará dispuesto a pagar más. Así pues, en la medida en la que se eliminen las incertidumbres, aumentará el valor del bien, esto es, se creará capital.

Algunos de estos atributos, como la superficie o las características generales del inmueble, pueden ser relativamente fáciles de determinar. Pero otros, tales

como la *titularidad* de la propiedad adquirida, especialmente en la dimensión de hallarse protegida contra posibles fallos en el título del transmitente, que fundamenten reclamaciones de terceros, tanto en concepto de titulares de dominio como de otro tipo de *iura in rem*, son más difíciles de determinar, por lo tanto de calibrar su probabilidad y, en consecuencia, su importancia.<sup>70</sup>

#### 6.4.3. *La confluencia de exigencias aparentemente antagónicas*

En la consecución de este objetivo, el Estado debe atender, imprescindiblemente, dos exigencias que son, al menos aparentemente, contradictorias y que, de serlo, constituirían un juego de suma cero.

En efecto, por un lado, puede afirmarse – como observa North<sup>71</sup> – que el descuento por incertidumbre será mayor – es decir, el bien será menos valioso – en la medida en la que la estructura institucional permita que terceras partes influyan en el valor de los atributos que son una función de utilidad para el comprador. Puede citarse aquí la conducta de los vecinos, o, también, la probabilidad de robo, pero también la posibilidad de que la adquisición realizada pueda ser anulada por un tercero. Por ejemplo, porque se adquirió de quien, pese a las apariencias, no era el titular del derecho y, en consecuencia, se corre el riesgo de que el *verus dominus* reclame su propiedad.

Mientras mayor sea la incertidumbre del comprador menor será el valor del bien, y menor será también la posibilidad de un uso más especializado y, por tanto, más productivo del mismo. Ciertamente, el nivel de las tasas de interés en los mercados de capitales es, probablemente, la dimensión cuantitativa más evidente de la eficacia del marco institucional.<sup>72</sup>

70. Ciertamente no son éstos los únicos atributos ni las únicas incertidumbres que inciden sobre el precio que se está dispuesto a pagar: ej.: el nivel de delincuencia de la zona, de contaminación ambiental, los planes de las autoridades en relación a la misma, el nivel de servicios, de cercanía al lugar de trabajo, calidad de transporte, etc., son factores que inciden decisivamente sobre el precio que se está dispuesto a pagar o, incluso, sobre la realización misma de la transacción.

71. North D.C *Instituciones...* op. cit., p. 88

72. North D.C *Instituciones...* op. cit., p. 95. Para una constatación empírica de esta afirmación, véase Méndez González F. p. Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario. *RCDI* n. 700. p. 571 ss. En dicho trabajo se demuestra que los países con Registros de derechos tienen menores tipos de interés hipotecarios, mercados hipotecarios más amplios y tiempos de ejecución de la hipoteca en caso de impago menores que los países con Registros de documentos, precisamente por la mayor seguridad jurídica que ofrecen los primeros a los propietarios y en consecuencia, a los acreedores.

Por otro lado, en el ámbito del mercado, en el que nos centraremos, la adquisición derivativa requiere un *acuerdo de voluntades* que de lugar a una *transferencia voluntaria* en ejercicio de la libertad contractual por parte de su titular a la persona con la que ha llegado al acuerdo. *Inter privatos* no puede haber transmisión eficiente alguna sin consentimiento del titular.

Como afirma Coase,<sup>73</sup> el intercambio no existe tanto para realizar la transferencia de bienes como para permitir la transferencia de *derechos* para hacer cosas –las permitidas por el sistema institucional – con los bienes.

Con mayor rigor aún, se puede afirmar que no se intercambian derechos, sino las *titularidades* sobre los mismos. Es la *voluntariedad* de la transferencia la que garantiza que el intercambio no sea un juego de suma nula, sino de suma positiva: en una sociedad de hombres libres y bajo el único impulso de los intereses individuales, el intercambio permite que los recursos, a medida que cambian las necesidades y evolucionan las técnicas, sean constantemente reorientados hacia sus lugares de uso más eficiente.

El hecho de que la transferencia deba ser necesariamente voluntaria es una consecuencia, también necesaria, del derecho de exclusión en el que la propiedad consiste, lo hace creíble e incentiva la inversión a largo plazo. Por ello, el Derecho común se halla gobernado por las máximas “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habeat*”, “*id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest*”, “*res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*”, “*ubi rem meam invenio ibi vindico*” etc.

Obviamente, no puede obtenerse el consentimiento necesario si no se identifica previamente a quien, en su caso, ha de prestarlo, esto es al titular del derecho, lo cual no siempre es fácil. Y si el titular no presta su consentimiento no puede verificarse transferencia alguna. Así pues, organizar los intercambios de titularidades es costoso y cuanto menos costoso sea, mayor eficiencia se conseguirá en el uso de los recursos escasos necesarios para la supervivencia.

Por otro lado, para que la propiedad circule, se requiere no solo el consentimiento del propietario, sino también el del potencial adquirente. Del mismo modo que nadie puede ser privado – en el ámbito del mercado – de sus derechos de propiedad sin su consentimiento, nadie puede ser obligado a adquirir una propiedad sin el suyo.

Y para que el eventual adquirente consienta, es necesario que se despejen todos sus recelos derivados de las incertidumbres que le embargan en relación a determinados atributos jurídica y económicamente relevantes del bien que, a

---

73. Coase R.H. *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Ed., 1994. p. 17-20.

*priori*, está interesado en adquirir. Tales incertidumbres se erigen en una firme fuente desconfianza porque el adquirente sabe que el transmitente – como él mismo – ajustará su comportamiento al modelo conductual del autointerés y, en consecuencia, ocultará al adquirente toda la información jurídica y económicamente relevante si cree que, de revelarla, se frustraría el intercambio o tendrá lugar en condiciones menos ventajosas para él. La presencia de tales *asimetrías informativas* entre los potenciales transmitente y adquirente son la principal dificultad para que coordinen sus intereses y, por tanto, para que contraten.

Como hemos visto, el potencial adquirente puede despejar por sí solo determinadas incertidumbres fácilmente, pero otras no. Y entre las que no puede despejar por sí solo con absoluta certeza se hallan dos esenciales: si quién se presenta como vendedor es el *verus dominus* y si el estado de cargas es el que manifiesta quien se presenta como tal *verus dominus*.

Poder despejar estas dos incertidumbres es, en efecto, decisivo para contratar, porque, conforme a las reglas del Derecho común, si quien se presenta como *verus dominus*, resulta no serlo, éste – el *verus dominus*- puede reclamar su derecho de quien lo posea – porque cree haberlo adquirido – sin su consentimiento, aun cuando sea un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe. Y si el estado de cargas manifestado no se corresponde con el real, tales cargas se anteponen al derecho adquirido.

La adecuada satisfacción de ambas exigencias – consentimiento del dueño para que pueda haber transferencia y eliminación de las incertidumbres básicas del potencial adquirente- son esenciales para que *el sistema de derechos de propiedad* pueda cumplir su función de creación de riqueza.

Ahora bien, la satisfacción simultánea de ambas exigencias no resulta nada fácil, porque parecen ser contradictorias. En efecto, la regla del *consentimiento necesario del propietario* implica que nadie distinto del dueño puede transmitir la propiedad de aquel, salvo que el dueño le haya concedido poder para ello. La protección del adquirente, a su vez, implicaría que si ha actuado con diligencia y de buena fe y ha adquirido de quien, según todas las apariencias, imputables al *verus dominus*, era dueño, debería ser protegido en su adquisición, al menos cuando tal adquisición haya a título oneroso.<sup>74</sup>

---

74. La exigencia de la onerosidad parte de la premisa de que la protección de la confianza generada por la apariencia es un *instrumento de mercado*. La debida ponderación de los intereses en juego exige proteger al confiante para que no sufra un daño patrimonial en perjuicio del deudor que ha generado la situación aparente. Ahora bien, si el negocio lo ha sido a título gratuito, el adquirente no sufre ningún perjuicio si no se le protege, pero sí el transmitente, y conforme al principio *qui certat de damno*

Sin embargo, este antagonismo entre ambas exigencias es sólo aparente, como veremos.

#### 6.4.4. *Protección de las titularidades sobre derechos reales mediante una regla de propiedad o mediante una regla de responsabilidad*

Identificar al titular del derecho real que se desea adquirir es una *condictio sine qua non* para poder obtener su consentimiento. Por otro lado, dado que suele ser provechoso que muchas personas ostenten derechos sobre el mismo bien, con el fin de alcanzar las ventajas de la especialización, la cuestión tiende a complicarse.

Y puede complicarse hasta tal punto -puede hacerse tan costosa- que no resulte rentable la explotación de los bienes mediante titularidades de derechos reales protegidas con una regla de propiedad y sea más rentable su explotación mediante titularidades de derechos reales protegidas solamente mediante una regla de responsabilidad, con lo cual se perderían parte de las ventajas derivadas de la mayor eficacia de los derechos reales.

Parafraseando a Arruñada, se puede afirmar que este argumento se basa en la vieja idea de que, si se dota de efectos reales – es decir, si se protege con una regla de propiedad – a la adquisición derivativa de la titularidad sobre un derecho real, ello puede generar costes de transacción elevados.

Proteger la titularidad derivativa sobre un derecho real con una regla de propiedad significa impedir que terceras partes – incluido, en el límite, el *verus dominus* – puedan anular la titularidad adquirida, lo cual aumenta el valor del bien o derecho, siempre que el *verus dominus* pueda evitar con un coste mínimo que, hipotéticamente, se pueda producir tal transmisión sin su consentimiento.<sup>75</sup> Pero ello exige, en principio, identificar y obtener todos los consentimientos necesarios, es decir, los consentimientos de todos los titulares de derechos reales que existan sobre el bien, en su caso, así como articular un instrumento de defensa de los derechos del *verus dominus* que le aseguren que no habrá transmisiones sin su consentimiento, a cambio de proteger las

---

*evitando abteponendus est qui certat lucro captando*, ha de preferirse a aquel que trata e evitar un daño – el dueño – frente a quien trata de conseguir un lucro – el adquirente a título lucrativo-, consideración ésta a la que hay que añadir la débil protección que el legislador dispensa, en general, a las transmisiones gratuitas.

75. Si no fuera así, es decir si el *verus dominus* no pudiese anular una transmisión efectuada sin su consentimiento y, al mismo tiempo, no pudiese evitarla, el sistema no aumentaría el valor de los bienes si no que los devaluaría.

adquisiciones efectuadas mediante actos de tráfico – esto es, a título oneroso y de buena fe – con una regla de propiedad. Todo ello puede generar costes que no compensen el aumento de valor del bien.

Estos costes pueden minimizarse si se protege menos la titularidad así adquirida sobre el derecho, empleando reglas de responsabilidad. El conflicto se da, por tanto, entre la fortaleza o seguridad con que se proteja la titularidad sobre el derecho y el coste de transmitir dicha titularidad.<sup>76</sup>

En el caso de adquisición derivativa de una titularidad, cabe la posibilidad de que se haya adquirido de buena fe de quien se ha presentado como titular sin serlo –bien de mala fe, bien porque creía serlo–, incluso después de haber desplegado la diligencia ordinariamente exigible para asegurarse de que se estaba adquiriendo del *verus dominus* o, al menos, de persona con poder de disposición sobre el mismo. Cabe también la posibilidad de que existan derechos reales invisibles – hipoteca –. A falta de consentimiento del titular del *ius in re aliena* carente de visibilidad, el bien adquirido permanecerá gravado por dicho derecho y el adquirente obtendrá solamente un derecho de crédito contra el vendedor, en el orden civil.

Como observa Arruñada, este aumento en los costes de transacción puede a, su vez, obstaculizar la inversión, el comercio y, en suma, la especialización de todos los recursos productivos afectados tanto directa como indirectamente.<sup>77</sup>

Dado que ésta es una posibilidad *realmente existente*, los ordenamientos pueden optar por articular un procedimiento – una *hoja de ruta* – de adquisición que, de seguirlo, inmunice al adquirente, blinde su adquisición frente a la posible falta de titularidad de su transmitente o frente a las posibles causas de anulación o resolución del derecho de su transmitente derivadas de contratos anteriores, – Derecho de la seguridad del tráfico – o pueden optar por prescindir de dicha *hoja de ruta*, manteniendo los principios “*nemo dat quod non habet*” y “*ubi rem meam invenit ibi vindico*” en todo caso – Derecho común – y dejando que el mercado articule mecanismos que suministren al adquirente una mayor

---

76. Arruñada plantea la cuestión referida a los derechos – según sean reales o personales – en lugar de a la titularidad sobre los mismos. Sin duda, tal cuestión tiene importancia, pero, a mi juicio, por las razones expuestas anteriormente, es mucho más relevante aplicar tal distinción a la regla de protección de la titularidad derivativa sobre los derechos que a los derechos mismos, pues éstos son reales o personales con independencia de la regla de protección que, en ambos casos, es, en primer lugar, una regla de propiedad, sin perjuicio de que, en el ámbito de los derechos personales, tal regla pueda resultar inoperante de hecho en numerosos supuestos. Véase Arruñada B. Op. cit., p 67-68.

77. Arruñada B. Op. cit., p. 71.

o menor *certidumbre* –nunca certeza, por pura imposibilidad- acerca de estar adquiriendo del *verus dominus*.

En este segundo caso, se plantea inmediatamente una cuestión de la mayor importancia teórica y práctica: si se adquiere un derecho comunmente considerado real – para simplificar, nos centraremos en su paradigma, el derecho de propiedad – mediante un sistema de transmisión que no garantiza al adquirente la conservación de la titularidad del derecho en el caso de no haber adquirido del *verus dominus*, a pesar de haber desplegado la diligencia exigible, entonces, conforme a lo expuesto, el derecho adquirido no sería propiamente real, sino personal, ya que el adquirente podría ver afectada su adquisición sin su consentimiento por actos de un tercero. En efecto, en caso de colisión con el *verus dominus*, la titularidad del adquirente únicamente quedaría protegida – en el orden civil – por una regla de responsabilidad, no de propiedad.<sup>78</sup>

Frente a ello, podría argumentarse que tal razonamiento es falaz pues lo que habría sucedido es que el supuesto adquirente, en realidad, no sería tal

---

78. En realidad esta distinción entre reglas de propiedad y de responsabilidad no nos serviría como criterio para distinguir entre derechos reales y derechos personales en un plano analítico o conceptual, aunque sí en un plano o desde una perspectiva funcional. En nuestro Derecho, en el ámbito de los derechos de crédito, en el caso de que el deudor incumpla la prestación debida, se concede al acreedor – titular del derecho de crédito – la denominada *acción de cumplimiento* que es una acción de condena, que entraña la pretensión, formulada ante el órgano jurisdiccional, de que le sea impuesto coactivamente al deudor el comportamiento debido. Naturalmente, la viabilidad de la acción de cumplimiento presupone que se haya conservado la posibilidad de la prestación.

La llamada *acción de cumplimiento*, si bien no aparece consignada de una forma categórica por el Código Civil, se encuentra recogida en múltiples preceptos del mismo, formando, por así decirlo, el centro de gravedad del sistema. El ejercicio de la pretensión de cumplimiento y la posterior condena no agotan, sin embargo, los mecanismos necesarios para facilitar o hacer posible la satisfacción del acreedor (Ver Díez Picazo L. *Fundamentos...* I, p. 734). Es preciso la ejecución forzosa, la cual tiene lugar *in natura*, si ello es posible, y, de no serlo, la prestación es sustituida por el *id quod interest*. El procedimiento de ejecución forzosa de la obligación viene regulado por los arts. 1094 a 1099 del Código Civil y arts. 526 ss. (especialmente arts. 699 y 703) de la LEC. Tratándose de una obligación de entrega de un bien inmueble, la regla general es la condena a entregarlo y, salvo que fuere imposible (ej. destrucción de un piso en propiedad horizontal, transmisión a tercer protegido por el art. 34 Lh), la entrega forzosa al acreedor (titular del derecho de crédito) de la entrega. Solo en el caso de que no fuera posible la entrega procedería su sustitución por el equivalente económico. Dicho de otro modo, los derechos de crédito están protegidos por una regla de propiedad, salvo que solo sea posible su protección por una regla de responsabilidad.



porque no habría adquirido nada, ya que en Derecho común rige la regla *nemo dat quod non habet*, de donde resulta que el propietario que ha sido privado de su derecho sin su consentimiento puede reivindicarlo de quien la posea, aun cuando sea un adquirente a título oneroso y de buena fe, conforme al principio *ubi rem meam invenit, ibi vindico*.

El contratante que a través del contrato pretendía adquirir del transmitente únicamente tiene, en el orden civil, un derecho de crédito frente a la otra parte contratante por haber incumplido la obligación adquirida de transmitirle la propiedad.

Nada que objetar a este argumento, pero si en una sociedad su ordenamiento jurídico se halla gobernado por el principio *nemo dat quod non habet* con todas sus consecuencias y, al propio tiempo, no instrumenta técnicas para saber quién es – de manera indubitada- el *verus dominus* de quien se ha de adquirir, entonces, en esa sociedad ningún adquirente podría saber con seguridad si ha adquirido un derecho real con efectos reales. Y tal incertidumbre disminuiría el valor del derecho así adquirido, en rigor de la *titularidad* del derecho real así adquirido, hasta aproximarle al de un derecho personal equivalente.

Por ello, podría afirmarse que en tal sociedad no habría, en términos funcionales, derechos reales, sino tan sólo derechos personales, o si se

---

En realidad, lo mismo sucede en el ámbito del derecho de propiedad. Se halla protegido por una regla de propiedad, salvo que esta haya fallado y solo sea posible protegerlo mediante una regla de responsabilidad (ej. : alguien quema un piso).

Estaríamos, pues, ante una cuestión de grado de protección del derecho, derivado sobre todo, de lo que podríamos denominar la *protegibilidad* del derecho en función de su contenido u objeto. Cuando el contenido u objeto de un derecho consiste en obtener una determinada conducta del deudor – *prestación* –, las posibilidades que tiene éste de evitar la ejecución *in natura* son mayores que – en principio- que las que tiene alguien de impedir que un propietario ejerza su derecho de propiedad –especialmente sobre un inmueble, supuesto que funcione el Estado, esto es los tribunales y la policía –. Solamente en este sentido y desde esta perspectiva puede aceptarse qué derecho real es aquel que requiere el consentimiento de su titular para poder verse afectado por actos de un tercero, y derecho personal aquel que no requiere tal consentimiento para poder verse afectado por tales actos.

La distinción, sin embargo, cobra toda su importancia cuando se contempla no como mecanismo de protección del derecho, sino de la *titularidad* sobre el mismo frente a reivindicaciones formuladas por quienes dicen ser los verdaderos dueños o por quienes pretenden anular o resolver actos o negocios a través de los que el transmitente adquirió el derecho transmitido. En este caso, el ordenamiento puede decidir si el adquirente de buena fe ve protegida la titularidad adquirida mediante una regla de propiedad o mediante una regla de responsabilidad.

prefiere una expresión menos drástica, el mercado operaría *como si no hubiese* adquisiciones de derechos reales con efectos reales, sino sólo con efectos personales lo que, a fin de cuentas, vendría a significar lo mismo: los bienes serían menos valiosos porque no existiría la seguridad de que un tercero pudiera anular la adquisición o alterar algunos de los atributos jurídicos del bien adquirido que representan funciones de utilidad para el comprador, por lo que disminuirían sus posibilidades de uso especializado y, por tanto, más productivo.

Una sociedad así, en la que las *titularidades* sobre los derechos adquiridos – sean de la clase que sean según la opinión común – nunca son suficientemente seguras se ve afectada por todo un conjunto de consecuencias negativas para sus propias posibilidades de crecimiento: la falta de seguridad de las *titularidades* de derechos sobre bienes inmuebles dificulta las transacciones con los mismos, su utilización como garantía de otras obligaciones y, en general, el desarrollo constante de una mayor especialización en su utilización.

## 7. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL DESARROLLO DEL COMERCIO JURÍDICO MEDIANTE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES A TRAVÉS DE UNA REGLA DE PROPIEDAD

### 7.1. *Planteamiento general*

Por ello, conforme a las necesidades del comercio lo van exigiendo, se van desarrollando técnicas o, si se prefiere, *sistemas transmisivos* que, al menos en parte, van dirigidas a asegurar, en la medida de lo posible, que se está adquiriendo del *verus dominus*, o de un modo más general, que se están identificando y obteniendo todos los consentimientos necesarios para adquirir, con eficacia real, la titularidad sobre el derecho.

Se trata, por tanto, de buscar procedimientos que permitan proteger las titularidades adquiridas conforme a los mismos con una *regla de propiedad*, sin que ello suponga incrementar los riesgos de pérdida del derecho para sus propietarios ni los costes de transacción derivados de la búsqueda y obtención, en su caso, de los diferentes consentimientos necesarios.

A tales exigencias obedece el denominado Derecho de la seguridad del tráfico que en Europa occidental se originó con la denominada *Lex Mercatoria*, creada por los propios comerciantes para vencer los obstáculos que el Derecho común presentaba para la circulación de créditos y mercaderías y cuyos principios se extenderían posteriormente al ámbito inmobiliario, cuando se intentó extender la economía de mercado a dicho ámbito, siendo el Registro de

la Propiedad en su modalidad de Registro de derechos o Registro de tráfico, el instrumento a través del cual se vertebra el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario.

Dicho Derecho disipa incertidumbres y, por lo tanto, genera confianza, lo cual permite un nivel más elevado y complejo de cooperación – y, por tanto, de especialización – que el Derecho Común al que viene a sustituir y el cual responde a un estadio de cooperación más rudimentario. Significa también un compromiso activo por parte del Estado en la conversión de los bienes inmuebles en capital, o si se prefiere en la protección y defensa de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles y en la eliminación de los obstáculos – incertidumbres – que dificultan que las titularidades sobre tales derechos se intercambien, o, en otros términos, en la creación y desarrollo del mercado inmobiliario.

7.2. *Las asimetrías informativas como obstáculo para la contratación.  
El Derecho de la seguridad del tráfico como recurso técnico ante las  
insuficiencias del Derecho Común para neutralizar sus efectos*

Como hemos visto, las asimetrías informativas existentes entre transmitente y adquirente son la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar. Por ello, para facilitar las transacciones se requieren instituciones que suministren a la parte peor informada – usualmente la interesada en adquirir – toda la información relevante y que la parte mejor informada – usualmente la interesada en transmitir – le ocultaría si pudiera, en el caso de que esperase obtener de tal comportamiento mayores beneficios que del contrario, esto es, de la comunicación a la parte peor informada de toda la información relevante. La reducción –idealmente la eliminación – de las asimetrías informativas existentes entre los potenciales contratantes se revela como un requisito necesario para facilitar la coordinación de los intereses de las partes, esto es, para contratar.

Para conseguir esta finalidad, se han ensayado históricamente diferentes procedimientos, que, en realidad, pueden reducirse a dos:

1) Sistema de Derecho común complementado con el recurso a diferentes soluciones dirigidas a minimizar los riesgos del comprador, pero sin alterar ninguna de las reglas del propio sistema, tales como: formas notorias de contratación, responsabilidad por evicción, responsabilidad de los testigos en el caso de que el vendedor o transmitente no fuera el *verus dominus*, registros publicadores de documentos con efectos de prioridad e inoponibilidad de los documentos no inscritos – o, dicho de otro modo, con prohibición de utilizar

el documento no inscrito como prueba contra quien funda su derecho en un documento inscrito –, compañías de seguros de títulos etc.

Tales recursos complementarios no suponen la alteración de las reglas del Derecho Común. Por el contrario, se muestran necesarios debido, precisamente, a la existencia de tales reglas, con la finalidad de disminuir los riesgos que el tráfico inmobiliario suponía, en tales circunstancias, tanto para el *verus dominus* como para acreedores y adquirentes de bienes inmuebles.

En el caso de que los riesgos potenciales se hiciesen efectivos, acreedores y adquirentes quedaban protegidos por una regla de responsabilidad, no de propiedad, pues en caso de conflicto con el *verus dominus* o con el titular de una carga real, el Derecho común los protegía frente a adquirentes y acreedores posteriores.

2) Sistema de Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, el cual se articula a través del Registro de derechos, e implica la derogación de las reglas “*ubi rem invenio...*” y concordantes del Derecho Común si el adquirente ha seguido el procedimiento de adquisición establecido y es un adquirente a título oneroso y de buena fe.

Como observa Paz-Ares,<sup>79</sup> las reglas de seguridad del tráfico pueden ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho tal y como es deseado sin que pueda frustrarse por circunstancias que son desconocidas al adquirente.

Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que, bajo la vigencia de las reglas del Derecho común, le harían perder el derecho que desea obtener y que cree haber obtenido. Las reglas de seguridad del tráfico, consiguientemente, tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes.

Por otro lado – y aunque parezca paradójico – a quien, en realidad, protegen y de manera inmediata las normas de seguridad del tráfico es *al titular del derecho* y no al tercer adquirente, o si se prefiere, la tutela de las titularidades adquiridas derivativamente, mediante actos de tráfico, se revela el medio más adecuado para proteger al titular del derecho.

Es precisamente la protección de este titular la que se busca – y la que se obtiene- mediante la protección de las adquisiciones derivativas y no debe olvidarse que la inmensa mayoría de los titulares lo son mediante adquisición derivativa.

---

79. Paz –Ares Rodríguez C. Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *RDM* 175-176, 1985. p. 18-22.

### 7.3. *Los registros de derechos o de tráfico como instrumentos para la realización del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario*

#### 7.3.1. *Consideraciones generales*

Dichos registros no son ya *sistemas de publicidad*, sino *sistemas de transmisión* sustitutivos de los propios del Derecho común con la finalidad de estimular la circulación de la propiedad mediante un incremento en la protección de los derechos del propietario.

Ya no se trata de *publicar contratos* para poder utilizar los documentos en los que se formalizan como prueba ante los tribunales – a cambio del pago de impuestos – sino de *generar titularidades seguras respaldadas por el Estado y mecanismos de transmisión fáciles y seguros de tales titularidades* en un entorno, además, mucho más complejo, de modo que resulte rentable la explotación de bienes inmuebles mediante derechos reales cuya titularidad quede protegida por una regla de propiedad, lo cual, como hemos visto, permite un uso más especializado de los mismos y, por tanto, una mayor productividad.

#### 7.3.2. *La Lex Mercatoria como precedente*

Por otro lado, resulta muy iluminador comprobar cómo, ante el mismo tipo de problemas, las soluciones alumbradas suelen ser muy parecidas.

En efecto, cuando el Estado se ve en la necesidad de organizar el mercado inmobiliario –, en España, en el siglo XIX como consecuencia del reconocimiento del derecho de propiedad privada sobre la tierra, de la salida a mercado de numerosas propiedades amortizadas y vinculadas y de la necesidad de atraer capitales para el desarrollo de la agricultura – recurre a soluciones jurídicas que incorporan los mismos principios jurídicos que las elaboradas por los comerciantes en las postrimerías de la Edad Media para solventar los problemas planteados por la organización del mercado de bienes muebles y mercaderías, soluciones que integraron desde fines del siglo XI, durante el siglo XII y a comienzos del siglo XIII un cuerpo integrado de conceptos, principios, reglas y procedimientos conocido bajo el nombre de *Lex Mercatoria*, la cual incluía, entre otras, las siguientes características:<sup>80</sup> 1. La marcada separación entre el régimen jurídico de bienes muebles e inmuebles;

---

80. Berman H.J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 355 ss.

2. El reconocimiento al comprador de buena fe de bienes muebles de derechos superiores a los del *verus dominus*.<sup>81</sup> Esto último possibilitó el desarrollo de títulos comerciales, como letras de cambio y pagarés y su transformación en los llamados contratos abstractos, en los que el documento no sólo era prueba de un contrato subyacente, sino que, a su vez, encarnaba o era el derecho y se le podía demandar independientemente.

El efecto de este conjunto de normas fue especialmente alentador para la expansión del comercio. Las leyes preexistentes del Derecho Romano y Germánico no dotaban a las transacciones de la seguridad y certeza que necesitaban los comerciantes, porque ninguna ley los protegía contra las eventuales reclamaciones del propietario original de mercancías robadas o perdidas que el comerciante hubiera adquirido de buena fe.

Como observa North, los señores feudales reconocían el valor de las ferias y mercados como fuentes de ingresos y de ahí la importancia de proteger al adquirente de buena fe. Elemento decisivo en esta evolución fué el Estado; hubo un intercambio continuo entre las necesidades fiscales del Estado y su credibilidad en las relaciones con los comerciantes y la ciudadanía en general, de modo que la evolución de los mercados de capital fue influida fuertemente por las políticas del Estado, porque en la medida en la que estaba ligado por compromisos que le obligaban a no confiscar bienes ni usar su poder coercitivo para aumentar la incertidumbre, ello permitió el desarrollo del comercio y de las instituciones financieras y la creación de mercados de capitales más eficientes.<sup>82</sup>

Pues bien, en España y otros países – v.gr.: Alemania –, cuando el Estado, por las razones expuestas, se ve en la necesidad de organizar el mercado inmobiliario recurre a soluciones de idéntica arquitectura jurídica, si bien adaptadas a las características de los bienes inmuebles y al carácter real de los derechos sobre los mismos.<sup>83</sup> Por ello, crea el Registro de la Propiedad y atribuye a la inscripción determinadas *propiedades normativas*, en cuya virtud se trasladan al ámbito inmobiliario los principios básicos que venían

---

81. Así, en los Derechos alemán y francés el derecho del comprador – de buena fe – de bienes muebles contra su verdadero propietario se expresa en las máximas *Hand wahre Hand* y *Meubles n'ont pas de suite*. En el Derecho inglés la doctrina queda limitada a las operaciones en el *open market*. Berman H.J. Op. cit., p. 355.

82. North D.C *Instituciones...* op. cit., p. 165-166.

83. Las diferencias básicas entre España y Alemania radican en que en Alemania la inscripción es constitutiva *inter partes* y son independientes el negocio de disposición del derecho, por un lado, y el de disposición del asiento, de otro.

gobernando el comercio de bienes muebles, específicamente letras de cambio y mercaderías, privilegiando la posición del adquirente de buena fe, previa organización de un régimen institucional en el que dependía del *verus dominus* el hecho de que no pudiera privarle de su derecho un tercero de buena fe. Para evitarlo, le bastaba con inscribir previamente su derecho, es decir, con obtener una resolución favorable en el procedimiento necesario para que el Estado reconociera su derecho y comprometiera toda su fuerza coercitiva en su defensa.<sup>84</sup>

## 8. LAS PROPIEDADES NORMATIVAS DE LA INSCRIPCIÓN EN UN REGISTRO DE DERECHOS

### 8.1. *Planteamiento general*

Las propiedades normativas de la inscripción – o, si se prefiere, los efectos de la inscripción – tienen su origen en el contraste entre las exigencias de la transmisión de bienes inmuebles y la aptitud de los mismos como garantía crediticia en una economía de mercado, de un lado, y las reglas del Derecho Común, de otro, y constituyen una respuesta a las incertidumbres de adquirentes y acreedores, mediante el robustecimiento de la posición del propietario – y como consecuencia, de adquirentes y acreedores – y la simplificación de la transmisión.

Tales propiedades normativas coinciden sustancialmente con las que el Derecho cartular atribuye a los títulos-valores cualificados o de fe pública, especialmente a su paradigma, la letra de cambio, las cuales determinan la *incorporación* del derecho al documento. Así, al igual que en el ámbito del Derecho cartular se habla de *incorporación cambiaria*, en el ámbito del Derecho Registral puede hablarse de *incorporación tabular* o *registral*. En virtud de tal incorporación, la inscripción deviene un *título-valor*, con todas sus consecuencias: no hay más derecho ni más titular que los que constan en la inscripción y en los términos en los que constan en la misma, lo que limita la información necesaria para contratar de la que debe disponer el adquirente.

La adecuada inteligencia de las propiedades normativas de la inscripción a las que, para abreviar, me referiré con la expresión de *incorporación* o *intabulación*, requiere ser conscientes de que las mismas únicamente operan en las relaciones *inter tertios* –como siempre sucede en el Derecho de la seguridad del tráfico- y no en las relaciones *inter partes*, las cuales aparecen gobernadas

---

84. Explico este proceso por extenso en *La inscripción como título valor...* op. cit.

por los principios del Derecho contractual y, en tales relaciones, “*La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*” – tal y como establece el art. 33 de la Ley Hipotecaria española – por lo que el tercer adquirente a título oneroso y de buena fe de quien en el Registro aparezca con facultades para transmitir no queda protegido frente a las causas de ineficacia de su propio negocio adquisitivo pero sí frente a las de cualquier otro negocio.

## 8.2. Caracterización de la inscripción

De todo ello, resulta que la inscripción es un documento investido de efectos en relación al titular de la inscripción en cuanto tal y en cuanto adquirente. Tomando como base las referencias normativas del Registro español, propias, por lo demás, de un Registro de derechos, se puede afirmar lo que sigue. En cuanto tal titular de la inscripción, ésta lo equipara, en todo caso, al titular del derecho, salvo prueba en contrario (art. 38 LH), por lo que, en caso de conflicto entre el titular del derecho y el de la inscripción, prevalece éste en principio y, prevalece el titular de la inscripción en todo caso, si adquirió el derecho a título oneroso y de buena fe del anterior titular de la inscripción – o, lo que es lo mismo, del anterior titular del derecho, según la inscripción–; en cuanto adquirente, la inscripción de la adquisición determina que le sean inoponibles las excepciones fundadas en hechos o circunstancias *ex contractu* que pueden afectar al derecho inscrito pero que no constan en la inscripción (arts. 32, 38 y 97 LH), y, si es adquirente a título oneroso y de buena fe, la inscripción le protege, *iuris et de iure*, incluso frente a la falta de inscripción de una adquisición previamente efectuada por un tercero del titular registral, así como de las causas de nulidad o resolución del derecho del mismo que no consten en la propia inscripción (art. 34 LH), protección que no se extiende a las causas de ineficacia de su propio negocio adquisitivo (art. 33 LH), en virtud del principio de irrevindicabilidad diferida o *deferred indefeasibility*. Tal documento se halla bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1-3 LH) e incorpora el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho así adquirido frente a cualquiera que lo perturbe (art. 41 LH)

Las propiedades normativas de la inscripción a las que acabo de referirme – que son esencialmente las mismas que el Derecho cartular atribuye a los títulos-valores cualificados o de fe pública y, particularmente, a su paradigma, la letra de cambio- pueden explicarse afirmando que la inscripción incorpora el derecho al folio registral. Así, del mismo modo que en el ámbito de los derechos de crédito puede hablarse – en el sentido expuesto – de *incorporación cambiaria*, en el ámbito de los derechos reales sobre bienes inmuebles y, especialmente en el de su paradigma, el derecho de propiedad, puede hablarse



de *incorporación tabular o registral*, la cual hace que el centro de gravedad jurídica se desplace, en el ámbito del tráfico jurídico, desde el ámbito del contrato originario al de la inscripción.

En efecto, la *incorporación tabular* del derecho – o, si se prefiere, las propiedades normativas de la inscripción – hace que las relaciones *ex tabula* se conviertan en la referencia principal y que las relaciones derivadas del contrato originario únicamente operen entre las mismas partes originarias, sobreponiéndose, incluso, a las tabulares, en caso de coincidencia, al igual que sucede en el ámbito cambiario.<sup>85</sup>

### 8.3. La abstracción registral

En el ámbito registral, en efecto, las cosas se desarrollan de un modo muy similar a como se desarrollan en el cambiario.

Así, si Primus vende a Secundus un inmueble, las relaciones entre ambos se rigen por el contrato – que en el sistema español es siempre causal<sup>86</sup> – celebrado entre ambos. Si Secundus vende a Tertius, las relaciones entre ellos se rigen por el contrato celebrado entre ambos; pero, en ausencia de Registro, Tertius queda expuesto a buen número de acciones personales y a todas las reales que Primus pueda dirigir contra Secundus. Ahora bien, en presencia de Registro, si la circulación del derecho ha sido registral (es decir Primus es un titular inscrito del que adquiere Secundus, que inscribe su derecho, y vende a Tertius, que también inscribe), articulada mediante negocios de tráfico, y Tertius ha actuado de buena fe, entonces, si bien las relaciones *inter partes* se siguen rigiendo por lo correspondientes contratos, sin que en ese ámbito

---

85. Así, si Ticio, titular registral, vende a Cayo que inscribe su derecho y reúne todos los requisitos de protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y, posteriormente Cayo vende a Sempronio, que reúne igualmente los requisitos de protección del art. 34 Lh, las relaciones entre Ticio y Cayo se rigen por el contrato entre ambos; del mismo modo, las relaciones entre Cayo y Sempronio; las relaciones entre Ticio y Sempronio, sin embargo, se rigen exclusivamente por lo que resulte *ex tabula*. Ahora bien, si Sempronio vende a Cayo, las relaciones entre Ticio y Cayo ya no se regirán *ex tabula* sino *ex contractu*, al igual que sucede en el ámbito del Derecho cambiario cuando las figuras del librador y tomador coinciden con las de los contratantes originarios pues desaparecen las razones de imposición de simetría informativa funcional que fundamentan las reglas de la seguridad del tráfico.

86. Como observa De Castro, en nuestro sistema, la exigencia de la causa es un requisito para que haya contrato – arts. 1261, 1262 y 1275 Cc –, lo que constituye un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad que consagra el art. 1255 Cc. De Castro y Bravo F. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas. 1985. p. 297.

la inscripción produzca la menor alteración – y ese es el sentido del art. 33 Lh – sin embargo, las relaciones *inter tertios*, se rigen exclusivamente por lo que resulte del *tenor literal* del Registro,<sup>87</sup> como hemos expuesto, de donde resulta que la inscripción, en tales condiciones, del derecho a favor de Tertius, independiza tal derecho de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal subyacente entre Primus y Secundus, y, en este sentido, la *inscripción produce una abstracción del derecho en las relaciones inter tertios*, en el sentido de que, en ese ámbito, no son oponibles las excepciones causales *inter partes*.

Lo mismo sucede en el ámbito del Derecho cambiario: la relación cambiaria es causal *inter partes* – por lo que son oponibles las excepciones causales que consagran los arts. 20 y 67 de la LCCh – y goza de abstracción personal *inter tertios*<sup>88</sup> porque en ese ámbito no son oponibles tales excepciones.<sup>89</sup>

En *ambos casos*,<sup>90</sup> si los vicios y vicisitudes de la relación causal no reflejados en el título-valor cualificado o en la inscripción, carecen de eficacia frente a tercero, no es porque el ordenamiento considere irrelevante la causa dentro de la estructura del negocio –*abstracción material*–, sino porque en tales hipótesis la causa constituye para el tercero una circunstancia *externa* al negocio fundamental en virtud del cual ha adquirido su derecho –*abstracción personal*–. Por ello, la *abstracción personal* puede concebirse como una adaptación del principio causalista a la estructura de una operación compleja, en la que por lo

---

87. Naturalmente con las excepciones al efecto fe pública registral formuladas por normas de rango legal. Pero, cumplidas las condiciones del art. 34, la posición del adquirente no es atacable con fundamento en actos o negocios jurídicos previos a su adquisición. En este sentido, puede afirmarse que la literalidad de la inscripción es completa.

88. Vide Paz Ares C. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Madrid: Ed. Colegio de Registradores, 2005. p. 212 ss.

89. En su acepción más habitual entre nosotros, la expresión “abstracción cambiaria” se debe a que, antes de la entrada en vigor de la LCCh, el art. 480 CdC prohibía que el aceptante invocara la falta de provisión de fondos, aunque tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretaban restrictivamente el precepto, permitiendo que *inter partes* se opusiera tal excepción y no frente a terceros. Se decía por eso que la obligación cambiaria era causal *inter partes* y abstracta frente a *terceros*. Con el término “abstracción” se hacía por tanto referencia a la imposibilidad de que en principio se pudieran alegar contra terceros las excepciones derivadas de la relación casual. Zurimendi Isla A. *Los fundamentos civiles del Derecho Cambiario*. Granada: Ed. Comares, 2004. p. 324.

90. Hacemos extensiva la posición de Paz-Ares en el ámbito cambiario al ámbito registral. Paz Ares C. op. cit. p. 214 ss.

menos se concatenan dos operaciones simples u operaciones *inter partes* que son necesariamente causales.

En el ámbito registral, se adquiere el derecho según el Registro (arts. 32 y 34 Lh española) por lo que todo lo que, constando en el negocio jurídico subyacente previo, no haya accedido al Registro, respecto de tercero de buena fe es “*res inter alios acta*”.

## 9. LA INCORPORACIÓN REGISTRAL COMO TÉCNICA DE IMPOSICIÓN DE LA SIMETRÍA INFORMATIVA FUNCIONAL ENTRE LOS CONTRATANTES

Mediante la técnica de la incorporación tabular, por tanto, que implica la *abstracción registral* del derecho inscrito, se consigue la *simetría informativa funcional* entre los contratantes en el ámbito inmobiliario, lo que contribuye a fundamentar la confianza, dota de seguridad a la adquisición de los derechos, facilita y agiliza la contratación en el mercado y permite la conversión de la propiedad inmobiliaria en garantía crediticia y, por tanto, en un activo económico.

La simetría informativa funcional que permite la técnica de la incorporación tabular limita la información necesaria para contratar en relación a determinados atributos esenciales y, en relación a los mismos, impide al transmitente utilizar las *asimetrías informativas residuales* en beneficio propio y en perjuicio de quien adquiera mediante un *acto de tráfico*, es decir a título oneroso y de buena fe, pues el mercado desconoce los actos a título gratuito y repele la mala fe.<sup>91</sup>

Esta *neutralización de los efectos* que podrían derivarse de las *asimetrías informativas residuales* hace que las partes, de hecho, se encuentren en una situación equivalente a la de igualdad o simetría informativa lo cual garantiza al comprador que el vendedor no puede valerse de más información que la que él mismo tiene.

Esta situación, a la que calificamos de *imposición de simetría informativa funcional* – porque la imposición que hemos descrito genera una situación

---

91. Como observó Paz-Ares C., desde la perspectiva de los costes, las reglas de seguridad del tráfico pueden ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho. Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que, bajo la vigencia de las reglas de la seguridad jurídica, le harían perder el derecho que deseaba obtener, por lo que, según este autor, las reglas de la seguridad del tráfico tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes Paz-Ares C, Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico. RDM 175.176, 1985. p. 7

que funciona *como si* ambos tuviesen la misma información-, es decisiva para disipar la desconfianza en la contratación entre extraños y posibilitar, por tanto, el crecimiento de los mercados, que quedarían reducidos, de otro modo, a intercambios dentro de pequeños círculos de amigos y conocidos.

Ciñéndonos al objeto de estudio, esto es al ámbito inmobiliario y registral, obviamente, para que la *simetría informativa funcional* produzca los efectos deseados se requiere que la información producida por el Registro sea *veraz* y, si no lo fuere, *se reputa como tal*, de modo que el potencial adquirente pueda tener seguridad en el carácter *irrevocable*, en relación a él, de la información ofrecida por el Registro en relación a los extremos que le son propios.

Ello solamente es posible si el procedimiento registral garantiza que la información producida por el Registro es veraz en la práctica totalidad de los casos y que, cuando no lo es, se debe a que el *verus dominus* ha preferido no asumir los costes de conservación de su derecho – esto es, los derivados del procedimiento registral – que deben ser inferiores a los de cualquier solución alternativa, para que la institución registral quede justificada. Y ésta es precisamente, la razón de ser del Registro de la Propiedad.

En otro caso, la supuesta seguridad del tráfico se conseguiría a costa de aumentar la inseguridad de los propietarios, lo cual no estaría justificado en términos de eficiencia, por dos razones esenciales: en primer lugar porque ésta exige que la constante reasignación de recursos en que consiste el mercado se realice voluntariamente<sup>92</sup> – por cuya razón nadie puede ser privado de su derecho sin su consentimiento –; en segundo lugar, porque el incremento de la inseguridad de las titularidades incrementaría a su vez los costes necesarios para contratar y disminuiría el valor de los derechos.

Ello pone de manifiesto que la seguridad del tráfico no se consigue – como se ha argumentado – a costa de la seguridad de los derechos, sino, inversamente, reforzando la seguridad de los mismos.<sup>93</sup> Y eso es, precisamente lo que hace el Registro de la Propiedad: frente a los costes de conservación exigidos por

---

92. Ello es así porque, por hipótesis, el mercado es un sistema eficiente de asignación de recursos escasos susceptibles de usos alternativos. Mercado, significa intercambios voluntarios. Serán, por tanto, más eficientes aquellos mercados cuya infraestructura legal mejor defina y asegure los derechos que se intercambian y requiera menos costes transaccionales.

93. Véase Méndez González F. P. *La inscripción como título valor...* op. cit. p. 2133 ss. En efecto, imaginemos una sociedad gobernada por el Derecho común –por tanto, sin Registro de derechos y bajo los principios “*nemo dat quod non habet*”, “*res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*”, “*ubi rem meam invenio ibi vindico*” etc. – desde

---

## el Derecho común – bajo cuya égida ningún propietario podía estar seguro

---

una perspectiva dinámica, esto es en movimiento, e imaginemos, por un momento y como recurso analítico, que la detenemos.

En ese momento todos los propietarios lo son porque han adquirido de alguien; y, en esa sociedad, bajo el gobierno del Derecho común, todos ellos se encuentran eventualmente expuestos ante posibles reclamaciones de quienes se consideren verdaderos dueños – incluso aunque hayan adquirido a título oneroso y de buena fe de quien creían dueño – y, también, de anteriores transmitentes, por lo que, *paradójicamente*, lo que los dueños consideran su *principal arma de defensa* – la posibilidad de reivindicar su derecho de quien lo posea, aun cuando lo hayan adquirido a título oneroso y de buena fe- se convierte en su *principal flanco vulnerable* – pues tal norma actúa *bidireccionalmente*- sin que, por tanto, una vez adquirido el derecho puedan hacer nada por evitar tales reclamaciones, ya que la regla de la *irreivindicabilidad ilimitada* impide al Derecho común no solo garantizar a un adquirente el verdadero dueño de quien ha de adquirir, sino que ni siquiera puede ofrecerle un legitimado para disponer que garantice la irreivindicabilidad a quien adquiera del mismo, por lo que la defensa del derecho puede suponer un coste muy elevado para el adquirente. En esa misma vulnerabilidad se subrogan el adquirente y, eventualmente, el acreedor hipotecario. El sistema no fomenta las transacciones ni los créditos y, tan solo por esa vía, facilita la retención de la propiedad en manos del dueño. Tal sistema dificulta, así pues, no solo la realización de transacciones eficientes, sino también, por las razones expuestas, la seguridad jurídica subjetiva.

Pero, si esa sociedad que hemos detenido imaginariamente, se halla gobernada por el Derecho de la seguridad del tráfico, el dueño que sea privado de su derecho de propiedad sin su consentimiento ciertamente no puede reivindicarlo de quien lo ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien creía dueño y, además, ha inscrito su derecho; pero este flanco aparentemente débil del *verus dominus* es, sin embargo, su principal punto fuerte, porque si él es dueño porque ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir, queda inmunizado frente a las eventuales reclamaciones del hipotético *verus dominus*, mediante la inscripción, la cual también impide que pueda surgir un tercero protegido, salvo con su consentimiento

De hecho, la inscripción es la única carga que ha de asumir para asegurarse la conservación de su derecho y representa el único coste de conservación del mismo.

Las inscripciones registrales informan así a los potenciales contratantes sobre quién es el titular de cada derecho, su capacidad dispositiva y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así eliminar, idealmente, las asimetrías informativas de carácter jurídico. Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues tanto los derechos como sus titulares quedan perfectamente identificados y definidos. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz.

de no sufrir una reivindicatoria hasta tanto no hubiese transcurrido el tiempo necesario para la adquisición por usucapión, cuya declaración exige, además, una sentencia, previo procedimiento judicial – el nuevo Derecho de la seguridad del tráfico que el Registro vertebraba en el ámbito inmobiliario, tan sólo exige la inscripción en el Registro de la Propiedad.<sup>94</sup>

Pero todo ello es fruto de un proceso evolutivo en el que se han ido imponiendo, poco a poco y con muchas dificultades, aquellas soluciones que, en cada sociedad, han ido alumbrando la historia, en función de las necesidades de los intereses en juego y del nivel de eficiencia y de eficacia del mercado político de cada una de las sociedades en cada momento.

Del mismo modo, la estructura institucional determinará el riesgo en el que incurre el vendedor de que el contrato sea incumplido por el comprador. El Registro de la Propiedad también colabora a despejar este tipo de incertidumbres, si bien de una manera indirecta, al facilitar la prueba del

---

94. *Ibidem*. No dedico más espacio a argumentar por extenso en este trabajo porque no es el objeto del mismo, sino demostrar que el Registro no es esencialmente, un instrumento de publicidad sino de generación de titularidades seguras. Sí parece conveniente, sin embargo, traer acolación la siguiente reflexión. En economía, la noción de eficiencia tiene, básicamente dos acepciones: 1) La eficiencia en el sentido de Pareto. La asignación de recursos es superior en el sentido de Pareto cuando mejora la posición de, al menos, una persona sin empeorar la posición de nadie. Esta noción parte del supuesto de información completa, voluntariedad de la transacción y ausencia e efectos externos. En otras palabras, el criterio de la superioridad en el sentido de Pareto requiere la unanimidad de todas las personas afectadas. Se trata, por tanto, de una concepción de la eficiencia válida para el modelo perfectamente competitivo pero con pocas aplicaciones en el mundo real; 2) Criterio de Haldor-Hicks o de maximización de la riqueza. Si A valora un bien en 5 y B en 12 con un precio de venta de 10 – de hecho con cualquier precio de venta entre 5 y 12 – la transacción generará un beneficio total de 7. Con un precio de 10, p. ej., A se considerará 5 mejor y B 2 mejor. Habría una transacción eficiente siempre que el daño causado – si hay alguno- a terceros – menos los beneficios que se les confieran- no excedan de 7. La transacción solo sería superior en el sentido de Pareto si A y B compensaran efectivamente a los terceros por los daños que les inflinjan. El concepto de Kaldor-Hicks también recibe el nombre de superioridad potencial de Pareto: los ganadores podrían compensar a los perdedores aunque no lo hicieran efectivamente.

Dado que, en el mundo real, casi nunca se dan las condiciones para la superioridad en el sentido de Pareto, pero los economistas hablan constantemente de la eficiencia – de hecho, es el nervio de la Economía – está claro que la noción de eficiencia comunmente aceptada no es la superioridad en el sentido de Pareto sino en el sentido de Kaldor-Hicks. Véase Posner R. *El análisis económico del derecho*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 21.

tenor exacto de determinados extremos contractuales, o facilitar la ejecución de ciertas garantías en caso de incumplimiento, todo lo cual constituye un importante estímulo para el cumplimiento, y, en consecuencia, contribuye también a la disminución de uno de los componentes fundamentales de los costes totales de transacción, cuales son los denominados *costes de agencia*.<sup>95</sup>

En todo caso, es necesario recalcar que todas estas incertidumbres en relación a la seguridad de los derechos constituyen una de las diferencias fundamentales entre los mercados relativamente eficientes de países con altos ingresos y las economías de tiempos pasados o las economías contemporáneas del tercer mundo, lo que pone de manifiesto que las diferencias institucionales son la clave del éxito relativo de las economías.<sup>96</sup>

## 10. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO NO SACRIFICA EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO SINO QUE LO REFUERZA

La disminución de costes de información que se consigue gracias a la arquitectura jurídica diseñada para conseguir la seguridad del tráfico— y con ello una mayor circulabilidad y, por tanto, un mayor volumen de circulación de los derechos— puede implicar, se afirma, la imposición de una transacción forzosa a su titular, que, precisamente por serlo, es ineficiente.<sup>97</sup>

---

95. La relación de agencia se establece cuando un principal delega ciertos derechos en un agente que está obligado por contrato – formal o informal – a defender los intereses del principal como contrapartida al cobro de una retribución bajo la forma que sea. En una relación de agencia, el agente tiene por regla general más información que el principal – porque le cuesta relativamente menos adquirirla – sobre los detalles de sus cometidos específicos y, desde luego, sobre sus propias actuaciones, cualificaciones y preferencias, por lo que la información se distribuye de forma asimétrica entre los dos, con lo cual los agentes tienen tendencia al incumplimiento o, al menos, a comportarse de forma oportunista. Véanse Jensen M. C y Meckling W H. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, en *Journal of Financial Economics* 3 (núm 4, octubre de 1976): 305-306. También Ross S. *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem* en *American Economic Review*, 62 (mayo). p. 134-136.

96. North D.C. *Ibidem*, p. 88.

97. En este sentido Paz Ares C. Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *RDM*, 1987, p. 21-23, afirma que “la reducción de costes que acarrea la seguridad del tráfico se tramita a través de la imposición forzosa de la transacción a su titular. Por lo tanto, no basta reducir los costes para justificar esas reglas, sino que es necesario reducirlos precisamente respecto de aquellas y solo de aquellas transacciones típicamente eficientes”, es decir, las voluntarias.

Así, se afirma, en el *modelo*<sup>98</sup> perfectamente competitivo, solo el intercambio voluntario asegura un resultado eficiente, por lo que la libertad contractual se erige en presupuesto básico de la eficiencia económica.

Si del modelo perfectamente competitivo, caracterizado por la suposición de información completa, descendemos a la economía real, caracterizada por la información incompleta, en todas las economías reales, los derechos de propiedad requieren unos costes de conservación, protección o vigilancia.

Se trata, por tanto, de saber si la introducción de sistemas registrales –que, como sabemos, disminuyen extraordinariamente los costes de información– incrementa o disminuye los costes de vigilancia. Si los disminuye, habrá que admitir, además, que, en presencia de tales sistemas, el número de transacciones inconscientes será menor que en ausencia de los mismos.

Dado, además, que no todos los sistemas registrales disminuyen en igual medida los costes de información, conviene saber si aquellos que los disminuyen en mayor medida son también los que ahorran más costes de vigilancia.

Pues bien, tanto la experiencia histórica, como el análisis interinstitucional, como la propia doctrina económica,<sup>99</sup> nos llevan a la conclusión de que los costes de información disminuyen en presencia de sistemas registrales de seguridad del tráfico y que, además, también disminuyen los de vigilancia. Es más, los sistemas registrales de seguridad del tráfico son los que más costes alternativos ahorran, ya que, por sí solos, son los que más seguridad “*ex contractu*” proporcionan al adquirente, al no ser oponibles a éste las excepciones personales derivadas de contratos precedentes, ni las cargas de origen negocial que no consten en la inscripción, por lo que no es necesario ningún seguro para cubrirse frente a ellas – mecanismo que, por otro lado, no impediría el siniestro, sino que, simplemente, lo indemnizaría–.

---

98. En el *modelo* neoclásico de mercado perfectamente competitivo, se parte de la hipótesis de plena información y, en consecuencia, de ausencia completa de costes transaccionales, y, por tanto, también de información y/o de vigilancia. Pero, como sabemos, conforme al teorema de Coase, en el *modelo* la eficiencia económica es independiente de la estructura de los derechos de propiedad. Resulta irrelevante, por tanto, cualquier tipo de arreglo institucional dirigido a la reducción de unos costes inexistentes, por definición. Ver Méndez González FP *Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez Picazo. t. III, p. 4050.

99. Véase Méndez González FP. *Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema* en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo. Madrid: Ed. Thomson-Civitas, 2003. t. III, p. 4050 ss.



Precisamente por ello, la arquitectura jurídica de la seguridad del tráfico *facilita la contratación entre extraños* – sin duda una de las funciones principales del Estado– y, por tanto, el crecimiento y la expansión de los mercados, y, en consecuencia, los intercambios, la especialización, el crecimiento y el bienestar.

En el ámbito inmobiliario, aumenta, en consecuencia, la aptitud de los bienes como soporte del crédito,<sup>100</sup> y la mayor protección que dispensa a los derechos, facilita las inversiones a largo plazo en los mismos.

Dicho de otro modo, el Derecho de la seguridad del tráfico inmobiliario – necesario en un entorno de alta transaccionalidad entre desconocidos –, es un solución tecnológica de suma positiva en la que ganan todos y no solamente unos a costa de otros, pues todos mejoran su situación en relación a la que tenían en el Derecho de la seguridad jurídica – propio de un contexto de baja transaccionalidad entre individuos conocidos o fácilmente cognoscibles–. Ganan todos porque incorpora una tecnología jurídica más elaborada: el progreso evolutivo consiste en un creciente grado de complejidad en la colaboración que reclama una tecnología jurídica progresivamente sofisticada; a su vez, la solución tecnológica, una vez operativa, permite y potencia una colaboración crecientemente compleja.

En efecto, veamos. Conforme a lo expuesto ¿quién gana y quién pierde en la nueva situación? Como hemos visto, suele afirmarse que en el Derecho común, gobernado por el principio de la seguridad jurídica, se protege, sobre todo, al propietario, en perjuicio de adquirentes y acreedores; tal afirmación se basa en que, en él, el propietario que ha sido privado de su derecho sin su consentimiento puede reivindicarlo de quien lo posea – “*ubi rem meam invenio ibi vindico*” – incluso aunque sea un tercer adquirente de buena fe y a título oneroso. En cambio, en el Derecho presidido por la seguridad del tráfico, se afirma, se protege a adquirentes y acreedores, pero a costa de sacrificar, en el límite, los derechos del propietario, que puede verse privado de su derecho sin su consentimiento, por lo que, en el nuevo paradigma, disminuye la seguridad de su derecho de propiedad.

---

100. Véase Méndez González F.P. Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario. *RCDI*, n. 700, especialmente p. 596 ss., en donde se aportan, además, evidencias empíricas sobre la relación existente entre sistemas registrales y mercado hipotecario, concluyendo que en los países con registros de tráfico, hay más volumen de crédito hipotecario en relación al PIB, los tipos de intereses son más bajos y los periodos de ejecución de la hipoteca menores que en los países con registros de documentos.

Pero, a poco que reflexionemos, incluso aunque concentremos nuestro análisis en un nivel estrictamente jurídico, caeremos en la cuenta de que, en el ámbito inmobiliario,<sup>101</sup> eso es pura apariencia, una ilusión del sentido común.

En efecto, imaginemos una sociedad gobernada por el Derecho común – por tanto, sin Registro de derechos y bajo los principios “*nemo dat quod non habet*”, “*res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*”, “*ubi rem meam invenio ibi vindico*”, etc- desde una perspectiva dinámica, esto es en movimiento, e imaginemos, por un momento y como recurso analítico, que la detenemos.

En ese momento todos los propietarios lo son porque han adquirido su derecho de alguien; y, en esa sociedad, bajo el gobierno del Derecho común, todos ellos se encuentran eventualmente expuestos ante posibles reclamaciones de quienes se consideren verdaderos dueños – incluso aunque hayan adquirido a título oneroso y de buena fe de quien creían dueño – y, también, de anteriores transmitentes, por lo que, *paradójicamente*, lo que los dueños consideran su *principal arma de defensa* – la posibilidad de reivindicar su derecho de quien lo posea, aun cuando lo hayan adquirido a título oneroso y de buena fe– se convierte en su *principal flanco vulnerable* – pues tal norma actúa *bidireccionalmente*– sin que, por tanto, una vez adquirido el derecho puedan hacer nada por evitar tales reclamaciones, ya que la regla de la *irreivindicabilidad ilimitada* impide al Derecho común no solo garantizar a un adquirente el verdadero dueño de quien ha de adquirir, sino que ni siquiera puede ofrecerle un legitimado para disponer que garantice la irreivindicabilidad a quien adquiera del mismo, por lo que la defensa del derecho puede suponer un coste muy elevado para el adquirente.

En esa misma vulnerabilidad se subrogan el adquirente y, eventualmente, el acreedor hipotecario. El sistema no fomenta las transacciones ni los créditos y, tan solo por esa vía, facilita la retención de la propiedad en manos del dueño. Tal sistema dificulta, así pues, no solo la realización de transacciones eficientes, sino también, por las razones expuestas, la seguridad jurídica subjetiva.

Pero, si esa sociedad que hemos detenido imaginariamente, se halla gobernada por el Derecho de la seguridad del tráfico, el dueño que sea privado de su derecho de propiedad sin su consentimiento ciertamente no puede reivindicarlo de quien lo ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien creía dueño y, además, ha inscrito su derecho; pero este flanco aparentemente

---

101. En sede de cesión de créditos, con la introducción del régimen cambiario, ciertamente el deudor pierde del derecho de compensación, pero a cambio obtiene más crédito y en mejores condiciones. En todo caso, sin su consentimiento la deuda no nace ni puede convertirse en cambiaria.

débil del *verus dominus* es, sin embargo, su principal punto fuerte, porque si él es dueño porque ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir, queda inmunizado frente a las eventuales reclamaciones del hipotético *verus dominus*, mediante la inscripción, la cual también impide que pueda surgir un tercero protegido, salvo con su consentimiento

De hecho, la inscripción es la única carga que ha de asumir para asegurarse la conservación de su derecho y representa el único coste de conservación del mismo.

Las inscripciones registrales informan así a los potenciales contratantes sobre quién es el titular de cada derecho, su capacidad dispositiva y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así eliminar, idealmente, las asimetrías informativos de carácter jurídico. Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues tanto los derechos como sus titulares quedan perfectamente identificados y definidos. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz.<sup>102</sup>

Es, además, el que corresponde con una economía de mercado, es decir con una sociedad en la que los principios que gobiernan el mercado se han erigido en los principios básicos de organización económica y social.

---

102. Es esta una cuestión clave dado el efecto potencialmente expropiatorio de la inscripción en caso de error registral. En efecto, el Registro de derechos o de tráfico crea y extingue derechos con efectos *erga omnes*. Y este efecto se produce tanto cuando funciona correcta como incorrectamente. En este último caso, el efecto lo consigue a costa de expropiar al *verus dominus* o titular registral sin su consentimiento, pues en el límite, el efecto fe pública impone la protección del adquirente frente a los mismos. Naturalmente este efecto puede preverlo la ley a condición de que no suponga una expropiación nunca o casi nunca (salvo que se deba a que el *verus dominus* no quiso inscribir su adquisición y, por tanto, aceptó los posibles riesgos derivados), pues, en caso contrario, el sistema se colapsaría, ya que los propietarios, en ese caso, en vez de sentirse protegidos por el Registro, se sentirían amenazados por el mismo. Ello exige que el procedimiento registral ofrezca garantías suficientes para que tales errores no se produzcan, comenzando porque el encargado de autorizar la inscripción se halle en posición objetiva de neutralidad en relación a los diferentes intereses confluyentes en el procedimiento registral, lo que exige su independencia y responsabilidad efectiva y con fuertes incentivos para ser estricto. Además, en una economía de mercado con un Registro de derechos, éste suministra al mercado los derechos con los que opera, y debe hacerlo no solo con la seguridad, sino también con la velocidad exigida por el mercado. Ambas exigencias hacen que todas las cuestiones referentes a la organización y gestión de tales registros sean capitales.

Por todo ello, puede sostenerse que – como afirma Paz-Ares– la seguridad del tráfico no es más que una modalidad de actuación de la seguridad jurídica subjetiva y, por consiguiente, con su misma finalidad: garantizar al titular el disfrute – la extracción del valor de uso y del valor de cambio – de su derecho.

El Registro de la Propiedad español es, sin duda, una institución inspirada en los principios de la seguridad del tráfico. Sin embargo, en sentido estricto, no puede decirse que en el límite, provoque transacciones forzosas – y, por tanto, ineficientes –. Tales transacciones solo son posibles si el *verus dominus* no asume el único coste de conservación de su derecho que le impone el sistema: la inscripción de su adquisición, coste muy inferior a los necesarios en ausencia de Registro de derechos. Si no lo asume, está pues asumiendo el riesgo – y en este sentido, consintiendo– que tales transacciones puedan producirse, en cuyo caso, además, el sistema no le desprotege. Simplemente, según la terminología acuñada por Calabresi y Melamed, deja de protegerlo con una regla de propiedad para protegerlo con otra de responsabilidad,<sup>103</sup> o, según la terminología más usual entre nosotros, deja de protegerlo con una regla de naturaleza real, para protegerlo con otra de naturaleza indemnizatoria.

Por todo ello, tampoco puede afirmarse que el Registro de la Propiedad reduzca costes transaccionales y facilite las transacciones voluntarias a cambio de aumentar los costes en los que deben incurrir los titulares originarios para reducir el riesgo – abierto por la seguridad del tráfico – de que sus bienes sean objeto de transferencias o perturbaciones no consentidas; por el contrario, disminuye drásticamente los costes en los que es necesario incurrir para reducir tales riesgos: tan solo la inscripción de la adquisición, lo que, a su vez, justifica la protección de los derechos inscritos mediante reglas de propiedad.

## 11. BREVE RECAPITULACIÓN. EL REGISTRO DE DERECHOS O DE TRÁFICO COMO INSTRUMENTO A TRAVÉS DEL CUAL EL ESTADO CUMPLE SUS FUNCIONES EN RELACIÓN CON LA PROPIEDAD Y EL MERCADO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO

Hemos visto que la propiedad privada es una institución necesaria para la conservación y el aprovechamiento productivo de bienes escasos necesarios para la supervivencia. Si todos los bienes fuesen comunes, su destino trágico sería su extinción o agotamiento como consecuencia de la sobreexplotación.

---

103. Calabresi G y Melamed A.D, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One View of the Cathedral*, Harvard Law Review, 85, 1972. p. 1089-1120.

Hemos visto también que el Estado es necesario porque libera grandes economías de escala en los servicios de protección que la propiedad requiere, lo que permite la extensión del sistema de derechos de propiedad en un doble sentido: por un lado, hace también rentable la apropiación de bienes menos valiosos y, por tanto, de más bienes y, por otro lado, permite que haya un mayor número de propietarios. Cuanto más eficaz sea el Estado en esta tarea y más economías de escala libere, en mayor medida se extenderá el sistema de derechos de propiedad y, en esa misma medida se optimizará el aprovechamiento de recursos escasos. En otros términos, cuanto más eficiente y eficaz sea el Estado en esta tarea, más valiosos serán los bienes inmuebles, esto es, en esa misma medida los bienes inmuebles podrán ser utilizados como *capital*.

En ausencia de tales economías de escala, los costes de captura, de protección y de transferencia de los recursos serían prohibitivos, hasta el punto de que no resultaría rentable adoptar medidas de seguridad para la mayoría de los bienes, así como tampoco para la mayor parte de los individuos, sino tan solo para los más fuertes, con lo que gran parte de los recursos necesarios se despilfarrarían y la supervivencia estaría al alcance de un menor número. No debe olvidarse que la finalidad del sistema institucional no es la protección de los propietarios como clase social, sino la optimización y extensión – idealmente universalización – del sistema de derechos de propiedad.

El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo; es decir, un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar o externalizar sus costes sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el coste social divergiría enormemente de los costes privados, por lo que el sistema acabaría desembocando en una economía de mera subsistencia.

La propiedad privada, sin embargo, no es propiamente una creación del Estado sino que tiene su origen en un amplio consenso social sobre el aprovechamiento de los bienes y recursos sancionado por el Estado. Sin un amplio consenso, los derechos de propiedad no son posibles, porque no sería posible su sanción gubernamental.

El Estado sustituye la necesidad de que cada individuo proteja físicamente su propiedad, por un sistema de protección o de seguridad *jurídica*, un tipo de protección que solamente el Estado puede proporcionar. La seguridad jurídica consiste en un conjunto de reglas – y de instituciones encargadas de aplicarlas- que declaran la determinación del Estado de utilizar toda su fuerza en la protección del propietario si alguien pretende privarle de su derecho contra su voluntad o perturbarle en su ejercicio.

La necesidad del Estado genera un difícil equilibrio entre lo que el Estado da –en términos derechos de propiedad – y lo que el Estado cobra por sus servicios – en términos fiscales. Naturalmente cabe que el Estado tenga lo que Olson<sup>104</sup> denomina un *comportamiento depredatorio*, que mine los derechos de propiedad y cobre altos impuestos, minando así la base institucional de la economía y haciendo que el edificio social se derrumbe.

No forma parte de nuestro objeto de estudio el análisis de los requisitos que deben darse para que el Estado promueva un sistema eficiente de derechos de propiedad. North, entre otros, ha dedicado notables esfuerzos al desarrollo de un teoría del Estado, desde este punto de vista.<sup>105</sup>

A los efectos de este trabajo, baste señalar que la base institucional óptima sería aquella en la que no solamente se ha establecido un conjunto de derechos de propiedad claros y garantizados, sino también la que ha limitado la capacidad depredatoria de los gobernantes. Ello explicaría por qué las democracias representativas duraderas, al defender mejor los derechos de propiedad de los súbditos, propiciaron el crecimiento económico antes que las autarquías, en las que los súbditos pueden ser expropiados arbitrariamente. Los casos de España y Francia, por un lado, y los de Inglaterra y Holanda, por otro, durante los siglos XVI y XVII son sumamente elocuentes, como han demostrado North y Thomas.<sup>106</sup>

Todo ello concuerda también con el énfasis que otorga Sen<sup>107</sup> a la libertad individual para conseguir el desarrollo económico. Según esta tesis, las libertades políticas, es decir, la capacidad de las personas para decidir quién las debe gobernar y sobre qué principios, se convierte también en una variable que condiciona las posibilidades de crecimiento de las economías.

Si, como afirma San Emeterio,<sup>108</sup> ampliamos de esta manera los requisitos necesarios para obtener del mercado la máxima ganancia, entonces ya no nos referiremos tanto a la necesidad de un Estado que garantice y defienda la

---

104. Olson M. *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Madrid: Ed. Siglo XXI, 2001. p. 201-202.

105. Véase North D.C *Instituciones...* p. 73 ss.

106. North D.C y Thomas R.P. Op. cit., especialmente capítulo ocho.

107. Sen A. *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Ed. Planeta, 2000. p.57.

108. San Emeterio Martín N. *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*. Madrid: Ed. Tecnos, 2005. p. 34.

propiedad de los individuos como a la necesidad de un Estado que garantice los llamados derechos humanos.<sup>109</sup>

Dado que no puede haber propiedad sin un amplio consenso social, ni tampoco puede haber propiedad sin propietario y dado que para ser propietario es necesario haber adquirido la titularidad sobre el derecho de propiedad de un titular anterior, es necesario, en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico, que el Registro vertebrada en el ámbito inmobiliario, que el Estado compruebe, ante de reconocer al nuevo propietario, es decir, antes de comprometer toda su fuerza en la defensa del mismo, que se han respetado escrupulosamente las normas imperativas que conforman la convención social en que la propiedad consiste, pues, en caso contrario, dicho consenso podría quebrarse.

Por otra parte, desde el punto de vista de su contribución al crecimiento económico, el derecho de exclusión en que la propiedad consiste se justifica no sólo porque estimula las inversiones a largo plazo, sino porque, al ser libremente transferible, permite que los recursos escasos se asignen a sus lugares de uso más eficiente, lo cual se potencia porque los derechos de exclusividad y de libre transferencia que forman parte del derecho de propiedad, van acompañados por el de libertad contractual, en cuya virtud las diferentes facultades en que la propiedad consiste pueden transmitirse unitariamente –como tal derecho de propiedad– o separadamente, lo cual permite múltiples combinaciones de aprovechamiento de los recursos y, por lo tanto, un uso especializado y más productivo de los mismos.

Ahora bien, organizar las transferencias de titularidades sobre derechos – reales – ampliamente divisibles y recombinables entre personas desconocidas entre sí, poseídas por el autointerés y la desconfianza, con información incompleta y asimétricamente distribuida, es una tarea sumamente compleja. Pero es justamente la razón de ser del Estado, lo que constituye su justificación. Sin él no puede haber propiedad ni mercado, ni por tanto crecimiento ni bienestar.

Si las titularidades sobre los derechos de propiedad no son seguras, si tampoco lo es su ejercicio, si no es posible la contratación entre extraños – en eso consiste el mercado–, entonces el mecanismo esencial de asignación permanente de recursos hacia sus usos más eficientes en que el mercado

---

109. En este mismo sentido, Cheneval F. *Property Rights as Human Rights*, Palli J. M. *Property Rights and Human Rights in the Americas*, así como Williams J. *Human Rights, Property Rights, and Human Security*, en De Soto H y Cheneval F, *Realizing Property Rights*, Ruffer and Rub, 2006.

consiste falla, por lo que no es posible tampoco la expansión de los mercados, ni el incremento progresivo de la especialización, ni en consecuencia de la productividad, ni tampoco del crecimiento ni del bienestar.

Supuesto el reconocimiento en *abstracto* del Derecho de propiedad privada por la inmensa mayoría de los estados, lo que significa su compromiso en defensa del mismo, sin embargo tal grado de compromiso en la organización de la transferencia de titularidades y en la defensa de las mismas es muy diverso. Ello significa, en realidad, que, de hecho, es muy diferente el grado de compromiso efectivo de cada Estado en la defensa efectiva del derecho de propiedad.

Puede decirse que hay un *grado mínimo de compromiso* cuando se limita al reconocimiento abstracto del derecho de propiedad, confiando todos los problemas relacionados con la transferencia y circulación del mismo a las reglas del Derecho común, dejando que sean los propios agentes económicos los que generen soluciones que minimicen, en la medida de lo posible, los riesgos que tal sistema implica para el adquirente y, por tanto, para todo aquel que cree haber adquirido la titularidad sobre un derecho de propiedad derivativamente, modo habitual y generalizado de adquisición de los derechos de propiedad. Tales soluciones han revestido históricamente una gran variedad. Pueden citarse aquí las diferentes formas notorias de contratación, de publicación de los contratos, el recurso a testigos, incluso responsabilizándolos en caso de evicción etc.

Este sistema tiene el inconveniente para el Estado de que no le genera ingresos fiscales. Por ello, algunos Estados, sobre todo en los momentos iniciales de su formación, normalmente impelidos, además, por urgencias fiscales, han solido dar un paso más e implantar registros que tenían por objeto la publicación de contratos relativos a actos con finalidad transmisiva de inmuebles o a la constitución de cargas sobre los mismos. Tales registros significan un nivel de compromiso por parte del Estado que podemos calificar de *intermedio* porque no alteran las reglas del Derecho común, pero sí contienen reglas probatorias y criterios de preferencia en caso de conflicto.

Así, en el caso de que dos o mas individuos se disputasen el derecho sobre un bien, quien fundase su derecho en un documento no inscrito no podía utilizar tal documento como prueba en ningún caso, o no podía ser utilizarlo como prueba contra quien presentase un documento inscrito, o, si ambos estaban inscritos, se otorgaba preferencia en función de la prioridad, que no la fijaba la fecha del documento sino la fecha de ingreso del mismo en el Registro, sin que ésta fuese, por lo demás, una regla definitiva para la solución de la controversia, en todo caso.



La lógica de este sistema es, en realidad, exclusivamente fiscal: a cambio del pago de los correspondientes impuestos, el Estado no dificulta la utilización del documento en el que conste la transacción como prueba, si bien su publicación en el Registro no garantiza al potencial adquirente haber adquirido el derecho de propiedad, porque la inscripción no altera las reglas del Derecho común, entre ellas, la regla *ubi rem meam invenit ibi vindico*. Esta es la lógica en la que se inspiran los registros de documentos o de mera oponibilidad, y, por ello, suelen depender de los Ministerios de Finanzas.

Por último, el *grado más alto de compromiso* o de implicación del Estado en la defensa del derecho de propiedad y de la economía de mercado se da en aquellos casos en los que se sustituye el Derecho común por el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, creando Registros de derechos o de tráfico que son las instituciones que vertebran tal Derecho en el ámbito inmobiliario. Tales registros significan un compromiso activo del Estado en la defensa del derecho de propiedad en todas sus dimensiones, tanto estática como dinámica.

Los principios en los que se inspiran forman parte del conjunto que conforma el Derecho de la seguridad del tráfico – cuyos orígenes en Europa Occidental podemos encontrar, al menos, en la denominada *Lex Mercatoria* o *Merchant Law* – el cual permite un nivel más elevado y complejo de cooperación – y, por tanto de especialización – que el Derecho común – Derecho de la seguridad jurídica – al que viene a sustituir y el cual responde a un estadio de cooperación más rudimentario.

En este paradigma, frente a lo que se ha venido afirmando, ganan todos, no solamente unos a costa de otros. No salen ganando, como hemos visto, adquirentes y acreedores frente a propietarios; antes al contrario, adquirentes y acreedores ganan porque en el nuevo paradigma el propietario ve robustecida su posición y tanto más cuanto más intensamente actúen los principios del derecho de la seguridad del tráfico.

El nuevo paradigma limita la información necesaria para contratar con seguridad en dos aspectos relevantes – titularidad y cargas preferentes de origen negocial – mediante la técnica de la incorporación del derecho a la inscripción y la conversión de ésta en un título valor cualificado o de fe pública similar al cambiario.

Mediante esta técnica, y en relación a los atributos referidos, la inscripción impone una simetría informativa funcional entre las partes, porque, en relación al adquirente, la inscripción le suministra toda la información que necesita, y en relación al transmitente, hace irrelevante la información que posea y que no

conste en la inscripción, lo que contribuye a fundamentar la confianza, dota de seguridad a la adquisición de los derechos, facilita y agiliza la contratación en el mercado y permite la conversión de la propiedad inmobiliaria e garantía crediticia y, por tanto, en un activo económico.

Tal sistema transmisivo permite, además, proteger la titularidad adquirida conforme al mismo mediante una regla de propiedad. Ya no se trata de publicar contratos para poder utilizar los documentos en los que se formalizan como prueba ante los tribunales – a cambio del pago de impuestos– sino de generar titularidades seguras respaldadas por el Estado y mecanismos de transmisión fáciles y seguros de tales titularidades en un entorno, además, mucho más complejo, de modo que resulte rentable la explotación de bienes inmuebles mediante derechos reales cuya titularidad quede protegida por una regla de propiedad, lo cual, como hemos visto permite un uso más especializado de los mismos y, por tanto, una mayor productividad.

Como consecuencia, en los países dotados de tales sistemas, sus costes transaccionales, en el ámbito inmobiliario, son más bajos y su mercado hipotecario mucho más eficiente, porque permite, *coeteris paribus*, tipos hipotecarios más bajos y un mayor diferencial de los mismos en relación a los préstamos o créditos o personales.

En un Registro de derechos la inscripción significa el reconocimiento por parte del Estado del derecho de propiedad sobre un inmueble a favor de una determinada persona, lo que constituye una suerte de adjudicación en régimen de monopolio de los beneficios reales o potenciales generados por el recurso, a favor de una persona con exclusión de los demás. El Estado sólo puede realizar tal reconocimiento previa comprobación de que quien solicita la inscripción ha respetado, en la adquisición del derecho cuyo reconocimiento postula, los límites marcados por las normas imperativas.

## 12. EL REGISTRO: FUNCIÓN DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE SU NECESARIA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES Y DEL CARÁCTER COACTIVO DE SUS RESOLUCIONES

### 12.1. *Planteamiento general*

Este es una función que solamente puede realizar el Estado. Es más, constituye una de sus funciones esenciales porque exige neutralidad e imparcialidad en la aplicación del Derecho y recurso a la coacción, en su caso. No forma parte del mercado sino de la infraestructura legal o institucional que el Estado debe proveer para que el mercado sea posible.

Siendo la propiedad, como hemos visto, un monopolio de aprovechamiento de un bien escaso reconocido por el Estado en favor de una persona, con exclusión de todas las demás, cuyo reconocimiento por el Estado requiere que en el proceso adquisitivo se hayan respetado todas las normas legales emanadas del propio Estado, sería una burla admitir que la persona contratada por quienes articulan el negocio con finalidad transmisiva y, en su caso, por el potencial adquirente del aprovechamiento exclusivo en beneficio propio y con exclusión de los demás, pudiese decidir, en nombre del Estado, sobre la *legalidad* y *efectividad* del proceso transmissivo, en beneficio de sus propios clientes y en perjuicio de todos los demás, vinculando con su decisión al propio Estado, cuyo aparato coactivo quedaría, a partir de ese momento, al servicio de los intereses del cliente del decisor.

No debe olvidarse que una de las condiciones necesarias para que la economía de mercado – que implica la contratación entre extraños – pueda funcionar es que el Estado actúe como *tercero imparcial*, imparcialidad que se erige en una condición de legitimidad de sus decisiones, la cual fundamenta no solo la imposición coactiva de sus decisiones, en caso necesario, sino también la atribución al Estado de tal monopolio de coacción.

### 12.2. *Los intentos de apropiación de las funciones registrales por parte de algunos operadores económicos*

Resulta por ello más que sorprendente que desde algunos sectores se haya postulado que tal actividad se preste recurriendo a mecanismos de mercado, o, *in claris*, que forme parte del mercado. O, mejor dicho, no tan sorprendente, se trata de una vieja cuestión.

La posición del notariado en relación con el nacimiento y desarrollo de los modernos sistemas registrales ha sido, en el mejor de los casos, ambigua. De hecho, la Ley Hipotecaria española de 1861 contó con la oposición de los escribanos, a pesar de que la nueva Ley Hipotecaria fué la causa directa de su renovación, mediante la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo 1862. Tal oposición se produjo por varias razones. En primer lugar, porque la nueva Ley Hipotecaria les privaba de la competencia para la llevanza de los nuevos Registros.<sup>110</sup> En segundo lugar, porque el nuevo sistema registral, basado en la

---

110. Una Real Orden circular de 7 de octubre de 1836 ordenó que en los Ayuntamientos donde los Secretarios no fuesen Escribanos Reales debería encargarse del Oficio de Hipotecas el Escribano más antiguo de la Cabeza del Partido. La nueva Ley preveía la creación de un cuerpo especial, lo que hizo que todos cuantos estaban a la cabeza

fe pública registral, una vez se consolidara, les haría perder protagonismo.<sup>111</sup> Por lo demás, – como ha demostrado Nogueroles Peiró – esa fué la tónica general en Inglaterra, Francia y otros países, básicamente por la pérdida de protagonismo que, en mayor o menor medida, implicaba para el notariado la evolución de los sistemas registrales.<sup>112</sup>

---

de los Oficios por un título u otro, reaccionaran, hasta el punto de que se creó en el Senado una Comisión Especial encargada de las pretensiones de este colectivo. Gonzalo de las Casas quien, entonces, ocupaba el cargo de Director de la Gaceta el Notariado solicitó que se encargase la gestión de los registros a los depositarios de la fe pública y en los casos en que no fuera posible que, al menos se respetasen los derechos adquiridos de aquellos que hasta la fecha habían estado al frente de las Contadurías de Hipotecas, bien de modo natural, bien legalmente mediante la correspondiente indemnización a los propietarios que, por juro de heredad o mediante un usufructo vitalicio venían disfrutando del cargo. La Comisión rechazó tales pretensiones, si bien entendió que, respecto de aquellos que habían comprado el derecho a la Corona, es decir, en relación a los Contadores de Hipotecas debía proceder la correspondiente indemnización. Sin duda, la organización del notariado mediante la Ley del año siguiente, 1862, permitió una mejor organización del notariado para articular su oposición al nuevo sistema. Véase Serna Vallejo M. Op. cit. p. 477-479.

111. Con anterioridad a la Ley Hipotecaria de 1861, los notarios, según Rodríguez Adrados, examinaban toda la cadena de títulos de propiedad durante todo el periodo de la prescripción adquisitiva. Esta afirmación – por otro lado, imposible, pues ni el notario ni nadie podía ni puede seguir de ningún modo ninguna cadena de títulos – pone de relieve el mayor protagonismo del notariado cuanto más oscuridad pese sobre la situación jurídica de los inmuebles, su nostalgia de una antigua e idealizada actuación y sus resistencias a la implantación de ningún sistema que clarifique absolutamente la situación jurídica de los inmuebles en favor de adquirentes y acreedores. Véase Rodríguez Adrados A. en *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ed. Ministerio de Justicia, 1991. t. II, p. 336. Sobre el diferente papel de notarios y *solicitors* en general en un registro de documentos y en uno de derechos, véase Arruñada B. *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. p. 93. Ed. Palestra, Perú, 2004.
112. Nogueroles Peiró N. La implantación del Registro inglés: enseñanzas de una lenta conquista. En: De Dios S, Infante J, Robledo R y Torijano E. (coords.). *Historia de la Propiedad (Crédito y garantía)*. Madrid: Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007. p. 857-859. Según Nogueroles, el establecimiento del Registro en Inglaterra y Gales contó desde el principio con la oposición de los *solicitors* y de la aristocracia terrateniente. Sin embargo, la oposición de la aristocracia se fué mitigando en la medida en que el Registro se desligó de las leyes que pretendían reformar la primogenitura, se conservó el carácter secreto del contenido del Registro y las clases medias fueron adquiriendo una mayor influencia. En cambio, la oposición de los *solicitors* se articuló alrededor de la *Law Society* y adoptó distintas formas: unas veces la oposición fué frontal, en otras pretendía simplificar los títulos como alternativa

La nueva Ley, sin embargo, establecía, como regla general, la necesidad de que los actos y negocios con finalidad transmisiva constasen en escritura pública para que los derechos resultantes pudiesen ser inscritos, previa superación del correspondiente procedimiento. Este privilegio de acceso de la documentación notarial al Registro, junto con el carácter ejecutivo de la misma, ha sido determinante en la demanda de servicios notariales y gran parte de la actuación notarial ha ido dirigida al mantenimiento y aun reforzamiento de dicho privilegio, porque constituía y constituye uno de los principales valores añadidos de la intervención notarial.

Ahora bien, diversos factores relacionados con el desarrollo de la economía de mercado, con el desarrollo de la abogacía y con la aparición de nuevas tecnologías de autenticación documental – especialmente la denominada *firma electrónica* – han determinado una gradual liberalización y heterogeneización de las diferentes vías de acceso al Registro, rompiendo el tradicional monopolio notarial al respecto.<sup>113</sup> Esta es la tendencia general que se va imponiendo, no solamente en Europa, sino en la mayor parte de los países desarrollados. Un reciente informe realizado por el *Centre of European Law and Politics* de la Universidad de Bremen, coordinado por C.U Schmid y realizado por encargo de la Comisión Europea, es definitivo a este respecto.<sup>114</sup>

---

a la implantación del Registro y, finalmente, cuando la implantación del Registro parecía inminente propugnaron un *Register of Deeds* o Registro de documentos. La situación era muy parecida en Francia, donde Mazeaud señala cómo el notariado y la nobleza se opusieron a la publicidad inmobiliaria. Guillaouard escribió que el primer obstáculo para la creación del *libre foncier* era la hostilidad de todas las personas que, en el mundo de los negocios “*vivent des obscurités de notre régime hypothécaire, et ces personnes s'appellent legion*”. Lo mismo sucedió en Italia, así como en Australia y Tasmania.

113. Véase Arruñada B. *Sistemas de titulación de la propiedad. Análisis de su realidad organizativa*. Ed.: Palestra., Lima (Perú), 2004. p. 112 y 175 ss. También Nogueroles Peiró N. *La evolución de los sistemas registrales en Europa*, en *Noticias de la Unión Europea* n. 265.

114. 102 El informe recibe el nombre de *Conveyancing Services Market*. Ha sido coordinado por C. U. Schmid del *Centre of European Law and Politics* (ZERP) de la Universidad de Bremen. Véase el fundamental trabajo de Arruñada B. *Market and institutional determinants in the regulation of conveyancers* en *European Journal of Law and Economics* (2007). El nudo de la argumentación del informe puede resumirse del siguiente modo: En relación con la intervención obligatoria del notario en el proceso de transmisión inmobiliaria y sucesivo registro las ideas-fuerza fundamentales del informe comunitario son las siguientes: 1º) El ejercicio de la profesión notarial, incluso en el sistema del “Notariado Latino” (Latin Notary System), no constituye ejercicio de autoridad pública (“public authority”). Aunque la regulación doméstica

califique al titular como “autoridad pública” (por ejemplo, sujeta a supervisión del Ministerio de Justicia), aunque realice funciones de control de legalidad o del cumplimiento de requisitos fiscales, su función es “esencialmente económica en cuanto a su naturaleza”. Lo que significa que está sujeta a las leyes del mercado y de la competencia a los efectos de los arts. 45, 55 EC. Sobre la postura de la Comisión, se explica en las páginas 48 y s. con cierto detenimiento. 2º) La Comisión estaría dispuesta a admitir excepciones a los principios de libertad de establecimiento y de libre provisión de servicios profesionales siempre que esas restricciones sean legítimas (respondan a atendibles “policy objectives”) y, en cualquier caso, sean proporcionales. 3º) La justificación aducida por el Notariado Latino de la intervención obligatoria del profesional (“mandatory intervention”) se resume en: (i) El suministro de información legal y consejo específico a quienes contratan, incluso en el caso de que el documento sea redactado por otros (abogados, gestores); (ii) Protección del consumidor y en general de la parte más débil del contrato; (iii) Control de legalidad previo al registro de los documentos (“Pre-control Land Register”); (iv) Prevención de conflictos (nuestra “seguridad jurídica preventiva”); (v) Colaboración con las autoridades estatales y fiscales en la prevención de fraudes etc. 4º) No obstante lo anterior, se afirma resueltamente que todas esas justificaciones, aunque presentan algún aspecto atendible de legitimidad, no convencen suficientemente puesto que no pasan el “test” de “proporcionalidad”. 5º) En cuanto al argumento de protección a la parte débil del contrato y de los consumidores, la cosa tiene difícil justificación cuando la minuta es redactada (“drafting”) por las partes o por un tercero (abogado o no) y el fedatario se limita a su elevación a público. El control posterior del documento ya redactado a estos fines es ineficiente. Más aún, la intervención notarial puede llevar a engaño al consumidor si le hace creer que su juicio es definitivo cuando existe un control posterior. Todas estas razones “minan sustancialmente” el argumento de defensa del consumidor. 6º) En contratación estandarizada no se comprenden las razones de impedir que un consumidor informado no pueda manejar por sí mismo todo el proceso de formalización documental y registro. Sobre todo, habida cuenta de las experiencias ya existentes en materia de formularios directamente registrables. 7º) En los contratos “comerciales” en que existe paridad de condición de partes, la protección del consumidor no está justificada. Sólo añade burocracia que entorpece la libre contratación. 8º) No es necesaria la intervención profesional en los supuestos del preceptivo control de legalidad previo al registro de documentos dado que a lo largo de Europa el Land Registry está provisto de profesionales cualificados a estos fines (sean funcionarios, profesionales o jueces). En España, incluso, la existencia de un control adicional al del Registrador es causa de la ralentización de todo el proceso. La posible ganancia en la celeridad del consejo especializado de un profesional no es suficiente argumento. Debería al menos dejarse la intervención del notario como opción del usuario como se ha hecho en Portugal en donde la legislación simplificadora contempla la posible intervención del Registrador como sustituto de la tradicional del notario en la redacción y registro de documentos. 9º) El argumento de la oportunidad de un control de la regularidad formal, sobre todo en lo que hace

En algunos países – España, por ejemplo – la reacción notarial ha sido la de intentar bloquear dicha liberalización, por un lado, y, por otro, la de intentar modificaciones legales que impidan a la Administración supervisar la legalidad de la actuación notarial, algo que quedaría reservado en exclusiva a jueces y tribunales,<sup>115</sup> por lo que la actuación notarial, es decir, la escritura pública vincularía a la propia Administración.

En ese contexto, el notariado ha postulado la limitación de las competencias calificadoras de los registradores, o, directamente, la transferencia de dichas competencia al notariado, que actúa en régimen de libre elección, es decir, en régimen de mercado. Para hacerlo posible se ha llegado a demandar del Gobierno la libre elección de registrador por parte del notario o de sus clientes, con absoluto olvido de todos los demás intereses en juego. Y, evidentemente, si fuera posible ejercer la función calificadora en régimen de libre concurrencia, no habría inconveniente alguno para atribuirla al notario o a cualquier otro operador jurídico que actúe en régimen de mercado tal competencia.

En ocasiones, a estas propuestas notariales se han sumado otros agentes. Las propiedades normativas de la inscripción en un Registro de derechos requieren la superación de un procedimiento que ofrezca unas garantías mínimas. Entre ellas, la necesidad de que la supervisión legal la realice un órgano independiente

---

a la identificación de los sujetos, no es suficiente. No sólo porque el mismo staff del registro puede cumplir esta función sino porque el servicio de la legalización de las firmas puede hacerse por otros profesionales – jueces, autoridades, abogados con funciones notariales – o emplearse la tecnología de firma electrónica. 10ª) En cuanto al control de la legalidad sustantiva (substantive legality), el interés público general puede ser adecuadamente protegido a través de la publicidad registral. 11ª) La cosa del control preventivo de los conflictos y el consiguiente ahorro de costes de transacción no puede tampoco sostenerse. No sólo porque esa eficacia preventiva se consigue a través del sistema registral sino porque de un lado poca seguridad preventiva se añade en la contratación estandarizada y de otro, la que se gana con la intervención notarial no es muy eficiente ni suficiente. 12ª) En cuanto, por fin, a la colaboración con las autoridades tributarias, para eso existen los mecanismos previstos en la inspección y recaudación. Resumen realizado por Fernández del Pozo para la Asociación de Registradores Bienvenido Oliver ([www.arbo.org.es](http://www.arbo.org.es)).

115. Así constaba en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria publicado por el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 25-oct-2006, aprobado por el Congreso y del que el Gobierno desistió en el Senado. Así resultaba también del art. 143 del Proyecto de reglamento Notarial, aprobado por el Ministerio de Justicia, si bien en la versión aprobada por el Consejo de Ministros se salvan expresamente las competencias de jueces, administraciones públicas y funcionarios.

con facultades suficientes. Y ello suele ser molesto para las empresas y demás agentes que operan en el mercado y, en ocasiones, han utilizado su capacidad de interlocución política para intentar suprimir o eliminar la supervisión legal sin ser conscientes de las graves distorsiones que pueden producirse, comenzando por la disminución de los efectos jurídicos de los registros, es decir, por la disminución de su valor legal (pérdida o disminución de valor probatorio).

La experiencia demuestra que el valor de semejantes reformas suele ser muy limitado e incluso negativo para las propias empresas, por mucho que puedan reducir sus costes – explícitos e implícitos – de tramitación. El motivo: la disminución del valor legal y judicial de la información registral impide que el Registro pueda prestar su mayor utilidad: servir de *input* prácticamente incuestionable en la práctica contractual y judicial reduciendo costes de transacción futuros a las propias empresas y agentes en general. Como consecuencia, se hace necesaria la contratación de servicios complementarios, innecesarios antes de las reformas. Tales reformas, pues, acaban suponiendo una elevación de costes transaccionales explícitos e implícitos para las propias empresas que los propiciaron.

Por ello, aumentar el valor legal y judicial de los pronunciamientos registrales siempre es eficiente. Ello requerirá exigir controles rigurosos, que no pueden ni deben ser suprimidos, a la vez que no deben exigirse más de los necesarios y, además, deben ser instrumentados del modo menos gravoso posible. Para que tales controles produzcan los efectos deseados se requiere una institución pública independiente, competente y eficientemente estructurada.

### 13. RAZONES POR LAS CUALES NO PUEDEN ATRIBUIRSE FUNCIONES

#### CALIFICADORAS A LOS NOTARIOS NI A NINGÚN OTRO OPERADOR ECONÓMICO

##### 13.1. *Planteamiento general*

No obstante, dado que tales propuestas se han producido, y que la posición notarial no parece haber cambiado, al menos en España, parece necesario, volver a traer a colación las razones por las cuales los notarios no pueden calificar, o si se prefiere, las razones por las cuales son incompatibles el hecho de atribuir al notario o a cualquier otro operador que actúe en régimen de libre elección la función calificadora y el mantenimiento de un sistema registral, sea de derechos, sea de documentos.

Ciertamente, el notario es un operador económico porque ésta es la naturaleza de su actividad, incluso en aquellos países en los que la legislación interna los califica de funcionarios. Es algo, además, que no ofrece duda alguna a quienes han estudiado esta materia. Un reciente informe realizado por el



*Centre of European Law and Politics* de la Universidad de Bremen por encargo de la Comisión Europea y al que anteriormente me he referido, concluye, en este sentido, que el ejercicio de la profesión notarial, incluso en el sistema del “Notariado Latino” (*Latin Notary System*), no constituye ejercicio de autoridad pública (“*public authority*”) ni siquiera aunque la regulación doméstica califique al titular como “*autoridad pública*” (por ejemplo, sujeta a supervisión del Ministerio de Justicia); aunque realice funciones de control de legalidad o del cumplimiento de requisitos fiscales, su función es “*esencialmente económica en cuanto a su naturaleza*”. Lo que significa que está sujeta a las leyes del mercado y de la competencia.<sup>116</sup> La idea de la dependencia de la actuación notarial de

- 
116. Véase Arruñada B. *Markets and institutional determinants in the regulation of conveyancers*, en “*European Journal of Law and Economics*”, 2007. p. 98 ss. Asimismo el reciente (2007) informe sobre *Conveyancing Services Market* coordinado por C. U. Schmid del Centre of European Law and Politics (ZERP) de la Universidad de Bremen, y realizado por encargo de la Comisión Europea. argumenta en relación a este punto lo siguiente: 1º) El ejercicio de la profesión notarial, incluso en el sistema del “Notariado Latino” (*Latin Notary System*), no constituye ejercicio de autoridad pública (“*public authority*”). Aunque la regulación doméstica califique al titular como “*autoridad pública*” (por ejemplo, sujeta a supervisión del Ministerio de Justicia), aunque realice funciones de control de legalidad o del cumplimiento de requisitos fiscales, su función es “*esencialmente económica en cuanto a su naturaleza*”. Lo que significa que está sujeta a las leyes del mercado y de la competencia a los efectos de los arts. 45, 55 EC. Sobre la postura de la Comisión, se explica en las páginas 48 y s. con cierto detenimiento. En España, curiosamente, la legislación califica al notario, simultáneamente de funcionario y de profesional. Así, la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 dispone en su artículo 1: “El Notario es el funcionario público autorizado para da fe, conforme a las Leyes, de los contratos y de más actos extrajudiciales. Habrá en todo el reino una sola clase de estos funcionarios”. El Reglamento notarial, no obstante, da un paso más y lo caracteriza, también, como profesional. Así el artículo 1 del Reglamento Notarial – modificado por el R.D 45/2007 de 19 de enero- dispone :” Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar...”. Esta caracterización pretendidamente híbrida viene a significar que el notario es, a la vez, autoridad pública, encargada de controlar que la legalidad no sea violada y, a la vez profesional que desarrolla una ingeniería transaccional dirigida a sortear la ley cuya defensa, por otro lado, le

---

GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez. Estado, Propiedad, Mercado.  
*Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 251-349. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

las relaciones de clientela y de su especial complacencia con los intereses de los clientes con poder de mercado es, por otro lado, recurrente en la propia literatura notarial.<sup>117</sup>

Por esta razón, como veremos, si se atribuyesen al notario o a cualquier otro operador económico tales funciones, sería necesario regresar al viejo Derecho Común, completado, como era habitual, con medidas complementarias de publicidad y aseguramiento, es decir, sería necesario regresar precisamente al Derecho ante cuyas insuficiencias fue preciso generar soluciones tecnológicas más sofisticadas. En efecto, las insuficiencias del Derecho Común aún completado con un Registro de documentos, complementado todo ello a su vez con algún tipo de aseguramiento económico, aconsejó el recurso al Derecho de la seguridad del tráfico, surgido precisamente como consecuencia de las insuficiencias del sistema anterior, y vertebrado en el ámbito inmobiliario por el Registro de derechos, algo que parece haberse olvidado y que constituye una solución tecnológico más sofisticada, como hemos visto, y, por ello, permite un mayor grado de protección de los derechos y de cooperación – contratación – entre los agentes económicos. Y, como sabemos, cuando se olvida la historia se está condenado a repetirla. Me referiré especialmente a este segundo tipo de registros, no sin antes advertir que tampoco los atributos esenciales de

---

competería. Quien lo elige y retribuye es, sin embargo, el cliente, y no para que vigile y censure lo que hace, sino para que idée la manera de poder hacer lo que desea. Le contrata, pues, como asesor jurídico o ingeniero transaccional, no como controlador, y le retribuye como tal, no como controlador. El problema se planea cuando tal servicio lo prestan otros ingenieros transaccionales –abogados– y, sin embargo, los clientes deben seguir utilizando los servicios notariales porque la ley los impone como obligatorios para que el documento correspondiente pueda acceder al registro. Este es otro problema que no abordamos por no formar parte de nuestro objeto de estudio. Baste dejar constancia de que, con independencia de la denominación que se de a su actividad, el notario es un operador económico. Y si a un operador económico se le conceden facultades públicas, es obvio, que se le está dando la posibilidad de que las use en beneficio de sus clientes; además se le está incentivando a hacerlo cuando quien le retribuye por sus servicios es el cliente y ese llega a ser el mayor valor añadido de sus servicios en aquellos casos en los que el notario es sustituido en su función de ingeniería por los abogados.

117. Véase, por ejemplo Costa J. *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*. Obras completas. 2. ed. Madrid: Biblioteca Costa, 1917. vol XIII. Berná J y Crehuet E, *A l'inferr de dos en dos: Cartes entre Joan Berná I Eladi Crehuet, notaries*, Lérida, Pagès. López Burniol J.J, *Entre el servicio y el control: Contribución de la fe pública a la ordenación del mercado*, en “Iuris, Cuaderns de Política Jurídica”, n. 1, 1994. p. 113-149.

un Registro de documentos podrían quedar en manos de ningún operador económico.<sup>118</sup>

### 13.2. *La necesidad de procedimiento para obtener la inscripción del derecho como consecuencia de la concurrencia de diferentes factores*

Las razones por las cuales se requiere un procedimiento para obtener la inscripción del derecho y ésta se articula, a su vez, de hecho, como un derecho del adquirente radican en los efectos externos que produce la inscripción – de diferente intensidad según se trate de un Registro de derechos o de documentos – en la naturaleza del derecho de propiedad, en la confluencia de los diferentes intereses en juego, en la insuficiencia del contrato para garantizar a quien desea adquirir que, en efecto, ha adquirido el derecho deseado, tal y como deseaba adquirirlo, así como en la proliferación de normas imperativas en relación con la propiedad inmobiliaria y el progresivo recurso al Registro de la Propiedad para asegurar su cumplimiento. Naturalmente, sobre todo ello se proyecta la naturaleza imperativa – y coactiva, por tanto- de la resolución registral admitiendo o denegando la inscripción solicitada.

#### 13.2.1. *La producción de efectos externos*

En cuanto a los efectos externos, ya hemos visto cuáles son las propiedades normativas de la inscripción en un Registro de derechos. En virtud de ellas, *inter tertios*, esto es en relación al mercado, la inscripción es el título; es más, es un *título valor*, por cuanto, al mercado, esto es al tercer adquirente a título oneroso y de buena fé – pues el mercado desconoce los actos gratuitos y repele la mala fe- únicamente le afecta el *tenor literal* de la inscripción:

---

118. En efecto, al igual que en los Registros de derechos, en los de documentos la fecha relevante respecto de terceros no es la del título, sino la de ingreso en el Registro que es el que establece su prioridad respecto de terceros; tales registros incorporan normalmente, también, el principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos.

Por estas razones, no se dejan tales registros en poder de los notarios, ni siquiera en los Estados Unidos. Considerando que cada notario sirve profesionalmente a sus clientes y que la organización colegial es notarial, dejar tales registros en manos del notariado, o dotar de tales efectos a un archivo notarial, sería contrario a lo exigido por las cautelas más elementales. A ninguna compañía de *title insurance*, por ejemplo, se le ocurriría aceptar las pólizas expedidas por sus agentes sin haber sido previamente evaluadas por los jefes de riesgos porque saben que esa política les conduciría directamente a la quiebra.

ningún otro derecho o carga de origen negocial puede afectarle, así como ninguna causa de anulación o de resolución derivada de un negocio anterior que no conste inscrita, del mismo modo que al endosatario de una letra de cambio únicamente le afecta el tenor literal de la letra, pero no las vicisitudes que afecten, en su caso, al negocio causal, las cuales operan únicamente *inter partes*.

Que la inscripción es el título, *inter tertios*, es decir, *erga omnes* con la excepción, en su caso, del *tradens* del titular registral, quiere decir que, por virtud de ella, el Estado compromete el uso de su fuerza coactiva en favor de su titular –es decir del titular de la inscripción o del titular del derecho según la inscripción, pues son términos equivalentes–, mientras la inscripción no sea anulada en el procedimiento judicial correspondiente, pues, al no producir la inscripción efecto de cosa juzgada, puede ser impugnada en el pertinente procedimiento judicial, en el que todo el *onus probandi* recae sobre quien impugne.

Ello significa, en esencia, que, *inter tertios*, que es su ámbito propio, la inscripción protege al adquirente mediante un acto de tráfico con una regla de propiedad (*property rule*), en cuya virtud, en caso de conflicto entre el *verus dominus* y el adquirente, el juez no puede devolver la cosa al primero, sino que debe proteger la adquisición efectuada. *Inter partes*, sin embargo, sigue vigente la regla de responsabilidad (*liability rule*) propia del Derecho Común.

Ciertamente, en el ámbito de los derechos de crédito, para su incorporación a una letra, esto es, para sustraer su circulación del régimen del Derecho común y someterla al régimen del Derecho de la seguridad del tráfico, se requiere un acuerdo de voluntades entre las partes. Por un lado, no constituye un derecho de ninguna de ellas; por otro lado, no se requiere ninguna voluntad más.

En el ámbito de los Derechos reales, sin embargo, para la inscripción, esto es, para sustituir el régimen de circulación de los derechos sobre inmuebles propio del Derecho común por el propio del Derecho de la seguridad del tráfico, no se requiere un acuerdo de voluntades entre las partes contractuales. Es un derecho de cualquiera de ellas, normalmente ejercitado por el adquirente, que es a quien más interesa, por cuya razón lo podemos considerar un derecho del mismo. Y para que ese derecho se haga efectivo, no basta con su voluntad. Es necesario que supere un procedimiento antes de obtener la inscripción del derecho a su favor, con todo lo que ello implica.

Ello es consecuencia no solamente de los efectos externos de la inscripción –esencialmente la protección mediante una *regla de propiedad* de la titularidad adquirida a través de un acto de tráfico y con sujeción al régimen registral – sino, también, de la naturaleza de los derechos de propiedad.

### 13.2.2. *La naturaleza jurídica de los derechos de propiedad*

En cuanto a la naturaleza de los derechos de propiedad, resulta oportuno recordar que<sup>119</sup> los derechos de propiedad – especialmente sobre inmuebles – no son otra cosa que convenciones sociales respaldadas por el Estado – mediante la ley – que permiten adjudicar con carácter exclusivo un beneficio o flujo de renta, mediante la imposición de deberes a otros que pueden desear o interferir de cualquier forma en la corriente de beneficios procedentes del bien. Se trata, por tanto, de la adjudicación, fundamentada en una convención social respaldada por el Estado, con carácter exclusivo y excluyente de los beneficios reales y/o potenciales generados y/o generables por el recurso sobre el cual recae el derecho. Y los recursos, como sabemos, son escasos por definición. Y su adjudicación, en régimen de monopolio, solo es tolerable si tal monopolio se ha adquirido mediante el libre juego de la autonomía privada y con pleno respeto a las normas imperativas que la enmarcan. Si no es así, existe el riesgo – gravísimo – de que se quiebre el consenso acerca de cómo los recursos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados, consenso que define la esencia del derecho de propiedad.<sup>120</sup>

Por ello, el Estado, antes de comprometer el uso de su fuerza coercitiva en el caso de que el derecho adquirido sea perturbado, debe asegurarse, que la adquisición del derecho no ha sido fruto de un comportamiento *free-rider*.

Y eso, precisamente, justifica *la existencia del procedimiento registral y sus exigencias de unas garantías mínimas inderogables*: la necesidad de comprobar que la configuración del derecho adquirido, así como su mecanismo de adquisición no violan norma imperativa alguna – que, precisamente por serlo, configura derechos a favor de los demás –, antes de conceder al adquirente un documento – *la inscripción registral* – del que deriva una intensa protección jurídico-obligacional y jurídico-real frente a las pretensiones de terceros y el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho adquirido frente a cualquiera que lo perturbe (arts. 1-3, 38 y 41 Lh de la Ley Hipotecaria española).

119. Sjaastad, E. Y Beomley E.D. *The Prejudices of Property Rights: On Individualism, Specificity, and Security in Property Regimes*. Development Policy Review, 18 (4): 365-89.

120. De Soto H. *El misterio del capital*, p. 184. Ed.: Península. Barcelona, 2001. La idea de la propiedad como consenso es esencial en el pensamiento de De Soto.

### 13.2.3. *La concurrencia de intereses divergentes*

En cuanto a los intereses concurrentes en el *el procedimiento registral*, se pueden sintetizar del siguiente modo.<sup>121</sup>

En primer lugar, el *interés del titular registral* – que, en las hipótesis normales coincidirá con el verdadero titular, porque el comportamiento racional impone asumir la carga de la inscripción, como mejor medio de defender el derecho adquirido–, cuya tutela corresponde al Registro, lo que exige rechazar cualquier acto o negocio de transmisión – y, en general, de naturaleza real – referente a *su derecho*, si no media su consentimiento prestado directamente, o a través de representante con facultades suficientes.<sup>122</sup>

En segundo lugar, el *interés del adquirente* en inscribir su derecho, interés que se explica por la protección jurídico-obligacional y jurídico-real que la misma despliega a su favor. Este interés puede ser defendido ante el Registro por el propio adquirente, su abogado, o su notario que, a estos efectos es, además de su fedatario, su abogado ante el Registro.<sup>123</sup>

En tercer lugar, el *interés de los terceros*, es decir de todos los que no han formado parte del acto o negocio del cual deriva la adquisición, en que la misma no se haya realizado violando ninguna norma imperativa, que, por ser tal, establece derechos a su favor, que deben ser respetados en el proceso de configuración y adquisición del derecho. Estos terceros pueden ser personas físicas o jurídicas concretas cuya identificación resulta del propio procedimiento, o terceros genéricos. La defensa de los intereses de los terceros, corresponde también al Registro, aunque con un grado diferente de intensidad,

121. Durante los últimos tiempos ha surgido una importante producción bibliográfica sobre el procedimiento registral. Pueden verse, entre otros: Barrero Rodríguez C. *La protección de los interesados en los procedimientos registrales*. Ed.: Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2005. González Pérez J (Director) *El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil*. Dos tomos. Madrid: Ed. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005. Con carácter más general, Menéndez Rexach A, Rodríguez-Chaves Mimbreno, Chinchilla peinado J.A. *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*. Madrid: Ed. Centro de Estudios registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005.

122. A no ser que medie sentencia firme que le prive del derecho, obviamente (art. 82 Lh), en cuyo caso no será necesario su consentimiento, sino el del nuevo titular proclamado por la sentencia. Este es el sentido de lo dispuesto por los arts. 20 – tracto sucesivo – y 17 – prioridad de la Lh.

123. Esta es la razón por la que esta figura, en algunos países, recibe el nombre de *solicitor*.

En efecto, en relación a los primeros, debe limitarse a notificarles y recabar su presencia en el procedimiento, a fin de que hagan valer sus derechos si lo consideran oportuno – este es el sentido de lo dispuesto por el art. 34 de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, plenamente aplicable al procedimiento registral<sup>124</sup> –. En relación a los segundos es, en palabras de Jerónimo González, el “fiscal que representa a los ausentes”.<sup>125</sup>

Estos intereses no son coincidentes, sino divergentes y hasta antagónicos, especialmente los intereses del adquirente y de los terceros: el primero tiene interés en eludir las restricciones conductuales derivadas de las normas imperativas; los segundos en que no se sobrepasen los límites marcados por las mismas.<sup>126</sup>

---

124. Este precepto, de enorme trascendencia, es plenamente aplicable al procedimiento registral, un procedimiento de naturaleza administrativa, según opinión de la mayoría de la doctrina, dado lo dispuesto en la Disposición Derogatoria 1 y 3 de la LRJAPPAC, precepto éste que desarrolla lo dispuesto por el art. 105 c) de la Constitución, a cuyo tenor: “La ley regulará... c)el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”. Y el art 34 de la LRJAPPAC regula cuándo procede la audiencia de los interesados en los procedimientos administrativos, incluido, por tanto, el registral. De lo contrario, se podría alegar indefensión, prohibida por art. 24.1 de la Constitución.

125. González Jerónimo. *Principios Hipotecarios*. Asociación de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1931. p. 274.

126. Esta idea aparece perfectamente recogida en el preámbulo del RD 1039/2003 de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención del Registrador sustituto: “La razón de esta tensión entre la agilidad y la seguridad, que son los dos principios que han de presidir el tráfico inmobiliario y mercantil, obedece a la existencia de intereses distintos, incluso antagónicos, entre las partes que intervienen en los negocios jurídicos y los terceros que pueden verse afectados – y perjudicados – por ellos cuando a su través se crean, declaran ,reconocen, modifican o extinguen derechos reales inmobiliarios que, por definición ,afectan a toda la comunidad.

El primero de ellos está representado por el de quienes directamente los otorgan. Confiados en el asesoramiento de que han sido objeto, ya sea por los servicios jurídicos que han contratado, ya por el notario, al que, de común acuerdo han decidido encomendar esta función, su único interés se centra en obtener cuanto antes la protección jurídica que el Registro le confiere a través de las presunciones de legalidad, de legitimación y de fe pública registral, entre otras, que proporcionan los pronunciamientos registrales.

El segundo grupo de intereses potencialmente afectados por la realización de un negocio jurídico inmobiliario o mercantil es el de los denominados terceros, pues, a través de los asientos registrales, se impone a la comunidad entera un determinado statu quo jurídico-real inmobiliario. Por ello, bajo esta expresión se engloba con carácter general a toda la

#### 13.2.4. *La insuficiencia del contrato como título como consecuencia de su eficacia relativa*

En cuanto a la insuficiencia del contrato por sí solo como título para garantizar a la parte que pretende adquirir la adquisición del derecho que desea tal y como lo desea, resulta obvia. El contrato no garantiza por sí solo que quien se presenta como dueño, alegando como única prueba de su derecho el hecho de aparecer en dicho contrato como adquirente, lo sea; el contrato, además, no produce efectos frente a terceros – en relación a ellos es “*res inter alios acta*” –, mientras que para ser dueño, o se ostenta un título – documento – esgrimible frente a todos o no se es dueño y, por tanto, no se es reconocido como tal por el mercado.

Sin Registro de derechos, las únicas alternativas posibles serían obtener una sentencia judicial firme en un procedimiento universal, o bien la adquisición por usucapión, cuyo reconocimiento también requiere una sentencia judicial firme. No parece que sean procedimientos compatibles con las exigencias del mercado, por lo que éste, en ausencia de tal tipo de registros, se provee su propia certidumbre – nunca seguridad- mediante procedimientos de mercado: usualmente seguros privados que indemnicen en caso de evicción y otras eventualidades.

#### 13.2.5. *La proliferación de normas imperativas en relación a la propiedad inmobiliaria y el recurso progresivo al Registro de la Propiedad para garantizar su cumplimiento*

Por ello, el modelo organizativo de cualquier sistema registral y en tanta mayor medida cuanto más efectos externos produzca – por tanto, de un modo especial, en el caso del registro de derechos – exige la independencia del calificador, con respecto a *todas* las partes implicadas,<sup>127</sup> como garantía de su imparcialidad.

---

*comunidad. Además, no en vano, el incumplimiento por las partes de una norma, ya sea una disposición legal o reglamentaria, ya una ordenanza municipal o cualquier otra de carácter vinculante, perjudica a todos y, con carácter específico, a los terceros, que son aquellas personas, muchas veces desconocidas e indeterminadas, que como acreedoras, titulares de derechos, inscritos o no, o de expectativas sobre ellos están interesadas en la suerte de tales derechos. Si las partes consiguiesen eludir normas imperativas con éxito, obtendrían ventaja competitiva sobre el resto, lo que incrementaría los costes transaccionales y la ineficiencia del sistema económico”.*

127. Arruñada B. *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. Ed.: Palestra, Lima (Perú), 2004. p. 113.



Su imparcialidad es necesaria, no tanto respecto de las partes que celebran el contrato privado y entre ellas, sino fundamentalmente, entre las mismas y los terceros, esto es entre las partes del contrato y los terceros potencialmente afectados, en tanta mayor medida, además, cuanto mayor sea la proliferación de normas imperativas, sean o no intervencionistas, las cuales, precisamente por serlo, configuran derechos a favor de terceros, individualmente determinados, o terceros genéricos.

Y estamos asistiendo a una progresiva limitación de la propiedad privada por razones medioambientales y de ordenación del territorio, lo cual está ampliando la función calificadora del registro hasta aproximarlo a la de un *gatekeeper*.<sup>128</sup>

En efecto, si bien, inicialmente, el Registro controlaba esencialmente la legalidad privada de las transacciones entre particulares – de la legalidad pública, únicamente la fiscal involucrada en la transacción concreta de que se tratara –, paulatinamente se le ha ido atribuyendo la función de controlar la legalidad pública implicada en todo tipo de operaciones susceptibles de inscripción.

Como observa Arruñada, los gobiernos suelen considerar útil emplear unos registros eficaces como filtro o *gatekeeper* que asegure el cumplimiento de todo tipo de obligaciones públicas. En efecto, resulta tentador para los gobiernos exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones legales, aunque sean menores, antes de otorgar reconocimiento y protección a un derecho, otorgándoles así, implícitamente, un *status real*.<sup>129</sup> De este modo, además, el Estado se asegura el cumplimiento de las normas, sin necesidad de crear agencia alguna, ni incurrir en gastos complementarios de *enforcement* de las mismas. Ciertamente, la utilización del Registro por el Estado como *gatekeeper* presenta

---

128. Fue Kraakman, R.H quien construyó la figura del *gatekeeper* en *Gatekeeper's: The Anatomy of a Third Party Enforcement Strategy* en J.L. Econ. & Org, 2 (1986). Posteriormente, Paz-Ares C y Arruñada B. han recurrido a esta figura para intentar explicar el limitado papel del notario coproductor de organización pública en nuestro sistema, en sus respectivos trabajos sobre análisis económico del notariado. Posteriormente utilicé esta figura para explicar la función registral, a la que en mi opinión se adapta mucho mejor. Ciertamente, el registro, a diferencia del *gatekeeper*, no es una parte privada, sino una institución pública, pero el hecho de que la inscripción sea, ordinariamente, voluntaria, permite aproximar ambas figuras. Véase Méndez González FP *Los sistemas registrales como reductores de costes de información y de conservación*, Comunicación presentada en la reunión del WPLA de la ONU, celebrada en Madrid en Septiembre de 2000. Asimismo, Méndez González FP: *La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del Derecho* en “La calificación registral”, T.I, Madrid: Ed. Gómez Gállego FJ Ed.: Civitas, 1996.

129. Arruñada B. Op. cit. p. 139.

ventajas – posibilidad de incrementar la tasa social de beneficio mediante una estructuración más ajustada de los derechos de propiedad– e inconvenientes – utilización intervencionista del Registro –, en cuya consideración no procede entrar ahora por quedar al margen del objeto de este trabajo.<sup>130</sup>

En todo caso, por estas razones, el calificador ha de ser un órgano del Estado, independiente como garantía de su imparcialidad y, solo puede adoptar la decisión tras un procedimiento que ofrezca las garantías mínimas necesarias reclamadas por la protección de los diferentes intereses en juego.

El desarrollo de la economía de mercado exige que el Derecho suministre soluciones que fundamenten la confianza, suministrando al adquirente la seguridad que necesita y con la agilidad que reclama: el adquirente necesita saber quién es el dueño, si puede transmitir, cuáles son las cargas preferentes. Idealmente necesitaría saberlo con la seguridad que proporciona una sentencia firme, con efectos *erga omnes* y obtenida en un plazo y con un coste compatible con las exigencias del mercado. Pero las garantías mínimas exigidas por el procedimiento necesario para obtener una sentencia de estas características hace inviable esta solución. Se hace necesario, pues, buscar una solución institucional que proporcione el nivel de seguridad más próximo posible a una sentencia firme con el coste explícito – dinero – e implícito – tiempo – compatible con las exigencias del mercado, suministrando al propio mercado la solución de compromiso entre ambas exigencias que éste considere óptima: a ese problema es al que responde el Registro de la Propiedad, en su modalidad de *Registro de derechos o registro de tráfico*.

La solución de compromiso, por las razones expuestas, no puede incluir la supresión de la independencia del calificador y la atribución de su poder a uno de los intereses en juego, mediante la concesión al mismo de un *monopolio de elección*.

### 13.2.6. *La naturaleza imperativa – y, en última instancia, coactiva – de las resoluciones registrales*

Me he referido anteriormente a las propiedades normativas de la inscripción en un Registro de derechos como el español. En virtud de las mismas, la inscripción – y, por lo tanto, el derecho tal y como consta en la misma– se halla bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1.3 Ley Hipotecaria) e incorpora

---

130. Para un desarrollo de esta idea en relación al Registro español, véase Méndez González F. P, *Registro de la Propiedad y Ley del Suelo*. RCDI n. 698. p. 2315 ss.

el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho inscrito frente a cualquiera que lo perturbe (art. 41 LH).

Un Registro de derechos significa la creación por parte del Estado de un sistema de seguridad jurídica de las titularidades de derechos reales sobre bienes inmuebles lo que permite simplificar su transmisión. Los derechos de propiedad implican exclusividad y, por tanto, exclusión de los demás. El Estado, titular del monopolio del uso legítimo de la violencia, antes de comprometerse en la defensa de una titularidad debe asegurarse de que se ha respetado escrupulosamente la ley, es decir, los derechos de todos los demás, porque, a partir del momento en el que reconozca la nueva titularidad mediante el Registro, la misma se impondrá a todos ellos, mientras la inscripción no sea revocada por una resolución judicial firme.

Es necesario recordar que una de las razones fundamentales para el nacimiento del Estado estriba en la liberación de economías de escala en los necesarios servicios de protección de la propiedad: la defensa individual queda sustituida por la defensa proporcionada por el Estado, el cual sanciona las reglas y vela por su cumplimiento.

Ello significa que el Estado está al servicio del cumplimiento de las reglas que rigen la propiedad, lo que exige su actuación conforme a las mismas, y, en consecuencia, su independencia en relación a los intereses en conflicto. El Estado se justifica en tanto que *tercero imparcial*, es decir, en tanto que independiente de los intereses de parte en la aplicación de las reglas.

### 13.3. *Consecuencias que se derivarían de tal atribución: la regresión del sistema*

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, es fácil predecir lo que sucedería si se permitiese que quien tuviese que decidir, en nombre del Estado, sobre el reconocimiento y protección de un derecho de propiedad inmueble, pudiese ser elegido y retribuido por uno de los intereses en juego, concretamente por quien pretende la adjudicación del derecho a su favor, con exclusión de todos los demás, precisamente aquellos frente a quienes, en su momento el adjudicatario hará valer su derecho.

En ese contexto, la libertad de elección otorgada solamente a *uno* de los intereses en juego significaría, sencillamente, la atribución al mismo de un *monopolio de elección* y, en consecuencia, la *sobreprotección* de ese interés y la *desprotección* de los demás. En tales circunstancias, se incentivarían los comportamientos oportunistas por parte de los operadores elegidos, pues las pérdidas derivadas no las sufrirían sus clientes sino los terceros. Considérese,

por un momento, lo insensato que sería conceder al representante elegido por un acreedor la competencia para ser él quien pudiese decidir sobre la prioridad de la hipoteca de su cliente en relación a otras muchas que pesasen sobre el mismo inmueble.

En tal situación, si el Registro fuese de derechos o de tráfico, los terceros no solamente estarían desprotegidos, sino menos protegidos que si se suprimiese tal Registro, pues el efecto fe pública registral – o, si se prefiere, la incorporación registral – opera también en caso de *error*; si bien en este caso a costa de la vulneración – más o menos directa, más o menos encubierta – de normas imperativas, las cuales, precisamente por serlo, establecen derechos en favor de tercero, e, incluso, en el límite de expropiar al dueño de su derecho.

Los terceros estarían, pues, mucho más seguros si uno de los intereses en juego no tuviese la posibilidad de utilizar en beneficio propio un instrumento de eficacia potencialmente expropiatoria, pero dado que la libertad de elección le daría esa posibilidad solo a uno, la única defensa posible de los demás frente a los riesgos de uso oportunista sería que el instrumento fuera lo más débil posible, e incluso, idealmente, inocuo, es decir, que no produjera efecto alguno, tampoco de prioridad ni de oponibilidad. En esencia, que no existiera Registro o, de existir, no produjera efecto jurídico alguno. Sin embargo, a quien tiene el poder *exclusivo* de elegir le interesa exactamente lo contrario: que el Registro tenga los mayores efectos externos posibles.

En el plano conceptual aún quedaría otra alternativa: la de *extender* el poder de elección a todos los afectados por la decisión registral, esto es, a todos; en el caso español, a unos cuarenta y cuatro millones de ciudadanos, o a algunos menos, si solamente se reconociera el derecho de elección a los mayores de edad. Ello equivaldría a organizar un sistema de elección universal y ponerlo en práctica cada vez que se solicitase una inscripción. De esta manera se neutralizaría la posibilidad de que quien pretendiese la adjudicación del derecho utilizase su poder – antes exclusivo – de elección de manera oportunista. Los terceros siempre serían mayoría.

Si reflexionamos un momento, esto es exactamente lo que sucede, si bien de una forma indirecta. Las partes y los terceros – todos ciudadanos – eligen a sus gobernantes, los cuales, en nombre de todos, organizan los registros de modo que el calificador no pueda ser influido por ninguno de los intereses en juego, para lo cual recurren a sistemas que garanticen la independencia del calificador –exclusividad territorial–, imprescindible para su actuación imparcial.

Son precisamente los que desean evitar el control de los terceros –de la comunidad– sobre el proceso adquisitivo los que reclaman que el calificador

sea elegible y se les atribuya a ellos el monopolio de elección, lo que equivaldría a la privatización de la función calificadora, pero reclamando al mismo tiempo e incurriendo con ello en notable paradoja que los efectos de la función no se privaticen (es decir que la seguridad derivada no sea solo económica en lugar de jurídica) sino que sigan siendo públicos (es decir, que la seguridad derivada siga siendo jurídica, la cual conlleva, además, la económica) y lo más intensos posible frente a los terceros; al propio tiempo se oponen a que los demás afectados por la decisión del calificador puedan participar en su elección.

En tal situación, el interés público se vería gravemente perjudicado, pues se habría involucionado desde un sistema eficiente a otro que lo sería mucho menos. Veamos.

El interés del Estado se vería gravemente perjudicado, pues al carecer de un Registro que acreditase, al menos frente a terceros, la titularidad y cargas de la propiedad inmueble, debería contratar y pagar los servicios de compañías privadas para que facilitasen – sin seguridad – tales extremos.

El nuevo sistema registral – de haberlo, pues tampoco la prioridad y la oponibilidad podría quedar al albur de la elección – no podría prestar las funciones de contribuir preventivamente a garantizar la efectividad de las resoluciones dictadas en procedimientos administrativos – especialmente económico-administrativos ni urbanísticos –, civiles y penales, pues al carecer del efecto fe pública, no se podría recurrir a la técnica de las anotaciones preventivas.

Es éste un asunto muy serio sobre el que pocas veces se reflexiona. El Registro de derechos no solamente es un formidable instrumento de evitación de conflictos, sino, además, un eficaz instrumento para garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas, mediante la técnica de las anotaciones preventivas, no utilizable en ningún otro sistema.

El interés de los particulares saldría también gravemente perjudicado, pues el nuevo sistema no podría ofrecerles seguridad jurídica – únicamente conseguible mediante el efecto fe pública de los asientos registrales – sino tan solo seguridad económica. Obsérvese que la seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica, pero la igualdad en sentido contrario, por la que el aseguramiento económico incorpora seguridad jurídica, es imposible por definición, pues el adquirente desposeído recibe una compensación pero pierde el bien. Todo ello, además, a un coste superior al requerido por un sistema registral de derechos, lo que dificulta la extensión del sistema de derechos de propiedad en relación a los bienes menos valiosos, y en relación a los ciudadanos con menos recursos. Un sistema registral menos eficiente es un freno a la extensión del sistema de derechos de propiedad, y, por tanto, a la extensión de la economía de mercado.

13.4. *Razones por las cuales la atribución de un monopolio de elección de Registrador al interesado en conseguir la inscripción del derecho a su favor produciría tan graves consecuencias*

La razón de que la atribución de tal monopolio, presentado *ad extra* como libertad de elección del calificador, produzca efectos tan definitivos es la siguiente.

En general, la libertad de elección en el *mercado* de servicios es altamente deseable porque sitúa al cliente en posición de controlar el valor y la calidad de lo que adquiere, y, por tanto, de presionar a los proveedores para reducir precios y costes y, como consecuencia, solo sobreviven los más eficientes, al menos idealmente. La libertad de elección es, pues, un factor de eficiencia del mercado de servicios porque es un instrumento de asignación eficiente de recursos.

Ahora bien, para que este mecanismo funcione, es preciso que haya una *identidad*, no solo física, sino también de *intereses*, entre quien elige al proveedor –en este caso registrador – del servicio – consistente, en este caso, en la adjudicación de derechos exclusivos sobre bienes escasos y valiosos – y el beneficiario y, en general, el afectado por la actuación – registral en este caso – del proveedor del servicio, identidad que no se da *nunca* en el servicio registral, cuya característica esencial consiste en que las decisiones registrales producen siempre efectos externos decisivos, es decir, sobre terceros, en un contexto en el que los intereses de quien ha elegido al proveedor –, es decir, registrador en nuestro caso –, y los de los terceros afectados son siempre y por definición antagónicos, dado el carácter exclusivo de los derechos que se pretenden y el carácter escaso y valioso de los bienes sobre los que recaen-lo cual justifica, precisamente, su explotación mediante la adjudicación de derechos exclusivos.

La libertad de elección protege a quien puede elegir, pero no a quien no puede elegir. Y si quien puede elegir tiene un interés opuesto a quien no puede elegir utilizará su poder de elección en beneficio propio y en perjuicio de quien no tiene ese poder y cuyos intereses son opuestos a los suyos. El modelo conductual dominado por el autointerés se impone.

14. LAS RAZONES POR LAS CUALES SE HA PLANTEADO LA CONVENIENCIA BIEN DE ATRIBUIR LA FUNCIÓN CALIFICADORA A LOS NOTARIOS, BIEN DE PODER ELEGIR LIBREMENTE AL CALIFICADOR, BIEN DE RESTRINGIR EL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN, OPCIONES TODAS ELLAS SUSTANCIALMENTE SIMILARES

Se impone, por último, realizar una breve reflexión sobre las razones por las cuales se han considerado – y aún se consideran, si bien ya con menos convicción – todas estas opciones.

Me referiré especialmente a algunas de estas razones, tales como el contexto internacional durante el proceso de transición de las antiguas economías de planificación central hacia economías de mercado, el proceso de construcción del Estado en economías emergentes, la mala inteligencia – entonces y aún ahora– de la función de las instituciones en la economía de mercado, a la que se consideraba como una interacción entre la oferta y la demanda de bienes y servicios con un olvido completo de las instituciones necesarias para que dicha interacción pudiera tener lugar, por cuya razón se dió preferencia al proceso privatizador sobre el de construcción del Estado de Derecho y a la denominada *crisis del notariado*.

14.1. *El contexto: La preferencia del proceso privatizador sobre el de construcción institucional en los países con economías emergentes y en transición y la falta de conocimiento suficiente sobre la importancia de las instituciones para el crecimiento económico*

Con independencia de que estas propuestas hayan sido impulsadas por ciertos grupos profesionales, lo cierto es que se han producido en un contexto determinado, sin el cual difícilmente podrían haber sido consideradas.

Tal contexto es el conformado por el denominado “*consenso de Washington*”<sup>131</sup> y por el desconocimiento de la función de las instituciones en el sistema económico, singularmente la de alguna de ellas, como el Registro de la Propiedad, especialmente en aquellos países que disfrutaban del mismo desde antiguo, y, acostumbrados a sus beneficios – que consideran un hecho de la naturaleza – se olvidan de las exigencias necesarias para que tales servicios sean posibles.

Como escribió Olson, la economía neoclásica es como un taburete que se asienta sobre dos patas: la oferta y la demanda. La tercera pata, imprescindible para el equilibrio, ha permanecido oculta durante mucho tiempo a los ojos

---

131. El denominado *consenso de Washington* hace referencia a un conjunto de políticas económicas formuladas por J. Williamson en un documento de trabajo en 1989 – *What Washington Means by Policy Reform* – elaborado para una conferencia organizada por el Institute for Institutional Economics. Originalmente, ese paquete de medidas económicas estaba concedido para los países de América Latina, pero con los años se convirtió en un programa general. Se refería a: 1) Disciplina fiscal; 2) Reordenación de las prioridades del gasto público; 3) Reforma impositiva; 4) Liberalización de las tasas de interés; 5) Una tasa de cambio competitiva; 6) Liberalización del comercio internacional; 7) Liberalización de la entrada de inversiones extranjeras directas; 8) Privatización; 9) Desregulación; 10) Derechos de propiedad.

de los economistas, y ésta no es otra que el sistema institucional sobre el que descansa la economía de mercado y que es el que permite que la interacción humana sea un juego de suma positiva. Tal entramado institucional requiere un sistema legal y un orden político capaces de imponer el cumplimiento de los contratos y de proteger los derechos de propiedad. Si, en tales circunstancias, los derechos de propiedad están eficazmente estructurados, es decir, si incentivan adecuadamente la acción humana, se producirá crecimiento económico, como han demostrado North y Thomas, y he expuesto a lo largo de estas páginas.

Según Olson,<sup>132</sup> la razón por la cual la economía neoclásica no prestó atención a la importancia de las instituciones estriba en que el pensamiento económico se desarrolló en países que habían alcanzado un cierto grado de madurez institucional y, en consecuencia, las instituciones existentes – tales como la propiedad privada y su protección por el Estado – constituían un *prius* del que partía la nueva ciencia.

Paradójicamente, la tarea de construcción del Estado en las economías en transición y en las economías emergentes ha permitido a los occidentales redescubrir la *función* de su *ingeniería institucional*, a saber, la *creación de capital*, mediante la protección de los derechos de propiedad y la imposición de una simetría informativa funcional entre los contratantes, de modo que resulte fácil intercambiar los *derechos* sobre los bienes y, de este modo, pueda funcionar el mecanismo básico de reasignación constante de los recursos hacia sus lugares de uso más eficientes y, así, crear riqueza. Este redescubrimiento permite hacer un ejercicio de *ingeniería inversa*<sup>133</sup> y, mediante él, reconstruir los planos de

---

132. Olson M. op. cit., p. 201-202.

133. Esta expresión ha hecho fortuna en el ámbito de la psicología evolutiva, basada en las ideas darwinistas y que ha alcanzado notables éxitos en la explicación de la conducta humana, o del funcionamiento de la mente. Vide, por todos, Pinker, Steven *Como funciona la mente*. Barcelona: Ed. Destino, 2000. p. 39-40-66.

Esta idea también es básica en el ámbito de la economía institucional. Como señala S. Pinker en op. cit. Fue Darwin quien dio la justificación lógica de la ingeniería inversa, al señalar, en su conocida obra cómo los “órganos de una perfección y complejidad extremas, que justamente exaltan nuestra admiración” surgen no de la previsión divina sino de la evolución de replicantes durante un periodo de tiempo inmenso. Señala también el ejemplo de W. Harvey quien en el siglo XVII descubrió que las venas tenían válvulas, y de ello dedujo que las válvulas debían estar allí para permitir la circulación de la sangre. Desde entonces hemos avanzado en la comprensión del cuerpo como una máquina maravillosamente compleja...¿Por qué tenemos, por ejemplo, orejas asimétricas y llenas de pliegues cartilagosos?. Para filtrar las ondas del sonido que provienen de direcciones diferentes y de modos también distintos. Los matices de la zona de sombra del sonido permiten al cerebro saber si la fuente



dicha ingeniería institucional, planos que, según De Soto<sup>134</sup> Occidente había perdido; permite, asimismo, redescubrir la importancia de las instituciones en general y el carácter esencial de muchas de ellas, ser conscientes de las dificultades de su implantación, y de las dificultades no solo para su desarrollo, sino, a veces, para su conservación, dados los poderosos intereses en juego, como he expuesto.

Este redescubrimiento se ha producido, a veces, justo a tiempo para evitar la destrucción de algunas de estas instituciones esenciales, a manos de quienes, exhibiendo el señuelo de la libre competencia, no buscan sino impedir que el Estado tenga los instrumentos necesarios para imponerla. Si no hubiéramos

---

emisora se halla arriba o abajo, delante o detrás de nosotros. Es la estrategia de la *ingeniería inversa* la que nos permite alcanzar esta comprensión.

De hecho es lo que hacen los científicos industriales de la Sony cuando la Panasonic anuncia el lanzamiento de un nuevo producto, o viceversa. Compran uno, lo llevan al laboratorio, lo desmontan e intentan averiguar cuál es la finalidad que cumplen todas las piezas y de qué modo se combinan para hacer que el aparato funcione.

Es, además, el procedimiento que utilizamos todos nosotros cuando nos encontramos ante un nuevo artilugio. Al rebuscar en un viejo almacén, por ejemplo, damos con un ingenio que resulta impenetrable hasta que averiguamos para qué fue diseñado. Cuando caemos en la cuenta de que se trata de, v.gr.: un deshuesador de aceitunas, de pronto comprendemos que el anillo de metal está diseñado para ceñir la aceituna y que la palanca baja una cuchilla en forma de x por un extremo, de modo que el hueso salga por el otro. Las formas y la disposición de los resortes y de los muelles, bisagras, charnelas, hojas y cuchillas, palancas y anillos cobran sentido cuando se comprende la función y entonces llegamos a comprender, además, por qué las aceitunas envasadas tienen una incisión en forma de x en uno de sus extremos. Vide S. Pinker, op. cit.

Es también la estrategia característica de la economía institucional que exige entender previamente la racionalidad subyacente – función – de las instituciones – y de cada una de sus partes-antes de proponer reformas. De lo contrario, se corre el riesgo cierto de que no se sepa valorar adecuadamente una determinada institución y de que los *resultados* de las reformas sean muy distintos de los *deseados*. Este es el sentido de un refrán español, según el cual “el camino del infierno se halla empedrado de buenas intenciones”. Aunque solamente, claro está, cuando hay buenas intenciones, pues también puede suceder algo muy distinto, que el desconocimiento de la función que cumple una determinada institución – y, por tanto, qué costes alternativos y superiores ahorra- sea utilizado por determinados grupos de interés para, en connivencia o no con el poder político, proponer reformas que fuercen un coste social mayor y de ese modo poder obtener mayores beneficios privados. Vide. Vgr.: Posner, R.A *El análisis económico del Derecho*. México D.F: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 502 ss.

134. De Soto H. Op. cit. p. 18-19.

olvidado a Smith, no habríamos cometidos estos errores. Smith ya advirtió que lo último que quiere un empresario es competencia y, mucho menos, libre. Lo que busca el empresario es su beneficio. Es el Estado el que está interesado en la competencia a fin de que la búsqueda incesante de ganancias por los diferentes agentes económicos produzca la mayor rentabilidad social posible. Y son los agentes económicos los que están interesados en capturar el poder del Estado en su propio beneficio y en perjuicio de sus competidores.

Tras la caída del muro de Berlín, en los antiguos países de la Europa del Este se inició un doble proceso en paralelo: en el ámbito político, la transición desde sistemas totalitarios hacia sistemas democráticos, y, en el ámbito económico, la transición desde sistemas de economía planificada y propietario único hacia economías de mercado y multiplicidad de propietarios no solamente de bienes de consumo sino también de bienes de producción.

Este proceso puso de manifiesto que el mercado no es un fenómeno espontáneo sino una sofisticada creación humana que requiere una infraestructura institucional compleja y eficaz para poder existir, asignar eficientemente los recursos y generar rentabilidad social. En otras palabras, sin las instituciones adecuadas no puede haber mercados eficientes. Sin un Estado que defina y reconozca la propiedad privada, la libertad contractual, o que obligue a cumplir lo pactado, no hay mercado.<sup>135</sup> Como ha afirmado Fernández Ordóñez puede haber Estado sin mercado, pero no mercado sin Estado. Sin Estado no hay economía de mercado, sino *economía de mafias*.<sup>136</sup>

En efecto, muchos creyeron que, para que se produjera el crecimiento económico y el bienestar, bastaba con que el Estado se retirara, y, ese hecho, por sí solo, haría que la iniciativa individual, conducida por la mano invisible, alumbrase el maná de la prosperidad. Esta actitud condujo a lo que cualquier conocedor de las razones de la existencia del Estado podía predecir: la retirada del Estado hace que reaparezca el *estado de naturaleza*, a que en lugar de competencia y mercado, reaparezca la lucha depredatoria – *homo homini lupus* – por apropiarse de los esfuerzos del trabajo ajeno.<sup>137</sup>

---

135. Fernández Ordóñez M.A. *La competencia*, Alianza Editorial.

136. *Ibidem*, p. 29.

137. Esta lucha expropiatoria derrocha recursos de forma directa e indirecta. Directamente porque requiere dedicar medios valiosos tanto para efectuar el fraude o engaño como para evitarlo. Indirectamente, porque al dars cuenta del riesgo que corren, muchos contratantes potenciales se niegan a contratar, reduciendo así el grado de especialización. Véase Hirschleifer, J. *The Dark Side of the Force*, Economic Inquiry, 32 (Enero) 01.10.1994.

Como sostiene Fukujama,<sup>138</sup> a pesar de que muchos de los defensores del denominado consenso de Washington no dudan en afirmar *ahora* que habían comprendido *entonces* la importancia de las instituciones, el marco legal y el orden correcto de aplicación de las reformas, la cuestión es que desde finales de los ochenta hasta principios de los noventa – y, en realidad, mucho más allá – las cuestiones referentes a la capacidad del Estado y a la construcción del mismo brillaron por su ausencia del debate político. Hubo muy pocas advertencias desde Washington acerca de los peligros que suponía impulsar la liberalización – y, en ocasiones, la privatización sin liberalización – sin las instituciones adecuadas.

Al analizar con perspectiva dicho consenso puede afirmarse que no había ningún error conceptual en el mismo. Ciertamente, los sectores estatales de los países en desarrollo constituían en multitud de casos un obstáculo para el crecimiento y, ante eso, la solución a largo plazo pasaba por la liberalización económica.

El problema residía más bien, como observa Fukujama,<sup>139</sup> en que, a pesar de que los estados requerían recortes en ciertas áreas, necesitaban ser, simultáneamente, fortalecidos en otras, cosa que, en teoría, los economistas que impulsaron la reforma económica entendían a la perfección. Sin embargo, durante este periodo, el énfasis recayó, de forma contundente, sobre la reducción de la actividad estatal, lo que podría confundirse o malinterpretarse deliberadamente como una tentativa de disminuir la capacidad estatal a todos los niveles.

A pesar de que el programa de construcción el Estado revestía, como mínimo, la misma importancia que el de reducción del Estado, el peso y la relevancia que se le atribuyeron fueron muy inferiores. Como consecuencia, en muchos países, la liberalización económica – en realidad, privatización – produjo unos resultados muy diferentes a los esperados, hasta el punto de que, en algunos de ellos, de hecho, la ausencia de un marco institucional adecuado dió lugar, tras la liberalización, a una situación más grave que la que se habría producido sin la reforma.

El problema residió en un error básico consistente en no distinguir entre *fuerza* y *alcance* del Estado. Así, durante el proceso de reducción del alcance estatal, muchos países disminuyeron también la fuerza del Estado y, además, excluyeron del Estado funciones básicas que son las que justifican la existencia

---

138. Fukujama F. Op. cit. p. 36.

139. Fukujama F. Op. cit. p. 20-21.

del propio Estado y son imprescindibles para que los mercados puedan funcionar.

A ello, sin duda, se refería M. Friedman cuando en una entrevista en 2001, afirmaba que, diez años antes, él habría aconsejado tres cosas a los países que vivían una transición hacia el socialismo :”Privatizar, privatizar y privatizar”, “pero me equivoqué”, añadió, “seguramente el Estado de Derecho sea más importante que la privatización”.<sup>140</sup>

Ciertamente, el punto diez del consenso de Washington se refería a los derechos de propiedad, que debían estar reconocidos, y ser, además, claros y seguros, lo que dió lugar a que se desarrollaran multitud de programas al respecto. En relación a los derechos de propiedad sobre la tierra, al menos en teoría, se distinguía claramente entre Catastro y Registro, y dentro de éste, entre Registro de documentos y Registro de títulos – posteriormente denominados de derechos –, recomendándose claramente este último modelo y sin cuestionar, en ningún momento, que ésta era una función del Estado.<sup>141</sup>

Los programas llevados a cabo se han saldado, sin embargo, con resultados ambiguos, cuando no con claros fracasos, debido a la presión de los *lobbies*, nacionales e internacionales, al alto grado de corrupción reinante y a la mala inteligencia de la función del Registro. Así, la presión de notarios, *solicitors*, agrimensores, tasadores, catastros físicos etc. ha dado como resultado que el camino para conseguir la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad se haya convertido en algo muy lento e innecesariamente costoso, pleno de requisitos obligatoriamente impuestos en único beneficio, en muchos casos, de los *lobbies*, lo que, finalmente, acaba deteriorando la imagen del Registro y

---

140. Entrevista realizada por Gwartney y Lawson, 2002. Citada por Fukujama F en op. cit. p. 38.

141. Así, por ejemplo, el Banco Mundial, en su Informe de 1996 “*From Plan To Market, World Development Report*”, al explicar las razones por las que el Banco Mundial respalda financieramente diversos proyectos para la implantación y modernización de sistemas registrales afirmaba taxativamente: “*Todas las economías de mercado cuentan con un sistema formal para registrar la propiedad y los bienes, con el fin de asegurar la titularidad de la propiedad, las inversiones y otros derechos públicos y privados sobre los bienes inmuebles. Un sistema que permita registrar la titularidad de la propiedad y de los bienes inmuebles... y otros datos relacionados con la propiedad es una herramienta esencial para el funcionamiento adecuado de una economía de mercado*”. Y más adelante: “*Un Registro de la Propiedad resulta fundamental y esencial para el desarrollo de una economía de mercado que funcione. Mejora la seguridad de la titularidad y de la tenencia, disminuye los costes de las transferencias de bienes y proporciona un mecanismo de bajo coste para resolver las eventuales disputas sobre los bienes*”.

puede acabar cuestionando la utilidad económica y social del propio modelo registral elegido.

14.2. *La mala inteligencia de la función del Registro de la Propiedad y el proceso de adelgazamiento del Estado como consecuencia de la globalización económica*

A ello ha contribuido, como he reiterado, la mala inteligencia de la función del Registro de la Propiedad, al que no acaba de concebirse como un instrumento para facilitar la protección de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, así como de sus titularidades, y de este modo estimular el comercio inmobiliario y la aptitud de los mismos como activos económicos – *secure transaction system* –, sino como parte de un sistema de administración del territorio – *land administration system* – y como instrumento para la obtención de ingresos fiscales.

La concepción del Registro como instrumento de poder al servicio de la Administración, en lugar de como un servicio esencial del Estado para que el mercado pueda funcionar eficientemente y, por tanto, la subordinación de las necesidades del mercado para que haya crecimiento económico, a las urgencias fiscales del Estado y, en general, a la sed de poder de los gobernantes, constituyen así el factor crítico para la organización eficiente de los mercados inmobiliarios e hipotecario de buen número de países.

Merece la pena, por ello, traer a colación el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861, la más famosa y reputada exposición de motivos de un texto legal español, no en vano conocida por el nombre de *luminosa*:

“(…) Sin negar que los registros de la propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir al auxilio de la Administración en las árdas tareas que para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediamente a desconocer su carácter social, económico y civil, y a sacrificar lo principal a lo accesorio”.

Por otra parte, el fenómeno conocido como *globalización* propiciado por el desarrollo sin precedentes de las nuevas tecnologías de la comunicación – singularmente *internet* – y por la libertad del capital financiero para moverse

por la mayor parte del planeta, ha dado lugar a una fuerte competencia entre estados para atraer dicho capital, lo que dió lugar a un proceso de reformas dirigidas esencialmente al *adelgazamiento* del Estado, proceso en el que se cometieron errores parecidos.

Ciertamente era necesario recortar la actividad estatal en ciertas áreas, pero, al tiempo, había que incrementar, en lugar de debilitar, la actividad del Estado en aquellas otras áreas esenciales para que la economía de mercado pudiese rendir los frutos deseados: derechos de propiedad, cumplimiento de los contratos etc. En este nuevo contexto el auténtico capital con el que cuenta un Estado es la confianza que suscite para atraer inversiones, lo cual depende de diferentes factores, entre otros, de que se garanticen la igualdad de trato para todos, que los derechos se respetan y los contratos se cumplen. De ahí, también, la importancia de las instituciones.

Este proceso de adelgazamiento del Estado para pasar al sector privado ciertas actividades que no debe desempeñar el Estado sino el mercado, junto con la falta de consenso acerca de cuál debe ser el alcance las funciones del Estado y la falta de entendimiento adecuado de la función de ciertas instituciones, propició que ciertos *lobbies* aprovecharan todo ello para intentar evitar la modernización del Estado en el sector de su actividad y poder, así, proteger mejor sus intereses sin verse constreñidos por el Estado e, incluso, patrimonializan dolo en su propio beneficio. Cuando este fenómeno es general dentro de un Estado, se le denomina Estado neopatrimonial –fenómeno frecuente en África – pero no se han librado de él ni siquiera países desarrollados de la Unión Europea, en alguna medida.

España y otros países desarrollados no han sido ajenos a este conjunto de fenómenos. Ciertamente, el proceso de construcción del Estado, o, si se prefiere, de las instituciones necesarias para que el Estado pueda suministrar los servicios necesarios para que la economía de mercado funciones eficientemente, en los países en vías de desarrollo así como en los países en transición hacia economías de mercado, ha permitido que los países occidentales *redescubrieran* para qué sirven ciertas instituciones a las que están acostumbrados y cuyos servicios dan por supuestos, sin darse cuenta de que, lo que para ellos es casi un hecho de la naturaleza, para la mayor parte de los ciudadanos del mundo es una quimera todavía. Tal es el caso del Registro de la Propiedad.

En España, las empresas están acostumbradas a disponer de toda la información relevante sobre sociedades mercantiles mediante la consulta *on line* al Registro Mercantil; igualmente, en pocos minutos, como máximo unas horas, se obtiene la información solicitada al Registro de la Propiedad, también por internet, sobre la titularidad y estado de cargas de cualquier finca del

territorio nacional. Nadie duda de que la información facilitada es exacta y de que, en caso de error, el Registro responderá inmediatamente. Todo el mundo está acostumbrado a estos servicios, por otro lado, a un precio excesivamente bajo, lo que hace que se sobreutilicen y no se valoren adecuadamente.

Para que estos servicios sean posibles, es necesario organizar todo un sistema registral que exige controles rigurosos – aunque ágiles –, imprescindibles para que la información sea fiable. Debe serlo, además, porque el Registro informa de lo que él mismo produce: los derechos de propiedad con los que opera el mercado en el ámbito inmobiliario. Eso es exactamente el Registro de derechos o de tráfico: un sistema de producción de derechos de propiedad para el mercado en forma de inscripciones que son los documentos que incorporan tales derechos, como consecuencia de las propiedades normativas que el ordenamiento les asigna y que permiten, parafraseando a De Soto,<sup>142</sup> que los inmuebles no solo sirvan como refugio frente al frío o la lluvia sino que lleven una vida paralela como capital.

No es, como a veces se suele creer, un sistema de archivo y publicación de procesos transmisivos completados extrarregistralmente y documentados notarialmente. Sin embargo, la caracterización de la función del Registro de la Propiedad por referencia a la idea de publicidad es usual en la doctrina española y buena parte de la doctrina europea.<sup>143</sup>

---

142. De Soto H. Op. cit. p. 71.

143. Amorós Guardiola, después de afirmar que “*la publicidad registral es la actividad de un registro público que tiende a manifestar un hecho, acto o situación jurídica y crea la posibilidad de que el objeto publicado sea conocido por todos*”, caracteriza al Registro de la Propiedad como “*aquella institución destinada a dotar de publicidad a las situaciones jurídicas relativas a bienes inmuebles para conseguir la seguridad jurídica en el tráfico de dichos bienes*”, llegando a afirmar, al tratar del principio de publicidad formulado por Jerónimo González – principio que este ilustre hipotecarista no definió y que descompuso en los de legitimación y fe pública registral – que “*la publicidad no es uno de los criterios básicos de organización de nuestro Registro de la Propiedad, más bien constituye la finalidad misma, la función esencial que el Registro cumple. No hace falta repetir que el Registro de la Propiedad es una institución destinada a dotar de publicidad (publicidad jurídica en sentido técnico, a que ahora nos estamos refiriendo) a determinadas situaciones o derechos. La publicidad es la esencia misma del Registro, su función típica y no un mero principio organizador*”. Amorós Guardiola M. *La teoría de la publicidad registral y su evolución*. Madrid: Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998, p. 31, 32 y 68 respectivamente. Se trata de su discurso de ingreso, leído el 30 de noviembre de 1998. En él se da un completo repaso a las principales concepciones sobre la publicidad registral desde la elaboración misma de la primera Ley Hipotecaria de 1861. En la misma también se hace una amplia referencia a la doctrina europea sobre el particular.

Esta caracterización puede ser adecuada, en el mejor de los casos, para un Registro de documentos o de mera oponibilidad, pero no para un Registro de derechos o de tráfico. Caracterizar a un Registro de este tipo como sistema de publicidad de los derechos reales supone partir de la hipótesis – usualmente no explicitada – de que al Registro llegan procesos transmisivos completados extrarregistralmente, esto es, consumados antes de la inscripción, de modo que la única función del Registro sería, así, la de dar publicidad a tales procesos –, sin que el Registro forme parte del propio proceso transmissivo, lo que, como he dicho, conviene, sin duda, a un Registro de documentos, pero no a uno de derechos como el español.

Parafraseando a Pottage<sup>144</sup> en relación al sistema inglés, la inscripción supone una ruptura decisiva con el modelo tradicional de titulación de la propiedad inmobiliaria; no es un instrumento de *enforcement* o de perfeccionamiento del sistema tradicional – Derecho común – de titulación de la propiedad inmobiliaria, sino un sistema enteramente nuevo de titulación de la propiedad sobre inmuebles, que elimina la necesidad de investigaciones retrospectivas – no siempre seguras- o el recurso al transcurso del tiempo para posibilitar la adquisición por usucapión.

De ahí las resistencias generalizadas de notarios y *solicitors* a aceptar la lógica del Registro de derechos: supone una pérdida de protagonismo al disminuir los servicios que pueden ofrecer y al existir el riesgo de que no se atribuya a sus documentos la exclusividad autenticadora ante el Registro.<sup>145</sup>

En este nuevo paradigma, la calificación registral es una pieza esencial, dada la función de la inscripción en el nuevo sistema transmissivo y el respaldo por el Estado a las titularidades adquiridas conforme a la misma.<sup>146</sup>

---

144. Pottage A. *The Originality of Registration*, según el cual: “Registration made a decisive break with this model of titles and transfer. Registration did not reinforce or perfect the traditional style of manufacturing titles. Rather it constructed an entirely new foundation for property in land”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, vol. 15, n. 3, p. 385. Citado por Nogueroles Peiró en op. cit. p. 863.

145. Obviamente, la evolución desde el sistema del Derecho Común hacia el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario supone una redefinición del papel de los notarios, los cuales pierden protagonismo. De ahí las resistencias que se observan en todos los países. Véase Arruñada B. Op. cit p. 138 ss. Méndez González F. P, *La función económica...* op. Cit, p. 871 ss. Nogueroles Peiró N, en op. cit. p. 857 ss.

146. Véase Méndez González F. P. *La inscripción como título valor...* Allí se argumenta sobre la necesidad de la calificación registral en el Derecho de la seguridad del tráfico. Nada que afecte al derecho de propiedad puede ser considerado un exclusivo asunto entre partes. Tampoco los mecanismos jurídicos a cuyo través una persona adquiere



Como consecuencia, sin embargo, de la concepción del Registro como un sistema de publicidad al servicio de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, parece existir una creencia bastante extendida entre la población y – sorprendentemente – también entre ciertos sectores jurídicos consistente en que la propiedad sobre un inmueble se adquiere por el contrato, siendo la inscripción un requisito añadido, exigido por el Estado, pero del que el comprador puede no sentir *espontáneamente* una necesidad real, pues, una vez firmado el contrato –especialmente si se formaliza en escritura pública – el comprador se *siente* dueño.

La pervivencia de esta idea contribuye a una percepción altamente inadecuada del Registro, pues conlleva la consideración del mismo como un trámite que tiende a consumir tiempo y recursos, sin aportar una utilidad real, e impide considerar el Registro como lo que es: una institución que vertebraba un sistema transmisivo adaptado a las necesidades de la economía de mercado, que simplifica las transacciones, elimina multitud de trámites y de costes alternativos en los que necesariamente habría que incurrir si careciésemos de Registro y, finalmente, dota de seguridad y certeza al derecho adquirido hasta el punto de convertirlo en un valioso activo económico. Eso es precisamente lo que justifica su existencia, como la de cualquier otra institución.

Ciertamente se trata de una creencia en rápida y progresiva regresión, muy probablemente como consecuencia de la progresiva extensión – en realidad *cuasi universalización* – de los derechos de propiedad sobre inmuebles en nuestro país, especialmente sobre la propia vivienda,<sup>147</sup> de la generalización del recurso al préstamo con garantía hipotecaria para financiar la adquisición de la misma,<sup>148</sup> de la incipiente utilización de los inmuebles así adquiridos como activos económicos para obtener recursos con los que financiar otras actividades – empresariales, profesionales o de consumo – y de la – en consecuencia- progresiva asimilación, intelectual y psicológica, por parte de la generalidad de la población, de la *lógica del mercado* también en el ámbito

---

el derecho a ser reconocida como dueña por todos, máxime cuando el Estado adquiere la obligación de proteger tal derecho, y éste es el fruto de un consenso social, respaldado por el propio Estado, sobre la forma en que los bienes son poseídos y utilizados por los individuos con carácter excluyente.

147. Así año tras año España – junto con Irlanda – figura en primer o segundo lugar en la lista de países por porcentaje de propietarios de su hogar, según las estadísticas de la Asociación Hipotecaria Española.

148. Véase Méndez González FP. *Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario*. Op. cit.

inmobiliario, todo lo cual ha contribuido – o, al menos, está contribuyendo – a una mejor inteligencia de la función de la *inscripción* en el proceso adquisitivo y, por tanto, a colocarla en el lugar que le corresponde dentro del mismo.

En mi opinión, han contribuido a la pervivencia de la creencia a la que me estoy refiriendo varios factores. Entre ellos, destacaré las dos siguientes.

Las instituciones estatales o derivadas de la autoridad suelen ser percibidas como *contraintuitivas* por no parecer fruto directo de un proceso evolutivo desde abajo hacia arriba, sino producto de un diseñador que actúa desde arriba hacia abajo, sin caer en la cuenta de que el Estado es una forma evolutiva exigida por el aumento del tamaño de los grupos y las necesidades de intercambio y de división del trabajo, algo que suele quedar fuera del horizonte individual.<sup>149</sup>

En segundo lugar, como observa North – y expuse al principio de este trabajo – la evolución desde el intercambio personal al impersonal – eso es el mercado – exige instituciones que fundamenten la confianza – para lo que, como he expuesto, se requiere nivelar asimetrías informativas entre los jugadores. Ello incrementa los costes transaccionales totales, pero la consecuencia es una drástica reducción de los costes de producción en mucha mayor medida que el incremento de costes transaccionales, lo cual es responsable del dramático crecimiento de las economías modernas.<sup>150</sup>

Dicho aumento de costes transaccionales se produce *en relación con la situación precedente*, menos evolucionada y a la que bastaban instituciones más simples, pero las instituciones se crean precisamente para disminuirlos *en relación a las distintas posibilidades alternativas en la nueva situación*, más evolucionada y que exige, por tanto, instituciones más complejas, lo cual es muy difícilmente percibido, pues exige expertizaje y razonamiento en términos de costes de oportunidad. Dicho de otro modo, a la población les resultan *visibles* los costes de las nuevas instituciones, pero sus beneficios pueden permanecer *invisibles*, por falta de conocimiento acerca de cuáles serían los costes de todas las demás alternativas.

---

149. Véase en esta línea Shermer M. Op. cit. p. 38.

150. North D.C *Understanding...* p. 91. Pone de manifiesto cómo los servicios que más han crecido son los relacionados con las transacciones. Los costes transaccionales son los costes relacionados con el intercambio, dado que la especialización y la división del trabajo han crecido, y con ello el número de intercambios, cada uno de los cuales reclama servicios para poder ser realizado. Servicios bancarios, de seguros, financieros, comercio al mayor y al detal, así como una buena parte de la actividad gubernamental son parte del sector transaccional. Y dentro de las firmas, a su vez, hay un número siempre creciente de contables, abogados y de otros profesionales dedicados a facilitar el intercambio en el complejo mundo económico del intercambio impersonal.

Además, en un horizonte individual, ese incremento de costes transaccionales puede no ser percibido como necesario, sobre todo si se vive en núcleos de población pequeños, lo que se compra es tierra de labranza de poco valor y, además, no se piensa comerciar con ella ni hipotecarla.<sup>151</sup> Pero éste ya no es el caso habitual.

### 14.3. La denominada crisis del notariado

En este estado de cosas se agudiza la denominada *crisis del notariado* cuya relación con el Registro de la Propiedad ha sido, ya desde su creación, más bien ambigua, como hemos visto. Ciertamente, por un lado, el Registro de derechos hace perder protagonismo al notariado en relación a cualquier otro sistema registral, pero, por otro, ha sido tradicional la exigencia de documentación notarial, en el ámbito transaccional privado, de los actos y contratos transmisivos, para que los derechos correspondientes pudiesen ser reconocidos y protegidos por el Registro.

Sin duda alguna, junto con el valor ejecutivo de la documentación notarial a efectos judiciales, el privilegio del monopolio de acceso al Registro del que goza la documentación notarial se ha convertido en el principal valor añadido de la intervención notarial en el ámbito inmobiliario, quedando relegada su función como ingeniero transaccional a un segundo plano, como consecuencia del desarrollo de operadores económicos de gran tamaño y del desarrollo y especialización de la abogacía.<sup>152</sup>

Sin embargo, la corriente liberalizadora ha tenido también efectos en este terreno: en los diferentes países se han ido liberalizando las diferentes formas documentales de acceso al Registro de la Propiedad, siendo ésta la línea dominante en los ámbitos doctrinales y legislativos

No se trata ahora de juzgar sobre el acierto de estas medidas, sino tan solo de constatarlas como hechos y de constatar también cual ha sido la reacción de gran parte del notariado ante las mismas.

La reacción ha consistido en intentar trasladar a la escritura pública los efectos propios de la inscripción y al notario las competencias calificadoras propias de los registradores, lo que no era posible si previamente no se generaba la convicción

---

151. Todo ello demuestra el acierto del legislador hipotecario español de 1861 al optar por la convivencia de sistemas, el propio del Derecho Común y el nuevo de la seguridad del tráfico, con norma de conflicto favorable a este último, lo que arroja un sistema flexible y, por tanto, fácilmente adaptable a las distintas necesidades.

152. Para un análisis pormenorizado de este asunto véanse. Arruáda B. “*Sistemas de titulación...* op. cit. p. 178 ss. Del mismo autor *Markets and institutional determinants...* op. cit.

que se podía calificar en régimen de libre competencia. Solamente si se conseguía generar semejante convicción sería posible capturar la función calificadora propia de los registradores.<sup>153</sup> Dicho de otro modo, que la función del Registro era propia del mercado y no del Estado, con lo que incurrían en una notable paradoja: por un lado, querían adelgazar el Estado incluso más que el propio Hayek,<sup>154</sup> para quien el Registro de la Propiedad es una de las escasas instituciones que deben formar parte del Estado, por las razones que hemos expuesto, pro por otro, sin embargo, las formas documentales no se podían liberalizar en ningún caso, justamente lo único que puede liberalizarse y, aun así, muy relativamente, a mi juicio.

## 15. CONSIDERACIÓN FINAL

Tras las malas experiencias habidas, por fin hay consenso hoy sobre la importancia de las instituciones dentro de un Estado de Derecho, sobre la imposibilidad de que exista mercado sin Estado y sobre el hecho de que la calidad institucional es la clave del éxito relativo de las economías.

Los daños producidos, sin embargo, por los errores de apreciación, por la mala inteligencia acerca de la función de algunas instituciones esenciales como el Registro y, en consecuencia, de sus requisitos estructurales, por la falta de experiencia y por los múltiples intereses que intentan utilizar todos estos factores en su propio beneficio serán difíciles de reparar y los peligros no han sido conjurados.

La lección está siendo dura y no debe ser olvidada. Como afirma North, la construcción de una infraestructura institucional adecuada se revela, pues, como parte esencial del edificio de la civilización.<sup>155</sup>

---

153. Para conseguir este objetivo se han seguido todo tipo de estratagemas: desde intentar persuadir a los registradores ofreciéndoles, con una mano una fusión de cuerpos – que posibilitara una apropiación de funciones – y, con otra, presionando sobre el poder político con el arma ideológica de que el Estado debía ser adelgazado y desburocratizado.

154. Decía Hayek: “La más importante función, dentro de tal orden de actividades, es el mantenimiento de un sistema monetario eficiente y seguro. Otras funciones de una significación escasamente menor son el establecimiento de pesas y medidas, el suministro de información en material catastral, los registros de la propiedad, las estadísticas, etc. y la financiación y también la organización de cierto grado de instrucción pública”. Véase Hayek F. *los fundamentos de la libertad*. 7. ed. Madrid: Unión Editorial, 2006. p. 306-307.

155. North D.C. *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton University Press, 2005. p. 14.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

**Veja também Doutrina**

- *Atuação notarial em uma economia de mercado. A tutela do hipossuficiente*, de Leonardo Brandelli – *RDI* 52/165-208 e *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 7/575-625 (DTR\2002\36).



## CONTRAT ET AUTRES DROITS – DÉVELOPPEMENT DURABLE

---

### CESSION D'UN BIEN POLLUÉ ET PASSIF ENVIRONNEMENTAL PETIT GUIDE-ÂNE

#### *CONTRACT AND OTHER DUTIES – SUSTAINABLE DEVELOPMENT*

#### *ASSIGNMENT OF RIGHTS OVER THE AREA POLLUTED AND TRANSFER OF ENVIRONMENTAL LIABILITIES*

#### *BRIEF MANUAL OF GUIDELINES*

**MUSTAPHA MEKKI**

Agrégé des facultés de droit. Professeur à l'université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité.  
Directeur de l'IRDA. Enseignant au CFPNP.  
musmekki@yahoo.fr

**ÁREA DO DIREITO:** Ambiental; Imobiliário e Registral

**RÉSUMÉ:** "Instrument de prévision par excellence, le contrat offre un outil privilégié de gestion du risque lié à un passif environnemental et, partant, un instrument participant à l'objectif de développement durable." Cette déclaration des rapporteurs du Congrès national des notaires de 2008 confirme que le sujet est à la mode et la prise de conscience du notariat déjà ancienne. Cependant, le thème demeure d'actualité car la floraison de textes invite le notaire et les autres rédacteurs d'actes à revoir en permanence leur copie afin d'identifier et de gérer au mieux ce qu'il est convenu d'appeler le "passif environnemental".

**MOTS-CLÉS:** Immobilier Inscription – Cession de droits – Responsabilité environnementale – Zone polluée – Développement durable.

**ABSTRACT:** "Forecasting tool par excellence, the contract offers a privileged means for the management of risks associated with environmental liabilities and, therefore, appears as a participant instrument the objective of sustainable development. This statement of the Congrès national des 2008 year Notaires rapporteurs confirms that the subject matter is in vogue and awareness notoriado to the fact occurs for some time now. However, the subject remains current, since the production of a significant amount of texts on the subject requires that the notary and editors constantly review their documents, to identify and manage effectively the so-called "environmental liabilities".

**KEYWORDS:** Real Estate Registration – Assignment of rights – Environmental liability – Polluted area – Sustainable development.

**SOMMAIRE:** I. L'identification du passif environnemental: A. Identifier les débiteurs; 1. Les sujets; 2. Les objets; B. Respecter une méthode rigoureuse; 1. Rechercher les informations; 2. Formaliser les informations récoltées – II. La gestion du passif environnemental: A. La

répartition du passif environnemental; 1. L'aménagement conventionnel de la dette du vendeur-débiteur; 2. Le transfert conventionnel de la dette à un tiers; B. La prévention du passif environnemental; 1. Interdire certaines activités; 2. Contrôler certaines activités.

“Instrument de prévision par excellence, le contrat offre un outil privilégié de gestion du risque lié à un passif environnemental et, partant, un instrument participant à l'objectif de développement durable”.<sup>1</sup> Cette déclaration des rapporteurs du Congrès national des notaires de 2008 confirme que le sujet est à la mode et la prise de conscience du notariat déjà ancienne. Cependant, le thème demeure d'actualité car la floraison de textes, dont le dernier en date est la loi ALUR n. 2014-366 du 24 mars 2014,<sup>2</sup> invite le notaire et les autres rédacteurs d'actes à revoir en permanence leur copie afin d'identifier et de gérer au mieux ce qu'il est convenu d'appeler le “passif environnemental”.

Pour la compréhension des enjeux du sujet, un rapide rappel du sens des termes de l'intitulé s'impose. La vente renvoie de manière classique à la vente d'un immeuble bâti ou non bâti. Il ne faut cependant pas négliger les cessions de fonds de commerce, de droits sociaux, les reprises d'actif, les apports d'actifs immobiliers etc. En droit des sociétés, l'existence d'un site pollué ou potentiellement pollué peut avoir une incidence directe sur la situation financière de la société et les garanties qui s'y rapportent. Qu'est-ce alors qu'un site pollué? Selon le ministère de l'Écologie, il s'agit d'un “site présentant un risque pérenne, réel ou potentiel, pour la santé humaine ou l'environnement du fait d'une pollution résultant d'une activité actuelle ou ancienne”. Cela renvoie à une grande diversité de cas. Certains sites pollués sont régis par des dispositions spéciales telles que celles régissant les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) (déclarées, enregistrées ou autorisées) ou les sites sur lesquels sont présents des déchets. La plupart des sites, cependant, ne font pas l'objet de dispositions spéciales et correspondent à vrai dire à près de 70% des terres polluées.<sup>3</sup> Quant au passif environnemental, la notion est fuyante car ses causes sont multiples: coût de l'obligation de réhabilitation imposée par la loi, de l'obligation de réhabilitation assumée par les parties ou les tiers, coût des travaux et différents audits environnementaux ou encore obligation de réparation des dommages aux biens ou aux personnes.

1. 104.<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, Développement durable. Un défi pour le droit, Nice, 4-7 mai 2008, p. 458.
2. O. Salvador, “La loi ALUR: des avancées significatives en matière de sites et sols pollués”: JCP N 2014, n. 15, 1.158.
3. J.-P. Boivin et F. Defradas, *Sites et sols pollués. Outils juridiques, méthodologiques et financiers*, Éditions Le Moniteur, 2013, p. 29 et s.



L'objectif est de fournir aux praticiens un petit guide-âne. Il faut mettre en lumière le séquençage intellectuel lors d'une cession d'un bien pollué. Le premier temps de l'intervention d'un professionnel de l'immobilier doit consister à identifier de la manière la plus exacte possible le passif environnemental réel et/ou potentiel (I). Le second temps de son intervention consiste à gérer ce passif environnemental réel et/ou potentiel (II).

## I. L'IDENTIFICATION DU PASSIF ENVIRONNEMENTAL

Selon une pensée de Sun Tzu: "Tout le succès d'une opération réside dans sa préparation".<sup>4</sup> Le succès d'une opération de cession dépend aussi de sa préparation. Identifier est à la fois un but et une procédure. Le but de l'identification est, d'une part, de déterminer les débiteurs réels ou potentiels du passif environnemental (A). La procédure d'identification renvoie, d'autre part, aux démarches que le rédacteur va devoir suivre pour déterminer le passif environnemental (B).

### A. Identifier les débiteurs

Le passif environnemental est une dette. Qui dit dette suppose d'identifier un sujet (1) et un objet (2).

#### 1. Les sujets

Dès la phase du contrat préparatoire, le rédacteur va devoir identifier les sujets, débiteurs du passif environnemental. Cette première étape est une première source de difficultés car il existe une pluralité de sujets potentiels. Pour en faire état, il convient de distinguer ceux qui relèvent du droit spécial des sites pollués et ceux qui relèvent du droit commun.

Le droit spécial des sites pollués renvoie principalement à l'ensemble des dispositions spéciales qui, en amont, désignent le débiteur du passif environnemental. Le droit spécial se compose, tout d'abord, du droit des ICPE. Figurent, parmi la liste des potentiels débiteurs, le dernier exploitant de droit ou de fait ou ses ayant droit qui a cessé son activité (C. env., art. L. 512-6-1, L. 512-7-6 et L. 512-12-1),<sup>5</sup> le vendeur propriétaire (C. env., art. L. 514-

---

4. Sun Tzu, *L'art de la guerre*, préf. et introduction S. B. Griffith, Flammarion, coll. Champs Essais, 2008.

5. Le dernier exploitant est également visé pour les pollutions provenant d'une activité mentionnée à l'article L. 165-2, ou une installation nucléaire de base.

20), l'administrateur judiciaire lorsqu'il s'agit d'une entreprise en difficulté, le maître de l'ouvrage en cas, notamment, de changement d'usage. Ce droit spécial comprend, ensuite, la législation relative aux déchets et leur gestion (C. env., art. L. 541-2). La loi vise ceux qui produisent ou détiennent "des déchets dans des conditions de nature à produire des effets nocifs". Au fondement de cette disposition, la jurisprudence administrative et judiciaire a ajouté la catégorie des propriétaires-détenteurs,<sup>6</sup> responsables pour faute prouvée selon le Conseil d'État,<sup>7</sup> ou pour faute présumée selon la Cour de cassation.<sup>8</sup> La loi ALUR, dont on attend les décrets d'application, vise au futur article L. 556-3, II, 1.°, du Code de l'environnement, "le producteur des déchets qui a contribué à l'origine de la pollution des sols ou le détenteur des déchets dont la faute y a contribué" et, à titre subsidiaire, "le propriétaire de l'assise foncière des sols pollués par une activité ou des déchets tels que mentionnés au 1.°, s'il est démontré qu'il a fait preuve de négligence ou qu'il n'est pas étranger à cette pollution".

La détermination des débiteurs potentiels ne se limite pas au seul droit spécial. Le droit commun peut ainsi rendre débiteur du passif environnemental le vendeur qui aurait manqué à son devoir d'information, au titre de son obligation de délivrance conforme, si une stipulation contractuelle existe en ce sens, en sa qualité de garant des vices cachés. Vis-à-vis des tiers, le propriétaire ou l'exploitant peut être qualifié de gardien et voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'art. 1.384, alinéa 1.°, du Code civil.

À la pluralité de sujets, il faut ajouter la diversité d'objet des obligations.

## 2. Les objets

Identifier l'objet de l'obligation est une étape cruciale, car il revient au rédacteur d'actes de conseiller les parties et de veiller à l'efficacité juridique des actes qu'il instrumente. Il faut rappeler aux parties les obligations qui leur

---

6. M. Mekki, "Le droit de l'environnement pollue-t-il le droit civil?" La notion de faute du "propriétaire détenteur": Gaz. Pal. 14 nov. 2013, n. 318, p. 21.

7. Faute prouvée pour le Conseil d'État, v. CE, 26 juill. 2011, n. 328651: Juris-Data, n. 2011-015394; D. 2011, p. 2.705, obs. F.-G. Trébulle ; Environnement et dev. durable 2011, comm. 131, obs. P. Billet. Confirmé par CE, 1.° mars 2013, n. 348912: Juris-Data, n. 2013-003719 – CE, 1.° mars 2013, n. 354188: Juris-Data, n. 2013-003345; Environnement et dev. durable 2013, comm. 42, obs. P. Billet – CE, 25 sept. 2013, n. 358923: Juris-Data, n. 2013-020586; JCP A 2014, 2082, note P. Billet.

8. Faute présumée pour la Cour de cassation, v. Cass. 3.° civ., 11 juill. 2012, n. 11-10478: Bull. civ. III, n. 108; RDC 2013, p. 651, obs. M. Boutonnet et M. Mekki.

incombent et veiller à leur bonne exécution.<sup>9</sup> Ces obligations peuvent être de deux natures: des obligations d'information et des obligations de faire.<sup>10</sup>

Le Congrès des notaires de 2008 avait déjà souligné que la prévention environnementale devra à l'avenir passer par l'extension des obligations d'information environnementale. L'information communiquée sur l'existence réelle ou potentielle d'un passif environnemental est moins destinée à éclairer un éventuel acquéreur qu'à responsabiliser et sensibiliser son émetteur.<sup>11</sup> Les obligations d'information environnementale permettent la mise en œuvre d'une politique environnementale par le bas, en créant une sorte de "zone de vigilance sanitaire et environnementale".<sup>12</sup> Cette situation confirme le rôle de relais, d'interface attribué notamment au notaire en matière environnementale. Il est ce trait d'union, ce pont entre les intérêts particuliers et l'intérêt général. Ces obligations d'information s'imposent tant en droit spécial qu'en droit commun.

La multiplication des obligations spéciales d'information<sup>13</sup> est le signe de l'émergence progressive d'un droit à l'information.<sup>14</sup> La première obligation d'information est celle du vendeur propriétaire d'une ICPE (C. env., art. L. 514-20) qui, par écrit, doit informer l'acquéreur de l'existence d'un terrain ayant accueilli une ICPE enregistrée ou autorisée. Sa responsabilité pourrait être à ce titre engagée même s'il ignorait l'existence d'une telle ICPE. L'alinéa 2 précise qu'il doit également informer des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation, s'il en a eu connaissance.<sup>15</sup> Le

9. V. M. Boutonnet, "Information environnementale et cession d'un site pollué", in *Sites et sols pollués. Outils juridiques, méthodologiques et financiers*, op. cit., p. 203 et s.

10. Sur cette dispersion des obligations légales, v. G. J. Martin, "Synthèse". In: N. Hervé-Fournereau (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, PUR, 2008, p. 319.

11. Sur cette idée, A.-S. Epstein, *L'information environnementale communiquée par l'entreprise. Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, thèse Nice, nov. 2014.

12. Sur cette idée, M. Mekki, "Contrat et devoir de vigilance": RLDA 2015, à paraître.

13. Au-delà de la vente immobilière, v. égal. "l'importance du bilan environnemental" exigé en cas d'ouverture d'une procédure collective touchant les installations classées pour la protection de l'environnement, B. Rolland, "Les nouvelles incidences du droit de l'environnement sur le droit commercial": JCP E 2004, p. 333 et s.

14. Droit à l'information que l'on rattache volontiers à la convention d'Aarhus de 1998 et à l'article 7 de la charte de l'environnement, v. A. Van Lang, *Le droit de l'environnement*, PUF, 3.<sup>e</sup> éd., n. 295.

15. La différence entre l'alinéa 1.<sup>er</sup>, information dans tous les cas, et l'alinéa 2, information uniquement des données connues, n'est pas toujours clairement faite par les juges.

vendeur a parfois une obligation de suivi, notamment en cas de changement notable des conditions d'exploitation par l'exploitant. Il doit joindre à la promesse unilatérale de vente ou d'achat et à tout contrat réalisant ou constatant la vente de terrains sur lesquels existe une ICPE le dernier état réalisé par l'exploitant (C. env., art. L. 512-18). Le vendeur doit également procéder à divers diagnostics (plomb, amiante etc.) qui figureront au sein du dossier diagnostic technique (CCH, art. L. 271-4). À cela il faut ajouter l'obligation d'information du vendeur ou bailleur pour les biens situés dans les zones à risques naturels ou technologiques (C. env., art. L. 125-5). Enfin, demain, lorsque le secteur d'informations sur les sols (SIS) sera mis en place, une nouvelle obligation d'information pèsera sur le vendeur (C. env., art. L. 125-7). Ces obligations d'information concernent également l'exploitant. Tout d'abord, le vendeur exploitant informe l'acquéreur par écrit s'il a manipulé ou stocké des substances chimiques ou radioactives (C. env., art. L. 514-20, al. 3). L'exploitant doit établir un état de pollution du site en cas de changement notable des conditions d'exploitation (C. env., art. L. 512-8). Ce catalogue, non exhaustif,<sup>16</sup> donne déjà une sensation de vertige.

Hors les cas légaux, le rédacteur va devoir veiller, avec plus de précaution encore, à ce que l'acquéreur ait obtenu toutes les informations utiles. En effet, la plupart des biens immobiliers vendus ne mettent pas à la charge des vendeurs une obligation légale d'information. Les exemples sont légion: les ICPE en cours d'activité, car seules les ICPE en cessation d'activité sont concernées;<sup>17</sup> la cession de fonds de commerce;<sup>18</sup> la cession de droits sociaux;<sup>19</sup> les apports en société; la reprise d'une entreprise en difficulté.<sup>20</sup> Dans toutes ces hypothèses, il faut être vigilant et conseiller non seulement un audit environnemental mais aussi la rédaction d'une clause de garantie de passif environnemental.<sup>21</sup>

---

16. Pour une vue plus complète, J.-P. Boivin et F. Defradas (dir.), *Sites et sols pollués. Outils juridiques, méthodologiques et financiers*, op. cit., spéc. p. 290 et s.

17. Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 9 avr. 2008, n. 07-10795.

18. Pour une vue d'ensemble critique, v. M.-F. Steinlé-Feuerbach, "La nouvelle obligation d'information sur les risques technologiques et naturels en matière de transaction immobilière": JCP N 2004, 1.256.

19. En ce sens, Cass. 1.<sup>re</sup> civ., 27 nov. 2008, n. 06-16688. *Adde*: B. Rolland, "Les risques technologiques dans les transmissions d'entreprises": *Environnement* 2007, étude n. 3.

20. B. Rolland, "Environnement et procédures collectives", J.-Cl. *Environnement*, Fasc. 5100, n. 31.

21. V. *infra*.

Les obligations de faire prolifèrent et elles ont un coût que le rédacteur se doit d'identifier et d'évaluer. Pour aller à l'essentiel, le dernier exploitant ou les ayants droit d'une ICPE, d'une activité relevant de l'article L. 165-2 du Code de l'environnement ou d'une installation nucléaire de base, est débiteur de la réhabilitation du bien. Quant à la gestion des déchets, elle est à la charge du producteur ou du détenteur conformément au principe *pollueur-payeur* (C. env., art. L. 541-2). Le propriétaire non exploitant peut aussi être tenu de réhabiliter, soit parce qu'il n'a pas informé son acquéreur comme l'y oblige l'article L. 514-20,<sup>22</sup> soit parce qu'il est considéré comme un propriétaire-détenteur qui répond, à titre subsidiaire, des sites pollués par des déchets. Si la faute est présumée pour les juridictions judiciaires, elle doit être prouvée pour les juridictions administratives. Selon le Conseil d'État, "le propriétaire du terrain sur lequel ont été entreposés des déchets peut, en l'absence de détenteur connu de ces déchets, être regardé comme leur détenteur au sens de l'article L. 541-2 du Code de l'environnement, notamment s'il a fait preuve de négligence à l'égard d'abandons sur le terrain".<sup>23</sup> Au "pollueur-payeur" s'ajoute donc le "propriétaire-payeur". Plus récemment, le Conseil d'État a rendu une décision par laquelle il précise la notion de "faute du propriétaire-détenteur".<sup>24</sup> L'arrêt de la cour d'administrative d'appel est annulé parce qu'elle a retenu la responsabilité du propriétaire sans avoir établi que le propriétaire avait "fait preuve de négligence à l'égard d'abandons sur son terrain" ou "ne pouvait ignorer, à la date à laquelle il est devenu propriétaire de ce terrain", l'existence de ces déchets, ni que "la personne y ayant exercé une activité productrice de déchets ne serait pas en mesure de satisfaire à ses obligations". En d'autres termes, si un tiers acquéreur achète un bien pollué en ayant connaissance de l'existence d'une activité productrice de déchets et en sachant que la personne qui les a produits ne pourrait pas exécuter ses obligations de remise en état, il en aurait en quelque sorte accepté la charge financière. Demain, c'est un droit commun des sites pollués qui prendra le relais, comme l'appelait de ses vœux une partie de la doctrine,<sup>25</sup> avec la loi *ALUR* du 24 mars 2014 et son nouvel

22. M.-P. Camproux-Duffrène, "La prise en charge par le vendeur de la réhabilitation d'un terrain pollué sur le fondement de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement": JCP G 2006, I, 156.

23. CE, 26 juill. 2011, n. 328651: Juris-Data, n. 2011-015394; D. 2011, p. 2.705, obs. F.-G. Trébulle. Confirmé par CE, 1.<sup>er</sup> mars 2013, n. 348912: Juris-Data, n. 2013-003719.

24. CE, 24 oct. 2014, n. 361231: Juris-Data, n. 2014-024996: Rec. *Lebon*.

25. M. Boutonnet et M. Mekki, "Plaidoyer en faveur d'une extension des responsables de la dépollution immobilière": D. 2013, p. 1.290.

article L. 556-3 du Code de l'environnement distinguant le dernier exploitant, le producteur ou détenteur fautif des déchets et le propriétaire-détenteur en cas de faute prouvée.

On perçoit toute la difficulté d'un rédacteur en présence d'un bien susceptible d'être pollué. Il doit dans un premier temps identifier le type de bien concerné, les débiteurs potentiels, les obligations d'information et de réhabilitation leur incombant, tout cela en faisant preuve d'une méthode très rigoureuse. Cela confirme que l'identification du passif environnemental n'est pas seulement un but mais aussi et surtout suppose le respect d'une méthode rigoureuse.

### *B. Respecter une méthode rigoureuse*

Lors de la vente d'un site pollué ou susceptible de l'être, le rédacteur doit être très méthodique. Cette rigueur, le rédacteur et spécialement le notaire se l'impose tant lors de la recherche des informations environnementales (1) que lors de la formalisation des informations collectées (2).

#### *1. Rechercher les informations*

Un séquençage très strict doit être respecté pour ne pas passer à côté d'une donnée fondamentale qui rejaillirait sur la nature, l'étendue et la prise en charge du passif environnemental. Ce séquençage peut être systématisé en trois étapes: interroger, consulter et expertiser.

La première source d'information reste les parties à l'acte instrumenté et, parfois, les tiers qui se trouvent dans le voisinage du bien. Le rédacteur se doit d'interroger en priorité le vendeur, surtout lorsqu'il n'existe pas d'obligations légales d'information. Lorsque le vendeur informe, il s'engage, il prend conscience de certains dangers dont il ignorait l'importance et rend à l'avenir plus facile pour l'acquéreur la preuve d'un dol ou d'une réticence dolosive. Quant à l'acquéreur, en l'interrogeant, le rédacteur peut plus facilement déceler ce qui, à ses yeux, est déterminant. Il est indispensable en matière de site pollué de savoir ce que l'acquéreur souhaite faire du bien (son usage) et ce qu'il est prêt à financer à cette fin (coût des expertises et des travaux).

Dans ce séquençage de la collecte d'informations vient, dans un deuxième temps, la consultation. Consultation des documents, tout d'abord, dont la plupart sont dématérialisés. À l'instar du réflexe Bodacc (*Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales*), il existe désormais un réflexe Basol (Base de données sur les sites et sols pollués ou potentiellement pollués) et Basias (Base de données des anciens sites industriels et activités de service).

Cela ne suffit cependant pas. Le rédacteur doit également consulter le cadastre, les documents d'urbanisme qui peuvent comporter des obligations environnementales qui n'en portent pas le nom, les services des DREAL (directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement), les services de la préfecture, les autres sites répertoriés par le ministère de l'Écologie,<sup>26</sup> et bientôt le SIS (secteur d'information sur les sols) qui ne crée pas de nouvelles obligations mais rationalise celles qui existent déjà. À dire vrai, l'art du rédacteur, principalement du notaire, est de croiser l'ensemble des informations qu'il va récolter afin de vérifier s'il n'existe pas entre les données collectées une incohérence ou une absence suspecte d'information devant l'inciter, alors, à approfondir ses investigations. Consultation des actes juridiques, ensuite. Il est utile de se référer aux actes translatifs antérieurs, aux éventuels contrats de bail qui ont pu être conclus et aux contrats d'entreprise qui peuvent parfois être à l'origine d'une pollution des sols, notamment en raison des déchets issus de l'extraction des sols lors des travaux.

Le moindre soupçon oblige alors le rédacteur à conseiller un audit environnemental, spécialement en dehors des biens relevant des ICPE ou de la réglementation relative à la gestion des déchets.

La dernière étape du séquençage est la réalisation d'un audit environnemental. Le rédacteur doit prendre de nombreuses précautions dans la réalisation de ce diagnostic. Tout d'abord, une lettre de mission doit être rédigée avec précision, car c'est elle et elle seule qui détermine la nature et l'étendue des engagements du diagnostiqueur.<sup>27</sup> Le notaire notamment devrait conseiller aux parties la contractualisation de certains référentiels afin de s'assurer de la qualité de la prestation fournie. Il peut renvoyer à des normes techniques ou des guides pratiques figurant dans diverses circulaires ministérielles accessibles sur le site du ministère de l'Écologie telles que les normes Afnor (NF X 31-620).<sup>28</sup> Ces audits environnementaux paraissent d'autant plus pertinents qu'un acquéreur

---

26. V. sur ce point, J.-P. Boivin et F. Defradas, *Sites et sols pollués. Outils juridiques, méthodologiques et financiers*, op. cit., spéc. p. 30 et s.

27. Sur ce point, G. Durand-Pasquier, "La responsabilité de l'auteur d'audits ou d'états de pollution des sols", in "Les sites pollués: un enjeu pour les professionnels de l'immobilier": JCP N 2014, n. 9, 1113, spéc. n. 21. *Adde*: M. Mekki, "La gestion conventionnelle des risques liés aux sols et sites pollués à l'aune de la loi ALUR": JCP N 2014, n. 27, 1239.

28. Norme "Qualité du sol – Prestations de services relatives aux sites et sols pollués (études, ingénierie, réhabilitation de sites pollués et travaux de dépollution)", publiée en septembre 2003.

qui ne prendrait pas une telle précaution pourrait désormais être considéré comme négligent. Émerge effectivement dans la jurisprudence une sorte de “*due diligence*”,<sup>29</sup> devoir de vigilance raisonnable,<sup>30</sup> de l’acquéreur d’un bien susceptible d’être pollué n’entrant pas dans un des différents cadres légaux (ICPE, INB, déchets etc.).<sup>31</sup> Ainsi l’illustre un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 janvier 2009, qui a jugé que, “sauf circonstances particulières, le cédant de droits sociaux n’a pas l’obligation, pour informer le cessionnaire, de s’informer des circonstances de nature à affecter les droits et obligations de la société”.<sup>32</sup> De cette manière, la Cour de cassation laisse entendre que l’acquéreur pourrait avoir commis une légèreté blâmable en ne se renseignant pas sur le passé de l’exploitation sachant que le cédant n’avait aucune obligation légale d’information.

Une fois l’information récoltée, la deuxième étape est celle de la rédaction.

## 2. Formaliser les informations récoltées

Au-delà d’un préambule ou d’un paragraphe intitulé “Dossier d’information”,<sup>33</sup> le rédacteur va devoir rédiger des clauses sur mesure sans se contenter des clauses types que pourraient lui fournir les SSII (sociétés de services en ingénierie informatique), devenues les ESN (entreprises de services du numérique). Pour faciliter encore une fois la démarche du rédacteur, trois types de clauses peuvent être distingués: les clauses informatives, les clauses déclaratives et les clauses normatives.

Les clauses informatives ne sont pas à proprement parler des clauses contractuelles car elles ne créent pas d’obligations nouvelles.<sup>34</sup> Elles ne

---

29. “*Due diligence*”, qui nous vient du *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (Cercla), 42 USC 9601.

30. Ce devoir de vigilance est en passe d’être consacré par la loi en droit des sociétés, devoir de vigilance des sociétés mères et des donneuses d’ordre à l’égard de leurs filiales, fournisseurs et sous-traitants, proposition de loi passée en première lecture à l’Assemblée nationale le 25 mars 2015.

31. J. Paillusseau, “Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle”: JCP G 2002, n. 6, I, 112.

32. Cass. com., 27 janv. 2009, n. 08-10052: Dr. sociétés juin 2009, comm. 109, obs. M.-L. Coquelet.

33. A.-H. Garnier, “Clauses et pratique des contrats et avant-contrats par les notaires”, in “Les sites pollués: un enjeu pour les professionnels de l’immobilier”, préc., 1110.

34. Sur ce type de clauses très fréquentes en droit du travail, v. not. M. Mekki, “Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail?”: RDT 2006, p. 292.



sont cependant pas dépourvues d'effets car elles permettent, tout d'abord, au rédacteur professionnel de remplir sa mission de relais en matière environnementale. Par le biais de ces clauses, qui rappellent aux parties le contenu de la réglementation existante, le professionnel garantit une meilleure accessibilité et une meilleure compréhensibilité du droit. Il contribue également à renforcer l'effectivité des règles en la matière en attirant l'attention des parties sur les obligations qui leur incombent. L'acte dressé peut ainsi reproduire les dispositions phares en matière de sites pollués telles que l'article L. 514-20 du Code de l'environnement ou l'article L. 541-1-1 du même code, et bientôt l'article L. 556-3, qui constituera l'épine dorsale du droit des sites pollués. D'ailleurs, la lecture de certaines décisions des juges du fond laisse penser qu'un notaire qui ne reproduirait pas les articles qui fondent les principales obligations légales des parties commettrait une faute et serait susceptible d'engager sa responsabilité.<sup>35</sup> Attention cependant à ne pas croire que la reproduction des articles est suffisante, car le notaire et les autres rédacteurs d'actes sont tenus d'un devoir de conseil, ce qui suppose de fournir une information sur mesure, d'expliquer le sens et la portée de ces dispositions et d'attirer l'attention sur les risques et l'opportunité de l'opération.

Ces clauses déclaratives viennent rendre compte de l'interrogation des parties et des éventuels tiers. Elles sont fondamentales dans les hypothèses où il n'existerait aucune obligation légale d'information à la charge des parties. Elles constituent ce qu'on appelle en pratique des "garanties de conformité" et engagent le vendeur.<sup>36</sup> Elles facilitent par la même occasion la preuve du caractère déterminant du dol ou de la réticence dolosive au profit de l'acquéreur.<sup>37</sup>

Parmi les clauses figurant dans le contrat, les "clauses normatives" sont les plus importantes, car soit elles créent des obligations contractuelles de faire ou de ne pas faire, soit elles imposent des normes de comportement. La première précaution pour le rédacteur est de mesurer le "poids de mots", car des clauses peuvent parfois engager un vendeur au-delà de ce qu'il imaginait. Le

---

35. CA Paris, 13 févr. 2003, n. 2002/16521 – CA Montpellier, 31 déc. 2007, n. 06/03381.

36. C. Lepage-Jessua, "La garantie de passif en cas de cessions de terrains contaminés": LPA 17 févr. 1993, p. 16; E. Frémeaux et F. Coutant, "Les cessions de droits sociaux et la protection de l'environnement": BJS oct. 1994, p. 1061, n. 287; L. Mitrovic, "La maîtrise du risque environnemental dans la cession de droits sociaux": D. 2003, p. 2.666.

37. V. not. en matière de garantie de passif, A. Couret et P. Rosenpick, "L'articulation entre déclarations et clauses de garanties d'actif et de passif": Dr. et patr. 2008, n. 175, p. 54.

plus prudent, lorsqu'il existe des obligations administratives, est d'utiliser les mêmes termes que la loi, quand bien même ils seraient juridiquement imprécis. Il suffit pour ce faire d'adhérer aux guides méthodologiques ou à des normes professionnelles dont l'Administration fait usage.<sup>38</sup> Il convient, par exemple, d'éviter d'écrire que le vendeur s'engage à vendre un bien "dépollué"<sup>39</sup> car c'est techniquement faux mais surtout juridiquement et financièrement très lourd. La loi oblige seulement à remettre en état ou à réhabiliter en fonction de certains usages. En utilisant le terme de "dépollution", les juges judiciaires considèrent que le vendeur s'est engagé au-delà de ses obligations légales.<sup>40</sup> Ces stipulations pièges sont fréquentes et le plus souvent non réellement voulues par les parties.<sup>41</sup>

Par ces clauses, il est utile également de déterminer précisément quels sont les objectifs poursuivis par l'acquéreur. Elles servent ainsi à déterminer l'usage futur du bien, terme qui ne fait l'objet d'aucune définition légale et qui a donc besoin d'un relais contractuel. Dans le cadre des ICPE en cessation d'activité, la loi dit simplement qu'il faut déterminer l'usage futur des biens après la mise à l'arrêt des installations avec l'accord de l'acquéreur, de l'exploitant, de la mairie (ou de l'EPCI compétent) et le propriétaire s'il n'est pas exploitant (C. env., art. R. 512-39-2). Par le biais de ces clauses, il est important de déterminer le niveau de "dépollution". Il est question en pratique de la "compatibilité des sols avec un usage donné". La clause doit permettre de préciser si cette compatibilité doit se faire avec le dossier de demande de permis de construire ou avec les modalités d'exploitation de l'immeuble qui sera édifié. Doivent ici être prises en compte les éventuelles autorisations qui doivent être obtenues dans le cadre des ICPE. Souvent, il est difficile de déterminer ces compatibilités au jour du contrat préparatoire, ce qui doit inciter le rédacteur à rédiger avec précaution une condition suspensive. Le défaut d'une telle condition pourrait même aujourd'hui fonder une action en responsabilité contre le notaire rédacteur.<sup>42</sup> Ces clauses

---

38. L'utilisation de guides et normes techniques peuvent ici aider, v. O. Herrnberger, "Point de vue pratique du notaire sur le transfert de la charge de la dépollution et sur la situation du propriétaire", in "Les sites pollués: un enjeu pour les professionnels de l'immobilier", préc., 1106, n. 4.

39. X. Lièvre et F. Muller, "La complexité de la notion de dépollution du point de vue des notaires", in "Les sites pollués: un enjeu pour les professionnels de l'immobilier", préc., 1108.

40. Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 29 févr. 2012, n. 11-10318: RDC 2012, p. 1.306, note M. Mekki.

41. CA Versailles, 3 janv. 2012, n. 10/08104 – CA Besançon, 14 juin 2012, n. 585/2012.

42. Cass. 1.<sup>re</sup> civ., 29 oct. 2014, n. 13-13309: Gaz. Pal. 15 janv. 2015, p. 22, note N. Blanc; JCP N 2015, n. 14, 1112, spéc. n. 31, obs. M. Mekki.

doivent aborder en outre les modalités d'évaluation du degré de pollution tant sur le plan quantitatif, par le biais des évaluations quantitatives des risques sanitaires (EQRS), que sur le plan qualitatif, au moyen des analyses des risques résiduels (ARR). Ces évaluations s'imposent et doivent être conventionnellement encadrées, y compris hors ICPE. Il est prudent que les résultats de ces évaluations fassent également l'objet de conditions suspensives. Enfin, ces clauses normatives doivent déterminer les travaux escomptés au moyen d'un plan de gestion et d'un mémoire de réhabilitation. Ces documents doivent être obtenus par le vendeur. Il faut veiller à ce que les parties se mettent très tôt d'accord sur les mesures de réhabilitation et les différentes techniques de traitement (traitements chimiques ou non, avec excavation ou non, sort des déchets etc.).

L'identification repose alors sur le séquençage suivant: identifier les débiteurs légaux ou conventionnels, déterminer le ou les objets de leurs obligations, rechercher les informations relatives à l'usage passé, présent et futur du bien, obtenir des engagements du vendeur et identifier les objectifs poursuivis par l'acquéreur et formaliser avec précaution par des clauses sur mesure l'ensemble des données ainsi collectées. À cette phase d'identification du passif environnemental potentiel ou réel s'ajoute, de manière synchronique, une seconde étape: la gestion du passif environnemental.

## II. LA GESTION DU PASSIF ENVIRONNEMENTAL

La gestion du passif environnemental suppose pour le rédacteur professionnel, d'une part, d'aider les parties à répartir la dette environnementale (A) et, d'autre part, de contribuer à l'intérêt général environnemental en prévenant l'existence ou l'aggravation du passif environnemental (B).

### A. *La répartition du passif environnemental*

La répartition du passif environnemental peut se faire, principalement, de deux manières: soit il y a un aménagement conventionnel de la dette du vendeur-débiteur (1), soit il y a un transfert de la dette à un tiers (2).

#### 1. *L'aménagement conventionnel de la dette du vendeur-débiteur*

L'aménagement de la dette du vendeur-débiteur renvoie surtout aux clauses de garantie de passif.<sup>43</sup> Ces clauses peuvent compléter une obligation légale

---

43. Sur les clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux, P. Mousseron et alii, "Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux": BJS oct. 2009, p. 892, n.ºs 181 et s.

préexistante: elles sont des clauses *secundum legem*. Ces clauses peuvent également combler l'absence d'obligation légale: elles sont des clauses *praeter legem*.

Le dénominateur commun aux clauses de garantie de passif, qui sont d'une grande hétérogénéité,<sup>44</sup> est d'offrir à l'acquéreur une garantie contre un passif qui existe au jour de la cession mais qui n'est pas révélé au jour de la vente. Une clause *secundum legem* signifie que le débiteur est déjà tenu en vertu de la loi de certaines obligations environnementales auxquelles la garantie de passif environnemental vient s'ajouter. Est-ce juridiquement envisageable? La lecture d'un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 16 janvier 2013 permet de le penser.<sup>45</sup> La Cour de cassation admet implicitement que le respect des obligations légales de réhabilitation par le vendeur ne devrait pas priver l'acquéreur du bénéfice de sa clause contractuelle de garantie.

Ces clauses renvoient aux hypothèses, les plus dangereuses, où le vendeur n'est tenu à aucune obligation légale environnementale. Les hypothèses ne sont pas marginales car les biens pollués sont à 70% hors ICPE et les ventes de biens pollués sont le plus souvent réalisées par des sociétés commerciales qui se contentent de céder leurs actions, avec un actif comportant des biens immobiliers potentiellement pollués.<sup>46</sup> Dans ce cas de figure, le droit commun est peu satisfaisant car la découverte d'un passif réduisant la valeur des actions serait une simple erreur sur la valeur et donc indifférente et quant à la garantie des vices cachés, elle ne s'applique pas en cas de cession de parts ou d'actions. L'art du professionnel est de se livrer à une rédaction très sensible, car source d'un abondant contentieux,<sup>47</sup> au cours de laquelle il va devoir tenir compte de

---

44. G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, coll. PU de Sceaux, 2008, n.ºs 488 et s.: une distinction s'impose entre les clauses de garantie de passif au sens strict et les clauses de révision du prix ou de garantie de valeur.

45. En ce sens, Cass. 3.º civ., 16 janv. 2013, n. 11-27101 (implicitement).

46. Ni la garantie des vices cachés ni l'erreur sur les qualités substantielles ne peuvent remédier à une perte de valeur des actions liée à un passif environnemental, v. sur ce point, G. Goffaux-Callebaut, "Les clauses de garantie de passif environnemental". In: M. Boutonnet (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, préf. G. J. Martin, postface M. Mekki, PUAM, 2014, p. 69 et s. *Adde*: M. Poumarède, "Gérer le risque environnemental par le contrat? L'exemple des garanties de passif dans les cessions de droits sociaux". In: M.-P. Blin-Franchomme (dir.), *Sites et sols pollués: enjeux d'un droit, droit en jeu(x)*, Litec, coll. Colloques et débats, 2010, p. 227 et s.

47. J. Paillusseau, "Les conditions de la mise en œuvre de la garantie": Dr. et patr. 1994, n. 21, p. 34.

trois séries de données et ce, aussi bien en présence de clauses *secundum* que de clauses *praeter legem*.

L'inconvénient du passif environnemental est qu'il évolue dans le temps. Cette flexibilité doit être intégrée à l'acte rédigé. Tout d'abord, le droit des sites pollués est en perpétuel mouvement.<sup>48</sup> Le changement de normes peut venir bouleverser l'économie du contrat. Il faut alors conseiller la rédaction d'une clause de renégociation en cas de changement de normes en prévoyant les différentes modalités de sa mise en œuvre. Une autre stipulation va devoir déterminer la date de naissance du passif environnemental qui conditionnera sa prise en charge par le vendeur: est-ce le jour de la cessation d'activité, le jour de l'arrêt de mise en état etc.? Il va également falloir s'accorder sur la durée de la garantie en se calquant, le plus souvent, sur les délais de prescription.<sup>49</sup> L'article L. 152-1 du Code de l'environnement, qui pose un délai de trente ans, semble avoir un champ d'application controversé sur lequel la doctrine est partagée.<sup>50</sup> Il est donc préférable, en attendant une clarification des délais de prescription, d'encadrer conventionnellement la durée de la garantie.<sup>51</sup> Le plus souvent, la clause prévoit une garantie qui couvre un délai minimal de trente ans<sup>52</sup> et précise cependant que cette garantie est illimitée dans le temps lorsque la pollution est le résultat d'une violation de la réglementation en vigueur.<sup>53</sup>

48. On se rappelle que la loi n. 76-663 du 19 juillet 1976 sur les ICPE a fait l'objet d'une application rétroactive car elle concernait les ICPE antérieures qui avaient cessé leur activité, v. CE 11 avr. 1986, n. 62-234, Min. Env. c/ Sté des produits chimiques Ugine-Kuhlmann: Rec. Lebon, p. 89.

49. H. Dubout, "Le fonctionnement des garanties de passif dans le temps": BJS déc. 1999, p. 1.154, n. 267.

50. Sur cette interprétation de la disposition applicable au seul préjudice écologique pur, M. Boutonnet, "Réforme de la prescription civile et responsabilité civile environnementale": Environnement 2008, n. 11, étude 14, spéc. n. 15.

51. Rappelons que si "la prescription trentenaire susceptible d'affecter l'obligation de prendre en charge la remise en état du site pesant sur l'exploitant d'une installation classée, son ayant droit ou celui qui s'est substitué à lui, est sans incidence, d'une part, sur l'exercice, à toute époque, par l'autorité administrative des pouvoirs de police spéciale conférés par la loi en présence de dangers ou inconvénients se manifestant sur le site où a été exploitée une telle installation, et, d'autre part, sur l'engagement éventuel de la responsabilité de l'État à ce titre, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Nantes a entaché son ordonnance d'erreur de droit", CE, 12 avr. 2013, n. 363282, mentionné au *Recueil Lebon*.

52. M.-C. Leproust-Larcher et J.-C. Chevallier, "Difficultés de mise en place d'une garantie de passif lors d'une cession de contrôle dans une société commerciale": *Defrénois*, 2002, p. 499, spéc. n. 24.

53. G. Goffaux-Callebaut, "Les clauses de garantie de passif environnemental", n. 29, p. 83.

La première donnée matérielle est relative au prix, ce qui est essentiel en cas de cession de droits sociaux. Il n'est pas toujours évident de déterminer un prix au stade du contrat préparatoire. Il convient dans ce cas de rédiger une clause de fixation du prix par un expert ou par un tiers évaluateur (C. Civ., art. 1.592).<sup>54</sup> Souvent, il faut conseiller la rédaction d'une clause d'ajustement du prix permettant au cessionnaire de procéder à un audit postérieurement à l'acquisition des titres.<sup>55</sup> La deuxième donnée matérielle concerne le montant de la garantie. Un plafond est judicieux, plafond dégressif dans le temps.<sup>56</sup> La troisième donnée matérielle porte sur l'objet de la garantie. La règle est simple et précieuse pour le rédacteur: tout ce qui n'est pas formellement inscrit dans l'acte ne sera pas garanti. Un arrêt de la cour d'appel de Nîmes du 15 mai 2008 illustre de manière topique cette interprétation stricte de l'objet de la garantie.<sup>57</sup> Le cédant d'un camping s'engageait à garantir la conformité des installations avec les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'hygiène, la sécurité, la salubrité et l'environnement. Le dysfonctionnement du système d'évacuation des eaux usées invoqué par le cessionnaire n'entrerait pas dans le champ de cette garantie. L'objet devra également évoquer le type de pollution et le seuil de déclenchement de la garantie. La dernière donnée matérielle renvoie à la "garantie de la garantie". Pour se prémunir contre une éventuelle insolvabilité du débiteur, surtout hors des cas où la loi impose la constitution d'une telle garantie, il est opportun de la constituer par convention: cautionnement bancaire, garantie à première demande, lettre d'intention de la société mère, tiers séquestre, fiducie-sûreté, nantissement de sommes d'argent ou d'instruments financiers,<sup>58</sup> constitution d'une assurance-responsabilité pour le cédant ou d'une assurance-dommages pour le cessionnaire.<sup>59</sup>

Enfin, il faut intégrer à l'acte un certain nombre de données procédurales. Il s'agit tout d'abord de préciser de quelle manière la garantie devra être mise en œuvre: l'acquéreur doit-il informer le vendeur et selon quelles modalités?<sup>60</sup>

54. D. Tricot et Y. Paclot, "Arbitrage et garantie de passif": Dr. et patr. 2008, n. 166.

55. Sur cette clause, C. Hausmann et P. Torre, *Les garanties de passif*, EFE, 2007, n. 100.

56. *Ibid.*, n. 185.

57. CA Nîmes, 15 mai 2008, n. 06/1456.

58. Pour un exemple de rédaction, v. O. Herrnberger, "Fiche pratique": Environnement et développement durable, déc. 2012, p. 84.

59. A. Fink, *L'assurance de la garantie de passif*, Actes pratiques ingénierie sociétaire, 2003, n. 67, p. 3.

60. L'information, qui n'est pas obligatoire faute de stipulation, si elle est prévue et n'est pas respectée peut être une cause d'inefficacité de la garantie de passif, F. Deboissy et G. Wicker: JCP G 2009, 405.

Est-ce que le vendeur entend intervenir aux procès qui seront engagés contre l'acquéreur? Faut-il prévoir une clause de "conduite de procès" par laquelle le vendeur se substitue à l'acquéreur pour toutes les actions exercées contre ce dernier? Est-ce au vendeur de procéder à la réhabilitation du bien ou se limite-t-il à la prise en charge financière de travaux réalisés par l'acquéreur? Dans ce dernier cas, avance-t-il les fonds ou rembourse-t-il les coûts? Enfin, il faut interroger les parties afin de savoir si la clause de garantie est octroyée *intuitu personae* interdisant toute cession à un tiers. À défaut, la clause de garantie de passif est une créance<sup>61</sup> qui n'est pas transmise automatiquement<sup>62</sup> avec le bien mais peut être cédée dans le respect des formalités des articles 1689 et suivants du Code civil.<sup>63</sup>

Plutôt que d'aménager la dette imputée au vendeur, le rédacteur peut organiser, par le contrat, le transfert de la dette environnementale à un tiers.

## 2. *Le transfert conventionnel de la dette à un tiers*

Pour appréhender le plus clairement possible les options qui s'offrent au rédacteur, il est utile de distinguer les biens hors ICPE et les biens relevant des ICPE.

Hors ICPE, il existe des clauses contractuelles permettant la prise en charge financière du passif environnemental par un tiers ou par l'acquéreur.<sup>64</sup> Ce sont en quelque sorte des garanties de passif au profit du vendeur. Elles sont souvent analysées comme des clauses limitatives de responsabilité et par conséquent sont réputées non écrites entre professionnel et consommateur ou non-professionnel (C. consom., art. R. 132-1, clause irréfragablement présumée abusive) et privées d'effet en cas de faute dolosive ou de faute lourde (C. Civ., art. 1.150). Entre particuliers ou entre professionnels, elles sont parfaitement valables, car il s'agit d'une banale clause de non-garantie,

---

61. Cass. com., 9 oct. 2012, n. 11-21528.

62. Cass. com., 27 mai 2013, n. 12-15119.

63. D'autres clauses pourraient prévoir la possibilité de mettre en œuvre un mécanisme de compensation entre ce qui pourrait être dû par le vendeur et ce que pourrait lui devoir un acquéreur, v. par ex. Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 11 sept. 2013, n. 12-15425: Environnement et dév. durable, déc. 2013, comm. 83, par M. Boutonnet.

64. CA Paris, 17 sept. 2013, n. 12/02203, SA Rhodia c/ SA Sanofi: Rev. sociétés, 2014, p. 297: la découverte d'un passif empoisonné transmis à la filiale lors de sa création n'est pas révélatrice en soi d'une faute de sa société mère. Ni la structure financière de la filiale ni le dispositif conventionnel de garantie mis en place ne suffisent à prouver une insuffisance de dotation de la mère lors de la filialisation.

clause de prise de possession du bien en l'état. Une précaution particulière s'impose au professionnel lorsqu'il existe une chaîne de contrats. En effet, en présence d'une clause de non-garantie figurant dans une première vente entre un vendeur initial et un premier acquéreur, cette clause sera opposable au sous-acquéreur qui souhaiterait se prévaloir d'une action en garantie contre le vendeur initial.<sup>65</sup> En revanche, si une clause de non-garantie figure dans le contrat conclu entre l'acquéreur et le sous-acquéreur, le vendeur initial ne peut pas se prévaloir de cette clause de non-garantie en cas d'action exercée contre lui par le sous-acquéreur.<sup>66</sup>

Le cas du contrat de bail mérite également l'attention des rédacteurs. Le bailleur pourrait en effet faire peser sur le nouveau preneur une obligation de remise en état d'un bien "pollué" par l'ancien locataire. L'art. 1.720 du Code civil, qui dispose que le bailleur délivre "la chose en bon état de réparations de toute espèce", constitue une règle supplétive à laquelle il est possible de déroger. Ces obligations peuvent ainsi être transmises au nouveau preneur.<sup>67</sup>

La transmission de la dette environnementale dans les ICPE soulève de nombreuses difficultés. Tout d'abord, le dernier exploitant ne peut introduire dans l'acte une clause de non-garantie, car la Cour de cassation a jugé que l'obligation de remise en état pesant sur le dernier exploitant est d'ordre public.<sup>68</sup> Ce qui vaut pour l'obligation de réhabilitation devrait valoir pour toutes les obligations légales environnementales, comme le laissait entendre la cour d'appel dans cette affaire. Ensuite, il est possible pour le dernier exploitant (C. env., art. L. 512-6-1), et, on peut le penser, pour le propriétaire-détenteur (via le nouvel article L. 556-3 du Code de l'environnement), de transférer la charge financière d'une réhabilitation sur l'acquéreur. En revanche, pendant longtemps, la transmission de l'obligation administrative de réhabilitation n'était pas envisageable. Le dernier exploitant demeurerait responsable tant à l'égard de l'Administration qu'à l'égard des tiers auxquels la convention était inopposable.<sup>69</sup> Cependant, dans un avenir proche, la situation va évoluer. La loi ALUR du 24 mars 2014 prévoit d'introduire un nouvel article L. 512-21, I, du Code de l'environnement autorisant la substitution d'un tiers intéressé

65. Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 26 mai 1992, n. 90-17703: Bull. civ. III, n. 175.

66. Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2005, n. 04-10824: Bull. civ. III, n. 222.

67. Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 17 déc. 2002, n° 01-11074 ; RD imm., mai-juin 2003, p. 244, note F.-G. Trébulle.

68. Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 3 nov. 2011, n. 10-14986 et 10-30549.

69. En droit public, CE, 8 juill. 2005, n. 247976. En droit privé, Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 16 mars 2005, n. 03-17.875: D. 2006, p. 50, note M. Boutonnet.



(acquéreur ou aménageur-dépollueur) qui remplit certaines conditions relatives à sa compétence et aux garanties souscrites. Cette proposition avait été formulée, lors du Congrès national des notaires de 2008, par maîtres François-Jean Coutant et Olivier Salvador.<sup>70</sup> Il n'en reste pas moins que, à titre subsidiaire,<sup>71</sup> le dernier exploitant ou le propriétaire-détenteur (même si la loi ne l'évoque pas formellement mais par renvoi au futur article L. 556-3 du Code de l'environnement) reste tenu en cas de défaillance du tiers substitué et d'inefficacité des garanties.

### *B. La prévention du passif environnemental*

La prévention consiste à développer des techniques contractuelles, soit pour interdire certaines activités qui peuvent être une source du passif environnemental (1), soit pour contrôler l'exercice de certaines activités polluantes (2).

#### *1. Interdire certaines activités*

Comment le rédacteur pourrait-il aider un vendeur à protéger l'intégrité environnementale de son bien? Plusieurs solutions s'offrent à lui. L'intégration d'une clause d'interdiction par laquelle l'acquéreur s'engagerait à ne pas exercer une telle activité et à imposer une telle interdiction à ses propres acquéreurs a l'inconvénient de faire naître un simple droit personnel non opposable aux tiers.<sup>72</sup> Pour protéger l'intégrité environnementale de son bien, le propriétaire pourrait utiliser, le cas échéant, le règlement de copropriété ou le cahier des charges. En introduisant une clause limitant la destination du bien ou d'une partie des biens ou en introduisant une clause environnementale, il rendrait cette clause opposable à tous les futurs acquéreurs d'un lot.<sup>73</sup> On pourrait également envisager la constitution d'une servitude environnementale mais elle suppose un fonds servant et un fonds dominant, ce qui n'est pas toujours le cas, à moins que le propriétaire ne cède une parcelle dont l'objet est la protection de l'environnement et qu'il constitue ensuite une servitude entre les deux fonds avant la vente. Cela est cependant coûteux et devrait réduire

---

70. 104.<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, Développement durable. Un défi pour le droit, préc., spéc. p. 441 et s.

71. Pour une critique, v. O. Herrnberger, "Point de vue pratique du notaire sur le transfert de la charge de la dépollution et sur la situation du propriétaire", préc.

72. Sur la responsabilité du notaire, Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 13 déc. 2011, n. 10-27305: RDC 2012, p. 932 et s., note M. Mekki.

73. Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 13 juin 2012, n. 11-18791, FS-PB.

la valeur de son bien. Ne peut-on pas envisager un droit réel de jouissance spécial, forme de servitude sans fonds dominant, droit réel conforté par un arrêt *Maison de Poésie* du 31 octobre 2012<sup>74</sup> qui rappelle le principe de liberté de création de droits réels démembrés sans le respect des règles d'ordre public? Cependant, pour être efficace, ce droit doit être perpétuel ou d'une très longue durée. Or, un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 2015 pourrait remettre en cause le caractère perpétuel de ce droit réel de jouissance spécial. L'arrêt semble renvoyer au délai de 30 ans des articles 619 et 625 du Code civil en l'absence de stipulation des parties sur la durée. Il laisse cependant entendre qu'une durée supérieure à 30 ans serait envisageable en cas de stipulation contractuelle. Une durée de 99 ans est-elle envisageable? Le débat est ouvert même si certains auteurs sont plutôt dubitatifs.<sup>75</sup> Demain peut-être la loi sur la biodiversité<sup>76</sup> consacrera une obligation réelle environnementale très utile pour protéger l'intégrité environnementale d'un bien,<sup>77</sup> éventuellement en transférant la gestion à un fiduciaire<sup>78</sup> en s'inspirant de ce qui existe déjà à l'étranger sous le nom de "*conservation easements*" ou "servitudes de conservation".<sup>79</sup>

74. Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 31 oct. 2012, n. 11-16304, PB: JCP G 2013, n. 5, doct. 124, comm. n. 2, obs. M. Mekki.

75. Cass. 3.<sup>e</sup> civ., 28 janv. 2015, n. 14-10013, FS-PBRI: JCP G 2015, n. 9, 252, note T. Revet ; JCP N 2015, n. 8-9, 1083, note M. Julienne et J. Dubarry.

76. Proj. loi AN n. 1847, 26 mars 2014.

77. L'article L. 132-3 du Code de l'environnement serait ainsi rédigé: "Il est permis aux propriétaires de biens immobiliers de contracter avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires successifs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de services éco-systémiques dans un espace naturel, agricole ou forestier.

La durée de l'obligation et les possibilités de résiliation doivent figurer dans le contrat conclu entre les parties.

Le propriétaire ne peut, à peine de nullité absolue, accepter de telles obligations réelles environnementales qu'avec l'accord préalable et écrit du preneur". Le projet de loi sur la biodiversité affirme que l'obligation réelle environnementale fait partie des outils permettant d'agir en faveur de la biodiversité.

78. Y. Zerrouk, "Gestion des sites et sols pollués et fiducie", in "Les sites pollués: un enjeu pour les professionnels de l'immobilier", préc., 1112.

79. M. Boutonnet et M. Mekki, "Environnement et *conservation easements*. Pour une transposition en droit français?": JCP G 2012, n. 39, 1023. Adde, M. Mekki, "*Conservation easements et droit américain, in Contrat et environnement. Etude de droit comparé*", Bruylant, 2015, à paraître.

Les mêmes interdictions peuvent ne pas figurer dans un contrat de cession mais dans un contrat de bail. Le bailleur peut ainsi protéger l'intégrité environnementale du bien en définissant clairement la destination du bien, interdisant au locataire l'exercice d'une activité polluante et en mettant en place un système de garantie pour veiller à ce que les éventuelles violations du locataire puissent être efficacement sanctionnées.

Sans interdire, il est tout de même possible de maîtriser le passif environnemental en contrôlant les activités à risque.

## 2. *Contrôler certaines activités*

Ces clauses de contrôle sont fréquentes dans les contrats de bail. Le propriétaire peut ainsi subordonner l'exercice de l'activité à l'exigence de certaines garanties financières. Il peut exiger du preneur-exploitant l'utilisation de certaines techniques d'exploitation moins polluantes. Le bailleur peut aussi imposer des normes de comportement au locataire-exploitant en s'appuyant sur les diverses dispositions qui régissent le droit au bail dans le Code civil (obligation de jouir de la chose comme une personne raisonnable – C. Civ., art. 1.728, 1.º –, obligation d'en respecter la substance, – art. 1.728, 1.º –, ou obligation de conserver la substance – art. 1.730). Avec la jurisprudence et bientôt la loi mettant à la charge du propriétaire-détenteur une responsabilité subsidiaire fondée sur la négligence, il devient de plus en plus urgent que le propriétaire-bailleur introduise dans le contrat de bail des clauses attestant de son absence de faute.<sup>80</sup> Cela est d'autant plus important que le nouveau devoir de vigilance qui est actuellement en discussion à l'Assemblée nationale pourrait inspirer la jurisprudence des sols pollués et devenir le fondement de la responsabilité d'un propriétaire-bailleur qui n'aurait pas pris toutes les mesures pour prévenir la naissance d'un passif environnemental. En intégrant dans le contrat de bail des clauses de surveillance et de contrôle (obligation de rendre des comptes du locataire, visite réalisée par le bailleur, vérifications du respect des normes environnementales, obligation d'éliminer les déchets, constitution de garanties financières en cas d'inexécution, obligation de souscrire une assurance spéciale etc.), le bailleur établira plus facilement l'absence de toute faute de sa part.

---

80. X. Lièvre et F. Muller, "L'enjeu des conventions de jouissance", in "Les sites pollués: un enjeu pour les professionnels de l'immobilier", préc., 1111.

**PESQUISAS DO EDITORIAL****Veja também Doutrina**

- O meio ambiente e o registro de imóveis, de Marcelo Augusto Santana de Melo *RDI* 57/111-147, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 3/1201-1242 (DTR\2004\424).

# CONTRATO E OUTROS DIREITOS – DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

---

CESSÃO DE DIREITOS SOBRE A ÁREA POLUÍDA  
E TRANSFERÊNCIA DO PASSIVO AMBIENTAL

BREVE MANUAL DE ORIENTAÇÕES

*CONTRACT AND OTHER DUTIES – SUSTAINABLE DEVELOPMENT*

*ASSIGNMENT OF RIGHTS OVER THE AREA POLLUTED  
AND TRANSFER OF ENVIRONMENTAL LIABILITIES*

*BRIEF MANUAL OF GUIDELINES*

**MUSTAPHA MEKKI**

Departamento da Faculdade de Direito. Professor da Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité.  
Diretor do Instituto de Pesquisa em Direito Empresarial (IRDA).  
Docente do Centro de Formação Profissional Notarial de Paris (FPNP).  
musmekki@yahoo.fr

**ÁREA DO DIREITO:** Ambiental, Imobiliário e Registral

**RESUMO:** Instrumento de previsão por excelência, o contrato oferece um meio privilegiado para a gestão dos riscos associados ao passivo ambiental e, por conseguinte, se configura como um instrumento participe do objetivo do desenvolvimento sustentável. Esta declaração dos relatores do *Congrès national des notaires*<sup>1</sup> do ano de 2008 confirma que o assunto em questão está em voga e a sensibilização do notariado para o fato já ocorre há bastante tempo. Contudo, o tema permanece atual, uma vez que a produção de uma quantidade significativa de textos sobre o assunto exige que o notário e os redatores revejam constantemente os seus documentos, a fim de identificar e de gerir com eficácia o chamado "passivo ambiental".

**ABSTRACT:** Forecasting tool par excellence, the contract offers a privileged means for the management of risks associated with environmental liabilities and, therefore, appears as a participant instrument the objective of sustainable development. This statement of the *Congrès national des* 2008 year *Notaires rapporteurs* confirms that the subject matter is in vogue and awareness notariado to the fact occurs for some time now. However, the subject remains current, since the production of a significant amount of texts on the subject requires that the notary and editors constantly review their documents, to identify and manage effectively the so-called "environmental liabilities".

---

2. Congresso Nacional de Notários (n.t.)

**PALAVRAS-CHAVE:** Registro de Imóveis – Cessão de direitos – Passivo ambiental – Área poluída – Desenvolvimento sustentável.

**KEYWORDS:** Real Estate Registration – Assignment of rights – Environmental liability – Polluted area – Sustainable development.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A identificação do passivo ambiental – 3. A identificação dos devedores: 3.1 Os sujeitos; 3.2 Os objetos – 4. Cumprimento de uma metodologia rigorosa: 4.1 Pesquisa de outras informações; 4.2 Formalização das informações obtidas – 5. A gestão do passivo ambiental – 6. A repartição do passivo ambiental: 6.1 A administração convencional da dívida do vendedor-devedor; 6.2 A transferência convencional da dívida a um terceiro – 7. A prevenção do passivo ambiental: 7.1 Proibição de certas atividades; 7.2 Controle de certas atividades.

## 1. INTRODUÇÃO

“Instrumento de previsão por excelência, o contrato oferece um meio privilegiado para a gestão dos riscos associados ao passivo ambiental e, por conseguinte, um instrumento participe do objetivo do desenvolvimento sustentável”.<sup>2</sup> Esta declaração dos relatores do *Congrès national des notaires* do ano de 2008 confirma que o assunto em questão está em voga e a sensibilização do notariado para o fato já ocorre há bastante tempo. Contudo, o tema permanece atual, uma vez que há ocorrência de uma grande produção de textos sobre o assunto, sendo que o documento mais recente constituído pela lei Alur n. 2014 – 366 de 24 de março de 2014<sup>3</sup> exige que o notário e os redatores revejam constantemente os seus documentos a fim de identificar e de gerir com eficácia o chamado “passivo ambiental”

Com o intuito de compreender os desafios do tema, se faz necessário realizar uma breve descrição dos termos previstos. A venda se refere tradicionalmente à venda de um imóvel construído ou não. Convém, no entanto, não negligenciar as cessões dos fundos de comércio, o direito social, as retomadas do ativo e os aportes dos ativos imobiliários. No direito das sociedades, a existência de uma área poluída ou potencialmente poluída pode ter uma incidência direta sobre a situação financeira da sociedade e demais garantias associadas. O que é, en-

---

2. 104<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, Développement durable. Un défi pour le droit [104<sup>o</sup> Congresso dos Notários da França, Desenvolvimento sustentável. Um desafio para o direito], Nice, 4-7 mai 2008, p. 458.

3. O Salvador, *La loi ALUR : des avancées significatives en matière de sites et sols pollués [A lei ALUR: avanços significativos referentes aos sítios e solos poluído]*: JCP N 2014, n. 15, 1158.

tão, um sítio poluído? De acordo com o *ministère de l'Écologie*,<sup>4</sup> é uma área que apresenta um risco permanente, real ou potencial, à saúde humana ou ao meio ambiente como resultado de uma poluição causada por uma atividade atual ou antiga. Esta definição se enquadra a uma grande diversidade de casos. Alguns sítios poluídos onde se encontram resíduos poluentes estão sujeitos a normas específicas (declaradas, registradas ou autorizadas), em conformidade com as Instalações Classificadas para a Proteção Ambiental (ICPE). A maior parte dos sítios, contudo, não é objeto de disposições específicas e corresponde, na realidade, a 70% das áreas poluídas!<sup>5</sup> No que se refere ao passivo ambiental, a interpretação é fugidia, pois as suas causas são múltiplas, tais como: custo da obrigação de reabilitação imposta por lei; obrigação de reabilitação das áreas poluídas assumida pelas partes ou por terceiros; custo dos trabalhos e de diversas auditorias ambientais ou, ainda, a obrigação de reparação de danos a pessoas ou aos bens.

O objetivo é fornecer aos profissionais um breve manual de orientações. É preciso revelar a sequência intelectual de procedimentos no âmbito da cessão de direitos sobre a área poluída. A primeira parte da intervenção de um profissional do setor imobiliário deve abranger uma identificação precisa do passivo ambiental real e/ou em potencial (I). A segunda parte da sua intervenção é gerir este passivo ambiental real e/ou em potencial (II).

## 2. A IDENTIFICAÇÃO DO PASSIVO AMBIENTAL

De acordo com Sun Tzu: “O êxito de uma operação reside no seu planeamento”.<sup>6</sup> O sucesso de uma operação de cessão também está no seu planeamento. A identificação é, ao mesmo tempo, um objetivo e um procedimento. O objetivo da identificação é, por um lado, determinar os devedores reais ou em potencial do passivo ambiental (A). Por outro lado, a identificação, como um procedimento, refere-se às diligências que o redator deverá seguir para determinar o passivo ambiental (B).

## 3. A IDENTIFICAÇÃO DOS DEVEDORES

O passivo ambiental é uma dívida. E, como tal, pressupõe a identificação de um sujeito (1) e de um objeto (2).

---

4. Ministério da Ecologia (n.t.).

5. J.-P. Boivin et F. Defradas, *Sites et sols pollués. Outils juridiques, méthodologiques et financiers [Sítios e Solos poluídos. Instrumentos jurídicos, metodológicos e financeiros]*, Éditions Le Moniteur, 2013, p. 29 et s.

6. Sun Tzu, *L'art de la guerre*, préf. et introduction [A arte da guerra, pref. e introdução]. S. B. Griffith, Flammarion, coll. Champs Essais, 2008.

### 3.1 Os sujeitos

Desde a fase do contrato preparatório, o redator terá de identificar os sujeitos, devedores do passivo ambiental. Esta primeira etapa é uma fonte primária de dificuldade, pois existe uma variedade significativa de sujeitos potenciais. Para a especificação, é conveniente distinguir os que se inserem no âmbito do direito especial de sítios poluídos daqueles que se inserem no âmbito do direito comum.

O direito especial de sítios poluídos remete principalmente ao conjunto de disposições específicas que, inicialmente, designam o devedor do passivo ambiental. O direito especial é composto, em primeiro lugar, do direito referente às ICPE. Na lista dos devedores potenciais, constam: o último explorador de direito ou de fato ou seus respectivos sucessores legais que suspenderam a sua atividade (C. env., art. L. 512 – 6 – 1, L. 512 – 7 – 6 e L. 512 – 12 – 1);<sup>7</sup> o vendedor proprietário (C. env., art. L. 514 – 20); o liquidatário, quando se trata de uma empresa em dificuldade; o dono da obra nomeadamente em caso de mudança de finalidade. O direito especial compreende, na sequência, a legislação relativa aos resíduos e a sua respectiva gestão (C. env., art. L.544 – 2). A lei visa àqueles que produzem ou detêm “resíduos em condições específicas capazes de produzir efeitos nocivos” Com base nesta disposição, a jurisprudência administrativa e judicial acrescentou a categoria de proprietários-devedores,<sup>8</sup> responsáveis por culpa comprovada, segundo o *Conseil d’État*,<sup>9</sup> ou por culpa presumida, de acordo com a *Cour de cassation*.<sup>10</sup> A lei Alur, cujo decreto de aplicação é aguardado, visa ao futuro art. L. 556-3, III, 1.º, do Código Ambien-

7. O último explorador de atividade econômica é igualmente considerado para as poluições provenientes de uma atividade mencionada no art. L.165 – 2, ou de uma instalação nuclear de base.
8. M. Mekki, *Le droit de l’environnement pollue-t-il le droit civil? La notion de faute du propriétaire détenteur [O direito do ambiente poluído é um direito civil? A noção de culpa do proprietário detentor]*: Gaz. Pal. 14 nov. 2013, n. 318, p. 21.
9. Culpa comprovada pelo *Conseil d’État*, V. ce, 26 de julho de 2011, n. 328651: Juris – Data, n. 2011 – 015394; D.2011, p. 2705, obs. F-G. Trébulle; Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.2011, com.131, obs. P. Billet. Confirmado por CE, 1 de março de 2013, n. 348912: Juris – Data, n. 2013 – 003719 – CE, 1 de março de 2013, n. 354188: Juris – Data, n. 2013 – 003345; Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável 013, com.42, obs. P. Billet – CE, 25 de setembro de 2013, n. 358923: Juris – Data, n. 2013-020586 ; JCP A 2014, 2082, nota P. Billet.
10. Culpa presumida pela *Cour de Cassation*, v. Cass.3 e civ., 11 de julho de 2012, n. 04 – 10824 : Bull.Civ.III, n. 108; RDC 2013, p. 651, obs. M. Boutonnet e M. Mekki. Tribunal de Cassação (n.t.).

Mekki, Mustapha. Contrato e outros direitos – desenvolvimento sustentável...  
*Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 373-396. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



tal, “o produtor dos resíduos que contribuiu originalmente para a poluição do solo ou o detentor do resíduo cuja falta ocasionou esta poluição” e, a título subsidiário, “o proprietário da estrutura fundiária do solo poluído por uma atividade ou o proprietário dos resíduos tal como previsto no 1.º, se for comprovado que ele atuou com negligência ou que ele não é alheio a esta poluição”.

A determinação dos devedores potenciais não se restringe apenas ao direito especial. O direito comum pode, também, tornar o vendedor que não cumpriu com o seu dever de informação um devedor do passivo ambiental, a título de sua obrigação de emissão conforme previsto, se existir uma estipulação contratual nessas condições, na sua qualidade de avalista de falhas desconhecidas. Perante terceiros, o proprietário ou explorador de atividade econômica pode ser qualificado como guardião e incorrer em responsabilidade nos termos do art. 1.384, § 1.º, do CC.

É preciso acrescentar a diversidade de objetos das obrigações à pluralidade de sujeitos existentes.

### 3.2 Os objetos

A identificação do objeto da obrigação é uma etapa essencial, pois compete ao redator dos atos aconselhar as partes e zelar pela eficácia jurídica dos atos que ele instrumenta. É necessário recordar às partes presentes as obrigações que lhes incumbem para assegurar a sua correta execução.<sup>11</sup> Estas obrigações podem ser de duas naturezas distintas: obrigações de informação e obrigações de fazer.<sup>12</sup>

O *Congrès national des notaires* de 2008 já havia salientado que a prevenção ambiental deverá passar, no futuro, pela extensão das obrigações de informação ambiental. A informação prestada sobre a existência real ou potencial de um passivo ambiental se destina menos a esclarecer um eventual adquirente do que a responsabilizar e sensibilizar o seu emissor.<sup>13</sup> As obrigações de infor-

---

11. V. M. Boutonnet, *Information environnementale et cession d'un site pollué*, in *Sites et sols pollués. Outils juridiques, méthodologiques et financiers*, [Informação ambiental e cessão de um sítio poluído, em *Sítios e Solos Poluídos. Instrumentos jurídicos, metodológicos e financeiros*], *op. cit.*, p. 203 et s.

12. Sobre esta dispersão das obrigações legais, v. G. J. Martin, *Synthèse [Síntese]*, in N. Hervé-Fournereau (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement [As abordagens voluntárias e o direito ambiental]*, PUR, 2008, p. 319.

13. Consultar: A.-S. Epstein, *L'information environnementale communiquée par l'entreprise. Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, [A informação ambiental comunica-

mação ambiental asseguram a execução de uma política ambiental de base, criando um tipo de “área de vigilância sanitária e ambiental”.<sup>14</sup> Esta situação afirma o papel do mediador, uma atuação atribuída nomeadamente ao notário no que diz respeito às questões ambientais. Esta característica representa uma ponte entre os interesses particulares e o interesse público. As obrigações de informação se impõem tanto ao direito especial quanto ao direito comum.

A multiplicação de obrigações específicas de informação<sup>15</sup> é um sinal da emergência progressiva do direito à informação.<sup>16</sup> A primeira obrigação de informação se refere à do vendedor proprietário de uma ICPE (C. env., art. L. 514 – 20) que deve informar, por escrito, ao adquirente sobre a existência de um terreno que acolheu uma ICPE registrada ou autorizada. A sua responsabilidade poderá ser estabelecida, a este título, mesmo que ele desconheça a existência de tal ICPE. O § 2.º determina que ele deverá informar também sobre perigos ou inconvenientes importantes resultantes da exploração, se estes forem do seu conhecimento.<sup>17</sup> O vendedor possui, por vezes, uma obrigação de acompanhamento, nomeadamente em caso de mudanças significativas nas condições de operação pelo explorador de atividade econômica. Ele deve anexar à promessa unilateral de venda ou de compra e à todo o contrato, ao realizar ou constatar a venda de terrenos sobre os quais existe uma ICPE, o último trabalho realizado pelo explorador (C. env., art. L.512 – 18). O vendedor deve proceder igualmente com relação aos diagnósticos diversos (presença de chumbo, amianto etc.) que serão incluídos no contexto dos registros do diagnóstico técnico (CCH, art. L.271 – 4). Convém acrescentar as obrigações de informação do vendedor ou arrendador em relação aos bens situados em zonas de riscos naturais ou tec-

---

*da pela empresa. Contribuição à análise jurídica de um regulamento*], thèse Nice, nov. 2014. A. – S Epstein.

14. Consultar: M. Mekki, *Contrat et devoir de vigilance [Contrato e dever de vigilância – publicação recente]* : RLDA 2015, à paraître.
15. Além da venda imobiliária, atentar-se igualmente para a importância do “balanço ambiental” exigido em caso de abertura de um procedimento coletivo contemplando as instalações classificadas para a proteção ambiental; B. Rolland, *Les nouvelles incidences du droit de l’environnement sur le droit commercial [As novas incidências do direito ambiental sobre o direito comercial]*: JCP e 2004, p. 333 e ss.
16. Direito à informação identificada como voluntária na Convenção de Aarhus de 1998 e no art. 7.º da Carta do Meio Ambiente, v. A. Van Lang, *Le droit de l’environnement [O direito ambiental]*, PUF, 3 éd., n. 295.
17. A diferença entre o primeiro parágrafo (informação em todos os casos) e o segundo parágrafo (informação exclusiva de dados conhecidos) não é realizada de maneira precisa pelos juízes.

nológicos (C. env., art. L.125 – 5). Por último, futuramente, quando o Setor de Informações sobre o Solo (SIS) for implementado, uma nova obrigação de informação pesará sobre o vendedor (C. env., art. L.125 – 7). Esta obrigação de informação diz respeito igualmente ao explorador de atividade econômica. Em primeiro lugar, o vendedor explorador informa, por escrito, ao adquirente se ele usou ou armazenou alguma substância química ou radioativa (C. env., art. L. 514 – 20, at. 3). O explorador de atividade econômica deverá estabelecer um estado de poluição do local em caso de mudança significativa das condições de operação (C. env., art. L.512 – 8). Esta lista de procedimentos, não exaustiva,<sup>18</sup> já provoca, por si só, uma sensação de atordoamento.

Com exceção dos casos legais, o redator assegura, ainda, que o adquirente tenha obtido todas as informações pertinentes. De fato, a maioria dos bens imóveis vendidos não colocam a cargo dos vendedores uma obrigação legal de informação. Os exemplos são inúmeros: as ICPE em atividade, pois somente as ICPE que cessaram a sua atividade são afetadas;<sup>19</sup> a cessão do fundo de comércio;<sup>20</sup> a cessão de direitos sociais;<sup>21</sup> as entradas de capital na sociedade; a retomada de uma empresa em dificuldade.<sup>22</sup> Em todos estes casos, é preciso ser cauteloso e sugerir, além de uma auditoria ambiental, a redação de uma cláusula de garantia para o passivo ambiental.<sup>23</sup>

Há um aumento das obrigações de fazer e estas impõem custos que os redatores devem identificar e avaliar. Em termos gerais, o último explorador de atividade econômica ou o titular de direito de uma ICPE, de uma atividade relevante prevista no art. L. 165-2, do Código Ambiental ou de uma instalação nuclear de base, é devedor da reabilitação do bem. Com relação à gestão dos

---

18. Para uma visão completa, J.-P. Boivin et F. Defradas (dir.), *Sites et sols pollués. Outils juridiques, méthodologiques et financiers* [Sítios e Solos poluídos. Instrumentos jurídicos, metodológicos e financeiros], op.cit., espec. p. 290 e s.

19. *Cour de Cass.* 3.<sup>a</sup> civ., 9 de abril de 2008, n. 07 – 10795.

20. Para uma visão crítica, v. M.-F. Steinlé-Feuerbach, *La nouvelle obligation d'information sur les risques technologiques et naturels en matière de transaction immobilière* [A recente obrigação de informação sobre os riscos tecnológicos e naturais referentes à transação imobiliária]: JCP N 2004, 1256.

21. Nestas condições, *Cass.* 1.<sup>o</sup> civ., 27 de novembro de 2008, n. 06 – 16688. Adde: B. Rolland, *Les risques technologiques dans les transmissions d'entreprises* [Os riscos tecnológicos na transferência de empresas]: *Environnement* 2007, étude n. 3.

22. B. Rolland, *Environnement et procédures collectives* [Meio ambiente e procedimentos coletivos], *J.-Cl. Environnement*, Fasc. 5100, n. 31.

23. V. infra.

resíduos, a mesma está a cargo do produtor ou do detentor em conformidade com o princípio do poluidor pagador (C. env., art. L.541 – 2). O proprietário não explorador poderá igualmente ter a obrigação de reabilitar, seja porque ele não informou o seu adquirente (obrigação presente no termo disposto no art. L. 514 – 20),<sup>24</sup> seja porque ele é considerado um proprietário-detentor que responde, a título subsidiário, pelos sítios poluídos por resíduos. Se a culpa for presumida por um órgão jurisdicional judiciário, ela deverá ser comprovada pelas jurisdições administrativas. De acordo com o *Conseil d'État*, “o proprietário do terreno sobre o qual os resíduos foram armazenados pode, na ausência de um detentor conhecido desses resíduos, ser considerado como o detentor nos termos do art. L.541 – 2 do Código Ambiental, sobretudo se houver provas de negligência em relação à deposição de resíduos sobre o terreno”.<sup>25</sup> Ao “princípio do poluidor pagador” se acrescenta, portanto, o “princípio do proprietário pagador”. Recentemente, o *Conseil d'État* proferiu uma decisão que impôs o conceito preciso de “culpa do proprietário-detentor”.<sup>26</sup> O acórdão da *Cour d'Administrative d'appel*<sup>27</sup> foi anulado por considerar a responsabilidade do proprietário sem que se tenha demonstrado que o proprietário “produziu provas de negligência em relação à deposição de resíduos sobre o terreno” ou “não poderia ignorar a existência destes resíduos à data em que ele se tornou o proprietário do terreno”, nem que “a pessoa responsável por exercer uma atividade produtora de resíduos não podia cumprir as suas obrigações”. Em outros termos, se um terceiro adquirente comprar uma área poluída estando ciente da existência de uma atividade produtora de resíduos e sabendo que a pessoa responsável por esta atividade não podia executar as suas obrigações de reabilitação da área, ele aceitará, de qualquer forma, os seus encargos financeiros. No futuro, será um direito comum de áreas poluídas que assumirá as diretrizes, conforme sugerido, como parte da doutrina,<sup>28</sup> pela lei Alur de

24. M.-P. Camproux-Duffrène, La prise en charge par le vendeur de la réhabilitation d'un terrain pollué sur le fondement de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement [A responsabilidade do vendedor pela reabilitação de um terreno poluído com base no artigo L. 514-20 do Código Ambiental]: JCP G 2006, I, 156.

25. CE, 26 de julho de 2011, n. 328651: Juris – Data, n. 2011 – 015394; D.2011, p. 2705, obs. F.-G. Trébulle. Confirmado por CE, 1 de março de 2013, n. 348912: Juris Data, n. 2013-003719.

26. CE, 24 de outubro de 2014, n. 361231: Juris-Data, n. 2014-024996: Rec. Lebon.

27. Tribunal Administrativo de Recurso (n.t.).

28. M. Boutonnet et M. Mekki, Plaidoyer en faveur d'une extension des responsables de la dépollution immobilière [Defesa em favor de uma extensão de responsabilidades da despoluição imobiliária]: D. 2013, p.1290.

março e seu novo art. L. 556-3 do Código Ambiental, distinguindo o último explorador, o produtor ou detentor lesivo de resíduos e o proprietário detentor em caso de culpa comprovada.

Percebe-se toda a dificuldade de um redator na presença de um bem suscetível de ser poluído. Ele deve, inicialmente, identificar criteriosamente o tipo de bem considerado, os devedores potenciais e as obrigações de informação e de reabilitação que lhes compete. Este fato confirma que a identificação do passivo ambiental não é um apenas um objetivo, mas, também, pressupõe o respeito a uma metodologia rigorosa.

#### 4. CUMPRIMENTO DE UMA METODOLOGIA RIGOROSA

Por ocasião da venda de um sítio poluído ou suscetível de ser poluído, o redator deve ser extremamente criterioso. Este rigor, adotado pelo redator e especialmente pelo notário, se impõe tanto no momento da pesquisa das informações ambientais (1) quanto na formalização das informações obtidas (2).

##### 4.1 *Pesquisa de outras informações*

Uma sequência de procedimentos extremamente rigorosos deve ser cumprida a fim de não se perder qualquer dado fundamental que possa recair sobre a natureza, a extensão e a amplitude a cargo do passivo ambiental. Esta sequência pode ser sistematizada em três ações: interrogar, consultar e examinar.

A primeira fonte de informação cabe às partes o ato instrumentado e, por vezes, a terceiros que se encontram em áreas vizinhas ao bem. O redator deve interrogar prioritariamente o vendedor, sobretudo nos casos em que não existam obrigações legais de informação. Nos casos informados pelo vendedor, ele assume as suas responsabilidades, se conscientiza dos perigos, cuja importância ele ignorara, e torna mais fácil para o adquirente a prova de um dolo ou de uma relutância dolosa futura. No que tange ao adquirente, na ocasião do interrogatório, o redator pode detectar facilmente aquilo que, a seu ver, for determinante. É indispensável, se tratando de sítio poluído, conhecer o que o adquirente pretende fazer com a área comprada (o seu uso) e se ele está disposto a financiar o seu projeto (arcar com os cursos técnicos e com os custos dos trabalhos previstos).

Nesta sequência para a coleta de informação, ocorre, na segunda fase, a consulta. A consulta de documentos, em primeiro lugar, cuja maior parte é desmaterializada. Tal como o recurso para pesquisa Bodacc (Boletim Oficial de Anúncios Civis e Comerciais), existe atualmente o Basol (Banco de Dados

sobre Sítios e Solos Poluídos ou Potencialmente Poluídos) e o Basias (Banco de Dados de Antigas Zonas Industriais e de Atividades de Serviço). Todavia, isso não é suficiente. O redator deve igualmente consultar o cadastro, os documentos do plano urbanístico que podem incluir as obrigações ambientais gerais, os serviços da Dreal (Direção Regional do Ambiente, do Ordenamento e da Habitação), os serviços da prefeitura, outros sítios mencionados pelo *ministère de l'Écologie*,<sup>29</sup> e em breve o Sisi (Setor de Informação sobre o Solo) que não é responsável por criar novas obrigações, mas, sim, por racionalizar aquelas já existentes. De fato, o trabalho do redator, principalmente do notário, é o de cruzar todas as informações obtidas a fim de verificar se não existe, entre os dados coletados, uma incoerência, uma ausência suspeita de qualquer informação, que acabe por induzi-lo, então, a aprofundar as suas investigações. Posteriormente, é realizada a consulta aos atos jurídicos. É importante fazer uma referência aos atos de transferência anteriores, aos eventuais contratos de arrendamento eventualmente celebrados e aos contratos da empresa que podem, por vezes, ser a causa da poluição dos solos, sobretudo em razão dos resíduos resultantes de atividades de extração do solo.

A mínima suspeita obriga, então, o redator a sugerir uma auditoria ambiental, especialmente nos sítios externos à área das ICPE ou em virtude da regulamentação relativa à gestão dos resíduos.

A última etapa da sequência é a realização de uma auditoria ambiental. O redator deve tomar inúmeras precauções na realização deste diagnóstico. Inicialmente, uma carta de compromisso deve ser redigida de maneira precisa, pois somente este instrumento é responsável por determinar a natureza e a dimensão das obrigações do diagnóstico.<sup>30</sup> O notário, nomeadamente, deverá aconselhar as partes sobre alguns pontos na celebração dos contratos, a fim de assegurar a qualidade da prestação concedida. Ele pode se remeter às normas técnicas ou aos guias práticos mencionados em diversas circulares ministeriais acessíveis no site do *ministère de l'Écologie*, tal como a norma Af-

---

29. V. com relação a esta questão, J.-P. Boivin e F. Defradas, *Sites et sols pollués. Outils juridiques, méthodologiques et financiers* [Sítio e solos poluídos. Instrumentos jurídicos, metodológicos e financeiros], *op. cit.*, spéc. p. 30 et s.

30. Consultar : G. Durand – Pasquier, La responsabilité de l'auteur d'audits ou d'états de pollution des sols, in *Les sites pollués: un enjeu pour les professionnels de l'immobilier* [A responsabilidade do autor da auditoria ou dos estados de poluição dos solos, em Os sítios poluídos: um desafio para os profissionais do setor imobiliário]: JCP N 2014, n. 9, 1113, spéc. n° 21. Adde: M. Mekki, La gestion conventionnelle des risques liés aux sols et sites pollués à l'aune de la loi ALUR [A gestão convencional dos riscos vinculados aos solos e sítios poluídos de acordo com a lei ALUR]: JCP N 2014, n. 27, 1239.

nor (NF X 31-620).<sup>31</sup> Estas auditorias ambientais são tão relevantes que, caso o adquirente não tome as devidas precauções poderá, doravante, ser considerado como negligente. Na jurisprudência, emerge efetivamente uma forma de “devida diligência”,<sup>32</sup> um dever de vigilância devida,<sup>33</sup> do adquirente de um bem suscetível de ser poluído não abrangido por um dos diferentes quadros jurídicos (ICPE, INB, resíduos etc.).<sup>34</sup> Por exemplo, um acórdão da seção comercial da *Cour de Cassation* de 27 de janeiro de 2009, afirmou que “salvo circunstâncias específicas, o cedente de direitos sociais não possui a obrigação de alertar o cessionário para se informar sobre circunstâncias que poderiam afetar os direitos e os deveres da sociedade”.<sup>35</sup> Desta forma, a *Cour de Cassation* sugere que o adquirente poderia ter cometido uma atitude repreensível ao não se informar sobre as atividades desenvolvidas anteriormente na área considerada, estando ciente de que o cedente não tinha qualquer obrigação legal de informação.

Uma vez que a informação tenha sido obtida, a segunda etapa diz respeito à redação.

#### 4.2 Formalização das informações obtidas

Além de um preâmbulo ou de um parágrafo intitulado “Registros de Informação”,<sup>36</sup> o redator deverá redigir cláusulas específicas sem se limitar àquelas que possam ter sido fornecidas pela SSII (Sociedade de Serviços de

---

31. Norma Qualité du sol – Prestations de services relatives aux sites et sols pollués (études, ingénierie, réhabilitation de sites pollués et travaux de dépollution), [*Qualidade do solo – Prestações de serviços relativos aos sítios e solos poluídos (estudos, engenharia, reabilitação de sítios poluídos e trabalhos de despoluição)*], publicado em setembro de 2003.

32. Devida diligência, oriundo da Lei Abrangente de Reação Ambiental, Compensação e Responsabilidade (CERCLA), 42 USC 9601.

33. Este dever de vigilância está em vias de ser consagrado pela lei no direito das sociedades, dever de vigilância das sociedades-mães e das sociedades mandantes a respeito de suas filiais, fornecedores e prestadores; a proposta de lei foi discutida em primeira leitura na Assembleia Nacional no dia 25 de março de 2015.

34. J. Paillusseau, Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle [*O beneficiário da garantia do passivo na cessão de controle*]:JCP G 2002, n. 6, I, 112.

35. Cass. com., 27 de janeiro de 2009, nº 08-10052: Direito das sociedades junho de 2009, com. 109, obs. M.-L. Coquelet.

36. A.-H. Garnier, Clauses et pratique des contrats et avant-contrats par les notaires, in *Les sites pollués: un enjeu pour les professionnels de l'immobilier*, [*Cláusulas e práticas de contrato: procedimentos de elaboração e planejamento realizados pelos notários, em Os sítios poluídos: um desafio para os profissionais do setor imobiliário*], préc., 1110.

Ciência da Computação), atual ESN (Empresas de Serviços Digitais). Com a finalidade de facilitar mais uma vez a atuação do redator, três tipos de cláusulas podem ser distinguidas: as cláusulas informativas; as cláusulas declarativas e as cláusulas normativas.

As cláusulas informativas não se destinam especificamente a definir as cláusulas contratuais, pois elas não fornecem novas obrigações.<sup>37</sup> Todavia, estas cláusulas não são desprovidas de efeito, pois elas permitem, inicialmente, que o redator profissional desempenhe o seu trabalho constante no que diz respeito às questões ambientais. Por intermédio desta cláusula, que recorda às partes do conteúdo da regulamentação existente, o profissional garante uma melhor acessibilidade e uma melhor compreensão do direito. Ele contribui igualmente para reforçar a efetividade das normas em questão, chamando a atenção das partes para as obrigações que lhes compete. O documento redigido pode, ainda, reproduzir os princípios que orientarão as questões referentes aos sítios poluídos, tal como o art. L. 514 – 20 do Código Ambiental ou o art. L. 541 – 1 – 1 do mesmo código, e em breve, o art. L. 556 – 3, que se constituirá como o eixo central do direito destes sítios poluídos. Aliás, a leitura de certas decisões quanto ao mérito sugere que um notário que não reproduz os artigos que fundamentam as principais obrigações legais das partes está cometendo uma falta e pode ser responsabilizado legalmente.<sup>38</sup> Cuidado, contudo, para não acreditar que a reprodução dos artigos é suficiente, pois o notário e outros redatores do ato são obrigados ao dever de aconselhar, o que implica fornecer uma informação precisa, explicar o sentido e o âmbito destas disposições e chamar a atenção para os riscos e as oportunidades da operação.

Estas cláusulas declarativas descrevem o questionamento das partes de eventuais terceiros. Elas são fundamentais na hipótese de não haver uma obrigação legal de informação que recaia sobre as partes. Estas cláusulas se constituem como o que chamamos na prática de “garantia de conformidade” e comprometem o vendedor.<sup>39</sup> Elas facilitam, na mesma ocasião, a prova do

---

37. Com relação a este tipo de cláusula muito frequente no direito do trabalho, ver nota. M. Mekki, Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail? [*Existe uma lei comum aplicável às cláusulas do contrato de trabalho?*]: RDT 2006, p. 292.

38. CA Paris, 13 de fevereiro de 2003, n. 2002/16521 –CA Montpellier, 31 de dezembro de 2007, n. 06 – 06/03381.

39. C. Lepage-Jessua, La garantie de passif en cas de cessions de terrains contaminés [*A garantia do passivo em caso de cessão de terrenos contaminados*]: LPA 17 févr. 1993, p. 16 ; E. Frémeaux et F. Coutant, Les cessions de droits sociaux et la protection de l’environnement [*A cessão de direito social e a proteção ambiental*]: BJS oct. 1994,



caráter determinante do dolo ou da relutância dolosiva em proveito do adquirente.<sup>40</sup>

Entre as cláusulas incluídas no contrato, as “cláusulas normativas” são as mais importantes, pois elas são responsáveis por criar as obrigações contratuais de fazer e de não fazer, e por impor os padrões de comportamento. A primeira precaução que o redator deve ter é com relação ao “peso das palavras”, pois as cláusulas podem, por vezes, comprometer um vendedor além do que ele imagina. Uma atitude prudente, quando existe as obrigações administrativas, é utilizar os mesmos termos que a lei, mesmo que estes sejam juridicamente imprecisos. Para tanto, seria suficiente aderir aos guias metodológicos ou às normas profissionais utilizadas pela Administração.<sup>41</sup> É necessário, por exemplo, evitar escrever que o vendedor se compromete a vender um bem “despoluído”,<sup>42</sup> pois é tecnicamente falso e, sobretudo, juridicamente e financeiramente muito pesado. A lei obriga somente a recuperar ou reabilitar o bem em função de determinados usos. Ao utilizar o termo “despoluição”, as autoridades judiciais consideram que o vendedor se compromete com as obrigações legais.<sup>43</sup> Estas disposições ambíguas são frequentes e, na maioria das vezes, não são realmente desejadas pelas partes.<sup>44</sup>

Por intermédio destas cláusulas, será útil, ainda, determinar precisamente quais são os objetivos preconizados pelo adquirente. Elas são importantes

---

p. 1061, n. 287 ; L. Mitrovic, La maîtrise du risque environnemental dans la cession de droits sociaux [A gestão do risco ambiental na cessão de direitos sociais]: D. 2003, p. 2666.

40. V. nota com relação à garantia do passivo, A. Couret et P. Rosenpick, L'articulation entre déclarations et clauses de garanties d'actif et de passif [A articulação entre declarações e cláusulas de garantias do ativo e do passivo ]: Dr. et patr. 2008, n. 175, p. 54.

41. A utilização de guias e normas técnicas podem colaborar neste contexto, v. O. Herrnberger, Point de vue pratique du notaire sur le transfert de la charge de la dépollution et sur la situation du propriétaire, in Les sites pollués : un enjeu pour les professionnels de l'immobilier [Ponto de vista prático do notário sobre a transferência da ação de despoluição e sobre a situação do proprietário, em Os sítios poluídos: um desafio para os profissionais do setor imobiliário], préc., 1106, n. 4.

42. X. Lièvre e F. Muller, La complexité de la notion de dépollution du point de vue des notaires, in Les sites pollués : un enjeu pour les professionnels de l'immobilier [A complexidade da noção de remediação ambiental do ponto de vista dos notários, em Os sítios poluídos: um desafio para os profissionais do setor imobiliário], préc., 1108.

43. Cour de Cass. 3.<sup>a</sup> civ., 29 de fevereiro de 2012, n. 11 – 10318: RDC 2012, p.1306, nota M. Mekki.

44. CA Versailles, 3 janeiro de 2012, n. 10/08104 –CA Besançon, 14 jun de 2012, n° 585/2012.

também para determinar o uso futuro do bem, termo que não foi objeto de nenhuma definição legal e que possui, portanto, a necessidade de um compromisso contratual. No âmbito das ICPE que cessaram a sua atividade, a lei especifica simplesmente que é preciso apontar o uso futuro dos bens após o encerramento das instalações por meio de acordo entre o adquirente, o explorador de atividade econômica, a Câmara Municipal (ou a EPCI competente) e o proprietário, caso ele não seja o explorador (C. env., art. R. 512 – 39 – 2). Por intermédio desta cláusula, é importante determinar o nível de “remediação ambiental”, em razão da prática da “compatibilidade do solo com o uso dos recursos”. A cláusula deve permitir precisar se esta compatibilidade deve ser realizada com os relatórios de procedimentos de licenciamento de construção ou com os tipos de exploração do imóvel que será construído. As autorizações eventuais que devem ser obtidas no âmbito das ICPE também devem ser consideradas. É difícil determinar esta compatibilidade no dia do contrato preparatório, o que deverá incitar o redator a redigir uma condição suspensiva como precaução. Um erro em tal condição poderia, ainda nos tempos atuais, propor uma ação de responsabilidade contra o notário redator.<sup>45</sup> Estas cláusulas devem tratar, além disso, das modalidades de avaliação do grau de poluição tanto no plano qualitativo por intermédio das avaliações quantitativas do risco sanitário (EQRS), quanto no plano qualitativo, por meio de análises de ricos residuais (ARR). Estas avaliações são necessárias e devem ser convencionalmente enquadradas, inclusive às áreas fora das ICPE. É prudente que os resultados destas avaliações integrem igualmente o objeto das condições suspensivas. Finalmente, estas cláusulas normativas devem determinar os trabalhos previstos por meio de um plano de gestão e de uma memória de reabilitação. Estes documentos devem ser obtidos pelo vendedor. É preciso assegurar que as partes chegarão ao um acordo sobre as medidas de reabilitação e sobre as diferentes técnicas de tratamento (tratamento químico ou não, com escavação ou não, gestão dos resíduos etc.).

A identificação se baseia, então, na seguinte ordem: identificar os devedores legais ou convencionais; determinar o(s) objeto(s) de suas obrigações, pesquisar as informações relativas ao uso anterior, atual e futuro do bem; obter o comprometimento do vendedor e identificar os objetivos prosseguidos pelo adquirente; formalizar, com precaução, as cláusulas sobre o conjunto dos dados obtidos. À esta fase de identificação do passivo ambiental potencial ou real se acrescenta, de maneira sincrônica, uma segunda etapa: a gestão do passivo ambiental.

45. Cass.1.<sup>a</sup> civ., 29 de outubro de 2014, n. 13-13309 : Gaz. Pal. 15 de janeiro de 2015, p. 22, nota N. Blanc; JCP N 2015, n. 14, 1112, espec.n. 31, obs. M. Mekki.

## 5. A GESTÃO DO PASSIVO AMBIENTAL

A gestão do passivo ambiental exige do redator profissional, por um lado, ajudar as partes a repartir a dívida ambiental (A) e, por outro lado, contribuir com o interesse público em prevenir a existência ou o agravamento do passivo ambiental (B).

## 6. A REPARTIÇÃO DO PASSIVO AMBIENTAL

A repartição do passivo ambiental pode ser realizada, principalmente, de duas maneiras: seja existindo um planejamento convencional da dívida do vendedor-devedor (1), seja por meio da transferência da dívida a um terceiro (2).

### 6.1. A administração convencional da dívida do vendedor-devedor

A administração da dívida do vendedor-devedor refere-se, sobretudo, às cláusulas de garantia do passivo.<sup>46</sup> Neste contexto, vale ressaltar que as cláusulas *secundum legem* podem complementar uma obrigação legal preexistente e as cláusulas *praeter legem* podem igualmente atenuar a ausência da obrigação legal.

O denominador comum às cláusulas de garantia do passivo, que são de uma grande heterogeneidade,<sup>47</sup> refere-se à possibilidade de oferecer ao adquirente uma garantia contra um passivo que já existe no dia da cessão, mas que não tenha sido revelado no dia da venda. Uma cláusula *secundum legem* significa que o devedor já deve cumprir, nos termos da lei, certas obrigações ambientais às quais a garantia do passivo ambiental é acrescentada. Este fato é juridicamente exequível? A leitura de um acórdão proferido pela Terceira Seção Civil da *Cour de cassation* no dia 16 de janeiro de 2013 permite estabelecer considerações a respeito.<sup>48</sup> A *Cour de cassation* admite implicitamente que o respeito às obri-

46. Sobre as cláusulas de garantia na cessão de direitos sociais, P. Mousseron et alii, Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux [As convenções de garantia na cessão de direitos sociais]: BJS oct. 2009, p. 892, n. 181 et ss.

47. G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, coll. PU de Sceaux, 2008, n.ºs 488 et s. [Do contrato em direito das sociedades. Ensaio sobre o contrato, um instrumento de adaptação do direito da sociedade], L'Harmattan, coll.

PU de Sceaux, 2008, nos 488 e s.: uma distinção se impõe entre as cláusulas de garantia do passivo em sentido restrito e as cláusulas de revisão do preço ou da garantia do valor.

48. Nestas condições, Cass. 3 e civ., 16 de janeiro de 2013, n. 11-27101 (implicitamente).

gações legais de reabilitação pelo vendedor não deve privar o adquirente do benefício desta cláusula contratual de garantia.

Estas cláusulas remetem a hipóteses, mais perigosas, nas quais o vendedor não possui nenhuma obrigação ambiental legal. Estas hipóteses não estão distantes da realidade, pois 70% dos bens poluídos localizam-se fora das ICPE e a venda destes bens são comumente realizadas pelas sociedades comerciais que se limitam a dispor de suas ações, com um ativo que comporta os bens imobiliários potencialmente poluídos.<sup>49</sup> Neste caso, o direito comum é insatisfatório, pois a descoberta de um passivo que reduzisse o valor das ações não alteraria significativamente este valor; quanto a garantia dos problemas encontrados, ela não se aplica em caso de cessão de partes ou de ações. O trabalho do profissional é de dedicar-se a uma redação muito sensível, pois é fonte de um processo contencioso abundante,<sup>50</sup> durante o qual, ele deverá considerar uma série de dados e a presença da cláusula *secundum* e da cláusula *praeter legem*.

Uma inconveniência do passivo ambiental é a sua progressão no decorrer do tempo. Esta flexibilidade deve ser incorporada ao ato redigido. Em primeiro lugar, o direito do sítio poluído está em constante desenvolvimento.<sup>51</sup> Qualquer alteração nas normas poderá prejudicar os aspectos econômicos do contrato. É necessário instruir a redação de uma cláusula de renegociação em caso de mudança das normas prevendo as diferentes modalidades da sua exe-

---

49. Nem a garantia dos problemas desconhecidos nem o erro sobre as qualidades substanciais podem colaborar em eventuais perdas de valor dos atos vinculados ao passivo ambiental; nesta questão, consultar G. Goffaux-Callebaut, “Les clauses de garantie de passif environnemental”, in M. Boutonnet (dir.), *Le contrat et l’environnement. Étude de droit interne, international et européen* [As cláusulas de garantia do passivo ambiental, em *O contrato e o meio ambiente. Estudo do direito nacional, internacional e europeu*], préf. G. J. Martin, postface M. Mekki, PUAM, 2014, p. 69 et s. Adde: M. Poumarède, Gérer le risque environnemental par le contrat? L’exemple des garanties de passif dans les cessions de droits sociaux [O contrato é um instrumento de gestão do risco ambiental? O exemplo de garantias do passivo na cessão de direitos sociais], in M.-P. Blin-Franchomme (dir.), *Sites et sols pollués: enjeux d’un droit, droit en jeu(x)*, [Sítios et solos poluídos: um desafio para o direito, o direito em jogo] Litec, coll. Colloques et débats, 2010, p. 227 et s.

50. J. Paillusseau, *Conditions de la mise en œuvre de la garantie* [As condições de execução da garantia]: Dr. et patr. 1994, n. 21, p. 34.

51. Deve-se lembrar que a Lei n° 76.663, de 19 de julho de 1976 sobre as ICPE foi objeto de uma aplicação retroativa, pois ela dizia respeito as ICPE anteriores que haviam cessado a sua atividade, v. CE 11 de abril de 1986, n. 62-234, Ministère de l’environnement [Ministério do Meio Ambiente] c/Sté dos produtos químicos Ugine-Kuhlmann: Rec. Lebon, p.89.

ção. Outra disposição deverá determinar a data de constituição do passivo ambiental que condicionará se o vendedor irá assumir o ônus do processo. Será necessário ainda efetuar um acordo sobre a duração da garantia que se fundamenta, geralmente, nos prazos de prescrição.<sup>52</sup> O art. L. 152 – 1 do Código Ambiental, que estabeleceu um prazo de 30 anos, parece ter um campo de aplicação controverso no qual a doutrina é compartilhada.<sup>53</sup> É preferível, portanto, aguardando um esclarecimento sobre o prazo de prescrição, enquadrar convencionalmente a duração da garantia.<sup>54</sup> Normalmente, a cláusula prevê uma garantia que cobre um prazo mínimo de 30 anos<sup>55</sup> e especifica, contudo, que esta garantia é ilimitada no tempo quando a poluição é o resultado de uma violação da regulamentação em vigor.<sup>56</sup>

O primeiro dado material é relativo ao preço, que é essencial em caso de cessão de direitos sociais. Nem sempre é fácil determinar um preço na fase do contrato preparatório. Neste caso, convém redigir uma cláusula de fixação do preço por um perito ou por um terceiro avaliador (C. civ., art. 1.592).<sup>57</sup> Normalmente, recomenda-se a redação de uma cláusula de ajuste dos preços

---

52. H. Dubout, *Le fonctionnement des garanties de passif dans le temps [O funcionamento das garantias do passivo no decorrer do tempo]*: BJS déc. 1999, p. 1154, n° 267.

53. Com relação a esta interpretação da disposição aplicada a um único prejuízo ecológico puro, M. Boutonnet, *Réforme de la prescription civile et responsabilité civile environnementale [Reforma da prescrição civil e responsabilidade civil ambiental]*: *Environnement* 2008, n. 11, étude 14, spéc. n. 15.

54. Vale lembrar que “a prescrição de trinta anos suscetível de afetar a obrigação de cumprir a reabilitação do sítio que pesa sobre o explorador de uma instalação classificada, o seu sucessor ou a pessoa que o substituir, não tem qualquer incidência, de uma parte, sobre o exercício, a qualquer época, pela autoridade administrativa com o poder de polícia especial conferida por lei na presença de perigos ou inconvenientes manifestados no sítio onde teria sido explorada tal instalação, e, de outra parte, sobre o comprometimento eventual da responsabilidade do Estado a este título, o juiz das medidas provisórias da *Cour administrative d'appel* de Nantes comprometeu o deus despacho de um erro de direito”, CE, 12 abril de 2013, n. 363282, citado no *Recueil Lebon*.

55. M.-C. Leproust-Larcher e J.-C. Chevallier, “Difficultés de mise en place d’une garantie de passif lors d’une cession de contrôle dans une société commerciale [As dificuldades de substituir uma garantia do passivo durante uma cessão de controle em uma sociedade comercial]”: *Defrénois*, 2002, p. 499, spéc. n. 24.

56. G. Goffaux-Callebaut, *Les clauses de garantie de passif environnemental [As cláusulas de garantia do passivo ambiental]*, n. 29, p. 83.

57. D. Tricot e Y. Paclot, *Arbitrage et garantie de passif [Arbitragem e garantia do passivo]*: *Dr. et patr.* 2008, n. 166.

que permite ao cessionário efetuar uma auditoria posteriormente à aquisição dos títulos.<sup>58</sup> O segundo dado material se refere ao montante da garantia. Um limite é judicial e degressivo no tempo.<sup>59</sup> O terceiro dado material diz respeito ao objeto da garantia. A regra é simples e valiosa para o redator: todos que não estiverem inscritos formalmente no ato não serão assegurados. Um acórdão da *Cour d'appel de Nîmes*<sup>60</sup> de 15 de maio de 2008 evidencia de maneira precisa esta interpretação rigorosa do objeto da garantia.<sup>61</sup> O cedente de uma área de acampamento se comprometera a garantir a conformidades das instalações com as disposições legislativas e regulamentares relativas à higiene, segurança, salubridade e ao meio ambiente. O mau funcionamento do sistema de eliminação das águas residuais invocado pelo cessionário não é abrangido por esta garantia. O objeto deverá igualmente mencionar o tipo de poluição e o limiar de acionamento da garantia. O último dado material se refere à “garantia da garantia”. Com a finalidade de proteger contra uma eventual insolvência do devedor, sobretudo fora dos casos onde a lei impõe a constituição dessa garantia, é conveniente constituí-la por convenção: caução bancária, garantia à primeira solicitação, carta de intenção da sociedade-mãe, depósito de terceiros, fundo fiduciário, garantia de montantes pecuniários ou de instrumentos financeiros,<sup>62</sup> constituição de um seguro de responsabilidade para o cedente ou de um seguro de responsabilidade por danos para o cessionário.<sup>63</sup>

Enfim, é preciso integrar determinados dados de procedimento ao ato. Trata-se, inicialmente, de especificar a maneira por meio da qual a garantia será executada: o adquirente deve comunicar o vendedor? De que modo?<sup>64</sup> O vendedor tenciona intervir nos processos que serão autorizados contra o adquirente? É necessário prever uma cláusula de “condução de processo” por

---

58. No que diz respeito a esta cláusula, consultar: C. Hausmann e P. Torre, *Les garanties de passif [As garantias do passivo]*, EFE, 2007, n. 100.

59. *Ibid.*, n. 185.

60. Tribunal de Instância de Nîmes (n.t.).

61. CA Nîmes, 15 de maio de 2008, n. 06/1456.

62. Exemplo para a prática de redação: v. O. Herrnberger, “Fiche pratique”: *Environnement et développement durable, [Informações práticas. Meio ambiente e desenvolvimento sustentável]* déc. 2012, p. 84.

63. A. Fink, *L'assurance de la garantie de passif, Actes pratiques ingénierie sociétaire [A segurança da garantia do passivo, Atos práticos engenharia societária]*, 2003, n. 67, p. 3.

64. Na ausência de previsão de informação, que não é obrigatória, se ela for comprovada e não for respeitada por causa de uma ineficiência da garantia do passivo, consultar F. Deboissy e G. Wicker: JCP G 2009, 405.

meio da qual o vendedor substitui o adquirente para todas as ações exercidas contra este último? O vendedor deve efetuar a reabilitação do bem ou ele se limita a contribuir financeiramente com os trabalhos realizados pelo adquirente? Neste último caso, o vendedor deve reembolsar o adquirente pelas despesas realizadas ou conceder adiantamentos para a realização dos trabalhos? Enfim, é preciso interrogar as partes para verificar se a cláusula de garantia é concedida com a característica *intuitu personae*, proibindo qualquer forma de cessão a um terceiro. Na sua ausência, a cláusula de garantia do passivo é um crédito<sup>65</sup> não transmitido automaticamente<sup>66</sup> com o bem, mas pode ser cedido com o cumprimento das formalidades dos arts. 1.689 e seguintes do CC.<sup>67</sup>

Ao invés de administrar a dívida imputada ao vendedor, o redator pode organizar, por contrato, a transferência da dívida ambiental a um terceiro.

## 6.2. A transferência convencional da dívida a um terceiro

Para abordar de forma objetiva as opções oferecidas ao redator, é importante diferenciar os bens localizados fora das ICPE dos bens de domínio das ICPE.

Nas áreas externas às ICPE, existem cláusulas contratuais que permitem que a responsabilidade financeira do passivo ambiental fique a cargo de um terceiro ou de um adquirente.<sup>68</sup> Estas são, de certa forma, as garantias do passivo em proveito do vendedor. Elas são frequentemente analisadas, tais quais as cláusulas limitativas de responsabilidade e, por conseguinte, são consideradas não documentais entre profissional e consumidor ou não profissional (Código do Consumidor, art. R. 132 – 1, cláusula irrefutavelmente abusiva) e privada de efeito em caso de falta dolosa ou de negligência grave (C. civ., art. 1150). Entre particulares ou entre profissionais, elas são perfeitamente válidas, pois trata-se de uma cláusula banal de não garantia, cláusula de tomada de posse

65. Cass. com., 9 de outubro de 2012, n. 11 – 21528.

66. Cass. com., 27 de maio de 2013, n. 12 – 15119.

67. Outras cláusulas poderiam prever a possibilidade de executar um mecanismo de compensação entre as obrigações do vendedor e os deveres do adquirente, v. por ex. Cass. 3.<sup>a</sup> civ., 11 de setembro de 2013, n. 12 – 15425: Meio ambiente e desenvolvimento sustentável, dezembro de 2013, com. 83, por M. Boutonnet.

68. CA Paris, 17 de setembro de 2013, n. 12/02203, SA Rhodia c/SA Sanofi : Rev. sociedades, 2014, p. 297: A descoberta de um passivo ambiental contaminado transferido a filial durante a sua criação não representa por si uma falta da sociedade-mãe. Nem a estrutura financeira da filial nem o dispositivo convencional da garantia colocada em vigor não são suficientes para provar uma dotação insuficiente da sociedade-mãe durante a filiação.

do bem no estado. Uma precaução especial se impõe ao profissional quando uma série de contratos é aplicável. Efetivamente, na presença de uma cláusula de não garantia incluída na primeira venda entre um vendedor inicial e um primeiro adquirente, esta cláusula seria oponível ao subadquirente que quisesse invocar uma ação em garantia contra o vendedor inicial.<sup>69</sup> Entretanto, se houver uma cláusula de não garantia no contrato celebrado entre o adquirente e o subadquirente, o vendedor inicial não pode se valer desta cláusula de não garantia em caso de ação exercida contra ele pelo subadquirente.<sup>70</sup>

O contrato de arrendamento merece igualmente a atenção dos redatores. O arrendador poderia, de fato, fazer pesar sobre o novo arrendatário uma obrigação de reabilitação do bem poluído pelo antigo locatário. O art. 1.720 do Código Civil, que dispõe que o arrendador entregue “o bem em um bom estado de conservação de qualquer espécie”, configura-se como uma regra supletiva a qual é possível derogar. Estas obrigações podem também ser repassadas ao novo licenciado.<sup>71</sup>

A transmissão da dívida ambiental nas ICPE apresenta inúmeras dificuldades. Em primeiro lugar, o último explorador não pode introduzir ao ato uma cláusula de não garantia, pois a *Cour de cassation* definiu que a obrigação de reabilitação que recai sobre o último explorador é de ordem pública.<sup>72</sup> O que vale para a obrigação de reabilitação deveria valer também para todas as obrigações legais com relação ao meio ambiente, como sugere a *Cour d'appel* nesta questão. Em seguida, é possível, para o último explorador (C.env., art. L. 512 – 6 – 1) e, poderíamos pensar, para o proprietário/detento (através do novo art. L. 556 – 3 do Código Ambiental), transferir o encargo financeiro de uma reabilitação para o adquirente. Em contrapartida, durante muito tempo, a transmissão da obrigação administrativa da reabilitação não era aceitável. O último explorador de atividade econômica continuava a ser responsável tanto pela administração quanto em relação a terceiros a quem a convenção era inoponível.<sup>73</sup> Contudo, a situação deve evoluir em um futuro próximo. A lei Alur de 24 de março de 2014 prevê a introdução de um novo art. L.512 – 21, I, do Código Ambiental, autorizando a substituição de um terceiro interessado (adquirente ou promotor-controlador da poluição) que satisfaz certas con-

69. Cass. 3.<sup>a</sup> civ., 26 de maio de 1992, n. 90 – 17703: Bull. Civ. III, n. 175.

70. Cass.3.<sup>a</sup> civ., 16 de novembro de 2005, n. 04 – 10824: Bull.Civ. III, n. 222.

71. Cass. 3.<sup>a</sup> civ., 17 de dezembro de 2002, n. 01 – 11074; RD imm, mai-jun de 2003, p. 244, nota F.G.Trébulle.

72. Cass. 3.<sup>a</sup> civ., 3 de novembro de 2011, n. 10 – 14986 e 10 – 30549.

73. Nos termos do direito público, CE, 8 julho de 2005, n. 247976. Nos termos do direito privado, Cass. 3 e civ., 16 de março de 2005, n. 03 – 17.875: D.2006, p.50, nota M. Boutonnet.



dições relativas a sua competência e às garantias subscritas. Esta proposição foi formulada durante o *Congrès national des notaires* de 2008, pelos mestres François-Jean Coutant e Olivier Salvador.<sup>74</sup> Contudo, a título subsidiário<sup>75</sup>, o último explorador ou o proprietário detentor (ainda que a lei não o mencione formalmente, mas mediante remissão para o futuro art. L. 556 – 3 do Código Ambiental) permanece responsável em caso de não cumprimento por parte do terceiro substituído e de uma ineficiência da garantia.

## 7. A PREVENÇÃO DO PASSIVO AMBIENTAL

A prevenção consiste em desenvolver técnicas contratuais, seja para proibir certas atividades que podem ser a causa de um passivo ambiental (1), seja para controlar o exercício de certas atividades poluentes (2).

### 7.1. Proibição de certas atividades

Como o redator poderia ajudar um vendedor a proteger a integridade ambiental de seu bem? Inúmeras soluções são oferecidas a ele. A inserção de uma cláusula de proibição através da qual o adquirente se comprometeria a não exercer tais atividades e a impor tal proibição aos seus próprios adquirentes com a desvantagem de criar um simples direito pessoal não oponível a terceiros.<sup>76</sup> A fim de proteger a integridade ambiental de seu bem, o proprietário poderia utilizar, se necessário, o regulamento condominial ou a agenda de encargos. Com a introdução de uma cláusula limitante de destinação do bem ou de uma parte do bem ou por meio da inserção de uma cláusula ambiental, ele tornaria esta cláusula oponível a todos os futuros adquirentes de um lote.<sup>77</sup> Poderíamos considerar, também, a constituição de uma servidão ambiental, mas ela supõe a existência de um fundo de financiamento e um fundo dominante, o que não vem ao caso, a menos que o proprietário não ceda uma parcela cujo objeto é a proteção do meio ambiente e que se constitui, posteriormente, uma servidão entre os dois fundos antes da venda. Este fato é, no entanto, dispendioso e deveria reduzir o valor

74. 104<sup>e</sup> *Congrès des notaires* de France [104<sup>o</sup> Congresso dos Notários da França], Desenvolvimento Sustentável. Um desafio para o direito, prec. espec. p. 441 e ss.

75. Para uma análise crítica, consultar. O. Herrnberger, Point de vue pratique du notaire sur le transfert de la charge de la dépollution et sur la situation du propriétaire [Percepção prática do notário sobre a transferência da ação de despoluição e sobre a situação do proprietário], préc.

76. Relativa à responsabilidade do notário, Cass. 3 e civ., 13 de dezembro de 2011, n. 10 – 27305: RDC 2012, p.932 e s., nota M. Mekki.

77. Cass. 3.<sup>a</sup> civ., 13 de junho de 2012, n. 11 – 18791, FS – PB.

do seu bem. Não se pode considerar um direito real de regime especial, uma forma de servidão sem o fundo dominante, um direito real confirmado por um acórdão da *Maison de Poésie* de 31 de outubro de 2012<sup>78</sup> que evoca o princípio de liberdade de criação de direitos reais desmembrado sem o respeito às regras de ordem pública? Porém, para ser eficaz, este direito deverá ser permanente ou ficar em vigor por um longo período de tempo. Ou, um acórdão da terceira seção civil da *Cour de Cassation* de 28 de janeiro de 2015, pode colocar em questão a característica permanente deste direito real de regime especial. O acórdão parece remeter ao prazo de 30 anos dos arts. 619 e 625 do CC na ausência da indicação das partes sobre a duração. Ele sugere, contudo, que uma duração superior a 30 anos seria desejável em caso de estipulação contratual. É exequível uma duração 99 anos? O debate está aberto mesmo que alguns autores sejam bastante duvidosos.<sup>79</sup> No futuro, talvez, a lei sobre a biodiversidade<sup>80</sup> assegurará uma obrigação genuína com relação ao meio ambiente e será extremamente útil para proteger a integridade ambiental de um bem<sup>81</sup>, transferindo eventualmente a sua gestão a um fiduciário<sup>82</sup> e recorrendo a leis já existentes em outros países com o nome de “servidão ambiental” ou “servidão de conservação”.<sup>83</sup>

78. Cass. 3.<sup>a</sup> civ., 31 de outubro de 2012, n. 11 – 16304, PB:JCP G 2013, n. 5, doct.124, com. n. 2, obs.M. Mekki.

79. Cass. 3.<sup>a</sup> civ., 28 de janeiro de 2015, n. 14 – 10013, FS – PBRI: JCP G 2015, n. 9, 252, nota R. Revet; JCP N 2015, n. 1, § 1.<sup>o</sup> e direito comparado” e se fecham aspas na nota de rodap. 8 – 9, 1083, nota M. Julienne e J. U Barry.

80. Proj.lei AN n. 1847, 26 de março de 2014.

81. O art. L. 132-3 do Código Ambiental seria assim redigido: “É permitido aos proprietários dos bens imobiliários contratar uma coletividade pública, um estabelecimento público ou uma pessoa física de direito privado para proteger o meio ambiente em vista de criar o seu encargo, assim como o encargo dos proprietários sucessivos do bem, as obrigações genuínas que assim lhes parecem, por conseguinte, tais obrigações existem para finalizar a manutenção, a gestão ou a restauração dos elementos da biodiversidade ou dos serviços ecossistêmicos em um espaço natural, agrícola ou floresta. O período de duração da obrigação e os termos de rescisão devem figurar no contrato celebrado entre as partes. O proprietário não pode, sob pena de nulidade absoluta, aceitar tais obrigações ambientais genuínas após acordo prévio e escrito com o beneficiário. O projeto de lei sobre biodiversidade afirma que a obrigação ambiental genuína faz parte de instrumentos que permitam agir à favor da biodiversidade.

82. Y. Zerrouk, *Gestion des sites et sols pollués et fiducie*, in *Les sites pollués: un enjeu pour les professionnels de l’immobilier [Gestão dos sítios poluídos e fundo fiduciário, em Os sítios poluídos: um desafio para os profissionais do setor imobiliário]*, préc., 1112.

83. M. Boutonnet et M. Mekki, *Environnement et conservation easements. Pour une transposition en droit français? [Meio ambiente e servidão ambiental. Por uma transposição*

As mesmas proibições podem não estar presentes em um contrato de cessão, mas sim, em um contrato de arrendamento. O arrendador pode, então, proteger a integridade ambiental do bem definindo claramente o seu destino, proibindo que o arrendatário exerça uma atividade poluente, e estabelecendo um sistema de garantia a fim de assegurar que eventuais violações do arrendatário possam ser sancionadas de forma eficaz.

Sem a proibição, ainda é possível controlar o passivo ambiental gerindo as atividades de risco.

## 7.2. Controle de certas atividades

Estas cláusulas de controle são frequentes nos contratos de arrendamento. O proprietário pode, então, subordinar o exercício da atividade à exigência de certas garantias financeiras. Ele pode exigir do arrendatário-explorador a utilização de certas técnicas de exploração menos poluentes. O arrendador pode também impor normas de comportamento ao arrendatário-explorador se apoiando em diversas disposições que reconhecem o direito ao contrato de arrendamento no Código Civil (obrigação de desfrutar o bem como uma pessoa sensata – C. civ., art. 1.728, 1.º, obrigação de respeitar o bem, art. 1.728, 1.º –, ou obrigação de conservar o bem – art. 1730). Com a jurisprudência e logo que a lei coloque a cargo do proprietário-detentor uma responsabilidade subsidiária, fundamentada na negligência, torna-se cada vez mais urgente que o proprietário-arrendador introduza no contrato de arrendamento cláusulas que atestem a inexistência da sua culpa.<sup>84</sup> Esta questão, ainda mais importante que o novo dever de vigilância que está atualmente em discussão na *l'Assemblée nationale*,<sup>85</sup> poderia inspirar a jurisprudência dos solos poluídos e se tornar o fundamento da responsabilidade de um proprietário-arrendador que não tenha tomado todas as medidas para prevenir o surgimento de um passivo ambiental. Ao inserir no contrato de arrendamento as cláusulas de supervisão e de controle (obrigação de prestação de contas do arrendatário, visitas realizadas pelo arrendador, verificações com relação às normas ambientais, obrigação de

---

*no direito francês?*]: JCP G 2012, n. 39, 1023. Adde, M. Mekki, *Conservation easelements et droit américain*, in *Contrat et environnement. Etude de droit comparé [Serviço ambiental e direito americano, em Contrato e Meio ambiente. Estudo de direito comparado publicação recente]*, Bruylant, 2015, à paraître.

84. X. Lièvre e F. Muller, *Lenjeu des conventions de jouissance*, in *Les sites pollués: un enjeu pour les professionnels de l'immobilier [O desafio das convenções de participação, em Os sítios poluídos: um desafio para os profissionais do setor imobiliário]*, préc., 1111.

85. Assembleia Nacional (n.t.).

eliminar os resíduos, constituição de garantias financeiras em caso de não execução, obrigação de subscrever um seguro especial etc.), o arrendador estabelecerá, facilmente, a ausência de qualquer culpa da sua parte.

### PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- Da avaliação do passivo ambiental, de Patrícia Carvalho – *RDA* 32/216-226 (DTR\2003\703);
- O direito de desenvolvimento sustentável, de Arnaldo Wald – *RT* 930/105 (DTR\2013\2539); e
- O meio ambiente e o registro de imóveis, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 57/111-147, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 3/1.201-1.242 (DTR\2004\424).

# A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA ITÁLIA: O CASO DA SERVIDÃO COERCITIVA

*THE SOCIAL ROLE OF THE PROPERTY IN ITALY: THE CASE OF COERCIVE SERVITUDE*

VITULIA IVONE

Departamento de Ciências Jurídicas (Escola de Direito), Universidade de Salerno.  
vituliaivone@unisa.it

ÁREA DO DIREITO: Processual; Constitucional

**RESUMO:** No presente trabalho, a autora aborda a função social da propriedade na Constituição Italiana, bem como sua influência no Código Civil, além de conceituar o instituto da servidão e comparar a servidão voluntária e a servidão coercitiva no sistema italiano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Registro de imóveis – Função social da propriedade – Servidão voluntária e coercitiva.

**ABSTRACT:** This article addresses the social role of property in the Italian Constitution, as well as their influence in the Civil Code, in addition to conceptualize the servitude institution, and compare the voluntary and coercive servitude in the Italian system.

**KEYWORDS:** Property registry – Social role of the property – Voluntary and coercive servitude.

SUMÁRIO: 1. A função social da propriedade na Constituição italiana – 2. Em particular: os arts. 42 e 43 da Constituição italiana – 3. A função social e as influências do Código Civil de 1942 – 4. O princípio latino “*nemini res sua servit*” – 5. O quadro da servidão para o direito italiano – 6. A servidão coercitiva – 7. Alguma consideração final.

## 1. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO ITALIANA

O regime de propriedade na Constituição italiana representa a síntese entre as três principais tendências ideológicas que permeiam todo o sistema constitucional: o marxismo, o solidarismo católico e o liberalismo europeu-continental. No entanto, a contribuição oferecida nesta matéria da tradição liberal é decididamente mais modesta do que os estímulos provenientes das outras duas culturas políticas.

Na verdade, a necessidade de dar espaço para as instâncias “emergentes” da justiça social em relação à propriedade resultou na formulação de uma norma,

que significa, em primeiro lugar, um carácter inovador em relação às declarações contidas nas cartas do século XIX.

A primeira evidência disso é o fato de que a atual Constituição não trata da propriedade privada na formulação dos “princípios básicos”, mas somente na Parte I, relativa aos direitos e deveres dos cidadãos, e no título III, dedicado a “relações econômicas”. Tal circunstância nega ao instituto da propriedade o reconhecimento como atributo da personalidade humana, ao contrário do que aconteceu sob a força do Statuto Albertino de 1848, o que incluía “todas as propriedades, sem exceção” (art. 29) no grupo dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Na passagem entre um sistema jurídico constitucional e outro, houve, portanto, um tipo de suavização conceitual dos direitos de propriedade, que – como um apreciável direito especialmente em termos de capital econômico – foi colocada em um patamar menos importante do que os direitos da personalidade do proprietário (liberdade pessoal, liberdade política e religiosa, direito à autodeterminação, o direito à saúde etc.).<sup>1</sup>

A lei, como um instrumento para regular a existência e o exercício do direito de propriedade, não só é um limite para o seu exercício “abusivo”, mas também é a suprema garantia contra possíveis ferimentos contra a vontade do seu titular (cd “princípio de reserva de lei”).<sup>2</sup>

Esta garantia cobre essencialmente um duplo significado: por um lado, configura o instituto da propriedade como um elemento estrutural de todo o sistema legal; enquanto, por outro lado, tende a determinar uma resistência especial das situações individuais de propriedade frente a possíveis intervenções arbitrárias da Administração Pública.

No primeiro sentido, considera-se que quaisquer limitações à propriedade privada, mesmo se ditadas pela necessidade de perseguir “justiça social”, não só nunca pode ser separada de um apoio político parlamentar legítimo, mas não pode mesmo ir tão longe ao ponto de esvaziar o direito substantivo

1. Muitas leituras do art. 42 atribuíram à propriedade um significado muito mais em sintonia com os cânones da tradição: por exemplo, Francesco Santoro Passarelli – um dos juristas italianos mais eminentes do século XX – tinha que o fato de a disposição constitucional falar de “reconhecimento” do direito à propriedade, dava nota de uma mera recepção *ab externo* do fenômeno, considerado, portanto, entendido como uma expressão de uma “lei superior” não escrita e “preexistente da lei escrita”. F. Santoro Passarelli, *Proprietà privata e Costituzione. Riv.trim.dir. priv.*, 1972.
2. F. Bocchini, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977.

---

IVONE, Vitúlia. A função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 397-410. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

de qualquer conteúdo e valor real.<sup>3</sup> No segundo sentido, no entanto, se quer afirmar a necessidade de que quaisquer medidas expropriatórias devem ser sempre “no sentido formal” cumpridores da lei, e intrinsecamente compatíveis com as exigências da generalidade e abstração, incorporados no princípio da igualdade (art. 3.º, da Constituição). É, pois, evidente que a utilização da reserva de lei representa uma garantia adequada para a propriedade privada, especialmente se acompanhado pela necessidade de uma séria e eficaz opção em caso de expropriação.<sup>4</sup>

## 2. EM PARTICULAR: OS ARTS. 42 E 43 DA CONSTITUIÇÃO ITALIANA

A Constituição italiana, em seu art. 42,<sup>5</sup> trata da “Função Social da Propriedade” e modifica a estrutura tradicional reconhecida a tal direito: representa

- 
3. W. Cesarini Sforza, *Proprietà e impresa, La concezione fascista della proprietà privata* (a cura della Confederazione Fascista dei Lavoratori dell'Agricoltura), Roma 1939, p. 361-377; F. Carresi, *La proprietà terriera privata. Commentario sistematico alla Costituzione italiana* (diretto da P. Calamandrei e A. Levi), Firenze, 1950, vol. I, p. 385-406; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951; S. Pugliatti, Considerazioni sul potere di disposizione, *Diritto civile, Saggi*, Milano 1951, p. 33-62; S. Pugliatti, *Proprietà e lavoro nell'impresa* (relazione al Congresso nazionale di diritto del lavoro di Taormina), *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1954, VI, 1, p. 135-152; G. Capograssi, *Lambiguità del diritto contemporaneo, Opere*, vol. V, Milano, 1959, p. 385-427; G. Pescatore, *Considerazioni sul 'diritto' di proprietà, Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, vol. II, Torino 1960, p. 1257-1268; S. Rodotà, Note critiche in tema di proprietà, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1960, XIV, p. 1252-1341; S. Romano, Sulla nozione di proprietà, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1960, XIV, p. 337-352; F. Vassalli, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà, Studi giuridici*, vol. II, Milano 1960, p. 329-334; S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, rist. 1964; P. Rescigno, *Proprietà, diritto reale e credito*, Jus, 1965, XII, p. 472-480; S. Rodotà, *Proprietà (diritto vigente), Novissimo digesto italiano*, vol. XIV, Torino s. d. (ma 1967), coll. 125-146; S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969; S. Rodotà, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*, *Politica del diritto*, 1970, I, p. 463-468; P. Rescigno, Per uno studio sulla proprietà, *Rivista di Diritto Civile*, 1972, XVIII, 1, p. 1-67; P. Cendon, P., *Proprietà, riserva, usucapione*, Napoli, 1977; P. Cavalieri, *Iniziativa privata e costituzione 'vivente'*, Padova 1978.
  4. Neste último aspecto, não se pode deixar de mencionar a decisão “histórica” do Tribunal Constitucional (sentença 348/2007), que declarou a inconstitucionalidade do art. 5.º a Lei 359/1992, na medida em que, ao determinar a extensão da indemnização a pagar aos proprietários expropriados, identificou um “limiar mais baixo do que o justo mínimo, aceitável, sério e adequado”.
  5. “Art. 42. La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

---

IVONE, Vitulua. A função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 397-410. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

uma radical inovação no modo de disciplinar a propriedade – pública e privada –, no modo de analisar a propriedade, no modo de coordenar os interesses privados com os interesse gerais. E se trata de uma fórmula com evidentes valores ideológicos.

O texto do artigo é o resultado de uma complexa obra de coordenação entre dois distintos textos normativos sobre a tutela da propriedade, que foram propostos durante os trabalhos preparatórios à Constituição, em duas diversas subcomissões: o primeiro se aproximava a doutrina cristã e se colocava a meio caminho entre as posições liberais e aquelas coletivistas, especialmente em um momento em que, por um lado era reconhecida a propriedade privada como o fruto do trabalho e da poupança para garantir a liberdade e desenvolvimento da pessoa e de sua família, e de outro, finalizava-se todas as atividades de intervenção na economia com o escopo de tornar acessível a todos a propriedade, o direito ao trabalho e a uma vida digna.

O segundo texto, proposto na sede de outra subcomissão, aproximava-se muito do texto atual, ressaltando o papel de intervenção de garantia a cargo do Estado.<sup>6</sup>

A referência a uma propriedade tanto pública quanto privada demonstra a intenção do legislador em distinguir as duas áreas: de fato, na base das duas situações, existem interesses diversos que não podem não incidir sobre a estrutura do poder e sobre as formas de seu exercício. Enquanto a propriedade privada é um direito subjetivo, a propriedade pública foi entendida como potestade, mesmo que tal distinção tenha perdido progressivamente o seu significado.

A função social da propriedade, sancionada pelo art. 42, co.2 da Constituição, está descrita entre os dispositivos próprios de um sistema capitalista:<sup>7</sup> se-

---

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.

“a legge stabilisce le norà generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.”

6. S. Rodotà, *La proprietà all'assemblea costituente*, *Pol. dir.*, 1979, p. 413-418.

7. S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1960, p. 1252 e ss.



gundo esta definição, a função social da propriedade é revelada, nos países de democracia ocidental, como o instrumento na qual uma sociedade que reconhece a propriedade privada dos bens, tenta dar a esta um mais amplo respiro para trazer benefícios adequados.<sup>8</sup>

De acordo com uma abordagem diferente, o § 2.º só garantiria a existência da propriedade privada, individualização que decorre do § 1.º, que fala de pertença: esta última assume conotações diversas, ou mesmo é considerada como uma apropriação privada,<sup>9</sup> como sujeição do bem à disponibilidade de seu titular e como possibilidade para este último de prosseguir o seu interesse, sem a mediação de outra pessoa.<sup>10</sup>

Na mudança de perspectiva, implementada pela Constituição democrática do pós-guerra, a constitucionalização da propriedade e das instituições fundamentais do direito civil tem o profundo sentido de alterar o conteúdo intrínseco da situação subjetiva em função da realização de finalidade supraindividual.

Predominante aparece a orientação que não limita o conteúdo do § 2.º a uma reserva relativa de lei, uma vez que essa leitura entraria em conflito com o reconhecimento de garantia da propriedade privada, também contida no texto constitucional. Daqui resulta a impossibilidade de privar o direito para reduzi-lo a uma forma vazia, sem substância, e ao mesmo tempo a necessidade de proteger um núcleo fundamental, que contem a faculdade de gozo e de disposição voltados à realização da função social.

Nota-se que não é possível individualizar um único conteúdo mínimo da propriedade válido para todas as situações, devendo-se, em vez, individuar os conteúdos mínimos dos estatutos proprietários específicos.<sup>11</sup>

No recente debate sobre a função social da propriedade,<sup>12</sup> à luz da jurisprudência comunitária,<sup>13</sup> põe-se em relevo a sua natureza ambígua:<sup>14</sup> a

---

8. G. Palermo, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011, p. 63 e ss.

9. V. Scalisi, Proprietà e governo democratico dell'economia, *Riv. Dir. Civ.*, 1985, I, p. 232.

10. A. Iannelli, *La propriet  costituzionale*, Camerino: Napoli, 1980, p. 57 e ss.

11. P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della "propriet "*, Napoli, 1970.

12. L. Nivarra, La propriet  europea tra controriforma e "rivoluzione passiva", *Eur. Dir. Priv.*, 2011, I, p. 617; M. Jaeger, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 351-352. Segundo esses autores, não sendo eclipsada a fun o social da propriedade – mais uma vez entrar na pele de um Estado de coexistência entre todos os interesses dentro do bloco social dominante – parece apropriado para se concentrar sobre o caso da propriedade intelectual que   verdadeiramente paradigmático. De fato, por um lado, a sua breve assimila o solene   propriedade definitiva, juntamente com a sua enorme expansão

propriedade, que no século XIX tinha uma natureza estável, tornou-se – nos últimos tempos – imprevisivelmente instável, ao ponto de forçar o proprietário a raciocinar com novos produtos e novos mercados.<sup>15</sup>

### 3. A FUNÇÃO SOCIAL E AS INFLUÊNCIAS DO CÓDIGO CIVIL DE 1942

Com a promulgação da Constituição – depois da queda do regime fascista, a conclusão do período bélico, bem como do início da reconstrução do país – deu-se um momento de “histórica” transformação na disciplina da propriedade.<sup>16</sup>

---

e superproteção, denota sua ascensão à categoria de forma predominante de riqueza e, ao mesmo tempo, consagra o papel de modo poderoso de acumulação de capital à custa dos bens comuns, tais como o conhecimento e a informação. Por outro lado, as limitações a que, como vimos, está sujeita.

13. O direito à propriedade foi recentemente reconsiderado pelo Tribunal de Justiça, 22.01.2013, causa C-283/11, Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk, *Riv. Dir. Comm.*, 2013, p. 3, con nota di M. Marini, *Il caso Sky Austria: continuità e discontinuità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di proprietà* que enfatiza como a notícia deste acórdão reside no fato de que, ao contrário a pronúncia anteriores, “a função social aqui [...] envolve uma compressão dos poderes legislativos de gozo e à disposição do titular do direito, mas sem acesso a direitos de propriedade, considerado incompressível, mas a liberdade de iniciativa econômica”. Do referido acórdão, v. também as considerações de M. R. Marella, *La funzione sociale della proprietà*, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2013, p. 562.
14. O retorno da função social da propriedade também pediu pelo debate em curso sobre os bens comuns, de modo que se tornou recentemente objecto de atenção nos ensaios L. Nivarra, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2013, p. 503 e ss.; U. Mattei, *Una primavera di movimento per la “funzione sociale” della proprietà*, p. 531 e ss.  
Sobre os bens comuns, consulte C. Hess e E. Ostrom, *Panoramica sui beni comuni della conoscenza, La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, a cura di C. Hess e E. Ostrom, Bruno Mondadori, Milano, 2009, p. 3; L. Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune, Oltre il privato e il pubblico. Per un diritto dei beni comuni*, em editada por M.R. Marella, Verona, 2012, p. 71.
15. L. Nivarra, *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”*, *Eur. dir. priv.*, 2011, I, p. 610.
16. G. Pisanelli, G. Scialoja e P.S. Mancini, *Commentario del Codice di Procedura Civile*, I, Napoli, 1875, p. 494 e ss.; C. Esposito, *Note esegetiche sull’art.44 Cost.*, *Riv. Dir. Agr.*, 1949, I, p. 158; S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; S. Rodota, *Note critiche in tema di proprietà*, *Riv. Trim.*, 1960, p. 1315; U. Breccia, I. Brusuglia, F. D. Busnelli, F. Giardina, A. Giusti, M. L. Loi, E. Navarretta, M. Paladini, D. Poletti, M. Zana, *Diritto privato*, parte seconda, Torino, 2004, p. 789; C. Camardi, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Seconda edizione, Ristampa, Jovene editore, 2010,

---

IVONE, Vitúlia. A função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 397-410. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

A fórmula da função social da propriedade – para a qual são importantes os diferentes significados associados às garantias das propriedades e às funções da República para remover as diferenças econômicas e sociais entre os cidadãos – significava, já na discussão para a Assembleia Constituinte, uma grande conquista. Piero Calamandrei tinha precisamente considerado a fórmula da função social da propriedade como o emblema da nova sociedade civil que se estava construindo após o período da ditadura, um verdadeiro sinal da evolução social que externava o melhor do fracasso, ainda não realizado: algo não alcançado, mas prometido.<sup>17</sup>

Primeiro, em 1942, art. 832 do Código Civil não havia trazido grandes inovações no processo legislativo que mudou gradualmente o modelo tradicional de propriedade.

É muito interessante ler o Código Civil italiano no âmbito histórico em que deu os primeiros passos: a economia de 1940 – apesar de as primeiras atividades industriais – ainda era predominantemente agrícola.

O papel central da terra foi inserido nos primeiros artigos do terceiro livro do Código Civil, ainda que sob a ótica de uma utilização sua diretamente pelo seu proprietário.

O art. 832 diz que “O proprietário tem o direito de gozar e dispor das coisas totalmente e exclusivamente, dentro dos limites e com a observância das obrigações estabelecidas pelo sistema legal”.

Em relação à evolução da instituição ao longo do tempo, o direito de propriedade é total e exclusivo, mas não absoluto. Na verdade, há limites positivos e negativos para o seu exercício.

Os limites legais podem ser divididos em duas classes: a primeira inclui os limites impostos no interesse público; a segunda os limites identificados pelo legislador para o benefício privado.

A fim de analisar o conteúdo dos limites estabelecidos por referência para o público, já sabemos que o art. 42 da Constituição dá à propriedade uma função social: este direito pode ser parcialmente ou totalmente sacrificado em favor da criação de um interesse público.

O Código, e certas leis especiais, identificam as instituições apropriadas para atender ao fim social. Podem ser mencionado a título de exemplo: a ex-

---

p. 136; P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.)*, Enc. Dir., XXXVII, Milano, 1988; G. Alpa; A. Fusaro, *La metamorfosi del diritto di proprietà*, Milano, 2011.

17. F. Carresi, *La proprietà terriera privata*, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* (diretto da P. Calamandrei e A. Levi), Firenze 1950, vol. I, p. 385-406.

propriação para o domínio público, a requisição, o emprego, a construção do imóvel, a disciplina da propriedade da terra.<sup>18</sup>

As restrições em prol do interesse privado, no entanto, governam as relações entre propriedade vizinha e os litígios decorrentes de seu direito de gozo da propriedade (distâncias entre edifícios, luzes, água, gotejo).

Os limites estabelecidos no interesse público devem ser distintos da servidão, particular classe de direitos reais que são caracterizados como um ônus que recai sobre um imóvel destinado a constituir uma utilidade em favor de um imóvel diferente cuja propriedade é dirigida a outra pessoa. Outras e principais características dos direitos de propriedade são a elasticidade, ou seja, a atitude para expandir novamente quando deixarem os limites que a comprimiam, e a imprescritibilidade.<sup>19</sup>

#### 4. O PRINCÍPIO LATINO "NEMINI RES SUA SERVIT"

Do ponto de vista histórico, o período no qual na Itália nasce o Código Civil, é caracterizado principalmente pela presença das atividades agrícolas: embora os setores industriais já houvessem sido estimulados, é a terra que desempenha um papel ainda central, tendo em conta a sua utilização direta pelo proprietário.<sup>20</sup>

O legislador sentiu a necessidade de fazer face às novas exigências, às novas necessidades da vida e, por esse motivo, garante a disponibilidade do que é necessário para a satisfação de tais intentos; contemporaneamente, a lei cumpre a tarefa de assegurar ao proprietário do imóvel a sua concreta usabilidade, cuja falta poderia comprometer o bom uso do imóvel.

---

18. Art. 840 do Código Civil italiano diz, "A propriedade da terra se estende até o subsolo, com tudo o que ele contem, e o proprietário pode fazer qualquer escavação ou trabalho sem prejuízo ao vizinho. Esta disposição não se aplica ao assunto das leis sobre as minas, pedreiras e turfeiras. Eles também estão sujeitos a limitações decorrentes das leis sobre antiguidades e artes plásticas [839], na água [909], as obras de água e outras leis especiais [Const. 42].

O proprietário do terreno não pode opor-se as atividades de terceiros que são mantidos em tais subsolo ou o espaço altura acima, que ele não tem interesse em excluí-los."

19. F. Santoro; Passarelli, *Diritti assoluti e relativi*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano s. d. (ma 1964), p. 748-755; ID., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova 1977, p. 51-67; Id., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1966, Rist. 1978.

20. G. Alpa; M. Bessone; A. Fusaro, *Costituzione economica e diritto di proprietà. Materiali in tema di funzione sociale della proprietà*, Poteri dei privati e statuto della proprietà, Roma, 2002.

Antes de abordar a questão sobre o contraste entre a servidão voluntária e a servidão coercitiva, bem como da tipicidade ou atipicidade do conteúdo da servidão, deve-se considerar que o legislador de 1942 pretendeu não definir a servidão, talvez com a intenção de captar o aspecto puramente funcional e operacional dentro do contexto econômico e social.

Quando no art. 1.027 o Código Civil italiano qualifica a servidão como o ônus imposto a um imóvel para a utilidade de um outro imóvel pertencente a proprietário diverso, aparece claramente a inspiração romanística do instituto.

Em outras palavras, para o Código Civil, a servidão é qualificada como uma restrição, em conformidade com a máxima “*nemini res sua servit*” (Ninguém pode ter um direito de servidão em uma coisa sua).

O termo descreve um princípio básico no instituto da servidão: o imóvel dominante e o imóvel serviente devem pertencer a diferentes proprietários. Se o proprietário de um dos dois imóveis adquire a propriedade do outro imóvel, haverá confusão, e a relação de servidão será extinta.

Este princípio foi temperado pela jurisprudência, que excepcionou o caso do proprietário em condomínio de imóvel que é também o único proprietário de outro bem imóvel em que a servidão é estabelecida. Neste caso, não haverá confusão, não se considerando os imóveis como tendo uma origem comum, porque em relação a um imóvel somente uma parte ideal pertence ao proprietário do outro imóvel, havendo outros coproprietários.<sup>21</sup>

Sobre o imóvel serviente não pode ser imposta uma subserviência completa para o fundo dominante, o que ocorreria se a imposição da servidão implicasse a completa impossibilidade de realizar qualquer atividade no imóvel serviente.

Por outro lado, a limitação permanente do complexo feixe de poderes de que é titular o proprietário do imóvel serviente, qualifica-se como um comportamento de natureza passiva que pode consistir em um tolerar o exercício de um direito específico pelo proprietário do imóvel dominante, ou um “não fazer”, para não impedir um direito específico de proibir que mantem o mesmo proprietário do fundo dominante.<sup>22</sup>

O princípio *nemini res sua servit* é efetivo “apenas se uma única pessoa é o titular do imóvel serviente e do dominante, e não quando o proprietário de um deles é também proprietário de parte do outro, porque neste último

---

21. Cass.civ., 28 gennaio 1985, n.434, *Riv. Giur. Ed.*, 1985, I, p. 445.

22. G.Gabrielli, *Fra tipicità e atipicità del contratto: locazione o servitù irregolare?*, *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, p. 359 e ss.; giurisprudenza, Cass., 11.01.1999, n. 190, p. 1215 e ss., *Riv. Not.*, 1999.

caso, a inter-relação é dada pela concorrência de outros detentores do bem comum. E a esta conclusão chega-se também em matéria de condomínio, sendo configurável no mesmo edifício a propriedade comum como coisa distinta da individual, seja sob o ponto de vista material, sendo identificáveis as coisas do condomínio, seja da titularidade do direito, dado que, enquanto aquele que tem a propriedade exclusiva das coisas individuais é um sujeito individual, o proprietário das coisas comuns é uma pessoa plúrima e diversa”.<sup>23</sup>

## 5. O QUADRO DA SERVIDÃO PARA O DIREITO ITALIANO

O instituto da servidão é um instituto central no terceiro livro do Código Civil italiano: ele é um instrumento da autonomia privada e responde às necessidades de caráter público.

A disciplina das servidões prediais – assim como ditada pelo art. 1027 e ss. – constitui um significativo ponto de referência pelo intérprete que, respeitoso da tradição e sensível à evolução dos ordenamentos, pretenda acolher, nas relações privadas, qual seja a posição adotada pelo legislador na alternativa entre uma intervenção de caráter público e o reconhecimento da autonomia privada que, como cedição, implica a liberdade de dispor.<sup>24</sup>

Segundo o art. 1.027 do Código Civil italiano, a servidão consiste no ônus imposto sobre um imóvel (assistente), para a vantagem de um imóvel limítrofe ou vizinho (principal).

As servidões são direitos reais (do latim *praedium* = imóvel) que pressupõem a existência de dois imóveis. Duas são as condições representadas pela norma:

- Que os limites físicos das propriedades sejam próximos, permitindo assim o exercício da servidão. Não constituem servidão predial os direitos e as servidões de uso público (como, por exemplo, o dos cidadãos que tem o direito de visitar uma vila de interesse artístico ou passear em um parque);
- Deve ser reconhecida uma utilidade eficaz, mesmo que não perpétua, mas provisória (a utilidade não é subjetiva e sim objetiva, referida ao objeto na sua concreta destinação e formação).

Na verdade, a servidão, como direito real de gozo sobre coisa alheia, configura-se como um dos limites ao modo pleno e exclusivo no qual o proprietário

---

23. Cass. 17 luglio 1998, n. 6994.

24. V. Spagnuolo-Vigorita, *Liniziativa privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959; *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962.

tem o direito para gozar e dispor das suas próprias coisas.<sup>25</sup> E este limite encontra-se na sua razão na utilidade objetiva que resulta para o imóvel dominante, de modo que se origina uma relação de instrumentalidade entre a servidão e a fruição do imóvel dominante, dispensando qualquer mudança na propriedade dos imóveis, como fica claro em muitos julgamentos.<sup>26</sup>

O legislador de 1942 excluiu a possibilidade de que um ato positivo – um “fazer” – possa integrar o conteúdo de um direito de servidão no sentido estrito, sendo tal relação geralmente reconduzida ao mecanismo das relações obrigacionais, ou, quando se trate de um ato positivo que surge como obrigação conexa a um direito real, considera-se-o na figura da obrigação *propter rem*.

A doutrina tem qualificado este fenômeno da sujeição do imóvel serviente ao fundo dominante como inerência passiva. Próxima a esta situação, há a inerência ativa, por força da qual o direito de servidão é inseparável da propriedade do imóvel dominante. Como consequência, tem-se que o direito de servidão é inalienável e, portanto, não pode ser transferido separadamente da propriedade do imóvel dominante, assim como não é possível transferir o exercício do direito de servidão.

De acordo com a definição do Código Civil italiano de 1942, a servidão é o instituto instrumental ao exercício do direito ao gozo do imóvel serviente por qualquer pessoa que venha a ser proprietário do imóvel dominante, e transfere-se em simultâneo com a transferência da propriedade do imóvel dominante.

Do ponto de vista da função, o Código Civil confiou à servidão a tarefa de realizar uma utilidade, ainda que futura, para o benefício do bem dominante. A análise desse instituto presente no Código Civil sugere que o legislador deixou um grande espaço para a atuação dos sujeitos privados, de modo a que possam eles concretamente atingir seus objetivos, com vistas ao único limite inafastável da ordem público.

## 6. A SERVIDÃO COERCITIVA

Depois de dar uma definição ampla, o código distingue entre servidão voluntária e coerciva: a primeira é caracterizada pela sua capacidade de ser constituída por meio de negócio jurídico, ou através de comportamentos de fato que sejam tais a ponto de gerar uma hipótese de usucapião ou de destinação de

---

25. C. Mortati, *Indirizzi costituzionali della disciplina della proprietà fondiaria*, *Rivista di Diritto Agrario*, 1944- 1947, XXIII-XXVI, 1, p. 3-13.

26. Corte Ap. Brescia, 1 aprile 2009, *Il Corr. del Merito*, n. 10, p. 967, 2009.

---

IVONE, Vitulía. A função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 397-410. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

pai de família. A servidão voluntária é assim fruto de uma livre determinação dos sujeitos privados, os quais, para alcançar seus próprios interesses, resolvem estabelecer um direito de servidão, cujo conteúdo não está tipicamente previsto pelo legislador.<sup>27</sup>

Diferentemente, na servidão coercitiva, o proprietário do imóvel serviente não pode eximir-se do acordo contratual com o proprietário do imóvel dominante, porque é a este último que a lei dá o direito potestativo “*ad servitutum habendam*”, pelo qual ele pode obter a constituição da servidão mesmo contra a vontade do proprietário do imóvel serviente. Na verdade, neste caso particular, se o proprietário do imóvel serviente se recusa a celebrar o contrato, o proprietário do imóvel dominante poderá obter um provimento jurisdicional constitutivo da servidão.

Como coercitiva, tal servidão pode surgir apenas em determinados casos que são tipicamente determinadas pela lei: neles o sistema jurídico tem encontrado uma necessidade de assegurar que a utilidade derivada daquela servidão possa efetivamente produzir-se sem obstáculos.

Deve-se esclarecer que o interesse geral garantido pela natureza coercitiva de algumas servidões, não elimina as posições dos sujeitos privados de maneira total e injustificada: na verdade, a posição do proprietário do imóvel serviente encontra a sua tutela na previsão normativa por força da qual, no sentido do art. 1.032 C.C., co.3, antes do pagamento da indenização, o proprietário do imóvel serviente pode opor-se ao exercício da servidão, apesar da sentença constitutiva ter se tornado definitiva.

## 7. ALGUMA CONSIDERAÇÃO FINAL

Na doutrina, mesmo entre aqueles que reconhecem a existência de um conteúdo mínimo da propriedade, não há clareza e harmonia sobre seu conteúdo: para alguns, ele se traduz no pertencimento e na utilização do bem, para outros, o conteúdo mínimo é verificável no reconhecimento da iniciativa econômica no reenvio a um direito fundamental expresso no mesmo corpo social, qual seja, o *prius* respeito à Constituição formal.

---

27. E. Finzi, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, *Archivio Giuridico*, 1923, XC, p. 52-72; Id., *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze, 1935, p. 154-184; M. S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963; Id., *Basi costituzionali della proprietà privata*, *Politica del diritto*, 1971, II, p. 443-501; A. Gambaro, *‘Jus aedificandi’ e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975.



O reclamo à função social contido na Constituição já tinha sido tentado na elaboração da legislação contida no Código Civil e já naquela ocasião a noção havia sido amplamente discutida. Entende-se ainda mais que a sua introdução no art. 42 tenha suscitado críticas e sobretudo múltiplas perplexidades interpretativas.

A aplicação imediata do princípio foi questionada por aqueles que excluíaam que a função social pudesse tornar-se o princípio geral da matéria.

Quanto à relação de qualificação entre a essência do direito de propriedade e a função social, a melhor doutrina fornece uma solução diferenciada entre a propriedade privada que “*tem*” uma função social e a propriedade pública que “*é*” uma função social e, portanto, é um poder.

A partir do quanto exposto, torna-se evidente que o problema relacionado com a individualização do significado do papel atribuído à função social da propriedade não é apenas metodológico ou meramente classificatório: é um problema de interpretação e de aplicação de fórmulas contidas na Constituição, de modo que o pleno respeito dos direitos e dos valores nela expressos, impõe uma avaliação séria da função social, impedindo que o intérprete possa relegá-la a um plano não jurídico, mas moral, social ou econômico. Na verdade, trata-se de uma norma com caráter juridicamente vinculante tanto para o legislador quanto para os cidadãos.

A doutrina enfatiza o papel promocional da função social da propriedade: ela não pode ser exclusivamente interpretada de acordo com os interesses da produção, da empresa e do seu empoderamento. Esses fatores – embora importantes para o bem-estar econômico de um país – não representam o fim do ordenamento jurídico, mas um meio para alcançar interesses qualitativamente diferentes e hierarquicamente prevalentes.

Faz-se necessário ler o art. 42 do C.C em conjunto com o art. 2 Const., para entender que a função social é entendida como um empurrão promocional para a realização dos valores da pessoa.

O campo específico da servidão coercitiva enfatizou a relação existente entre a dimensão privada dos interesses individuais e a sua inserção dentro do contexto social. Esta contaminação entre autonomia privada e a intervenção das instituições públicas, com a função de assegurar à coletividade a satisfação de certas exigências, protegendo algumas posições do indivíduo, emerge com clareza.

**PESQUISAS DO EDITORIAL****Veja também Doutrina**

- A validade da distinção clássica entre direito público e direito privado no âmbito dos direitos reais mediante o princípio da função social da propriedade, de Luiz Gustavo Vasques de Moraes – *RT* 958/73-97 (DTR\2015\10817);
- O direito de propriedade e a religião no ocidente. Notas sobre as bases católicas e protestantes do princípio da função social, de Maria Gabriela Telles Fontinelli e Igor Sporck da Costa – *RDPriv* 48/163-188 (DTR\2011\4699).

The background features a light gray grid pattern overlaid with several large, overlapping, semi-transparent circles in various shades of gray, creating a complex geometric design.

# Debates e Temas Polêmicos



## DA DOAÇÃO A INCAPAZ – VOLTEMOS ANTES OS OLHOS AO CASO CONCRETO

---

*THE REAL ESTATE ACQUISITION THEME BY INCAPABLE PERSON*

**SÉRGIO JACOMINO**

Especialista em Direito Registral Imobiliário pela Universidade de Córdoba – Espanha. Doutor em Direito Civil pela Unesp. Membro do Comitê Científico do Cinder-Ipra – Centro Internacional de Direito Registral, com sede em Madri, Espanha. Registrador Imobiliário em São Paulo, Capital. sergiojacomino@gmail.com

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral; Civil

O tema de aquisição de imóveis por incapazes agitou os debates envolvendo notários e registradores a partir da decisão proferida pela juíza da 1.<sup>a</sup> Vara de Registros Públicos de São Paulo, Dra. Tânia Mara Ahualli, em dúvida suscitada por nós.<sup>1</sup>

Esta edição da Revista de Direito Imobiliário oferece a seus leitores a lição de Vitor Frederico Kumpel e Bruno de Ávila Borgarelli que se debruçaram sobre o tema da doação a incapaz, oferecendo-nos interessantes lições acerca desse tormentoso problema doutrinário.

Não discuto frontalmente, neste opúsculo, as teses esposadas pelos autores. Grassa, na doutrina, certa dissensão acerca do caráter contratual fundado na opção do legislador constante do art. 538 do CC/2002 (“o contrato”). Além disso, discute-se a natureza da aceitação (ficta?) nos casos de doação a absolutamente incapaz.<sup>2</sup>

Estas questões, embora importantes, são periféricas e passaram ao largo do tema enfrentado na dúvida.

- 
1. Processo 1055983-36.2015.8.26.0100, São Paulo, j. 07.07.2015, Dra. Tânia Mara Ahualli, *DJe* 22.07.2015.
  2. Esta é a opinião, por exemplo, de Sylvio Capanema de Souza in *Comentários ao novo Código Civil*. TEIXEIRA; Sálvio de Figueiredo. vol. VIII, 92, n. 6. Cfr., ainda, seus comentários ao art. 543, citando a opinião de Caio Mário da Silva Pereira (op. cit. p. 148 et seq.).

Afinal, quais foram os fundamentos da dúvida suscitada e que acabaram por render tantas discussões?

Preliminarmente, é bom que se diga: jamais se cogitou de qualificar o negócio jurídico como *doação com encargo*. Sabemos que o fato de se reservar o usufruto ou de serem impostas cláusulas restritivas de impenhorabilidade e incomunicabilidade não transmuta a doação pura em modal ou condicional. Tratava-se, inequívoca e reconhecidamente, de uma doação pura. Diga-se que nem mesmo a decisão de procedência exarada no processo de dúvida fundou-se nesse aspecto. Simplesmente, este não foi o óbice oposto aos interessados na consecução do registro e não foi objeto de cogitação na suscitação da dúvida.

Não se desconhecia, igualmente, o teor do art. 543 do CC/2002, que dispensa a aceitação da doação quando feita a incapaz. A questão não mereceu destaque, nem se instaurou qualquer controvérsia acerca desse aspecto.

A doação trazia, no corpo da escritura, a aceitação dos menores, por seu representante legal, sem que se declarasse no título a razão pela qual a mãe comparecia perante o tabelião naquela condição.

Dispensável que fosse a aceitação, o simples fato de se a declarar expressamente e a reduzir a termo no instrumento notarial levaria o registrador a considerar a necessidade de se justificar a razão pela qual o negócio foi assim entabulado. Especialmente porque, uma vez declarada a aceitação da doação pelos menores, a representação, a teor do art. 1.690 do CC/2002,<sup>3</sup> deveria ser de ambos os pais, conjuntamente.<sup>4</sup> Vejamos a redação do dispositivo:

“Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.”

Não se deve presumir disposições ociosas na escritura tabelioa. A razão do comparecimento do representante legal deveria ser declarada na escritura pública. Além disso, deveria ser justificada a ausência, falta ou impedimento do pai.

3. A mesma exigência vamos encontrar no art. 8.º do CPC/1973 e no art. 142 do ECA.

4. CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; e PELUSO, César (org.). *Código Civil comentado*. 7. ed., São Paulo: Manole, 2013. p. 1919.

Nada disso se fez, gerando uma lacuna que haveria de ser colmatada, já que o negócio poderia simular, eventualmente, um adiantamento de legítima, já que a donatária-mãe foi qualificada como solteira, assim como o doador, que não guarda qualquer vínculo manifesto com as partes na escritura.

Veremos que os precedentes que gravitam o tema posto em debate partem de certas presunções que, bem ou mal, foram levadas em consideração para se decidir pela denegação do registro em vários casos.

Vamos, pois, examinar, com certa disposição crítica, a orientação geral que se extrai das recentes decisões do Conselho Superior da Magistratura e da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo. Elas partem de uma tomada de posição: a de que se não deve presumir, *tout court*, que toda e qualquer aquisição imobiliária representaria um benefício ao menor.

De fato, formou-se uma orientação jurisprudencial que sufraga a tese de que o registrador deve se abster de registrar escrituras públicas em que menores incapazes adquirem bens imóveis sem a supervisão judicial, *especialmente nos casos de omissão de circunstâncias reputadas relevantes* que, em virtude do articulado do instrumento, devam constar expressa e formalmente do ato notarial.

Vejamos com atenção os precedentes e reconheçamos o estado da jurisprudência administrativa e registral no Estado de São Paulo.

Preliminarmente, visitemos as conhecidas Normas de Serviços da Corregedoria-Geral de Justiça que, na letra *e* do item 41 do Capítulo XIV, rezam:

“O Tabelião de Notas, antes da lavratura de quaisquer atos, deve: exigir os respectivos alvarás, para os atos que envolvam espólio, massa falida, herança jacente ou vacante, empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial, incapazes, sub-rogação de gravames e outros que dependem de autorização judicial para dispor ou adquirir bens imóveis ou direitos a eles relativos, sendo que, para a venda de bens de menores incapazes, o seu prazo deverá estar estabelecido pela autoridade judiciária.”

Notem que as normas não fazem qualquer distinção entre atos *onerosos* ou *graciosos*. Pela regra, para a prática de *quaisquer* atos notariais que envolvam incapazes, quando comparecem perante o tabelião representados, deve ser exigido o alvará judicial.

Este o ponto: uma vez que os incapazes, por seus representantes, manifestaram a aceitação, ainda que se a considere ficta, nada mais lógico que se exigisse o competente alvará judicial, aclarando as circunstâncias que guardavam o negócio.

A regra das Normas de Serviço, bem se vê, está dirigida a notários. Já os registradores deveriam obstar o acesso do título acaso o alvará não tivesse sido exigido pelo notário?

É evidente que sim. Todas as questões aqui examinadas pela via da jurisprudência foram objeto de qualificação registral e de ulterior suscitação de dúvida. O registrador pode e deve – trata-se de um poder-dever – zelar pela segurança jurídica dos atos e negócios jurídicos que visem a atualizar a situação jurídica.

A primeira decisão, que inaugurou a série, se deu no Processo CG 96.323/2013,<sup>5</sup> envolvendo escritura de compra e venda de bem imóvel adquirido por menores representados pela genitora.

O tema ferido na decisão foi a compra e venda de bem imóvel em nome de incapaz e julgou-se imperiosa a apresentação de alvará judicial. Note-se, de passagem, que ficou ali consignado que, fosse o caso de uma doação pura, “excepcionalmente, haveria necessidade de cautelas para a prática do ato com a finalidade de se examinar se tal atende aos interesses dos menores, porquanto, por vezes, pode haver ônus aos donatários”.

No precedente que se seguiu,<sup>6</sup> a hipótese era, ainda, aquisição onerosa de imóvel por incapaz. O caso, uma vez mais, foi objeto de qualificação negativa e de suscitação de dúvida pelo Oficial do Registro. O magistrado de 1.º grau, ao julgá-la, ponderava que “a aquisição do imóvel em nome do menor, com pagamento do preço feito com valor que não lhe pertence, *não lhe trará nenhum prejuízo*, mas, ao contrário, *apenas benefícios*, com o aumento de seu patrimônio, pois, a lei e as normas de serviço, vedam a lavratura de escritura de compra e venda de imóvel na hipótese de o numerário utilizado pertencer ao menor outorgante comprador, situação inexistente no caso em tela”.

O Conselho Superior da Magistratura, contudo, não sufragou esse entendimento. É do relatório: a “aquisição de um bem não é sinônimo de benefício, pois, é preciso verificar a lisura do negócio, se o preço corresponde ao real valor de mercado, se não recai nenhum ônus sobre o imóvel, e outros aspectos que visam atender a finalidade da norma legal”. E segue ressoando a ideia de que a exigência de alvará, nessas hipóteses, visa a “impedir que eventual má administração, pelos pais, dos bens de seus filhos, implique a assunção de obrigações que possam causar prejuízos a estes, de maneira que há necessidade de comprovar o interesse do incapaz na aquisição do bem, para que o alvará seja expedido”.

5. Processo CG 96.323/2013, Americana, j. 28.06.2013, Des. José Renato Nalini, *DJe* 17.07.2013.

6. ApCiv 0007371-65.2014.8.26.0344, Marília, j. 11.05.2015, rel. Des. Elliot Akel, *DJe* 16.06.2015.



O acórdão fez repousar suas conclusões em precedente recente do próprio Conselho, cuja ementa é a seguinte:

“Registro de imóveis – Escritura de compra e venda – Aquisição de bem por menor incapaz – Origem desconhecida dos recursos – Necessidade de alvará judicial – Verificação, pelo Ministério Público e pelo órgão jurisdicional, da efetiva proteção do interesse do menor – Menor representado apenas pelo pai, sem justificativa para ausência da mãe na escritura – Impossibilidade de registro – Recurso provido.”<sup>7</sup>

Na dicção do art. 1.691 do CC/2002, prevê-se que os pais não podem alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

O v. aresto avaliou que a compra e venda representou, na verdade, a contratação de uma obrigação – o pagamento do preço “que ultrapassa, obviamente, os limites da mera administração”. Portanto, “não havendo qualquer comprovação de necessidade ou evidente interesse do incapaz”, a aquisição deveria ter sido feita mediante autorização judicial por meio de alvará.

A decisão parece apontar à necessidade de se indicar, no ato notarial, a origem dos recursos para a aquisição do bem. De outro modo, haveria de se presumir que os recursos eram do incapaz. Ou, diversamente, que existiria, sob cortinas, – também aqui uma mera presunção – uma doação modal com seus nexos de interdependência entre a aquisição do bem e a doação do numerário. Nesse cenário presumido, bastaria a instrumentalização do negócio de doação modal e o que remanesceria, de toda a sorte, seria meramente a necessidade de recolhimento do ITCMD pela doação de numerário. E *tollitur quaestio*.

Em suma: a origem dos recursos não fora declarada na escritura. Dessa omissão nasceria a presunção de que os recursos seriam do incapaz. Via de consequência, ocorreria a contratação de obrigação que ultrapassaria os limites da simples administração, sendo necessário, como consectário lógico, o alvará judicial. O Ministério Público sugeriu – uma vez mais por presunção – que a omissão estaria a mascarar um concílio fraudulento contra credores ou o fisco. É o que se lê no venerando aresto.

A última das decisões acha-se no bojo do julgamento da AC 0009498-73.2014.8.26.0344, assim ementada:

---

7. ApCiv 0072005-60.2013.8.26.0100, São Paulo, j. 07.10.2014, rel. Des. Elliot Akel, DJ 03.12.2014.

“Dúvida – Registro de imóveis – Aquisição de imóvel por menor de idade – Ausência de alvará judicial – Necessidade de verificar se o negócio implica em assunção de obrigações prejudiciais ao menor – Origem de recursos para a compra, ademais, não mencionada na escritura – Sentença de improvimento da dúvida reformada – Recurso provido.”<sup>8</sup>

Finalizo lançando as seguintes questões: para esses casos indicados, caberia sustentar a denegação de registro em virtude de circunstâncias que, deduzidas do silêncio do ato notarial, levariam à suposição de fraude? Estaríamos, no silêncio, diante de extrapolação dos limites de mera administração dos interesses do menor, *ex vi* do art. 1.691 do CC/2002? Presumir-se-ia, sempre, que a origem dos recursos seria do menor quando não declarada na escritura? A escritura seria o meio próprio para esclarecimento da origem dos recursos envolvidos no negócio?

Estas são as questões em aberto que mereceriam uma dedicada análise em busca do melhor entendimento da matéria intrincada da doação a incapaz.

Em conclusão, reafirmo que a questão enfrentada no caso concreto passou ao largo das considerações entretidas no artigo que abordamos nestas ligeiras considerações. Tem-se entendido que a exigência do alvará judicial para aquisição de todo e qualquer bem imóvel, a título oneroso ou gracioso, parte de presunções decalcadas do silêncio da escritura pública. Justamente para afastá-las, de rigor que as escrituras tabeliônicas esclareçam, tanto quanto possível, as circunstâncias que guardam o negócio jurídico por elas instrumentalizados.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Doação e encargo, de Nelson Nery Jr. – *Soluções Práticas de Direito Nelson Nery Jr.* 7/2014 (DTR\2014\17395);
- Negócios jurídicos entre pais e filhos, de Fernando Malheiros Filho – *RT* 798/144-162, *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 4/251-273 (DTR\2002\237); e
- O procedimento de partilha na separação judicial, no divórcio e na união estável, de Fernando Malheiros Filho – *RT* 787/82-99, *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 3/323-346 (DTR\2001\223).

8. Ap. Civ. 0009498-73.2014.8.26.0344, Marília, j. 19/08/2015, rel. des. Elliot Akel.

## DECISÃO JUDICIAL

---

### DÚVIDA – DOAÇÃO A MENORES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES – NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – PROCEDÊNCIA

---

TJSP – *Processo 1055983-36.2015.8.26.0100* – 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo – j. 07.07.2015 – rel. TÂNIA MARA AHUALLI – *DJ 22.07.2015*.

---

*Legislação: art. 1.691 do CC/2002.*

*1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo*

*Processo Digital: 1055983-36.2015.8.26.0100.*

*Classe – Assunto: Dúvida – Registro de Imóveis.*

*Suscitante: 5.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo.*

*Suscitado: Luis Medici.*

*Dúvida – Doação a menores absolutamente incapazes – Necessidade de autorização judicial – procedência.*

Vistos.

Trata-se de dúvida suscitada pelo Oficial do 5.º Registro de Imóveis da Capital, a requerimento de Luis Medici.

O suscitado apresentou para registro escritura de doação referente ao imóvel de transcrição n. 73.355, com reserva de usufruto e cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade. O título teve o ingresso recusado, pois dois dos donatários são menores impúberes e foram representados no ato pela mãe, sem a presença do pai.

Alegou o registrador que, conforme o art. 1.691 do CC/2002, atos de transmissão de propriedade devem ter prévia autorização judicial quando for parte menor de idade absolutamente incapaz, além de citar decisão do Conselho Superior da Magistratura nesse sentido.

Juntou documentos às f. 04-36.

Não houve impugnação pela suscitada (f. 37).

O Ministério Público opinou pela procedência da dúvida (f.41-42).

É o relatório. Decido.

Com razão o D. Promotor e o ilustre Oficial.

Conforme preceitua o art. 1.691 do CC/2002:

“Art. 1.691 – Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.”

A lei faz regra, e não exceção, da necessidade de autorização prévia do juiz. Desta forma, a única hipótese em que esta pode ser afastada refere-se a simples administração do bem do menor pelos genitores.

Ora, receber um bem imóvel, mesmo que por doação, acarreta obrigações ao titular de domínio, que não podem ser aceitas só pela vontade dos pais, que poderiam eventualmente agir em interesse próprio. Assim, cabe ao juiz decidir se a transferência do bem virá em benefício do donatário.

Contribuí, por fim, para a necessidade desta análise jurisdicional, a total omissão quanto à presença do pai dos menores, trazendo incertezas quanto ao interesse da mãe (representante), sobretudo porque o doador não tem relação de parentesco algum com as crianças.

Concluo que o óbice apresentado é válido e cabível, diante dos fatos e documentos apresentados. Ressalto que este juízo administrativo não pode emitir a declaração substitutiva da vontade do genitor, devendo o suscitado buscá-la em ação adequada.

Do exposto, julgo *procedente* a dúvida suscitada pelo Oficial do 5.º Registro de Imóveis da Capital, a requerimento de Luis Médici, mantendo o óbice registrário.

Não há custas, despesas processuais ou honorários advocatícios decorrentes deste procedimento.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

P.R.I.C.

São Paulo, 07 de julho de 2015.

TANIA MARA AHUALLI  
*Juíza de Direito*

# DA DOAÇÃO A INCAPAZ

---

## *THE DONATION TO INCOMPETENTS*

**VITOR FREDERICO KÜMPEL**

Doutor em Direito Civil pela USP. Pós-Doutorando em Direito Notarial e Registral pela Universidade de Coimbra. Magistrado do TJSP. Professor da graduação de Direito Civil e Hermenêutica Jurídica. Coordenador da Pós-graduação em Direito Notarial e Registral do Damásio. vitorkumpel@uol.com.br

**BRUNO DE ÁVILA BORGARELLI**

Pesquisador jurídico e bolsista da Fapesp e pesquisador sob a coordenação do Prof. Dr. Vitor Frederico Kümpel. avila.borgarelli@gmail.com

### **ÁREA DO DIREITO:** Civil

**RESUMO:** O presente trabalho aborda a questão da doação a incapaz, destacando, além dos problemas práticos, a existência de discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. O autor ainda caracteriza o instituto e aponta as falhas existentes no tratamento da matéria, tanto pelo Código Civil de 1916 quanto pelo atual Código Civil de 2002, abordando, ainda, a questão da aceitação da doação por donatário incapaz sob a ótica de cada um destes diplomas. Ao final, propugna soluções para o problema apresentado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Civil – Doação – Caracterização – Capacidade – Código Civil.

**ABSTRACT:** This article addresses the issue of dotation to incompetents, highlighting, besides the practical problems, the existence of a doctrinal and jurisprudential debate on the subject. The author characterizes the institute and points out the existing fails in the matter treatment, both by the Civil Code of 1916, and the current Civil Code of 2002, addressing also the issue of donation acceptance by incompetent done from the perspective of each of these degrees. Finally, gives solution to the problem presented.

**KEYWORDS:** Civil rights – Donation – Characterization – Capacity – Civil Code.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A doação: 2.1. Caracterização geral; 2.2. Consensual ou real?; 2.3. Doação pura e com encargo – 3. Oferta de doação – 4. Aceitação de doação: 4.1. Expressa, tácita, presumida; 4.2. Aceitação ficta – 5. O problema do donatário incapaz: 5.1. O Código Civil de 1916; 5.2 O Código Civil de 2002 – 6. Apontamentos para a solução do problema: 6.1. Doação a incapaz como ato unilateral; 6.2. O fundamento das incapacidades como justificativa da opção legislativa; 6.3. Ressalvas quanto ao tipo de doação. Mais um fundamento para a dispensa de aceitação – 7. Conclusões – 8. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Há muito tempo doutrina e jurisprudência se ocupam, no Brasil, do debate acerca da doação realizada a indivíduo incapaz. Apesar da tentativa de solução trazida pelo Código Civil de 2002, a discussão doutrinária se manteve e, a bem dizer, agravou-se em relação a alguns aspectos. Não bastasse a questão teórica, na prática o problema dá as caras.

A título de exemplo, temos um caso recentíssimo de suscitação de dúvida realizada por um oficial de registro de imóveis em relação ao registro de uma escritura de doação a menores impúberes.<sup>1</sup> Isso nos mostra a atualidade da

1. “*Processo 1055983-36.2015.8.26.0100*. Dúvida. 5.º Oficial de Registro de Imóveis x Luís Médici. Sentença: Dúvida – Doação a menores absolutamente incapazes necessidade de autorização judicial – Procedência. Vistos. Trata-se de dúvida suscitada pelo Oficial do 5.º Registro de Imóveis da Capital, a requerimento de Luís Médici. O suscitado apresentou para registro escritura de doação referente ao imóvel de transcrição n. 73.355, com reserva de usufruto e cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade. O título teve o ingresso recusado, pois dois dos donatários são menores impúberes e foram representados no ato pela mãe, sem a presença do pai. Alegou o Registrador que, conforme o art. 1.691 do CC, atos de transmissão de propriedade devem ter prévia autorização judicial quando for parte menor de idade absolutamente incapaz, além de citar decisão do Conselho Superior da Magistratura nesse sentido. Juntou documentos às f. 04-36. Não houve impugnação pela suscitada (f. 37). O Ministério Público opinou pela procedência da dúvida (f. 41-42). É o relatório. Decido. Com razão o D. Promotor e o ilustre Oficial. Conforme preceitua o art. 1.691 do CC: ‘Art. 1.691 – Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz’. A lei faz regra, e não exceção, da necessidade de autorização prévia do juiz. Desta forma, a única hipótese em que esta pode ser afastada refere-se à simples administração do bem do menor pelos genitores. Ora, receber um bem imóvel, mesmo que por doação, acarreta obrigações ao titular de domínio, que não podem ser aceitas só pela vontade dos pais, que poderiam eventualmente agir em interesse próprio. Assim, cabe ao juiz decidir se a transferência do bem virá em benefício do donatário. Contribui, por fim, para a necessidade desta análise jurisdicional, a total omissão quanto à presença do pai dos menores, trazendo incertezas quanto ao interesse da mãe (representante), sobretudo porque o doador não tem relação de parentesco algum com as crianças. Concluo que o óbice apresentado é válido e cabível, diante dos fatos e documentos apresentados. Ressalto que este juízo administrativo não pode emitir a declaração substitutiva da vontade do genitor, devendo a suscitada buscá-la em ação adequada. Do exposto, julgo procedente a dúvida suscitada pelo Oficial do 5.º Registro de Imóveis da Capital, a requerimento de Luís Médici, mantendo o óbice registrário. Não há custas, despesas processuais ou honorários advocatícios decorrentes deste procedimento. Oportunamente, arquivem-se os autos. P.R.I.C.”

questão, bem como a diversidade de argumentos aos quais se recorre na tentativa de equacionar a matéria.

Explorar-se-á aqui esse conteúdo, apontando-se as falhas existentes no tratamento da matéria sob o Código Civil de 1916 e sob o atual diploma, e ofertar-se-á, na medida do possível, alguma via para a solução.

## 2. A DOAÇÃO

### 2.1. Caracterização geral

Segundo o art. 538 do CC/2002, “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

É praticamente a reprodução do art. 1.165 do CC/1916, onde havia no entanto, ao final do período, a expressão “que os aceita”. A supressão, segundo alguns, ocorreu em vista da própria natureza da doação, isto é, *contratual*, pelo que se torna inútil falar expressamente em aceitação,<sup>2</sup> já que a dupla manifestação de vontade é marca dos negócios bilaterais. Mas já aí surgiu uma dúvida,<sup>3</sup> de todo modo.

Doação é um contrato unilateral,<sup>4</sup> formal<sup>5</sup> e marcado pela gratuidade. Haverá sempre uma transferência patrimonial, um deslocamento do patrimônio do doador em direção ao do donatário, com empobrecimento daquele e enriquecimento deste,<sup>6</sup> o que se dá sem contrapartida onerosa.

2. SOUZA, S. Capanema de. *Comentários ao novo Código Civil, arts. 533 a 578*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. VIII, p. 86.
3. S. Rodrigues. *Direito civil – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 3, p. 199.
4. Unilateral, obviamente, por haver obrigações apenas para uma das partes (o doador). Mas o negócio jurídico, no caso, é bilateral. Eis a explicação de Pontes de Miranda: “Contrato unilateral, a doação supõe bilateralidade do negócio jurídico, sem bilateralidade do contrato. Quem doa contrata, e o donatário, aceitando, apenas aceita o contrato, que é unilateral. Quem vende, vende a alguém que simultaneamente compra, de modo que há oferta e aceitação, com a qual – e já então – se conclui o contrato, que é bilateral” (*Tratado de direito privado*. Atualizado por Bruno Miragem. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 276, t. XLVI).
5. Ressalvada a hipótese de doações de bens de pequeno valor – as chamadas doações manuais – em que o contrato se aperfeiçoa com o consenso e imediata entrega da coisa. De regra, no entanto, a doação é contrato solene.
6. PEREIRA, C. M. Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013. vol. III, p. 215. O autor explica: “Se não houver a translação do valor econômico,

KÜMPFEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. Da doação a incapaz. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 421-438. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

A liberalidade é o elemento subjetivo, traduzido no *animus donandi*, que sempre há de existir.<sup>7</sup>

## 2.2. *Consensual ou real?*

O contrato de doação, para a doutrina majoritária, é consensual,<sup>8</sup> pois se aperfeiçoa com o acordo de vontades. Isso não obstante, mesmo aí existe controvérsia, em muito nascida da confusão terminológica e da imprecisão conceitual.<sup>9</sup>

Para Agostinho Alvim,<sup>10</sup> “em face do nosso direito a doação não é contrato consensual, nem real”, mas aproxima-se da compra e venda, onde o contrato se aperfeiçoa antes da *traditio*. Segundo o autor, o mero consenso “é impotente para aperfeiçoar o contrato de doação, que, por isso mesmo, nunca é consensual (...)”.<sup>11</sup>

Mas atente-se que, aí, a ideia de consenso se refere ao *simples* consenso, ou seja, aquele desprovido de forma escrita. É a ideia de *consensualismo*, pois, que de fato não caracteriza a doação, contrato formal, solene, conforme mandamento legal. Se se compreender por *consensual* aquela espécie de contrato onde nada mais se exige além do consenso das partes – isto é, onde não devem ser obedecidas certas formalidades<sup>12</sup> – diremos que, com efeito, o contrato de doação não é consensual.

Mesmo com essa fixação conceitual, no entanto, as dúvidas subsistem.

J. B. Villela, por exemplo, defende a natureza real do contrato de doação, e afirma a impossibilidade de um contrato ser consensual e real concomitan-

---

doação inexistente, ainda que esteja presente uma intenção liberal: a remissão de uma dívida beneficia o devedor, a renúncia de um direito favorece o obrigado; mas não são doações, porque o débito remido, como o direito renunciado, não envolve aquela transferência benéfica essencial”.

7. PONTES DE MIRANDA, F. C., *Tratado* cit., p. 271.

8. SOUZA, S. Capanema de. *Comentários* cit., p. 88.

9. Pontes de Miranda, no prefácio de seu “Tratado de direito privado”, advertia a respeito desses problemas, que infelizmente permeavam – como hoje permeiam – boa parte da doutrina.

10. *Da doação*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1972. p. 7.

11. *Idem*, p. 55.

12. PEREIRA, C. M. Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 55.



temente, atacando os autores que, segundo ele, assim se posicionam.<sup>13</sup> E diz claramente: “na doação, a tradição é ato formativo do contrato”.

Para o autor, o contrato de doação importa por si mesmo na transferência proprietária, o que se confirmaria pela expressão clara do art. 538: “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, *transfere* (...)”. A palavra *transfere*, nessa linha, orienta a classificação. Mas será isso suficiente para dizer que a *traditio* integra o contrato de doação, como ato formativo?

Se acatássemos essa teoria, por óbvio que aceitaríamos a natureza real da doação. Mas isso não pode ocorrer.<sup>14</sup> A perfeição do contrato de doação não requer a tradição. Se assim fosse, no caso de bens imóveis seria exigido o registro, concomitantemente aos demais atos formativos. Dir-se-ia, assim, que sem registro não há contrato de doação de bem imóvel, o que não parece viável. O registro dá a eficácia às doações de bens imóveis, mas não é requisito de validade do contrato.

Sob outro aspecto, por essa lógica de que a tradição é ato formativo da doação, não faria sentido sequer a existência do art. 541, parágrafo único, do CC/2002.<sup>15</sup> Isso porque, ao exigir que a transmissão se dê no átimo de instante seguinte à verbalização, o legislador indica: trata-se de uma doação que se aperfeiçoa com a *traditio*, configurando assim a única hipótese em que se pode cogitar de contrato real de doação, embora mesmo aí haja dificuldades, como já assinalado. Essa colocação excepcional do legislador não seria necessária (aliás, não seria logicamente viável) se todo contrato de doação já exigisse, para sua perfeição, a transmissão. Seria preciso dizer, apenas, que nas doações de bens móveis de pequeno valor o único diferencial é a ausência de forma escrita.

Tanto isso é verdade que Marcos Bernardes de Mello,<sup>16</sup> tratando dos negócios jurídicos consensuais e reais, explica que estes últimos são aqueles onde o

---

13. Contrato de doação – Pouca luz e muita sombra. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coords.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

14. Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições cit.*, p. 224) expôs e rebateu diretamente essa tese: “(...) o art. 538, declarando que pelo contrato de doação uma pessoa transfere bens de seu patrimônio para o de outra, suscita dúvida, parecendo induzir a uma exceção à regra geral, com que lhe atribuiria esta consequência translaticia direta da propriedade. Mera aparência, contudo. A regra dominante da aquisição da propriedade está firmemente enunciada no art. 1.245 em relação aos imóveis, e art. 1.267 para as coisas móveis”.

15. CC/2002, art. 541, parágrafo único. “A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição”.

16. *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 270.

suporte fático tem como elemento de seu núcleo, além do consenso entre as partes, o ato-fato da entrega da coisa, de tal sorte que “sua perfeição depende do ato real (= ato-fato) da tradição”. E entre os exemplos apresentados pelo autor desses negócios reais está, justamente, a doação de bem móvel de pequeno valor.

Tentemos reduzir o problema. Observando atentamente as diversas opiniões coletadas, pode-se buscar mais facilmente uma possível explicação para a controvérsia. Existe uma divergência conceitual que, desprezada por alguns, alimenta a confusão.

J. Ascensão<sup>17</sup> explica que os contratos são *reais* em dois sentidos: *quod effectum* ou *quoad constitutionem*. No primeiro caso derivam, do contrato, efeitos reais. Já o contrato real *quoad constitutionem* é aquele em que a entrega da coisa é elemento constitutivo.

No Brasil, onde se segue o princípio da tradição, é bem verdade que a distinção não parece ter aplicações práticas. De todo modo, abstratamente faz sentido.

Retomemos, então, a análise. Na doação, o consenso, reduzido à forma prescrita, não opera a transmissão proprietária. Não gera efeitos reais. Necessariamente deve haver a tradição, no caso de bens móveis, ou o registro, em se tratando de imóveis, para dar-se a transferência de domínio. Dessa forma, a doação “cria a obrigação de transferir a propriedade da coisa doada, mas não tem o efeito real de realizar aquela transmissão”.<sup>18</sup>

Ora, se pelos efeitos não é a doação um contrato real, e não se exige tradição como elemento formativo do contrato, pode-se dizer que, entre nós, a doação não se insere nem no grupo dos contratos reais *quod effectum* nem no grupo *quoad constitutionem*.

Pois bem. Sabemos, assim, o que a doação não é. O cuidado que se deve ter é na terminologia adequada para afirmar aquilo que ela é.

Falar em consensual, como se constatou, pode gerar o risco de confusão com aqueles sistemas em que o consenso, só por si, opera efeitos de transmissão, como o português e o francês. Estes seguem o princípio da consensualidade. Mas no Brasil, em virtude das características expostas, a perfeição contratual, via de regra, ocorre antes da transmissão. Aqui vigora o princípio da tradição.

---

17. *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 252.

18. PEREIRA, C. M. Silva. *Instituições cit.*, p. 224.

Somente se pode afirmar que a doação é, entre nós, consensual, no sentido de que o consenso produz os efeitos que, em nosso sistema, “fecham” o contrato; garantem sua perfeição.<sup>19</sup> Não significa dar-lhe efeitos reais, pois essa não é a regra que aqui vigora. Seus efeitos são *obrigacionais*. De igual modo, não significa retirar da doação a marca de formalidade que apresenta, por força da lei.

Diante do exposto, arrematamos expondo a conclusão a que chega Orlando Gomes:<sup>20</sup>

“A propriedade do bem doado somente se transmite pela *tradição*, se *móvel*, ou pela *transcrição*, se *imóvel*. O contrato é apenas o título, a causa da transferência, não bastando, por isso só, para operá-la. Nesse sentido é que se diz ser a doação contrato translativo do domínio. São obrigacionais os efeitos que produz. O doador obriga-se a transferir do seu patrimônio bens para o do donatário, mas este não adquire a propriedade senão com a tradição, ou a transcrição. Entre nós o domínio das coisas não se adquire *solo consensu*, regra válida tanto para a compra e venda e a permuta como para a doação.”<sup>21</sup>

É esta, rigorosamente, a melhor definição, à qual acedemos.

### 2.3. Doação pura e doação com encargo

Diz-se que a doação é pura quando existe mero benefício.<sup>22</sup> Nesse tipo de doação, o direito do donatário não encontra qualquer limitação; é a “liberalidade plena”.<sup>23</sup> Aqui, se houver fixação de prazo do doador para que o beneficiário aceite, o silêncio deste último interpreta-se como anuência à oferta (art. 539 do CC/2002).

Já na doação com encargo (chamada também de doação modal) existe para o donatário uma obrigação a ser cumprida, que na verdade não corresponde a uma contrapartida pelo que foi recebido. O encargo é, assim, um elemento accidental do contrato de doação. Não pode ser diferente, pois, caso o encargo se apresente como contraprestação, “desfigura-se o contrato, que passará a

19. RODRIGUES, S. *Direito civil*. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 3, p. 200.

20. *Contratos*. 26. ed., atualizado por A. Junqueira de Azevedo e F. P. C. Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 225.

21. Embora o texto fale em transcrição, hoje a terminologia correta é registro, no caso de bem imóvel, de acordo com o sistema da Lei 6.015/1973 (art. 168).

22. RODRIGUES, S. *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 203.

23. GOMES, O. *Contratos cit.*, p. 259.

constituir outra espécie, sem embargo de usarem as partes, impropriamente, o *nomen iuris* doação”.<sup>24</sup>

Nessa modalidade, havendo fixação de prazo para aceitação, o silêncio interpreta-se como recusa, diferentemente do que ocorre nas doações puras, conforme já apontado.

### 3. A OFERTA DA DOAÇÃO

Oferta de doação é o negócio jurídico unilateral realizado por um indivíduo que, mediante aceitação da contraparte, torna-se doador.

Em que momento deixa de haver mera oferta, e se forma o contrato?

A resposta é simples. No momento em que o donatário aceita a oferta. A exceção, que é precisamente o objeto deste estudo, está nos casos em que não há aceitação, por dispensa expressa do legislador.

### 4. ACEITAÇÃO DA DOAÇÃO

Uma vez que a doação é um contrato, e o elemento primeiro é a oferta do doador, sua perfeição exige aceitação, negócio unilateral. Esta compõe a essência do contrato de doação. Eis a regra.

A doutrina do século passado já se ocupara do tema. Carvalho de Mendonça afirmava que “a doação só é verdadeiro contrato após a aceitação do beneficiado por si ou por pessoa autorizada (...)”.<sup>25</sup> Já ressaltamos no início que o Código Civil de 1916 expressamente exigia a aceitação, em seu art. 1.165, o que foi suprimido pelo atual diploma.

A aceitação, garantindo a eficácia da oferta, garante também o aperfeiçoamento do contrato de doação. Existe e é válida a oferta do doador, por ele mesmo produzida. Ganha seus efeitos normais assim que o donatário a aceita, pelo que se perfaz, concomitantemente, o contrato.

A caracterização dessa situação, aliás, faz regra. Daí dizer a doutrina, em abordagem científica, que “a oferta e a aceitação são negócios jurídicos unilaterais que se fundem para formar o contrato”, sendo que este mantém sua unidade conceptual.<sup>26</sup>

Não há, desse modo, *contrato* de doação se não houver aceitação. Esta ideia nos é especialmente relevante, como mais adiante se verá.

24. PEREIRA, C. M. Silva. *Instituições* cit., p. 214.

25. *Contratos no direito civil brasileiro*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955. t. I, p. 38.

26. MELLO, M. B. *Teoria* cit., p. 109.

#### 4.1. Expressa, tácita, presumida

Expressa é a aceitação em que o donatário declara, por quaisquer meios diretos, seu aceite à oferta do doador.

Na aceitação tácita, tipo mais comum, o beneficiado adota comportamento concludente no sentido de aceitar o que se doa.

Aceitação presumida, de sua vez, é aquela em que se atribui prazo ao donatário para consentir com a doação, caso em que o silêncio do beneficiado toma-se como aceite, sendo pura a doação, e como recusa, sendo modal.<sup>27</sup>

#### 4.2. Aceitação ficta

Relacionada intimamente ao problema que aqui se está a estudar, por constituir construção doutrinária voltada justamente a uma tentativa primeira de solucioná-lo, é a aceitação chamada *ficta*. Caio Mário da Silva Pereira, analisando o art. 543 do CC/2002 – objeto deste estudo – aponta haver aí a tal ficção, pois, segundo ele, não pode ser afastado de todo o consentimento, nem negada a natureza contratual à doação.

O problema que envolve as declarações fictas de vontade – e que aqui nos desperta grande interesse – é o de sua colocação no âmbito do negócio jurídico, quando na verdade isso não pode acontecer.

Significa dizer, acatando a explicação da doutrina especializada, que uma declaração ficta está fora do plano negocial.<sup>28</sup> Isso ocorre porque essas declarações prestam-se a preencher um “suposto-de-fato”, dando-se aí a conclusão de P. Mota Pinto,<sup>29</sup> para quem

“(…) não se exigindo que por interpretação se possa afirmar a existência de uma declaração negocial, nem que, por outro lado, do ponto de vista subjectivo exista ‘consciência da declaração’, parece-nos que estamos fora do domínio negocial.”

Com base nesses apontamentos é que deixamos já consignada a impossibilidade de resolver a questão da doação a absolutamente incapaz através do recurso a um aceite ficto. Isso não serve para manter a caracterização contratual da doação.

---

27. PEREIRA, C. M. Silva. *Instituições cit.*, p 217.

28. PINTO, P. Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

29. *Declaração cit.*, p. 720-721.

## 5. O PROBLEMA DO DONATÁRIO INCAPAZ

A questão fundamental aqui abordada diz respeito à doação feita ao sujeito incapaz. Como se aplicaria, nesse caso, a regra da aceitação? Há como admitir que esse ato seja praticado por um indivíduo a quem a própria lei impossibilita a prática de alguns (relativamente incapaz) ou quaisquer (absolutamente incapaz) atos da vida civil?

Vejamos o tratamento legislativo sobre o tema.

### 5.1. O Código Civil de 1916

O anterior diploma civil, em seu art. 1.170, assim dispunha:

“Art. 1.170. Às pessoas que não puderem contratar é facultado, não obstante, aceitar doações puras.”

O dispositivo alimentava já grandes controvérsias, pelo que merecia a crítica dos doutrinadores, como Agostinho Alvim, que apontava a insuficiência e a contradição da regra em relação a outros dispositivos.<sup>30</sup>

Os incapazes para contratar sob o Código de 1916 (menores de dezesseis anos, loucos, surdos mudos) poderiam, de todo modo, aceitar doações sem encargo. Nem presunção de aceitação, nem dispensa de aceitação, mas, isto sim, autorização a que incapazes praticassem o tal ato de vontade.<sup>31</sup>

A razão determinante da regra, segundo Clóvis Bevilacqua, estava no fato de a doação pura só conferir vantagens ao beneficiado, de sorte a não haver necessidade de atuação dos representantes legais para a aceitação.<sup>32</sup> Daí dizer expressamente que “o Código levanta, em geral, a incapacidade das pessoas, para que possam aceitar doações puras (...)”.<sup>33</sup>

Esse “levantamento” da incapacidade é que permitia a validade da assertiva de Carvalho de Mendonça, para quem a regra elementar era de que não poderia receber doação “o incapaz de aceitar a oferta”.<sup>34</sup>

Veja-se, a partir dessas colocações, o problema.

De um lado a doutrina apontava a necessidade de o beneficiado ser capaz para aceitar a doação; de outro, o próprio Código Civil impedia a determina-

30. *Da doação* cit., p. 87.

31. *Idem*, p. 89.

32. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1917. vol. IV, p. 338.

33. BEVILAQUA, C. *Código Civil* cit., p. 333.

34. *Contratos no direito civil brasileiro*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955. t. I, p. 45.

dos sujeitos que contratassem. E, como vimos, o consentimento do donatário é elemento essencial. Daí a regra do antigo art. 1.770, pelo qual o legislador, compreendendo a dificuldade, preferiu excepcionar a regra geral da codificação a romper às escâncaras com a natureza contratual da doação.

O dispositivo, no entanto, gerou controvérsia. Pontes de Miranda, reconhecendo a dificuldade do tema, afirmava que “sempre foi difícil, em todos os tempos, construir-se o negócio jurídico da doação”.<sup>35</sup>

Pois a doutrina, avançando confusa, chegou por fim à construção jurídica da *aceitação ficta*, retromencionada. Vemos agora a utilidade do conceito. Intentou aniquilar, a um só golpe, uma controvérsia teórica e prática.

Na teoria, dava-se a manter a pureza conceitual por não perder de vista a caracterização contratual da doação, da qual não se retirava a ideia de um consenso, traduzido na oferta de um e na concordância do outro.

Na prática, permitia o fluxo econômico impresso nas doações a incapazes, que, muito embora impedidos de praticar atos da vida civil, poderiam figurar no polo passivo de uma relação jurídica que quase sempre se lhes mostra vantajosa (doação pura). Preservava-se, demais disso, a letra do Código Civil.

Dessas intenções, como se percebe, nasceu a “solução” da aceitação ficta. Solução esta que, a bem da verdade, também foi ilusória. A que se presta, afinal, a tal ficção? É meramente uma tentativa de escapar à controvérsia então estabelecida entre o art. 1.170 e a regra geral. Além disso, conforme exposto, a *declaração ficta* de vontade situa-se já fora do domínio do negócio jurídico. É toda criticável.

Com olhar atento sobre essa problemática, procurou o legislador de 2002 solucioná-la.

## 5.2. O Código Civil de 2002

O atual Código Civil inovou substancialmente a matéria. Dispõe, em seu art. 543, que, “se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura”. Como se percebe, a opção do legislador de 2002 foi por afastar de vez a aceitação do absolutamente incapaz.<sup>36</sup>

35. *Tratado cit.*, t. XLVI, p. 306.

36. É relevante fazer aqui uma observação. Já afirmamos que o legislador de 2002 suprimiu a expressão “que os aceita”, constante do art. 1.165 do Código de 1916. Afirmamos, escorados em boa doutrina, que isso ocorreu em virtude da óbvia necessidade de aceitação. Mas agora cabe a pergunta: não é ao menos sintomático que, tendo o legislador modificado o tratamento do tema exatamente no seu foco problemático, isto é, a aceitação do incapaz, tenha ao mesmo tempo retirado do artigo “definidor” da doação (atual art. 538) a exigência explícita do aceite? Fiquemos com a reflexão.

Analisando o art. 1.770 do CC/1916, Agostinho Alvim já afirmara que se o legislador, soberano que é, intentasse desviar-se do sistema e dispensar a aceitação, poderia fazê-lo. O autor negava que isso ocorresse sob aquele Código, afirmando que, a tanto, deveria haver ordem expressa na lei.

Pois com o Código de 2002 essa ordem chegou, como se vê.

Mas por que a dispensa de aceitação corresponde a um desvio do legislador em relação ao sistema? Que regra está, enfim, a ser excepcionada em tal hipótese?

A resposta não é difícil. Afasta-se a caracterização da doação como *contrato*. Dispensando a aceitação do donatário absolutamente incapaz,<sup>37</sup> o legislador parece dar validade ao contrato de doação, nesse caso, pela só emissão da oferta de doação, o que, em ocorrendo, retira tal modalidade do acervo dos contratos. Em outros termos, a dispensa de aceitação do donatário rompe com o imperativo de consenso que faz da doação um contrato, isto é, um negócio bilateral, conforme o art. 538 do CC/2002.

Isso requer uma breve explicação.

## 6. APONTAMENTOS PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA

### 6.1. Doação a incapaz como ato unilateral

O contrato de doação, em relação ao capaz, como salientado, dá-se com sua aceitação (nalguma das três formas admitidas).

Sobre o problema dos incapazes temos que, sendo o negócio jurídico, *in concreto*, o “fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento atribui os efeitos designados como queridos”,<sup>38</sup> a sua aceitação não pode constituir negócio válido. E a ideia de uma declaração ficta, a seu turno, não pode estar no plano do negócio jurídico. A ficção serve meramente para arrefecer o tom dos debates, numa busca artificial de alinhar o sistema. Mas não faz sentido.

---

37. Atente-se a que, no atual diploma, a norma é dirigida especificamente aos absolutamente incapazes, o que encerra a controvérsia existente sob o código anterior, onde a redação do art. 1.170 deixava dúvidas, estando parte da doutrina (ALVIM, A. *Da doação cit.*) favorável a uma interpretação restritiva, que se limitasse aos relativamente incapazes (isto é, apenas estes, segundo tal corrente, poderiam aceitar a doação). Como atualmente a menção é expressa à aceitação dos absolutamente incapazes, fica claro que a regra não se dirige aos relativamente incapazes, aos quais não se aplica, portanto, a dispensa de aceitação (SANSEVERINO, P. T. V. *Contratos nominados II – Contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 104).

38. AZEVEDO, A. Junqueira de. *Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.



Mas se o indivíduo, incapaz que é, não pode *ipso facto* aceitar doação, e a ideia de declarações fictas está excluída do terreno do negócio jurídico, como se soluciona a questão?

A resposta é que a doação, neste caso, dá-se com a mera oferta, que se apresenta como *ato negocial unilateral*. Exceção, portanto. Esta afirmação, compreensível já pela enorme controvérsia historicamente suscitada pela classificação da doação como contrato, merece ser atestada pela exposição dos conceitos.

Mas é de ver, em rigor científico, o que nos autoriza a chegar a tal conclusão.

Segundo Marcos Bernardes de Mello,<sup>39</sup> “o suporte fático dos contratos tem como elementos nucleares dois fatos jurídicos (negócios jurídicos unilaterais): a proposta (oferta) e a aceitação”.

Pontes de Miranda determinava que o negócio unilateral ocorre “quando a manifestação de vontade de alguém entra no mundo jurídico e se faz negócio jurídico sem que precise ou venha a precisar de qualquer manifestação de vontade de outrem para o completar”.<sup>40</sup>

A análise das opiniões leva naturalmente à conclusão: a doação que se perfaz sem aceitação (donatário absolutamente incapaz; ordem expressa de lei) é negócio unilateral.<sup>41</sup> Como contrato é negócio bilateral, doação desse tipo não tem natureza contratual.

---

39. *Teoria cit.*, p. 87.

40. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Gustavo Tepedino. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. XXXI, p. 57.

41. Pontes de Miranda já advogava pela tese de que deveria haver algum outro elemento – que seja um comportamento – emitido pelo donatário para juntar-se à atividade do doador. Como não pode o referido aceitar, no sentido estrito, isto é, praticar o ato jurídico da declaração de aceitação, nem tampouco ser por ele presumido, faticamente, o aceite, a melhor solução seria a do ato-fato. Segundo Marcos Bernardes de Mello, um determinado ato humano pode ser manifestação de vontade e, assim, ser tomado pelo sistema de direito como ato jurídico, ou, ainda, ter como fator preponderante o resultado fático, “abstraída a vontade que porventura exista à sua base”, pelo que se lhe classifica como ato-fato jurídico (*Teoria cit.*, p. 85). O autor exemplifica apontando o caso da caça e da pesca, atividades em que o resultado fático é elemento independente da vontade. Daí concluir-se que, nessas situações, ainda que se trate de sujeito absolutamente incapaz, adquire a propriedade sobre a coisa apreendida, eis que “há uma consequência física indiferente à circunstância de que alguém a tenha querido” (*Teoria cit.*, p. 85). Partindo desses conceitos, fica clara a razão da tese de Pontes de Miranda: ele, defendendo a natureza real do contrato de doação, colocava a tradição da coisa como constitutiva do contrato, pelo que, da parte do incapaz, o ato-fato satisfazia perfeitamente a ideia de um atuação do beneficiário que, embora sem manifestar vontade, praticava ato consentâneo à aceitação (ato-fato de apropriar-se do objeto, por exemplo) e, ao mesmo,

Orlando Gomes se manifestou sobre isso, afirmando que, “em certos casos, a doação não tem natureza contratual, realizando-se em virtude de uma só declaração de vontade, quando se caracteriza, portanto, como negócio unilateral”.<sup>42</sup>

E os “certos casos” são, precisamente, estes em que o donatário é absolutamente incapaz. Este é o entendimento que se mostra mais acertado, não obstante as preciosas observações em contrário.<sup>43</sup>

## 6.2. O fundamento das incapacidades como justificativa da opção legislativa

É importante observar, para uma melhor compreensão de nosso problema e do tópico anterior (4.3) o fundamento jurídico das incapacidades.<sup>44</sup> A vedação a que certos indivíduos pratiquem atos da vida civil – i.e., a fixação de uma incapacidade de agir –, dá-se em nome da proteção do sujeito, “mesmo que tenha de ser protegido contra ele próprio”.<sup>45</sup>

No caso do recebimento de doação, como se viu, a dispensa da aceitação parte do pressuposto de que doações puras são sempre vantajosas ao beneficiado, de tal sorte que nem mesmo aquela ficção jurídica (aceitação ficta), por si só descabida, merecia subsistir em seu escopo. Atento à proteção do incapaz o legislador veio a confirmar ideia de dispensa da aceitação, observando precisamente o benefício da doação pura.

---

tempo completava o contrato de natureza real. Como já pontuamos nossa discordância em relação à classificação da doação como real, não cremos ser necessário recorrer ao ato-fato do donatário incapaz para resolver o problema.

42. *Contratos* cit., p. 254.

43. Para Caio Mário “esta questão da aceitação da doação ao incapaz tem atormentado os juristas, que oscilam de um polo a outro, desde a consideração de que a doação, neste caso, não é contrato, até que se trata de contrato sem consentimento do donatário. São construções evidentemente artificiosas e sem substância, porque a doação é contrato, e este não vigora sem o consentimento” (*Instituições* cit., p. 218). Não concordamos, por tudo quando exposto. A classificação da doação como contrato encontra a exceção aqui analisada. Além disso, mais “artificiosa e sem substância” é a ideia de declaração *ficta* do aceite, defendida pelo autor.

44. Cabe aqui uma importante colocação. A Lei 13.146/2015, aprovada em 06.06.2015 e com entrada em vigor prevista para janeiro de 2016, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, introduz sensíveis modificações no ordenamento jurídico brasileiro. Uma dessas mudanças é a retirada dos indivíduos deficientes do rol dos incapazes. Os arts. 3.º e 4.º do CC/2002 foram modificados, de modo a ajustá-los à nova Lei, que reconhece plena capacidade aos portadores de deficiência. Essas novas determinações – que consideramos muito graves – não afetam, contudo, os entendimentos aqui apresentados.

45. ASCENSÃO, J. *Direito civil. Teoria geral. Introdução. As pessoas. Os bens*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

É dizer, se se observar o fundamento das incapacidades, não se vê impedimento à dispensa de uma aceitação que, a bem dizer, nunca teve sentido. Permitir aceitação, como outrora fazia o Código de 1916, é afrontar na teoria e na prática o sistema de incapacidades. A disposição do atual art. 543, posto não solucione todos os problemas, ao menos encerra a descabida controvérsia com a parte geral e, ao mesmo tempo, não desrespeita a proteção jurídica dos incapazes.

### 6.3. *Ressalvas quanto ao tipo de doação. Mais um fundamento para a dispensa de aceitação*

Já explicamos, no começo, a doação com encargo. Mas qual a importância, aqui, de retomar essa modalidade?

Analisemos a decisão judicial apontada no início. Percebe-se que o julgador em questão revela uma preocupação com os interesses do menor, pelo que se infere haver, *in casu*, algum possível prejuízo a tal incapaz.

Tem-se a impressão, a partir disso, que a reserva de usufruto, no caso, configura espécie de encargo, o que evidentemente afasta a incidência do art. 543, só aplicado a casos de doação pura. Mas será verdade que a existência das cláusulas coloca a doação no grupo dos encargos?

A resposta é negativa. Pontes de Miranda determinava expressamente que “a doação com reserva de usufruto não é doação com encargo. Doou-se a sua propriedade, e a extinção do usufruto não tem outra consequência que a integralização da propriedade”.<sup>46</sup>

Assentado que não há encargo pela só existência de cláusulas – mormente a tão usual reserva de usufruto – já nos encaminhamos para a exposição das vantagens das doações puras (dentre as quais figura a clausulada). Estas configuram o recebimento de um bem sem qualquer ônus. Pura liberalidade, como dito.

Mas seria demasiado precipitado concluir, a partir disso, que toda doação pura será vantajosa para qualquer indivíduo. Nas particularidades de cada pessoa pode o recebimento de bem por doação, ainda que pura, encontrar obstáculo à vantagem.

Daí a formulação preferível: nas doações sem encargo, pode-se afirmar genericamente a existência de vantagem. Mas essa constatação é perfeitamente negável, mercê de circunstâncias particulares que tornem, num determinado caso, desvantajoso o negócio ao donatário. Sendo assim, caberá ao represen-

46. *Tratado cit.*, t. XLVI, p. 316.

tante provar ao juiz esse fato, para que seja a doação desconstituída em seus efeitos perante o incapaz.<sup>47</sup>

## 7. CONCLUSÕES

Podem-se extrair, de tudo quanto aqui se expôs, as seguintes conclusões:

I) A doação é contrato típico, gratuito, unilateral, formal;

II) Em caso de doação feita a sujeito capaz, sua aceitação sempre será existente. Seja expressa – o que raramente ocorre –, tácita ou presumida, o fato é que existe e dá eficácia ao ato do doador, isto é, a oferta de doação. Ao mesmo tempo, com a aceitação aperfeiçoa-se o contrato de doação, que então comporta o consenso necessário ao seu perfazimento;

III) Em se tratando de donatário incapaz, entendemos que a solução adotada pelo Código Civil de 2002, muito embora melhor que a do código anterior, alimenta certos problemas. Estes surgem do confronto de determinados dispositivos do atual diploma, especialmente os arts. 538, 539 e 543. Analisando-os, podemos ir da exigência geral de aceitação em toda doação até a dispensa deste aceite em caso de ser incapaz o donatário. A solução do problema está em localizar os fundamentos dos institutos envolvidos e compreender qual a regra que está a ser excepcionada no caso. Assim sendo, temos como fundamento das incapacidades a proteção do sujeito, e como fundamento da aceitação a necessidade de integração de ato do donatário que confira eficácia ao ato do doador, completando o negócio jurídico;

IV) Caso a doação tenha como destinatário um sujeito relativamente incapaz, entendemos pela possibilidade de seu consentimento. Ele será capaz, dessa forma, para o ato de aceitação de doação. Do mesmo modo que sob o Código de 1916 – onde o art. 1.770 permitia que o incapaz aceitasse doação – Agostinho Alvim defendia uma interpretação restritiva, autorizando-se apenas a aceitação pelo relativamente incapaz, cremos que esse entendimento deve ainda prevalecer, de resto porque o art. 543 do atual Código se dirige especificamente aos absolutamente incapazes (como dispensados da aceitação);

V) Quanto ao donatário absolutamente incapaz, caminhamos com a ideia de negócio unilateral. Não configura contrato. Bem ou mal, é essa a constatação necessária que se retira da lei, tanto mais porque o legislador de 2002 preservou o que já no Código de 1916 se dizia em relação à doação ao nascituro, onde é exigida aceitação de seus pais. Essa manutenção indica que para o legislador não

---

47. ROSENVALD, N. *Código Civil comentado – Doutrina e jurisprudência*. PELUSO, C. (coord.). 7. ed., Barueri: Manole. 2013, p. 579.

deixou de existir aceitação em alguns casos de impossibilidade de o beneficiado se manifestar, mas em outros casos ficou dispensada, por ordem expressa. É claro que isso soa contraditório. Mas compelidos à interpretação da intrincada questão, nos parece ser a melhor forma de resolvê-la. Demais disso, a doutrina rigorosa a respeito dos negócios unilaterais nos autoriza a tal conclusão;

VI) Questão relevante é a de saber quando uma doação terá encargo e quando se tratará de mera cláusula. Explicamos que, no primeiro caso, existe uma obrigação imposta ao donatário, enquanto no segundo existe uma restrição. Desse modo, numa hipótese de doação feita com reserva de usufruto, por exemplo, esta cláusula, por si só, não torna *oneroso* o contrato. É, ainda, doação pura (pois não há obrigação do donatário), sujeitando-se às regras que a esse tipo se referem;

VII) Da mesma forma que o tabelião não pode se recusar a lavrar uma escritura de doação pura para sujeito absolutamente incapaz pelo fato de ausência de aceitação, também o registrador de imóveis não pode rejeitar a inscrição do referido título. Esse entendimento nasce do cotejo das conclusões anteriores. Imagine-se um indivíduo que queira doar imóvel de grande valor a um menor impúbere, apondo cláusula de reserva de usufruto. É uma *doação pura* feita a sujeito *absolutamente incapaz*. Forma-se o suporte fático concreto de incidência da hipótese do art. 543 do CC/2002. Está dispensada a aceitação do beneficiado, já que: (a) a lei assim o determina; (b) ele não poderia jamais praticar a aceitação; (c) a doação só lhe acarreta vantagens. Negar o registro é praticar injustiça e travancar o fluxo econômico. Mas o tabelião, ao contrário de outras escrituras translativas, não pode dispensar as certidões negativas disciplinadas pela Lei 7.433/1985 a fim de, profilaticamente, evitar fraudes e simulações em geral;

VIII) A vantagem da doação pura, também um fundamento da dispensa de aceitação pelo incapaz, pode no plano fático não se revelar, apesar de todas as cultivadas expectativas em contrário. Em assim sendo, o representante do donatário, provando a desvantagem que a doação traz, pode desconstituí-la em juízo.

## 8. BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Agostinho. *Da doação*. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1972.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – Teoria geral. Introdução. As pessoas. Os bens*. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 3.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. vol. IV.

- CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio. Comentários aos arts. 533 a 578. In: TEIXEIRA, Salvo de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. VIII.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955. t. I.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. vol. XVI.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., atualizado por A. Junqueira de Azevedo e F. P. C. Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. vol. III.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Bruno Miragem, São Paulo: Ed. RT, 2012. t. XLVI.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Gustavo Tepedino, São Paulo: Ed. RT, 2012. t. XXXI.
- RANZANI, Kátia. *Código Civil interpretado*. COSTA MACHADO, Antonio Cláudio (org.); e CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). 8. ed., São Paulo: Manole.
- RODRIGUES, Sylvio. *Direito civil – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 3.
- ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado – Doutrina e jurisprudência*. Cezar Peluso (coord.). 7. ed., São Paulo: Manole, 2013.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II – Contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- VILLELA, João Baptista. Contrato de doação – Muita luz e pouca sombra. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; e JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Contrato preliminar de doação e previsão de atribuições gratuitas futuras, de Nelson Nery Jr. – *Soluções Práticas de Direito*. Nelson Nery Junior 7|227-284 (DTR|2014|17386); e
- Doação e encargo, de Nelson Nery Jr. – *Soluções Práticas de Direito*. Nelson Nery Junior 7|575 (DTR|2014|17395).



# Memória do Direito Imobiliário





# ALGUMAS OBSERVAÇÕES EM TORNO DO PROBLEMA DO REGISTRO DE IMÓVEIS NO BRASIL

---

**M.M. SERPA LOPES**

Desembargador do TJDF.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

SUMÁRIO: 1. O sistema do Registro de Imóveis no Código Civil e a doutrina do Prof. Soriano Neto – 2. A circulação imobiliária e o problema da segurança; o fenômeno da legitimação – 3. O registro do título anterior como boa prática de segurança do Registro de Imóveis – 4. A prova geodésica.

## 1. O SISTEMA DO REGISTRO DE IMÓVEIS NO CÓDIGO CIVIL E A DOCTRINA DO PROF. SORIANO NETO

Apesar de contarem mais de 30 anos de aplicação, muitos institutos estabelecidos pelo Código Civil continuam ainda tema de controvérsias, sem que a jurisprudência houvesse conseguido estabelecer um rumo certo, definido. Muito concorre para esse estado de coisas a desatenção ao estudo dos nossos problemas, que exige um sentido mais realista e menos sujeito às influências da doutrina e legislação alienígenas. E, de salientar-se, porém, que, em muitos pontos do nosso direito objetivo, conseguimos construir institutos com materiais nossos, inspirados nas necessidades do nosso meio, como acontece em matéria de locação, ou como sucedeu na legislação inerente ao loteamento de terras. Um direito novo surgiu, com fundamentos próprios, genuinamente internos. No tocante ao valor probante do Registro de Imóveis, certo não nos era possível fugir aos efeitos desses dois sistemas, sem falar no Registro Torrens, que servem de paradigma às legislações universais: o sistema francês e o sistema germânico. No primeiro a transferência do domínio representado pelo próprio título obrigacional figurando a transcrição como simples meio de publicidade; no segundo, o título obrigacional desvestido de qualquer função, pois o órgão translativo do domínio imobiliário é o registro fundiário, atuando mesmo como título casual, pois o oficial do registro realiza a transcrição, me-

diante a declaração de vontade de ambas as partes interessadas – transmitente e adquirente.

Entre esses dois sistemas é inútil vacilar: ao segundo – o germânico – cabe as preferências, por transformar a propriedade imobiliária num instituto calçado na segurança, na fé pública do registro, tornando pacíficas as transações, sem necessidade de pesquisas demoradas, através de cadeia de sucessivos proprietários. Inspirado na ideia germânica é que cresceu e se desenvolveu o Sistema Torrens, cujos resultados benéficos são indelegáveis. Enquanto isso, em nosso país, o legislador pretendeu perfilhar tal sistema. Para tanto, transplantou para o nosso Código Civil o art. 891 do Código Civil alemão, reproduzido, assim no art. 859 (CC/1916).

Lisipo Garcia, que unia as duas qualidades de ótimo jurista e correto Oficial do Registro de Imóveis, sustentou o caráter germânico da transcrição determinada pelo Código, tendo tido o apoio de Clóvis Bevilacqua, cuja coerência com o seu ponto de vista soube manter, até mesmo na última obra que publicou, o seu magnífico direito das coisas.

A jurisprudência deu, então, os seus primeiros passos, e o eminente Sr. Des. Galdino Siqueira, quando juiz de 1.<sup>a</sup> Instância, proferiu a primeira decisão, firmado no caráter germânico do nosso registro imobiliário.

As correntes dividiram-se, então, de um modo acentuado na doutrina como a jurisprudência, sendo de notar, porém que os partidários do caráter germânico cresciam de número como se avolumavam os julgados no mesmo sentido.

Eis senão quando, em 1940, o Prof. Soriano Neto, ilustre catedrático da Faculdade de Direito de Recife, lança a sua monografia “Publicidade material do registro imobiliário”, calorosamente partidária de efetivo relativo do nosso registro imobiliário, ligando-o ao caduco sistema francês.

Acompanhando, passo a passo, o movimento doutrinário e jurisprudencial, percebi, desde logo a influência notável que tais ideias começou a exercer penetrando no STF, onde vai logrando adeptos.

Senti necessário um ataque vigoroso contra a tese, talvez oriunda de um eventual esforço de advocacia, que ameaçava por abaixo uma conquista esplêndida do nosso direito de marcar um retrocesso a um passado que devia ser apagado da nossa memória: o péssimo sistema francês.

Para tanto, o primeiro volume do Tratado dos Registros Públicos (2.<sup>a</sup> ed.) esforcei-me por demonstrar que a omissão do nosso Código, quando a não repetir os arts. 892 e 893 do Código Civil alemão, os que efetivamente dão ao registro imobiliário valor probante absoluto, não implicava na rejeição do sistema, pois a transplantação exclusiva do art. 891 do Código germânico, trans-

---

LOPES, M.M. Serpa. Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 441-447. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

formando no art. 859 do nosso Código (CC/1916), ficaria sem sentido, sem resultado prático, revelando que de uma omissão involuntária do nosso Legislador, de uma falha de ordem técnica não era possível deduzir ter ele visado manter o sistema francês ao em vez do germânico.

Mas não quero, neste pequeno trabalho, deter-me na análise desse primeiro ponto do embate, pois viso estudar as objeções de ordem prática, as relativas aos defeitos de ordem formal do nosso registro, apontados como causa de rejeição do sistema germânico.

## 2. A CIRCULAÇÃO IMOBILIÁRIA E O PROBLEMA DA SEGURANÇA; O FENÔMENO DA LEGITIMAÇÃO

Num século de dinamismo, em que a propriedade imobiliária já se não arrasta por meio de uma circulação tardia, pesada e lerda, é o regime da segurança, da Fides, da boa-fé, da crença, da legitimidade da aparência que deve ter o primado. Sobretudo nas grandes cidades, as transações imobiliárias correm com celeridade, pelo que exigem um aparelhamento seguro, onde o adquirente e já transmitente possua sólidos meios de referência, para efetuar uma transação sem perigos de demandas judiciais. E no registro imobiliário que descansam as esperanças e as vantagens dos que precisam dar ao bem imobiliário circulação rápida. Já não estamos nos tempos em que os imóveis, por sua natureza, se diferenciavam dos móveis e não podiam ser objetos de mercancia. Entre bens móveis e imóveis só há diferenças de ordem física, pois não mais subsistem as de ordem jurídica. Se os bens móveis subiram de valor, mantendo a celeridade de sua circulação, os imóveis passaram, no domínio de circulação, a emparelhá-los em rapidez.

Assim, deixamos fixado o quadro evolutivo da tradicional distinção entre bens móveis e imóveis:

“Se, em muitas legislações, unicamente aos móveis e não aos imóveis é que ainda vigora o princípio da aquisição a *non domino* em favor do adquirente de boa-fé, deve-se a uma persistente tradição quanto a pouca importância, em outros tempos, da riqueza mobiliária (*mobilium vilis possessio*), ao lado dessa outra circunstância de um tardio desenvolvimento na rapidez circulatória dos bens imóveis, o que só modernamente se vem acentuando” (*Trat. dos Reg. Públ.* I. 2. ed., p. 72).

Ora, está o nosso sistema do registro imobiliário apto a realizar esse surto evolutivo? Pode a nossa organização oferecer garantias suficientes para que o registro imobiliário desempenhe a função de fé pública herdada do regime germânico?

---

LOPES, M.M. Serpa. Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 441-447. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Não tenho dúvidas em lançar a afirmativa, desde que se cumpra efetivamente a lei e o regulamento respectivo. Vejamos, então.

### 3. O REGISTRO DO TÍTULO ANTERIOR COMO BOA PRÁTICA DE SEGURANÇA DO REGISTRO DE IMÓVEIS

O Dec. 18.542/1928 trouxe, dentre outras medidas salutares, o preceito de que nenhuma transcrição poderia ser feita, sem o prévio registro do título anterior. O dispositivo veio trazer uma contribuição de alta magnitude para o valor probante do registro imobiliário.

Apesar disso, a jurisprudência não o acolheu de boa vontade. Inúmeros foram os julgados que lhe negaram aplicação, fosse sob o argumento de se tratar de um dispositivo excedente aos limites de um regulamento, fosse porque o entendesse inaplicável, por motivos intertemporais.

Entretanto. Admitida à natureza germânica do nosso registro, mesmo na ausência de qualquer dispositivo, a medida impunha-se por si mesma, sem ofensa a qualquer direito do requerente da transcrição. Apreciamos a razão. A exigência da apresentação da prova da transcrição do título anterior, desde que a transcrição a efetuar prova o domínio, constitui uma medida indispensável para o aferimento do registro. Não basta alguém apresentar-se perante o tabelião e firmar um contrato de compra e venda de um imóvel, sob a alegação de ser de sua propriedade: não basta simplesmente dizer achar-se ele registrado: cumpre fazer a prova do seu domínio, mediante a exibição da certidão da transcrição de seu título. Qual o valor desse exame prévio? Entendo que esse exame preliminar do título anterior é a chave magnífica que supre a falta do sistema cadastral, ou seja o livro geodésico.

Como e por que? Primeiramente, não basta que o Oficial do Registro se cinja a ver certificado o registro do título anterior. Ele tem, como corolário do próprio dispositivo, de proceder a inspeção do registro anterior; a sua coincidência com o novo título; os transmitentes; o imóvel, com os seus característicos; incumbem-lhe impugnar no caso de divergência ou antimônio entre o registro do transmitente e o título por este passado. Assim, v.g., um imóvel pertencente a *F*, que figura casado sob o regime da comunhão de bens, não pode ser registrado em nome de *C*, comprador, se *F*, na escritura de venda, é qualificado de viúvo. Do mesmo modo, se o imóvel está transcrito com determinados característicos e metragens, não pode ser objeto de nova transcrição se o título respectivo consignar dimensões em contrário ao registro do transmitente. Ai repousa toda segurança da transação imobiliária. Mais ainda. Não basta simplesmente a certidão da transcrição do título do transmitente. A exigência deve

---

LOPES, M.M. Serpa. Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 441-447. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

alongar-se ao curriculum vitae do imóvel. Da mesma maneira que se exige certidões negativas do transmitente quanto à sua situação jurídico-financeiro, do mesmo modo deve proceder-se em relação ao imóvel. Passemos aos exemplos práticos. Nos municípios em que há mais de um ofício, precipuamente nas capitais, acontece surgirem leis novas modificadas das jurisdições dos ofícios de imóveis. O imóvel X foi adquirido em 1916 e registrado no 1.º Ofício. Em 1926, passou para o 3.º Ofício. E claro que a simples certidão da transcrição feita em 1916 no 1.º Ofício não basta. Cumpre que se examine a vida pregressa do imóvel no 3.º Ofício; se houve algum ônus real inscrito médio *tempore* etc.

Em resumo: o estudo comparativo, feito pela forma acima descrita, entre o título anterior e o registrando constitui um movimento que proporciona uma grande percentagem de segurança. O defeito da nossa organização é o seu fracionamento, é a necessidade de certidões para tal policiamento, é o peso das custas cobradas em função do tempo, sistema arcaico que precisa de corretivo. A reforma então seria pequena, no tocante mais ao exercício das funções de oficial e de sua jurisdição do que mesmo de substância.

A extinção do regime de distribuição, que, segundo me consta, prepondera em Minas Gerais, representa um absurdo, uma anomalia no registro imobiliário, que pede, que reclama uma jurisdição calcada na divisão territorial.

Mas a despeito disso, ninguém ousará negar que a fiscalização feita dentro nas linhas que ai traçadas representa meio seguro de tornar quase impossível a lesão de direitos, a menos que o próprio oficial seja um criminoso ou imprudente. Basta impugnar a nova transcrição quando se note uma diferença capital com a anterior, entendendo-se essa quer quanto ao titular do domínio quer quanto aos característicos do imóvel, às suas dimensões e especificações identificadoras.

#### 4. A PROVA GEODÉSICA

Cumprido por esse modo o preceito que impõe a comprovação do prévio registro anterior, passemos à questão da falta do registro geodésico.

Depreende-se, desde logo, que a exigência de uma perfeita coincidência entre o título anterior e a nova transcrição força, obliquamente, a uma caracterização perfeita da propriedade imobiliária. Os nossos meios de indicação são ecléticos. A lei impõe dois indicadores: o pessoal e o real. Neste último, o imóvel deve constar perfeitamente individuado. A principal função do livro geodésico é evitar que um imóvel, sob características diferentes ou não, venha transcrito em nome de dois titulares. O art. 248 do Regulamento dos Registros Públicos impõe, como condição de realização da transcrição, que “os tabeliães

---

LOPES, M.M. Serpa. Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 441-447. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

e escriturais farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, os outorgantes e autores indiquem, com precisão, as confrontações e a localização do prédio ou do terreno, mencionando os nomes dos confrontantes, e ainda, quando se tratar só de terreno, se este fica do lado par ou ímpar do logradouro e a que distância métrica do prédio ou da esquina mais próxima”.

Podem acontecer, e é comum, que as dimensões do título anterior não correspondam à realidade. Nesse caso, a nova transcrição não pode ser levada a efeito sem que previamente se retifique a transcrição do transmitente. Ver-se-á, por meio do respectivo processo, qual a causa das diferenças, se existe ou não um simples erro, ou circunstância de maior relevo. Situação é a seguinte: o transmitente não pode ter em seu patrimônio maiores direitos em relação ao imóvel que não os consignados na sua transcrição. Os grandes males provieram da facilidade com que as dimensões de um imóvel eram ratificados por meio de escritura, por simples declaração das partes, em seguida averbadas à margem da respectiva transcrição. De modo nenhum. A transcrição, uma vez feita, é intocável, em relação às suas circunstâncias básicas, a menos que haja um processo de retificação, e a respectiva sentença declare e reconheça os erros apontados. Quando titular da Vara dos Registros do Distrito Federal, determinava sempre, no caso de erros de medições, que o laudo viesse seguido de plantas, uma das quais depositada no Ofício de Imóveis com referência à sua existência, no indicador real e na transcrição. Essas plantas, atingidas um certo número, deveriam ser encadernadas, para o respectivo arquivamento. Creio que a observância rigorosa desses princípios habilita-nos que o nosso Registro Imobiliário está apto ao papel que lhe deu o Código Civil.

O que resta fazer, é a dedicação do Oficial do Registro de Imóveis de par com a vigilância do juiz sob cuja jurisdição esteja o Registro de Imóveis. Em geral, o feitio da nossa gente é preferir os caminhos mais fáceis, sobrepondo uma ânsia de celebridade ao interesse da legitimidade e escoreiteza do ato.

É necessário opor-lhes as barreiras de exigências justas, não fruto de mero arbítrio, mas devidamente dosadas pelas necessidades de uma transcrição escoremada de qualquer defeito.

Nada temos de invejar o sistema real, do direito germânico que o Prof. Soriano Neto uniu, em matrimônio indissolúvel, com o sistema da força probante. Nada disso. Já houve quem dissesse, como especialista na matéria “système réal système irréal”.

Cumpra, portanto, que os incumbidos da realização prática do Registro de Imóveis deem uma demonstração de que o nosso sistema comporta a força probante, consagrada pelo nosso Código, e que a jurisprudência mudando o

---

LOPES, M.M. Serpa. Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 441-447. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

curso de sua orientação, ingresse num caminho sadio, promissor, abandonando um retorno ao passado, contra o qual, já se manifestava Nabuco, ao nos dar a primeira lei hipotecária, e em seguida mestres como Lafayette e Lacerda de Almeida. Segurança, crença, princípio da boa-fé, legitimação dos atos jurídicos, força probante, circulação garantida, tais são os princípios cardiais que devem reger a interpretação das nossas leis, e não a desconfiança, o *exema* retrospectivo, a indagação do passado, a inconsistência dos atos jurídicos.

Como acertadamente afirmou Emanuel Levy: “toda relação jurídica assenta na *fides substantia*, na nossa crença sobre a RCS e nós: ela anima, obriga, cria, é causalidade, vontade, objeto”.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A indispensabilidade da escritura pública na essência do art. 108 do CC, de Valestan Milhomem da Costa – *RDI* 60/1569-164 (DTR\2006\70);
- Registro de imóveis. Procedimento administrativo de regularização de loteamento, de Luís Paulo Aliende Ribeiro – *RDI* 48/296-297 (DTR\2011\3561); e
- Registro de imóveis. Valor da transcrição antes do Código Civil, de João Rabello de Aguiar Vallim – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 6/611 (DTR\2012\796).





The background of the page is a light gray color. On the right side, there is a large, abstract graphic consisting of several overlapping, semi-transparent circles. A fine grid of thin, light gray lines is overlaid on the entire page, creating a subtle pattern.

# Pareceres e Consultas



**CIRCUNSCRIÇÃO ONDE DEVERÁ EFETUAR  
O REGISTRO DOS IMÓVEIS DESAPROPRIADOS PARA A CONSTRUÇÃO  
DE VIAS FÉRREAS PELA VALEC – ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES  
E FERROVIAS S/A, QUE TEM, NOS TERMOS  
DA LEI 11.772/2008, A FUNÇÃO DE CONSTRUÇÃO E EXPLORAÇÃO  
DE INFRAESTRUTURA FERROVIÁRIA**

---

**FRANCISCO JOSÉ REZENDE DOS SANTOS**

Presidente do Colégio Registral Imobiliário de Minas Gerais (Cori). Membro nato do Conselho  
Deliberativo do Irib. Registrador Imobiliário em Belo Horizonte/MG.  
franciscorezendesantos@yahoo.com.br

ÁREA DO DIREITO: Registral; Administrativo.

## 1. CONSULTA

A presente missiva é em resposta à consulta formulada pelo Dr. Marcelo Cicerelli Silva, representante da Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., com sede em Brasília/DF, SEPS 713, Bloco E, Edifício CNC Trade, por ofício datado de 28 de novembro de 2014, formulada ao IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, como órgão representativo dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, na qual solicita orientação, dentre outros itens, acerca da circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A., que tem, nos termos da Lei 11.772/2008, a função de construção e exploração de infraestrutura ferroviária.

Analisamos, profundamente e detalhadamente, a questão apresentada, e depois de longo estudo sobre a mesma, chegou-se à conclusão de que estamos diante de uma das mais difíceis encruzilhadas jurídicas no campo do procedimento registral imobiliário quanto a uma solução uniforme, ou mesmo de um entendimento uníssono sobre o assunto no que passamos a emitir o nosso parecer.

---

SANTOS, Francisco José Rezende dos. Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec ... *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 451-462. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

## 2. PARECER

Antes de adentrar na questão, é necessário tecer alguns comentários que serão de extrema importância para um melhor entendimento da polêmica controversa e do caminho a ser encontrado para o deslinde da mesma.

A lei registral imobiliária, que passou a reger o sistema de registro de imóveis a partir de 1976 (Lei 6.015, de 31.12.1973), sabemos todos, não foi tratada com atenção e zelo pelo legislador quando da sua tramitação. Dentro do seu texto, amparado basicamente em uma anterior legislação que regia o sistema registral desde o início do século passado (Lei 4.827, de 07.03.1924; e os Decretos 4.857, de 09.11.1939; 5.318, de 29.02.1940; e 5.553, de 06.05.1940), existem vários pontos que deveriam e poderiam ser aperfeiçoados e atualizados, para se adaptarem à conjuntura de um tempo em que os negócios jurídicos exigem, além de segurança, agilidade para a sua efetiva concretude.

Uma das criações da nova lei registral (Lei 6.015/1973) é a matrícula, que é a expressão maior do fôlio real, não existente na legislação registral anterior. Esta mudou a forma de operacionalizarem os atos registrais, e nela devem ser lançados todos os atos referentes ao imóvel ali constante e descrito. A matrícula é a representação do imóvel nos livros do registro imobiliário. Para se criar uma matrícula, os princípios que regem o sistema registral devem ser respeitados, como os princípios da unicidade ou unitariedade,<sup>1</sup> continuidade,<sup>2</sup> especialidade objetiva,<sup>3</sup> legalidade,<sup>4</sup> publicidade<sup>5</sup> e, ainda, o princípio da concentração.<sup>6</sup> O princípio da segurança jurídica, também balizador do registro

1. O princípio da unicidade ou unitariedade da matrícula impõe que cada imóvel terá matrícula própria e que cada matrícula corresponderá a um único imóvel. Lei dos Registros Públicos, art. 176, § 1.º, I.
2. O princípio da continuidade ou trato sucessivo visa impedir o lançamento de qualquer ato de registro sem a existência de registro anterior que lhe dê suporte formal e a obrigar as referências originárias, derivadas e sucessivas. Lei dos Registros Públicos, arts. 195 e 222.
3. O princípio da especialidade objetiva exige a plena e perfeita identificação do imóvel nos documentos apresentados para registro. Lei dos Registros Públicos, arts. 176, § 1.º, II, 3.
4. O princípio da legalidade exige que o oficial de registro, na prática dos atos de sua competência, atenha-se ao permissivo legal. Lei dos Registros Públicos, art. 198.
5. O princípio da publicidade visa garantir aos direitos submetidos a registro a oponibilidade *erga omnes*. Lei 8.935/1994, art. 1.º; Lei dos Registros Públicos, art. 172.
6. O princípio da concentração prevê que todos os fatos jurídicos que digam respeito ao imóvel ou seus titulares devem estar na matrícula. Lei 13.097/2015, art. 54.

SANTOS, Francisco José Rezende dos. Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec ... *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 451-462. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

imobiliário, exige que ela (a matrícula) só pode ser criada no cartório da circunscrição a que pertença o imóvel, e a cada imóvel corresponde uma só matrícula. A circunscrição, também chamada de princípio da territorialidade,<sup>7</sup> é um dogma da matrícula e do sistema registral imobiliário.

Portanto, o conjunto normativo que regula a aquisição da propriedade imobiliária no Brasil exige que, além da legislação que rege o sistema registrário, também os princípios que dão pauta ao sistema sejam respeitados.

Os princípios registrais, que são grandes normas jurídicas, revelam-se extremamente importantes para o melhor entendimento e avaliação do sistema. Segundo o doutrinador brasileiro Álvaro Melo Filho:

*“Não há outro motivo que, na análise de qualquer problema jurídico – por mais trivial que ele seja (ou pareça ser) – o aplicador de Direito deve antes de mais nada alçar-se ao altiplano dos princípios, a fim de verificar em que sentido eles apontam. Nenhuma interpretação será havida por jurídica e, portanto, por boa, se ela direta ou indiretamente desconsiderar um princípio.”*

E complementa:

*“O princípio possui uma função especificadora dentro do ordenamento jurídico: ele é de grande valia para a exegese e perfeita aplicação, assim dos simples atos normativos que dos próprios mandamentos constitucionais. O menoscabo por um princípio importa na quebra de todo o sistema jurídico.”*

Por outro lado, é importante ressaltar que, mais do que a eficácia jurídica da aplicação de uma norma em sua literalidade, a doutrina moderna preocupa-se com sua eficácia social, ou seja, a efetividade do ordenamento como um todo, destinado a produzir os efeitos a que se pretende.

Entende a doutrina que é muito mais importante verificar se o conjunto normativo leva a uma concretude do que se almeja, do que analisar determinadas situações sob a ótica de uma legalidade estrita, que muitas vezes não levou em conta fatores que poderiam obstar que fossem os objetivos concretizados no mundo fático.

Também sabemos que a transmissão de bens e direitos em geral deve obedecer à forma e às regras impostas pelo nosso sistema jurídico. Cada tipo de bem tem a sua maneira específica de ser transmitida. Assim, os diversos tipos de bens têm formas próprias de transmissão, ou de declaração de sua propriedade. A transmissão dos bens móveis é diferente da transmissão de direitos

---

7. O princípio da territorialidade circunscreve o exercício das funções delegadas do Ofício Imobiliário a área territorial definida em lei. Lei dos Registros Públicos, art. 169; Lei 8.935/1994, art. 12.

---

SANTOS, Francisco José Rezende dos. Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec ... *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 451-462. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

autorais e da propriedade intelectual, que é diferente da transmissão de minas e jazidas, de direitos de lavra, de sociedades etc. Cada qual tem a sua forma de transmissão. Quanto à transmissão dos bens imóveis, no Direito brasileiro esta se opera amparada em exigências e critérios próprios e específicos, impostos por leis que formam o “Estatuto Jurídico da Propriedade Imobiliária” e que, se alterados, podem invalidar a transmissão e comprometer a segurança jurídica proporcionada pelo sistema de registro da propriedade imobiliária. O Registro de Imóveis é o instrumento pelo qual se opera esta transmissão, onde nasce o direito real, de acordo com o prescrito no art. 1.245 do CC. Mas existem direitos para os quais o sistema registral não é utilizado como constitutivo do direito real; apenas é utilizado com o fim declaratório e conseqüentemente publicitário deste direito, já adquirido em momento anterior.

Observamos, ainda, que o caso ora colocado em debate refere-se a uma forma especial de aquisição de bens imóveis, constituídos de terrenos que foram desapropriados com a destinação específica de serem utilizados para receber uma linha férrea.

O título a ser levado ao registro imobiliário, em sentido material, é a desapropriação, forma *sui generis* de aquisição da propriedade, pois originária, quando o fato jurídico em si enseja a transferência da propriedade, e só a vontade do Estado é idônea a consumir o suporte fático gerador da transferência do imóvel. O sistema de registro de imóveis funciona, neste caso, com a vertente apenas declaratória e publicitária da aquisição da propriedade, que se deu em momento anterior, quando do decreto e da efetiva desapropriação. A desapropriação, assim, por ser aquisição originária, é considerada o ponto inicial da nova cadeia causal que se formará para futuras transferências do bem.

As formas originárias de aquisição da propriedade, regra geral, rompem com a necessidade da observância de alguns dos princípios registrários, como, por exemplo, o da continuidade. Mas não rompe com todos os princípios, especialmente o da segurança jurídica, que é um princípio geral do direito. Um dos instrumentos de segurança jurídica de que se utiliza o sistema registral imobiliário, para a sua plena efetividade, como já dissemos, é o da circunscrição. Os oficiais de registro, para a prática dos atos que lhe são próprios, deverão observar, rigorosamente, sob pena de responsabilidade, as normas que definirem a circunscrição geográfica de sua atuação.

Feitas estas observações, vamos à questão colocada pela Valec, quando vamos observar que, para o registro dos atos de aquisição de imóveis que compõem a via férrea, no que se refere à circunscrição, ou seja, o Cartório onde se registrará o título de aquisição dos imóveis desapropriados, pode parecer que exista um choque, uma situação de extremo conflito entre a aplicação literal da

SANTOS, Francisco José Rezende dos. Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec ... *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 451-462. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

lei registral e os princípios dela informadores. Mas não é isso, como demonstraremos a seguir.

A Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), ao tratar especificamente do registro dos atos relativos às vias férreas, prevê o seguinte, em seu art. 171: “Os atos relativos a vias férreas serão registrados no cartório correspondente à estação inicial da respectiva linha.”

Tal lei repetiu *ipsis litteris* o texto da anterior e revogada regulamentação acerca dos Registros Públicos, o Decreto 4.857, que vigorou desde 9 de novembro de 1939 até 1976, quando da entrada em vigor da nova Lei de Registros Públicos, a Lei 6.015, de 31.12.1973, e que vige até esta data. Na lei anterior não existia a figura da matrícula.

O texto do art. 171, como está escrito, se efetuada uma leitura sem maior rigor, pode levar o intérprete a entender, logicamente, que a expressão inicial do artigo – “os atos” – pode se referir a todos os títulos registrais, e assim, tudo que se referir às linhas férreas na área imobiliária seria registrado na estação inicial. Levando em consideração esse entendimento, inclusive a desapropriação do imóvel sobre o qual será edificada a linha férrea, seria registrado na estação inicial, e até a matrícula de imóveis pertencentes a outra circunscrição imobiliária seria aberta no cartório da estação inicial. Vamos dar um exemplo: a matrícula de um imóvel de Belém do Pará, seria feita em um Cartório de Panorama – São Paulo, para comportar o registro de uma desapropriação. Esse entendimento não tem qualquer nexo com os princípios que regem a atividade registral imobiliária e seria um desarranjo registral.

Vejamos o que temos na doutrina, em decisões judiciais e mesmo em lei sobre o assunto:

Pontes de Miranda, in *Tratado de Direito Privado*, t. XX, da Ed. RT, atualizado por Nelson Nery Jr. e Luciano de Camargo Penteadó, p. 160-161, justificando a inteligência do art. 171, da Lei n. 6.015/1973, nos ensina que:

“As estradas de ferro são bens independentes, se tal destinação resulta da sua função econômica e da relação entre elas e o solo. O fundo de empresa considera-se fora do todo patrimonial em que se acha o solo, no que o próprio solo não lhe é parte integrante”. (Grifei).

E continua:

“As vias férreas são bens a parte, ou seja, mesmo que estejam sobre imóvel ou imóveis de sujeitos distintos, estão fora dos limites objetivos da propriedade fundiária e podem ser objeto de negócio jurídico específico, que não interfira sobre o objeto do imóvel como o solo, construções, hotéis etc.” (Grifei).

---

SANTOS, Francisco José Rezende dos. Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec ... *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 451-462. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

O festejado doutrinador Walter Ceneviva, in *Lei dos Registros Públicos Comentada*, em sua 20.<sup>a</sup> edição, no ano de 2010, em São Paulo, pela Ed. Saraiva, também, no mesmo sentido, diz:

*“As vias férreas impõem exceção ao princípio da realização do registro no cartório da situação do imóvel, porque o seu leito, suas instalações, o material rodante constituem um todo unitário, embora distribuído por extensa região. Daí a necessidade de um critério da lei, baseado na estação inicial.”*

E enfatiza:

*“O art. 171 não constitui exceção plena ao art. 169, pois a atribuição do registro ao cartório da situação do imóvel é um dos elementos essenciais das garantias inerentes ao sistema registrário brasileiro. A atitude do hermeneuta deve dar à “respectiva linha” valor literal.”*

Também Eduardo Righi, in *Lei de Registros Públicos Comentada*, publicada em 2014, pela Ed. Forense, p. 927-928, citando Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil: direito das coisas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 406), nos diz que:

*“A via férrea consiste em um complexo de bens que engloba, além do solo no qual os trilhos estão assentados, os terrenos que se encontram em suas margens, as estações e outros edifícios, bem como benfeitorias e material rodante, compondo coletivamente uma unidade jurídica.”*

Narciso Orlandi Neto também tem uma posição para este caso. Diferentemente dos demais autores, defende ele a circunscrição, mas entendendo que somente as hipotecas seriam registradas na estação inicial da linha férrea (atendendo ao disposto no art. 1.502 do Código Civil), sendo que, para os demais atos referentes aos imóveis que integram a linha férrea continua valendo o princípio da territorialidade. (*O novo código civil e o registro de imóveis*. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 123-139 e 132-133).

Apesar de escassos, existem julgados sobre o tema aqui discutido. Em decisão judicial bastante complexa foi confirmado o entendimento de que o registro de imóveis adquiridos pelo empreendimento de que é titular da via férrea, mesmo que por desapropriação, será efetuado no cartório de registro de imóveis da comarca da situação do imóvel desapropriado, e não no cartório da circunscrição da estação inicial da linha férrea. O teor da decisão contempla a distinção da estrada de ferro como bem econômico, que, neste caso, seria uma integralidade, aplicando-se aos atos referentes a esta circunstância ou aos negócios jurídicos decorrentes desta circunstância, a necessidade do seu registro na estação inicial. Um exemplo seria a hipoteca da via férrea, ou mesmo a transmissão integral do complexo. Entende a decisão, que situação diversa

SANTOS, Francisco José Rezende dos. Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec ... *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 451-462. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



ocorre com a aquisição de imóveis que irão compor a linha férrea, bens imóveis por sua natureza, cuja transmissão deverá ser registrada na comarca da situação do imóvel e não na estação inicial. A linha férrea ainda não existe. Os bens desapropriados irão futuramente compor a linha férrea. Neste caso, seria atendida a regra geral do art. 169, *caput*, da Lei de Registros Públicos, que trata da circunscrição ou territorialidade.

Vejam a decisão em inteiro teor:

*“Carta de sentença. Desapropriação. Vias férreas. Registro. Competência. Estação inicial da linha.*

*1. Os atos relativos a vias férreas serão registrados no cartório correspondente à estação inicial da respectiva linha. 2. Tratando-se de bens imóveis por natureza, sua transmissão será registrada na comarca da situação e não alhures.*

*Íntegra:*

*ApCiv 2.657-0 – Tambaú – Apelante: FEPASA-FERROVIA PAULISTA S.A. – Apelado: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis.*

*Acórdão*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 2.657-0 interposta pela Fepasa-Ferrovias Paulista S.A. contra sentença que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Tambaú,*

*ACORDAM os desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, adotado o relatório de fls., dar provimento ao recurso.*

1. A apelante apresentou, para registro, nove cartas de sentença, expedidas em ações de desapropriação que tramitaram na comarca de Tambaú. O Oficial recusou a prática dos atos com fundamento no art. 171 da Lei 6.015/1973, pois ‘os atos relativos a vias férreas serão registrados no cartório correspondente à estação inicial da respectiva linha’. Basicamente, este mesmo fundamento serviu à decisão recorrida.

Em razões com as quais não concorda a douta Procuradoria Geral da Justiça, sustenta a apelante que o art. 171 da Lei de Registros Públicos, repetindo a regra do art. 852 do CC[1916], só tem aplicação às hipotecas.

2. A tese da recorrente seria inatacável se, além do art. 171 da Lei de Registros Públicos, não houvesse outro dispositivo legal que não o art. 852 do CC[1916]. Há, no entanto, o Decreto-lei 3.108, de 12 de março de 1941, a determinar, no art. 1.º: ‘A transmissão das estradas de ferro será registrada na forma prescrita pelo art. 852 do Código Civil [de 1916]’.

O caráter instrumental da Lei de Registros Públicos não permitiria que fossem alargados os efeitos de uma regra do direito material que excepciona o

SANTOS, Francisco José Rezende dos. Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec ... *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 451-462. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

princípio da competência do cartório da situação do imóvel. Diante, porém, do outro texto legal, já não pode subsistir o argumento.

3. A distinção que deve ser feita diz respeito ao significado da expressão ‘estradas de ferro’.

Quando apareceram em nossa legislação como bem suscetível de ser hipotecado as estradas de ferro foram previstas como ‘compreendendo todos os seus imóveis, acessórios, material fixo e rodante’ (§ 1.º, última alínea, do art. 2.º, do Dec. 169-A, de 19 de janeiro de 1890).

Comentando esse dispositivo, Dídimo da Veiga já esclarecia que seu objetivo era ‘mais de intuito econômico do que jurídico’ (*Direito Hipotecário*, Laemmert & C. Editores, 1909, p. 30). É esse mesmo intuito econômico da lei que o intérprete deve considerar na aplicação da regra do art. 171 da Lei 6.015/1973 que, desde o Código Civil, vem sendo repetida nos diversos regulamentos (art. 175 do Dec. 18.542, de 24 de dezembro de 1928 e art. 180 do Dec. 4.857, de 9 de novembro de 1939).

Aparecerá o intuito econômico a que se referia Dídimo da Veiga sempre que houver necessidade de se considerarem as estradas de ferro como uma unidade com integralidade, para usar a expressão de Lacerda de Almeida (*Direito das Cousas*, J. Ribeiro dos Santos Livreiro Editor, Vol. 2, Rio, 1910, p. 201, nota 9). O mesmo autor explica que ‘o laço de união para essa unidade e integralidade é o destino comum dos diferentes elementos’ que formam as estradas de ferro (ob. e loc. cit.).

Isso não significa, evidentemente, que os elementos que formam a estrada de ferro perdem sua individualidade.

Ninguém sustentará que o vagão inservível não poderá ser alienado por integrar o complexo da estrada de ferro.

Os atos relativos ao todo não se confundirão com os relativos às partes do todo. Entendimento contrário levaria à absurda conclusão de que a aquisição de uma locomotiva deveria ser levada ao Registro de Imóveis da estação inicial da linha!

A transmissão e a hipoteca do todo hão de ser registradas no cartório da estação inicial, como determinam o art. 1.º do Dec.-lei 3.108/1941, o art. 852 do CC[1916] e o art. 171 da Lei 6.015/1973.

Se, no entanto, os atos tiverem por objeto partes que já compõem, ou irão compor o complexo, atender-se-á à regra geral. Assim, se se tratar de bens imóveis por natureza, sua transmissão será registrada na comarca da situação e não alhures. Grifei.

SANTOS, Francisco José Rezende dos. Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec ... *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 451-462. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

4. Na hipótese em exame, a Fepasa adquiriu imóveis que passaram a integrar o complexo ferroviário, mas os atos a praticar dizem respeito a partes daquele complexo. Será atendida, pois, a regra geral do art. 169, *caput*, da Lei de Registros Públicos.

5. Por todo o exposto, dão provimento ao recurso para determinar o registro dos títulos na Comarca de Tambaú.

Custas *ex lege*. São Paulo, 22 de maio de 1984(aa) Bruno Affonso de André, Presidente do Tribunal de Justiça, Heráclides Batalha de Camargo, Corregedor Geral da Justiça e Relator, Nelson Pinheiro Franco, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça.”

Assim, analisando os dispositivos legais pertinentes à matéria, a doutrina e algumas decisões judiciais, e especialmente os princípios registrais imobiliários, podemos chegar à conclusão de que as situações registrárias referentes às vias férreas são tratadas em dois momentos. Um primeiro, necessário à constituição das mesmas, quando são feitas as aquisições das propriedades imobiliárias sobre as quais será construída a via férrea; e em um segundo momento, o ato de constituição da via férrea propriamente dita e daquele todo que representa a universalidade de bens que a compõem.

Quando da aquisição dos imóveis ainda não existe a via férrea. Em que pese as desapropriações dos imóveis possibilitem a constituição da via férrea, esta, conforme leciona Pontes de Miranda na passagem acima transcrita, é independente do solo, cuja desapropriação, portanto, será registrada no cartório de localização do imóvel expropriado, conforme estabelece o princípio da territorialidade. Os títulos aquisitivos que portarem direitos reais referentes a imóveis, sejam eles a título originário, como as desapropriações, ou a título derivado, como as compras e vendas, doações etc., deverão ser registrados na circunscrição a que pertencerem. Seria um ato de desrespeito à segurança jurídica que o sistema registral imobiliário impõe, e também aos princípios registrais, existir, por exemplo, uma matrícula de um imóvel em determinado Cartório, e deste imóvel ser destacada ou desmembrada uma porção, e esta parte ser registrada, sem qualquer matrícula do imóvel, num Cartório de uma circunscrição que não seja a do próprio imóvel. É impossível abrir matrícula de um imóvel fora da sua circunscrição imobiliária. E é impossível ainda fazer um registro de aquisição de um imóvel sem a existência da sua respectiva matrícula. Uma leitura sem maior rigor jurídico do art. 171 da Lei 6.015/1973 poderia nos levar a este absurdo.

As aquisições dos imóveis que se destinam a formar a via férrea deverão ser registradas na circunscrição respectiva, onde se localiza o imóvel, na sua ma-

SANTOS, Francisco José Rezende dos. Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec ... *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 451-462. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

trícula. Em ato subsequente, juntamente com as demais aquisições, poderão estas ser levadas ao Cartório da estação inicial da via férrea, junto à matrícula do imóvel correspondente à estação inicial, para que ali se faça menção, até mesmo por registro, como manda a lei, das aquisições feitas alhures, e a partir daí formem um todo, o que permitirá uma série de atos, como por exemplo, o registro de uma hipoteca, como determina o art. 1.502 do CC, ou mesmo a transmissão de toda a via férrea, como determina o art. 1º do Dec.-lei 3.109, de 12 de março de 1941. Estes atos de hipoteca ou transmissão de toda a linha, feitos na matrícula do imóvel correspondente a estação inicial, e que conterà todo o complexo que compõe a linha férrea, poderão ser feitos nesta matrícula do imóvel da estação inicial por força de exceção dos textos legais acima citados, ao princípio da competência do cartório da situação do imóvel, mas ressaltamos, apenas para atos de registro, nunca de matrículas.

A consulta a nós formulada pela Valec possui os seguintes questionamentos:

*a) Se o art. 171 da Lei 6.015/1973 também se refere aos atos registraes dos imóveis desapropriados, ou somente ao ato constitutivo da ferrovia.*

*b) Na sequência, se os imóveis desapropriados deverão ser registrados no cartório da estação inicial, mesmo que estes imóveis se encontrem em diversos Municípios/Estados distintos, e informa ainda que as ferrovias outorgadas à Valec, em princípio, são destinadas a transporte de cargas e, sendo assim, não há estação inicial.*

*c) É possível a própria Valec estabelecer algum pátio como estação inicial.*

Assim, temos a informar o seguinte:

*Questionamento a)* Se o art. 171 da Lei 6.015/1973 também se refere aos atos registraes dos imóveis desapropriados, ou somente ao ato constitutivo da ferrovia.

*Resposta* – Entendo que o art. 171 da Lei 6.015/1973 pressupõe a existência anterior da matrícula e do registro da via férrea. Ou seja, os atos posteriores à existência da linha férrea, ao complexo ferroviário como um todo, serão registrados no cartório correspondente à estação inicial.

Já os atos de registro dos títulos, anteriores à existência da via férrea, necessários à sua formação, sejam de desapropriação ou outra forma de aquisição, deverão ser registrados nos respectivos Cartórios das circunscrições à qual pertencem os imóveis.

Nesse sentido, as desapropriações devem ser registradas nos cartórios da situação do imóvel. A via férrea, entretanto, só existe como um todo, quando

SANTOS, Francisco José Rezende dos. Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec ... *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 451-462. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

na matrícula do imóvel que comporta a estação inicial, estiverem lançados, por ato de registro, os imóveis que a compõem. Só depois desta condição se aplicaria o art. 171. É complexa esta circunstância, mas decorrente da lei. Vamos detalhar: faz-se a matrícula do título correspondente à estação inicial, no respectivo cartório de sua circunscrição. Depois deste ato, nesta matrícula, serão lançados por ato de registro, este apenas declaratório, todas as referências às matrículas dos demais imóveis que compõem a via férrea, mesmo que estes imóveis estejam em outras circunscrições.

Observe-se que o art. 171 da Lei 6.015/1973 diz que são “os atos relativos a vias férreas”, o que entendemos que esta (a via férrea) já se encontra constituída. As compras de imóveis ou desapropriações são anteriores à existência da via férrea, são atos necessários para constituição da futura via férrea, para a criação da via férrea, que, na verdade ainda não existe. Depois de adquiridos, e registrados, os imóveis que irão compor a via férrea, num momento seguinte estes seriam levados a um registro unificado no Cartório da estação inicial da linha férrea, com o objetivo de concretizar a sua constituição e possibilitar o lançamento dos futuros atos relativos à via.

Todos os artigos de leis que se referem ao assunto ora tratado dão a entender a preexistência da via férrea, já constituída e implantada. Depois disso, os atos a ela relativos, bem como a sua transmissão ou hipoteca, seriam registrados na estação inicial. Vejamos:

A Lei 6.015/1973 – “Art. 171 – Os atos relativos a vias férreas serão registrados no cartório correspondente à estação inicial da respectiva linha”.

O Decreto-lei 3.109, de 12 de março de 1941, que dispõe sobre o registro de alienações de Estradas de Ferro – “Art. 1.º – A transmissão das Estradas de Ferro será registrada na forma prescrita pelo art. 852 do Código Civil” [1916; corresponde ao art. 1.502 do CC/2002].

O Código Civil de 2002, na mesma linha do anterior, que prescrevia o registro da hipoteca no seu art. 852 – “Art. 1.502 – As hipotecas sobre as estradas de ferro serão registradas no Município da estação inicial da respectiva linha”.

*Questionamento b)* Na sequência, se os imóveis desapropriados deverão ser registrados no cartório da estação inicial, mesmo que estes imóveis se encontrem em diversos Municípios/Estados distintos e ainda, que as ferrovias outorgadas à Valec, em princípio, são destinadas a transporte de cargas e, sendo assim, não há estação inicial.

*Resposta:* A resposta deste item dá continuidade à resposta do item anterior, e entendemos que os imóveis adquiridos, tanto por compra, doação, permuta ou desapropriação deverão ser registrados nas respectivas circunscrições a que

SANTOS, Francisco José Rezende dos. Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec ... *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 451-462. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

pertençam, e não na estação inicial, atendendo ao princípio geral da segurança jurídica e à regra informadora do sistema registral brasileiro, que é a da circunscrição, ou como chamam alguns, princípio da territorialidade, prevista no art. 169 da Lei 6.015/1973, que determina que todos os atos de aquisição, transmissão, declaração e extinção dos direitos reais sobre imóveis, além de serem obrigatórios, efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel. O art. 171 não se aplicaria às aquisições para formação da via férrea, somente para atos depois de estar a mesma constituída.

Quanto à afirmação da Valec de que as ferrovias são destinadas a transporte de cargas, e por isso não há estação inicial, entendo, *data venia*, que deve existir uma estação inicial e outra final, e não nos cabe aqui, neste parecer específico sobre registro imobiliário, definir qual seria a estação inicial para que os atos referentes à via férrea, como um todo, ou como fundo de empresa, sejam registrados.

*Questionamento c)* É possível a própria Valec estabelecer algum pátio como estação inicial.

*Resposta:* Quanto a este item, utilizo o próprio texto do Parecer 169/11 – ASJUR/BSB e Despacho 371/2014 – ASJUR/BSB, juntados à consulta, que nos informam: “*No que se refere ao ponto inicial de cada via férrea, embora não haja previsão na lei de registros públicos, o legislador, no Anexo I da Lei 11.772/2009 [sic], estipulou o marco inicial de cada via férrea.*”

Assim, quem estabelece as estações iniciais é a própria a Lei 11.772, de 17.09.2008, que nos informa a estação inicial de cada via férrea outorgada à Valec.

É o que temos sobre o assunto.

Brasília, 10 de Abril de 2015.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- *Fragmentos teóricos da base matricial do imóvel no registro de imóveis*, de Luiz Egon Richter – RDI 55/35-61; *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 695-725 (DTR\2003\829);
- *Princípio da legalidade e registro de imóveis*, de Flauzilino Araújo dos Santos – RDI 307-330; *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 301-328 (DTR\2006\66); e
- *A desapropriação e o registro de imóveis*, de Marcelo Terra – RDI 32/56-86 (DTR\1993\54).

# IMOBILIÁRIA/ADMINISTRADORA ATUANDO COMO PROPRIETÁRIA DE UMA GRANDE EXTENSÃO DE TERRAS: ILEGITIMIDADE DESSE COMPORTAMENTO

---

## PARECER

VÉRA DE FRADERA

Professora de Direito Civil na UFRGS. Professora convidada na Universidade de Paris II.  
vfradera@via-rs.net

*Quem possui terra, tem guerra (provérbio francês). Os coproprietários  
nem sempre têm o sentimento de ter a terra. Mas a guerra, eles podem ter,  
logo, são, sem dúvida, proprietários.*

JEAN CARBONNIER

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Civil; Processual

Consultam-nos dois eminentes colegas, Drs. Otávio Augusto Xavier e André Vasquez, titulares do escritório *Xavier Vasques Advogados Associados*, estabelecido em Porto Alegre/RS, acerca de questão relacionada a três de seus clientes, os Srs. XXX, condôminos em uma propriedade, denominada *Condomínio K*, porquanto pairam dúvidas sobre a verdadeira natureza desse condomínio, pois apresenta-se de forma insólita, assim como a respeito da forma de relacionamento dos condôminos, seus clientes, com os demais membros do condomínio, o qual é resultante de sucessão hereditária, tendo sido dividido em lotes, todos registrados e dotados de respectivas matrículas. Dada a coincidência de condôminos e a origem comum das áreas, e para facilitar a sua administração, os imóveis foram unificados sob a denominação de *Condomínio K*, tendo adotado uma convenção de condomínio, em janeiro de 1988.

Esse conjunto de *terras nuas*, como as descrevem nossos colegas advogados, esteve de 1988 até 1992 sob a administração de uma Junta de Cabecéis. Em março de 1992, mediante convocação do seu conselho consultivo, esses condôminos decidiram, após longa deliberação e colimando melhores resultados e facilidades na sua administração, que, desde a primeira vista revela-se como

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

extremamente complexa, extinguir a Junta de Cabecéis e alterar a sua convenção de condomínio, não sem antes ratificar todos os atos pretéritos, praticados pela mencionada Junta.

Foi então aprovada a nova forma de administração, tendo sido investido como administrador o Sr. Y, sendo descritos seus poderes e deveres detalhadamente, nos incs. 1.º a 4.º da cláusula (...) da convenção condominial.

Com o transcurso do tempo, o administrador passou a obter da Assembleia de Condôminos mais e mais poderes, pois o condomínio, apesar de sua unificação, ou talvez por isso mesmo, a sua administração apresentou e apresenta, quase quotidianamente, novos problemas a serem resolvidos, de tal sorte, alguns condôminos sequer comparecem às assembleias, como que voltando as costas ao que ali está ocorrendo, sob a justificativa de evitarem incômodos. Diante disso, os poderes do administrador foram se fortalecendo, sendo reforçados quase que a cada assembleia, conforme se deduz da leitura das atas, trazidas por nossos Consulentes.

Como se sabe, a outorga de excesso de poder não traz vantagens, pois tende a se hipertrofiar, acabando por desconhecer limites. Justamente isso está ocorrendo em relação ao administrador do Condomínio K, segundo o entendimento de nossos consulentes, como membros do condomínio, e insatisfeitos com a forma como vêm sendo administradas as suas propriedades, obrigando-os a tomar iniciativas tais como a propositura de várias ações judiciais contra o administrador, dentre elas, uma Ação de Divisão, pois pretendem retirar-lhe do condomínio e outra de Prestação de Contas, por não estarem conformes com a falta e/ou forma como são por ele apresentadas essas contas.

Com o objetivo de reforçar seus argumentos, os D. colegas, patronos desses três condôminos, dão-nos a honra de solicitar nossa opinião sobre alguns aspectos desse conjunto de fatos e as consequências das medidas judiciais por eles tomadas.

Feito esse breve resumo da questão proposta, passamos a responder as indagações formuladas pelos nossos consulentes.

*1) O Condomínio K é um condomínio edilício? Se não o for, que tipo de condomínio é o mesmo? Qual legislação rege o referido condomínio?*

Para responder a esta indagação, devemos, em primeiro lugar, estabelecer o que vem a ser um condomínio edilício, em seguida, descrever a configuração do Condomínio K para, posteriormente, chegar à conclusão acerca da verdadeira natureza desse último, eis que grande parte da controvérsia existente, instaurada entre os ora consulentes, gravita em torno desse tema.

Uma vez desvendada sua verdadeira natureza e qualificação, nos deteremos na busca da determinação da legislação a ser-lhe aplicada.

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



a) *A definição de condomínio edilício, segundo a doutrina e o Código Civil de 2002.*

b) *O condomínio edilício ou propriedade horizontal na perspectiva da lei e da doutrina.*

A respeito do assunto, reina, desde muito tempo, grande controvérsia, podendo isso ser facilmente comprovado pelo fato de a prática ter ultrapassado em muito os conceitos jurídicos tradicionais, devendo o sistema jurídico adaptar-se a uma realidade que ele não logrou antecipar. Com efeito, malgrado o fato de a 1.<sup>a</sup> guerra mundial ter aumentado substancialmente a crise habitacional, em todo o mundo ocidental,<sup>1</sup> e o Brasil não ser uma exceção nesse sentido, pois o legislador do Código Civil de 1916 criou normas relativas apenas à propriedade vertical, não dando importância à horizontal, apesar de o nosso país ter adotado, nas suas principais Capitais, a construção de prédios residenciais nessa feição, tendo sido, durante longo tempo, as questões surgidas na prática, resolvidas pelos usos e costumes e, subsidiariamente, pelas regras do Código Civil, referentes ao condomínio tradicional. Não obstante, é fácil perceber, pelas variadas formas assumidas pela propriedade clássica, algumas até insólitas,<sup>2</sup> bem como pelo grande número de obras escritas em todas as línguas a esse respeito, a existência de uma grande evolução nesse âmbito.

Contudo, se, por um lado, esse fato merece aplausos, por outro, em razão dessa evolução/transformação ter ocorrido de forma assistemática, os problemas em torno das questões relacionadas a esses novos aspectos de um mesmo

1. V. a respeito, Umberto Eco, Furio Colombo, Francesco Alberoni y Giuseppe Sacco. *La nueva edad media/ The New Middle Ages* (Spanish Edition).
2. O *timesharing* ou multipropriedade é um exemplo interessante da transformação sofrida pelo direito de propriedade. De acordo com esse contrato, pessoas adquirem o direito de utilização de um imóvel em tempo parcial, para beneficiar-se da sua locação, enquanto outros o utilizam apenas uma vez e, nos anos seguintes, participam de uma troca do direito de desfrutar de uma casa de veraneio situada em outros países. Dentre as suas idiossincrasias, destacam-se em primeiro lugar, o fato de a separação clássica entre móveis e imóveis não incidir nesse contrato, pois os direitos de fruição do imóvel são inscritos em um certificado, conferindo ao seu titular o direito a participar das trocas em um mercado, dado o fato de o contrato circular nesse mercado. Em segundo lugar, graças a sua configuração (utilização parcial do bem), os adquirentes podem realizar o sonho de veranejar, a cada ano, durante algumas semanas, à beira mar ou na montanha, em um chalé ou apartamento, que lhes pertencem, quase da mesma maneira como o faziam outrora, quando existiam as chamadas *casas da família*, ponto de encontro de várias gerações, onde era possível passar longas temporadas, às vezes, durante todo um verão.

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

fenômeno jurídico, qual seja, o condomínio, aparecem em número elevado, gerando, sobretudo falta de unidade no seu tratamento.

Assim, definir o condomínio edilício ou propriedade horizontal, torna-se algo complexo e polêmico, variando sua compreensão, conforme a doutrina invocada.

Nesse sentido, dispõe nosso direito civil da Lei 4.591/1964, criadora do condomínio especial, onde o solo é dividido em frações ideais, prevendo ao mesmo tempo uma outra divisão, atingindo a construção erguida sobre o solo, os apartamentos ou salas integrados às denominadas áreas comuns, sendo esse conjunto chamado de propriedade horizontal. O Código Civil de 2002 disciplina essa matéria nos arts. 1.331 a 1.358.

O condomínio edilício (pode ser horizontal ou vertical) apresenta a característica de conter ao lado de uma propriedade individual, outra comum.

Caio Mario da Silva Pereira, o civilista invariavelmente citado em todas as obras nacionais versando sobre essa matéria, definiu, com rara felicidade, o condomínio edilício como sendo “um direito diferente, que amalgama ou funde as noções de propriedade e copropriedade. Em símile exato, a química nos oferece o fenômeno da combinação que se distingue da mistura, em que um corpo novo, como é a liga de dois metais, por exemplo, o aço, formado da liga de ferro e manganês, e de que não se pode extrair nem o ferro nem o manganês, sob pena de deixar de ser aço”.<sup>3</sup>

O mesmo autor afirma tratar-se de um instituto novo, o condomínio *especial* ou a propriedade *horizontal*, nele conjugando-se uma ideia de propriedade e uma ideia de condomínio. Com efeito, trata-se, por um lado, de uma propriedade individual exclusiva sobre a unidade autônoma, subordinada a um certo número de restrições. Já a situação de *condomínio* se aplica ao solo, aos elevadores do prédio, à caixa d'água, ao saguão ou hall de entrada do edifício, partes integrantes de um prédio de apartamentos, visualizado como construção arquitetônica. Tanto a propriedade individual como as comuns integram a noção de condomínio edilício ou propriedade horizontal, sendo atribuído ao proprietário de uma unidade autônoma, ou seja, um apartamento, um direito idêntico ao do proprietário de uma casa individual; além desse direito individual, o proprietário de uma fração autônoma tem direito de uso e gozo sobre as partes comuns, desde que o faça de acordo com a sua destinação e sem prejuízo para os demais condôminos.<sup>4</sup>

---

3. *Condomínio e incorporações*. 10. ed. 8. tir. Rio de Janeiro, 2001, p. 92.

4. Essa é a concepção adotada em França. Interessante observar que esse país e o Brasil iniciaram na mesma época (entre as duas grandes guerras) os estudos visando elabo-

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

De acordo com o magistério de Pedro Elias Avvad,<sup>5</sup> o Código Civil de 2002 promoveu uma modificação na forma de conceber a propriedade horizontal, pois o seu objeto principal passou ser a própria coisa, origem do condomínio, e não mais o condômino. A novidade parece não ter tido o condão de pacificar a polêmica.<sup>6</sup>

Esse autor,<sup>7</sup> ao tratar da natureza jurídica do condomínio por unidades autônomas, afirma não existir, na maioria dos sistemas jurídicos atuais, uma unanimidade em seu tratamento doutrinário, dada a diversidade de concepções relativas ao tema. Segundo afirma, o único traço comum entre as diferentes opiniões doutrinárias seria o conceito negativo, ou seja, a imensa maioria reconhece *não existir* no condomínio, personalidade jurídica própria, tampouco qualquer semelhança ou proximidade ao conceito de sociedade, como pretende uma minoria doutrinária, sendo o argumento mais forte, em contrário a essa ideia, a referência ao fato de o nexo causal entre os indivíduos ser real e não pessoal, como ocorre na sociedade.

A título de conclusão desse tópico, podemos afirmar ser o condomínio edilício uma espécie de *massa patrimonial* (da mesma forma que a massa falida e o espólio), possuindo capacidade processual e representação jurídica, de acordo com o previsto em lei. Ademais, conforme a doutrina, pode o condomínio assumir direitos e contrair obrigações, inclusive adquirir bens e direitos sobre

---

rar uma teoria para coexistência entre dois direitos, um individual e outro comum, consolidado em um mesmo sujeito, o proprietário de uma unidade em edifício de apartamentos. Essa concepção dualista dos direitos do coproprietário sobre o imóvel constitui a base da lei de 28.06.1938, em França. Essa compreensão da matéria foi objeto de exacerbadas críticas por parte da doutrina francesa, que acabou enveredando para uma doutrina denominada unitária, segundo a qual o imóvel é tomado em consideração por inteiro, reconhecendo a cada proprietário um direito único, um direito de copropriedade indiviso, exercido no seio de uma indivisão organizada, de sorte a escapar do disposto no art. 815 do *Code Civil*. Para uma comparação com o nosso sistema, v. Philippe Simmler, Copropriété et Propriété en volumes: antinomie ou symbiose? *Le Droit Privé Français à la fin du XX<sup>e</sup>. Siècle, Études offertes à Pierre Catala*. Litec: Paris, 2001, p. 680 e ss.

5. *Condomínio em edificações no novo Código Civil* (Comentado). 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2007, p. 26 e 27.

6. Carlos A. Dabus Maluf, em sua obra *O condomínio edilício no novo Código Civil* (São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62) critica de forma veemente a lacuna relativa à definição da natureza jurídica do condomínio, sobretudo por não ter-lhe atribuído personalidade jurídica, atributo, segundo esse autor, importante para possibilitar-lhe interagir com maior desenvoltura no mundo jurídico da atualidade.

7. Ob. cit., p. 29.

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

imóveis, pois a lei não o veda, apesar de, para isso, existir um obstáculo considerado intransponível, qual seja, o da exigência de unanimidade para decidir sobre essas últimas questões, tema objeto de reflexão por parte da doutrina especializada, já há alguns anos.

Dando sequência a este estudo, passaremos à resposta da segunda indagação de nossos ilustres consultentes, constante da 1.<sup>a</sup> questão:

b) *Que tipo de condomínio é o Condomínio K? Qual legislação rege o referido Condomínio?*

De acordo com o reportado por nossos consultentes, trata-se de propriedade de diversas áreas de terras em condomínio, situadas na cidade de (...), sendo essas terras *nuas*, desprovidas de construção de qualquer tipo. A sua origem remonta a João da Silva (nome fictício), sua mulher e outros, pessoas físicas e jurídicas, cessionários e/ou herdeiros dos integrantes originais dessa sucessão. Segundo consta da documentação acostada à consulta, de início, cada área condominial correspondia a uma Convenção, algo a dificultar a administração e a solução de questões relacionadas ao acervo de terras.

Em 1992, realizada uma Assembleia Geral Extraordinária, foram unificados os condomínios, sob a denominação Condomínio K, tendo em vista o fato da coincidência de origem e interesses comuns, além de razões de cunho prático, como a simplificação administrativa.

De início, as áreas eram em número exatamente de (...), tendo sido a de número 01 alienada antes da formação do Condomínio K, assim como outras mais, possuindo cada área sua matrícula imobiliária, nela constando o nome da cada condômino e a respectiva participação na propriedade, tudo devidamente inscrito no Registro de Imóveis, como demonstrado mediante os documentos, cópias das respectivas matrículas, anexadas à consulta pelos eminentes colegas, advogados dos consultentes.

De acordo com a narração dos consultentes, feita a abertura das matrículas das X (...) áreas, foi constituído, para fins de facilitar a administração desse conjunto de terras *nuas*, um condomínio,<sup>8</sup> denominado Condomínio K. Esse condomínio vem assumindo a condição de uma pessoa jurídica, com o escopo de administrar as áreas de terras, integrantes da sucessão supra mencionada.

Tendo em vista a situação aqui descrita, já à primeira vista percebe-se não reunir o Condomínio K as condições definidoras de um condomínio edilício, em nenhuma de suas feições, vertical ou horizontal, tampouco a de “condo-

---

8. Segundo reportam os advogados dos consultentes, nem todos os herdeiros integram o condomínio desde o seu início, alguns se recusaram dele fazer parte.

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

mínio fechado”, aliás, designação essa pouco apropriada, conferida ao condomínio edilício horizontal, na medida em que este pode ser implantado sem muros, cercas ou controle de acesso.

A doutrina especializada vem se manifestando sobre as distintas formas assumidas pelos loteamentos e condomínios, reinando grande discordância em relação a sua correta qualificação e natureza jurídica das regras a que estão sujeitos esses tipos insólitos de condomínios, diferentes daquele de tipo clássico, ou seja, vários proprietários de um bem, móvel ou imóvel.

Apenas para deixar bem clara a existência de concepções outras a respeito da propriedade, trazemos à baila outra figura, visando deixar ainda mais evidente a natureza das relações objeto desta consulta.

Assim, de acordo com o magistério de Luiz Antonio Scavone Junior,<sup>9</sup> “no denominado condomínio deitado, as vias de circulação e os espaços internos, que não compõem a unidade autônoma, constituem frações ideais de uso comum e propriedade dos condôminos. No loteamento fechado, por força do art. 22 da Lei 6.766/1979, os espaços internos e vias de circulação são bens públicos, apenas concedidos por ato administrativo ao uso exclusivo dos proprietários de lotes, podendo tal ato ser revogado. No referente ao registro, o condomínio deitado submete-se aos trâmites da Lei 4.591/1964, inclusive, às vezes, com prévio registro da incorporação, enquanto que o loteamento fechado submete-se ao disposto na Lei 6.766/1979, especificamente no seu art. 18”.

De acordo com o resultado de nossa pesquisa, o instituto do *condomínio horizontal de lotes*<sup>10</sup> é, todavia, objeto de grandes discussões doutrinárias, pois a maioria da doutrina especializada, sobretudo a paulista, tem sérias restrições a essa feição de loteamento, considerando-a ilegal, como afirmado, com todas as letras, por dois ilustres especialistas nessa matéria, os doutrinadores Vicente Celeste Amadei e Vicente Celeste de Abreu Amadei,<sup>11</sup> baseados no argumento de que a Lei 6.766/1979 e a lei municipal paulista disciplinam o loteamento e que, na figura do condomínio de lotes, parte da área é privada (os lotes são de

---

9. *Direito imobiliário, teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 121-123.

10. Sua base legal estaria no art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, combinado com o art. 8.º da Lei Federal 4.591/1964. Segundo se noticia, esse tipo de loteamento será incorporado pela nova Lei de Responsabilidade Territorial (PL 20/2007) na forma de condomínio urbanístico (art. 3.º, XII, do PL 20/2007). O instituto do loteamento fechado terá idêntico destino.

11. *Como lotear uma gleba. O parcelamento urbano em todos os seus aspectos*. 3. ed. rev. e ampl. Campinas: Millenium, 2012, p. 28.

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

propriedade privada), parte pública (logradouros, áreas e equipamentos públicos) não havendo fração ideal, mas direito de propriedade individual do terreno (lote); trazem como exemplo a situação ocorrente em São Paulo, onde o compromissário comprador da gleba, não a pode parcelar e o loteamento ilegal caracteriza crime contra a Administração Pública! Concluem os D. doutrinadores atualmente não existir, em nosso ordenamento jurídico, a figura do condomínio de lotes ou urbanístico, descolada da edificação.

Em São Paulo, segundo informa, em consulta informal, com efeito, o Dr. Leonardo Brandelli, registrador da propriedade imobiliária em Jundiaí, esta questão está bem estudada, especialmente na jurisprudência administrativa do Conselho Superior da Magistratura, a qual entende que um “condomínio de lotes” é, em verdade, um loteamento (ou desmembramento, conforme o caso), e não um condomínio edilício.

Diversamente, no Rio Grande do Sul, há um entendimento de que poderia ser condomínio edilício, malgrado o teor do art. 8.º da Lei 4591/1964.

Contudo, não obstante os robustos argumentos da crítica em contrário, crítica bastante abalizada, existe na espécie uma certa *tolerância administrativa* ao empreendimento assim configurado, que pode existir, seja pelo fato consumado ou pela interpretação jurisprudencial (Rio Grande do Sul e Santa Catarina), embora, para muitos, como referido, pareça ilegal.

Partidário da tese da existência e legalidade do condomínio de lotes, o registrador gaúcho Júlio César Weschenfelder, em um de seus trabalhos,<sup>12</sup> atendendo à competência que lhe é atribuída constitucionalmente, entende possa seu registro ser levado a efeito junto ao Ofício Imobiliário, após prévia aprovação pela municipalidade e licenciamento ambiental.

Na mesma esteira, Gustavo Burgos reporta<sup>13</sup> que, atualmente, em todo o Brasil, pululam empreendimentos imobiliários sob a formatação de *condomínio horizontal de lotes*, fundamentados, sob o prisma de sua validade, no art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, em combinação com o art. 8.º da Lei Federal 4.591/1964.

Trata-se de empreendimento cuja finalidade é a criação de unidades autônomas (constituídas por lotes) sobre as quais serão – ou não – realizadas construções, a critério do adquirente. Embora apresentando alguma similitude

12. Condomínio de lotes: uma perspectiva ajustada às necessidades contemporâneas, apud Mario Pazutti Mazzari, *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*, p. 178 e ss.

13. Assessor jurídico do Centro de Apoio Operacional da Ordem Urbanística e questões fundiárias do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

com o loteamento fechado, com este não se confunde, porque, no condomínio horizontal de lotes, não há necessidade de transferência de áreas (ruas, áreas verdes e áreas institucionais) ao Poder Público municipal e a concessão de uso dessas áreas ao proprietário/empreendedor. Na modalidade ora comentada, as áreas a serem destinadas à municipalidade permanecem sendo particulares e se destinam, via de regra, ao acesso de cada unidade autônoma (lote) ao logradouro público.

De pronto, surge a questão: haveria ou não legalidade na instituição do condomínio horizontal de lotes, especificamente, no caso de o Condomínio K ser considerado como tal?

Para responder ao indagado, é preciso deter-nos em um aspecto peculiar desse tipo de condomínio por lotes, entrando brevemente no âmbito do direito urbanístico.

Com efeito, parcelamento do solo urbano pode ser caracterizado por ocorrer mediante variadas formas de regulação jurídica do solo urbano e as suas linhas mestras estão dispostas na Lei 6.766/1979, com as alterações decorrentes da Lei 9.785/1999. Na mencionada Lei 6.766/1979, constam as duas espécies de parcelamento do solo aqui referidas, o desmembramento e o loteamento, ambos tratando da divisão de uma gleba em lotes destinados à edificação.

Assim, com a aprovação do projeto de loteamento, a identidade da gleba original desaparece, surgindo os lotes, dotados de individualidade própria, ou seja, identidade imobiliária, localização física determinada, medidas próprias e confrontações.

Diversamente, no condomínio (Lei 4.591/1964 e arts. 1.331 a 1.358, do CC), a edificação representa uma obrigação indissociável, enquanto no loteamento, essa vinculação de construir não existe na aquisição do lote e nem o loteador impõe o tipo de edificação a ser erguida. O adquirente tem liberdade de construir ou não, mas se o fizer, deverá adequar-se às regras gerais relativas à espécie.

Em se tratando de condomínio horizontal de lotes, a falta de previsão legal cria certos impasses, devido à existência de lacunas na sua regulamentação, chegando alguns doutrinadores e precedentes jurisprudenciais a denominá-lo *condomínio de fato ou atípico*.<sup>14</sup>

---

14. Agravo no recurso especial – Loteamento aberto ou fechado – *Condomínio atípico* – Sociedade prestadora de serviços – Despesas – Obrigatoriedade de pagamento. O proprietário de lote integrante de loteamento aberto ou fechado, sem condomínio formalmente instituído, cujos moradores constituíram sociedade para prestação de

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Para destacar ainda com maior ênfase a verdadeira qualidade do Condomínio K, invocamos o magistério de RAQUEL HELENA VALÉSI, segundo o qual “esse loteamento (condomínio horizontal de lotes) possui natureza jurídica híbrida e dúplice concomitantemente. É híbrida, porque possui ao mesmo tempo características do direito obrigacional e do direito real. Ao sofrer influência do princípio da autonomia privada, os proprietários de lotes constituem uma associação com o objetivo de atuar de forma condominial no que se refere aos seus interesses privados com incidência sobre um bem público, especificamente, de uso comum do povo. A natureza dúplice atribuída ao condomínio horizontal de lotes se dá devido à fusão de dois institutos tradicionais, o loteamento e o condomínio horizontal, originando essa nova modalidade. Também adquire esse caráter dúplice em razão da titularidade do proprietário do lote, que é plena nos moldes tradicionais, e assemelha-se à unidade autônoma do condomínio horizontal”.<sup>15</sup>

Já no referente ao aspecto publicista da questão em análise, o art. 30, VIII, da CF, assim preconiza: “Compete aos Municípios: (...) VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Assim, no Plano Diretor do Município de (...), constante do Estatuto da Cidade, em seu art. 40, o condomínio horizontal de lotes constitui empreendimento imobiliário, no qual o adquirente possui a propriedade individual do lote (unidade autônoma), constrói a sua casa, constituindo uma unidade edi-

---

serviços de conservação, limpeza e manutenção, deve contribuir com o valor correspondente ao rateio das despesas, pois não se afigura justo nem jurídico que se beneficie dos serviços prestados e das benfeitorias realizadas sem a devida contraprestação. Precedentes. (STJ, 3.<sup>a</sup> T., Ag.Reg. no REsp 490.419/SP, j. 10.06.2003, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi); *Condomínio Atípico – Associação – Loteamento – O condomínio ainda que atípico, caracteriza uma comunhão*. Precedentes do STJ – O registro da convenção do Condomínio tem por finalidade precípua valer contra terceiro, mas não é requisito “inter partes” – Havendo prestação de serviços pela associação a todos proprietários de lotes, não se mostra justo e nem jurídico, o participante aproveitar-se do esforço da comunhão, beneficiando-se dos serviços que a todos são prestados, sem que concorra para as respectivas despesas – *Por isso mesmo descabe invocar a regra do art. 5.º, XX, da CF, para furtar-se ao pagamento de sua parte, pois ninguém pode locupletar-se a custa alheia*. Recurso desprovido. (TJRJ, EI 2002.005.00399, 13.<sup>a</sup> Câm., j. 26.04.2004, Des. Nametala Machado Jorge – Grifos nossos).

15. Raquel Helena Valési. Questões controvertidas no Supremo Tribunal Federal sobre as obrigações dos adquirentes de lotes em loteamento fechado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. Disponível em: [www.usjt.br/revistadireito].

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



ficada, respeitando a convenção e as limitações existentes nas leis municipais; ademais, será titular de uma fração ideal incidindo sobre as áreas comuns, consistentes nas vias internas, guaritas e clubes esportivos. A fração ideal é calculada sobre o lote (unidade autônoma) e não sobre área construída.

Como decorre de disposição legal, o condomínio edilício exige, para a sua instituição, a prévia construção (edificação) do empreendimento. Já no condomínio horizontal de lotes, por força do art. 8.º, *a, c e d*, da Lei Federal 4.591/1964 e do art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, equiparam-se as obras de infraestrutura à construção da edificação. Logo, a realização das obras de infraestrutura pelo empreendedor supre a necessidade de construção do prédio (casa/edifício), pois o requisito legal já estará sendo atendido. Assim, a unidade autônoma será o lote e não a edificação sobre este. Com isso, admitir-se-á a cada titular de unidades autônomas a livre utilização e exploração do bem imóvel da forma que melhor lhe aprouver, desde que respeitadas as normas de ordem pública e as prévias estipulações constantes da convenção de condomínio.

Como se depreende do exposto supra, a corrente doutrinária, a qual se filiam os registradores e a jurisprudência gaúcha, sustenta a legalidade dos “condomínios horizontais de lotes” desde que, sem prejuízo da aplicação da Lei 6.766/1979, estes sejam aprovados pela legislação municipal, nos termos do seu Plano Diretor.

Por outro lado, a jurisprudência gaúcha vem tratando situações como essas aqui descritas, como sendo condomínios edilícios para certos fins, em absoluto descompasso com o entendimento de outros tribunais, o de São Paulo, por exemplo, antes mencionado.

Qual seria, então, uma vez apontadas essas várias modalidades de condomínio, a verdadeira natureza do Condomínio K? Ora, os aspectos aparentemente insólitos de sua configuração decorrem, justamente, do fato de não ter, todavia, ocorrido uma correta qualificação de sua natureza, a qual entendemos seja a de um condomínio, tal qual o previsto no Código Civil, resultante de sucessão e todavia indiviso. Dada a extensão das terras e a quantidade de condôminos envolvidos, esses, movidos por um aspecto puramente prático, decidiram organizar-se administrativamente, mediante a contratação de um administrador, também condômino e relacionado por vínculos familiares a vários dos condôminos integrantes desse condomínio. Até o presente momento, os imóveis não foram unificados, apenas o foi a administração, justamente para tornar mais pragmática a condução dos assuntos relativos ao grande número de propriedades reunidas após a morte do casal João da Silva.

Na verdade, segundo informam nossos colegas advogados de nossos consulentes, formou-se uma sociedade para administrar os bens desses condôminos,

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

não sendo, de forma alguma, o Condomínio K proprietário dessas terras, pois foi formado para funcionar como uma mera imobiliária.

Desta sorte, não há como equipará-lo às modalidades de condomínio aqui referidas, pois a sua natureza é diversa daquela do condomínio edilício e/ou condomínio de lotes, tal como explanado, detalhadamente, supra.

O Condomínio K é, pois, uma copropriedade, cujos proprietários são pessoas que receberam, *mortis causa*, uma grande quantidade de terras, permanecendo, até o presente momento, indivisas, mantendo-se os herdeiros em condomínio até ser a coisa comum dividida.

No caso em análise, tramitam, no Foro (...) três ações de Divisão de Áreas, promovidas pelos três clientes de nossos colegas e consultentes.

Assim, à guisa de conclusão e como resposta a esta primeira questão, podemos afirmar tratar-se de áreas não urbanizadas, cujos proprietários são os herdeiros de João da Silva e sua mulher e/ou seus sucessores, tratados equivocadamente como se formassem um condomínio edilício, ou, como querem alguns, em outras Estados, como um condomínio de lotes.

Entendemos residir aí a origem da maior parte dos problemas enfrentados pelos herdeiros/condôminos, problemas esses até agora sem solução, pois essa visão distorcida prejudica enormemente a concretização do escopo pretendido pelo autor da herança e o de todos esses herdeiros, qual seja, dividir a propriedade e utilizar cada um o seu quinhão como bem lhe aprouver, desde que observados os limites da lei.

Passaremos, de pronto, à 2.<sup>a</sup> questão constante desta consulta, exposta nos seguintes termos:

O Condomínio K está cobrando de nossos clientes, mensalmente, valores a título de cotas condominiais, assim como valores a título de fundo de reserva, cobranças com as quais não concordam nossos clientes. A pergunta tem o seguinte teor:

2) *Essas cobranças estão corretas ou deve o condomínio primeiro apresentar e comprovar as despesas e depois rateá-las?*

Como visto, a propriedade pode manifestar-se no condomínio edilício e no parcelamento do solo urbano mediante duas espécies, a do loteamento e do desmembramento, e, mais recentemente, mediante um novo modelo de propriedade, advindo da transformação e necessidade social, ou seja, uma nova modalidade de loteamento com características próprias, o condomínio horizontal de lotes.

Diante dessa nova espécie de loteamento, da mesma forma como ocorre em relação às outras modalidades de propriedade sob forma de condomínio,

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

haverá' necessidade, para existência desse complexo, de oferta de serviços essenciais ao seu funcionamento e utilização, devendo o custeio das obras e serviços empregados ser rateado entre os titulares dos lotes (ditos condôminos ou associados). Mesmo que a rigor, a obrigação da manutenção, segurança e limpeza nesses loteamentos devesse ser da municipalidade, nada impede estabeleçam os agrupamentos sociais (Associação de Moradores ou assemelhados) suas próprias regras com a criação de encargos específicos para melhorar e conservar o padrão do empreendimento.

Nesses loteamentos, como se sabe, acaba-se criando um complexo de direitos, obrigações e deveres próprios, e, dessa forma, deve-se encontrar uma maneira para ratear as despesas normalmente originadas de e em um empreendimento deste tipo. Em suma, é necessário estabelecer os direitos e obrigações, a forma de administração, aproximando-se, de maneira análoga, a do condomínio em edifícios.

Assim, surgem obrigações vinculando os proprietários em condomínio sejam eles edifícios ou horizontais de lotes, ainda não havendo menção expressa a esse aspecto e até mesmo, em sendo o condomínio considerado atípico ou ilegal.

Contudo, não obstante a cristalina evidência dessa necessidade, em razão da lacuna existente a esse respeito em alguns desses loteamentos, tem ocorrido, não poucas vezes, e até com amparo na jurisprudência, oposição ao rateio, fundamentada na Constituição Federal, precisamente em seu art. 5.º, XX, onde está posto que “ninguém poderá’ ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

Ora, como bem pondera Raquel Helena Valési, a autora supra referida, a liberdade plena de associação, atribuída ao indivíduo em sede constitucional, constitui uma espécie de *cláusula geral da tutela da pessoa humana*, implicando em dizer que está na garantia do livre desenvolvimento de sua personalidade. Assim, cria-se margem de questionamento, por muitos adquirentes de lotes, se devem ou não contribuir para com o rateio mensal.<sup>16</sup> Mas, alerta a ilustre articulista, “se confrontarmos o princípio constitucional da liberdade de associação que cada indivíduo possui, pois, inerente à sua personalidade, com a cláusula geral (arts. 884 a 886 do CC) que nega o enriquecimento sem causa, a manifestação majoritária tanto da doutrina quanto da jurisprudência é a da predominância da condenação do enriquecimento sem causa, ainda que se levantem dúvidas acerca dos benefícios oriundos da Associação. O proprietário

---

16. Op. e local citados.

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

de lote faz parte de uma comunidade que aderiu à hipótese associativa, e que, ainda que de forma indireta, obtém vantagens dos serviços prestados pela Associação além da valorização imobiliária”.

O fato de ser efetivamente prestada a manutenção gera um efeito negocial, obrigando o sujeito, vinculado por seu comportamento, pela conduta que assume perante determinada circunstância fática. Em suma, o condomínio horizontal de lotes assemelha-se em muitos aspectos, ao condomínio edilício horizontal, como bem assinalado, dentre outros, por Wanderli Acillo Gatti,<sup>17</sup> de modo que os condôminos devem pagar as cotas condominiais, como em qualquer outro tipo de condomínio, porquanto em todas as espécies sempre haverá despesas relativas aos itens supra mencionados, manutenção, vigilância, conservação etc.

Ademais, de acordo com o disposto no art. 1.334 do CC, aplicável aos condomínios de lotes, a convenção determinará: “I – a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio; II – sua forma de administração”.

Já o art. 1.336 do mesmo CC dispõe:

“São deveres do condômino:

I – contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção (...).”

É preciso ainda advertir que, em matéria de despesas condominiais, prevalece o aprovado pela Assembleia Geral soberana, conforme o art. 12 da Lei 4.591/1964, não cabendo discutir contas ou possíveis irregularidades formais, que podem e devem ser debatidas na via processual própria, conforme já foi decidido em Ap 592582-00/0, j. 04.12.2000, rel. Peçanha de Moraes.

Na mesma esteira interpretativa, o enunciado ao art. 1.331 do CC, aprovado na I Jornada do CJF (Conselho da Justiça Federal), de número 89, reza: “O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil, aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos, loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo”.

Ainda como um último exemplo referente à obrigatoriedade de pagamento dos valores para manutenção e conservação do condomínio, vale trazer à colação, como um reforço ao entendimento doutrinário aqui exposto, julgado de

---

17. Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições, *RDI*, ano 34, vol. 70, p. 173 e ss. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2011, especialmente p. 213.

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

relatoria da Min. Nancy Andrighi, onde a julgadora assim se manifesta: “O proprietário de lote integrante de loteamento aberto ou fechado, *sem condomínio formalmente instituído*, cujos moradores constituíram sociedade para prestação de serviços de conservação, limpeza e manutenção, deve contribuir com o valor correspondente ao rateio das despesas daí decorrentes, pois não se afigura justo nem jurídico que se beneficie dos serviços prestados e das benfeitorias realizadas sem a devida contraprestação”<sup>18</sup> (grifos nossos). Pelo teor do julgado, depreende-se que ainda na ausência de formalização do condomínio, o rateio das despesas de conservação, limpeza e manutenção, é obrigatório.

O fato de, com o passar dos anos, o Condomínio K ter começado a atuar como se fosse uma empresa proprietária dessas terras, tendo ingressado em juízo, recebido créditos judiciais etc., algo que vem desgostando profundamente os clientes de nossos colegas consulentes, a tal ponto que sua relação como condôminos, e até mesmo a de cunho familiar (há laços muito próximos de família entre o Administrador e os nossos consulentes), acabou por deteriorar-se irremediavelmente.

Dada essa situação, absolutamente contrária à realidade do que fora estipulado, nossos consulentes, titulares de 1/3 de todas as áreas imobiliárias administradas pelo *Condomínio K*, optaram por dele se retirar,<sup>19</sup> tendo a esse respeito notificado os demais condôminos e revogado as procurações, outrora outorgadas ao administrador, as quais haviam servido para representa-los em negócios, tais a venda de áreas e permutas imobiliárias, porquanto tais negócios ocorreram sem a sua concordância expressa.

Desta sorte, insurgem-se os condôminos consulentes contra a sistemática adotada pela Administração do Condomínio K, pois, dentre outras irregularidades, por eles apontadas, exige pagamentos sem antes apresentar as despesas que os motivaram.

Vale a pena descrever a sistemática, nesse particular âmbito da administração condominial, utilizada pelo senhor administrador. Assim, de acordo com o transcrito, por exemplo, na Ata da Assembleia Geral Extraordinária, datada de 14.07.2011, o Administrador apresentou aos presentes cópias das planilhas de previsão orçamentária para o período de julho de 2011 a junho de 2012, informando sobre receitas e despesas e que, naquele então futuro exercício, as despesas superariam as receitas. Além disso, estaria prevista a cobrança do fun-

18. STJ, AgRg no REsp 490.419/SP, 3.<sup>a</sup> T. j. 10.06.2003, DJ 30.06.2003, p. 248.

19. Ação de divisão de terras particulares, sendo autores nossos consulentes, tramitando no Foro (...), antes mencionada.

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

do de reserva. No momento da votação, presentes os condôminos e/ou representados por seus procuradores, houve apenas três votos contrários à previsão orçamentária, precisamente, os de nossos consulentes e uma abstenção, tendo constado na ata, a pedido do Sr. Z (um de nossos consulentes), a existência de uma Ação de Prestação de Contas contra o administrador, tramitando no Foro (...) em Porto Alegre.

Conforme informado pelos procuradores das partes consulentes, tramita essa Ação de Prestação de Contas, porque esse dever, segundo seu entendimento, não estaria sendo adimplido de forma conveniente, violando, desta sorte, o art. 1.349 do CC,<sup>20</sup> onde se prevê a destituição do síndico (no caso em análise, trata-se de administrador, cujo comportamento assemelha-se ao de síndico), pela prática de irregularidade, sendo a não prestação de contas considerada como tal.

O fato de serem apresentadas contas a serem pagas pelos condôminos, sem a demonstração da existência de correspondentes despesas constitui uma irregularidade, pois em se servindo da figura da administração imobiliária, o síndico/administrador vem se comportando de maneira contrária aos interesses dos herdeiros/proprietários dessas terras.

Ademais, segundo informação dos consulentes, o administrador aluga espaços para colocação de publicidade, realiza outras formas de negócios, sem que os demais proprietários tenham ciência dos valores arrecadados, fato constante da já nomeada Ação de Prestação de Contas.

Outro elemento muito relevante e a merecer destaque é o da atual absoluta falta de confiança dos consulentes, na pessoa do síndico e em sua atuação como administrador. Como se sabe, o valor confiança está na base de todo o direito, em todos os seus ramos, mas com maior ênfase no mundo dos negócios. Uma vez violada a confiança, não mais são possíveis negócios, seja de que tipo forem.

Colhendo a oportunidade ora apresentada, pedimos vênias para opinar a respeito dessa bem fundada inconformidade dos condôminos consulentes em relação ao cumprimento do dever de contribuir para a receita destinada ao pagamento de despesas do condomínio.

Sem dúvida alguma, os condôminos consulentes têm sobejas razões para não se curvarem ao pagamento de contas cujas origens desconhecem. Contudo, seria

---

20. “Art. 1.349 do CC: A assembleia, especialmente convocada para o fim estabelecido no § 2.º do artigo antecedente, poderá, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, destituir o síndico que praticar irregularidades, não prestar contas, ou não administrar convenientemente o condomínio.”

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

importante procurassem cumprir com seu dever por outra forma, por exemplo, mediante consignação em juízo, pois essa atitude lhes granjearia a simpatia dos demais condôminos, que, na situação atual, são obrigados a contribuir pelas cotas não pagas, onerando, todavia mais as suas prestações condominiais.

Outro ponto importante, seria o de iniciar um trabalho de esclarecimento/informação junto aos demais condôminos acerca dos desmandos do administrador, buscando conquistar novos votos contra a forma unilateral, desprovida de transparência, como vem sendo administrado o conjunto de terras.

Passaremos a seguir, à abordagem do 3.º questionamento de nossos colegas, vazado nos seguintes termos:

3) *Os consulentes revogaram todos os poderes anteriormente outorgados ao administrador do Condomínio K. Quais os efeitos gerados por essas revogações?*

Como antes relatado, administrador do condomínio K recebeu dos condôminos, em 1992, um mandato para exercer a administração do condomínio. Desde aquela época já longínqua, foi sendo sistematicamente reeleito para essa função, só que, como soe ocorrer em casos como esse, sua posição e seus poderes (reforços e ampliação de poderes por parte dos condôminos), foram se fortificando à medida em que o tempo foi passando, de sorte a provocar algumas reações à qualidade de sua atuação, culminando isso em uma ruptura entre alguns dos condôminos (nossos consulentes), que se viram obrigados a revogar poderes especiais, anteriormente outorgados a esse administrador.

Para bem responder ao indagado nesta consulta, convém lembrar em parte os termos do Código Civil, no referente ao tópico *mandato*.

Reza o art. 653 do CC: “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

Com efeito, há duas formas de uma pessoa tomar o lugar de outra, para exercer certos atos, a *representação*, na qual o titular do direito pratica os atos jurídicos em seu nome e no seu interesse, por meio de terceiro; e a *preposição*, quando ocorre o aproveitamento de trabalho alheio, mediante pagamento, como nas hipóteses de contrato de trabalho ou locação de serviços.

A representação pode decorrer de imposição legal, como no caso da representação do incapaz, de decisão judicial, quando, por exemplo, é nomeado um advogado dativo para pessoa carente, ou ainda, mediante acordo de vontade das partes, assumindo o aspecto de representação convencional ou mandato propriamente dito.

Na representação, o representante atua no interesse do representado, podendo agir em nome próprio (comissão mercantil) ou em nome do representado (mandato).

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Isto posto, é importante destacar o fundamento do mandato, que seria a confiança, porquanto ele é instituído *intuitu personae*.

No referente à estrutura desse contrato, sua configuração é dada pelas partes, mandante e mandatário, sendo admitido o mandato apenas para atos que não tenham natureza personalíssima (testamento por mandato seria impossível). Trata-se de contrato unilateral ou, se remunerado, bilateral. Em se tratando de mandato civil há a presunção de gratuidade, cf. art. 658 do CC, salvo as exceções legais (parágrafo único do art. 658 do CC).

Não se pode deixar de mencionar a classificação do mandato em gratuito e oneroso, conforme seja não remunerado ou remunerado.

No caso objeto desta consulta, o mandatário é remunerado pelos condôminos, recebendo um *pro-labore*, além de algo qualificado, no laudo pericial sobre as contas do condomínio, como *forma indireta de salário*, ou seja, valores pagos a título de *serviços prestados a terceiros*, conforme se verifica desse laudo (processo 001/1.11.0088142-6), integrado à Ação de Prestação de Contas, mencionada supra, sendo réu o administrador e autor, GGGG e outros. Ademais, de acordo com informação dos advogados dos consulentes, seus clientes sempre referem terem doado, há muitos anos, *um percentual ao condômino Y por ser ele o administrador do condomínio*. Nesse aspecto, em sendo o mandato outorgado ao senhor administrador do condomínio K de natureza onerosa, ele passa a ser bilateral perfeito, impondo ao mandatário uma contraprestação, algo que não integra o conceito de mandato. Assim, se o mandato oneroso tiver por objeto a prática de atos correspondentes aos praticados por profissionais, deverá ser tratado de acordo com a espécie de negócio praticado entre as partes, ou seja, no caso concreto, a *prestação de serviços*, cujas regras estão disciplinadas no Código Civil pelo art. 593<sup>21</sup> e ss.

Por outro lado, a aceitação do mandato pelo mandatário é condição para que se forme contrato, e essa pode ser expressa ou tácita, segundo os termos do art. 659 do CC, decorrendo do começo da execução do mandato.

Nesse passo, convém mencionar a procuração, negócio jurídico pelo qual se constitui o poder de representação voluntária. Trata-se de *negócio jurídico unilateral* receptício, autônomo, sem confundir-se com o contrato subjacente. Com relação aos termos da consulta ora em análise, deve ser registrado o teor dos arts. 660 e 661 do CC, ao disciplinar a extensão do mandato, os quais referem possa ser este *especial* a um ou mais negócios ou *geral* a todos os do mandante, nesta última hipótese, confere apenas poderes de administração.

---

21. “Art. 593 do CC: A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo.”

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



O exame das cópias das atas das reuniões condominiais revela que o Sr. Y detinha todos os poderes, tanto os gerais, como alguns especiais, exercendo sua gestão legitimado pela outorga desses poderes.

O condômino e administrador, Sr. Y, ocupa essa condição desde os primórdios da criação do Condomínio K, conforme comprova, dentre outros documentos, a Ata da Assembleia Geral do Condomínio K, datada de 25.03.1992, na qual, sob a presidência de um eminente jurista, professor (...), deu-se a alteração da convenção do condomínio, quando a administração era exercida por uma Junta de Cabecéis, a qual foi, nessa ocasião, extinta e substituída por um novo sistema, sendo então eleito o referido Sr. Y, como administrador do condomínio e como seus eventuais suplentes, Fulano e Sicrano, assim como os membros do Conselho Consultivo, cujos nomes e atuação não vamos declinar, por não serem relevantes para o deslinde das questões concernentes a nossa consulta.

A partir da data supra mencionada, a cláusula terceira da Convenção condominial passou a ter a seguinte redação: “é investido como administrador, nos termos do art. 635, § 2.º, do CC, inclusive para os efeitos do art. 12, IX, do CPC [1973],<sup>22</sup> o condômino Y e, no seu impedimento ou afastamento, passa a exercer as suas funções e poderes, o primeiro vice-administrador, neste ato designado, o condômino”.

Restou, pois, assente, desde o início desta nova fase do Condomínio K que este teria um administrador, o Sr. Y, mantido nessa posição, até os dias de hoje, porquanto reeleito sucessivamente, detendo poderes amplos de administração, além de, mediante procurações de todos os condôminos, ter logrado extensão de seus poderes de mera administração, conforme comprovado, por exemplo, pela teor da ata referente à Assembleia Geral do Condomínio K onde, à unanimidade, ficou assentado “para representar os condôminos perante os tabelionatos e registros de imóveis e especial, bem como elaborar escrituras, aditá-las, receber e elaborar notificação judicial e extra”.

Descrita, ainda que não pormenorizadamente, a condição de que desfrutava o administrador do condomínio, conclui-se que concentrava e, todavia concentra em suas mãos, a totalidade dos poderes, comandando os destinos do condomínio, como se fora de sua exclusiva propriedade, a despeito de vozes dissidentes terem se manifestado, em algumas oportunidades, em contrário a

22. “Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) IX: – o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.”

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

determinadas proposições do Administrador, conforme se depreende, por exemplo, do teor da ata da Assembleia Geral Extraordinária, de número X.

Lamentavelmente, conforme demonstram as atas das Assembleias Gerais trazidas a nossa apreciação, a maioria dos condôminos a elas presentes, invariavelmente vem se pronunciando, salvo poucas vozes dissidentes, a favor das propostas do administrador.

Essa situação, como não poderia deixar de ser, gerou uma dificuldade de relacionamento dos condôminos consulentes em relação ao administrador, cujo comportamento, no seu sentir, extravasou os poderes que se lhes haviam outorgado, gerando em consequência, profunda cisão entre eles.

O desacerto é tamanho, que, entre nossos consulentes e o Sr. administrador, tramitam 13 ações judiciais, sendo os consulentes ora autores, ora réus, no mais das vezes, figurando o administrador como réu.

Tendo em vista essa situação de profundo desgaste, três dos condôminos integrantes do Condomínio K, nossos consulentes, notificaram extrajudicialmente o administrador do Condomínio K, Sr. Y, revogando todo e qualquer instrumento de procuração, público ou privado, no qual esse senhor seja o outorgado, enfatizando sobremaneira as escrituras declaratórias e de procurações, realizadas perante o 1.º Tabelionato de Notas de Porto Alegre/RS, apresentando, como motivo determinante desse ato revogatório, a absoluta perda da confiança no administrador.

Esse aspecto da perda da confiança, na relação contratual mandante/mandatário é de grande relevância, valendo a pena expor o quanto a confiança é elemento chave em todos os contratos e em alguns, todavia mais, como no caso do mandato, ora em foco, justamente porque nela tem seu fundamento.

Vejamos, pois, o que ocorre atualmente na Europa, com destaque para a doutrina francesa, com relação às consequências do rompimento da confiança no contrato.

Efetivamente, há um importante segmento doutrinário, liderado por Jean Carbonnier, afirmando que, “o que faz a força obrigatória do contrato é a confiança do credor, não a promessa do devedor”.<sup>23</sup>

Essa assertiva nos parece muito verdadeira, sobretudo porque estamos tratando de um contrato de mandato, nele existindo uma estreita correlação entre confiança e a consideração da pessoa, havendo graus de intensidade do

23. No original: ce qui fait la force obligatoire du contrat, c'est la confiance du créancier, non la promesse du débiteur, Jean Carbonnier, *Droit civil, les obligations*, t. 4, 22<sup>e</sup>. éd., PUF, coll. *Thémis Droit privé*, 2000 n. 21.

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

*intuitu personae* nessas relações contratuais, lá denominadas relações de confiança.<sup>24</sup>

No caso concreto, a escolha do mandatário recaiu sobre alguém muito próximo dos consulentes, alguém em quem tinham absoluta confiança (talvez fosse mais apropriado dizer aqui *alguém em quem eles tinham fé*, pois a confiança consiste na fé em outrem) e que acabou por *degradar esse intuitu persona*.

No mesmo instrumento, antes mencionado, onde foram revogados os poderes do administrador, os três condôminos/consulentes reclamaram uma prestação de contas do administrador, abrangendo o período de 2008 a 2010. Informando, outrossim, que a referida prestação de contas deveria seguir a forma mercantil. Destacaram ainda, no mesmo local, quais as operações, cujas contas desejariam ter acesso, fixando-lhe um prazo de 30 dias para apresentá-las, algo que não ocorreu, redundando isso na propositura de uma Ação de Prestação de Contas contra o administrador, intentada pelos consulentes, ora em tramitação, conforme supra relatado.

Na mesma oportunidade e no mesmo documento, duas condôminas, firmatárias dessa notificação extrajudicial, outorgaram procuração a Fulano, com o fito de representá-las junto ao Condomínio K. O administrador do Condomínio restou ciente dessas manifestações ao ser notificado de todo o teor deste instrumento, em (...).

Como manteve a sua posição de absoluta indiferença aos reclamos de parte dos condôminos, entre eles os de nossos consulentes, esses houveram por bem retirar, em parte, seus poderes (tendo em vista a tramitação de Ação de Divisão, mediante a qual pretendem nossos consulentes sua retirada total do Condomínio K),<sup>25</sup> porquanto a lei faculta a quem atribui poderes a outrem, retirá-los se, e quando, lhe convier, mediante manifestação unilateral de vontade. Trata-se, nesse caso, do exercício de um direito potestativo formativo,<sup>26</sup>

---

24. Sobre os vários aspectos relativos a esse tema no direito contratual, v. *La Confiance en droit privé des contrats*, sous la direction de Valérie-Laure Bénabou et Muriel Chagny. Paris: Dalloz, 2008.

25. Reza o art. 661 do CC: “O mandato em termos gerais só confere poderes de administração. § 1.º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos. (...)”.

26. Essa categoria de direitos integram a noção de direito subjetivo, cujo conteúdo é o poder de formar relações jurídicas concretas, mediante um negócio jurídico unilateral. Por outro lado, a doutrina moderna assinala que o exercício dos direitos formativos se produz também mediante outras formas, como por meio de atos jurídicos *stricto sensu*, uma categoria de ato jurídico, cuja origem está no direito das pandectas.

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

amplamente reconhecido, havendo, no dizer de Pontes de Miranda, “direitos formativos que tendem à criação (direitos formativos criadores ou geradores), à modificação (direitos formativos modificadores) ou à extinção de direitos (direitos formativos extintivos)”.<sup>27</sup>

Com efeito, sendo o mandato outorgado mediante procuração para realização de determinados negócios, o Código Civil regula a questão relativa à sua revogação no art. 682, dispondo cessar o mandato, dentre outras causas, pela sua revogação. Na expressão de Pontes de Miranda, a “retirada da voz do mandante, faz desaparecer o elemento fundante do mandato”.<sup>28</sup> O mesmo autor afirma: “O mandato não subsiste à cessação ou arrefecimento da confiança depositada no mandatário. Em qualquer tempo, pois, e sem necessidade de justificar a sua atitude, o mandante tem a faculdade de revogar ad nutum os poderes e, unilateralmente, pôr termo ao contrato”.<sup>29</sup>

No caso em tela, como relatado, os condôminos elegeram o Sr. Y, como administrador do Condomínio K, outorgando-lhe, além de poderes gerais, outros, mediante procurações individuais, visando a prática de atos variados e negócios envolvendo o condomínio, em múltiplos aspectos.

Tendo em vista o indagado por nossos consulentes nesta pergunta de número três, passaremos ao exame das consequências da revogação do mandato.

Como se pode inferir da importância desse assunto, é possível afirmar que o art. 662<sup>30</sup> do CC merece destaque especial, pois dispõe sobre a ineficácia dos atos praticados por quem, ainda tendo poderes conferidos por mandato, não os tenha suficientes e ainda assim, pratica certos atos. Nesse caso, estes serão ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.

Mais: o art. 665 do CC<sup>31</sup> explicita as consequências derivadas do exercício de poderes de forma exorbitante ou contrária aos poderes originalmente atribuí-

---

O ato jurídico *stricto sensu* é um ato unilateral, o qual exige capacidade plena do declarante e cujos efeitos, invariáveis, são estabelecidos *ex lege*.

27. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 305.

28. *Tratado de direito privado*, § 4690, t. XLIII, p. 88.

29. Loc. e ob. citis.

30. “Art. 662 do CC: Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar. Parágrafo único: A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato.”

31. “Art. 665: O mandatário que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, será considerado mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos.”

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

dos, considerando o mandatário, ao agir desta sorte, mero gestor de negócios, a menos que o mandante lhe ratifique os atos. Na hipótese de o mandatário assim agir ao assumir obrigações para com terceiros, será obrigado, a qualquer tempo, a responder perante eles, em razão do excesso cometido.

Diante do exposto, a resposta à terceira questão formulada por nossos consulentes deve ser respondida da seguinte forma:

No referente aos poderes gerais, de mera administração, outorgados ao Sr. Y, enquanto integrantes do Condomínio K e estando a Ação de Divisão ainda em tramitação, a revogação não produz efeitos, porquanto os atos do administrador foram autorizados pelas Assembleias Gerais, mediante voto da maioria dos presentes, pessoalmente ou por procurador constituído, ainda não tendo os clientes de nossos consulentes votado pela não aprovação das propostas encaminhadas pelo administrador, naquelas ocasiões.

Já os poderes conferidos enquanto pessoas físicas, individualmente consideradas, mediante procurações outorgadas tendo em vista certos e determinados negócios, esses sim podem ser reputados revogados, estando o administrador sujeito a sofrer as consequências legais decorrentes de atuação sua em contrário ao disposto na lei a esse respeito, tal como supra detalhado.

Aproveitando os argumentos expendidos relativamente a essa questão, colhemos o ensejo para responder à questão de número quatro, onde se indaga se o administrador do *Condomínio K possui, após a revogação dos poderes algum poder de representação dos consulentes e, se exercer atos em seu nome (deles), qual seria a sua responsabilidade?*

A resposta a essas duas perguntas está relacionada ao exposto supra, no tópico referente à revogação dos poderes, resposta essa fundada nos dispositivos do Código Civil.

Passamos, neste momento, a responder a quinta e última pergunta formulada por nossos consulentes, cujo teor é o seguinte:

*5) O Condomínio K possui alguma legitimidade para representar os consulentes? Todavia detém poderes de representação dos consulentes em ações judiciais?*

A resposta a essa última questão está, da mesma forma como a anterior, respondida nas de número três e quatro. Vejamos:

Segundo reza o art. 1348, II, do CC, compete ao síndico “representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns”; no inc. VIII desse mesmo art. 1348, está posto: “prestar contas à assembleia, anualmente e quando exigidas”.

Ademais, no inc. 2.º da cláusula 3.ª da Convenção condominial, a partir de março de 1992, está posto que “em caso de Promessa de Compra e Venda ou de Compra e Venda, total ou parcial, o administrador é investido em poderes

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

expressos para receber o preço ou as parcelas, repartindo entre os condôminos, na proporção dos respectivos quinhões acima, bem com outorgar recibos parciais e quitação final aos promitentes adquirentes ou compradores em nome e representação dos condôminos, ressalvado em todo o caso, a efetiva prestação de contas”.

Ora, até que os condôminos consulentes logrem se desvincular do Condomínio K, o administrador/síndico restará seu representante, nos assuntos relativos ao condomínio enquanto tal, porque eles, todavia, o integram.

No referente à revogação de poderes conferidos ao administrador Y, tendo em vista aspectos relacionados a assuntos particulares dos consulentes, ele efetivamente não mais poderá representá-los. É o caso, por exemplo, da repartição e entrega dos valores relativos à desapropriação e pagamento da indenização de determinada área do condomínio, realizada pela União (DNER), quando, equivocadamente, foi realizado o pagamento dos valores indenizatórios ao condomínio e não aos sucessores do antigo proprietário da área, hoje nomeada Condomínio K, fato gerador de reação dos nossos consulentes, que estão recorrendo à via judicial para haver seus créditos, retidos, indevidamente, pelo administrador, pois agiu em desacordo com o disposto no art. 1.358 do CC, segundo o qual, “se ocorrer desapropriação, a indenização será repartida na proporção a que se refere o § 2.º do artigo antecedente”.

Importante reprimir o fato de todos esses inconvenientes e todas essas irregularidades decorrem da compreensão equivocada em relação ao verdadeiro ser desse ente, que, de condomínio, tem somente a denominação, sendo, em verdade, apenas uma imobiliária/administradora, comportando-se como se fosse a proprietária da totalidade das terras, quando, legalmente, deveria apenas cuidar de seus aspectos administrativos, valendo lembrar nesse tópico, que *quem apenas administra não é dono*.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 10 de outubro de 2014.

---

FRADERA, Véra de. Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 463-486. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

The background of the page is a light gray color. On the right side, there is a large, abstract graphic consisting of several overlapping, semi-transparent circles. These circles are arranged in a way that they create a sense of depth and movement. Overlaid on these circles is a fine, light gray grid pattern that extends across the entire page. The overall aesthetic is clean, modern, and technical.

# Trabalhos Forenses





## PROCESSO DE DÚVIDA – PACTO ANTENUPCIAL (ART. 198 DA LEI FEDERAL 6.015/1973)

---

*Excelentíssimo Senhor Doutor Mauro Antonini*

*Digníssimo Juiz de Direito da 5.ª Vara Cível da Comarca de Piracicaba e Corregedor Permanente das Serventias de Registros de Imóveis*

PROCESSO DE DÚVIDA

(art. 198 da Lei Federal 6.015/1973)

*Suscitante: 2.º Oficial do Registro de Imóveis e Anexos de Piracicaba/SP.*

*Suscitado: Luis Fernando de Castro Neves Maffezoli.*

ANTONIO RANALDO FILHO, 2.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Piracicaba, Estado de São Paulo, vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no artigo 198 e seguintes da Lei Federal 6.015/1973, e a pedido do apresentante do título (requerimento anexo), para declinar as razões da dúvida, conforme segue:

### 1. DO TÍTULO E DA PRENOTAÇÃO

Aos dezesseis (16) de dezembro de dois mil e quatorze (2014), foi apresentada a esta Serventia, e conseqüentemente prenotada sob n. 218.167, escritura pública de pacto antenupcial datada de 23 de julho de 2014, lavrada pelo 1º Tabelião local, às páginas 231 a 232, instruída pela certidão de casamento expedida pelo Oficial de Registro Civil do 3.º Subdistrito de Piracicaba/SP, bem como da declaração, subscrita pelos nubentes divorciados, de terem efetivado a partilha dos bens porventura havidos na vigência do casamento anterior.

### 2. DA DIGITALIZAÇÃO, ARQUIVAMENTO DO TÍTULO ORIGINAL, ANOTAÇÃO NO PROTOCOLO E DEMAIS PROVIDÊNCIAS

Em atenção ao disposto na “nota” ao item 41, do Cap. XX do Prov. 58/89 da E. Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, com redação dada pelo Prov. 17/2014 cumpre consignar que: a) o título foi apresentado no seu original; b) as presentes razões, a escritura, e os documentos que a acompanham foram devidamente digitalizados; e, c) o original ficará arquivado nesta

unidade em classificador próprio. Cumpre ainda informar que a presente suscitação fora anotada no Livro 01 – Protocolo.

### 3. DO CONTÉUDO DO INSTRUMENTO (ESCRITURA)

A aludida escritura encerra o pacto antenupcial do casal, Luis Fernando e Alessandra, do qual consta a eleição do regime da separação de bens, além de outras cláusulas, dentre as quais, cumpre destacar a terceira, do seguinte teor:

“(…)

Cláusula Terceira: Em relação ao imóvel que os nubentes utilizarão para sua residência e domicílio, que é de bem particular do nubente-homem assim decidem: caso o nubente-homem venha a falecer (antes da nubente-mulher), a nubente-mulher terá direito de permanecer no imóvel por 10 (dez) anos; essa circunstância somente se efetivará, caso isso ocorra (morte do nubente-homem) a partir do efetivo casamento e até 12 (doze) anos deste. Esse mesmo direito (a nubente-mulher permanecer usando o imóvel) será vitalício se, por ocasião da morte do nubente-homem, o casal estiver casado há mais de 12 (doze) anos, também a contar da celebração efetiva do casamento. Somente após a ocorrência das duas hipóteses futuras e acima enunciadas (transcurso dos referidos prazos e circunstâncias, inclusive quanto à vitaliciedade do usufruto/posse direta do imóvel por parte da nubente-mulher) é que as filhas do nubente-homem poderão tomar a posse direta do imóvel; enquanto não houver o implemento de uma das situações acima, as filhas do nubente-homem terão de respeitar a vontade do mesmo (nubente-homem), encetada nesta escritura. As partes (homem e mulher) pactuam, de forma expressa, solene, irrevogável e irreatável que a opção pelo regime da separação absoluta de bens é a real vontade deles, sem induzimento ou influência de quem quer que seja; conseqüentemente as partes abdicam a qualquer e possível e eventual direito à herança dos bens de cada um, ou seja: o que é e será (no âmbito patrimonial de cada nubente) do nubente-homem sempre será dele ou suas filhas (suas herdeiras), seja em vida ou após a sua morte, e vice-versa, ou seja: o que é e será (no âmbito patrimonial de cada nubente) da nubente-mulher sempre será dela ou seus filhos (seus herdeiros), seja em vida ou após a sua morte. Conseqüentemente, repetindo o que já está inserto no nosso sistema legal, cada nubente administrará seu patrimônio de forma isolada e independente, sem qualquer prestação de contas de um para com o outro. Parágrafo primeiro: Ocorrendo aquela situação onde o nubente-homem falecer antes da nubente-mulher, ela obriga-se e responsabiliza-se pela manutenção e conservação do imóvel, inclusive arcando com todas as despesas tributárias que incidirem sobre o mesmo (IPTU, seguro, condomínio etc.), sob as penas da

---

RANALDO FILHO, Antonio. Processo de dúvida – Pacto antenupcial (art. 198 da Lei Federal 6.015/1973). *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 489-498. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

lei, enquanto esta residir no imóvel, obrigações que se extinguirão caso esta não venha mais a residir no imóvel, por decisão própria ou por perda do direito deste segundo consta neste instrumento (escritura de pacto antenupcial). Parágrafo segundo: As partes declaram que foram formalmente orientadas por este Tabelião quanto ao contido na cláusula “terceira”, eximindo-o (o Tabelião) de qualquer responsabilidade, presente ou futura, acerca de qualquer alteração legal ou mesmo interpretativa (decisões ou jurisprudência) acerca do que lá restou consignado por desejo delas, as partes.

(...)”

#### 4. DA QUALIFICAÇÃO NEGATIVA E SUSCITAÇÃO DA DÚVIDA

Aludido título foi qualificado negativamente, conforme nota de devolução de n. 38.541, datada de 23.12.2014 (cópia anexa), e, tendo sido devolvido à parte interessada, foi reapresentado a este Registro no dia 05.01.2015, acompanhado de requerimento pugnando pela suscitação da dúvida. O teor da exigência formulada é o seguinte:

“Consta do título a renúncia da herança. Conforme disposto no art. 426 do CC, a declaração de vontade que tenha por objeto herança de pessoa viva, padece de nulidade. Ademais, somente se faz possível a renúncia de direito quando efetivamente incorporado ao patrimônio do renunciante. Inexistindo abertura da sucessão, por certo não há que se falar em herança. Tal fato impede o registro do pacto, em razão da nulidade da cláusula.”

#### 5. DAS RAZÕES DA DÚVIDA

##### 5.1. *Do dissenso*

Conforme revelado na mencionada nota de devolução, o dissenso envolve a validade das cláusulas estabelecidas na escritura de pacto antenupcial, em especial, a que trata da renúncia recíproca da herança. No entanto, diante da complexidade, inovação da matéria, divergências interpretativas e da falta de precedente administrativo sobre o tema, pedimos “vênia” a Vossa Excelência, para, antes de justificar as razões da recusa, ponderar o quanto segue.

##### 5.2. *Do princípio da legalidade*

Confia a lei ao registrador, o poder-dever de impedir o acesso, ao fôlio real, de títulos que ostentem vícios que possam resultar na sua invalidade. Sobre o aventado princípio pontifica o preclaro Des. Narciso Orlandi Neto:

---

RANALDO FILHO, Antonio. Processo de dúvida – Pacto antenupcial (art. 198 da Lei Federal 6.015/1973). *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 489-498. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

“A validade da inscrição depende da validade do negócio jurídico que lhe dá origem e da faculdade de disposição do alienante” (Afrânio de Carvalho, ob cit., p. 249).

Assim é o registro de imóveis no Brasil. Ele não tem eficácia convalidante do título.

No sistema alemão o título deixa de ser relevante a partir do registro. Vale este, ainda que se prove a nulidade absoluta daquele (ressalvada a má-fé do adquirente, em razão do princípio da fé-pública, lá adotado: *‘las inscripciones del Registro se reputan por verdaderas aun cuando no lo sean en realidad...’* (Nussbaum, ob cit., p. 41)). No nosso, a irregularidade do título, em qualquer grau contamina o registro.

Se o registro de imóveis fosse meramente copiativo dos documentos apresentados, isto é, se os negócios instrumentalizados entrassem para o registro automaticamente, nenhuma seria sua segurança. *‘Por esta razón, se impone que no se inscriban los títulos presentados al Registro sin una previa comprobación de su legalidade por el funcionario encargado del mismo, al que se le exige una perfecta cualificación jurídica. Solo deben tener acceso ao Registro los títulos válidos y perfectos; y ello es lógico si se quiere asegurar minimamente la concordância entre el Registro y la realidade’* (Celestino Cano Tello, ob. cit., p. 120).<sup>1</sup>

Portanto, ao registrador cumpre impedir a inscrição de títulos eivados de nulidade. No entanto, a perquirição acerca de tais invalidades e de sua extensão, nem sempre se reveste de tarefa fácil. É o que se verifica no caso ora examinado.

### 5.3. *Da complexidade na aferição da validade das cláusulas mencionadas no pacto*

Além da cláusula que ensejou a desqualificação da escritura, o título examinado encerra outras, cuja eventual invalidade demanda detida investigação, à luz do direito material e das suas consequências no aspecto registral. Com efeito, em suma, do pacto constam: a) estipulações com efeitos “causa mortis”, ou seja, com eficácia após a morte do nubente-homem; b) limitações ao direito real de habitação da nubente-mulher; e c) renúncia recíproca da herança. Desse modo, não há como se concluir pela possibilidade ou impossibilidade do registro sem que haja resposta aos seguintes questionamentos: 1) Seria possível a estipulação de disposições “causa mortis” fora do âmbito do testamento, ato solene, que

1. NETO, Narciso Orlandi. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 73.

RANALDO FILHO, Antonio. Processo de dúvida – Pacto antenupcial (art. 198 da Lei Federal 6.015/1973). *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 489-498. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

exige formalidades especiais? 2) Seria possível a limitação ao direito real de habitação, à luz do disposto no art. 1831 do CC? Seria possível a renúncia recíproca de herança, diante da proibição contida no art. 426 do diploma civil? Eventual nulidade das cláusulas teria o condão de contaminar todo o pacto? Em não havendo o contágio total, poderia o registrador promover a inscrição, omitindo do registro a parte viciada, cindindo o título de ofício?

Como se constata da exigência formulada, diante da dificuldade de se responder com a convicção necessária aos questionamentos levantados, optou-se por desqualificar o título apenas com lastro na renúncia da herança, que em tese, configura pacto sucessório, diante da literalidade do artigo 426 do CC. Ademais, tem prevalecido o entendimento no Conselho Superior da Magistratura, forte em Afrânio de Carvalho, de que na dúvida (no sentido literal do termo) deve-se decidir sempre a favor do registro.

Nesse diapasão, tomamos a liberdade de confessar que, a despeito de não haver apontado as mesmas como óbice à inscrição, pelos motivos já expostos, não estamos totalmente convictos acerca da validade das estipulações “causa mortis” fora do testamento e da limitação ao direito real de habitação.

Quanto a esta última, num primeiro momento, tendo em vista a possibilidade de renúncia do direito pelo cônjuge, maior e capaz, a reputamos válida.

Como é cediço, a suscitação da dúvida devolve ao juiz o julgamento sobre a viabilidade do registro, na sua totalidade, não ficando o julgador adstrito às exigências formuladas pelo oficial de registro.

#### 5.4. Do efeito devolutivo do procedimento de dúvida

Sobre esse efeito devolutivo do procedimento de dúvida, assim se pronunciou o Des. Ricardo Dip:

“O juiz da dúvida aprecia e decide a questão registral ao modo de segunda instância ressalvada a impossibilidade absoluta de satisfação das exigências enunciadas pelo registrador (art. 198). Por isso, a esfera própria de conhecimento jurídico da dúvida é quase a mesma do Oficial de Registro.

Decidirá o juiz com os ‘elementos constantes dos autos’ – *quod non est in acta no est in mundo* –, embora possa se valer de forma complementar, do que está no registro: *quod non est in tabula et non est in scriptura non est in mundo*.<sup>2</sup>”

2. DIP, Ricardo Henry Marques, in: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda (Coord.); CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.); CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). *Lei de registros públicos comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1076.

RANALDO FILHO, Antonio. Processo de dúvida – Pacto antenupcial (art. 198 da Lei Federal 6.015/1973). *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 489-498. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Vimos por bem aclarar tais fatos, não só para demonstrar que procedemos à qualificação exaustiva do título, inclusive com detidas reflexões e pesquisa, mas que, diante das peculiaridades do caso sob exame, e das dificuldades encontradas, seria importante que Vossa Excelência se pronunciasse sobre a validade de todas as aludidas cláusulas e suas implicações registrárias. Por certo, a decisão de Vossa Excelência, considerando o seu notável saber jurídico e capacidade, se revestirá de importante precedente sobre o tema.

Posto isto, passaremos a expor as razões que ensejaram a qualificação negativa do título.

Como estabelecido linhas atrás, concluímos que o óbice ao acesso do pacto ao registro, reside na cláusula que estabelece a renúncia recíproca à herança dos contraentes, a uma, por constituir pacto sucessório, vedado expressamente pelo nosso ordenamento jurídico e a duas, porque somente se pode renunciar a direito que efetivamente se encontra incorporado ao patrimônio do disponente.

#### *5.5. Da nulidade da cláusula de renúncia recíproca a herança – Pacto sucessório – Art. 426 do CC*

Neste passo, retrataremos o juízo desenvolvido, cuja conclusão, redundou na desqualificação do título. Fixados os fatos, cumpriria perquirir acerca das normas jurídicas incidentes na espécie e das consequências jurídicas decorrentes de tal incidência. E assim se fez. Com efeito, dispõe os incs. II e VII do art. 166 do CC Brasileiro:

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

II – for ilícito, impossível ou indeterminado seu objeto.

(...).

VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

Mais à frente, ao tratar das disposições gerais sobre os contratos, reza o art. 426 do diploma civil pátrio:

“Art. 426. Não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva.”

Ao regulamentar o pacto antenupcial o legislador fez constar do artigo 1655 do mesmo código que:

“Art. 1655. É nula a convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei.”

Assim, aplicando-se os dispositivos legais invocados, nula seria a cláusula estipulada na escritura de pacto antenupcial examinada, que estabelece a renúncia recíproca da herança, em razão da ilicitude de seu objeto, por consistir

---

RANALDO FILHO, Antonio. Processo de dúvida – Pacto antenupcial (art. 198 da Lei Federal 6.015/1973). *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 489-498. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

em pacto sucessório, vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Como já asseverado nesta peça, o princípio registrário da legalidade, impede que o registro imobiliário contenha nos seus assentamentos, e assim projete efeitos “erga omnes”, cláusulas eivadas de nulidade absoluta.

Por oportuno, pedimos vênia para colacionar alguns ensinamentos doutrinários sobre a questão em debate. Para não tornar a presente enfadonha, elegemos apenas três doutrinadores, um contemporâneo, um clássico e um estrangeiro, sendo que todos reafirmam a nulidade da cláusula em cotejo.

Senão vejamos.

O Des. Carlos Roberto Gonçalves, pontifica, forte em Washington de Barros Monteiro, que:

“O pacto antenupcial, tem inequivocadamente, natureza contratual. O princípio da livre estipulação, como já exposto, foi acolhido no art. 1.639 do CC, pelo qual ‘é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens o que lhes aprouver’. Todavia, a liberdade contratual dos nubentes está subordinada a princípios que condizem com a ordem pública. Podem eles estipular o que lhes aprouver, no tocante ao regime de bens ou outras questões pertinentes à vida conjugal, desde que, ao assim procederem, não violem à disposição de lei imperativa ou proibitiva, com preceitua o art. 1655 do CC: ‘É nula a convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei’.

Nessa consonância, as estipulações permitidas são de caráter econômico, uma vez que os direitos conjugais maternos e paternos são normatizados, não se deixando a sua estruturação e disciplina à mercê da vontade dos cônjuges. Assim, nenhum valor terão as cláusulas que dispensem os cônjuges do dever de fidelidade, coabitação, mútua assistência, sustento e educação dos filhos e exercício do poder familiar.

Segundo o magistério de Washington de Barros Monteiro ‘disposições absolutas de lei são as de ordem pública, as rigorosamente obrigatórias, que tem caráter proibitivo e cuja aplicação não pode ser afastada ou excluída pelas partes. O Código não se refere às cláusulas ofensivas dos bons costumes, mas é fora de dúvida que a defesa da ordem pública, a defesa dos interesses gerais da sociedade, abrange também a dos bons costumes. *Em tais condições, tornam-se inadmissíveis estipulações antenupciais que alterem a ordem de vocação hereditária, que excluam da sucessão os herdeiros necessários, que estabeleçam pactos sucessórios, aquisitivos ou renunciativos (de succedendo ou de non succedendo), com violação ao disposto no art. 426 do CC/2002 (art. 1.089 do CC/1916)*’.<sup>3</sup> (grifamos)

3. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. VI, p. 406.

RANALDO FILHO, Antonio. Processo de dúvida – Pacto antenupcial (art. 198 da Lei Federal 6.015/1973). *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 489-498. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

No mesmo sentido, é o escólio do clássico Carvalho Santos, conforme seus comentários ao art. 257 do CC/1916:

“Em face do art. 1.089 do CC, que proíbe que qualquer contrato tenha por objeto a herança de pessoa viva, a questão a nosso ver está resolvida satisfatoriamente, não deixando margem à dúvidas.

No direito anterior, admitia-se, com exceção, os pactos sucessórios nos contratos antenupciais, justamente porque se tratava de um ato que não era abrangido pela proibição legal.

Mas agora outro é o dispositivo legal. Fala em contrato. Não o permite como válido, se tem por objeto herança futura. De sorte que, se é nula a cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei, a conclusão lógica e natural a que se chega é que, no sistema atual do nosso Direito, não mais se permitem os pactos sucessórios nos contratos antenupciais.

Vale dizer: são nulos os pactos pelos quais um dos cônjuges promete ao outro instituí-lo herdeiro, ou transfere o direito de suceder na herança de pessoa viva, *ou aqueles que importam renúncia de herança de pessoa viva*. Não é lícito aos nubentes, por outro lado, inserir na convenção antenupcial cláusula alguma que importe mudança de ordem legal da sucessão, seja em relação a eles mesmos na sucessão de seus filhos, seja em relação aos seus filhos entre si.”<sup>4</sup> (os grifos são nossos)

O jurista italiano Roberto de Ruggiero, à luz do direito peninsular, obtempera, no mesmo sentido:

“Um segundo limite é dado pela proibição de fazer qualquer convenção ou renúncia, que se destinem a alterar a ordem legal das sucessões, o que se explica recordando as antigas leis e os usos segundo os quais, por ocasião das núpcias, se fazia a renúncia das mulheres a sucessões futuras e outros pactos semelhantes, agora absolutamente proibidos (cf. art. 1.118 do CC e arts. 458 e 348 do CC).”<sup>5</sup>

Ademais, não se deve olvidar que, somente se faz possível a renúncia daquilo que se encontra incorporado ao patrimônio do renunciante. Como é sabido, em razão da “saisine” (art. 1784 do CC), o direito à herança somente exsurge quando da abertura da sucessão.

Concluindo-se, assim, pela nulidade da cláusula, cumpre investigar se o aludido vício teria o condão de contaminar todo o contrato.

4. SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. vol. V, p. 48-49.

5. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. vol. II, p. 187-188.



Segundo o escólio de Carlos Roberto Gonçalves não há o contágio. Assim se manifesta o eminente desembargador paulista:

“O vício de uma cláusula não contamina, todavia, toda a convenção antenupcial, mantendo-se íntegras as demais que não contrariam a ordem pública, segundo o princípio ‘*utile per inutile non vitiatur*’.”<sup>6</sup>

Sendo assim, poderia ser efetivado o registro, omitindo-se do assento a cláusula nula?

A resposta parece-nos negativa, por duas razões. Primeiramente, porque não foi apresentado requerimento nesse sentido pelos interessados, não sendo dado ao registrador, cindir de ofício o título, em atenção ao princípio da instância. Segundo, porque o número 12 do inc. I do art. 167 da Lei de Registros Públicos, dispõe que será feito no registro de imóveis, o registro das convenções antenupciais. O registro das convenções antenupciais é lançado no livro 03 de Registro Auxiliar. Ao contrário do que ocorre com o livro 02 de registro geral, cujos elementos do assento constam enumerados no artigo 176 da Lei de Registros Públicos, o mesmo não se dá em relação ao livro 03 de Registro Auxiliar. Com relação a este, inexistente regra acerca dos seus elementos. Como mencionado acima, dispõe a lei que o registro será das “convenções antenupciais” e não apenas das convenções antenupciais atinentes ao regime de bens. Sendo assim, parece-nos que o registro deverá ter como conteúdo a reprodução de todas as convenções ajustadas, até para que possa atingir na plenitude o seu objetivo, que é o de informar àqueles que porventura possam ter de alguma forma sua esfera jurídica afetada, acerca do quanto ajustado pelos contratantes. Nesse sentido pontifica o Des. Francisco Eduardo Loureiro que:

“Deve cuidar o Oficial registrador de verificar quais as disposições convencionais e reproduzi-las com a máxima fidelidade no Livro n. 03, especialmente se não houver a adoção simples das regras de um determinado regime de bens.”<sup>7</sup>

No mais, a inscrição do pacto no registro imobiliário pode passar ao público em geral, e até mesmo aos contratantes, a falsa impressão de regularidade de eventual ajuste eivado de nulidade.

Essas, Excelência, são portanto, as razões que ensejaram a negativa da prática do ato requerido.

## 6. DOCUMENTOS ACOSTADOS

Acompanham a presente cópias digitalizadas da escritura pública acima identificada, da certidão de casamento, da declaração quanto à efetivação da

6. GONÇALVES, op. cit., p. 406.

7. LOUREIRO, Francisco Eduardo, In: Alvim Neto (coord.), op. cit., p. 1265.

RANALDO FILHO, Antonio. Processo de dúvida – Pacto antenupcial (art. 198 da Lei Federal 6.015/1973). *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 489-498. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

partilha, do protocolo, da nota de devolução n. 38.541 de 23.12.2014 e do requerimento de suscitação da dúvida.

## 7. DA NOTIFICAÇÃO DO SUSCITADO

O suscitado foi notificado, nesta data, para impugnar a dúvida no prazo de 15 dias, nos termos do disposto no art. 198, III, da Lei 6.015/1973, conforme comprovante que segue anexo.

## 8. ENCERRAMENTO

São essas, MM. Juiz, as razões que levaram à desqualificação do título, apresentando a Vossa Excelência protestos de estima e apreço.

Piracicaba/SP, 09 de janeiro de 2015.

ANTONIO RANALDO FILHO

*Oficial*

### Quadro Sinótico das Razões da Dúvida

<i>TÍTULO</i>	Escritura de pacto antenupcial lavrada pelo 1.º Tabelião de Notas de Piracicaba, no Livro 1.452, páginas 231/232, em 23.07.2014.
<i>DISSENSO</i>	– Validade da cláusula que estabelece a renúncia recíproca da herança
<i>FUNDAMENTOS DA QUALIFICAÇÃO NEGATIVA (IMPEDIMENTOS AO REGISTRO E / OU AVERBAÇÃO)</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Arts. 166, 426, 1.655 e 1.784 do CC;</li> <li>– Art. 167, I, 12, da Lei 6.015/1973;</li> <li>– ORLANDI NETO, Narciso. <i>Retificação do Registro de Imóveis</i>. Livraria Del Rey Editora, 1997. p. 73;</li> <li>– <i>Lei de Registros Públicos Comentada</i>. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1076-1077 e 1265;</li> <li>– GONÇALVES, Carlos Roberto. 3. ed. <i>Direito Civil Brasileiro</i>. São Paulo: Saraiva, p. 406;</li> <li>– CARVALHO SANTOS. <i>Código Civil Brasileiro Interpretado</i>. 14. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A. vol. V, p. 48-49;</li> <li>– RUGGIERO, Roberto de. <i>Instituições de Direito Civil</i>. 2. ed. Editora Bookseller, 2005. vol. II, p. 187.</li> </ul>

## ALTERAÇÃO DO CONTRATO PADRÃO EM LOTEAMENTO JÁ REGISTRADO – PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS INVERSO

---

IZAÍAS GOMES FERRO JÚNIOR

Sentença Pedido de Providências – Processo nº 0002780-15.2014.8.26.0456  
Processo n. 0002780-15.2043.8.26.0456 Vara Única de Pirapozinho. Suscitante: VM Incorporadora e Empreendimentos SS Ltda.

Suscitado: Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de Pirapozinho

Pedido de Providências

MM.Juiz:

*Izaías Gomes Ferro Júnior, Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Pirapozinho/SP, no uso de suas atribuições legais, vem pelo presente, manifestar-se junto ao “Pedido de Providências”, recebido por esta serventia em 06 de Agosto de 2014.*

Tal procedimento, assemelhado à suscitação de dúvida, dever-se-ia dar seguimento ao procedimento previsto nos itens 41 e seguintes do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça, bem como no art. 198 da Lei de Registros Públicos, e, ato contínuo, efetuar-se-ia a prenotação do título, que não foi apresentado, e sim encaminhado “ofício” sem protocolar, e conseqüentemente sem recolher custas mínimas, quer seja de uma averbação ou exame de cálculo.

Analisando o exposto pelo requerente, em obediência à instrumentalidade processual, no intuito de economizar novos trâmites, mesmo na via administrativa junto à Vara de Registros Públicos, acumulada por V. Exa., expomos os motivos que pretensamente impediriam a “futura averbação” pretendida:

### I – DO TÍTULO

A apresentação do contrato padrão foi efetivada via “Ofício” não protocolado, e respondido igualmente via “Ofício” em 16 de julho de 2014, sob n. 316/2014, onde informamos a posição da não aquiescência com a alteração do contrato padrão, em ato posterior ao registro do loteamento.

Tentando-se resumir os fatos apresentados na, muito bem instruída e fundamentada, exordial pelo nobre e diligente advogado que a assina, o mesmo pondera com muita propriedade a possibilidade de se alterar o contrato padrão em momento posterior ao registro do Loteamento.

Ressalta-se que este Oficial deve obediência aos princípios registraes, especialmente à análise pela ótica do Direito Público, pois hoje a doutrina é pacífica em

---

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes. Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 499-510. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

dizer que é onde o Direito Registral está inserido, bem como obediência aos princípios da legalidade e publicidade como se verá adiante.

## II – DA INSERÇÃO DO DIREITO REGISTRAL COMO DIREITO PÚBLICO

Desde os bancos escolares, uma das primeiras lições foi dividir o direito em dois grandes ramos: o Direito Privado e o Direito Público.

Sabe-se que esta tradicional divisão não é pacífica e a sua distinção sempre traz alguma polêmica no que respeita aos traços que caracterizam cada uma destas divisões, Cientificamente, um critério adorado e aceito pela maioria da doutrina é a distinção que tem gerado mais concordância, é o chamado critério da posição dos sujeitos.

Por este critério, o Direito Público distingue-se do Direito Privado pelo fato de, no Direito Público, serem reguladas relações entre dois sujeitos, em que um deles (a entidade pública) está numa posição de supremacia perante o outro, em virtude de se encontrar no exercício de poderes públicos (*ius imperii*). Já no Direito Privado, enquanto categoria do Direito, haverá sempre, ou quase sempre, relações entre sujeitos de direito em igualdade de posição (em princípio), ou seja, enquanto simples particulares.

Há uma nítida relação de supremacia entre, por um lado, o ente público (poder estatal, que por vezes é fiscalizador), no exercício de um poder de autoridade público e o cidadão, ou mesmo pessoa jurídica privada.

Há, também, evidente posição de supremacia do Direito Público, a que Registradores estão submetidos por normas públicas, normas cogentes, e mais, normas que são obrigados a cumprir, obedecer. Percebe-se, portanto, uma nítida assimetria na relação público-privada. O domínio do privado, historicamente, é liberal, mesmo com as amarras constitucionais atuais, sabemos, mas prevalece a liberdade contratual. O domínio do público é outro. Baseia-se, principalmente, no princípio da “supremacia do interesse público”.

## III – DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Hodiernamente, a questão principiológica adquire cores diferentes de outrora. Da mera função informativa preconizada no jusnaturalismo, mas sem qualquer eficácia ou ordem normativa concreta, evoluindo ao juspositivismo, sua função passa a ser subsidiária, para “avançar” como norma antilacunas clássica em todos os ordenamentos ocidentais de origem romano-germânicos, optou-se pela adoção de uma aplicação diferida dos princípios somente como forma de solução das lacunas.

### III.1 – Princípios supraconstitucionais aplicáveis

Hoje, com os atuais princípios constitucionais, modificou-se inclusive o estudo do direito e este entende-se como um conjunto de normas e princípios que

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes. Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 499-510. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

disciplinam a vida em sociedade, permitindo a convivência pacífica dos seres. Os princípios podem ser entendidos, portanto, como fonte primária do direito.

Analisando a questão principiológica no âmbito do direito administrativo, as pedras de toque seriam a *Supremacia do Interesse Público* e o *Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público*. O Interesse público é o somatório dos interesses individuais dos seres considerados membros de uma sociedade. Para ser interesse público, deve representar a vontade da maioria. O interesse público representa o somatório dos interesses individuais de cada pessoa que compõe a sociedade, e a partir do momento que essa maioria, representando a vontade individual, representará a o interesse público. O interesse público primário é o povo. O interesse público secundário é a vontade do Estado, enquanto pessoa jurídica. O ideal é que estes interesses sejam coincidentes. Isso é que se espera, o que deve ser. Mas nem sempre é o que se tem. Se houver divergência entre eles, deve prevalecer o interesse primário, ou seja, do povo. A *Supremacia é do Interesse Público*, e não da máquina ou do administrador, e não do REGISTRADOR. É superioridade, é sobreposição do público em face do interesse individual. É um princípio fundamental para a convivência em sociedade. É pressuposto lógico do convívio social, indispensável para a vida em sociedade. Não é princípio explícito, mas sim implícito no Texto Constitucional.

O *Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público* é um princípio limitador da Administração. O Registrador enquadra-se como tal, não pode dispor da ordem pública, do interesse público. O Registrador não tem liberdade sobre o que não lhe pertence, não tem liberdade de escolher o que fazer em desobediência em razão de sua discricionariedade. O interesse público não pode ser livremente disposto pelo mesmo. Ao exercermos nossa atividade, exercemos função pública – exercemos atividade em nome e no interesse do povo.

O Registrador exerce um *munus* público. Portanto, tem o dever de bem servir e não pode dispor. A dispensa de algum requisito legal, normalmente, não lhe é cabível. Há evidentes exceções atualmente na legislação, como pequena flexibilização ao qualificar títulos em regime de “regularização fundiária”, mas não se pode guindar pela exceção como regra. Registro não autorizado, não taxativamente normatizado, implica na violação do princípio da legalidade, vez que o Registrador adstrito à legalidade está.

As relações de direito público estão sujeitas ao princípio da autoridade pública, ao contrário das relações de direito privado, em que as normas jurídicas estão sujeitas ao princípio da igualdade das partes.

A União, ao editar a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, impôs normas jurídicas aos particulares pretendentes de manejar tal ferramenta. Proibiu determinados atos, facultou outros e silenciou sobre muitos. A imposição proibitiva é unilateral, características do processo legislativo, visando o bem comum e independe da concordância do particular e este não poderá alterá-la. As imposições facultativas, por vezes, dão à municipalidade a prerrogativa de suprir ou restringir algumas situações locais, a depender de normativa municipal. As que o legislador silenciou, não proibiu, por certo. Fato é que em sede de direito público faz-se o que é expresso na

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes. Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 499-510. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

lei, e não o que não é proibido, característica essa do direito privado. Nas relações de direito privado, prevalece o princípio da igualdade entre os particulares, da vontade das partes, entre outros. Em sede de Direito Registral, não se está a falar de relações de direito privado.

A atuação estatal invoca, inicialmente, sua própria proteção da entidade “Estado” e, posteriormente, as relações sociais, protegendo-as nas relações dos cidadãos, ao inter-relacionarem-se. O Estado cria normas de ordem pública em ramos do direito privado, em inúmeras situações, como a proteção do consumidor, do empregado, da criança e do adolescente, do idoso etc.

### *III.2 – Princípios Registrais Aplicáveis*

Adentrando na seara Registral Imobiliária impingida com, hoje, forte base principiológica arraigada na legislação, doutrina e jurisprudência pátria e estrangeira, far-se-á brevíssima análise à luz de seus princípios aplicáveis ao caso em tela.

#### *III.2.1 – Princípio da Legalidade*

As primeiras lições de direito administrativo nos ensinam que o princípio da legalidade, e não tão somente a legalidade pelo viés registral, estabelece que o particular deve fazer tudo o que é obrigatório por lei e não pode fazer tudo o que é, também de modo expresso, proibido por lei. Para o particular, permitido é o que não estiver, de modo expresso, proibido pela lei. O Oficial Registrador não é particular, e sua atuação é no dever de observar a legalidade.

Em homenagem ao magistério de Afrânio de Carvalho (In: *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 230), o ilustre doutrinador ensina-nos, no que pertine à questão aqui apresentada no princípio da legalidade:

“(...) o registrador, ao examinar o título, em processo semelhante ao de jurisdição voluntária, deve levá-la em conta para opor a ‘dúvida’ tendente a vetar a inscrição requerida.”

Afrânio de Carvalho contextualiza o princípio da legalidade também quanto às anulabilidades possíveis do registro, assim se manifestando (op. cit. p. 230):

“(...) imprimir segurança aos direitos reais, pois, permite que se aninhem nele germes de futuras demandas, que podiam ser perfeitamente combatidos, a fim de que a situação registral espalhasse sempre fielmente a situação jurídica. Daí precognizar que o exame do título chegue até as anulabilidades, desde que estas originem de um vício visível, ostensivo na face do instrumento, como a incapacidade das partes ou defeito, extrínseco do ato, só não atingindo o vício invisível ou subjetivo oculto na vontade das partes, como erro, dolo simulação ou fraude, visto como este depende de ser perscrutado e provado em ação própria, evento incerto que não deve prejudicar a inscrição.”

A situação limita, ou melhor, norteia a qualificação registral imobiliária, pois, não apenas o conteúdo de seus atos deve estar previsto em lei, mas também a for-

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes. Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 499-510. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

ma como estes devam ser praticados. Em virtude do princípio da legalidade estrita, os atos registrais tornam-se típicos (descritos pela lei) e sua prática exige o respeito a procedimentos específicos. Ao contrário dos atos de registro elencados no inc. I do art. 167 da Lei 6.015/1973, pacífica é a jurisprudência paulista sobre os atos elencados no art. 167, II, da Lei 6.015/1973, ou seja, os atos de averbação, pois estes não limitariam ao ali descrito, tornando, tal inciso *numerus apertus*. Não é o que se pertine ao caso em tela. A lei (especial) de parcelamento de solo urbano regra o tema com firmes disposições impositivas, e mais do que parcelar registralmente, trata das relações com o Poder Público Municipal, bem como trata das relações entre o parcelador e o adquirente do lote.

Portanto, o direito registral imobiliário sujeita os atos registrais taxativos próprios elencados na lei, ou mesmo os de averbação que não estão taxativamente previstos no rol do inc. II do art. 167, II, a forma como devem ser praticados. Alterações nesta seara, para os atos registrais, por certo, pela tipicidade e posterior taxatividade dos atos, somente serão inscritas no ordenamento brasileiro por uma nova lei federal. Direitos reais somente podem ser criados pelo poder legislativo federal respeitando os procedimentos previstos no processo legislativo. O rol dos atos averbáveis, por outro lado, não. Podem ser acrescidos por provimentos, decretos, ou seja, aceitam-se aos infra normativos para tal.

### III.2.2 – Princípio da publicidade registral imobiliária

A publicidade, em termos genéticos, divide-se em três espécies: a espontânea, provocada e registral. O que nos interessa nesta exposição para trazer luz ao pedido de providências será apenas a publicidade registral e é o que tentaremos explanar. Marcelo Salaroli de Oliveira, doutrinador e registrador paulista (In: *Publicidade registral imobiliária*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11) ensina-nos, o que pertine a questão aqui apresentada ao princípio da *publicidade registral imobiliária*, assim lecionando:

“Na passagem de um sistema de publicidade estruturado em arquivos para um sistema de assentos, justamente ao envolver a participação ativa do agente público, verificamos que a atividade publicitária deixa de ser mera recepção e conservação de documentos e passa a ser acompanhada de um juízo de legalidade, a ser exercido pelo encarregado dos assentos, que passa a selecionar e organizar as informações que estão sob sua custódia, com a possibilidade de recusar o assento que esteja em desconformidade com a lei. Se tal ocorre, estamos diante da publicidade registral, que consiste na publicidade provocada, pois tem intenção exclusiva de dar a conhecer, acrescentada de uma complexa organização e perfeição técnica.” (ibid, p. 12 e 13)

Deduz-se que a publicidade registral não se cinge a mero arquivamento de títulos, de fatos, de documentos, pelo menos não no direito registral imobiliário. Para dar publicidade registral a algum documento ou título, a cargo do Oficial Registrador Imobiliário, este deverá passar pela qualificação registral, que em poucas palavras será o “filtro” da legalidade aplicado, buscado no ordenamento jurídico exposto e na base principiológica amplamente construída.

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes. Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 499-510. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Marcelo Salaroli de Oliveira, apoiado em Carlos Ferreira Almeida e Sérgio Jacomino, destaca que os efeitos da publicidade podem ser três, a publicidade notícia, a declarativa e a constitutiva, assim lecionando (*ibid*, p. 14):

“A primeira, publicidade notícia, é a que tem por finalidade apenas informar determinado ato, criando presunção absoluta de seu conhecimento. A ausência da publicidade, nesta hipótese, nenhum dano causa ao titular do direito. Este é o caso das restrições ambientais e urbanistas, publicadas com o mero intuito de informação, já que são válidas e eficazes, independentemente da publicidade.

A publicidade declarativa é aquela imposta como condição para oponibilidade perante terceiros, ou seja, é requisito para a eficácia *erga omnes*. Antes dela, o negócio jurídico tem validade entre as partes e, somente após tornado público, adquire eficácia perante terceiros. Por exemplo, a penhora de imóveis no Direito brasileiro, cujo registro (*sic*) gera presunção absoluta de conhecimento por terceiros, e por consequência, sua oponibilidade *erga omnes*.

Por fim, a publicidade constitutiva é requisito essencial para a existência e a validade dos atos jurídicos, que não tem eficácia sequer entre as partes contratantes sem a formalidade especial que os torna públicos.”

Deduz-se que se está a analisar a publicidade constitutiva aplicada ao caso em tela, ou seja, o contrato padrão encartado no procedimento registral de parcelamento do solo urbano. Com o protocolo do título, análise prévia pela municipalidade local, aprovando-o, o Oficial Registrador qualificando-o positivamente, posterior publicação ostensiva do edital em imprensa regional, em conformidade com o preconizado na Lei de Parcelamento do Solo Urbano, Lei 6.766/1979, constituiu-se verdadeira publicidade constitutiva.

O Eminent Professor e Desembargador Ricardo Henry Marques Dip, (In: *Direito administrativo registral*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52) cirurgicamente traz lição impar sobre o tema:

“(…) a importância de que a publicidade registrária seja, por sua especialidade, via atrativa própria: espera-se que o registro de imóveis seja o *locus* próprio para conhecer o histórico imobiliário, que não é atraído por sua natureza, pelo registro de títulos e documentos. A importância deste não está em substituir a missão dos demais registros, senão que em completá-los, exatamente para cumprir o escopo sempre utópico, é verdade – de uma plenitude registral”.

Certo que a publicidade registral imobiliária, fim último dos registros públicos, tem por fundamento interesses socioeconômicos, buscando na proteção do crédito regular o mercado econômico-financeiro e o imobiliário, instrumentalizados por informações seguras oferecidas pelos Registradores Imobiliários de cada Comarca, informações estas baseadas no princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel, trazida pela adoção do sistema de fôlio real com a vigente lei de registros públicos (Lei 6.015/1973). A publicidade registral será o ponto nevrálgico do presente pedido de providências, e seu entendimento levará a uma solução negatória da alteração do contrato padrão do loteamento, como se tenta demonstrar.

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes. Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 499-510. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



## IV – DO PROCEDIMENTO DE DÚVIDA

O título objeto de qualificação registral, como dito anteriormente, caso a qualificação registral resulte em cumprir alguma exigência legal ou mesmo em caso de ferir algum princípio registral, deverá o Oficial Registrador Imobiliário realizar uma Nota de Devolução fundamentada, que conterà o que de direito, ou expor suas incongruências para correção ou complementação documental.

O art. 198 da Lei 6.015/1773 estabelece regras a respeito do procedimento de dúvida. Administrativamente, e apenas para facilitar e agilizar o andamento do tema “suscitação de dúvida”, nosso Tribunal de Justiça Paulista optou por tratar a matéria registral como de competência do Conselho Superior da Magistratura e os atos de averbação como competência da Egrégia Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Portanto, o presente procedimento, não sendo objeto de ato registral, mas de alteração de ato já registrado, será um ato de averbação, objeto não de dúvida registral, e sim de pedido de providências, que perante o Juízo de Primeiro Grau, não haverá diferença, e sim se houver algum recurso a solução dada pelo magistrado, quer pelo representante do Ministério Público, ou mesmo pelo solicitante, que será encaminhado à Corregedoria-Geral de Justiça.

No caso em análise, o solicitante do pedido de providências, enviou ofício a esta Serventia Registral Imobiliária e não o protocolou. Recebido o ofício, foi respondido. Efetivamente não foi elaborada uma Nota Devolutiva, pois não havia sido protocolado. Entretanto, com o presente procedimento, aproveitando-se do mesmo, sanada estará a questão, pois pontualmente serão esclarecidos os motivos da recusa em arquivar novo contrato padrão após regular prazo de publicação editalícia sem manifestação do loteador.

### IV.1 – Da prenotação

Em atenção ao que dispõe o item 41 do Capítulo XX do Provimento n. 58/1989 da E. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, promoveu-se a prenotação dos documentos, anotando-se o pedido de providências, no Livro de n. 01 – Protocolo, sob número 14.364 junto a esta serventia.

Sabe-se que “dúvida registraria” é na acepção material “o juízo, emitido pelo registrador no exercício de suas funções, obstando a uma pretensão de registro; em acepção formal: o procedimento de revisão hierárquica do juízo administrativo de objeção a uma pretensão de registro”.

Não se conformando o apresentante (suscitado) com a exigência do Oficial Registrador, poderá requerer a declaração ou suscitação de dúvida ao Oficial Registrador (suscitante), que remeterá ao Juízo competente para dirimi-la, acompanhada de suas razões, procedendo-se a notificação e intimação do suscitado para impugná-la no prazo de quinze dias, observando-se que é dever do Oficial encaminhar ao juízo competente as dúvidas levantada pelos interessados, nos termos do “art. 30, da Lei Federal n. 8.935/1994.

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes. Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 499-510. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

Decorrido o prazo, apresentada ou não, a impugnação, os atos serão remetidos ao representante do Ministério Público que atuará como fiscal da lei (*custus legis*), emitindo parecer no prazo de dez dias, retornando os autos ao Juízo competente para prolação de sentença, sendo que a prenotação ficará suspensa até final solução (arts. 198 e seguintes da Lei de Registros Públicos, Lei 6.015/1973). Irresignado com a decisão de primeiro grau, poderá o suscitado recorrer no prazo de quinze dias para o órgão competente através de apelação, que será recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo, função essa que no Estado de São Paulo é exercida pelo Conselho Superior da Magistratura, órgão do Poder Judiciário composto pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Vice-Presidente e Corregedor-Geral da Justiça. No caso em tela como anteriormente exposto será objeto de análise e julgamento pela Egrégia Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

#### *IV.2 – Da investigação acerca dos fatos jurídicos contidos no requerimento, documentos encartados e sua aptidão para acessar o registro imobiliário*

Conforme ensina Marcos Bernardes de Mello, na sua obra, “Teoria do Fato Jurídico - Plano da Validade”, Editora Saraiva, São Paulo, 7ª edição, 2006. pág. 125:

“A validade do instrumento pressupõe a obediência a normas jurídicas próprias de natureza pública, apesar de integrarem, algumas vezes, leis de direito privado. São normas heterotópicas.”

Deu-se, portanto, existência ao documento cuja validade se requer nova qualificação a ser feita por Vossa Excelência, e ao final exarada decisão, haja vista a desqualificação inicial por este oficial registrador.

O procedimento de dúvida e por consequência o de Pedido de Providências é de natureza administrativa, de modo que sua decisão não impede o uso do processo contencioso competente, conforme art. 204 da Lei 6.015/1973, pois inafastável é a jurisdição, preceito este constitucional (art. 5º, XXXV, da CF/1988).

#### *IV.3 – Da dúvida inversa*

O item 41.1 das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça prevê a chamada “dúvida inversa”, que já é há tempos acatada pela doutrina bandeirante e agora expressamente previstas pelas Normas de Serviço seguindo o rito normal do procedimento de dúvida.

O procedimento de dúvida inversa nas palavras do Registrador Fluminense Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho (em sua obra, “A Dúvida Registrária” Editora IRIB, São Paulo, 1. ed., 2012, p. 9) traz a questão da divisão doutrinária sobre a existência ou não da dúvida inversa, alguns tendo-a como uma subversão do procedimento, pois este deveria iniciar com o protocolo junto ao registrador e não sua aceitação pelo juiz de registros públicos sem prévio protocolo. Após o protocolo é que o Oficial Registrador iniciaria o procedimento, alavancado pelo

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes. Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 499-510. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

mesmo. O autor nega sua admissibilidade pois a instrumentalidade do processo não autorizaria a criação de novos procedimentos nem a modificação daqueles já existentes, pois são normas de ordem pública, afirmando que a jurisprudência fluminense se cristalizou pela inadmissibilidade da dúvida inversa.

O Professor e Registrador gaúcho João Pedro Lamana Paiva (In: *Procedimento de dúvida no registro de imóveis*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42) acata a existência do procedimento de dúvida inversa, alertando, porém ser maléfica sua admissão pelos seus efeitos, vez que o apresentante não o protocolou inicialmente junto ao Livro 1 do Registro de Imóveis, podendo sofrer as consequências desta falta de protocolização, não assegurando o direito de prioridade o qual estaria assegurado com a adoção do Procedimento de Dúvida previsto em lei.

Nada falam, porém, nossas Normas de Serviço a respeito do Pedido de Providências “INVERSO”. Este Oficial dará o tratamento análogo à Dúvida Inversa, aceitando a instrumentalização do processo, esta sim, prevista e aceita em nosso Estado.

O título apresentado o foi em cópias simples e deverá cumprir o item 41.1.1 das Normas de Serviço.

#### *IV.4 – Da análise do pretendido no pedido de providências.*

Pode-se analisar o pretendido pelo suscitante por diversos vieses. Como forma de ingressarmos diretamente ao objeto da questão, este Oficial informa, inicialmente que a resposta oferecida ao ofício de alteração do contrato padrão, foi singela, e em hipótese alguma extrapolou os limites da atividade registral (e não funcional), vez que não faz juízo de valor em processo contencioso. É fato comum encontrarmos nas searas registrais paulistas procedimentos de dúvidas (ou no caso em tela, pedido de providências) serem feitas por advogados que militam no contencioso e trataram os Oficiais como adversários em ações. Natureza jurídica distinta tem o Procedimento de Dúvida, pois a mesma é instaurada pelo Oficial. Portanto, o Oficial é requerente, suscitante da mesma.

Em sua atividade diuturna, qualificando títulos, registrando ou devolvendo para cumprir exigências legais, ou mesmo em procedimentos administrativos o Oficial Registrador atua, aí sim, com sua prudência e emite juízos de valor diariamente ao analisar, ao qualificar os títulos protocolados. Nas palavras do Desembargador Ricardo Dip, o registrador com seu prudente critério de qualificação faz “iuris prudencial” quer registrando ou devolvendo um título.

O Desembargador e Professor Luís Paulo Aliende Ribeiro (In: *Regulação da função pública notarial e registral*. 1. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. P. 89, 90 e 91) aborda a muitos aspectos da função notarial e registral com maestria e ressalta que:

“(…) a importância da independência jurídica do registrador imobiliário – embora desenvolvida em conjunto com as questões relativas aos princípios específicos do registro de imóveis e a essa atividade em particular – fornece subsídios para um estudo mais abrangente dessa independência, voltado para todas as especiali-

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes. Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 499-510. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

dades e para todos aqueles que exercem a função notarial e de registros, ou seja, notários e registradores em geral.

A independência jurídica do notário e do registrador é pressuposto para o exercício da função qualificadora, a ser cumprida, como adverte Luiz Egon Richter, com “liberdade decisória, sem nenhum tipo de condicionamento, seja de ordem política, econômica, burocrática e corporativa. O condicionamento ao qual os Notários e Registradores estão sujeitos é o da ordem jurídica (...) o que possibilita a definição com Ricardo Dip, de um modelo de independência funcional”.

Dip continua: que o saber do registrador - e do notário - era de caráter prudencial, aproximado do saber típico do juiz, e que o exercício da função exigia do profissional o exercício da prudência: *a decisão do caso*” (grifo nosso). O saber e o juízo prudenciais dirigem-se à solução de casos concretos e estão subordinados a outros saberes, ao direito normativo e à legalidade.

Cotina: que o conhecimento que se exige do registrador é o saber de decidir casos, que não se confunde com o preparo científico, ao afirmar que “O que há de interessante na prudência é que ela não diz respeito às realidades universais, mas às realidades contingentes e às realidades singulares. Ela toca o caso concreto.”

Apoiado em algumas das lições de Ricardo Dip, Luis Paulo Aliende Ribeiro trouxe soluções ao desvendar a função registral em sua magnífica obra.

## V – DA ALTERABILIDADE DO CONTRATO PADRÃO EM PARCELAMENTO DO SOLO REGISTRADO

A alteração do contrato padrão após registro do parcelamento do solo é tida como possível pelo Eminent Professor e Juiz Vicente de Abreu Amadei, em sua obra conjunta com seu pai, Vicente Celeste Amadei (In: *Como lotear uma gleba – O parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos*. 3. ed. revista e ampliada, Campinas: Millenium, 2012. p. 307). Pondera pela possibilidade desta alteração, caso não tenham sido alienados lotes, ou os que o foram, ficarem vinculados aos contratos padrão antigos.

Há, entretanto, que se ponderar a realidade hoje da qualificação registral, conforme todo o anteriormente explanado. Se tal dispositivo não é previsto na legislação pertinente, ou seja, a Lei 6.766/1979, não se pode simplesmente a qualquer tempo, solicitar alterações dos contratos padrão, pois uma ampla publicidade foi dada ao mesmo, com publicação editalícia por três dias em jornal de grande circulação na comarca, com visitas de populares para verificar se os loteamentos estavam registrados, analisando documentos, e entre estas análises, justamente são lidos os “*contratos padrão*”.

Se não por este motivo, baseado na principiologia anteriormente exposta, que tem força suficiente para negar tal solicitação, será pela requalificação do mesmo que passaremos a fazer no próximo tópico.

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes. Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 499-510. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

### *V.1 – Qualificação da minuta do contrato padrão apresentada.*

1) A cláusula 11 diz que a vendedora poderá alienar o imóvel, desde logo a terceiros, ainda que não tenha restituído ao comprador as quantias a ele eventualmente devidas. Fere princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor.

2) Na cláusula 12, preceitua que o comprador perderá em favor da Vendedora as benfeitorias de quaisquer naturezas introduzidas no imóvel que a ele serão incorporadas. Viola os arts. 1.219 e 1.220 do CC/2002, e igualmente o Código de Defesa do Consumidor.

3) Já na cláusula 15, há vedação à cessão do contrato pelo comprador, violando dispositivo legal da Lei 6.766/1979, § 1º do art. 31.

4) A cláusula 17 prevê que a posse definitiva será transmitida por ocasião da escritura pública, quando o registro do compromisso, em consonância com os arts. 1.417 e 1.418, inserem na legislação o chamado direito real de aquisição, que dá a posse ao promitente comprador e por consequência a posse definitiva. Em caso de inadimplemento e execução da dívida, será por rito processual próprio e a não opção pelo contrato de compra e venda com “Alienação Fiduciária”, não trará este efeito pretendido.

5) Por fim, dentro do processo de loteamento, o loteador elaborou um cronograma de obras que executaria em 24 meses, terminando em janeiro de 2016. Já a Cláusula 23 prevê prorrogação por mais seis meses, o que a municipalidade teria que concordar. Não está anexa até o momento a anuência do Município de Pirapozinho com esta prorrogação.

### *V.2 – Obediência ao Código de Defesa do Consumidor.*

O consumidor é o elo mais frágil no mercado de consumo, e o mercado habitacional, com sua escassez, faz com que muitos procurem suas futuras casas sem necessária prudência para analisar o contrato, no mais das vezes, está sujeito aos contratos de adesão.

O CDC prevê normas e princípios importantíssimos visando a proteção e defesa do consumidor. Apenas a título de exemplo, o dever de informação adequada e clara acerca dos bens e serviços que lhe são ofertados, a proteção contra publicidade enganosa e práticas comerciais abusivas: *revisibilidade das cláusulas contratuais que imponham obrigações desproporcionais ou que venham a se tornar excessivamente onerosas em decorrência de fatos supervenientes; o princípio da vinculação da oferta no contrato; entre diversas outras.*

A proibição de cláusulas contratuais abusivas, como cláusulas que excluam, limitem ou transfiram a responsabilidade do fornecedor; imponham a utilização compulsória da arbitragem; *criem obrigações em detrimento do consumidor consideradas abusivas, desarrazoadas ou que imponham vantagem excessiva ao fornecedor, são amparadas na legislação e na principiologia da proteção do consumidor.*

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes. Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – pedido de providências inverso. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 499-510. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

## VI – DA SEGURANÇA JURÍDICA

Repetiremos o dito em manifestações de dúvidas anteriormente intentadas por este Oficial, nas palavras de Gustav Radbruch: “o bem comum, a justiça e a segurança exercem um condomínio sobre o direito”. É este o objetivo deste Oficial.

## VII – CONCLUSÕES

A finalidade deste Oficial ao atuar como Registrador Imobiliário é permitir o ingresso de títulos, quer particulares, públicos ou judiciais, dentre os quais, mandados ou sentenças de arrematações, parcelamento do solo urbano, e o faz rotineiramente. A observação do princípio da legalidade, cabível ao caso em que se mostrou no Ofício, mas caso o requerimento explicasse e solicitasse orientação sobre o proceder, não nos negaríamos a ajudar, inclusive *protocolando e ingressando* com o procedimento de dúvida ou pedido de providências, que seja, oferecendo soluções possíveis de concretização em suas notas devolutivas e procedimentos de dúvida.

Enfatizamos que não é função deste oficial dizer o que o apresentante tem de fazer ou não fazer. É função sim, orientar a que os títulos tenham ingresso com segurança junto as serventias registrais imobiliárias, no caso o Serviço Registral Imobiliário de Pirapozinho. Repise-se, fazer com que os títulos trafeguem com *segurança jurídica*, em prol da já apregoada *boa fé dos cidadãos que há mais de um século confia nos registros públicos paulistas*.

Não se está advogando em favor do requerente, mas o que se pretensamente se pretenderá é ver vencida a antinomia surgida pelo ingresso, que reputo justo, de seu pleito e sua documentação, que poderá ser completada ao longo do caminhar deste procedimento e bem requalificada por Vossa Excelência e este Oficial acatará *in totum* a decisão exarada por V. Excelência.

Dentre as várias funções do registro de imóveis está o de evitar conflito e transmitir segurança nos atos transmissivos, constitutivos, ou extintivos de direitos admitidos à registro. Este, MM. Juiz-Corregedor, seria o *motivo* do OFÍCIO negando ingresso do contrato padrão alterando o anterior.

Pirapozinho – SP, 14 de agosto de 2014.

Izaias Gomes Ferro Junior  
Oficial Registrador



# Jurisprudência Anotada





## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

---

TJSP – *Processo 1000160-91.2015.8.26.0451* – Sentença  
– j. 19.08.2015 – Juiz Mauro Antonini – Área do Direito:  
Imobiliário e Registral; Civil.

---

**REGISTRO DE IMÓVEIS – Pacto antenupcial – Acordo que estabelece o regime de separação convencional no casamento, com cláusula de renúncia recíproca de direitos hereditários entre os nubentes – Recusa de registro pelo Oficial por contrariedade às normas vigentes – Inadmissibilidade – Renúncia antecipada à concorrência com os descendentes que respeita a vontade dos nubentes de evitar sucessivas transmissões hereditárias, não se tratando de contrato sobre herança de pessoa viva – Entendimento, ademais, que não vincula futuras decisões judiciais, limitando-se ao objeto da lide.**

### Veja também Doutrina

- Família, regime de bens e relações sucessórias, de Valle Ferreira – *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 1/43 (DTR\2012\2065).

**REGISTRO DE IMÓVEIS – Pacto antenupcial – Acordo que estabelece o regime de separação convencional no casamento, com cláusula que limita o direito real de habitação – Recusa de registro pelo Oficial por violação às normas vigentes – Admissibilidade – Lei civil que não dá margem para que os nubentes estipulem limitação temporal sobre o tema – Direito, ademais, que é temporário, extinguindo-se com a morte do beneficiário e que não se incorpora ao patrimônio para subsequente sucessão hereditária.**

*Ementa do Editorial:*<sup>NE</sup> *Recusa de registro de pacto antenupcial que estabelece regime de separação convencional de bens no casamento, com cláusula de*

---

NE Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

*renúncia recíproca de direitos hereditários entre os nubentes, bem como disposições que limitam o direito real de habitação. Admissibilidade, apenas referente à última convenção, uma vez que viola norma cogente, devendo o documento ser retificado neste ponto. No tocante às modificações nos direitos sucessórios, o caso trata de renúncia antecipada à concorrência sucessória do cônjuge com os herdeiros, que diverge da hipótese de contrato sobre herança de pessoa viva, vedada em nossa legislação. É razoável admitir que, no pacto antenupcial, os cônjuges optem por não aceitar sucessivas transmissões hereditárias no regime específico de separação convencional de bens, tendo em vista que a referida disposição não se vincula às futuras decisões judiciais nas quais o casal seja parte. Viabilidade do registro, portanto, somente após a exclusão da cláusula referente à habitação.*

*Sentença*

*Processo 1000160-91.2015.8.26.0451.*

*Classe – Assunto: Dúvida – Registro de Imóveis.*

*Requerente: 2.º Cartório de Registro de Imóveis.*

*Requerido: L. F. C. N. M.*

*Juiz de Direito: Dr. Mauro Antonini.*

O 2.º Oficial do Registro de Imóveis e Anexos desta Comarca suscita dúvida, alegando que L. F. C. N. M. apresentou a registro pacto antenupcial, pelo qual estabelecido regime de separação convencional de bens, no seu casamento com A. C. N. G., com cláusula de renúncia recíproca de direitos hereditários entre eles, bem como disposições a limitar a incidência do direito real de habitação; que essas disposições contrariam normas cogentes, constituindo proibido pacto sobre herança de pessoa viva, a impedir o pretendido registro.

O interessado se manifestou, defendendo a validade da renúncia antecipada e demais disposições constantes do pacto.

O Dr. Promotor opina pela procedência da dúvida, encampando as razões deduzidas pelo Oficial.

É o relatório. *Decido.*

O 2.º Oficial do Registro de Imóveis e Anexos local recusou o registro do pacto antenupcial, porque adotado regime de separação convencional de bens, acrescentando-se disposições pelas quais:

A) os cônjuges renunciaram antecipadamente à herança um do outro, no caso de concorrência entre o sobrevivente e filhos do *de cuius*, nas situações do inc. I do art. 1.829 do CC/2002;

B) fizeram adaptações no direito real de habitação no imóvel residencial, em favor do cônjuge sobrevivente, disciplinado no art. 1.831 do CC/2002, estabelecendo que, ocorrendo o óbito durante os primeiros 12 anos do casamento, esse direito

será temporário, perdurando por 10 anos; e que, passados 12 anos das núpcias, o direito de habitação passa a vitalício.

Entende o Oficial que a renúncia antecipada fere o art. 426 do CC/2002, que veda renúncia à herança de pessoa viva e, por isso, sendo disposição nula, o registro só pode ser realizado com a retificação do pacto.

Essa posição do Oficial foi encampada pelo Dr. Promotor.

O interessado, por seu turno, defende a legalidade da referida disposição.

Em obra de vários autores, de comentários ao Código Civil, tive oportunidade de elaborar comentários ao art. 1.829, I, do CC/2002 (*Código Civil comentado*. Min. Cezar Peluso (coord.). 9. ed. Manole, p. 2.093 e ss).

Como lá observei, esse inc. I do art. 1.829 é norma polêmica do Código Civil, porque sua redação não deixa claro qual o critério utilizado pelo legislador para a solução do tema da concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes do *de cujus* na primeira posição da ordem da vocação hereditária.

Essa norma principia estabelecendo a regra geral de concorrência, seguindo-se três exceções de não concorrência, isto é, três situações nas quais o cônjuge não concorre e a herança é partilhada exclusivamente entre os descendentes.

Essas exceções são a do cônjuge casado pela comunhão universal de bens, pela separação obrigatória e pela comunhão parcial na qual não há bens particulares.

Da interpretação dessas exceções, extrai-se o que parece ter sido a intenção do legislador. Na comunhão universal em regra todos os bens são comuns e o cônjuge sobrevivente tem meação sobre todo o patrimônio. A outra metade representa a herança e é partilhada exclusivamente entre os descendentes. O legislador considerou proteção patrimonial suficiente, nesse caso, a meação, direito decorrente do regime de bens, anterior à abertura da sucessão, que deriva do direito de família.

O mesmo ocorre na comunhão parcial quando, ao tempo da abertura da sucessão, não remanescem bens particulares no patrimônio deixado pelo *de cujus*. Só restando bens comuns, o sobrevivente tem meação sobre todos eles e, portanto, mais uma vez na visão da lei, já está protegido pela meação e não necessita de cota hereditária em acréscimo, concorrente com descendentes na outra metade, que compõe a herança.

Em relação à separação obrigatória, a razão da exclusão da concorrência do cônjuge é a consideração de que, a se permitir comunicação patrimonial por sucessão, o cônjuge apenado com a imposição desse regime obteria por morte o que o legislador visou evitar que se comunicasse com ele em vida.

Diante dessa análise do inc. I, a doutrina dominante passou a sustentar que o cônjuge não tem direito hereditário concorrente com descendentes quando é meeiro. Por conseguinte, só concorre nos bens particulares, em face dos quais não tem meação.

Para evitar incoerência no sistema, havendo bens comuns e particulares, é preciso na partilha separar uns e outros, assegurando ao cônjuge meação nos bens

comuns, sem concorrência hereditária com os descendentes, e cota hereditária nos bens particulares, em face dos quais não tem meação.

Essa regra geral serve para a solução de diversas questões deixadas em aberto pela norma, como a da existência de bens particulares na comunhão universal, a do regime de participação final de aquestos, e inclusive, no que interessa ao presente caso, na separação convencional.

Não estando incluída a separação convencional dentre as exceções de não concorrência, e nesse regime sendo todos os bens particulares, o cônjuge concorre com descendentes. É a solução mais afinada com a clara orientação do Código de 2002, ao ampliar os direitos sucessórios do cônjuge.

Ocorre que essa orientação, que parecia tranquila na doutrina, foi contestada pelo Prof. *Miguel Reale* em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, de 12.04.2003. Esse professor, presidente da comissão de juristas que elaborou o projeto de lei que resultou no Código Civil de 2002, argumentou que permitir concorrência entre cônjuge e descendentes no caso de separação convencional acarretaria o esvaziamento desse regime de bens. Ponderou que é preciso respeitar a vontade dos nubentes, de não concorrência patrimonial derivada do casamento, mesmo na sucessão hereditária. Por isso defendeu que se interpretasse a expressão separação obrigatória, expressa hipótese de não concorrência, como abrangente de separação convencional.

Essas ponderações do professor encontraram ressonância no primeiro precedente do STJ sobre a matéria, no qual foi afirmado que o cônjuge sobrevivente, no regime de separação convencional, não concorre com descendentes. Conforme argumentos da rel. Min. *Nancy Andrighi*, o direito das sucessões não pode toldar as características do regime de bens livremente pactuado pelos cônjuges, ou seja, não pode determinar por morte concorrência não desejada em vida (REsp 992.749, j. 01.12.2009, rel. Min. *Nancy Andrighi*).

Na referida obra, com o devido respeito, discordo dessas ilustres opiniões, observando que no direito brasileiro, na doutrina e na jurisprudência, é tradicional a dicotomia entre separação obrigatória, regime imposto coativamente pelo legislador, e separação convencional, acordada entre os nubentes, sem que se possa confundi-las.

Além disso, não há nenhuma incompatibilidade entre o regime de separação convencional e proteção sucessória do cônjuge, pois, qualquer que seja o regime de bens, mesmo o da separação convencional, o cônjuge: (a) concorre sempre com ascendentes na segunda posição da ordem da vocação hereditária (art. 1.829, II); (b) recolhe toda a herança na terceira posição, à falta de descendentes e ascendentes (art. 1.829, III); (c) tem direito real de habitação no imóvel residencial deixado pelo *de cuius* (art. 1.831); (d) é herdeiro necessário, ao lado de descendentes e ascendentes (art. 1.845).

No regime anterior, pelo § 1.º do art. 1.611 do CC/1916, introduzido pelo Estatuto da Mulher Casada, o cônjuge já concorria, inclusive no regime de separação

convencional, com descendentes e ascendentes, na primeira e segunda posições da ordem da vocação hereditária respectivamente, em usufruto vidual. O que o Código de 2002 fez foi transformar essa concorrência que era de usufruto em propriedade plena.

A concorrência do cônjuge com descendentes, em propriedade plena, na separação convencional, está afinada com o claro intuito de ampliação dos direitos sucessórios do cônjuge, evitando-se o risco de que possa ficar desprotegido na viuvez.

O problema, porém, que parece ter sido antevisto pelo Prof. Miguel Reale e também pela Min. Nancy Andrighi, inexistente no sistema anterior, é que muitas vezes optam por esse regime pessoas maduras, que já têm patrimônios próprios bastantes a seu sustento, frequentemente após casamentos anteriores, com filhos exclusivos, não desejando de forma alguma comunicação patrimonial em propriedade plena, mesmo por sucessão hereditária.

Operando-se essa concorrência necessariamente, é possível que o patrimônio do *de cuius*, passando em parte para o da viúva por exemplo, possa ser objeto de nova sucessão, quando da morte desta, transmitindo-se a novo cônjuge dela, ou a seus filhos exclusivos. Esse risco de sucessivas transmissões hereditárias pode levar essas pessoas a desistirem do casamento, a desistirem da formação de nova família, efeito que essa hipótese de sucessão necessária pode causar.

Esse risco não existia no sistema anterior, de concorrência do cônjuge com descendentes em usufruto vidual, pois, ocorrendo novo casamento do cônjuge sobrevivente, ou com sua morte, extinguiu-se o usufruto e a propriedade plena consolidava-se em mãos de filhos do *de cuius*, sem possibilidade de transmissão a filhos exclusivos do cônjuge sobrevivente ou a novo cônjuge dele.

Para remediar esse inconveniente, defendi, na referida obra, que a solução que talvez seja a mais adequada é admitir que, no pacto antenupcial, ou por sua posterior alteração, seja possível aos cônjuges, nesse caso específico de separação convencional, renunciar antecipadamente à concorrência sucessória com os descendentes. A questão ficaria, assim, relegada à opção dos nubentes. Deixaria de se tratar de hipótese de sucessão necessária.

Como argumentei, entendo que não seria hipótese de contrato sobre herança de pessoa viva, peremptoriamente proibido pelo art. 426 do CC/2002. Pois essa proibição tem por fim evitar o estímulo abjeto ao beneficiário de desejar a morte do autor da herança. Mas isso não ocorre no caso de renúncia antecipada.

Como salientado pelo jurista português *Inocêncio Galvão Telles*, a renúncia antecipada à herança é vedada por motivos bem mais brandos, isto é, para conservar a liberdade de aceitar ou renunciar até a abertura da sucessão, quando é possível ao renunciante melhor aquilatar o patrimônio objeto da renúncia; e para lhe permitir escolha mais livre, evitando eventual pressão do *de cuius* ou o receio de lhe desagradar (*Direito das sucessões, noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 128).

Se a concorrência necessária na separação convencional pode levar pessoas a desistirem do casamento, desistirem de formar nova família, esses inconvenientes à renúncia antecipada assumem aspecto de menor relevância, justificando-se solução que admita tal renúncia.

Em juízo de ponderação, deve prevalecer o valor que a Constituição Federal reputa mais relevante, de prestígio à formação de nova família. Pois a Constituição expressamente afirma, em seu art. 226, *caput* que a família é a base da sociedade. Disposição infraconstitucional que acarreta o efeito de dificultar a formação de nova família deve ser reinterpretada à luz desse princípio maior da Constituição, a permitir, na situação concreta, que possa ser afastado, por vontade dos cônjuges, o caráter de sucessão necessária da concorrência hereditária com descendentes no regime de separação convencional.

Ocorre que a jurisprudência do STJ, a mais alta Corte de interpretação da lei federal, tomou outro rumo, e, após dois julgados, a 2.<sup>a</sup> Seção, que congrega a 3.<sup>a</sup> e a 4.<sup>a</sup> T., as duas às quais compete decidir causas relativas ao direito sucessório, adotou posição oposta ao primeiro precedente mencionado, no julgamento de embargos de divergência.

Assentou a 2.<sup>a</sup> Seção que, na separação convencional, o cônjuge concorre necessariamente, como herdeiro necessário, com descendentes, de modo que essa concorrência, derivando de norma imperativa, não pode ser afastada nem pelo autor da herança por testamento, nem tampouco por avença entre os cônjuges no pacto antenupcial.

Confira-se a ementa desse julgado:

“A atual jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, a teor do que dispõe o art. 1.829, I, do CC/2002, e de que a exceção recai somente na hipótese de separação legal de bens fundada no art. 1.641 do CC/2002. 2. Tal circunstância atrai, no caso concreto, a incidência do Enunciado 168 da Súmula do STJ. 3. Agravo regimental desprovido” (AgRg nos EREsp 1472945/RJ, 2.<sup>a</sup> Seção, j. 24.06.2015, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 29.06.2015).

Seria o caso, em princípio, de seguir essa orientação consolidada que emana da mais alta Corte de interpretação da lei federal. Entendo, porém, haver nuance não abordada diretamente pelo STJ nesses precedentes, o que permite que se faça na presente decisão diferenciação em relação à tese jurídica adotada nesses precedentes do STJ.

Esse caráter distintivo é justamente o enfoque constitucional da questão. A manter-se o entendimento de que a concorrência do cônjuge com descendentes, na primeira posição da ordem da vocação hereditária, constitui hipótese de sucessão necessária, inafastável por pacto entre os cônjuges, o sistema não deixará válvula de escape e novas famílias podem deixar de se formar em razão desse empecilho legal.

Por esse fundamento, de ordem constitucional, de ponderação de valores à luz da Constituição Federal, é que entendo ser possível, no caso concreto, não aplicar a tese jurídica firmada nos referidos precedentes do STJ, adotando solução oposta, mantendo o pacto na parte pela qual há renúncia antecipada à concorrência com descendentes, na primeira posição da ordem da vocação hereditária (art. 1.829, I, do CC/2002).

Impõe-se, no entanto, para evitar futuras surpresas aos cônjuges do caso concreto, alertá-los de que a presente decisão tem por finalidade exclusiva permitir o registro do pacto antenupcial no Registro de Imóveis, não vinculando futuras decisões judiciais. Em outras palavras, será possível, por exemplo, que, por ocasião da morte de um deles, o juízo do inventário venha a adotar posição oposta, negando validade a esse pacto de não concorrência com descendentes, caso a jurisprudência do STJ não venha a se alterar e caso a solução dada por esse tribunal não seja revista, eventualmente, pelo STF, sob a referida perspectiva constitucional.

Afasta-se, assim, a recusa do registrador, em relação a esse aspecto.

O pacto antenupcial, no entanto, como salientado, foi além e também contempla alteração da disciplina legal sobre o direito real de habitação conferido ao cônjuge sobrevivente pelo art. 1.831 do CC/2002.

Os nubentes estabeleceram que, ocorrendo a morte do marido nos primeiros 12 anos do casamento, o direito real de habitação perdurará por dez anos. Passados 12 anos, torna-se vitalício.

A norma que disciplina o direito real de habitação, o entanto, o art. 1.831 do CC/2002, não faz essa limitação temporal, nem dá margem para que os nubentes o façam.

Em outro trabalho a respeito do direito sucessório, dissertação de mestrado denominada Sucessão Necessária, defendida na Universidade de São Paulo em 2013, observei que o direito real de habitação constituiu pioneira hipótese, no direito brasileiro, do que se pode denominar de legados legais necessários.

Trata-se de legado, porque direito sucessório que recai não sobre universalidade, mas sobre bem singularmente considerado, o imóvel residencial deixado pelo *de cuius*. Cuida-se de sucessão a título particular.

É legado *ex lege*, ou legado legal, pois deriva de direta disposição legal, sem concurso de manifestação de vontade do *de cuius*.

Essa natureza de legado *ex lege* é reconhecida ao direito real de habitação pela doutrina de Orlando Gomes (*Sucessões*. 12. ed. Forense, p. 65), Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*. Forense. vol. VI. p. 150) e Antônio Junqueira de Azevedo (O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supraindividualistas da família. Herdeiro e legatário. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 339).

A partir do direito real de habitação, surgiu no direito brasileiro a figura do legatário legítimo. O legado deixa de ser figura exclusiva da sucessão testamentária.

Pelo caráter assistencial, de assegurar moradia ao viúvo ou à viúva, no imóvel onde se habituara a viver, e por falta de ressalva legal, a conclusão que se impõe é a de que se trata de hipótese de sucessão necessária, incabível seu afastamento por testamento e também por pacto anterior à abertura da sucessão.

Nesse caso, não há o mesmo problema acima analisado, quanto à concorrência entre cônjuge e descendentes.

O direito real de habitação é direito temporário. Extingue-se com a morte do beneficiário. Embora o Código Civil de 2002 não tenha reproduzido a limitação à duração da viuvez que era expressamente prevista no § 1.º do art. 1.611 do CC/1916), parece possível interpretação que mantenha essa limitação, como já decidiu o Tribunal de Justiça deste Estado (0000038-40.2012.8.26.0471, j. 14.08.2014, rel. Des. *Francisco Loureiro*).

Por conseguinte, o direito real de habitação não passa da pessoa do cônjuge, não se incorpora a seu patrimônio para subsequente sucessão hereditária. Extinto o direito real de habitação, consolida-se a propriedade plena na pessoa dos descendentes do *de cuius* original. Não há, em suma, pela disciplina do direito real de habitação o mesmo problema antes apontado, do risco de impedir a formação de novas famílias.

Cuidando-se, portanto, de hipótese de sucessão necessária, inafastável por pacto entre os nubentes, para fins do registro imobiliário o pacto antenupcial deverá ser retificado quanto a esse aspecto, excluindo-se essa limitação ao direito real de habitação, por violação de norma cogente.

Somente após essa retificação é que o título poderá ser reapresentado a registro.

Por ora, portanto, o registro é inviável, o que justifica o reconhecimento da procedência da dúvida.

Pelo exposto, julgo *procedente* a dúvida.

Transitando esta em julgado, restituam-se os documentos à parte, dando-se ciência ao Oficial, para que consigne a decisão no Protocolo e cancele a prenotação.

Piracicaba, 19 de agosto de 2015 – MAURO ANTONINI, Juiz de Direito.



TJSP – Processo 0002780-15.2014.8.26.0456 – Sentença –  
j. 03.02.2015 – Juiz Francisco José Dias Gomes – Área do  
Direito: Imobiliário e Registral.

**REGISTRO DE IMÓVEIS – Parcelamento do solo – Recusa pelo Oficial Registrador da averbação das modificações realizadas no contrato padrão após sua publicidade – Admissibilidade, se as alterações violarem norma de ordem pública – Controle prévio da legalidade do conteúdo das cláusulas contratuais, ademais, que é inerente à atividade registrária.**

#### Veja também Jurisprudência

- RT 814/346 (JRP\2003\1274) e RDI 71/460 (JRP\2011\4170).

#### Veja também Doutrina

- Alguns aspectos da qualificação registrária no registro de parcelamento do solo urbano e o Código de Defesa do Consumidor, de Kioitsi Chicuta, Ary José de Lima e Sérgio Jacomino, RDC 19/161, RDI 41/5, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 2/929, (DTR\1996\280).

*Ementa do Editorial:*<sup>NE</sup> *Contrato de compromisso de compra e venda de loteamento registrado em Cartório. Pedido de providências. Registro das modificações realizadas no teor do aludido contrato padrão, após sua publicidade, que foi recusado pelo Oficial. Admissibilidade, na hipótese de violação à norma pública das referidas alterações. Controle prévio de legalidade das alterações no contrato arquivado, ademais, que é inerente à atividade de qualificação registrária.*

#### *Sentença*

*Processo físico 0002780-15.2014.8.26.0456.*

*Classe – Assunto: Pedido de Providências – Registros Públicos.*

*Requerente: VM Incorporadora e Empreendimentos Imobiliários SS Ltda.*

*Requerido: Oficial Registrador do Serviço Registral do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Pirapozinho.*

*Juiz de Direito: Dr. Francisco José Dias Gomes.*

NE Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

Vistos.

VM Incorporadora e Empreendimentos Imobiliários Ltda. apresentou Pedido de Providências em relação ao Oficial Registrador do Serviço Registral do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Pirapozinho aduzindo, em suma, que efetuou o registro de um loteamento e, para tanto, efetuou o depósito do instrumento particular de compromisso de compra e venda, em obediência ao previsto pelo art. 18, VI, da Lei 6.766/1979. Posteriormente, efetuou modificações no teor do aludido contrato e, assim, pleiteou as alterações ao Serviço Registral, todavia, houve recusa do registro por parte do Oficial, sob o fundamento de que não seria possível a ocorrência de alterações no contrato após a sua publicidade. Entendendo que a recusa foi indevida, pleiteou para que fosse ordenado ao Oficial Registrador que fizesse a averbação do contrato padrão à margem do registro do loteamento.

O Oficial Registrador apresentou as informações necessárias.

O Curador de Registros Públicos opinou pela improcedência do pedido.

É o essencial.

*Fundamento e decido*

Ainda que houvesse a necessidade do protocolo prévio do pedido perante o ofício registral, já houve a manifestação de recusa do Oficial Registrador, de sorte que nada impede que o pedido seja apreciado judicialmente de forma correcional.

De antemão, é importante consignar que o próprio Oficial Registrador anuiu que é possível que o contrato padrão seja alterado, mesmo após o registro do parcelamento do solo, e, segundo consta, ainda não houve a comercialização de qualquer lote.

Assim, a questão nodal é saber se o Oficial Registrador pode recusar o registro do contrato padrão e/ou de suas alterações, caso ocorra violação à norma de ordem pública, ou seja, se é possível que possa questionar a validade das cláusulas contratuais e, por conta disso, eventualmente recusar o registro.

Nesse aspecto, por trazer uma abordagem exauriente sobre o tema, é oportuno transcrever parte do seguinte Parecer:<sup>1</sup>

“O registro do loteamento é regulamentado pela Lei 6.766/1979 que prevê a necessidade de atendimento de requisitos de ordem urbanística e, ainda, de requisitos relativos à proteção do meio ambiente e dos futuros adquirentes dos lotes. Entre as normas que visam a proteção dos futuros adquirentes dos lotes encontra-se o inc. VI do art. 18 da Lei 6.766/1979 que obriga o arquivamento, com o registro do loteamento, de: *“exemplar do contrato padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão do qual constarão obrigatoriamente as indicações previstas*

1. Parecer 183/2008-E – Processo CG 2008/27313 – Dr. José Marcelo Tossi Silva – Juiz Auxiliar da Corregedoria do TJSP – 26.08.2008.

no art. 26 desta lei”. A par das cláusulas previstas no art. 26 da Lei 6.766/1979, que obrigatoriamente devem constar no contrato-padrão arquivado com o registro do loteamento, podem ser previstas outras que, contudo, sujeitam-se às restrições que a lei impõe à autonomia da vontade, ou autonomia privada, porque a ninguém é permitido contratar, validamente, contra preceitos de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002).

Assim, apesar da possibilidade, sempre presente, de recurso ao Judiciário para a solução de litígio envolvendo a validade de cláusula contratual, a finalidade de proteção aos adquirentes dos lotes de que é dotada a Lei 6.766/1979 estende os limites do controle de legalidade, que é inerente à atividade de qualificação registrária, ao contrato padrão cujo arquivamento deve ser recusado sempre que suas cláusulas violem direitos dos futuros adquirentes dos lotes que forem tutelados por preceitos de ordem pública.

Sobre os limites da qualificação do contrato padrão apresentado para o registro do loteamento e, em consequência, daquele eventualmente destinado a substituí-lo, convém citar o r. parecer apresentado pelo MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria. Dr. Cláudio Luiz Bueno de Godoy, no Processo CG 1314/03, em que consta: “Duas ressalvas iniciais devem ser feitas. Uma, a de que não havia mesmo dúvida a suscitar – de que reclama a recorrente – se, afinal, o loteamento já estava registrado, cuidando-se apenas de pretensão de substituir o contrato padrão lá arquivado. Outra, a de que, de novo, malgrado se tenha pretensão de substituição do contrato, o seu controle de legalidade deve se fazer como se faria se se tencionasse o registro, propriamente, do loteamento, em cujo processo deve estar aquele documento.

A propósito desta qualificação, deste controle, que o princípio da legalidade impõe, sobre o conteúdo das cláusulas de contrato padrão, que, não raro, acabam inclusive malferindo a disposição protetiva e imperativa do consumidor, a cuja configuração se adequam os adquirentes originais de lotes, o Conselho Superior da Magistratura já teve oportunidade de assentar, citando justamente o exemplo daquelas espécies de contratos, que “em que pese a natureza eminentemente instrumental do registro imobiliário, pode o exame da legalidade adentrar as cláusulas convencionadas, quando nulas de pleno direito, por ferirem normas de ordem pública” (*ApCiv 31.282-0/8, rel. Márcio Bonilha*).

Também na esfera desta Corregedoria Geral igualmente se deliberou que a qualificação registrária importa, sim, no exame das cláusulas de contrato padrão que, se vulnerarem norma de ordem pública, como são as da Lei 6.766/1979 ou do CDC, aliás textualmente citados na decisão, devem ensejar recusa (*Processo 1.816/94, DOE 04.04.1995*). Mais, sustentou-se, mesmo, e ao que se acede, que este controle registral não envolve apenas um aspecto formal ou extrínseco dos contratos, mas ainda um exame de conteúdo (cf. Frederico Henrique Viegas de Lima. O controle registral das cláusulas gerais da contratação. *Registros de Imóveis – Estudos*. Sérgio Fabris, 1997, p. 138), ao menos, acrescente-se, se aferíveis de pronto.

De resto nem se poderia imaginar um controle de cláusulas, quando nulas ou abusivas, se não fosse por meio de uma cognição que invadisse o conteúdo do ajuste em que previstas. Por fim, vale o acréscimo de que se tudo isto se aplica ao registro de loteamento e ao exame do contrato padrão dele constante, aplica-se também quando se pretenda substituir o contrato arquivado. Em verdade, agita-se o mesmo princípio da legalidade e de proteção aos adquirentes de lotes (...).

Assim, diversamente do alegado na inicial, o Oficial Registrador “pode e deve” realizar o controle prévio da legalidade do contrato padrão e, se for o caso, recusar o registro caso este, ou suas alterações, violem norma de ordem pública.

Ressalte-se, por fim, que o objeto do presente pedido de providências é a possibilidade ou não do Registrador recusar o registro do contrato padrão, de sorte que é desnecessária a análise dos fundamentos que embasaram a aludida recusa.

Isso posto, *julgo improcedente* o pedido de providências.

P. R. I.

Pirapozinho, 03 de fevereiro de 2015.

---

The background of the page is a light gray color with a complex, abstract pattern of overlapping circles and lines. The lines are thin and create a grid-like effect, while the circles are larger and overlap each other, creating a sense of depth and movement. The overall effect is a modern, geometric design.

# Jurisprudência Comentada



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – REsp 1.099.480/MG – 4.ª T. – j. 02.12.2014 – v.u. – rel. Min. Marco Buzzi – DJe 25.05.2015 – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil.

**REGISTRO DE IMÓVEL – Contrato de compra e venda – Formalização da avença por escritura particular – Inadmissibilidade – Valor da avaliação pelo Fisco que é superior a trinta salários mínimos e prevalece sobre o valor do negócio declarado pelos contratantes – Medida que visa atribuir segurança jurídica à transação e evitar a sonegação de tributos e emolumentos – Análise da Fazenda Pública, ademais, que é baseada em critérios legais e objetivos – Inteligência do art. 108 do CC/2002.**

### Veja também Doutrina

- A indispensabilidade da escritura pública na essência do art. 108 do CC/2002, de Valestan Milhomem da Costa – *RDI* 60/156 (DTR\2006\70);
- Dúvida registral nos termos do art. 198 da Lei 6.015/1973. Registro de compromisso de venda e compra. Instrumento particular. Interpretação dos arts. 108, 134, 1.417 e 1.418 do atual CC/2002, de Venício Antonio de Paula Salles – *RDI* 54/342 (DTR\2011\3347); e
- Princípio da legalidade e registro de imóveis, de Flauzilino Araújo dos Santos, *RDI* 60/307, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 2/301 (DTR\2006\66).

*REsp* 1.099.480 – MG (2008/0230045-4).

*Relator*: Min. Marco Buzzi.

*Recorrente*: Construtora e Incorporadora Terranova Ltda. – advogados: José Cesar Palacini dos Santos e outros.

*Recorrido*: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de Monte Santo de Minas – advogado: sem representação nos autos.

*Ementa*:<sup>NE</sup> Recurso especial – Procedimento de dúvida suscitado pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis – Discussão sobre a interpretação do art. 108

NE Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

do CC/2002 – *Procedência da dúvida nas instâncias ordinárias – Entendimento pela necessidade de escritura pública para registro de contrato de compra e venda de imóvel cujo valor da avaliação pelo fisco foi superior a 30 salários mínimos, ainda que o valor do negócio declarado pelas partes tenha sido inferior. Insurgência da empresa requerente do registro.*

*Hipótese em que o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis suscitou dúvida ao Poder Judiciário, referente à interpretação do art. 108 do CC/2002.*

*O oficial cartorário e a empresa requerente do registro divergem quanto ao valor a ser considerado para fins de incidência da regra legal em questão: para aquele, a escritura de compra e venda deve ser feita por instrumento público, já que o Fisco municipal avaliou o imóvel em valor superior a 30 (trinta) salários mínimos; para esta, a escritura de compra e venda pode ser feita por instrumento particular, pois o valor do negócio declarado pelas partes no contrato foi inferior a 30 (trinta) salários mínimos.*

*As instâncias ordinárias entenderam que o valor a ser considerado, para fins de aferição da necessidade de escritura pública no caso concreto, não deve ser aquele declarado pelas partes, mas o da avaliação realizada pelo fisco, destacadamente quando o propósito dos interessados e a finalidade precípua do instrumento é a transferência de propriedade do bem, e não apenas o de retratar uma mera transação.*

*1. A interpretação dada ao art. 108 do CC/2002 pelas instâncias ordinárias é mais consentânea com a finalidade da referida norma, que é justamente conferir maior segurança jurídica aos negócios que envolvem a transferência da titularidade de bens imóveis.*

*2. O art. 108 do CC/2002 se refere ao valor do imóvel, e não ao preço do negócio. Assim, havendo disparidade entre ambos, é aquele que deve ser levado em conta para efeito de aplicação da ressalva prevista na parte final desse dispositivo legal.*

*3. A avaliação feita pela Fazenda Pública para atribuição do valor venal do imóvel é baseada em critérios objetivos previstos em lei, refletindo, de forma muito mais consentânea com a realidade do mercado imobiliário, o verdadeiro valor do imóvel objeto do negócio.*

*4. Recurso especial desprovido.*

## RESENHA

### REGISTRO DE IMÓVEIS: VALOR A SER CONSIDERADO PARA APLICAÇÃO DO ART. 108 DO CÓDIGO CIVIL É O DA AVALIAÇÃO EFETUADA PELO FISCO

Trata-se de Recurso Especial (REsp) interposto em face de acórdão proferido pelo TJMG, que entendeu que o valor do imóvel a ser considerado, para a aplicação do art. 108 do CC/2002, é o da avaliação efetuada pelo Fisco e não o constante no instrumento da transação pactuada.



Na origem, o Oficial Registrador suscitou dúvida em relação ao pedido de registro de instrumento particular de compra e venda, sustentando que a compra e venda em questão deveria ter sido formalizada por escritura pública, conforme art. 108 do CC/2002, tendo em vista que o Fisco Municipal avaliou o imóvel em valor superior a 30 salários mínimos. Por sua vez, a empresa requerente do registro alegou que o negócio poderia ser feito mediante instrumento particular, pois o valor do negócio declarado pelas partes no contrato é inferior a 30 salários mínimos.

O Juízo de primeiro grau julgou procedente a dúvida suscitada, entendendo que o valor a ser considerado é aquele constante da avaliação realizada pelo Fisco e não o declarado pelas partes. Interposto recurso, o TJMG manteve a decisão proferida na origem. Inconformada, a recorrente interpôs recurso especial, sustentando que o termo *valor*, inserto no art. 108 do CC/2002 significa, para negócios onerosos, aquele estabelecido e convencionado pelas partes na realização do negócio e não o estabelecido pela Fazenda Pública.

Ao julgar o REsp, o relator, Min. Marco Buzzi, entendeu que as razões recursais não devem prosperar, pois a interpretação dada ao art. 108 do CC/2002 pelas instâncias ordinárias é mais consentânea com a finalidade da referida norma, que é justamente conferir maior segurança jurídica aos negócios que envolvem bens imóveis. O relator ainda observou que o referido artigo, ao prescrever a escritura pública como essencial à validade dos negócios jurídicos que objetivem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais, refere-se ao valor do imóvel e não ao preço do negócio e que, havendo disparidade entre ambos, é o primeiro que deverá ser levado em conta para efeito de aplicação da ressalva contida na parte final do mencionado artigo.

Por fim, afirmou que a avaliação levada à termo pela Fazenda Pública, para fins de apuração do valor venal do imóvel é baseada em critérios objetivos, previstos em lei, os quais admitem aos interessados o conhecimento das circunstâncias consideradas na formação do *quantum* atribuído ao bem.

Diante do exposto, a 4.ª T. do STJ decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Min. relator, no sentido de que o valor do imóvel a ser considerado, para a aplicação do art. 108 do CC/2002, é o da avaliação efetuada pelo Fisco e não o constante no instrumento da transação pactuada.

**DANIELA DOS SANTOS LOPES**

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).  
daniela@irib.org.br*

**FÁBIO FUZARI**

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).  
fabio@irib.org.br*

## COMENTÁRIO

Trata-se de Recurso Especial (REsp) manejado em face de acórdão proferido pelo TJMG, o qual entendeu, acertadamente, que a forma do ato em que se entabula uma negociação imobiliária, aplicando, assim, o art. 108 do CC/2002 como regra geral, é o da avaliação efetuada pelo Fisco (valor jurídico do bem), e não o preço ajustado no contrato.

Primeiramente, este comentário comporta uma análise de cunho procedimental. Salta aos olhos que um procedimento de dúvida registral (arts. 198 e ss. da Lei 6.015/1973) foi equacionado via REsp, o que não é comum. Admissível, certamente, com espeque no art. 105, III, *a* e *c*, da CF/1988,

mas que excepcionalmente ultrapassa os critérios de admissibilidade. Sem olvidar que a ciência do Direito é uma e lembrando que a separação doutrinária entre direito público e privado existe para fins didáticos, do que decorre o estudo tanto do direito administrativo quanto do direito civil, e deste o do direito notarial e registral, é possível imaginar que mais e mais destes casos passarão a ser resolvidos pelos Tribunais Superiores. É o fenômeno da constitucionalização do direito se efetivando e oportunizando debates em searas mais profundas. Lembrando, ainda, que a Constituição deve estar presente e deve ser aplicada inclusive nos procedimentos de natureza administrativa como o da dúvida registral, precisando ser revisitada a tese de que não se discute constitucionalidade em procedimento de dúvida.

Feitas as considerações sobre o aspecto de fundo, passamos ao mérito. É possível extrair dos poucos enunciados do julgado significados de grande amplitude sobre o agir dos Notários e Registradores. Numa leitura restrita, perfunctória, portanto, é possível alcançar a distinção entre dois conceitos, o valor e o preço, inconfundíveis para os zelosos profissionais do Direito, mas de difícil percepção para os leigos.

O pagamento de um preço em dinheiro por um objeto atual ou futuro, aliado com o acordo de vontades, é o que caracteriza o contrato de venda e compra (art. 481 do CC/2002). O ajuste do preço é livre; reservado, portanto, ao âmbito interno da contratação e, de regra, só interessa aos contratantes. Preço não é valor. Preço é o que se paga por uma coisa independentemente de ela valer mais ou menos. Uma coisa pode ter um valor econômico, e alcançar, no âmbito contratual, uma importância superior ou inferior.

Preço é o que despende economicamente para alcançar um bem e valor é aquilo que o adquirente entende estar incorporando para si. O valor é uma referência que leva em consideração diversos fatores podendo ser geográficos, temporais etc. Para este comentário, o valor de um imóvel é aquele que a autoridade fiscal tem para si com o propósito de estabelecer a base de cálculo do imposto de transmissão. Descolada, portanto, tal referência, do âmbito interno do negócio. E isso importa para a definição da forma do ato a ser observada, se pública ou não, levando-se em consideração o valor do bem, e não o preço acordado.

Em que pese tais ponderações, atentem-se que o significado maior que se extrai do aresto ora analisado não foi o de balizar esta distinção entre valor e preço, mas sim em indicar a finalidade da exigência da forma pública.

Vamos à forma, primeiramente, para depois passar à sua finalidade.

*Forma dat esse rei* (a forma dá realidade às coisas). Ihering ensinava que "a forma é inimiga jurada do arbitrio e irmã gêmea da liberdade" (In: ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997). Na prática, a forma é o caminho para se alcançar o Direito, seja no aspecto substancial (escrito, expresso, ato público ou particular), quanto no instrumental. Nesse aspecto, assim como o processo judicial tem seus ritos e formalidades que servem para emprestar segurança e estabilidade aos que dele fazem uso, a escritura pública também tem. É possível traçar um paralelo entre os requisitos de uma escritura pública, previstos no art. 215 do CC/2002 e na Lei 7.433/1985 e no Dec. 93.240/1986, com os requisitos necessários para uma demanda acontecer (requisitos da petição inicial e dos recursos).

E a escritura ainda vai além. Junto com o registro imobiliário ela destina-se a gerar direitos reais, os quais extrapolam o interesse individual. Atentem-se que enquanto o processo tem suas formalidades para gerar efeitos entre os sujeitos envolvidos na relação processual (art. 472 do CPC/1973), a escritura e o registro transbordam seus efeitos para além dos sujeitos neles mencionados, pois afetam sobremaneira a esfera jurídica de terceiros.

E aqui é que entra o ponto central do julgado examinado. O fundamento da exigência da escritura pública para a contratação imobiliária está no *algo a mais* que ela deve oferecer ao usuário, que é oportunizar a segurança jurídica. No lúcido voto do Min. Marco Buzzi assim ficou assentado:

"Não procedem, todavia, as razões recursais, pois a interpretação dada ao art. 108 do CC/2002 pelas instâncias ordinárias é mais consentânea com a finalidade da referida norma, que é justamente conferir maior *segurança jurídica* aos negócios que envolvem bem imóveis. Saliente-se, no particular, que a escritura pública é ato realizado perante o tabelião, em que as partes manifestam sua vontade na realização de determinado negócio jurídico, observando todas as solenidades prescritas em lei; tal documento, portanto, demonstra de forma pública e solene a substância do ato, de modo que seu conteúdo goza de presunção de veracidade, trazendo, assim, maior segurança jurídica e garantia para a regularidade do negócio, neste caso, da compra e venda de bem imóvel."

Percebam que a razão de existir do art. 108 do CC/2002 é a acima indicada, a outorga de segurança jurídica aos negócios que envolvem bem imóvel. Esse é o norte de atuação que deve guiar os Notários e Registradores, eis aí a razão de existência do Sistema Notarial e Registral.

E indica mais o julgado, a observância de todas as solenidades prescritas em lei.

Oportuno lembrar aqui um comando legal que tem sido menosprezado por alguns, que é a ordem expressa no art. 1.º da Lei 8.935/1994 para que os Notários e Registradores *garantam* a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Não olvidem de agir visando poder outorgar esta *garantia*.

A exigência da escritura pública para a contratação não é mera burocracia. A observância da forma está aí para o bem da sociedade, pois a prática de atos em conformidade com o Direito, plenamente válidos e eficazes, no que for aferível de plano, contribui para o desenvolvimento social e econômico, reduzindo as assimetrias de informação e, conseqüentemente, o custo de toda a contratação.

Quando o Estado outorga uma delegação para ser exercida em caráter privado é para ver cumprida e aplicada a lei na sua completude. É isso que se entende por administração pública de interesse privado. Só assim será mantida a opção (estatal) pelo sistema de registro de direitos.

Portanto, é dever dos Notários e Registradores a observância das normas existentes visando à realização de atos plenamente hígidos e saudáveis, oportunizando, agora no dizer do Min. Marco Buzzi, mas já afirmado por diversos outros juristas de renome, a tão esperada segurança jurídica.

Aliam-se ao argumento utilizado no aresto questões outras como a observância dos Princípios da Socialidade e da Boa-Fé Objetiva, bem como o agir em conformidade com a Eticidade e considerando, ainda, a função social do contrato.

Espera-se, com isso, que façam bom uso da lição contida no aresto, pois a insegurança jurídica só pode estar presente onde não houver a salutar interferência desses agentes da paz social, os Notários e Registradores. A lavratura e o registro de atos que não respaldem a segurança jurídica vão de encontro à razão de ser do Sistema Notarial e Registral.

#### TIAGO MACHADO BURTET

*Registrador de Imóveis em Campinas do Sul – RS. Especialista em Direito Notarial e Registral pela UNISINOS, em Direito Civil e Processual Civil e em Direito Público (ênfase na Constitucionalização do Direito) pela URI – Campus de Erechim. Professor e palestrante na área notarial e registral na IMED, AJURIS/ENORE, URI Campus de Erechim e UNISC.  
tiagomburtet@hotmail.com*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 4.<sup>a</sup> T. do STJ, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo (presidente), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro relator.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2014 – MARCO BUZZI, relator – RAUL ARAÚJO, presidente.

*REsp 1.099.480 – MG (2008/0230045-4).*

*Recorrente: Construtora e Incorporadora Terranova Ltda. – advogados: José Cesar Palacini dos Santos e outros.*

*Recorrido: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de Monte Santo de Minas – advogado: sem representação nos autos.*

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Marco Buzzi (relator): Trata-se, na origem, de procedimento de dúvida suscitado pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de Monte Santo de Minas em relação a pedido de registro de escritura de compra e venda feito por Construtora e Incorporadora Terranova Ltda.

Segundo o oficial cartorário suscitante, a escritura de compra e venda em questão deveria ser feita por instrumento público, nos termos do art. 108 do CC/2002, já que o fisco municipal avaliou o imóvel em valor superior a 30 (trinta) salários mínimos.

Em contrapartida, a empresa requerente do registro alegou que a escritura de compra e venda poderia ser feita por instrumento particular, pois o valor do negócio declarado pelas partes no contrato foi inferior a 30 (trinta) salários mínimos.

O Juízo de primeiro grau julgou procedente a dúvida suscitada, entendendo que o valor a ser considerado, para fins de aferição da necessidade de escritura pública no caso concreto, não deve ser aquele declarado pelas partes, mas o da avaliação realizada pelo fisco. Confira-se, a propósito, o seguinte excerto da parte dispositiva da sentença (e-STJ f.):

“Ante o exposto e considerando o que tudo dos autos consta, *julgo procedente* a dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis, e mantenho a recusa de acesso do título ao sistema registrário, cumprindo-se o inc. I do art. 203 da Lei de Registros Públicos, ratificando a determinação para não proceder a nenhum registro de escritura particular cuja avaliação pelo fisco seja superior ao limite estabelecido no art. 108 do CC/2002, conforme Ofício 10/2006, expedido por ocasião da correição ordinária de ano de 2006”.

Interposta apelação, o TJMG negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (e-STJ f.):

“Suscitação de dúvida – Imóvel avaliado pelo fisco por valor superior a 30 salários mínimos – Necessidade de escritura pública.

STJ – REsp 1.099.480/MG. Comentário por TIAGO MACHADO BURTET. Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES e FÁBIO FUZARI. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 527-537. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

A escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no país (art. 108 do CC/2002). O valor do imóvel a ser considerado deve ser o da avaliação efetivada pelo Fisco – e não o constante do instrumento da transação pactuada. Os enunciados disponibilizados pelo Conselho da Justiça Federal, e elaborados durante a 4.<sup>a</sup> Jornada de Direito Civil, não têm força de lei – e não produzem os efeitos almejados pela apelante”.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ f.).

Inconformada, a recorrente interpôs o presente recurso especial (e-STJ f.), com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, alegando violação dos arts. 104, 107, 108, 113, 422, 1.227 e 1.245 do CC/2002, 5.º e 6.º da LINDB, 35, II, do CTN e 460, 535 e 537 do CPC. Sustenta, em síntese, que “o termo *valor* inserto no art. 108 do CC/2002 significa, para os negócios onerosos, (...) aquele estabelecido e convencionado pelas partes na realização do negócio”, e não o da avaliação feita pela Fazenda Pública.

Sem contrarrazões (e-STJ f.).

Juízo de admissibilidade positivo (e-STJ f.).

Parecer do Ministério Público pelo não conhecimento do recurso ou, caso conhecido, pelo seu desprovimento (e-STJ f.).

É o relatório.

*Ementa: Recurso especial – Procedimento de dúvida suscitado pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis – Discussão sobre a interpretação do art. 108 do CC/2002 – Procedência da dúvida nas instâncias ordinárias – Entendimento pela necessidade de escritura pública para registro de contrato de compra e venda de imóvel cujo valor da avaliação pelo fisco foi superior a 30 salários mínimos, ainda que o valor do negócio declarado pelas partes tenha sido inferior. Insurgência da empresa requerente do registro.*

*Hipótese em que o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis suscitou dúvida ao Poder Judiciário, referente à interpretação do art. 108 do CC/2002.*

*O oficial cartorário e a empresa requerente do registro divergem quanto ao valor a ser considerado para fins de incidência da regra legal em questão: para aquele, a escritura de compra e venda deve ser feita por instrumento público, já que o fisco municipal avaliou o imóvel em valor superior a 30 (trinta) salários mínimos; para esta, a escritura de compra e venda pode ser feita por instrumento particular, pois o valor do negócio declarado pelas partes no contrato foi inferior a 30 (trinta) salários mínimos.*

*As instâncias ordinárias entenderam que o valor a ser considerado, para fins de aferição da necessidade de escritura pública no caso concreto, não deve*

*ser aquele declarado pelas partes, mas o da avaliação realizada pelo fisco, destacadamente quando o propósito dos interessados e a finalidade precípua do instrumento é a transferência de propriedade do bem, e não apenas o de retratar uma mera transação.*

*1. A interpretação dada ao art. 108 do CC/2002 pelas instâncias ordinárias é mais consentânea com a finalidade da referida norma, que é justamente conferir maior segurança jurídica aos negócios que envolvem a transferência da titularidade de bens imóveis.*

*2. O art. 108 do CC/2002 se refere ao valor do imóvel, e não ao preço do negócio. Assim, havendo disparidade entre ambos, é aquele que deve ser levado em conta para efeito de aplicação da ressalva prevista na parte final desse dispositivo legal.*

*3. A avaliação feita pela Fazenda Pública para atribuição do valor venal do imóvel é baseada em critérios objetivos previstos em lei, refletindo, de forma muito mais consentânea com a realidade do mercado imobiliário, o verdadeiro valor do imóvel objeto do negócio.*

*4. Recurso especial desprovido.*

VOTO – O Exmo. Sr. Min. Marco Buzzi (relator): O recurso não merece provimento.

*1. A controvérsia consiste em definir se um contrato de compra e venda de imóvel, cujo valor declarado pelas partes foi de R\$ 3.000,00 (três mil reais), mas que foi avaliado pelo fisco em R\$ 35.990,76 (trinta e cinco mil novecentos e noventa reais e setenta e seis centavos), deve ser formalizado por escritura pública ou pode ser feito por instrumento particular, a fim de ser levado a registro no cartório imobiliário.*

Assim, o cerne da lide está na interpretação do art. 108 do CC/2002, que prevê a necessidade de escritura pública para a validade de negócios jurídicos que visem à transferência de bens imóveis cujo valor seja superior a 30 (trinta) salários mínimos. Eis o teor do referido dispositivo legal:

“Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país.”

De acordo com a interpretação dada pela sentença de primeiro grau e pelo acórdão recorrido, pouco importa o valor atribuído pelas partes contratantes: se a compra e venda se refere a imóvel cuja avaliação do fisco foi superior a 30 (trinta) salários mínimos, é imprescindível a lavratura de escritura pública para a operação de transferência da titularidade do bem perante o Cartório de registro de imóveis.

Já a recorrente alega o oposto: segundo sua argumentação, a avaliação do imóvel feita pela Fazenda, para fins tributários, não pode ser considerada como parâmetro

para a incidência do art. 108 do CC/2002, mas sim o valor do negócio declarado pelas partes no contrato. Cita, em favor da sua tese, o Enunciado 289 das Jornadas de Direito Civil, de autoria do doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, cujo teor é o seguinte:

“Enunciado 289. O valor de 30 salários mínimos a que se refere o art. 108 do Código Civil brasileiro, ao dispor este sobre a forma pública ou particular dos negócios jurídicos que envolvam bens imóveis, é o atribuído pelas partes contratantes, e não qualquer outro valor arbitrado pela Administração Pública com finalidade exclusivamente tributária”.

Não procedem, todavia, as razões recursais, pois a interpretação dada ao art. 108 do CC/2002 pelas instâncias ordinárias é mais consentânea com a finalidade da referida norma, que é justamente conferir maior *segurança jurídica* aos negócios que envolvem bem imóveis.

Saliente-se, no particular, que a escritura pública é ato realizado perante o tabelião, em que as partes manifestam sua vontade na realização de determinado negócio jurídico, observando todas as solenidades prescritas em lei; tal documento, portanto, demonstra de forma pública e solene a substância do ato, de modo que seu conteúdo goza de presunção de veracidade, trazendo, assim, maior segurança jurídica e garantia para a regularidade do negócio, neste caso, da compra e venda de bem imóvel.

Nesse sentido, merecem transcrição, respectivamente, os seguintes excertos da sentença e do voto condutor do acórdão recorrido:

“Inteira razão está com o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis ao recusar o registro da escritura particular apresentada pela suscitada, considerando-se que desde a última correição este Juízo Corregedor determinou que obstasse de registrar qualquer uma que pela avaliação do fisco municipal tivesse valor superior ao limite mínimo estabelecido pelo art. 108 do CC/2002. *E assim o fez no intuito de fiscalizar o recolhimento da taxa judiciária, bem como para conferir segurança aos negócios jurídicos, haja vista que a regra para a validade daqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis é a escritura pública, quando a lei não diz o contrário.* Está aí um dos princípios mais conhecidos da exegese legal. A exceção deve sempre ser expressa em lei e os casos em que se admite a escritura particular de qualquer valor constam de leis especiais, nas quais não se enquadra a hipótese presente, mormente quando a diferença da avaliação para efeito fiscal é dez vezes maior do que a declarada no instrumento particular em questão. Bem observado pelo Ministério Público que a suscitação veio em boa hora. *O legislador quis, ao editar o art. 108, possibilitar transações imobiliárias sem muito custo às partes de baixa renda. Soa lógico que ao referir ao valor que permite a escritura particular o fez ligando-o ao do imóvel e não ao do negócio. Exatamente para evitar fraudes e sonegação de toda sorte.* O fisco faz a avaliação o imóvel de maneira objetiva e próxima da realidade mercadológica, considera uma

STJ – REsp 1.099.480/MG. Comentário por TIAGO MACHADO BURTET. Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES e FÁBIO FUZARI. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 527-537. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.

pauta legalmente aprovada seja pelo Município ou pelo Estado, servindo de parâmetro para todos os demais cálculos sejam de custas judiciais ou emolumentos extrajudiciais. O argumento de que as partes exprimiram sua vontade ou de que se trata de pessoas próximas ou parentes, antes de conferir transparência ao negócio, o põe em dúvida, dada a subjetividade da declaração quanto ao valor do bem transacionado que pode nem mesmo ser o real, como pode pretender simular situação fática diversa da efetivamente transacionada. Pertinente a manifestação do Ministério Público quando questiona o valor do bem, valor do negócio e a situação do negócio sem valor, como no caso da doação pura, reforçando a ideia de que é necessário um parâmetro real para considerar o valor do imóvel. (e-STJ f.)

A prevalecer o entendimento defendido, bastaria que as partes, ao realizarem o negócio jurídico de compra e venda de imóveis, estampassem no respectivo instrumento valores ínfimos, desvirtuando, totalmente, o espírito e a finalidade da lei, com a exclusiva finalidade de burlar o fisco e não recolher os tributos e emolumentos devidos”. (e-STJ f.)

Ressalte-se ainda que o art. 108 do CC/2002, ao prescrever a escritura pública como essencial à validade dos negócios jurídicos que objetivem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais, refere-se ao *valor do imóvel* e não ao *preço do negócio*. Assim, havendo disparidade entre ambos, é aquele que deve ser levado em conta para efeito de aplicação da ressalva prevista na parte final desse dispositivo legal. Nesse sentido, confira-se a seguinte opinião doutrinária, que se relaciona exatamente à situação em discussão nestes autos:

*“O ponto escorregadio diz respeito à admissibilidade do instrumento particular para negociar direitos reais sobre imóveis com fundamento na parte final do art. 108 do CC/2002, cujo requisito é o valor do imóvel transacionado, o que não pode ser confundido com o preço do negócio. À toda evidência, valor do imóvel e preço do negócio são coisas distintas. Todo imóvel tem um valor, mas nem todo negócio tem um preço, como ocorre com a doação pura (sem ônus ou encargo).*

A questão é: quando o registrador pode considerar preenchido o requisito do art. 108 do CC/2002, referente ao valor do imóvel, para autorizar a instrumentação do negócio por documento particular?

*Nos negócios de doação, venda, permuta e dação em pagamento, pode-se considerar como valor do imóvel a avaliação da coletoria estadual (doação) ou municipal (venda, permuta, dação em pagamento) para fins de cobrança do imposto devido, e não, necessariamente, o valor atribuído ao imóvel nos contratos gratuitos ou o valor da transação (preço) declarado nos contratos onerosos, por razões óbvias: nem sempre o valor declarado é real.*

Assim, num escrito particular em que a compra e venda é realizada por valor inferior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no país e a guia do imposto de transmissão apresenta avaliação do imóvel com valor superior, está patente que o escrito particular não atende o disposto no art. 108 do CC/2002, devendo ser exigida a

STJ – REsp 1.099.480/MG. Comentário por TIAGO MACHADO BURTET. Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES e FÁBIO FUZARI. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 79. ano 38. p. 527-537. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2015.



*escritura pública*” (Costa, Valestan Milhomem da. Indispensabilidade da escritura pública na essência do art. 108 do CC. *Revista de Direito Imobiliário*. n. 60. p. 162. jan.-jun. 2006).

Destaque-se, finalmente, que a avaliação levada a termo pela Fazenda Pública para fins de apuração do valor venal do imóvel é baseada em critérios objetivos, previstos em lei, os quais admitem aos interessados o conhecimento das circunstâncias consideradas na formação do *quantum* atribuído ao bem.

Portanto, agiram bem as instâncias ordinárias ao considerarem imprescindível, no caso dos autos, a escritura pública para formalização do registro da compra e venda do imóvel em foco, já que ante a avaliação do fisco competente o valor do bem é superior a 30 (trinta) salários mínimos.

2. Do exposto, nego *provimento* ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – REsp 1.099.480/MG; 4.<sup>a</sup> T.; número do registro: 2008/0230045-4; processo eletrônico; números de origem: 10432070136937, 10432070136937001, 10432070136937003; pauta: 02.12.2014; julgado: 02.12.2014; relator: Exmo. Sr. Min. Marco Buzzi; presidente da sessão: Exmo. Sr. Min. Raul Araújo; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Antônio Carlos Pessoa Lins; secretária: bel. Teresa Helena da Rocha Basevi.

Autuação: Recorrente: Construtora e Incorporadora Terranova Ltda. – advogado: José Cesar Palacini dos Santos e outros; recorrido: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de Monte Santo de Minas – advogado: sem representação nos autos.

Assunto: Registros públicos.

Certidão: Certifico que a E. 4.<sup>a</sup> T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A 4.<sup>a</sup> T., por unanimidade, negou *provimento* ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo (presidente), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro relator.

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

---

TJSP – *ApCiv 0002018-57.2013.8.26.0157* – Conselho Superior de Magistratura – j. 14.04.2015 – v.u. – rel. Des. Elliot Akel – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Administrativo.

---

**REGISTRO DE IMÓVEIS – Desapropriação – Recusa de registro de carta de sentença de expropriação de bem da União por município – Admissibilidade – Ausência de certidão expedida por órgão federal competente autorizando a transferência da área, inserida em terreno de marinha – Exigência, ademais, que visa proteger o patrimônio da União.**

### Veja também Jurisprudência

- *RT 707/221* (JRP\1994\820).

### Veja também Doutrina

- A enfiteuse dos terrenos de marinha e a desapropriação, de Pinto Ferreira, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* 5/857 (DTR\2012\803).

## RESENHA

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Cubatão em face da r. sentença que julgou procedente a dúvida suscitada e indeferiu o registro de carta de sentença expedida nos autos de processo de desapropriação, uma vez que, não foi apresentada a certidão expedida pela Secretaria do Patrimônio da União (SPU), em razão da área se inserir em terreno de marinha. Em suas razões recursais, o apelante sustentou, em síntese, que a exigência de tal certidão não se justifica, considerando que a sentença já transitou em julgado, de modo que a área desapropriada já se incorporou ao patrimônio municipal, não tendo havido qualquer ressalva na sentença expropriatória.

Ao analisar o recurso, o Corregedor-Geral da Justiça e relator, Des. Hamilton Elliot Akel, observou que o processo de desapropriação tramitou regularmente contra o réu, mas, após proferida a sentença, com trânsito em julgado, a própria municipalidade percebeu que o terreno, em verdade, pertenceria à União, sendo o réu mero foreiro. Desta forma, a municipalidade revogou o decreto

expropriatório e requereu a desistência da ação. Entretanto, o Tribunal de Justiça paulista decidiu ser impossível a desistência àquela altura. Em seu voto, o relator destacou que a origem judicial do título não o torna imune à qualificação registrária, conforme entendimento já pacificado pelo E. Conselho Superior da Magistratura. Ademais, apontou que o § 2.º do art. 2.º do Dec.-lei 3.365/1941 veda a desapropriação de bens da União pelos Municípios, sendo que o ocorrido, *in casu*, infringe o próprio pacto federativo e que o § 2.º do art. 3.º do Dec.-lei 2.398/1987 exige a apresentação da certidão da SPU no caso de registro de escrituras relativas a imóveis da União ou que contenham área de seu domínio. Por fim, o relator apontou que a razão desta norma "é garantir que transferências de direitos, domínio útil, sobre bens imóveis da União não sejam feitas à sua revelia e sem a obediência a determinadas formalidades legais. A norma, naturalmente, não previu o estabelecimento de garantias contra atos estatais que, infringindo o pacto federativo, interferissem no patrimônio da União. Essa é a razão pela qual, evidentemente, não se estabeleceu dispositivo determinando que quando um município tentar desapropriar imóvel da União à sua revelia, a Secretaria do Patrimônio terá que ser avisada antes do registro dessa desapropriação".

Diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, negar provimento ao recurso, mantendo a recusa ao registro da carta de sentença de desapropriação.

**DANIELA DOS SANTOS LOPES**

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).  
daniela@irib.org.br*

**FÁBIO FUZARI**

*Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).  
fabio@irib.org.br*

## COMENTÁRIO

### DESAPROPRIAÇÃO: É EXIGÍVEL A AUTORIZAÇÃO DA SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO PARA DESAPROPRIAÇÃO DE BEM DA UNIÃO PELO MUNICÍPIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Cubatão em face da r. sentença que julgou procedente a dúvida suscitada e indeferiu o registro de carta de sentença expedida nos autos de processo de desapropriação, uma vez que, não foi apresentada a certidão expedida pela Secretaria do Patrimônio da União (SPU), em razão da área se inserir em terreno de marinha. Em suas razões recursais, o apelante sustentou, em síntese, que a exigência de tal certidão não se justifica, considerando que a sentença já transitou em julgado, de modo que a área desapropriada já se incorporou ao patrimônio municipal, não tendo havido qualquer ressalva na sentença expropriatória.

Ao analisar o recurso, o Corregedor-Geral da Justiça e relator, Des. Hamilton Elliot Akel, observou que o processo de desapropriação tramitou regularmente contra o réu, mas, após proferida a sentença, com trânsito em julgado, a própria municipalidade percebeu que o terreno, em verdade, pertenceria à União, sendo o réu mero foreiro. Desta forma, a municipalidade revogou o decreto expropriatório e requereu a desistência da ação.

As decisões judiciais, notadamente os acórdãos que têm por objeto matéria com repercussão no âmbito do Registro de Imóveis, são materiais importantes para estudo e reflexão sobre a atividade registral imobiliária. A análise tem por finalidade fazer algumas considerações sobre a temática, notadamente sobre a possibilidade ou não de o Município, na condição de ente autônomo integrante da Federação, poder desapropriar bem pertencente à União, que detém a soberania.

Apenas em comento, o decreto da municipalidade se declarou de utilidade pública o bem para efeitos de desapropriação só pode ser revogado até o momento em que se consolida a desapropriação. Após não é mais possível a revogação porque ocorreu o esgotamento dos seus efeitos. Por isso, o Tribunal de Justiça paulista decidiu ser impossível a desistência àquela altura. Em seu voto, o relator destacou que a origem judicial do título não o torna imune à qualificação registrária, conforme entendimento já pacificado pelo E. Conselho Superior da Magistratura. Ademais, existe vedação legal para a desapropriação de bens da União pelos Municípios, porque fere o pacto federativo e, além disso, o § 2.º, I, do art. 3.º do Dec.-lei 2.398/1987 exige a apresentação da certidão da SPU no caso de registro de escrituras relativas a imóveis da União ou que contenham área de seu domínio.

A questão nuclear, contudo, cinge-se à possibilidade ou não de o Município desapropriar bens pertencentes à União. O Dec.-lei 3.365/1941, estabelece os limites e as possibilidades dos sujeitos expropriatórios, em especial no § 2.º, do art. 2.º ao dispor que "os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa". Ou seja, a regra é a vedação às entidades políticas "menores" de desapropriar bens das entidades "maiores" ou da mesma esfera de governo.

Todavia, o § 3.º do mesmo artigo, com a redação dada pelo Dec.-lei 856/1969, veda a "desapropriação pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República".

Com fundamento neste § 3.º, o STF decidiu no RE 115.665-1/MG que o município pode desapropriar imóvel pertencente à Rede Ferroviária Federal S.A., cujo controle acionário pertencia à União, desde que autorizado pela Presidência da República.

No mesmo sentido a decisão no RE 172.316/RJ: "Desapropriação, por Estado, de bem de economia mista federal, que explora serviço público privativo da União. 1. A União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios e os Estados, dos Municípios, sempre com autorização legislativa específica. A lei estabeleceu uma gradação de poder entre os sujeitos ativos da desapropriação, de modo a prevalecer o ato da pessoa jurídica de mais alta categoria, segundo o interesse de que cuida: o interesse nacional, representado pela União, prevalece sobre o regional, interpretado pelo Estado, e este sobre o local, ligado ao Município, não havendo reversão ascendente; os Estados e o Distrito Federal não podem desapropriar bens da União, nem os Municípios, bens dos Estados ou da União, Dec.-lei 3.365/1941, art. 2.º, § 2.º".

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o REsp 1.435.517/SP, publicado em 06.05.2015, "3. O art. 2.º, § 2.º, do Dec.-lei 3.365/1941 veda a pretensão do recorrente em desapropriar bem público pertencente à autarquia estadual, ou seja, a Lei é explícita ao autorizar os Estados a desapropriarem bens do Município, mas, implicitamente, veda o inverso. Desse modo, deve ser aplicado, por analogia, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no senti-

do de que 'É vedado ao Município desapropriar bens de propriedade da União ou de suas autarquias e fundações, sem prévia autorização, por decreto, do Presidente da República. Precedentes'" (REsp 1.188.700/MG, 2.<sup>a</sup> T., j. 18.05.2010, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 25.05.2010).

E na mesma toada decisão do TRF-1.<sup>a</sup> Reg.: "*Administrativo. Desapropriação por utilidade pública. Município expropriante. Bem pertencente à fundação pública. Impossibilidade. Vedação legal. Art. 2.<sup>o</sup>, § 2.<sup>o</sup>, do Dec.-lei 3.365/1941. Recepção. Constituição Federal vigente. Supremacia do interesse federal.* 1. Do cotejo da doutrina e da jurisprudência atual, evidencia-se a recepção do art. 2.<sup>o</sup>, § 2.<sup>o</sup>, do Dec.-lei 3.365/1941 pela CF/1988, de forma que a desapropriação de bens públicos deve respeitar a gradação imposta pelo dispositivo legal, sendo imprescindível a autorização legislativa. 2. Não há, assim, que se falar em ofensa ao pacto federativo diante da impossibilidade legal de Município desapropriar imóvel pertencente a ente da Administração Federal. 'Aos bens pertencentes às entidades da administração indireta, aplica-se, por analogia, o art. 2.<sup>o</sup> do Dec.-lei 3.365/1941, sempre que se trate de bem afetado a uma finalidade pública. Tais bens, enquanto mantiverem essa afetação, são indisponíveis e não podem ser desafetados por entidade política menor' (Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 14. ed. 2002, Atlas, p. 165). (grifos nossos) 3. Improvimento da apelação" (TRF-1.<sup>a</sup> Reg., AC 2006.38.00.013209-0/MG, rel. Des. Federal Olindo Menezes, DJ 13.04.2007).

TRF-2.<sup>a</sup> Reg., ApCiv 200751010274721. Ementa: *Agravo interno. Desapropriação pelo município de Itaguaí. Bem da CEF, empresa pública federal. Necessidade de autorização do presidente da república.* I – A CEF é uma empresa pública federal e não pode ter os seus bens desapropriados por um Município, sem prévia autorização, por decreto, do Presidente da República. II – Agravo Interno improvido.

O TRF da 5.<sup>a</sup> Reg., ApCiv 457300/PE (2008.83.00.015923-1) – também decidiu que, sem a autorização do Presidente da República, não pode o município desapropriar bens pertencentes à RFFSA.

Portanto, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais superiores, cabe tão somente, a desapropriação pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, desde que autorizado previamente pela Presidência da República, o que afasta a possibilidade de desapropriação de bens públicos federais – não compreendidos no § 3.<sup>o</sup>, do art. 2.<sup>o</sup> do Dec.-lei 3.365/1941.

No âmbito doutrinário, por um lado, parte da doutrina administrativista se posiciona de acordo com a regra estabelecida no § 2.<sup>o</sup>, do art. 2.<sup>o</sup> do Dec.-lei 3.365/1941, ou seja, a União pode desapropriar os bens dos demais entes políticos e os Estados os bens municipais, mas o contrário não; mas por outro lado, existem autores que entendem que a possibilidade expropriatória é recíproca em face de bens públicos, porque os entes políticos gozam de autonomia e, além disso, não existe uma relação hierárquica entre a União e os demais entes políticos.

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, os "bens públicos podem ser desapropriados, nas seguintes condições e forma: a União poderá desapropriar bens dos Estados, Municípios e Territórios; os Estados e Territórios poderão expropriar bens de Municípios. Já as recíprocas não são verdadeiras. Sobremais, há necessidade de autorização legislativa do poder expropriante para que se realizem tais desapropriações"<sup>1</sup>

1. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 892.

Na mesma linha de entendimento, Lucas Rocha Furtado, escreve: "Deve ser respeitado, em primeiro lugar, o que muito indevidamente poderíamos denominar de hierarquia entre as entidades que compõem as diferentes esferas de governo. Nesse sentido, a União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; os Estados podem desapropriar bens dos Municípios. Estes últimos, portanto, não possuem competência para desapropriar bens públicos; e os bens públicos federais não podem ser desapropriados".<sup>2</sup>

Para Odete Medauar, por sua vez: "No Brasil, sabe-se que a União atua tendo em vista o interesse público de caráter nacional, enquanto que os Estados-membros buscam atender ao interesse público de caráter regional; o Município zela por matérias de interesse estritamente local; portanto, possível se apresenta a desapropriação de bem público do Estado-membro pela União, pois o interesse nacional deve ter primazia sobre o interesse público de âmbito regional; a União e os Estados-membros podem expropriar bens públicos do Município, dada a sua maior amplitude do interesse público de que são guardiães. Esta a linha de solução adotada no Dec.-lei 3.365/1941, art. 2.º, § 2.º, exigindo, em qualquer caso, prévia autorização legislativa ao ato expropriatório".<sup>3</sup>

A despeito do entendimento majoritário da doutrina administrativista ser no sentido de que deve ser respeitada a ordem estabelecida no § 2.º, do art. 2.º do Dec.-lei 3.365/1941, Marçal Justen Filho, preconiza o entendimento de que: "O sujeito passivo e, em princípio, um particular, titular do domínio de um bem ou direito necessário à satisfação de uma necessidade coletiva. A legislação antiga contemplou a possibilidade de a União expropriar bens dos demais entes federativos e de os Estados-membros produzirem desapropriação de bens municipais. Essa diferenciação não é compatível com a Constituição de 1988, que determina que a federação importe igualdade entre todos os entes federativos (art. 19, III). Isso não significa a impossibilidade de entes federativos desapropriarem bens públicos alheios, mas tal possibilidade deverá ser reconhecida em igualdade de condições para todos os membros da Federação. Trata-se de hipótese excepcional, que exigirá a edição de leis autorizadas de todos os entes envolvidos. Não é compatível com a Constituição afirmar que a União é superior ao Estado-membro e ao Município, do que se extrairia o cabimento de expropriar os bens deles. Cada ente federativo tem sua autonomia consagrada, e lhe é assegurado valer-se de seu patrimônio para cumprir seus fins. Logo não tem cabimento afirmar que a união pode desapropriar terrenos municipais para construir uma rodovia federal, mas que o Município não tem competência para desapropriar bens federais para construir uma rodovia municipal. Ambos são dotados de competência similar, assujeitada a severos requisitos destinados a evitar o comprometimento da autonomia federativa".<sup>4</sup>

Ainda que de forma breve, conclui-se que no âmbito jurisprudencial, notadamente do STF e do STJ, o entendimento continua sendo o de que deve ser respeitada a ordem estabelecida no Dec.-lei 3.365/1941, sob o fundamento de que existe uma gradação de poder entre os sujeitos ativos da desapropriação, de modo a prevalecer o ato da pessoa jurídica de mais alta categoria, segundo o interesse de que cuida: o interesse nacional, representado pela União, prevalece sobre o regional,

2. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 649.

3. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 419.

4. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 605-606.

interpretado pelo Estado, e este sobre o local, ligado ao Município, não havendo reversão ascendente; os Estados e o Distrito Federal não podem desapropriar bens da União, nem os Municípios, bens dos Estados ou da União.

E no âmbito doutrinário prevalece, até o momento, o entendimento de que em razão da abrangência do interesse a ser materializado, a União pode desapropriar bens de todos os outros entes políticos federados, os Estados-membros podem desapropriar bens municipais e os Municípios não tem potestade para desapropriar bens da União e dos Estados-membros. Contudo, existem entendimentos divergentes, sob o argumento de que a ordem estabelecida no Dec.-lei 3.365/1941, não é compatível com a Constituição, reconhecer a União como um ente superior, em face da reconhecida igualdade de condições para todos os membros da Federação. Esse entendimento não afasta a possibilidade de desapropriação de bens públicos, mas a "hierarquia" estabelecida na legislação.

**LUIZ EGON RICHTER**

*Mestre em Desenvolvimento Regional e Doutorado em Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Bacharel em Direito. Oficial designado do Registro de Imóveis de Lajeado/RS. Professor de Direito Administrativo e Registros Públicos na Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor em curso de especialização em várias Universidades. Diretor Legislativo do IRIB e autor de artigos publicados em revistas especializadas. luizegon@regimo.com.br*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap 0002018-57.2013.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante Município de Cubatão, é apelado Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Cubatão.

Acordam, em Conselho Superior de Magistratura do TJSP, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores José Renato Nalini (presidente), Eros Piceli, Guerrieri Rezende, Artur Marques, Pinheiro Franco e Ricardo Anafe.

São Paulo, 14 de abril de 2015 – ELLIOT AKEL, relator.

*ApCiv 0002018-57.2013.8.26.0157.*

*Apelante: Município de Cubatão.*

*Apelado: Oficial de Registro de Imóveis de Cubatão.*

*Voto 34.190.*

*Ementa:<sup>NE</sup> Registro de imóveis – Desapropriação de bem da União por Município – Exigência de autorização da Secretaria do Patrimônio da União –*

NE Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

*Interpretação sistemática de princípios constitucionais, da Lei 9.636/1998, do Dec.-lei 3.365/1941 e do Dec.-lei 2.398/1997 – Recurso improvido.*

Cuida-se de apelação contra a sentença de f., que julgou procedente a dúvida e indeferiu o registro de carta de sentença expedida nos autos de processo de desapropriação, pois não foi apresentada a certidão expedida pela Secretaria do Patrimônio da União, em razão da área se inserir em terreno de marinha.

Sustenta o apelante, em suma, que a exigência da certidão não se justifica, na medida em que a sentença transitou em julgado, de forma que a área desapropriada incorporou-se ao patrimônio do município, não tendo havido qualquer ressalva na sentença expropriatória (f.).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (f.).

E o relatório.

Extrai-se dos autos que o processo de desapropriação tramitou regularmente contra Paulo Roberto Borges, mas depois de proferida a sentença e transitada em julgado, a própria municipalidade percebeu que o terreno, em verdade, pertenceria à União, sendo o réu Paulo mero foreiro. Revogou então o decreto expropriatório e requereu a desistência da ação, mas o TJSP decidiu ser impossível a desistência àquela altura (f. e ss.).

Cabe ressaltar que a origem judicial do título não torna prescindível a qualificação registrária, conforme pacífico entendimento do C. Conselho Superior da Magistratura:

“Apesar de se tratar de título judicial, está ele sujeito à qualificação registrária. O fato de tratar-se o título de mandado judicial não o torna imune à qualificação registrária, sob o estricto ângulo da regularidade formal. O exame da legalidade não promove incursão sobre o mérito da decisão judicial, mas à apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e a sua formalização instrumental (ApCiv 31881-0/1)”.

No caso dos autos, o problema registrário persiste, como observado pelo oficial registrador, pois “nenhuma das decisões tratou dos efeitos em relação à União ou afastou de maneira inequívoca a propriedade desta”.

O § 2.º do art. 2.º do Dec.-lei 3.365/1941 veda a desapropriação de bens da União pelos Municípios.

Conforme lição de Hely Lopes Meirelles, os “bens públicos são passíveis de desapropriação pelas entidades estatais superiores desde que haja autorização legislativa para o ato expropriatório e se observe a hierarquia política entre estas entidades. Admite-se, assim, a expropriação na ordem descendente, sendo vedada a ascendente, razão pela qual a União pode desapropriar bens de qualquer entidade estatal; os Estados-membros podem expropriar os de seus Municípios; os



Municípios não podem desapropriar os de nenhuma entidade política” (*Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 604).

O ocorrido, portanto, infringe o próprio pacto federativo. Destaco, nesse sentido, trecho de decisão proferida por Walter de Almeida Guilherme na ADIn 9030772-75.2009.8.26.0000:

“O que importa, todavia, deixar afirmado, a meu sentir, é que a *organização federativa do Estado brasileiro é princípio fundamental da República Federativa do Brasil*. Os princípios constitucionais sensíveis, extensíveis e estabelecidos, na conhecida classificação de José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997), são de observância obrigatória, valendo destacar o posicionamento de Ricardo Lewandowski no estudo *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*:

“No que tange aos postulados de observância obrigatória pelas comunas, registra-se que a autonomia municipal, por força do que dispõe o art. 129, *caput*, da Lei Maior, em particular no concernente à capacidade de auto-organização, encontra-se limitada não só pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal, como também por aqueles consignados na Carta do respectivo Estado”.

É certo que o art. 3.º, § 2.º, do Dec.-lei 2.398/1997 exige a apresentação da certidão da Secretaria do Patrimônio da União no caso do registro de escrituras relativas imóveis da união ou que contenham área de seu domínio:

“§ 2.º Os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio:

I – sem certidão da Secretaria do Patrimônio da União – SPU que declare:

a) ter o interessado recolhido o laudêmio devido, nas transferências onerosas entre vivos;

b) estar o transmitente em dia com as demais obrigações junto ao Patrimônio da União; e

c) estar autorizada a transferência do imóvel, em virtude de não se encontrar em área de interesse do serviço público;”.

A razão da norma é garantir que transferências de direitos, domínio útil, sobre bens imóveis da União não sejam feitas à sua revelia e sem a obediência a determinadas formalidades legais. A norma, naturalmente, não previu o estabelecimento de garantias contra atos estatais que, infringindo o pacto federativo, interferissem no patrimônio da União. Essa é a razão pela qual, evidentemente, não se estabeleceu dispositivo determinando que quando um município tentar desapropriar imóvel da União à sua revelia, a Secretaria do Patrimônio terá que ser avisada antes do registro dessa desapropriação.

No mais, observa-se que o art. 18 da Lei 9.636/1998 trata da possibilidade de a União ceder imóveis, gratuitamente ou em condições especiais, a Estados, Municí-

pios e entidades sem fins lucrativos. A cessão, contudo, precisa ser autorizada pela Presidência da República ou pelo Ministério da Fazenda:

“Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos Regimes previstos no Decreto-lei n. 9.760, de 1946, imóveis da União a:

I – Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde;

II – pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional.

§ 1.º A cessão de que trata este artigo poderá ser realizada, ainda, sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel, previsto no art. 7.º do Decreto-lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, aplicando-se, inclusive, em terrenos de marinha e acrescidos, dispensando-se o procedimento licitatório para associações e cooperativas que se enquadrem no inciso II do *caput* deste artigo.

§ 2.º O espaço aéreo sobre bens públicos, o espaço físico em águas públicas, as áreas de alveo de lagos, rios e quaisquer correntes d’água, de vazantes, da plataforma continental e de outros bens de domínio da União, insusceptíveis de transferência de direitos reais a terceiros, poderão ser objeto de cessão de uso, nos termos deste artigo, observadas as prescrições legais vigentes.

§ 3.º A cessão será autorizada em ato do Presidente da República e se formalizará mediante termo ou contrato, do qual constarão expressamente as condições estabelecidas, entre as quais a finalidade da sua realização e o prazo para seu cumprimento, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e conseqüente termo ou contrato.

§ 4.º A competência para autorizar a cessão de que trata este artigo poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação”.

De se notar ainda, por relevante, que, ao que consta, a União até hoje não foi efetivamente informada de que seu patrimônio foi expropriado pelo município e sem qualquer indenização. Constam, apenas, os documentos de f., da Secretaria do Patrimônio, pelos quais ela afirma que o imóvel é da União.

Assim, tenho para mim que agiu com prudência, o oficial registrador. Não se pode fazer vistas grossas à situação e chancelá-la, agravando ainda mais o quadro. Nesse caso específico, as interpretações sistemáticas e teleológicas dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria, bem como da Lei 9.636/1998 e dos Dec.-lei 3.365/1941 e 2.398/1987 autorizam a exigência feita pelo oficial.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Hamilton Elliot Akel, Corregedor-Geral da Justiça e relator.



# Índice Alfabético– Remissivo



## ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

### A

Abstração – Vide: Abstração e casualidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias.

Abstração e casualidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias, *Leonardo Brandelli* – p. 85

Aceitação da doação – Vide: Doação a incapaz (Da).

Administração do condomínio – Vide: Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento.

Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil, *M.M. Serpa Lopes* – p. 441

Alteração do contrato – Vide: Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – Pedido de providências inverso.

Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – Pedido de providências inverso, *Izátas Gomes Ferro Júnior* – p. 499

Aquisição de imóvel – Vide: Doação a incapaz – Voltemos antes os olhos ao caso concreto (Da).

Arbitragem – Vide: Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes.

Área poluída – Vide: *Contrat et autres droits – Developpement durable. Cession d'un bien pollué et passif environnemental. Petit guide-âne; e Contrato e outros direitos – Desenvolvimento sustentável. Cessão de direitos sobre a área poluída e transferência do passivo ambiental. Breve manual de orientações.*

Ata notarial – Vide: Papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião (O).

Autorização judicial – Vide: Dúvida – Doação a menores absolutamente incapazes – Necessidade de autorização judicial – Procedência (Sentença Proc. 1055983-36.2015.8.26.0100).

### C

Capacidade – Vide: Doação a incapaz (Da).

Carta arbitral – Vide: Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes.

Causalidade – Vide: Abstração e casualidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias.

Cessão de direitos – Vide: *Contrat et autres droits – Developpement durable. Cession d'un bien pollué et passif environnemental. Petit guide-âne; e Contrato e outros direitos – Desenvolvimento sustentável. Cessão de direitos sobre a área poluída e transferência do passivo ambiental. Breve manual de orientações.*

Circulação imobiliária – Vide: Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil.

Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, que tem, nos termos da Lei 11.772/2008, a função de construção e exploração de infraestrutura ferroviária, *Francisco José Rezende dos Santos* – p. 451

Código de Processo Civil – Vide: Usucapião extrajudicial e o Novo Código de Processo Civil (A).

Competência funcional – Vide: Requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial de registro de imóveis (Os).

Condomínio edilício – Vide: Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento.

Constituição italiana – Vide: Função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva (A).

Construção e exploração de infraestrutura – Vide: Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, que tem, nos termos da Lei 11.772/2008, a função de construção e exploração de infraestrutura ferroviária.

Contrat et autres droits – Développement durable. Cession d'un bien pollué et passif environnemental. Petit guide-âne, *Mustapha Mekki* – p. 351

Contrato – Vide: Contrat et autres droits – Développement durable. Cession d'un bien pollué et passif environnemental. Petit guide-âne; e Contrato e outros direitos – Desenvolvimento sustentável. Cessão de direitos sobre a área poluída e transferência do passivo ambiental. Breve manual de orientações.

Contrato de compra e venda – Vide: Registro de imóvel.

Contrato e outros direitos – Desenvolvimento sustentável. Cessão de direitos sobre a área poluída e transferência do passivo ambiental. Breve manual de orientações, *Mustapha Mekki* – p. 373

Contrato padrão – Vide: Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – Pedido de providências inverso.

Contratos atípicos – Vide: Ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis (O).

Controle prévio da legalidade – Vide: Registro de imóveis – Parcelamento do solo – Recusa pelo Oficial Registrador da averbação das modificações realizadas no contrato padrão após sua publicidade – Admissibilidade, se as alterações violarem norma de ordem pública.

## D

Desapropriação – Registro de imóveis – Recusa de registro de carta de sentença de expropriação de bem da União por município – Admissibilidade – Ausência de certidão expedida por órgão federal competente autorizando a transferência da área, inserida em terreno de marinha – Exigência, ademais, que visa proteger o patrimônio da União (TJSP) – p. 538

Desapropriação de imóvel – Vide: Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, que tem, nos termos da Lei 11.772/2008, a função de construção e exploração de infraestrutura ferroviária.

Desenvolvimento sustentável – Vide: Contrat et autres droits – Développement durable. Cession d'un bien pollué et passif environnemental. Petit guide-âne; e Contrato e outros direitos – Desenvolvimento sustentável. Cessão de direitos sobre a área poluída e transferência do passivo ambiental. Breve manual de orientações.

Direitos reais – Vide: Estado, propiedad, mercado.

Doação a incapaz – Vide: Voltemos antes os olhos ao caso concreto (Da), *Sérgio Jacomino*; e Doação a incapaz (Da), *Vitor Frederico Kumpel e Bruno de Ávila Borgarelli*.

Doação a menor absolutamente incapaz – Vide: Dúvida – Doação a menores absolutamente incapazes – Necessidade de autorização judicial – Procedência (Sentença Proc. 1055983-36.2015.8.26.0100).

Doação com encargo – Vide: Doação a incapaz – Voltemos antes os olhos ao caso concreto (Da).

Dúvida – Doação a menores absolutamente incapazes – Necessidade de autorização judicial – Procedência (Sentença Proc. 1055983-36.2015.8.26.0100).

## E

Eficácia da tutela – Vide: Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de

Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes.

Espécies registrais imobiliárias – Vide: Abstração e casualidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrais imobiliárias.

Estado – Vide: Estado, propiedad, mercado.

Estado, propiedad, mercado, *Fernando P. Méndez González*

Excesso de poder – Vide: Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento.

## F

Função notarial e registral – Vide: Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário.

Função social da propriedade – Vide: Função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva (A); e Usucapião extrajudicial e o Novo Código de Processo Civil (A).

Função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva (A), *Vitulia Ivone*

## H

Hipoteca judicial – Vide: Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes.

## I

Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento, *Vera de Fradera*.

Implantação de registros públicos – Vide: Implantação de Registros Públicos (La).

Implantação de Registros Públicos (La), *Benito Arruñada*.

Incapacidade – Vide: Doação a incapaz – Voltemos antes os olhos ao caso concreto (Da).

Ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis (O), *Carlos Kennedy da Costa Leite*.

Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes, *Luciano Benetti Timm, Lucas Petri Bernardes e Manoela Doná Ardenghi*.

## L

Legitimação – Vide: Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil.

Limites normativos – Vide: Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário.

## M

Mercado – Vide: Estado, propiedad, mercado.

## N

Novo Código de Processo Civil – Vide: Interfaces entre direito imobiliário, arbitragem e o Novo Código de Processo Civil: eficácia da tutela e garantia do crédito perante o registro imobiliário em função das alterações legislativas recentes; e Requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial de registro de imóveis (Os).

## O

Obrigação real – Vide: Dúvida – Doação a menores absolutamente incapazes – Necessidade de autorização judicial – Procedência (Sentença Proc. 1055983-36.2015.8.26.0100).

Oferta de doação – Vide: Doação a incapaz (Da).

## P

- Pacto antenupcial – Vide: Registro de imóveis.
- Pacto antenupcial – Vide: Processo de dúvida – Pacto antenupcial (art. 198 da Lei Federal 6.015/1973).
- Papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião (O), *José Lucas Rodrigues Olgado*.
- Parcelamento do solo – Vide: Registro de imóveis.
- Passivo ambiental – Vide: Contrat et autres droits – Developpement durable. Cession d'un bien pollué et passif environnemental. Petit guide-âne; Contrato e outros direitos – Desenvolvimento sustentável. Cessão de direitos sobre a área poluída e transferência do passivo ambiental. Breve manual de orientações.
- Planos real e obrigacional – Vide: Abstração e casualidade entre o plano real e o obrigacional e as espécies registrares imobiliárias.
- Poder Judiciário – Vide: Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário.
- Princípio da indisponibilidade do interesse público – Vide: Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – Pedido de providências inverso.
- Princípio da legalidade administrativa – Vide: Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário.
- Princípios registrares – Vide: Alteração do contrato padrão em loteamento já registrado – Pedido de providências inverso.
- Procedimento extrajudicial – Vide: Papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião (O).
- Processo de dúvida – Pacto antenupcial (art. 198 da Lei Federal 6.015/1973), *Antônio Ranaldo Filho*.
- Propriedade – Vide: Estado, propiedad, mercado; Imobiliária/administradora atuando como proprietária de uma grande extensão de terras: ilegitimidade desse comportamento; e Implantación de Registros Públicos (La).

Prova geodésica – Vide: Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil.

## R

- Recusa de registro – Vide: Registro de imóveis – Desapropriação.
- Registro de Imóveis – Desapropriação – Recusa de registro de carta de sentença de expropriação de bem da União por município – Admissibilidade – Ausência de certidão expedida por órgão federal competente autorizando a transferência da área, inserida em terreno de marinha – Exigência, ademais, que visa proteger o patrimônio da União (TJSP) – p. 538
- Pacto antenupcial – Acordo que estabelece o regime de separação convencional no casamento, com cláusula de renúncia recíproca de direitos hereditários entre os nubentes – Recusa de registro pelo Oficial por contrariedade às normas vigentes – Inadmissibilidade – Renúncia antecipada à concorrência com os descendentes que respeita a vontade dos nubentes de evitar sucessivas transmissões hereditárias, não se tratando de contrato sobre herança de pessoa viva – Entendimento, ademais, que não vincula futuras decisões judiciais, limitando-se ao objeto da lide. (TJSP) – p. 513
- Pacto antenupcial – Acordo que estabelece o regime de separação convencional no casamento, com cláusula que limita o direito real de habitação – Recusa de registro pelo Oficial por violação às normas vigentes – Admissibilidade – Lei civil que não dá margem para que os nubentes estipulem limitação temporal sobre o tema – Direito, ademais, que é temporário, extinguindo-se com a morte do beneficiário e que não se incorpora ao patrimônio para subseqüente sucessão hereditária (TJSP) – p. 513
- Parcelamento do solo – Recusa pelo Oficial Registrador da averbação das modificações realizadas no contrato padrão após sua publicidade – Admissibilidade, se as alterações violarem norma de ordem pública – Controle



prévio da legalidade do conteúdo das cláusulas contratuais, ademais, que é inerente à atividade registrária (TJSP) – p. 521

– Vide também: Algumas observações em torno do problema do registro de imóveis no Brasil; Circunscrição onde deverá efetuar o registro dos imóveis desapropriados para a construção de vias férreas pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, que tem, nos termos da Lei 11.772/2008, a função de construção e exploração de infraestrutura ferroviária; Função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva (A); Ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis (O); Papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião (O); e Usucapião extrajudicial e o Novo Código de Processo Civil (A).

– Contrato de compra e venda – Formalização da avença por escritura particular – Inadmissibilidade – Valor da avaliação pelo Fisco que é superior a trinta salários mínimos e prevalece sobre o valor do negócio declarado pelos contratantes – Medida que visa atribuir segurança jurídica à transação e evitar a sonegação de tributos e emolumentos – Análise da Fazenda Pública, ademais, que é baseada em critérios legais e objetivos – Inteligência do art. 108 do CC/2002 (STJ) – p. 527

Registros – Vide: Implantação de Registros Públicos (La).

Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário, *Rafael Maffini*

Renúncia recíproca – Vide: Registro de imóveis – Pacto antenupcial – Acordo que estabelece o regime de separação convencional no casamento, com cláusula de renúncia recíproca de direitos hereditários entre os nubentes.

Representação – Vide: Dúvida – Doação a menores absolutamente incapazes – Necessidade de autorização judicial – Procedência (Sentença Proc. 1055983-36.2015.8.26.0100).

Requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial de registro de imóveis (Os), *Valestan Milhomem da Costa*

## S

Separação convencional – Vide: Registro de imóveis – Pacto antenupcial – Acordo que estabelece o regime de separação consensual no casamento.

Servidão coercitiva – Vide: Função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva (A).

Servidão voluntária – Vide: Função social da propriedade na Itália: o caso da servidão coercitiva (A).

Suscitação de dúvida – Vide: Processo de dúvida – Pacto antenupcial (art. 198 da Lei Federal 6.015/1973).

## T

Tabelião – Vide: Papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião (O); e Requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial de registro de imóveis (Os).

Tipicidade registral – Vide: Ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis (O).

Transferência de propriedade – Vide: Ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis (O).

## U

Usucapião – Vide: Papel da ata notarial no procedimento extrajudicial de usucapião (O).

Usucapião extrajudicial – Vide: Requisitos para a usucapião extrajudicial na sistemática do Novo Código de Processo Civil e a questão da competência funcional do tabelião de notas e do oficial de registro de imóveis (Os); e Usucapião extrajudicial e o Novo Código de Processo Civil (A).

Usucapião extrajudicial e o Novo Código de Processo Civil (A), *Arruda Alvim* – p. 15



# NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editorial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.
3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não poderá ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.

5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *editorial.revista@rt.com.br*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, *e-mail*, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na *Revista de Direito Imobiliário*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12.
9. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:  
Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.
11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.
12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No *Sumário* deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:  
SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.

13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.
14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinha-  
do. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.





*Diagramação eletrônica:*  
TCS - Tata Consultancy Services - CNPJ 04.266.331/0001-29.  
*Impressão e encadernação:*  
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

A.S. R1957