IRIB
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

63 ANO 30
JULHO-DEZEMBRO DE 2007

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Revista de DIREITO IMOBILIÁRIO

63

Ano 30 • n. 63 • jul-dez. / 2007

95 anos
1912 | 2007
RT

Revista de
DIREITO
IMOBILIÁRIO
Ano 30 • n. 63 • jul.-dez. / 2007

CONSELHO CIENTÍFICO

Alexandre Assolini Mota, Alexandre de Moraes, Andréa Flávia Tenório Carneiro, André Lima, Armando Castelar Pinheiro, Betânia de Moraes Alfonsin, Bruno Mattos e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Carlos Eduardo Duarte Fleury, Celso Fernandes Campilongo, Daniel Roberto Fink, Edésio Fernandes, Élcio Trujillo, Evangelina de Almeida Pinho, Luiz Mário Galbetti, Hélio Borghi, J. Nascimento Franco, José Carlos de Freitas, José Guilherme Braga Teixeira, Jürgen W. Philips, Kioitsi Chicuta, Luiz Manoel Gomes Jr., Marcelo Terra, Maurício Melhim Namem Chalhub, Nelson Nery Jr., Pedro Antonio Dourado de Rezende e Walter Ceneviva.

CONSELHO JURÍDICO PERMANENTE

Des. Gilberto Valente da Silva (in memoriam), Des. Hélio Lobo Junior, Des. José de Mello Junqueira, Des. Narciso Orlandi Neto, Ademar Fioranelli e Ulysses da Silva.

CONSELHO INTERNACIONAL

Alemanha: Hellmut Rüssmann – Alemanha: Maximilian Herberger – Chile: Elias Mohor Albornoz – Espanha: Fernando Pedro Méndez González – Espanha: Rafael Arnaiz Eguren – Espanha: Nicolás Pfiró Nogueroles – Itália: Raimondo Zagami – México: Raúl Castellano Martinez-baez – Peru: Álvaro Delgado Scheelje – Portugal: Paulo Ferreira da Cunha e Mônica Vanderleia Alves de Sousa Jardim.

COORDENAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ademar Fioranelli e Sérgio Jacomino.

Revista de DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 30 • n. 63 • jul.-dez. / 2007

Publicação oficial do
Instituto de Registro
Imobiliário do Brasil

IRIB
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Revista de
DIREITO
IMOBILIÁRIO
Ano 30 • n. 63 • jul.-dez. / 2007

Coordenadores
SÉRGIO JACOMINO
MARCELO SALAROLI DE OLIVEIRA
LUCIANO LOPES PASSARELLI

© edição e distribuição da

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

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

editorial.revista@rt.com.br

Diretor responsável
CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

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

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

Diagramação eletrônica: SRP Editoração Eletrônica. CNPJ 03.957.237/0001-53

Impressão e acabamento: Prol Editora Gráfica Ltda. CNPJ 52.007.010/0004-03

AS OPINIÕES EXPRESSAS NOS ARTIGOS SÃO DE RESPONSABILIDADE APENAS DOS AUTORES.

ISSN 1413-4543
Impresso no Brasil

Apresentação

Nos últimos anos temos visto o advento de leis que têm trazido novidades significativas para o direito registral imobiliário. Essas leis, segundo nos parece, têm contribuído para o fortalecimento do sistema mesmo que de forma ainda tímida. A Lei Federal 10.267/2001, por exemplo, a par de instituir o sistema de georreferenciamento de imóveis rurais sob responsabilidade do Incra, manteve a necessidade de levar as novas descrições ao Registro Imobiliário. Há nítido fortalecimento do registro, prestigiado na nova legislação, o que vai alavancar o princípio da especialidade objetiva.

O mesmo caminho percorreu o legislador ao editar a Lei Federal 10.931/2004, atribuindo a presidência dos procedimentos de retificação administrativa registral-imobiliária para os Registradores. Vê-se aí a confiança depositada no trabalho e competência dos mesmos.

A recente Lei Federal 11.481/2007 também não prescindiu dos registros imobiliários na busca dos seus desideratos. A seu turno, a Lei Federal 11.382/2006, que alterou o Código de Processo Civil e, dentre outras coisas, passou a admitir a possibilidade da averbação do ajuizamento da execução (novo art. 615-A do CPC), também valorizou a estrutura que o sistema registral-imobiliário coloca à disposição da sociedade.

Nesta edição da Revista de Direito Imobiliário, além dos trabalhos de doutrina nacional e internacional sempre presentes, chamamos a atenção dos leitores para a seção de Atualidades Nacionais, na qual concentramos alguns textos sobre a averbação prevista na Lei 11.382/2006, que já passou a ser conhecida entre os estudiosos da área como averbação "premonitória" ou "admonitória", expressões cunhadas por conhecidos autores que sempre honram o IRIB com suas reflexões. Acreditamos que estes trabalhos irão acrescentar muito ao debate atual sobre o alcance e a extensão dessa averbação, notadamente seus reflexos sobre os chamados "princípio da concentração" e "princípio da boa-fé registral".

Essas alterações legislativas e outras que se avizinham no horizonte, como as pleiteadas pelo Projeto de Lei 3.057/2000 (renumerado para 20/2007) que, se e quando aprovado, alterará substancialmente a vigente Lei de Registros Públicos, aumentam a necessidade de os amantes e estudiosos do direito registral-imobiliário refletirem sobre as mesmas e compartilharem suas conclusões. A Revista de Direito Imobiliário é um excelente espaço para tal compartilhamento. Por isso convidamos a todos: mãos à obra!

Sérgio Jacomino
Luciano Lopes Passarelli
Marcelo Salaroli de Oliveira

Sumário

Apresentação 5

I. Doutrina Nacional

1. Os rumos da hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça
Beatriz Pereira de Samuel Marques, Luiz Henrique de Oliveira Marques e José de Samuel Marques 11
2. Direito Urbanístico e Estatuto das Cidades
Janaina Rigo Santin e Ricardo Quinto Mattia 38
3. O Registro de Imóveis e o princípio da fé-pública registral
Marcelo Augusto Santana de Melo 53
4. Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato
Melhim Namem Chalhub 82
5. Base de dados, registro informático e o acesso à informação registal *versus* direito à privacidade
Ricardo Dip 112

II. Doutrina Internacional

1. Luces y sombras de la fe pública registral en el Derecho Austriaco
Celia Martínez Escribano 127
2. La inscripción como titulo valor o el valor de la inscripción como titulo
Fernando P. Méndez González 147

III. Atualidades Nacionais

1. As recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006 e o Registro de Imóveis. Dispositivos relativos ao Registro Imobiliário e requisitos formais para a realização dos atos respectivos
Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza 243
2. Fraude de execução, publicidade registrária e terceiro adquirente: a Lei 11.382/2006 é um novo marco nesta relação?
Francisco Ventura de Toledo 255
3. A averbação do ajuizamento da execução no Registro de Imóveis. Reflexos da alteração do Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006
Kioitsi Chicuta 264

4. As inovações da Lei 11.382/2006 e seus reflexos no registro de imóveis
Marcelo Guimarães Rodrigues 273
5. Presunção de má-fé nas transações imobiliárias?
Marco Antonio Botto Muscari 287
6. O registrador imobiliário em face da Lei 11.382/2006
Ulysses da Silva 296
7. A Lei 11.382/2006 e o Registro de Imóveis
Valestan Milhomem da Costa 303

IV. JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

1. Protesto contra alienação de bens. Acesso ao Registro franqueado
Sérgio Jacomino 307

V. JURISPRUDÊNCIA

2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo

Escritura pública de inventário e partilha. Recusa do tabelião. Declaração unilateral de existência de união estável feita pelo convivente sobrevivente. Impossibilidade. Necessidade de reconhecimento dessa circunstância em sede jurisdicional – Processo 583.00.2007.147544-2- Capital – 2.ª VRPSP – j. 22.05.2007 – rel. *Márcio Martins Bonilha Filho* 315

Escritura pública de separação consensual. Advogado mandatário comum para ambas as partes. Inexistência no mandato de poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias, conforme determina o art. 36, da Resolução 35, do Conselho Nacional da Justiça. Gratuidade. Suficiência da declaração de pobreza para obtê-la. – Processo 583.00.2007.178077-3 – Capital – 2.ª VRPSP – rel. *Márcio Martins Bonilha Filho* 316

Registro civil das pessoas naturais. Vítimas do vôo JJ 3054 da TAM. Dificuldade na identificação das vítimas. Morte presumida. Autorização para lavratura dos assentos de óbito – Processo 583.00.2007.208463-0 – 2.ª VRPSP – rel. *Márcio Martins Bonilha Filho* 317

Emolumentos. Reconhecimento de firma em requerimento de parcelamento de solo, nos tipos de loteamento e desmembramento. Classificação desses com sendo com valor econômico, para efeito de cobrança de emolumentos nos reconhecimentos de firma – Processo 583.00.2006.245252-5 (apensado aos Autos 583.00.2007.101647-7) – Sapopemba – SP – 2.ª VRPSP – rel. *Márcio Martins Bonilha Filho* 319

Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo

Tombamento provisório. Registro de Imóveis. Admissibilidade – Processo CG-1.029/2006 (248/07-E) – Capital – relatores *Álvaro Luiz Valery Mirra e Vicente de Abreu Amadei* 322

Serviços notariais e de registro. Atuação como correspondentes bancários. Inadmissibilidade – Processo CG 36.815/2005 (142/07-E) – São Paulo – rel. *Álvaro Luiz Valery Mirra* 338

Conselho Superior da Magistratura de São Paulo

Escritura pública de renúncia de imóvel integrante de condomínio. Exigência de deliberação da Assembléia Geral quanto às contribuições condominiais futuras. Desnecessidade. Registro admitido – ApCiv 665-6/6 – Capital – CSM – rel. *Gilberto Passos de Freitas* 343

Superior Tribunal de Justiça

Penhora. Alienação de bem imóvel realizada após ajuizamento de ação em face do vendedor. Ausência de averbação da penhora no registro imobiliário. Alegação de fraude à execução afastada. Boa-fé presumida dos adquirentes – EREsp 509.827 – SP – 2ª Seção – rel. *Min. Carlos Alberto Menezes Direito* 347

VI. Trabalhos Forenses

1. Registro civil de pessoas jurídicas. Transformação de associação em fundação. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Ausência de bens livres

Antonio Reynaldo Filho 359

Índice Onomástico 371

Índice Alfabético-Remissivo 377

Normas de Publicação para os Autores 391

I DOUTRINA NACIONAL

1

Os rumos da hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça

BEATRIZ PEREIRA DE SAMUEL MARQUES

Bacharel em Direito e Chefe de Gabinete da Terceira Vice-Presidência do TJRJ.

LUIZ HENRIQUE DE OLIVEIRA MARQUES

Juiz de Direito Titular da 5ª Vara Cível da Comarca de Niterói, TJRJ. Professor da Disciplina de Processo Civil da UCAM.

JOSÉ DE SAMUEL MARQUES

Desembargador da 13.ª Câmara Cível do TJRJ.

RESUMO: Os autores analisam os efeitos da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça em relação ao instituto da hipoteca, em especial àquelas hipotecas contratadas entre as construtoras e os agentes financeiros, no âmbito da Lei Federal 4.591/64.

PALAVRAS-CHAVE: Superior Tribunal de Justiça – Súmula 308 – Hipoteca – Lei 4.591/64.

ABSTRACT: The authors analise the effects of 308 summary from the Superior Cort of Justice in relation to the institute of mortgage especially those mortgages hired between construction companies and the finantial agents in the sphere of Federal Law 4.591/64.

KEYWORDS: Superior Court of Justice – 308 Summary – Mortgage – Law 4.591/64.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Registral imobiliário

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A incorporação imobiliária: 2.1 Contrato de incorporação imobiliária; 2.2 Financiamento e captação de recursos para a incorporação imobiliária – 3. Hipoteca: 3.1 Origem histórica da hipoteca; 3.2 Definição e características da hipoteca; 3.3 O caráter acessório da hipoteca; 3.4 A indivisibilidade da hipoteca – 4. A situação do adquirente do imóvel hipotecado – 5. Análise da jurisprudência afeta ao tema – 6. Precedentes e referências legislativas que acompanharam a Súmula 308 do STJ – 7. Interpretação e aplicação da Súmula 308 do STJ – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da hipoteca vem sendo utilizado pelo homem desde a antiguidade, assegurando o cumprimento de obrigações assumidas entre as partes. Prova disto é que o termo hipoteca vem do grego *hypothéke*, referente aos marcos de pedra ou madeira que o credor colocava no terreno do devedor, a fim de tornar público o ônus que lhe gravava (Dahas, 2001).

Trata-se de direito real de garantia que "o devedor confere ao credor, sobre um imóvel de sua propriedade ou de outrem, para que o mesmo responda, preferencialmente ao credor, pelo resgate da dívida" (Rodrigues, 2003, p. 389).

Na hipoteca, ao contrário do que ocorre no penhor, o devedor permanece na posse da coisa dada em garantia, mas seu direito de propriedade é, na lição de Rodrigues (2003, p. 390), "menos pleno, pois a coisa está vinculada à solução da dívida". O bem hipotecado não paga a dívida, mas terá o credor hipotecário, ante a inadimplência do devedor, a possibilidade de alienar judicialmente a coisa e, com o preço apurado, satisfazer seu crédito.

Este clássico instituto jurídico, nos dias de hoje, tem grande importância sócio-econômica, eis que proporciona a abertura de créditos, alavancando a execução de planos habitacionais, possibilitando ao proprietário de um bem, sem sair de sua posse e sem aliená-lo, obter parte de seu valor, a ser pago a prazo.

Por outro lado, o instituto é também de grande interesse para o credor, que vê seguro seu crédito, eis que a hipoteca é direito real de garantia, dotado de seqüela, seguindo, portanto, o bem, independentemente de quem o possua.

No Brasil, a hipoteca vinha sendo comumente utilizada como método de fomento aos projetos de incorporação imobiliária. Nestes casos, a hipoteca era decorrente de um contrato de financiamento celebrado entre incorporadora e instituição financeira, sendo dado em garantia o próprio terreno onde era erguido o empreendimento imobiliário, ou suas diversas unidades. Quando a incorporadora pagava sua dívida para com a instituição financeira, procedia-se à liberação do gravame.

Era relativamente comum, que eventual comprador do imóvel, que o adquiria junto à incorporadora, nem mesmo tomasse ciência de que seu imóvel esteve hipotecado. Porém, quando a incorporadora não pagava o financiamento, o imóvel, muitas vezes já alienado pela incorporadora, era utilizado para quitar a dívida da incorporadora com a instituição financeira, uma vez que a hipoteca

dá, como direito real de garantia que é, ao credor hipotecário, a prerrogativa de lançar mão do bem gravado para satisfazer seu crédito.

Diante dos numerosos casos de inadimplência das incorporadoras para com os agentes financeiros, tornou-se relativamente comum a perda, pelos terceiros adquirentes, de seus imóveis, devido a hipotecas estabelecidas entre a incorporadora e os agentes financeiros.

Nossa jurisprudência já havia se firmado no sentido de serem inoponíveis, aos terceiros adquirentes, as hipotecas firmadas sem a anuência ou, ao menos, sem a ciência destes, mormente em se tratando de bens adquiridos no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

Neste sentido foi a fundamentação do seguinte julgado do STJ que, por pertinente, segue transcrito:

"Regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora." (STJ, REsp 187.940-SP, citado por ocasião do julgamento do REsp 205.607-SP, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.05.1999, *DJ* 01.07.1999.)

Este julgado é, por si só, criticável, eis que, tecnicamente, a hipoteca é um direito real e, como tal, "é oponível contra todos (*erga omnes*), inclusive contra o comprador (se não for assim, não é hipoteca!), inexistindo qualquer lei a dizer que a hipoteca no âmbito de financiamento imobiliário, não é direito real ou não é oponível contra o comprador" (Silva, 2005).

Entretanto, o princípio da boa-fé objetiva, que norteou este julgado, vem sendo largamente utilizado por nossos tribunais (Oliveira, 2002), encontrando-se, inclusive, positivado no art. 422 do novo Código Civil.[1]

Recentemente, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça editou o seguinte enunciado da súmula da jurisprudência predominante:

"Súmula 308. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel."

Como se vê, a Súmula 308 generaliza a inoponibilidade da hipoteca aos adquirentes de imóveis, independentemente de ter sido a hipoteca firmada antes ou depois da aquisição do bem ou mesmo diante de ter sido o gravame firmado com base na anuência do adquirente.

Diante disto, encontra-se em risco o instituto da hipoteca, que deixa de ser oponível *erga omnes* e perde a característica de direito real, especialmente no que tange à seqüela.

A despeito de se tentar proteger o terceiro adquirente, sob a justificativa de tratar-se, via de regra, de hipossuficiente, incapaz de antever os riscos de adquirir imóvel hipotecado, agride-se frontalmente o direito do credor hipote-

1. Código Civil de 2002:
"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

cário que, quando da execução da hipoteca, se vê privado de seu direito, como se nenhuma garantia existisse.

Como afirma Silva (2005):

"É de se lembrar que as instituições financeiras somente irão financiar imóveis se tiverem garantia bastante de receberem seu crédito. Dentro do contexto liberal em que vivemos, os serviços bancários não são serviços públicos, mas sim atividade econômica. Com efeito, o que os bancos (empresas como quaisquer outras) querem é lucro: o financiamento da produção é apenas um meio e não um fim. Se não há perspectiva de lucro, não haverá financiamento... É de se notar, ademais, que o financiamento da construção civil, a despeito da ausência de intenção de filantropia por parte dos bancos, é benéfico para a sociedade que precisa de imóveis."

Além disso, se um entendimento jurisprudencial contraria expressamente um instituto jurídico clássico e consagrado, a questão é ainda mais grave, extravasando os limites do financiamento imobiliário, trazendo a insegurança para todo o ordenamento jurídico.

Se diante de um entendimento sumulado pelo STJ a hipoteca deixa de ter validade, ainda que constituída sem qualquer nulidade, não se pode prever como agiriam os Tribunais diante de outros institutos jurídicos consolidados.

Com o aumento dos riscos para os agentes financeiros, nos financiamentos imobiliários garantidos pela hipoteca, em razão do aumento de uma suposta proteção conferida aos compradores de imóveis, é provável que as taxas de juros exigidas pelos agentes financeiros venham a ser maiores.

É provável, também, que ao invés da hipoteca, passe a ser utilizada, como forma de obtenção de recursos para os empreendimentos imobiliários, a alienação fiduciária, na qual "o titular da garantia é o titular de direito de propriedade, ainda que limitado pelo caráter fiduciário" (Wandscheer, 2004).

Além das óbvias dificuldades no fomento das incorporações imobiliárias, o advento da Súmula 308 tem uma conseqüência ainda mais nefasta, que é o risco imposto ao ordenamento jurídico, diante da desobediência a um consagrado instituto, como o da hipoteca.

São de Cícero (*apud* Martins-Costa, 2004, p. 109 a 131) as seguintes palavras que têm, neste momento em que se põe em risco a sobrevivência de um instituto, toda pertinência:

"Um patrimônio se perde com o dano de uma só pessoa; o ordenamento jurídico, ao contrário, não se pode perder senão com o dano imenso de todos os cidadãos."

Portanto, quais serão os rumos do instituto da hipoteca diante do advento da Súmula 308 do STJ?

2. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

O negócio jurídico da incorporação decorre da necessidade de haver alienação de unidades de edifícios coletivos antes da conclusão das obras de sua construção. Importa, portanto, em produção e comercialização de coisas futuras. O negócio jurídico é complexo, pois envolve obrigações de distintas naturezas,

visando promover a criação do edifício, bem como a promover a venda das unidades ainda inexistentes ou inacabadas.

É possível a construção de prédios coletivos com recursos próprios, através da chamada construção por administração ou por preço de custo; entretanto, esta não é a forma mais usual. Em regra, os interessados em adquirir uma unidade imobiliária não têm meios para, por conta própria, levar avante a construção de um complexo empreendimento, como é o da edificação de um prédio coletivo. Por isso, valem-se de um empresário especializado – o incorporador – o qual, graças a seu preparo técnico, pode coordenar, para o grupo de interessados, o empreendimento, assumindo o encargo de resolver os inúmeros problemas que surgem desde o planejamento da construção até a organização legal do condomínio, quando findas as obras (Theodoro Júnior, 2004, p. 81).

Conforme dispõe o parágrafo único do art. 28 da Lei 4.591, de 16.09.1964, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

O incorporador, por sua vez, é definido como a pessoa física ou jurídica que, embora não obrigatoriamente esteja efetuando a construção, comprometa ou efetive a venda de frações ideais de terreno, objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas em regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais negócios, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se pela entrega das obras concluídas, a certo prazo, preço e determinadas condições.

O incorporador pode ser o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário; pode ser, ainda, o construtor (Decretos 23.569, de 11.12.1933, e 3.995, de 31.12.1941, e Dec.-lei 8.620, de 10.01.1946) ou o corretor de imóveis (Lei 4.116, de 27.08.1962).

O incorporador não é corretor, mandatário ou representante dos interessados na incorporação. É, sim, um empresário. Sua atividade constitui uma "empresa imobiliária", pois realiza vários negócios tendentes a proporcionar-lhe resultados lucrativos (Theodoro Júnior, 2004, p. 81).

Em outras palavras, a incorporação imobiliária corresponde a um negócio jurídico através do qual o incorporador se obriga a realizar a construção de diversas unidades imobiliárias, em edificação coletiva, construída por si ou por terceiros, e a transmitir as diversas unidades aos seus respectivos adquirentes, em troca do preço por estes pago.

A incorporação tem início com o registro da mesma no Registro de Imóveis do local onde se situa o empreendimento (art. 32 da Lei 4.591/64) e termina com a averbação da construção, que deve ser feita após a obtenção do "habite-se", neste mesmo registro (art. 44 da Lei 4.591/64).

Conforme ensina Melhim Namem Chalhub (2005, p. 139), a causa da incorporação é:

"(...) a produção de um novo bem imóvel e a constituição de direito de propriedade sobre ele, num processo pelo qual se desdobra o terreno e se converte um direito real que sobre ele incidia em vários direitos reais de propriedade incidentes sobre unidades imobiliárias autônomas assentadas em planos

horizontais sobre este terreno; neste processo, e para esse fim, as frações ideais em que foi dividido o terreno vinculam-se às unidades imobiliárias e incidem também sobre as partes da edificação que têm vocação para propriedade e utilização comuns."

Para que este negócio se aperfeiçoe, é necessária a realização de distintos contratos, que apesar de serem independentes entre si, têm íntima relação, eis que têm uma finalidade comum, que é a incorporação imobiliária em si.

Ou seja, diversos contratos são celebrados visando a construção de unidades imobiliárias, em edificações coletivas, constituindo assim, propriedade dessas unidades em condomínio, com a posterior alienação da propriedade de cada uma dessas unidades a seu respectivo adquirente.

Nas palavras de Cambler (1993, p. 180):

"(...) formando o centro nuclear da incorporação imobiliária *lato sensu*, encontramos um negócio jurídico unitário, composto por diversas outras declarações reunidas, complementares umas das outras: é o negócio jurídico incorporativo, ou incorporação imobiliária *stricto sensu*."

Conforme se vê, para que a incorporação imobiliária atinja seu fim, são necessários, muitas vezes, distintos contratos, como o de compra e venda e o contrato de construção, além de outros atos essenciais: como a individualização e discriminação da edificação e suas unidades autônomas para a instituição do condomínio. Entretanto, o contrato de incorporação imobiliária constitui modalidade contratual típica, previsto e delimitado em lei.

2.1 Contrato de incorporação imobiliária

O contrato de incorporação imobiliária encerra manifestações de vontades de ambas as partes envolvidas, que estabelecem diversas obrigações e contraprestações recíprocas, motivo pelo qual é definido como contrato consensual e bilateral. Isto é notável, por exemplo, na relação entre incorporador e construtor, na qual um se obriga a construir enquanto que o outro se obriga a providenciar os recursos necessários à execução da obra (Rodrigues, 2003, p. 27-48; Chalhub, 2005, *passim*).

A mesma situação se observa no contrato de compra e venda firmado entre o incorporador e o adquirente, quando o primeiro se obriga a entregar a unidade negociada dentro do prazo e condições acordadas, mediante pagamento, pelo segundo, do preço pactuado.

É oneroso, pois envolve sacrifícios patrimoniais em troca de vantagens, eis que as partes estabelecem prestações e contraprestações, que usualmente, guardam relação de proporcionalidade entre si, motivo pelo qual o contrato é tido, também, como comutativo. Veja, por exemplo, o preço a ser pago pelas unidades e o valor destas (Rodrigues, 2003, p. 27-48; Chalhub, 2005, *passim*).

Demais disso, é negócio também típico, definido pela Lei 4.591/64 e solene, pois deve observar a forma nesta lei prevista.

Por fim, a incorporação imobiliária é definida como negócio de execução continuada ou diferida no futuro, eis que as diversas prestações a ela inerentes

são cumpridas em observância a um cronograma que se protrai no tempo e não se exaure em um só momento (Rodrigues, 2003, p. 27-48).

O contrato de incorporação imobiliária tem elementos de natureza real, que se destina à constituição de bem imóvel, mas também tem elementos de natureza obrigacional, que apresenta, em diversas etapas, obrigações de dar e fazer.

2.2 Financiamento e captação de recursos para a incorporação imobiliária

Desde 1964 foram criadas e extintas no Brasil diferentes instituições, encarregadas de regular e fomentar as políticas habitacionais.

Inicialmente, encarregado deste mister, foi criado o SFH – Sistema Financeiro de Habitação, pela Lei 4.380/64, que contava com o BNH – Banco Nacional da Habitação.

Entretanto, em 1986, o Dec.-lei 2.291 extinguiu o BNH, transferindo suas funções para o Banco Central. Em verdade, na leitura do decreto, percebe-se que suas funções foram repartidas entre o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional e a Caixa Econômica Federal.

Em 20.11.1997, através da Lei 9.514, foi criado o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, que tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral.

Para isso, a citada lei visava a instituição de um mercado secundário de créditos imobiliários, no qual seriam colocados os títulos lastreados em créditos originalmente constituídos pelos construtores e incorporadores.

A Lei 9.514 dispôs que poderiam operar no SFI as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional – CMN, outras entidades (art. 2.º).

Pela citada Lei foram instituídas as companhias securitizadoras de créditos imobiliários, que consistiam em instituições não financeiras, com a finalidade de aquisição e securitização desses créditos, e a emissão e colocação no mercado financeiro, de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRIs), podendo emitir, também, outros títulos de crédito, realizar negócios e prestar serviços compatíveis com as suas atividades.

O Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI) foi um título de crédito criado por essa lei; é nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro (art. 6.º da Lei 9.514/97).

A dinâmica da comercialização no mercado imobiliário se dá em diversas etapas e pode ser efetuada de distintas formas.

Numa primeira modalidade, o incorporador, após o registro do memorial da incorporação no registro de imóveis competente (art. 32 da Lei 9.514/97), obtém empréstimo, dando como garantia o terreno, ou a incorporação como um todo.

Este financiamento é liberado em etapas, de acordo com o cronograma das obras, até que as mesmas terminem, providenciando-se, assim, a averbação do término da construção no registro.

Com o fim da construção, ou mesmo ao longo dela, o incorporador pode negociar as unidades componentes do empreendimento. Porém, desta negociação, deve tomar parte o credor hipotecário, que poderá no ato da alienação do imóvel, receber do adquirente o valor correspondente a sua unidade, liberando-a do gravame hipotecário, ou ainda, conceder empréstimo a este adquirente, liberando a unidade do gravame inicial, que garantia o empréstimo prestado ao incorporador, e tomando em nova garantia hipotecária, a mesma unidade, tendo desta vez como devedor hipotecário o adquirente e não mais o incorporador.

Outra forma de financiamento se dá quando o construtor ou incorporador pactua com o adquirente um contrato de compra e venda de imóvel, estipulando o parcelamento e garantindo seu crédito com o próprio imóvel em negociação.

Necessitando de recursos para a continuidade da obra, o incorporador busca negociar o crédito com garantia imobiliária que possui, junto a uma companhia securitizadora ou instituições financeiras, para quem cede este crédito.

Adquirido o crédito com garantia real pela companhia securitizadora, esta emite títulos (CRIs, debêntures etc) lastreados no crédito adquirido e coloca tais títulos no mercado financeiro ou de capitais.

Da comercialização destes títulos no mercado secundário resultam os recursos financeiros que fomentarão o setor imobiliário (Chalhub, 2005, *passim*).

Como se percebe, a hipoteca constitui importante mecanismo para garantir o desenvolvimento do setor imobiliário.

3. HIPOTECA

3.1 Origem histórica da hipoteca

Ao estudarmos a origem histórica de qualquer instituto de direito real, é necessário contemplar, também, o direito de propriedade.

Desde os tempos mais antigos, encontravam-se solidamente instituídas e **estabelecidas nas sociedades gregas e romanas a religião doméstica, a família** e o direito de propriedade, que na origem, tiveram manifesta relação entre si e que parecem ter sido inseparáveis. Isto se devia a motivos de cunho religioso, onde se acreditava que cada família tinha um deus próprio, o deus Lar, que só poderia ser por ela adorado, e que deveria ser assentado ao solo e, uma vez fixado, não deveria mudar de lugar (Coulanges, 2004, p. 85-97).

A família está fixada ao Lar e este ao solo; estabelece-se, pois, uma estreita relação entre a família e o solo. Neste contexto, a terra não é propriedade de um indivíduo, mas da família, que ocupará sempre aquele lugar (Coulanges, 2004, p. 85-97).

É bem evidente que a propriedade privada era uma instituição da qual a religião doméstica não poderia prescindir. Portanto, *a priori*, não foram as leis que garantiram a propriedade nas sociedades ocidentais, mas a religião. A propriedade era tão intimamente ligada à religião doméstica que a família não podia renunciar

a uma sem renunciar à outra. A casa e o campo eram absolutamente incorporados à família, que não podia perdê-los ou deles se desfazer. A propriedade, portanto, nos tempos antigos, era inalienável (Coulanges, 2004, p. 85-97).

Se a família não podia se desfazer da propriedade, conseqüentemente, não poderia ser a mesma, objeto de expropriação. Isto fica claro com a análise da Lei das Doze Tábuas que, apesar de não poupar o devedor, não permite ao credor o confisco de seus bens. O corpo do homem respondia por suas dívidas, mas não sua terra, pois esta pertencia a sua família.

Como nos ensina Fustel de Coulanges (2004, p. 97):

"Era mais fácil escravizar um homem do que tirar-lhe um direito de propriedade pertencente mais à família do que a ele próprio; o devedor está nas mãos do credor; em todo caso, a sua terra o acompanha na escravidão. O senhor que, em proveito próprio, se serve das forças físicas de um escravo, também desfruta da terra pertencente a este último sem, no entanto, tornar-se proprietário da mesma."

Entre as sociedades ocidentais antigas, portanto, utilizavam-se apenas as garantias pessoais, eis que, por motivos religiosos, era inadmissível a garantia de obrigações através da entrega do patrimônio.

Como ensina Lafayette Pereira (1956, p. 413):

"A idéia de assegurar o cumprimento da obrigação por via de uma garantia real deverá ter acudido ao espírito do homem logo que a experiência advertiu da falibilidade da garantia puramente pessoal."

Segundo Pontes de Miranda (1971, p. 3):

"Algo se passou como se a garantia pessoal se tornasse *erga omnes* e se 'despessoalizasse' mediante a concentração num dos bens do devedor. A garantia real sem transmissão, pela gravação de bem ou bens, é que faz nascer o direito real de garantia, espécie de direito real limitado."

Para criar a garantia real, os romanos, inicialmente, se utilizaram de duas formas distintas.

Na primeira delas, estipularam que deveria o devedor ceder ou alienar ao credor o bem destinado à garantia da dívida, com cláusula prevendo a sua revenda ao devedor, quando do pagamento da dívida (Pereira, 1956, p. 413-431).

Diante deste processo, era dado ao credor o direito de reivindicar a coisa se lhe fosse tirada, entretanto, não lhe eram transferidas as vantagens do domínio. Além disso, deviam ser computados na dívida, todos os rendimentos obtidos do gozo da coisa. Na falta do pagamento, o credor não poderia reter o bem, mas somente aliená-lo, restituindo ao devedor o excesso obtido na venda. Sendo a dívida paga no prazo, a coisa retornava às mãos do devedor, seu dono original (Pereira, 1956, p. 413-431).

Na segunda forma, o devedor entregava ao credor a coisa, sem contudo, transferir-lhe nenhum direito real sobre a mesma. A garantia do credor estava no fato de que, diante da impossibilidade de dispor da coisa, o devedor buscava saldar a dívida, o mais rápido possível, para que pudesse reavê-la (Pereira, 1956, p. 413- 431).

Mais tarde, foi dado ao credor a posse jurídica e seus respectivos interditos, permitindo-lhe vender a coisa e pagar-se com o preço, entregando eventual diferença ao devedor (Pereira, 1956, p. 413- 431).

Estas formas de garantia real eram, entretanto, defeituosas. Em todos os casos, a posse é retirada das mãos do devedor. Além disso, no primeiro caso, fica o devedor na dependência do credor para reaver seu bem. No segundo caso, fica o credor exposto a perder a garantia, caso a coisa fosse usurpada por terceiro, eis que não lhe era conferido nenhum direito real (Pereira, 1956, p. 413- 431).

A hipoteca, que soluciona tais questões, surgiu no direito com finalidade específica de possibilitar ao arrendatário do prédio rústico em garantir a obrigação de pagar as pensões. Note-se que em seu surgimento a hipoteca se aplicava também aos bens móveis (Pereira, 1956, p. 413- 431).

Este arrendatário estava impedido de oferecer garantia por qualquer dos meios até então utilizados, eis que não era proprietário do prédio, não podendo assim, cedê-lo, nem tampouco, poderia entregar os instrumentos agrícolas ao credor em garantia, pois precisava dos mesmos para a produção (Pereira, 1956, p. 413- 431).

Assim, surgiu a idéia de estipular uma garantia real por simples convenção, sem a necessidade de o devedor perder a posse do bem. Através dele, o arrendatário se obrigava a pagar as pensões e, se não o fizesse, poderia o locador apreender os bens móveis introduzidos no prédio (Pereira, 1956, p. 413- 431).

Era dado ao dono do prédio arrendado uma ação real (ação hipotecária ou serviana), que lhe permitia, na falta do pagamento da pensão, reivindicar os móveis introduzidos no prédio, em poder de quem quer que os detivessem (Pereira, 1956, p. 413- 431).

Havia, portanto, a mera convenção, sem necessidade da tradição, o que constitui a essência da hipoteca.

O termo hipoteca vem do grego *hypothéké* e indica a idéia de pôr debaixo, submeter uma coisa a outra; começou a ser empregado no Direito Romano no segundo século do Império, quando se havia abandonado o princípio do antigo direito, em que os bens não garantiam as obrigações pessoais (Espínola, 1958, p. 398-399).

A utilidade deste instituto fez com que o âmbito da ação serviana ou hipotecária fosse ampliado para outros casos e, a este direito real, deu-se o nome de *pignus hypotheca* (Espínola, 1958, p. 398-399).

No direito romano, a hipoteca se aplicava tanto às coisas móveis quanto às coisas imóveis, sem exigir, contudo, forma pré-estabelecida, o que é suscetível de críticas, conforme comenta Wolff (*Derecho de cosas*, 2. ed., v. 2, 1951, trad. esp. de Perez Gonzalez e José Alguer – § 129, p. 171 *apud* Espínola, 1958, p. 398-399), se os direitos reais de garantia têm valor *erga omnes*, é manifesta a necessidade de torná-los visíveis. Entretanto, em Roma, a hipoteca tinha valor, ainda que instituída sem publicidade, e produzia efeitos contra qualquer proprietário dos bens hipotecados e contra qualquer credor hipotecário posterior, ainda que de boa-fé.

A única exceção, segundo Wolff, era o direito de garantia instituído por documento público (*pignus publicum*), a partir do Imperador Leão, que tinha

preferência sobre os demais, constituídos sem observância de forma. Entretanto, ao público se equiparavam os privados subscritos por três testemunhas (Espínola, 1958, p. 398-399).

No direito moderno, a hipoteca é definida como "direito real de garantia que incide sobre bem imóvel, ou outro bem expressamente admitido por lei, vinculando-o ao pagamento de dívida ou ao cumprimento de obrigação" (Chalhub, 2003, p. 246).

3.2 Definição e características da hipoteca

Conforme ensina Lafayette Pereira (1956, p. 413- 416), a hipoteca é um direito real criado para assegurar a eficiência de um direito pessoal.

Basicamente, a hipoteca traz como efeito a vinculação de um bem imóvel ao cumprimento de uma obrigação (Rizzardo, 2004, *passim*).

A hipoteca, portanto, é um direito real de garantia sobre imóvel, navio ou aeronave, instituído para garantir uma obrigação, conferindo ao credor hipotecário um duplo direito, consistente no direito de preferência, associado ao direito de seqüela (Carvalho Santos, 1964, p. 260-278).

A preferência consiste no direito de alienar judicialmente a coisa dada em garantia, para sobre o preço obtido, ser pago o que lhe é devido, com preferência a qualquer outro credor.

A seqüela, por seu turno, consiste no direito de perseguir a coisa onde quer que se encontre, em poder de quem quer que seja, penhorando-a.

Ao contrário do penhor e da anticrese, a hipoteca tem como principal característica o fato de, para sua validade, não exigir que o objeto hipotecado passe das mãos do devedor para a posse do credor, o que mostra que, se ela cria um direito real, não é, todavia, um contrato real, eis que não exige a tradição (Carvalho Santos, 1964, p. 260-278).

No penhor e na anticrese, também está presente o direito de preferência, entretanto, para que a preferência seja exercida, o bem deve estar nas mãos do credor. Na hipoteca, por outro lado, não se exige que o bem passe às mãos do credor para que se possa exercer a preferência, eis que dotada do direito de seqüela, podendo, o credor, buscar o bem em mãos de quem quer que o possua.

A hipoteca, portanto, nada tem em comum com o direito de retenção, já que este só subsiste enquanto o credor conserva a posse do objeto que garante o cumprimento da obrigação; na hipoteca, ao contrário, o credor não chega a entrar na posse do objeto da garantia.

A hipoteca é tradicionalmente descrita, portanto, como um direito real, acessório e indivisível (Gomes, 2006, *passim*).

3.3 O caráter acessório da hipoteca

Sendo a hipoteca garantia, é conseqüentemente, um acessório, pois não se concebe garantia sem que haja obrigação principal a ser garantida (Carvalho Santos, 1964, p. 260-278).

Do caráter acessório da hipoteca, resultam os seguintes aspectos:

a) a hipoteca pressupõe uma obrigação válida que visa garantir; portanto, é nula a hipoteca quando a obrigação principal é nula ou inexistente.

b) a hipoteca acompanha o crédito garantido; assim, a cessão do crédito produz a cessão da hipoteca.

c) a hipoteca não é um direito autônomo; não pode existir à ordem ou ao portador, não é transmissível, nem tem razão de ser desligada de qualquer dívida ou obrigação presente ou futura, isto é, de um crédito potencial ou eventual.

d) a hipoteca adquire os caracteres jurídicos do crédito garantido; em conseqüência, se o crédito for condicional ou a termo, também o será a hipoteca.

e) as mesmas causas que extinguirem a obrigação põem fim à hipoteca, a não ser que na novação seja feita reserva.

f) a hipoteca renasce com o crédito que garante.

g) a hipoteca não pode ser cedida separada e independentemente do crédito principal.

É importante acentuar que o caráter acessório da hipoteca não faz com que as duas obrigações tenham que, obrigatoriamente, coexistir; basta que estas existam no momento da exigibilidade (Carvalho Santos, 1964, p. 260-278; Rizzardo, 2004, *passim*).

Isto se vê com clareza nos casos em que a hipoteca é instituída como caução de uma dívida eventual. Neste caso, quando da instituição da hipoteca, a dívida principal pode ainda não existir, mas a hipoteca só poderá ser executada caso isto ocorra, pois apesar de inscrita, a garantia não se considera nascida para a vida jurídica. Este nascimento só ocorrerá quando se verificar a condição que se visa garantir com a hipoteca previamente instituída.

A hipoteca é um acessório do crédito, mas isso não obsta que dele possa ser separada, desligando-se, como conseqüência de uma convenção, para ser transferida a um outro crédito. Tal fato não fere o aspecto acessório da hipoteca, pois com a cessão, a hipoteca continua a ser um acessório, com a diferença apenas de não ser do crédito primitivo, mas do outro novo.

3.4 A indivisibilidade da hipoteca

A hipoteca era tradicionalmente descrita como indivisível, no seu todo e em cada uma de suas partes, persistindo enquanto não extinta a obrigação garantida (Rizzardo, 2004, *passim*).

Era tida como indivisível em razão de sua finalidade, que é prestar segurança eficaz ao credor, e por ser presumida a intenção das partes que, naturalmente, ao ajustarem a hipoteca, visaram aquela finalidade. Portanto, percebe-se que a indivisibilidade da hipoteca não advém da essência ou da natureza do instituto (Carvalho Santos, 1964, p. 260-278).

Assim, a hipoteca era tida como indivisível simplesmente pelo fato de assim dispor a lei. Entretanto, é perfeitamente possível vislumbrar situações em que a hipoteca seja acessória de uma obrigação passível de ser cumprida por partes, sendo também passível de sofrer divisão. Divisível o crédito e divisível o imóvel hipotecado, em tese, divisível também a hipoteca.

Mas a lei, visando assegurar a eficácia da garantia ao credor, determinava a indivisibilidade da hipoteca, conforme se via do art. 811 do CC/1916, correspondente ao atual art. 1.474 do CC/2002, que dispõe que "a hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel".

Nesse sentido, ensina Orlando Gomes (2006, *passim*) que, para assegurar plena e eficazmente o pagamento da dívida, a hipoteca é considerada indivisível. A indivisibilidade faz com que o ônus real grave a coisa na sua totalidade e em todas as suas partes, pouco importando que seja dividida ou que a dívida seja amortizada. Portanto, mesmo que o devedor pague parte da dívida não obterá redução proporcional da garantia hipotecária, eis que o bem hipotecado continuará a garantir o pagamento do saldo, sem qualquer diminuição, tal como estabelecido ao se constituir a relação.

Por outro lado, esta indivisibilidade faz com que não possa existir hipoteca parcialmente nula. A obrigação garantida, por outro lado, pode ser nula em uma parte e válida em outra, mas mesmo neste caso, a hipoteca continuará válida em sua totalidade, pois recai sobre o todo e cada uma de suas partes, para garantir a totalidade e cada fração do crédito (Carvalho Santos, 1964, p. 260-278).

Todavia, conforme se viu, a indivisibilidade se trata de criação da lei, nunca podendo ser considerada como sendo da essência ou da natureza da hipoteca. Assim, se as partes o desejassem, poderiam por convenção, modificar os efeitos da indivisibilidade, até mesmo excluindo-a.

Com o advento do art. 1.488 do CC/2002, a indivisibilidade da hipoteca foi mitigada, eis que tal dispositivo afirma:

"Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito."

A divisão da hipoteca, conforme se vê do novo Código Civil, deve ser feita mediante requerimento judicial do credor, do devedor ou, ainda, dos que compraram ou prometeram comprar as unidades. Além disso, de acordo com o § 1.º do artigo supra citado, só poderá o credor se opor ao requerimento se demonstrar que o desmembramento implicará na redução da sua garantia, ou seja, se na liberação de unidades autônomas, em separado, o valor do restante não seja suficiente para garantir o saldo da dívida.

Conforme se vê, a indivisibilidade, com o advento do Código Civil de 2002, deixou de ser uma característica intocável do instituto da hipoteca, mesmo para aqueles que, como Orlando Gomes, insistiam ser a mesma inerente à natureza do instituto.

4. A SITUAÇÃO DO ADQUIRENTE DO IMÓVEL HIPOTECADO

Conforme se vê do art. 1.474 do CC/2002, quando um imóvel é hipotecado, a garantia também abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções que no mesmo existem ou que vierem a existir posteriormente. Isto se dá porque a hipoteca é acessória e, como tal, segue o principal. *O correto não seria:* "Isto

se dá, pois as acessões seguem o principal e, estando este hipotecado, também estarão aquelas."

Demais disso, conforme dispõe o art. 1.421 do CC/2002, "o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação". Portanto, dentro deste aspecto, a hipoteca se apresenta, a *priori*, indivisível.

A tradicional indivisibilidade e o fato de a garantia hipotecária abranger construções posteriores fez surgir problemas de grande interesse social em nossos dias, eis que, muitas vezes, para poder construir ou lotear, o construtor, incorporador ou loteador precisa recorrer a um empréstimo bancário, oferecendo em hipoteca o próprio terreno a ser loteado, ou no qual será erigida a construção.

Ao se constituir a hipoteca, em princípio, está abrangido apenas o terreno, mas por força da regra contida no art. 1.474 do CC/2002, passará também a garantia a incidir, no futuro, sobre todas as unidades autônomas que vierem a ser construídas ou sobre todos os lotes nos quais se dividir o imóvel.

Durante o desenvolvimento da construção, as unidades autônomas que a constituem vão sendo negociadas através de promessas de compra e venda ou mesmo por contratos definitivos de compra e venda. Concomitantemente, na medida em que a construção vai se erguendo, sobre todas as suas unidades autônomas e partes comuns vai se estendendo a hipoteca, uma vez que esta abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções que venham a ser feitos no imóvel.

Assim, quando o promitente comprador de uma das unidades concluía o pagamento integral das suas prestações, quitando toda a sua dívida, ainda assim, sobre a sua unidade autônoma, estaria incidindo a hipoteca, uma vez que a indivisibilidade prevista no art. 1.421 não lhe permitia exigir a liberação parcial da garantia, ou seja, não lhe permitia pedir a liberação apenas de sua unidade autônoma.

Entretanto, se o construtor não pagou o empréstimo contraído junto ao banco, e este, como credor hipotecário que era, executava a hipoteca, seria atingida também, aquela unidade autônoma que já havia sido integralmente paga, ou mesmo aquela cujo promitente comprador se encontrava rigorosamente em dia com o pagamento das prestações convencionadas.

Pelas próprias características da hipoteca, como se viu, é perfeitamente possível e lícito que o devedor hipotecário aliene as unidades que compõem a garantia hipotecária, que, entretanto, continuará a existir, diante do direito de seqüela.

Assim, o incauto adquirente de uma unidade imobiliária, mesmo quitando integralmente o preço desta junto àquele que a vendeu, poderia ver seu imóvel excutido pelo credor hipotecário.

O problema social surgiu diante do fato de que, freqüentemente, o adquirente não tinha conhecimento de que sobre sua unidade incidia esse direito real de garantia, só vindo a tomar ciência disto quando, tendo pagado todas as prestações, buscava o Cartório do Registro de Imóveis para efetuar o registro do lote ou da unidade autônoma em seu próprio nome.

Mais dramática ainda, era a situação daquele que, tendo pagado integralmente ou parcialmente o preço do imóvel que entendia livre e desembaraçado, era surpreendido ao ver seu imóvel como alvo de execução de uma hipoteca não paga.

Sabe-se que há exigência legal para que conste do compromisso de compra e venda a existência de ônus real gravando o imóvel que se negocia (Dec.-lei 57/38, art. 11, *g*, na Lei 6.766/79, arts. 18, IV, *c* e 50, III, e na Lei 4.591/64, arts. 32, *c*, 37 e 66, II), entretanto, é lamentável, mas comum que o promitente comprador não leia o contrato e não busque se informar da existência de eventuais gravames junto ao registro imobiliário.

Por outro lado, além do comprador negligente, aliam-se a este os compradores que diligenciam junto ao registro de imóveis, quando da assinatura da promessa de compra e venda, precavendo-se da existência de eventuais gravames, mas que, ainda assim, têm seu bem atingido pela instituição de hipoteca posterior à celebração do negócio.

Visando proteger o adquirente de boa fé, inúmeras decisões judiciais, modernamente, têm determinado a liberação da hipoteca incidente sobre tais unidades. Acontece que estas decisões, além de subverterem todo um ordenamento legal, subvertem uma tradição jurídica de dois mil anos, que é a possibilidade do direito real ser exercido *erga omnes*. Além disso, tem se observado na prática, que tais decisões, favoráveis ao terceiro adquirente, têm sido deferidas em detrimento do credor hipotecário, também de boa fé, que é obrigado a suportar grande prejuízo.

Diante disto, é muito oportuna a inovação trazida pelo Código Civil de 2002, através de seu art. 1.488, que possibilita o fracionamento da hipoteca que recai sobre todo o empreendimento, passando a gravar cada lote ou unidade autônoma de modo independente dos demais, sendo que cada um, feita a divisão, apenas ficará onerado de modo proporcional, obedecida a relação entre o seu valor e o crédito garantido pela hipoteca.

Assim, a aplicação do art. 1.488 do CC/2002 permite que o adquirente que tenha pagado integralmente o valor da sua unidade autônoma, veja-se livre da hipoteca que gravava seu imóvel, eis que pode pleitear a liberação apenas da sua unidade, independentemente do que vier a acontecer com as demais.

Visando amenizar os males decorrentes da rigidez excessiva ocasionada pela então vigente indivisibilidade da hipoteca, a jurisprudência veio progredindo no sentido de proteger o adquirente pontual, de boa-fé, prejudicado pela impossibilidade de liberar sua unidade.

Como costuma acontecer, certos remédios são mais letais do que a doença.

A jurisprudência, entretanto, enveredou por um caminho perigoso, culminando com a Súmula 308 do STJ, que assim dispõe:

"A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel."

Entretanto, não se pode perder de vista o que alertam Romitti & Dantas Júnior (2004, p. 92):

"Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, essas decisões não atendem ao interesse social. Com efeito, resolvem um problema, mas geram outro muito maior: é que, se a garantia hipotecária não mais der segurança ao credor, os financiamentos simplesmente tenderão a desaparecer do mercado, com óbvias e desastrosas conseqüências sociais. Resguarda-se a moradia de uma pessoa, mas em troca, causa-se o prejuízo de milhares de outras, uma vez que milhares de imóveis deixarão de ser construídos por falta de financiamento."

5. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA AFETA AO TEMA

Com efeito, em casos que versam sobre o tema, nossos Tribunais têm decidido das formas mais diversas e, por vezes, têm arranhado o instituto da hipoteca em decisões que se avizinham da adoção de um direito alternativo.

O que não se pode admitir é que, com base em decisões diferentes, seja adotada uma postura única, tendente a nulificar o instituto da hipoteca, que San Tiago Dantas (1979, p. 423-462) assim qualificou:

"A hipoteca representa o instituto de garantia mais perfeito, elaborado pela ciência civil."

Várias são as hipóteses trazidas ao Judiciário para exame e, devido a pequenas nuances existentes entre elas, os resultados podem ser diametralmente opostos.

Deste fato podem decorrer várias hipóteses, dentre elas as mais comuns são as seguintes:

1.ª Hipótese

A hipoteca é posterior, pois constituída após haver sido celebrada a promessa de venda da unidade, com a utilização de cláusula inserida na escritura de promessa.

A hipoteca assim constituída, sem dúvida, apresenta profundas irregularidades, seja porque a procuração há de ser outorgada em benefício do outorgante e não do procurador, seja porque o art. 51, VIII, do CDC, assim dispõe:

"São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor."

Sobre o tema, assim decidiu a 3ª T. do STJ, no REsp 303.070-DF (rel. originário Min. Ari Pargendler, rel. designado para acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.09.2002):

"Perde a força a hipoteca constituída pela construtora incorporadora após a celebração da promessa de compra e venda ainda não averbada, quanto mais se o promitente-comprador pagou o preço à vista e houve a decretação judicial da nulidade da cláusula contratual que autorizava o gravame. Com esse entendimento, prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso."

Portanto, as hipotecas averbadas posteriormente à celebração da promessa de compra e venda são, obviamente, inoponíveis aos adquirentes, pois não se

justificaria a utilização de procuração em prejuízo do outorgante. Conseqüentemente, a aplicação da Súmula 308 do STJ[2] não causa, neste caso, qualquer perplexidade.

2.ª *Hipótese*

Pode acontecer, ainda, que a hipoteca seja anterior ao registro da promessa de venda de unidade autônoma e que tenha sido gravado o imóvel, também com a utilização de procuração outorgada no corpo da escritura de promessa de venda, com poderes para dar o imóvel em garantia hipotecária.

Nesta hipótese, também calcada na constituição da hipoteca viciada pelo uso indevido de procuração, entendeu a 4ª T. do STJ, no REsp 410.306-DF (rel. Min. Ruy Rosado, j. 27.08.2002):

"A Turma não conheceu do recurso por entender correto o acórdão *a quo*, o qual decidiu que na promessa de compra e venda, verificada uma cláusula contratual que outorgue mandato em que o promitente vendedor recebe poderes para atuar em seu único e exclusivo interesse, e em sentido contrário aos interesses do mandatário, com o escopo de possibilitar a disposição, a seu bel-prazer, de imóvel, onerando-o com hipoteca, essa deve ser declarada inválida, à vista do que aduz o Código de Defesa do Consumidor. Resta comprovado evidente desequilíbrio contratual ao se prover uma vantagem desmedida e excessiva em favor do promitente vendedor, nada resultando em proveito do promitente comprador. Destacou-se que é incompatível com a nova ordem de Direito o sistema adotado pela Lei 4.591/64, permitindo ao incorporador aventurar-se a ponto de lançar o empreendimento com apoio em compromisso não quitado ou a ponto de dar em hipoteca o terreno e as acessões."

Neste caso, também é inoponível ao adquirente a hipoteca, eis que obtida de forma viciada. Aqui, a aplicação da Súmula 308 do STJ, não apresenta qualquer problema.

3.ª *Hipótese*

Uma terceira e bem distinta situação se dá quando, após a inscrição da hipoteca, surge um contrato de compra e venda, que se alega anterior à constituição da mesma, mas que não foi devidamente registrado, tratando-se de mero "contrato de gaveta".

Aqui começam as dificuldades.

A 3ª T. do STJ, no REsp 296.453-RS, deu à hipótese, a mesma solução da hipótese anterior, constando do julgado a seguinte Ementa:

"Compra e venda de imóvel assinada e paga antes do contrato de financiamento entre a construtora e o banco, mediante garantia hipotecária. Ausência de consentimento dos promitentes compradores. Cláusula que institui mandato para esse fim considerada abusiva, a teor do art. 51, VIII, do CDC.

1. Considerando o Acórdão recorrido que o bem foi comprado e integralmente pago antes do contrato de financiamento com garantia hipotecária, que os adquirentes não autorizaram a constituição de tal gravame, que sequer o

2. Súmula 308 do STJ: "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel."

mandato foi exercido e, ainda, que é abusiva a cláusula que institui o mandato, a teor do art. 51, VIII, do CDC, não existe afronta a nenhum dispositivo sobre a higidez da hipoteca, presente a peculiaridade do cenário descrito.

2. Recurso especial não conhecido."

Essa decisão não foi unânime, e do voto do Eminente Min. Ari Pargendler consta o seguinte trecho, que merece profunda meditação por seu cunho técnico e eqüidistância das partes.

"(...) *Data vênia*, o voto condutor contraria não só a racionalidade econômica, mas também a racionalidade jurídica.

No primeiro caso, porque a partir de agora, ninguém mais, com juízo perfeito, aceitará uma hipoteca como garantia do pagamento de uma dívida. Que garantia será essa, se um contrato de 'gaveta', sem qualquer publicidade, portanto, desconhecido de terceiros, é suficiente para elidi-la? Nenhuma, podendo-se dizer, sem exagero, que a hipoteca, pomposamente qualificada como direito real de garantia, já não encerra qualquer direito, muito menos real, e não serve como garantia para nada – está no Código Civil, mas já não disciplina as relações jurídicas. Quem, à luz disso, financiará os novos empreendimentos?

No segundo caso, porque a Lei 4.591, de 64, proíbe a venda de unidades imobiliárias sem que a respectiva incorporação esteja registrada. A sanção para a conduta proibida é penal, sujeitando o infrator à prisão, sem prejuízo da reparação civil. O voto da maioria, ao invés, convalida o contrato, em prejuízo do credor – inegavelmente de boa-fé, porque não podia saber do negócio celebrado com terceiro. Onde a proteção à boa-fé objetiva?"

Efetivamente, como bem observou o Min. Ari Pargendler, estamos, neste caso, diante de uma situação completamente distinta das duas primeiras hipóteses. Neste caso, não há qualquer vício na obtenção da hipoteca, que foi registrada quando ainda não havia qualquer notícia, no Registro, da alegada compra e venda, efetuada através de mero "contrato de gaveta". Neste caso, preterir o direito do credor hipotecário em favor do adquirente é proteger aquele que não diligenciou no sentido de efetuar o registro que lhe competia, impossibilitando o credor hipotecário de conhecer a real situação do imóvel quando da celebração da hipoteca.

Neste caso, se há boa-fé a ser protegida, é a boa-fé do credor hipotecário, que efetuou financiamento tomando em garantia um bem que, para todos os efeitos, encontrava-se completamente desembaraçado para tal fim.

A garantia, aqui, era e é prevista em lei.

Com a edição da Súmula 308 do STJ, a decisão do voto majoritário, que protege o adquirente desidioso em detrimento do credor hipotecário de boa-fé, passou, aparentemente, a ser o posicionamento do STJ.

4.ª Hipótese

Na quarta hipótese, incluem-se casos onde a hipoteca foi constituída, devidamente registrada e, quando vendido o imóvel, foi o comprador cientificado da existência da hipoteca.

Neste caso, estamos diante de situação bastante singular, onde a hipoteca foi feita por quem poderia alienar o imóvel, e o fez cientificando o comprador da

sua existência. Neste ato, o comprador, cientificado da existência do gravame, com ele aquiesceu, assumindo os riscos, cuja ignorância não pode alegar, pois se trata de instituto de 2000 anos, incorporado ao nosso direito positivo.

Se no caso anterior a aplicação da Súmula 308 do STJ causa perplexidade, neste, apresenta-se inadmissível. Aqui, em detrimento do credor hipotecário, que agiu corretamente, registrando a hipoteca conforme previsto em lei, protege-se o adquirente imprudente que, voluntariamente, adquiriu bem gravado com hipoteca e não tomou qualquer providência no sentido de procurar liberar sua unidade do gravame, mesmo diante da possibilidade de fazê-lo, conforme previsto no art. 1.488 do CC/2002.

6. Precedentes e referências legislativas que acompanharam a Súmula 308 do STJ

É certo que a Súmula 308 do STJ é vazada nos seguintes termos:

"A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel."

As referências legislativas que acompanharam a Súmula são as seguintes:

Código Civil de 1916

"Art. 756. Só aquele que pode alienar poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese, ou hipoteca.

Parágrafo único. O domínio superveniente revalida, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a título de proprietário."

Código Civil de 2002

"Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.

§ 1.º A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono.

§ 2.º A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver."

A toda evidência, a referência legislativa que acompanha a Súmula 308 não tem nenhuma pertinência com a hipoteca feita e registrada anteriormente à venda do imóvel pelo devedor hipotecário, pois, neste caso, lesionaria o credor hipotecário e condenaria à morte o instituto da hipoteca.

Os precedentes relacionados na Súmula 308 trazem ainda, alusão ao disposto nos arts. 22 e 23 da Lei 4.864/65, que parecem ter sido a pedra de toque na aprovação da Súmula.

Dispõem os mencionados artigos da seguinte forma:

Lei 4.864/65:

"Art. 22. Os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser

garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado.

§ 1.º Nas aberturas de crédito garantidas pela caução referida neste artigo, vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada, o credor terá o direito de, independentemente de qualquer procedimento judicial e com preferência sobre todos os demais credores da empresa financiada, haver os créditos caucionados diretamente dos adquirentes das unidades habitacionais, até a final liquidação do crédito garantido.

§ 2.º Na cessão parcial referida neste artigo, o credor é titular dos direitos cedidos na percentagem prevista no contrato, podendo, mediante comunicações ao adquirente da unidade habitacional, exigir diretamente, o pagamento em cada prestação da sua percentagem nos direitos cedidos.

Art. 23. Na cessão fiduciária em garantia referida no art. 22, o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades de depositário.

§ 1.º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o credor fiduciário poderá, mediante comunicação aos adquirentes das unidades habitacionais, passar a exercer diretamente todos os direitos decorrentes dos créditos cedidos, aplicando as importâncias recebidas no pagamento do seu crédito e nas despesas decorrentes da cobrança, e entregando ao devedor o saldo porventura apurado.

§ 2.º Se a importância recebida na realização dos direitos cedidos não bastar para pagar o crédito do credor fiduciário, bem como as despesas referidas no parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo remanescente.

§ 3.º É nula a cláusula que autoriza o cessionário fiduciário a ficar com os direitos cedidos em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

§ 4.º A cessão fiduciária em garantia somente valerá contra terceiros depois que o seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, for arquivado por cópia no Registro de Títulos e Documentos."

7. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA SÚMULA 308 DO STJ

Do exame dos precedentes e referências legislativas que embasaram a Súmula 308, podemos verificar que, apesar da edição da Lei 4.864/65, não houve qualquer proibição da constituição de garantia hipotecária e, por razões óbvias, não houve, também, desconstituição das hipotecas existentes.

Além disso, a referida Lei menciona que os financiamentos poderão ser garantidos com utilização da caução, da cessão parcial ou da cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado. Destaque-se que todas estas modalidades são

direitos reais, que só têm valor quando devidamente contratados e registrados, a teor do disposto nos arts. 43 e 44 do Dec.-lei 70/66.[3]

No mais, com o advento da legislação que embasou a Súmula, não houve a substituição da hipoteca pelas garantias cuja constituição passou a ser facultada pela Lei 4.864/65 e, muito menos, a substituição automática de uma garantia por outra.

Não é cabível, portanto, querer colocar, na mesma moldura traçada pela Súmula, todos os casos, inclusive aqueles em que a hipoteca foi constituída, registrada e, quando vendido o imóvel, foi o comprador cientificado da existência do gravame.

Cabem, aqui, duas perguntas:

1.ª) Como substituir a hipoteca pelo crédito resultante de uma venda da qual não se teve ciência?

2.ª) Em sendo a venda da unidade procedida com o pagamento do preço à vista ao incorporador, sem o conhecimento do credor, qual o crédito oriundo da venda que poderia ser caucionado ou cedido?

A estas perguntas só cabe uma reposta: às hipotecas instituídas anteriormente à venda e devidamente registradas, não se aplica a Súmula 308 do STJ.

A Súmula é útil, protege os interesses dos compradores, mas há de ser aplicada nos limites do razoável. A utilização da Súmula indistintamente é temerária e agride injustificadamente nosso ordenamento jurídico.

O fato de haver sido o bem hipotecado prometido à venda, no todo ou em parte, não afeta a garantia representada pela hipoteca e, de forma induvidosa, assim dispõe o art. 755 do CC/16:

"Art. 755. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação."

Não se diga que tal disposição ficou superada com a edição do Código de Defesa do Consumidor, ou por qualquer outra lei extravagante, já porque este não trata de direitos reais; já porque o art. 1.419 do novo CC (Lei 10.406/2002) é vazado nos seguintes termos:

"Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação."

3. Dec.-lei 70/66:

"Art. 43. Os empréstimos destinados ao financiamento da construção ou da venda de unidades mobiliárias poderão ser garantidos pela caução, cessão parcial ou cessão fiduciária dos direitos decorrentes de alienação de imóveis, aplicando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos primeiro e segundo do art. 22 da Lei 4.864, de 29 de novembro de 1965.

Parágrafo único. As garantias a que se refere êste artigo constituem direitos reais sôbre os respectivos imóveis.

Art. 44. São passíveis de inscrição, nos Cartórios do Registro de Imóveis, os contratos a que se refere o art. 43, e os de hipoteca de unidades imobiliárias em construção ou já construídas mas ainda sem '*habite-se*' das autoridades públicas competentes e respectiva, averbação, desde que estejam devidamente registrados os lotes de terreno em que elas se situem."

Por outro lado, não se pode tentar transferir para o credor hipotecário o ônus de fiscalizar as vendas feitas pelo devedor, bem como o pagamento do preço, mormente quando este sequer é cientificado da venda. Tal entendimento fere a lógica e agride o nosso direito positivo, eis que o credor não está "obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5.º, II, da CF/88) e a obrigação de fiscalizar eventuais alienações dos imóveis recebidos em garantia, é bom lembrar, não consta de nenhuma lei ou de qualquer contrato.

Não se diga, também, que a venda das unidades gravadas com a hipoteca seria incompatível com a nova ordem de Direito adotada pela Lei 4.591/64, que trouxe novas opções de garantia para o financiamento de empreendimentos imobiliários, mas não tornou a hipoteca contrato defeso em Lei. Por outro lado, não pode, o credor hipotecário, impedir a alienação do bem pelo devedor hipotecário.

Assim, antes de aplicar a Súmula para todos os casos, há de se observar, cautelosamente, as condições em que fora instituída a hipoteca.

É importante lembrar, assim, os efeitos da hipoteca e o direito de seqüela, sobre o qual ninguém melhor que Lafayette Pereira (1956, p. 421) para dissertar, o que fez da seguinte forma:

"Como todo direito real, a hipoteca tem um caráter absoluto, vigora contra todos (*adversus omnes*), e, enquanto se não extingue, acompanha a coisa pelas mutações por que passa. Daí o direito do credor de penhorar o imóvel em poder de quem quer que o detenha, e de excuti-lo. Este direito se denomina – direito de seqüela."

No mesmo sentido, esclarece Caio Mário da Silva Pereira (2002, n.359), que:

"O devedor hipotecário não está inibido de alienar o imóvel hipotecado, porque não perde o seu *ius disponendi*. Ao adquirente, porém, transfere-se o ônus que o grava, não lhe valendo de escusa a alegação de ignorância, que não prevalece contra o registro, nem lhe socorrendo para libertá-lo qualquer cláusula de sua escritura, ou compromisso assumido pelo devedor hipotecário. A alienação transfere o domínio do imóvel; mas este passa ao adquirente com o ônus hipotecário – *transit cum onere suo*."

Diante de regular instituição e registro da hipoteca e da devida ciência do adquirente do imóvel hipotecado, não me parece prudente aplicar a Súmula, transferindo as conseqüências do negócio para quem não poderia evitá-las.

Matar o instituto da hipoteca sob o falacioso argumento de se objetivar a proteção da parte mais fraca, é uma profunda hipocrisia.

É sempre bom lembrar os dizeres de Cícero (*apud* Martins-Costa, 2004, p. 109-131), de aplicação necessária neste momento em que se arrisca um consagrado instituto jurídico como a hipoteca:

"Um patrimônio se perde com o dano de uma só pessoa; o ordenamento jurídico, ao contrário, não se pode perder senão com o dano imenso de todos os cidadãos."

Apesar de aparentemente proteger o hipossuficiente, comprador que adquire um imóvel hipotecado, a Súmula 308 agride frontalmente um dos mais perfeitos institutos de nosso direito civil, "inaugurando uma era de incertezas jurídicas" (Silva, 2003).

Dois grandes estandartes se agitam em defesa da aplicação irrestrita da Súmula 308 do STJ. O primeiro deles é a função social do contrato; o segundo é o princípio da boa-fé objetiva.

Nenhum dos dois princípios, analisados pormenorizadamente, justifica a aplicação indistinta da Súmula, senão vejamos.

A função social do contrato, sobre o qual muito se fala, pouco foi examinada à luz da ciência jurídica.

Há duas formas de se enxergar a função social do contrato.

Uma visão simplista e subjetiva é informada exclusivamente pelo enfoque do aplicador do direito, impregnado de suas concepções filosóficas, pessoais e intelectivas. Através dessa visão, a função social do contrato seria uma cláusula jurídica absolutamente aberta, propensa, portanto, a gerar enorme insegurança jurídica, pois caberia ao julgador aplicar o direito ao caso concreto, interpretando o disposto nos contratos segundo a sua formação intelectiva, moral, ética e religiosa, buscando a justiça conforme estes padrões subjetivos.

Os inconvenientes de tal enfoque são nítidos.

A outra forma, mais prudente, de se enxergar o princípio da função social do contrato é colocá-lo dentro da moldura composta por nosso ordenamento jurídico.

Um contrato é, como se sabe, uma manifestação de vontade que deve levar a determinados resultados práticos, representativos do desejo dos contratantes. É certo, porém, que a autonomia da vontade não tem hoje as mesmas proporções de outrora. Sofre evidentes limitações, em decorrência dos tipos contratuais impostos pela lei e pelas exigências de ordem pública, que cada vez mais são prestigiadas pelo direito contemporâneo (Theodoro Júnior, 2004, *passim*).

Entretanto, conforme ensina Arruda Alvim (2004, p. 51-72), "nunca se poderia interpretar o valor da função social como valor destrutivo do instituto do contrato". A função social é obtida através da aplicação dos próprios institutos de nosso direito positivo sobre o contrato, amenizando a dureza da visão liberal do mesmo.

Assim, para aplicarmos a Súmula em consonância com a função social do contrato teremos que buscar justificativa para tal em nosso direito positivo e não num desejo abstrato de fazer justiça, dentro de parâmetros individuais, que não atingem a finalidade que é social, e não específica.

É certo que todo o direito civil se funda no princípio da boa-fé, e esta deve ser protegida. Mas não se pode pré-julgar, entendendo, em todos os casos, que o hipossuficiente econômico é sempre o sujeito de boa-fé, crucificando as instituições financeiras pelo simples fato de o serem.

A aplicação pura e simples da Súmula, indiscriminadamente, faz com que o credor hipotecário, que financiou o empreendimento, registrou a hipoteca dada em garantia e não foi devidamente pago pelo devedor hipotecário, seja privado de seu direito de executar a hipoteca, pois esta se tornou ineficaz em relação adquirente.

Se a boa-fé há de ser protegida, há que se reconhecer, neste caso, que a boa-fé é do agente financeiro.

Revitalizado na legislação moderna o princípio da boa-fé objetiva, que não é paternalista, senão apenas justo, ressurgiu, com pleno vigor, a impossibilidade do *venire contra factum proprium*.

A expressão *venire contra factum proprium* consubstancia o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior; há quebra da regra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas em todos, mas especialmente na parte contrária.

Judith Martins-Costa (1984, p.742), citando Menezes Cordeiro, nos fala que:

"(...) o *venire contra factum proprium* modela-se como a tradução do 'exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente', sendo requisito para a sua configuração a existência de dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo."

Os adquirentes de imóveis hipotecados, com ciência de tal hipoteca, que pagam o preço ao devedor hipotecário, sem sequer dar ciência ao credor, tiram do mesmo a possibilidade de se resguardar, colocando-se, indubitavelmente, em situação de risco.

Não se pode, conseqüentemente, proteger esse adquirente, que afastou o credor hipotecário da negociação, impossibilitando-o de defender seus interesses para, ao final, impingir àquele que foi alijado da negociação, os ônus de sua incúria, sob pena de se abrigar o *venire contra factum proprium*.

Não se há de alegar a impossibilidade de execução da hipoteca, por terem os adquirentes pago o preço do imóvel ao incorporador, sob o argumento de não se poder demandar por dívida paga.

Antes de tudo, cabe observar que, nestes casos, não se está demandando sobre dívida paga, eis que se tratam, na verdade, de duas relações creditícias distintas.

Uma primeira relação envolve a incorporadora, como devedora, e o agente financeiro, como credor. Esta relação creditícia é garantida com a hipoteca do imóvel e, se não foi solvida, dá azo à execução da hipoteca.

Uma segunda relação creditícia, resultante do preço ajustado na compra e venda, vincula a incorporadora, como credora e os adquirentes do imóvel hipotecado, como devedores do preço a ser pago.

Independentemente de ser solvida a segunda relação, remanescerá a primeira, que está garantida com a hipoteca.

Nunca é demais lembrar que, ao adquirente do imóvel hipotecado é dada, hoje, a possibilidade de liberar sua unidade do gravame, mediante requerimento judicial.

Contra este requerimento, só poderá se insurgir o credor hipotecário se demonstrar que o desmembramento implicará redução da garantia (art. 1.488, § 1.º, do CC).

Não se justifica, portanto, o oferecimento de uma proteção a mais ao adquirente, quando já há proteção prevista em lei, resguardando o direito o credor hipotecário.

8. Conclusão

Com o advento da Súmula 308, foram, aparentemente, colocadas em uma vala comum as hipotecas firmadas entre as construtoras e o agentes financeiros, anteriores ou posteriores à celebração da promessa de compra e venda, que passaram a não possuir eficácia perante os adquirentes dos imóveis hipotecados.

Essa orientação, que demonstra o interesse do STJ em proteger os hipossuficientes, adquirentes de imóveis, incorre no erro de tratar como se iguais fossem situações absolutamente distintas.

A súmula é, sem dúvida, útil, mas há de ser aplicada com cautela, pois sua aplicação indiscriminada pode colocar em risco o instituto da hipoteca, ofender o princípio da boa-fé objetiva e albergar o *venire contra factum proprium*.

É importante salientar que a hipoteca não é contrato defeso em lei, e, com o advento da Lei 4.591/64, não foi afastada do âmbito dos financiamentos de empreendimentos imobiliários; apenas surgiram, com a lei, novas alternativas para estes financiamentos.

Além disso, há que se lembrar que a Súmula é mera recomendação, não possuindo efeito vinculante.

Com o fito de preservar não só o instituto da hipoteca, mas também todo o ordenamento jurídico, há de se aplicar a Súmula de forma prudente.

Diante do exposto, é recomendável que se afaste a incidência da Súmula nas situações em que a hipoteca é anterior à compra e venda do imóvel, regularmente instituída e registrada, dando-se ciência ao adquirente, sob pena de se tornar absolutamente inócuo um instituto que data de mais de 2000 anos e, mais que isso, sob pena de se mergulhar na mais profunda insegurança jurídica.

9. Bibliografia

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista Forense* 371/51-72, 2004.

CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação imobiliária:* ensaio de uma teoria geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 180.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Direito das coisas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 10, p. 260-278.

CHALHUB, Melhim Namem. Hipoteca. *Curso de direito civil*. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O contrato de incorporação imobiliária*. Da incorporação imobiliária. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COULANGES, Fustel de. *O direito de propriedade*. A cidade antiga. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. p. 85-97.

DAHAS, Eduardo Augusto Gonçalves. Da Hipoteca (arts. 809 a 862). *Busca Legis*. Florianópolis, 18.11.2001. Disponível em <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br> Acesso em: 07.09.2005.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil III:* Direito das coisas. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 423-462.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A hipoteca.* Os direitos reais limitados ou direitos sôbre a coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Conquista, 1958. p. 398-399.

GOMES, Orlando. *Direitos reais.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium. Revista Forense* 376/109-131, 2004.

_____. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 1984. p. 742.

MIRANDA, Pontes de. *Generalidades. Tratado de direito privado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. Parte especial, p. 3.

OLIVEIRA, Camilla Nucci de. Boa-fé objetiva dos contratos no Código Civil de 2002. *Revista de Estudos Jurídicos – Unesp.* Franca. Disponível em <http://www.franca.unesp.br/revista/index.htm>. Acesso em: 07.09.2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Posse: propriedade. Direitos reais de fruição. Garantia e aquisição. 1. ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 359.

PEREIRA, Lafayette R. *Hipoteca.* Direito das coisas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 413-416.

RIZZARDO, A. *Direito das coisas.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. Classificação dos contratos. *Direito civil:* Dos contratos e das declarações unilaterais de vontades. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 27-48.

_____. Da hipoteca. *Direito civil:* direito das coisas. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5, p. 389-415.

ROMITTI, M. M. & DANTAS JÚNIOR, A. R. *Comentários ao Código Civil brasileiro.* Direito das coisas. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13, p. 92.

SILVA, Bruno Mattos E. Análise crítica da Súmula 308 do STJ: alcance, conclusões e perspectivas. *Jus Navigandi,* Teresina, a. 9, n. 705, 10.06.2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6869>. Acesso em: 18.08.2005.

_____. Da validade da hipoteca de unidade adquirida em incorporação imobiliária. *Universo Jurídico.* São Paulo, 05.03.2003. Disponível em <http://www.uj.com.br>. Acesso em: 07.09.2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação imobiliária – Atualidade do regime jurídico instituído pela Lei 4.591/1964. *Revista Forense* 376, 2004.

_____. *O contrato e sua função social.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WANDSCHEER, Clayton Cesar. Alienação fiduciária de imóveis em garantia. O Neófito. *Informativo Jurídico.* São Paulo. Disponível em <http://www.neófito.com.br/artigos/artigos.htm>. Acesso em: 07.09.2005.

Legislação utilizada

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Dec.-lei 70, de 21.11.1966 – Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências.

_____. Lei 3.071, de 01.01.1916 – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

_____. Lei 4.864, de 29.11.1965 – Cria Medidas de estímulo à Indústria de Construção Civil.

_____. Lei 8.078, de 11.09.1990 – Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil. Org. Yussef Said Cahali. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Lei 10.406, de 10.01.2002 – Institui o Código Civil. Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil. Org. Yussef Said Cahali. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Portaria 3, de 15.03.2001, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Determina ser abusiva a cláusula que "preveja, no contrato de promessa de venda e compra de imóvel, que o adquirente autorize ao incorporador alienante constituir hipoteca do terreno e de suas acessões (unidades construídas) para garantir dívida da empresa incorporadora, realizada para financiamento de obras".

Documentos jurídicos utilizados

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 187.940-SP, citado por ocasião do julgamento do REsp 205.607-SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.05.1999, *DJ* 01.07.1999.

_____. REsp 296.453-RS, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05.06.2001.

_____. REsp 303.070-DF, 3ª T., rel. originário Min. Ari Pargendler, rel. designado para acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.09.2002.

_____. REsp 410.306-DF, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado, j. 27.08.2002.

2

Direito urbanístico e Estatuto das Cidades

JANAÍNA RIGO SANTIN

Doutora em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela UFSC. Advogada. Professora da Faculdade de Direito e do Mestrado em História na Universidade de Passo Fundo.

RICARDO QUINTO MATTIA

Acadêmico do X semestre da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e Bolsista Pibic/CNPq.

RESUMO: O intenso processo de urbanização brasileiro e os problemas daí decorrentes não foram enfrentados de maneira correta pelas políticas públicas de ordenação e planejamento do espaço urbano. O Brasil necessitava de normas urbanísticas eficazes, o que dá ensejo à formação do Direito Urbanístico, com princípios e regras próprias, que encontra na Constituição Federal o seu aparato teórico, que prevê os parâmetros gerais do seu desenvolvimento, juntamente com diretrizes gerais fixadas no Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001), que objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana e garantir o bem-estar de seus habitantes a partir de um rol de instrumentos que serão utilizados pelos Municípios para mudar o quadro de desigualdade e de exclusão social da população brasileira e, também, transformar as cidades em lugares mais justos, humanos e democráticos.

PALAVRAS-CHAVE: Urbanização – Função social da cidade – Desenvolvimento sustentável – Poder local.

ABSTRACT: The intense process of Brazilian urbanization and from there decurrently problems had not been faced in correct way for the public politics of ordinance and planning it urban space. Brazil needed an urban legislation that faced the problem in efficient way. The creation of urban norms gives tries to the formation of the Urban Right as an independent field of the Right, with principles and proper rules, that its theoretical apparatus finds in the Federal Constitution, therefore this brought a Chapter destined to the Urban Politics in which the parameters general of its development are foreseen, being in charge of the Municipal Public Power, as general lines of direction settled in law. This law is the Statute of the City (Law 10,257/2001), that objective to command the full development of the social functions of the city and the urban property and to guarantee the welfare of its inhabitants from a roll of instruments that will be used by the Cities for the confrontation of the innumerable problems generated for the urbanization process. The objective is to change the picture of inequality and social exclusion of the Brazilian population and also to transform the cities into righter, human and democratic places, observing the principles of the social function of the city and the urban property and the sustainable development.

KEYWORDS: Urbanization – Social function of the city – Sustainable development – Local power.

ÁREA DO DIREITO: Urbanístico; Registral imobiliário

Sumário: 1. Introdução – 2. Urbanização e urbanismo – 3. Direito urbanístico – 4. Constituição Federal, Direito Urbanístico e Estatuto das Cidades – 5. Função social da cidade e da propriedade urbana – 6. Instrumentos da política urbana – 7. Considerações finais – 8. Bibliografia.

1. Introdução

O processo de urbanização brasileiro não foi acompanhado de maneira correta pelas políticas públicas de ordenação e planejamento do espaço urbano, em grande parte, devido à migração da população rural para as cidades, ocorrida nas últimas décadas do século XX. O Poder Público adotou estratégia errada de enfrentamento, desviando-se da real situação que se apresentava, planejando as cidades apenas para as classes detentoras do capital e esquecendo-se da necessidade de amparar, com habitações populares, esse enorme contingente advindo do meio rural. Com isso, as cidades brasileiras passaram a sofrer com problemas como a especulação imobiliária, o que levou grande número de pessoas a buscar outros meios de acesso a moradia, instalando-se em áreas periféricas, irregulares e sujeitas a problemas e riscos ambientais, que não eram atendidas pelos serviços públicos. Dessa maneira, cria-se um quadro em que as cidades brasileiras passaram a ter seu território dividido em uma porção territorial legal e outra que vive na ilegalidade.

Segmentos sociais organizaram seus reclames na tentativa de buscar do Poder Público uma legislação urbanística que enfrentasse o problema de maneira eficaz. O movimento pela Reforma Urbana lutava para incluir na Constituição Federal de 1988, ainda em processo de elaboração, um capítulo destinado à Política Urbana, o que foi atendido. Assim, a positivação de normas urbanísticas para regular a urbanização dá ensejo à formação do Direito Urbanístico, que encontra na Constituição Federal o seu aparato teórico.

O Direito Urbanístico tem como objetivo ordenar o desenvolvimento das cidades como um todo, entendendo que os problemas urbanos não se dão de maneira isolada, mas sim que possuem ligação entre si e com a conjuntura do país. Como princípios do Direito Urbanístico estão a função social da cidade e da propriedade urbana, que norteiam a atuação do Poder Público na busca de condições dignas de vida para os cidadãos, respeitando seus direitos e garantias individuais e sociais, mas também, ordenando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, desligando-se assim da concepção "antiga", que entendia a propriedade como um direito absoluto e individual.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um Capítulo destinado à Política Urbana em seus arts. 182 e 183, nos quais estão previstos os parâmetros gerais do seu desenvolvimento, que deverá ser executado pelo Poder Público Municipal conforme diretrizes gerais fixadas em lei. A lei que estabelece tais diretrizes, denominada Estatuto das Cidades, objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana e, garantir o bem estar de seus habitantes, a partir de um rol de instrumentos que serão utilizados para estes fins.

São definidos no Estatuto das Cidades as diretrizes gerais da política urbana e os instrumentos que o Poder Público Municipal deverá utilizar para enfrentar os problemas de desigualdade social e territorial das cidades, causados em virtude do processo de urbanização. As diretrizes gerais estabelecidas no Estatuto das Cidades, como normas gerais de direito urbanístico, são as balizadoras e indutoras da aplicação dos instrumentos regulamentados na lei. E os instrumentos urbanísticos, por sua vez, são as ferramentas que o Município irá dispor para ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, visando ao desenvolvimento sustentável e ao bem-estar de toda a população.

2. URBANIZAÇÃO E URBANISMO

O Brasil é um dos países que mais rapidamente urbanizou-se em todo o mundo. Os últimos 50 anos foram marcados por um processo de transição. De um país rural o Brasil passou a ser eminentemente urbano, onde a maioria da população mora nas cidades.

É na cidade onde se desenvolvem as relações sociais, políticas, econômicas, religiosas. É o espaço no qual o ser humano sacia sua necessidade de se relacionar, de se organizar, buscando uma vida melhor para si e para a comunidade.

Nas palavras de Rossit, "a cidade reflete o centro da vida em sociedade. É o local que foi adaptado para a convivência humana. É um ambiente artificial, criado pelo e para o ser humano" (2005, p. 72). Para Leal, "a cidade apresenta-se como a projeção da sociedade em um espaço físico e simbólico, resultado de múltiplas relações e fenômenos, materiais e imateriais, instituída e instituinte de significações e de funções sociais" (2003 p. 34).

O desenvolvimento da vida humana em sociedade está sintetizado na convivência na cidade, existindo uma relação mútua entre a formação do espaço urbano e a própria vida de seus cidadãos. "Há quem afirme que a cidade é a geografia do homem moderno e que se constitui em uma geografia indivisível. A afirmação é verdadeira, pois a interação entre o homem e seu meio, seja ele urbano ou rural, se constituiu em uma questão de sobrevivência da própria espécie" (Rosa, 2005, p. 23).

Sendo a cidade o local que representa a vida humana, pois é uma construção do ser humano para que nela aconteça a própria vida, deve ela abranger um espaço no qual seja possibilitado aos homens, desenvolver um padrão melhor de sua existência. Ou seja, a cidade apresenta uma função em prol da sociedade. "A cidade, como espaço onde a vida moderna se desenrola, tem suas funções sociais: fornecer às pessoas moradia, trabalho, saúde, educação, cultura, lazer, transporte etc." (Sundfeld, 2002, p. 54).

Porém, com a rápida expansão das cidades, a sociedade brasileira assistiu a um processo de urbanização e formação de um modelo de cidade desigual e injusta, levando-as a se transformarem em locais cada vez menos humanos. "É certo que o movimento migratório do homem do campo para a cidade, no Brasil, ocorrido em todo o curso do século XX, foi desacompanhado de políticas públicas, na área urbanística, capazes de organizar este adensamento populacional espontâneo" (Rosa, 2005, p. 14).

Na lição de Afonso da Silva, "emprega-se o termo urbanização para designar o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural. Não se trata de mero crescimento das cidades, mas de um fenômeno de concentração urbana" (1981, p. 9). O processo acelerado de urbanização "introduziu no território das cidades um novo e dramático significado: mais do que evocar progresso ou desenvolvimento, elas passam a retratar – e reproduzir – de forma paradigmática as injustiças e desigualdades da sociedade" (Rolnik, 2001, p. 23).

A ocupação veloz e desordenada das cidades gerou, entre outros, problemas como a deterioração do ambiente urbano; desorganização social; falta de habitação; desemprego; loteamentos clandestinos sem saneamento básico, muitos em áreas de preservação ambiental; construções em desacordo com as normas municipais; atividades comerciais invadindo áreas residenciais sem respeito às regras de zoneamento; tráfego intenso; falta de ruas pavimentadas inviabilizando o acesso da polícia, de ambulâncias, da coleta de lixo; ausência de iluminação pública. Enfim, uma cadeia de problemas que se constituem em conseqüência da urbanização desordenada (Ribeiro, 2005, p. 181).

Diante do processo de urbanização o Poder Público é chamado a intervir para ordenar o espaço das cidades e buscar novas estratégias de ocupação do meio. "A urbanização implicou na ocorrência de problemas urbanos que necessitavam de ser alterados pela urbanificação, consistente em processo de correção urbana, mediante a ordenação dos espaços habitáveis, de onde se originou o urbanismo como instrumento técnico e científico" (Silva, 1981, p. 10-11).

Na lição de Lauro Ribeiro, urbanismo é "uma técnica destinada a organizar a cidade de modo a permitir que ela abrigue todas as atividades necessárias ao funcionamento da sociedade, mas preservando a qualidade de vida dos seus habitantes (...)" (2005, p. 176).

A intervenção no espaço urbano por parte do Poder Público brasileiro para ordenar a ocupação das cidades e garantir a redução das mazelas sociais, levava em conta os problemas de maneira isolada, sem reconhecer a vinculação entre eles e nem adotar uma visão global do espaço urbano (Benévolo *apud* Silva, 1981, p. 11-13). Tal posição revelou-se insuficiente. O planejamento era inadequado e as políticas públicas ineficazes, pois a cidade não foi compreendida como um todo uniforme, integrante de um sistema global que também influencia nos problemas da urbanização. Tamanha era a inadequação das políticas urbanas que a maioria dos autores que tratam da matéria, entendem que não havia planejamento urbanístico no Brasil (Leal, 2003, p. 40-41).

O problema do crescimento desordenado das cidades pode ser entendido não como a "falta de planejamento", mas como uma "opção de planejamento, de políticas urbanas e práticas políticas que construíram um modelo excludente", visto que os modelos de planejamento urbanos adotados pelas cidades nos anos 70 e 80, foram marcados pela crença estatal de que o crescimento econômico seria capaz de financiar o desenvolvimento urbano, então em expansão. Porém, a possibilidade de altos investimentos para sustentar o modelo de desenvolvimento urbano não passou de mero deslumbramento, o que gerou cidades desequilibradas e caóticas (Rolnik, 2001, p. 24-26).

O Estado, além de não ser capaz de financiar o planejamento urbano da maneira como projetava, deteve-se na elaboração de planos que correspondiam à idealização de uma cidade do futuro, sem levar em conta as reais necessidades urbanas. A legislação em vigor tinha a função, apenas, de estabelecer padrões satisfatórios de qualidade para o funcionamento das cidades. Os investimentos públicos foram destinados a financiar aquele padrão adequado ou aceitável, baseando-se na idéia de uma "cidade ideal", que correspondia mais ao modelo e estrutura das cidades européias, realidade esta, diferente da encontrada nas cidades brasileiras. O planejamento era "produzido no gabinete", limitado pela visão centralizadora do planejamento público, o que significava o tratamento da cidade como um objeto puramente técnico, ignorando-se, dessa forma, a realidade em questão, negando-se os atributos da situação real. Assim, o planejamento que deveria promover o desenvolvimento integrado e o equilíbrio das cidades em um contexto de explosão do processo de urbanização, configurou cidades desiguais e injustas, divididas entre uma pequena parte, geralmente o centro, onde se concentravam os investimentos públicos e que de certa forma atendiam aos padrões da legislação e; uma outra parte, periférica, ilegal, desigual, injusta, que não era abrangida pelos planos públicos (Rolnik, 2001, p. 39).

Por tudo isso – o rápido processo de urbanização das cidades, legislação e planejamento público inadequados – as cidades brasileiras configuram um quadro bastante peculiar, ou seja, a formação de uma cidade dividida em duas espécies: uma regular, que está conforme as normas públicas, alvo de serviços e políticas públicas em prol da melhoria de vida e, mormente, ocupada pela elite da sociedade que possui condições de suportar os ônus decorrentes dos serviços públicos disponibilizados; e outra irregular, que se organiza nas periferias, favelas, áreas de proteção ambiental permanente e encostas de morro, na penumbra das ações públicas, onde os problemas sociais de moradia, segurança, saneamento, entre outros, são extremos. "Como conseqüência, a parte irregular da cidade cresce com maior velocidade que a parte regularizada. Esta, por sua vez, na maioria das vezes, melhora as condições de vida da minoria, o que aumenta o fosso social e se torna instrumento de discriminação e de domínio" (Benévolo *apud* Rossit, 2005, p. 72).

A constituição da cidade em duas porções territoriais, legal e ilegal, faz parte do mesmo processo de desenvolvimento do espaço urbano. Contribuiu para a formação deste quadro fatores como: a) a ordem jurídica vigente, que não priorizava uma política habitacional de cunho social; b) a ausência de alternativas oferecidas pelo mercado imobiliário para o acesso à moradia, reservando o espaço urbano dotado de infra-estrutura e serviços públicos para a especulação do mercado, com preços elevados, não acessíveis às camadas mais pobres da população e; c) a falta de planejamento urbano ou, o planejamento ineficaz para a resolução de tais problemas. Assim, "um número cada vez maior de brasileiros encontra nas favelas e nos loteamentos periféricos a única forma possível de acesso ao solo urbano e à moradia" (Fernandes, 2002, p. 50-55).

Porém, a ilegalidade do acesso às cidades não é um fator exclusivamente da população mais pobre, visto que, entre os grupos mais privilegiados existem os chamados "condomínios fechados", configurando também uma prática ilegal de

desrespeito às normas urbanísticas, pois impedem a livre circulação de todos nas ruas e o livre acesso às praias (Fernandes, 2002, p. 51).

O processo de urbanização das cidades brasileiras é marcado por fatores de relevância social e que afetam a vida da população. As cidades cresceram de maneira desordenada e o solo urbano foi usado como um meio de especulação imobiliária, tornando-se de difícil acesso às pessoas mais pobres, obrigando-as a procurarem lugares mais afastados, periféricos e de risco, para terem "direito" a um lugar na cidade. Nessa feita, o urbanismo surge para tentar superar estes problemas, normatizando e planejando a ocupação das cidades com vistas ao desenvolvimento sustentável, com justiça social, proteção ambiental e desenvolvimento econômico para todos.

3. Direito urbanístico

O urbanismo foi utilizado para resolver os problemas decorrentes do processo de urbanização. São as regras urbanísticas que dão ensejo ao aparecimento do Direito Urbanístico. E é por meio do Direito Urbanístico que o Poder Público pode atuar sobre as relações urbanas que, com a degradação das cidades em face do crescimento célere e desordenado, modificam-se rapidamente, trazendo como conseqüência alteração dos padrões urbanos. "O Direito Urbanístico preocupa-se com o desenvolvimento da cidade, para assegurar, através do emprego de todos os recursos técnicos disponíveis, vida condigna a toda a população" (Leal, 2003, p. 149).

A atuação urbanística é uma atividade do Poder Público, visto que a urbanização gera desordenação das cidades, conflitos entre interesses coletivos e interesse dos proprietários e caos público. A composição destes problemas é função das normas que compõem o Direito Urbanístico.

Grande parte dos problemas enfrentados pelo Brasil reside na constituição da cidade ilegal, que causa exclusão social e segregação espacial. Assim, um grande número de pessoas é levado a descumprir as leis para conseguir moradia, vivendo sem as condições básicas de vida, pois estão fora da área de abrangência do direito e dos serviços públicos. "Como objetivo, o Direito Urbanístico visa promover o controle jurídico do desenvolvimento urbano, isto é, dos vários processos de uso, ocupação, parcelamento e gestão do solo nas cidades" (Fernandes, 2002, p. 60).

O Direito Urbanístico guarda estrita relação com a cidade, pois sua formação deveu-se ao processo de urbanização e aos problemas daí decorrentes. As normas urbanísticas vêm para regular essa realidade urbana e transformá-la. "Como o direito surge para regular a realidade existente, mister a função do Direito Urbanístico, entendido com o conjunto de preceitos que disciplinam ou limitam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos" (Sobrane, 2005, p. 213).

Como a realidade urbana apresenta problemas diversos, as normas de Direito Urbanístico formam um conjunto coerente em razão do objeto a ser transformado, resultando um complexo de três espécies de normas urbanísticas:

a) normas de sistematização urbanística, que estruturam os instrumentos de organização dos espaços habitáveis;

b) normas de intervenção urbanística, que se referem à delimitação e limitações ao direito de propriedade e ao direito de construir e;

c) normas de controle urbanístico, que são aquelas destinadas a reger a conduta dos indivíduos quanto ao uso do solo (Afonso da Silva, 1981, p. 76).

Enfim, as normas urbanísticas devem regrar a ação do Poder Público e dos particulares e estar voltadas para o desenvolvimento urbano, de maneira a ordenar a ocupação do solo e solucionar eventuais conflitos sociais decorrentes do processo de urbanização, tendo em vista, sempre, um melhor padrão de vida para toda a sociedade.

4. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DIREITO URBANÍSTICO E ESTATUTO DAS CIDADES

Os problemas enfrentados pelas cidades, bem como o modelo de planejamento urbano, passam a ser discutidos por movimentos sociais urbanos que estimulam o debate sobre a eficácia da legislação urbanística, principalmente no que se refere à cidade real e, sobretudo, à responsabilidade do Poder Público com a cidade ilegal. A legislação precisa reconhecer a cidade real, que abrange uma porção irregular, e as propostas do poder público devem ser reformuladas a fim de abranger, também, essa realidade. Por meio da Emenda Popular da Reforma Urbana, encaminhada ao Congresso Constituinte em 1988 pelo Movimento Nacional pela Reforma Urbana foi proposto um novo modelo de planejamento, diferente do "planejamento de gabinete". O novo modelo deveria corresponder ao interesse público dos moradores da cidade, a partir de suas necessidades reais. A nova legislação parte de uma leitura da cidade real, envolvendo temas e questões relativos aos aspectos urbanos, sociais, econômicos e ambientais, que embasa a adoção de políticas públicas realistas. Desta forma, é definida uma concepção de intervenção no território que se afasta da ficção tecnocrática dos velhos planejamentos, que tudo prometiam, porém não foram capazes de solucionar os problemas urbanos (Rolnik, 2001, p. 40).

Durante o processo de consolidação da Constituição brasileira de 1988, o Movimento Nacional pela Reforma Urbana, composto por vários segmentos da sociedade, representando os interesses da população das cidades, lutou para que o texto constitucional incluísse instrumentos que levassem à instauração da função social da cidade e da propriedade no processo de construção das cidades. Como resultado dessa luta a Constituição Federal brasileira de 1988 destinou um capítulo específico para a política urbana, contemplando o direito à cidade sustentável (Rolnik, 2001, p. 21).

Assim, na Constituição Federal de 1988 está presente um capítulo destinado à Política Urbana, qual seja, o capítulo II do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira. Neste capítulo, formado pelos arts. 182 e 183 estão previstos os parâmetros gerais da política de desenvolvimento urbano, que deverão ser executados pelo Poder Público Municipal conforme diretrizes gerais fixadas em lei, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o desenvolvimento sustentável. Dessa maneira, o Direito Urba-

nístico recebe base constitucional com o regramento das diretrizes do desenvolvimento urbano e do planejamento urbanístico, com respeito às funções sociais da cidade e da propriedade urbana como princípios urbanísticos voltados para a organização do espaço urbano.

No entanto, o art. 182 da CF/88 determinou que a política de desenvolvimento urbano fosse executada conforme diretrizes gerais fixadas em lei. Assim, embora citadas as funções sociais da cidade e da propriedade urbana, sua efetivação depende de uma regulamentação posterior mediante edição de lei ordinária federal. Essa lei é o Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001).

O Senador Pompeu de Souza (PMDB) elaborou o Projeto 181/89. Aprovado pelo Senado Federal em 1990, o projeto foi encaminhado para a Câmara dos Deputados, sendo transformado no Projeto Lei 5.788/90. Permaneceu aí, praticamente parado, até 1997. Reiniciada a tramitação legal, durando mais quatro anos, foi finalmente votado, aprovado e sancionado em 2001 (Osório, 2002). Entra em vigor no dia 10.10.2001 a Lei Federal 10.257, denominada Estatuto das Cidades. Uma Lei Federal que regulamenta o capítulo da Política Urbana da Constituição brasileira, definindo novos princípios e objetivos, diretrizes e instrumentos urbanísticos.

O Estatuto das Cidades consolida o direito urbanístico brasileiro: fixa conceitos; edita normas gerais de direito urbanístico e diretrizes para o desenvolvimento urbano; cria e regulamenta instrumentos importantes à operatividade do direito urbanístico; e confere articulação interna entre os instrumentos de política urbana e externa entre o próprio Estatuto das Cidades e outros sistemas normativos (Sundfeld, 2002, p. 52). O país conta agora com uma lei adequada à nova ordem constitucional vigente desde 1988, mas que também não nega a realidade em questão vivida pelo país, pois o Estatuto das Cidades visa regulamentar os problemas urbanos, enfrentados pelo processo de urbanização nas cidades brasileiras (Ribeiro, 2005, p. 179).

O Estatuto das Cidades oferece condições para a execução da política de desenvolvimento urbano e tem um sentido especial para as cidades brasileiras e para o ordenamento jurídico pátrio, visto que pretende corrigir os graves problemas advindos do processo de urbanização do país e, além disso, estabelece o novo padrão jurídico do Direito Urbanístico dado pela Constituição Federal, qual seja, compreender a cidade como um todo e dar a ela e a propriedade urbana função social, visando conceder à sociedade melhores condições de vida (Alfonsin, 2002, p. 107).

5. Função social da cidade e da propriedade urbana

O Estatuto das Cidades, regulamentando a norma constitucional do art. 182, dispôs em seu art. 2.° que a finalidade da política urbana é ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

O processo de urbanização das cidades brasileiras desacompanhado de um planejamento público capaz de regular este fenômeno gerou diversos problemas urbanos, ligados à ordenação dos espaços habitáveis. Não obstante a falta de competência da Administração Pública em tratar do problema, o mercado

imobiliário contribuiu em muito para o seu agravamento. A propriedade urbana das áreas centrais ou providas de serviços e infra-estrutura pública foi usada para especulação imobiliária, o que elevou em muito o seu preço e dificultou o acesso a ela por parte das camadas mais pobres da população.

Essa maneira de usar a propriedade urbana tem-se pautado em uma noção de direito de propriedade individual e irrestrito. Noção esta, dada pelo Código Civil de 1916, editado sobre as bases de um país eminentemente rural. Esta noção serviu aos interesses econômicos do mercado imobiliário. Apesar de o novo Código Civil de 2002 não contemplar esta visão, nos tribunais brasileiros verifica-se, ainda arraigada, a visão privatística do direito de propriedade, o que se configura um entrave à atuação do Poder Público na ordenação do desenvolvimento urbano. Ou seja, esta ideologia de propriedade privada ilimitada não está presente somente na sociedade brasileira, mas é percebida também no conservadorismo de alguns magistrados e juristas, que ainda entendem o direito à propriedade urbana como "natural, intocável e quase sagrado". Esta posição é favorável aos interesses econômicos do mercado imobiliário e vai de encontro à construção de uma sociedade mais justa e igual, com condições de vida digna para todos os cidadãos (Fernandes, 2002, p. 38).

No entanto, a Constituição Federal e o Estatuto das Cidades propõem uma mudança de paradigmas conceituais na compreensão da propriedade urbana, substituindo o princípio individualista adotado pelos civilistas, pelo princípio da função social da propriedade (Fernandes, 2002, p. 36-37).

Salienta-se que, apesar de a função social da propriedade estar prevista desde 1934 nas Constituições Federais, este princípio jamais foi eficaz. Apenas com o advento da Carta Política de 1988 que a função social da propriedade passa a ser elemento do direito de propriedade (art. 5.°, XXII e XXIII). Ou seja, o direito de propriedade passa a ser tratado como um assunto dentro do campo das normas de ordem pública e interesse social, e o seu uso deverá se dar em função do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. "O fundamento da propriedade privada passa a ser sua finalidade, significando que a função social atua como fonte da imposição de comportamentos positivos" (Osório, 2002, p. 70).

O direito à propriedade é um direito constitucional assegurado aos cidadãos, porém deverá cumprir a sua função social. "Indubitavelmente, o direito de propriedade garantido pela Constituição não é absoluto, sem quaisquer pautas ou condicionamentos; ao contrário, deve cumprir uma função social" (Dallari, 2002, p. 82). Mauricio Barreira, nesse sentido, afirma que: "estão, pois, os conceitos de propriedade e de função social agora amalgamados, não se concebendo um sem o outro. A função social não age como elemento restritivo ou condicionador do livre exercício dos três elementos que compõem a propriedade, quais sejam, uso, gozo e disposição (Código Civil brasileiro, art. 524); incide, sim, sobre sua própria estrutura, qualificando-o, dando-lhe uma nova natureza intimamente vinculada ao Direito Público, ao cumprimento de objetivos que extrapolam os estreitos limites dos direitos individuais. Tanto assim que já não mais se admite a propriedade como mero instituto de direito civil" (1998, p. 22).

Com o princípio da função social vinculado ao princípio da propriedade urbana, o Direito Urbanístico encontra respaldo constitucional, e a atuação dos Poderes Públicos, no que se refere ao uso da propriedade urbana, recebe um norte normativo na orientação de suas ações. "O princípio da função social da propriedade é a idéia central que confere coerência e racionalidade ao sistema de atos normativos e administrativos que visam à organização conveniente dos espaços habitáveis" (Dallari, 2002, p. 75).

O problema que se instaura é saber quando uma determinada propriedade cumpre ou não sua função social. O § 2.° do art. 182 da CF/88 dispõe que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Assim, quem vai dizer se a propriedade está ou não cumprindo a sua função social é o Plano Diretor.

O Plano Diretor é o principal instrumento de política urbana enumerado no Estatuto das Cidades, previsto nos arts. 39 a 42. O Estatuto das Cidades tratou apenas de regulamentar o disposto no art. 182[1] da CF/88. Porém, considera o Plano Diretor (lei municipal) como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano e, por meio dele, que o Município deverá alcançar os objetivos de tal política, a garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, o cumprimento da função social da propriedade e condições dignas de vida urbana (Saule Júnior, 2002, p. 78).

A competência para desenvolver a política urbana é municipal e é essa esfera que deverá indicar a função social da cidade e da propriedade urbana. Edésio Fernandes ensina que: "cabe especialmente ao governo municipal promover o controle do processo de desenvolvimento urbano, através da formulação de políticas de ordenamento territorial nas quais os interesses individuais dos proprietários de terras e construções urbanas necessariamente coexistam com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos e da cidade como um todo. Para tanto, foi dado ao poder público municipal o poder de, através de leis e diversos instrumentos urbanísticos, determinar a medida desse equilíbrio – possível – entre interesses individuais e coletivos quanto à utilização do solo urbano" (2002, p. 8-9).

Buscando esse equilíbrio necessário entre os interesses público e privado no território urbano que o princípio a função social da propriedade balizará a atuação do Poder Público municipal no atendimento das necessidades de todos os cidadãos, sempre observando as exigências fundamentais da cidade, contidas no Plano Diretor.

Quanto à função social da cidade, este é um assunto pouco tratado pela doutrina,[2] visto que é confundido com a própria função social da propriedade. Em verdade, são dois princípios que apresentam diferenças, embora tênues, talvez porque a função social da propriedade está inserida na função social da cidade. A propriedade, aliada a outros fatores, constitui a cidade, e não o

1. "Art. 182. (...) § 1.° O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana."
2. Para aprofundamento do assunto, ver: SANTIN e LEIDENS, 2006; SANTIN e RIBEIRO, 2005; e GOMES e SANTIN, 2005.

contrário. A função social da cidade, como uma construção coletiva, tem objetivos maiores do que a função social da propriedade isoladamente. A cidade tem "um compromisso com a dignidade da pessoa humana e com a garantia dos direitos humanos fundamentais: moradia, trabalho, saúde, educação, lazer, acesso à justiça, segurança, entre tantos outros". Assim, a cidade deverá tutelar a propriedade para que esta atenda às demandas da vida em coletividade e o desenvolvimento sustentável (Osório, 2002, p. 86).

Fica explícito que o conceito de função social da propriedade urbana coincide com a função social da cidade, pois a ordenação da cidade para garantir o bem-estar de seus habitantes depende que a propriedade cumpra a sua função social. A função social da propriedade faz parte de um todo que engloba outros aspectos urbanos, que é a função social da cidade.

Para que a função social da cidade seja efetiva é necessário o respeito ao cumprimento e efetivação dos preceitos trazidos nos arts. 5.°, 6.°, 7.° e 225 da CF/88, que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos sociais e do direito a um meio ambiente sustentável, respectivamente. Vale dizer que a função social da cidade só é cumprida quando a cidade proporciona à população o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5.°, *caput*) bem como quando todos têm seus direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (art. 6.° da CF/88) (Fiorillo, 2002, p. 23). Acresce-se ainda, o direito a uma cidade sustentável, com crescimento econômico, justiça social e proteção ambiental.

Enfim, a propriedade urbana faz parte de um contexto maior, que envolve o interesse geral das cidades na ordenação de um espaço urbano includente, igual, justo, que garanta os direitos individuais, coletivos, sociais e ambientais da população para esta e para as futuras gerações. Assim, a propriedade urbana deverá ser usada em benefício da coletividade, em prol do interesse público, da segurança e do bem-estar dos cidadãos.

6. INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA

O Estatuto das Cidades, ao regulamentar as exigências constitucionais, estabeleceu normas relativas à ação do poder público na normatização do uso da propriedade urbana em prol do interesse público. Além disso, fixou importantes princípios básicos que irão nortear o planejamento urbano com vistas a atingir as funções sociais da cidade e da propriedade urbana. A competência para estabelecer quando a propriedade cumpre sua função e para efetivar a ação de ordenação do espaço urbano é do Município. Para isso, foi estabelecido no Estatuto um conjunto inovador de instrumentos de intervenção sobre seus territórios, capaz de aliar a atuação da sociedade política à sociedade civil.

Os problemas decorrentes do processo de urbanização das cidades brasileiras são enormes, podendo-se listar a crise generalizada de moradia e a proliferação de formas de ilegalidade urbana (no que diz respeito ao acesso ao solo e à moradia), produzidas pela combinação entre a falta de políticas habitacionais adequadas e a ausência de opções suficientes e acessíveis oferecidas

pelo mercado imobiliário. Estas situações foram reconhecidas pelo Estatuto das Cidades, que positivou instrumentos de política urbana capazes de combatê-las (Fernandes, 2002, p. 47-48). Diante deste quadro, "o Estatuto das Cidades fornece um instrumental a ser utilizado em matéria urbanística, sobretudo em nível municipal, visando à melhor ordenação do espaço urbano, com observância da proteção ambiental, e à busca de solução para os graves problemas sociais" (Medauar, 2004, p. 17).

A Constituição Federal garantiu competência ao Município para agir no controle da urbanização, e o Estatuto das Cidades regulamentou os instrumentos constitucionais previstos para essa intervenção, como também criou um rol mais amplo de instrumentos. Tais instrumentos podem e devem ser usados pelos Municípios a fim de que os processos de uso, desenvolvimento e ocupação do solo urbano, sejam satisfatórios e para que as cidades brasileiras possam oferecer melhores condições de vida para a população, oferecendo condições de regularização fundiária às cidades ilegais e inibindo o uso da propriedade para fins especulativos, o que causa exclusão social e mau ordenamento espacial (Fernandes, 2002, p. 9).

O Capítulo II do Estatuto das Cidades, "Dos instrumentos da política urbana", enumera no seu art. 4.º um rol de instrumentos de planejamento, urbanísticos, jurídicos, tributários e financeiros e de gestão, que são colocados à disposição do Poder Público com vistas à implementação de uma nova Política Urbana no Brasil e o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. É o capítulo que oferece aos Municípios os instrumentos que darão consistência e eficácia à Política Urbana (Alfonsin, 2002, p. 108).

Cabe salientar que os instrumentos da Política Urbana presentes no Estatuto das Cidades guardam relação com o movimento pela Reforma Urbana, pois em sua grande maioria já vinham sendo defendidos por ele com vistas à desenvolver uma cidade mais justa. O movimento pela Reforma Urbana foi de suma importância durante o processo de elaboração da Constituição Federal e principalmente para a adoção do Capítulo destinado à Política Urbana. Assim, a maior parte dos instrumentos funda-se no ideário da Reforma Urbana desenvolvido nas décadas de 70 e 80, que tinha a preocupação em ordenar o pleno e justo desenvolvimento das cidades (Alfonsin, 2002, p. 108).

O Estatuto das Cidades apresenta uma lógica na sua elaboração, na qual a aplicação dos instrumentos de Política Urbana deve zelar pela orientação imposta pelas diretrizes gerais, que são normas balizadoras e indutoras da Política Urbana, com a finalidade de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana e garantir o bem-estar dos habitantes. A partir do Estatuto das Cidades, os municípios brasileiros possuem as condições de executar uma política urbana articulada, amparada por princípios e diretrizes claras e traduzida em instrumentos capazes de intervir, de forma eficaz, sobre as mazelas do urbano. A atuação do Poder Público para intervir nas questões urbanísticas está instrumentalizada.

O Estatuto das Cidades trouxe inovações em três campos no que se refere aos instrumentos urbanísticos para intervenção nas cidades: no primeiro conjunto são tratados os instrumentos voltados para induzir e normatizar as formas de

ocupação do solo, levando-se em conta a realidade especulativa do mercado imobiliário com vistas a evitá-la; o segundo conjunto de instrumentos tem por finalidade regular as posses urbanas que estão situadas entre a legalidade e a ilegalidade da ocupação; e por fim, o terceiro conjunto de instrumentos prevê uma nova estratégia de gestão das administrações públicas, incorporando a idéia de participação direta do cidadão nos processos decisórios de relevante interesse para a sociedade (Rolnik, 2001, p. 37).

Nota-se que a aprovação do Estatuto das Cidades vem para consolidar o Direito Urbanístico brasileiro, que já encontra respaldo na ordem constitucional vigente. O Poder Público está orientado pela legislação constitucional e infraconstitucional a intervir de maneira efetiva sobre os graves problemas sociais enfrentados pelas cidades brasileiras devido ao processo de urbanização. Os Municípios brasileiros, como entes federativos competentes para atuar na área urbanística, estão dotados de princípios, diretrizes gerais e instrumentos de política urbana, alguns já disciplinados pela Carta Magna, outros criados pelo próprio Estatuto, mas que, com certeza, serão as ferramentas capazes de iniciar a reconstrução de cidades mais justas e que ofereçam as condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade e bem-estar da população.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acelerado processo de urbanização no Brasil, que gerou inúmeros problemas para as cidades, principalmente no que se refere ao acesso ao solo urbano e às condições dignas de vida, clamava urgentemente por um regramento urbanístico que fosse capaz de mudar esse quadro até então estabelecido.

Devido às pressões de movimentos sociais, tal regramento veio com a Constituição Federal de 1988, que dedicou pela primeira vez na história brasileira um capítulo destinado à política urbana. Esse regramento urbanístico vem ao encontro aos princípios e objetivos do Direito Urbanístico, ainda em formação, mas que com a Constituição foi delineado de maneira mais clara.

No entanto, a Constituição Federal condicionou a política de desenvolvimento urbano à lei federal que fixasse as suas diretrizes gerais. Após longo processo de tramitação, entrou em vigor o Estatuto das Cidades, Lei 10.257/2001, que regulamentou os arts. 182 e 183 da CF/88.

O Estatuto das Cidades passa a ser o novo marco legal urbano, estabelecendo diretrizes gerais que deverão nortear a política urbana e também a aplicação dos instrumentos de reforma urbana, os quais deverão ser aplicados com vistas a viabilizar a reforma urbana brasileira, mudar o quadro de desigualdade e de exclusão social da população e também transformar as cidades em lugares mais justos, humanos e democráticos, observando os princípios da função social da cidade e da propriedade urbana.

Por fim, os instrumentos previstos no Estatuto das Cidades devem servir para a formulação da política urbana em cada município, conforme a realidade e as especificidades de cada lugar, mediante a elaboração do Plano Diretor Municipal. É objetivo a ser atingido por meio da utilização dos instrumentos o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, ou

seja, a aplicação dos instrumentos deverá garantir a toda a população o acesso à cidade e a propriedade particular deverá atender aos interesses da coletividade.

8. Bibliografia

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Dos instrumentos da política urbana. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da Cidade comentado* (Lei 10.257 de 10.07.2001). Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 107-129.

BARREIRA, Maurício Balesdent. Direito urbanístico e o município. In: FERNANDES, Edésio (Coord.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 15-32.

DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* – Comentários à Lei Federal. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 71-86.

FERNANDES, Edésio. Apresentação: um novo estatuto para as cidades brasileiras. In: OSÓRIO, Letícia Marques. *Estatuto da Cidade e reforma urbana:* novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 7-13.

_____. Direito do urbanismo: entre a "cidade legal" e a "cidade ilegal". In: FERNANDES, Edésio (Coord.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 3-14.

_____. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do direito urbanístico no Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da Cidade comentado (Lei 10.257, de 10.07.2001)*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 31-64.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Estatuto da Cidade comentado:* Lei 10.257/2001: lei do meio ambiente artificial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Daniela; SANTIN, J. R. O Estatuto da Cidade: a função social da propriedade urbana. *Revista do Direito* 24/127-143, Santa Cruz do Sul, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico. Condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MEDAUAR, Odete. Diretrizes gerais. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da Cidade:* Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 15-40.

MENEGASSI, Jacqueline; OSÓRIO, Letícia Marques. A reapropriação das cidades no contexto da globalização. In: OSÓRIO, Letícia Marques. *Estatuto da Cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 39-60.

OSORIO, Letícia Marques. Diretrizes gerais. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da Cidade comentado (Lei 10.257, de 10.07.2001)*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 67-106.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Uma cidade para todos. In: GARCIA, Maria (Coord.). *A cidade e seu estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 165-204.

ROLNIK, Raquel. Guia para implementação do estatuto da cidade. Disponível em <https://webp.caixa.gov.br/urbanizacao/caixacidade/links_menu_lat_esq.asp>. Acesso em: 08.10. 2006.

ROSA, Eliane M. Meira. A cidade antiga e a nova cidade. In: GARCIA, Maria (Coord.). *A cidade e seu estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 1-26.

ROSSIT, Liliana Allodi. Das cidades fortificadas aos loteamentos fechados. In: GARCIA, Maria (Coord.). *A cidade e seu estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 55-92.

SAULE JR., Nelson. Estatuto da Cidade e o Plano Diretor – Possibilidades de uma nova ordem legal e urbana justa e democrática. In: OSÓRIO, Letícia Marques. *Estatuto da Cidade e reforma urbana:* novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 77-119.

SANTIN, Janaína Rigo. LEIDENS, Letícia Virgínia. Plano Diretor: instrumento de efetivação da função social da propriedade urbana e participação popular. *Revista de Direito Municipal* 20/25-41, 2006.

———; RIBEIRO, Homero Cruz. Direito de superfície: instrumento para efetivar a função social da propriedade à luz do Estatuto da Cidade. *Revista do Direito* 21/71-80, Santa Cruz do Sul-RS, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SOBRANE, Márcia Alvarenga de Oliveira. A cidade e sua normatização constitucional urbanística. In: GARCIA, Maria (Coord.). *A cidade e seu estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 205-230.

SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da cidade e suas diretrizes. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da Cidade* – Comentários à Lei Federal. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60.

3

O Registro de Imóveis e o princípio da fé-pública registral

MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Registrador Imobiliário em Araçatuba-SP

Para Daniela, meu amor, esposa e testemunha de minha dedicação ao estudo do direito registrário.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo amor e pela dedicação em minha criação.
Ao meu amigo Sérgio Jacomino pelo incentivo.
Aos meus filhos, pelo amor e carinho.
Ao Prof. Francisco Rezende pela amizade e pelos ensinamentos.

"A publicidade registral é um dos tesouros mais preciosos da maturidade do espírito jurídico, uma nova forma de ser o direito e a propriedade, sobre a qual se assenta o sistema financeiro, a tutela do crédito e relações bancárias modernas." – JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI

RESUMO: A função primária do Registro de Imóveis no mercado imobiliário brasileiro; necessidade de desenvolvimento e aprimoramento dos efeitos gerados pelo registro ou inscrição; a segurança jurídica decorrente do registro com relação à proteção de terceiros adquirentes de boa-fé; o problema da fraude à execução no Brasil e o direito de propriedade; fé-pública registral do Direito Espanhol no Brasil; estudo das vantagens da adoção do princípio que já possui fortes características daquele sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de Imóveis – Fraude de execução – Princípios registrários – Princípio da fé-pública registral – Princípio da legitimação.

RESUMEN: La función primaria del Registro de Propiedad el en mercado inmobiliario brasileño; necesidad de desarrollo y perfeccionamiento de los efectos generados por el registro o inscripción; la seguridad jurídica proveniente del registro concerniente a la protección de terceros adquirientes de buena fe; el problema del fraude a la ejecución en Brasil y el derecho de propiedad; fe pública registral del Derecho Español en Brasil; estudio de las ventajas de la adopción del principio que ya posee fuertes características de aquel sistema.

PALABRAS LLAVES: Registro de Propiedad – Fraude de ejecución – Principios registrales – Principio de la fe pública registral – Principio de la legitimación.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Natureza jurídica do Registro de Imóveis – 3. Definição – 4. Evolução histórica – 5. As funções do Registro de Imóveis – 6. A segurança jurídica gerada pelo registro no direito brasileiro – 7. O problema da fraude de execução – 8. Fraude de execução antes da Lei 11.382, de 06.12.2006 – 9. Averbação premonitória introduzida pela Lei 11.382/2006 – 10. O princípio da fé-pública registral do direito espanhol: 10.1 Efeitos da nulidade ou anulabilidade do ato ou contrato registrado; 10.2 Limites da fé-pública registral; 10.3 A usucapião e o Registro; 10.4 A qualificação registrária no direito espanhol – 11. Nulidade registrária de pleno direito – 12. Boa-fé objetiva do Código Civil de 2002 – 13. Conclusão – 14. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Registro de Imóveis no Brasil passa por momento único em sua história, com o desenvolvimento acadêmico-doutrinário do instituto, mormente pela atuação sempre eficaz dos Registradores, que após a Constituição Federal receberam autonomia e tratamento jurídico adequados, além do critério rigoroso de seleção por meio de concurso público, garantindo qualidade profissional nunca antes atingida. Tornou-se necessário melhorar e adequar o ordenamento jurídico, conferindo mais força aos efeitos produzidos pelo Registro de Imóveis.

O chamado efeito da globalização trouxe resultados positivos ao direito civil, e, em especial, ao Registro de Imóveis brasileiro. Países desenvolvidos por séculos trilharam e elegeram os melhores métodos de transmissão de propriedade imobiliária e, por coincidência ou felicidade de nossos legisladores e doutrinadores – citando em especial Clóvis Bevilacqua, na elaboração do Código Civil de 1916 – adotaram o Registro de Imóveis como modelo ideal.

No entanto, malgrado nosso sistema de transmissão de bens imóveis seja um dos mais eficazes, é notório que a legislação que o alicerça está desatualizada e necessita acompanhar a evolução do próprio instituto, aliás, o que é compreensível e ordinário no direito que sempre se esforça para se adequar à evolução da sociedade em geral.

Partindo desse pressuposto, elegemos o sistema de transmissão de propriedade da Espanha como paradigma para desenvolvermos um estudo, tentando aplicar princípios e fórmulas já centenários, especialmente o princípio da fé-pública, base daquele sistema e que tem sido de fundamental importância para a segurança jurídica do tráfego imobiliário.

Por derradeiro, o trabalho também identifica em nosso direito efeitos muito próximos ao da fé-pública registral do direito espanhol, concluindo que se trata de tendência de nosso sistema registrário, que atende a uma necessidade do mercado imobiliário e de segurança jurídica.

2. Natureza jurídica do Registro de Imóveis

O art. 236 da CF/88 dispõe que "os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público". O art. 3.º da Lei 8.935/94, que regulamentou referido dispositivo constitucional, por seu turno, define: "Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, aos quais é delegado o exercício da atividade notarial e de registro."

Delegar consiste em atribuir atividade própria da administração a um ente privado ou público. Assim sendo, conclui-se pela análise dos referidos textos que as atividades notarial e de registro são públicas por excelência, sendo exercidas, contudo, em caráter privado por particulares investidos na função pública por delegação.

Ressalte-se que a delegação pelo Poder Público é realizada por meio de concurso de provas e títulos, realizado pelo Poder Judiciário, com participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador (art. 15 da Lei 8.935/94), de forma que nenhuma delegação poderá ficar vaga, sem abertura de concurso, por mais de seis meses.

A fiscalização dos atos notariais e de registro é realizada também pelo Poder Judiciário (art. 37 da Lei 8.935/94), que exerce função totalmente atípica ou anômala, ou seja, de caráter administrativo. A legislação estadual deve fixar a competência sobre a fiscalização, sendo que no Estado de São Paulo é exercida pelo Corregedor Geral da Justiça e pelos Juízes de Direito investidos na função de corregedores permanentes.

Walter Ceneviva, comentando o referido art. 37, esclarece que, fiscalização "tem, neste dispositivo, significado amplo. A normalidade da ação de fiscalizar compreende as ações de examinar e submeter à vigilância os atos do delegado e ou os documentos do serviço".[1]

Em que pese a possibilidade de seus atos serem submetidos à fiscalização do Poder Judiciário, tem o Oficial ampla autonomia para, no exercício de suas atribuições, tomar decisões, não podendo se valer do órgão fiscalizador para se eximir de eventual responsabilidade, como suscitar dúvida por receio ou desconhecimento jurídico. O Oficial e o Poder Judiciário possuem funções próprias, outorgadas pela Constituição Federal, plenamente delimitadas em legislação federal, sendo inadmissível a invasão de atribuições ou competência. Ocorre que, muitas vezes, não é fácil esta distinção, principalmente quando o Oficial Registrador qualifica títulos judiciais. O registrador, indubitavelmente, não é investido de poderes a questionar a soberana composição de litígio, contudo, lhe compete o exame do título à luz dos princípios norteadores do registro de imóveis.[2]

Para que a fiscalização seja eficaz e atuante, a Lei 8.935/94 confere ao juiz corregedor o poder de aplicar, de acordo com o grau de gravidade do ato praticado pelo oficial ou tabelião, as penas de repreensão, multa, suspensão e perda

1. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores comentada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 193.
2. Acórdão 87-0, São Bernardo do Campo, 29.12.1980, Des. Adriano Marrey.

da delegação, respeitados sempre os direitos ao contraditório e à ampla defesa, garantidos pela Constituição Federal. A perda da delegação poderá ser decretada, ainda, através de sentença judicial transitada em julgado.

A EC 45, de 08.12.2004, criou o Conselho Nacional de Justiça, estabelecendo, entre outras funções, "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" (art. 103-B, § 4.°, III, da CF/88).

Ao submeter registradores e tabeliães à fiscalização do Conselho Nacional de Justiça, foi reativada a discussão sobre a natureza jurídica dos serviços, pois o órgão censório foi criado especialmente para fiscalizar as atividades de integrantes do Poder Judiciário, o que pode levar o intérprete à conclusão de que os serviços notariais e de registro são típicos daquele poder.

Não obstante, nos parece mais lógico adotar a corrente de que os registradores imobiliários são fiscalizados pelo Conselho Nacional de Justiça por desempenharem função que se assemelha à do Poder Judiciário, principalmente quando qualifica títulos e autoriza a constituição do direito de propriedade, somente alcançável em alguns países por sentença judicial. Outro fator importante para compreensão do tema é a promulgação da Lei 10.931/2004 que outorgou ao registrador imobiliário a presidência dos procedimentos de retificação de registro, anteriormente de competência do Poder Judiciário.

A responsabilidade dos oficiais de registro e tabeliães é objetiva, independe de culpa, praticado o ato lesivo e verificado o nexo de causalidade com a conduta do registrador ou tabelião ou de seu preposto, será oficial ou tabelião responsabilizado civil e administrativamente, assegurado o direito de regresso contra os prepostos, no caso de dolo ou culpa (art. 22 da Lei 8.935/94).

O STF nos últimos julgados tem decidido no sentido da responsabilidade objetiva ser do Estado, cabendo ação de regresso deste em face do delegado, aplicando-se o art. 37, § 6.°, da CF/88. Rui Stoco, seguindo o mesmo entendimento do pretório excelso, em artigo publicado na *Revista dos Tribunais* de abril de 1995, concluiu que a responsabilidade objetiva deve ser atribuída somente ao Estado, pois não se pode responsabilizar objetivamente o Estado e seu agente pelo mesmo fato, posto que responsabilizado um, não se pode exigir a indenização do outro; bem como a interpretação do art. 22 da Lei 8.935/94 não deve ser literal, mas sim teleológica, procurando a finalidade da norma que deve ser compatível com o art. 37, § 6.°, da CF/88, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

José Renato Nalini, interpretando o respectivo dispositivo, esclarece que "em tese, o notário ou registrador sempre terão responsabilidade que independe

de culpa pessoal, *mas pela culpa na má execução do serviço,* aproximada à responsabilidade objetiva".[3]

Por derradeiro, com relação à responsabilidade criminal, tanto o oficial ou tabelião (agentes delegados), como seus prepostos (particulares) são equiparados para efeitos penais, a funcionários públicos (art. 327 do CP), estando sujeitos, no caso de processo crime, à tipificação dos crimes próprios ou impróprios praticados por funcionários públicos, bem como ao procedimento processual especial previsto nos arts. 513 e seguintes do CPP para os crimes afiançáveis, exemplificando, o escrevente que subtrai para si ou para outrem verba destinada ao pagamento das custas devidas ao Estado comete o crime de peculato previsto no art. 312 do CP e não o de furto (art. 155 do mesmo Código).

3. Definição

A Lei de Registros Públicos não define registros públicos ou o que vem a ser registro de imóveis, aliás, sábia opção legislativa, pois essa tarefa deve ser atribuída à doutrina. O art. 1.º da Lei 8.935/94, por seu turno, define serviços notariais e de registro como sendo serviços "de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos".

O doutrinador português Carlos Ferreira de Almeida possui excelente definição sobre Registro Público, segundo o jurista:

"Registro público é o assento efetuado por um oficial público e constante de livros públicos, do livre conhecimento, direto ou indireto, por todos os interessados, no qual se atestam fatos jurídicos conformes com a lei e referentes a uma pessoa ou a uma coisa, fatos entre si conectados pela referência a um assento considerado principal, de modo a assegurar o conhecimento por terceiros da respectiva situação jurídica, e do qual a lei faz derivar, como efeitos mínimos, a presunção do seu conhecimento e a capacidade probatória."[4]

Aguiar Vallim define Registro de Imóveis como "serventia da Justiça encarregada de trasladar para os seus livros os atos jurídicos relativos aos bens imóveis, dando publicidade a estes atos que então se presumem autênticos, seguros e eficazes contra todos".[5]

Não obstante a qualidade conceitual do ilustre doutrinador, critica-se a expressão "encarregada de trasladar" em virtude do Registro de Imóveis não somente transportar, mas também conferir uma eficácia constitutiva para a maioria dos títulos por ele recepcionados, gerando o direito real.

Destarte, podemos definir o Registro de Imóveis como órgão auxiliar do Direito Civil, destinado ao assentamento de títulos públicos e privados, outorgando-lhes oponibilidade a terceiros, com ampla publicidade e destinado ao

3. NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques. *Registro de Imóveis e Notas* – Responsabilidade civil e disciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 93.
4. *Publicidade e teoria dos registros.* Coimbra: Almedina, 1966. p. 97.
5. *Direito Imobiliário brasileiro* (doutrina e prática). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 66.

controle, eficácia, segurança e autenticidade das relações jurídicas envolvendo imóveis, garantindo-lhes presunção relativa da prova da propriedade.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A princípio, na descoberta do Brasil, o Rei de Portugal adquiriu o título originário da posse, dividindo o novo território em capitanias hereditárias governadas por donatários, que cediam parcialmente seus direitos possessórios aos moradores das capitanias através de *cartas de sesmaria*.[6] As sesmarias eram concedidas primeiro pelos donatários das capitanias hereditárias, depois pelo governo geral, mais tarde pela Coroa de Portugal.

Dessa forma, não havia propriedade nos moldes em que conhecemos hoje, era em torno da posse que giravam todas as relações econômicas.

O regime das *sesmarias* durou até a independência do Brasil (1822), sendo que somente em 1850, com a Lei 601 e seu Regulamento 1.318, de 1854, a posse foi legitimada sendo que, todas as posses que fossem levadas ao livro da Paróquia Católica (Registro do Vigário), eram separadas do domínio público, tendo caráter obrigatório o registro das posses dos possuidores de terras devolutas.

A propriedade nessa época não se transmitia pelo contrato, mas pela tradição, que é a entrega real ou simbólica da coisa, sendo o registro do vigário um controle essencialmente possessório.

Em 1843 surgiu a Lei Orçamentária 317, que criou o registro de hipotecas, objetivando tornar a terra a base para o crédito, porém nos ensina Afrânio de Carvalho que "o registro de hipotecas não deu os resultados esperados por lhe faltarem os requisitos de especialidade e publicidade".[7]

Em 1864 surgiu a Lei 1.237 estabelecendo o Registro Geral e denominada por muitos juristas como o embrião do Registro de Imóveis. A Lei substitui a tradição pela transcrição como modo de transferência, continuando o contrato a gerar efeitos obrigacionais. Ressalte-se, porém, que esse registro não era prova de propriedade, nem mesmo como presunção relativa, sendo que o autor precisava prová-la por outras vias como a reivindicatória.

Em 1890 a Lei 1.237 foi substituída pelo Dec. 169-A e seu Regulamento, Dec. 370, contudo, substancialmente, nada foi alterado.

Com o advento do Código Civil de 1916, o Registro Geral foi substituído pelo Registro de Imóveis, mantendo-se a transcrição, entretanto, com uma mudança substancial, foi lhe dada nova roupagem, resultando em prova da propriedade *juris tantum*, ou seja, admitindo prova em contrário. O Código trata da matéria nos arts. 856 e seguintes.

Com o Regulamento da Lei 4.827, de 1924, consubstanciado no Dec. 18.542, de 1928, foi introduzido no sistema registrário o princípio da continuidade, exigindo-se, para qualquer transcrição ou inscrição, o registro do título anterior.

6. Trechos de terras incultas que os donatários podiam dar aos moradores da capitania, gratuitamente, para que as cultivassem – B. – Costa Porto. *Estudo sobre o sistema sesmarial*. Imprensa Universitária. Recife, 1965.
7. *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 14.

O Regulamento subseqüente, n. 4.857 de 1939, nos ensina Afrânio de Carvalho, corrigiu a terminologia do ordenamento anterior, separando os atos sujeitos à transcrição e inscrição. Os primeiros referentes aos atos de transmissão da propriedade; os segundos à constituição de ônus reais.

Em 1973 surgiu a Lei 6.015, que reuniu em diploma legal todos os princípios norteadores do Registro de Imóveis, aperfeiçoando uns e criando outros, de sorte que, de certa forma, revolucionou o cadastro predial brasileiro, principalmente no que tange aos livros, pois além de reduzir a quantidade, centralizou um livro principal no imóvel, criando a figura da *matrícula*[8] que representa a individualidade do imóvel, sua situação geográfica e perfeita descrição, sofrendo alterações objetivas e subjetivas pela averbação, sempre com um mesmo número de ordem, facilitando sobremaneira as pesquisas e a expedição de certidões.

A Lei 6.015/73 procurou esgotar a matéria relativa a registros públicos, disciplinando-a de forma exaustiva, dividindo os atos praticados no Registro de Imóveis em dois grandes grupos: registro e averbação. O primeiro envolvendo direitos e ônus reais; o segundo, atos relativos à mutação objetiva ou subjetiva da matrícula, conforme se observa de seu art. 167. Tanto a doutrina como a jurisprudência já firmaram entendimento no sentido de que o referido rol é taxativo (*numerus clausus*), somente podendo ser ampliado por vontade legislativa.

O Código Civil de 2002 outorgou maior importância aos registros públicos, consagrou princípios registrários, confirmando a importância do Registro de Imóveis no Brasil e corrigindo algumas imperfeições, mas de um modo geral manteve a mesma linha do anterior. No art. 1.227 foi taxativo, afirmando 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 a 1.247), salvo os casos expressos.

O § 1.º do art. 1.245 dispõe que "enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel". Trata-se de texto redundante porque referido preceito se extrai do art. 1.227, contudo, serve para entender a vontade do legislador reforçando a importância do registro no Registro de Imóveis.

5. As funções do Registro de Imóveis

Antes de tratar propriamente das funções do Registro de Imóveis, importante fazer um breve histórico dos sistemas de transmissão de propriedade.

Estão cada vez mais freqüentes as discussões sobre o sistema ideal de transmissão de bens imóveis. É cediço que o direito de propriedade é exercido contra todos (*erga omnes*), de forma que o consentimento para a configuração e idealização do sistema registrário deve ser fruto de consentimento das pessoas que, mesmo que fictamente, são atingidas pelo efeito da propriedade.

8. Maria Helena Leonel Gandolfo leciona que matrícula: "É um ato de registro, no sentido lato, que dá origem à individualidade do imóvel na sistemática registral brasileira, possuindo um atributo dominial derivado da transcrição da qual se originou". Reflexões sobre a matrícula 17 anos depois. *Revista de Direito Imobiliário* 33, 1994.

Existem basicamente três modelos de sistemas registrários no mundo, são eles:

a) Registro de documentos;

b) Contratação privada; e

c) Registro de direitos.

No primeiro, Registro de Documentos, apenas se traslada e conserva os contratos privados para proporcionar provas documentais da titularidade empregadas posteriormente pelos tribunais, que aplicam uma regra de prioridade, estimulando as partes a depositarem o quanto antes seus títulos. Nesse sistema, atualmente utilizado na França e maior parte dos Estados Unidos, somente se produzem informações, que serão utilizadas em momento ulterior. Para se adquirir um imóvel ou mesmo hipotecá-lo é necessário proceder a uma rigorosa pesquisa para concentrar e depurar as informações, pesquisa essa geralmente patrocinada por profissionais especializados, advogados e principalmente pelas empresas seguradoras de títulos, que controlam o mercado imobiliário norte americano e começam a se estabelecer em países em desenvolvimento como o México, cujo sistema registrário está sofrendo forte pressão, atrapalhando seu natural crescimento.

No sistema de contratação privada, adotado na Inglaterra até a segunda metade do século XX, os tribunais podem reconhecer eficácia real a direitos que tenham permanecido ocultos. Tendo em vista a escassa possibilidade de identificar os direitos reais, a legislação reforça os direitos obrigacionais, mesmo porque as informações sobre a cadeia de títulos são precárias.

Os Registros de direitos, sistema adotado no Brasil, Espanha e Alemanha, contêm informações não dos títulos que ingressam, mas da própria constituição do direito. Para isso, antes da inscrição existe uma forte depuração dos direitos reais, aplicando-se princípios registrários como o da prioridade, trato sucessivo, rogação etc. Em todo caso, os direitos somente serão inscritos quando o registrador determina que não são colidentes com nenhum outro direito real.

Com o advento do Código Civil e alterações efetuadas pela Lei de Registros Públicos, o Registro de Imóveis passou a ter função essencial para o direito brasileiro, de maneira que a maioria das relações patrimoniais envolvendo imóveis passaram a ser controladas por ele, criando e aperfeiçoando o cadastro da propriedade imobiliária. Propriedade essa garantida pela Constituição Federal em seu art. 5.º, XXII, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.[9]

Ressalte-se que o Registro de Imóveis não passou a ser simplesmente um repositório de títulos; muito pelo contrário, transformou-se em verdadeiro órgão controlador de seus aspectos formais, aplicando-se os princípios registrários sem, contudo, interferir na vontade das partes, garantindo a segurança jurídica, a confiabilidade do sistema e a ampla publicidade de seus atos.

9. Ademar Fioranelli define propriedade como "direito real que congrega em si todos os poderes originários do domínio, ou seja, o uso, o gozo e a disponibilidade da coisa" (*Direito Registral Imobiliário*. Porto Alegre: Fabris/Irib, 2001. p. 384).

O eminente e atuante registrador paulistano Ademar Fioranelli nos ensina que:

A precisão do Registro Imobiliário no mundo dos negócios é vital para que nele existam, de forma irrepreensível, segurança e confiabilidade, verdadeiros pilares que hão de sustentá-lo. Sem essas bases sólidas, os negócios imobiliários, via de regra vultosos, estariam sujeitos a fraudes, prejuízos, decepções e irreparáveis danos aqueles que dele se valessem. Assim, a segurança e a confiabilidade transmitidas pelo registro é que proporcionam a estabilidade nas relações entre os participantes dos múltiplos negócios realizados nessa área.[10]

Uma das principais funções do registrador é a análise do título, também chamada qualificação, que é o juízo de valor que o registrador realiza sobre a legalidade dos documentos e sobre a validade e eficácia dos negócios jurídicos contidos neles.[11] Observe-se que a qualificação registrária, cotejando-se com outros sistemas registrários, equivale a uma sentença de mérito de primeira instância anômala, já que não gera coisa julgada.

Apresentado o título a registro o Oficial Registrador irá proceder a aplicação dos princípios registrários ao caso concreto, surgindo a viabilidade ou não do acesso ao fólio real.

Como relatamos, o sistema adotado no Brasil se assemelha ao da Alemanha, no qual existe um título causal que deve ser levado a um órgão que o recepcionará dando-lhe publicidade e constituindo a mutação jurídico-real; ao contrário do que ocorre no direito francês em que basta o título para que o domínio seja transferido. O título gera direitos obrigacionais entre as partes, contudo, somente seu registro lhe confere eficácia *erga omnes*.

A grande diferença entre os sistemas germânico e brasileiro funda-se na presunção que é dada à propriedade. No alemão, uma vez inscrito o título a presunção é absoluta (*juris et de jure*) da propriedade, diferentemente do que ocorre no direito brasileiro em que a presunção é relativa (*juris tantum*) nos termos do § 2.° do art. 1.245, "enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel".

Exceção a esse preceito é o Registro Torrens para imóveis rurais, regulado pelos arts. 277 e seguintes da Lei de Registros Públicos, onde depois de determinado procedimento que inclui a notificação de confrontantes e publicação de

10. Op. cit., p. 381.
11. "Diz-se qualificação registral (imobiliária) o juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição predial, importando no império de seu registro ou de sua irregistração.
O juízo qualificador (enquanto conclusão do procedimento prudencial) pode ser positivo (em ordem a seu fim, que é o registro) ou negativo (desqualificação, juízo desqualificador), de toda sorte consistindo sua mais destacada relevância a imperação de que se registre ou de que não se registre um título. E, exatamente porque a aplicação ao operável é o fim do intelecto prático, o ato de império, na qualificação registral, é o mais relevante dessa complexa decisão prudencial." (DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a qualificação no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário* 29, jan.-jun. 1992.)

editais, será prolatada sentença que depois de registrada, outorgará à propriedade presunção absoluta.

Em síntese, para a aquisição da propriedade do imóvel não basta o simples acordo de vontades entre adquirente e transmitente. O contrato de compra e venda, por exemplo, não é suficiente, por si só, para transmitir o domínio. Essa transferência somente se opera com o registro do título no registro imobiliário, antes dele somente existirá o direito pessoal.

É cediço que o registro no Registro de Imóveis não é a única forma de aquisição da propriedade imóvel, já que nos termos do Código Civil também se adquire a propriedade pela acessão, usucapião, desapropriação e pelo direito hereditário. Porém, mesmo nesses casos é imprescindível o acesso ao Registro de Imóveis para ser preservada a continuidade registrária e eficácia *erga omnes*, possuindo o ato praticado somente efeito declaratório.

Salienta-se que paralelamente a essa atividade do Registro de Imóveis, exerce esse órgão outra função, desta vez atípica e acessória, qual seja, a de fiscalizador de recolhimento de tributos e cooperador do Fisco. Aliás, compreensível que o Estado se valha do Registro de Imóveis para fiscalizar o pagamento dos tributos que lhe são devidos, pois o registro é um ato em parte privado e em parte estatal, pela natureza de sua função.

Desenvolve-se, outrossim, a idéia da utilização do Registro de Imóveis como meio para se combater e evitar burla às leis de parcelamento do solo e condomínio horizontal, bem como ao Código de Defesa do Consumidor, em que podemos destacar decisões da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo no sentido do Oficial Registrador promover a remessa de informações para o Juiz Corregedor Permanente, para o Ministério Público e para a Prefeitura Municipal quando vier a ter ciência de fundados indícios da efetivação de parcelamento irregular de imóvel (Processo CG 18.965/99, de 30.08.1999 e Processo CG 2.588/2000, de 08.06.2001); e quando do arquivamento de contrato padrão em loteamentos ou incorporações imobiliárias observar se não desrespeita às normas cogentes relativas ao Código de Defesa do Consumidor (Processo CG 1.955/98, de 23.02.1999).

Outra função que vem ganhando importância é a ambiental. A Constituição Federal ao instituir em cláusula pétrea a função social da propriedade (art. 5.°, XXIII) e ao declarar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) atribuiu ao Registro de Imóveis características que outrora não possuía, como a necessidade de incorporação do conceito de função social da propriedade e do meio ambiente, percepção claramente observada pelo legislador no Estatuto das Cidades e na legislação ambiental, o que também se aplica ao Direito Urbanístico que evoluiu muito nos últimos anos.

Fácil a percepção da importância do Registro de Imóveis no Brasil que durante esses anos de existência sofreu significativa evolução, centralizando as informações imobiliárias e servindo de fonte segura e obrigatória para todos os demais ramos do direito.

Não se nega que outrora o Registro de Imóveis era tido como órgão eminentemente burocrático, insensível à sua principal finalidade que é o nascimento do direito real, todavia, hodiernamente não é essa a tendência. Nesse sentido

cumpre trazer à colação o entendimento do Presidente do TJSP, Des. Márcio Martins Bonilha, quando ainda Corregedor-Geral da Justiça:

"O Registro de Imóveis não é instituição estática, alheia ao que ocorre à sua volta e, desde que assegurada a segurança jurídica e a confiabilidade do sistema, deve recepcionar títulos instruídos de documentos que importam em superação de óbices ofertados. Não há razão para se transformar a apregoada rigidez formal do sistema registrário em dogma que redunde em negação do próprio direito real, punindo as deficiências anteriores com soluções inadequadas e exigindo perfeição ainda não atingida. A razoabilidade há de pautar a conduta de todos os que atuam na área, com os parâmetros já citados." (ApCív 29.175-0/0-SP, *DOE* 13.06.1996.)

De forma semelhante, já discorria Serpa Lopes:

"Um princípio devem todos ter em vista, quer o Oficial do Registro, quer o próprio Juiz: em matéria de Registro de Imóveis toda a interpretação deve tender para facilitar e não para dificultar o acesso dos títulos ao Registro, de modo que toda a propriedade imobiliária, e todos os direitos sobre ela recaídos fiquem sob o amparo de regime do registro imobiliário e participem de seus benefícios."[12]

Com efeito, não se pode jamais perder de vista que na qualificação do título se está lidando com um dos direitos mais importantes de nossa sociedade que é o *direito de propriedade*, garantido pela Constituição Federal e que não deve ser mitigado por formalismo desnecessário ou legislação ordinária.

6. A SEGURANÇA JURÍDICA GERADA PELO REGISTRO NO DIREITO BRASILEIRO

O Registro de Imóveis como acima foi exposto, vem sendo uma importante ferramenta para a outorga de segurança jurídica para as transações imobiliárias envolvendo imóveis, mas se torna necessário desenvolver sua função econômica e aumentar a segurança de adquirentes e credores com relação às informações prestadas pelo Registro de Imóveis.

O sistema registrário brasileiro possui apenas o princípio da legitimação, uma vez efetuada a inscrição, surge uma presunção *iuris tantum* de exatidão e veracidade, que opera enquanto não se comprove o contrário. Ademais, o titular de domínio (título registrado) poderá fazer cessar qualquer transtorno que questione a propriedade com somente a apresentação da certidão do Registrador atestando sua vigência.

Em razão da qualidade dos registradores imobiliários e da aplicação do princípio da legalidade pela da qualificação, o número de fraudes ou falsificações no direito registrário brasileiro é insignificante em números gerais; sem falar que a informatização, assinatura de documentos eletrônicos e interconexão dos sistemas notariais e registrais irá resolver definitivamente o problema, ressaltando-se que se trata de solução a ser adotada rapidamente no Brasil, já que a tecnologia existe e está disponível há algum tempo no mercado.

Como foi exposto, o Registro de Imóveis brasileiro possui presunção relativa de prova da propriedade e está vinculado umbilicalmente ao título que lhe deu

12. *Tratado dos Registros Públicos*. 3. ed., v. 7, p. 346.

causa, não protegendo futuros adquirentes ou credores desconhecedores da nulidade, o mesmo ocorrendo com relação à insolvência dos proprietários anteriores.

Assim, se o título que deu base ao registro possui algum vício, mesmo após várias alienações, declarada a nulidade do mesmo, todos os registros serão automaticamente cancelados, o que também pode ser aplicado quando o proprietário possui execuções ou está em estado de insolvência, os adquirentes supervenientes podem sofrer diretamente os efeitos de eventual fraude à execução ou fraude contra credores.

7. O PROBLEMA DA FRAUDE DE EXECUÇÃO

O Registro de Imóveis como instituição de direito privado que tem a missão da publicidade de situações jurídicas e controle dos direitos reais, possui relação íntima com os direitos civil e processual civil. É exatamente no relacionamento com o direito processual civil e, em especial nas execuções, que o Registro de Imóveis tem muitas vezes enfrentado problemas que podem abalar a confiabilidade e a certeza geradas por seus atos.

As constrições como penhora, arresto e seqüestro são averbadas para terem efeito contra terceiros no Registro de Imóveis (art. 167 da Lei 6.015/73), servindo de instrumento de alerta para futuros adquirentes ou credores. Ocorre que, muitas vezes as constrições não são publicizadas no Registro de Imóveis, levando credores e adquirentes que confiaram na publicidade registral, a erro da segurança do negócio jurídico, já que existe o instituto processual da fraude de execução.

A fraude de execução deve ser analisada sob dois aspectos depois das alterações introduzidas pela Lei 11.382, de 06.12.2006; isso porque foi criada a figura da averbação premonitória (art. 615-A do CPC) que tornou clara a prova de incidência da fraude processual. Assim, primeiramente vamos analisar o instituto da fraude de execução sem as alterações legislativas e posteriormente, estudaremos o novo instituto processual-registral.

8. FRAUDE DE EXECUÇÃO ANTES DA LEI 11.382, DE 06.12.2006

Na fraude de execução o ato do devedor executado de transmitir o imóvel viola a atividade jurisdicional (art. 593 do CPC). Não se nega que um dos atributos do direito de propriedade é o poder de disposição assegurado ao titular de domínio, mas o patrimônio do devedor é a garantia geral dos credores. Como nos ensina Humberto Theodoro Júnior:

"Daí desaprovar a lei as alienações fraudulentas que provoquem ou agravem a insolvência do devedor, assegurando aos lesados a ação revocatória para fazer retornar ao acervo patrimonial do alienante o objeto indevidamente disposto, para sobre ele incidir a execução. Essa ação, que serve especificamente para os casos de fraude contra credores, comumente denominada ação pauliana, funda-se no duplo pressuposto de *eventus damni* e do *consilium fraud.*

(...)

É, porém, muito mais grave a fraude quando cometida no curso do processo de condenação ou de execução. Além de ser mais evidente o intuito de lesar o

credor, em tal situação a alienação dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair. A fraude frustra, então, a atuação da Justiça, e, por isso, é repelida mais energicamente. *Não há necessidade de nenhuma ação para anular ou desconstituir o ato de disposição fraudulenta, como se estas não tivessem ocorrido. O Bem será de propriedade do terceiro, num autêntico exemplo de responsabilidade sem débito.*" (Grifo nosso.)[13]

O Código de Processo Civil considera fraude de execução, a alienação ou oneração de bens (art. 593):

"I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III – nos demais casos expressos em lei."

A grande discussão da doutrina e jurisprudência era sobre a necessidade ou não do registro[14] no Registro de Imóveis. Amilcar de Castro leciona que a falta de registro:

"Não impede a alegação de fraude contra a execução, e, sim, somente, tem a significação de ficar o exeqüente no ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento, ou de que sobre os bens estava sendo movido litígio fundado em direito real, ou de que pendia contra o alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência."[15]

Importante ressaltar a alteração do Código de Processo Civil pela Lei 10.444, de 07.05.2002, especialmente o § 4.º do art. 659, vejamos:

"§ 4.º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial."

Referida modificação tornou obrigatório o registro da penhora no Registro de Imóveis, e, portanto, não configurando a fraude de execução sem a publicidade registrária, senão provando má-fé do terceiro adquirente no sentido de que tinha ciência da constrição.

Assim, duas eram as situações a considerar:

a) Se a penhora estiver registrada no Registro de Imóveis, a fraude de execução independe de prova, porque a publicidade registrária presume o conhecimento pelo proprietário;

b) Não havendo registro, incumbirá ao credor o ônus de provar as condições legais da fraude de execução, isto é, deverá demonstrar que o terceiro adquirente conhecia a existência da ação pendente contra o alienante.

13. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002. p. 194.
14. A Lei 11.382, de 06.12.2006 alterou ato de registrário de registro para averbação.
15. CASTRO, Almicar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Série Forense, v. 8, n. 125, p. 87. Rio de Janeiro : Forense, 1994.

O entendimento exposto foi consagrado pelo STJ:

"b) Ao invés de prestigiar o credor, tal como acontecia na sistemática anterior, a lei nova passou a proteger o adquirente de boa-fé, de tal modo que o reconhecimento da fraude à execução, de forma presumida *jure et de jure*, somente ocorre quando a penhora estiver registrada no cartório imobiliário;

c) as antigas penhoras, diante da nova sistemática, devem ser objeto de registro, sob pena de não se poder presumir a invalidade de eventual venda do bem no próprio processo executivo;

d) no caso, a exeqüente deve buscar o reconhecimento da fraude à execução nas vias ordinárias. A ausência do registro não acarreta a invalidade da penhora, tampouco inviabiliza a configuração da fraude. Apenas impõe ao credor o ônus de provar que o adquirente tinha ciência da constrição que pesava sobre o imóvel."[16]

Em outro recente julgado (17.05.2004), esta mesma Corte Superior (STJ), nas palavras do Min. Aldir Passarinho Jr., novamente afiançou:

"Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no Cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstância, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução."[17]

"A presunção de que trata o inciso II, do art. 593, do CPC é relativa, e para a configuração da fraude de execução torna-se necessário o registro do gravame. Na sua ausência, incumbe ao exeqüente provar que o terceiro adquirente tinha ciência da ação ou da constrição. Acresce que, pelo § 4.°, do art. 659, do CPC, o registro da penhora não é pressuposto da sua validade, mas, sim, de eficácia *erga omnes*. Recurso conhecido e provido."[18]

Nesse mesmo prisma, já decidiu, igualmente o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

"Para a caracterização da fraude de execução, relativa à alienação de bem constrito, é indispensável a inscrição do gravame no registro competente, cabendo ao exeqüente, na ausência desse registro, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem."[19]

E acerca da reforma ocorrida na legislação processual, implementando tal mudança, pondera ele:

"Exatamente para melhor resguardar o terceiro de boa-fé, a reforma introduzida no Código de Processo Civil pela Lei 8.953/94 acrescentou ao art. 659 daquele estatuto o § 4.°, segundo o qual, 'a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro'."[20]

16. STJ, REsp 494.545-RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 27.09.2004.
17. STJ, REsp 509.062-MT, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* 17.05.2004.
18. STJ, REsp 293.686-SP, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 25.06.2001.
19. STJ, REsp 186.633-MS, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 01.03.1999.
20. STJ, REsp 186.633-MS, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 01.03.1999.

Como sugerido no subtítulo, o problema da fraude de execução ocorre pela facilidade de ocorrência e não simetria com os dados constante do Registro de Imóveis. Com efeito, para se adquirir uma propriedade imobiliária torna-se necessário proceder rigorosa pesquisa nos diversos e possíveis tribunais para se ter relativa certeza da inexistência de ações de execução e até conhecimento em andamento.

A rigor, bastaria a identificação segura do domicílio do devedor, já que se trata do domicílio ordinário das ações fixado pelo Código de Processo Civil (art. 94). Porém, na prática não existe um cadastro oficial de domicílio e o Código Civil acatou a tese da pluralidade de domicílio, o próprio Código de Processo Civil estabeleceu exceções a essa regra, sem falar de legislação especial.

A alteração do Código de Processo Civil pela Lei 10.444, de 07.05.2002, especialmente o § 4.º do art. 659, reforçou a publicidade registrária, mas ainda trazia grande risco ao mercado imobiliário e restringe ou reduz a segurança conferida aos adquirentes de boa-fé, acabando por gerar grande temor para uma aquisição segura de propriedade imobiliária.

Tecnicamente existia a chance de quem adquirisse um imóvel fosse surpreendido por uma decisão declarando fraude de execução, o que pode ser desastroso face aos valores empregados na aquisição da propriedade imobiliária. A experiência tem nos ensinado que o número de fraudes de execução que ingressam no Registro de Imóveis é surpreendente, principalmente decorrentes de supercréditos como o trabalhista e fiscal.

Com relação à fraude contra credores, o risco é semelhante, não obstante, para sua configuração – que gera a anulabilidade do título segundo doutrina e jurisprudência majoritárias – torna-se necessária a propositura de ação própria (pauliana) e a prova do evento danoso e da intenção de fraude, o que torna sua incidência pequena em nosso direito.

9. Averbação premonitória introduzida pela Lei 11.382/2006

A promulgação da Lei 11.382, de 06.12.2006, que mudou o Código de Processo Civil trouxe relevantes alterações na sistemática da fraude de execução, muito provavelmente resolvendo de uma vez por todas esse problema crônico do nosso direito.

Com efeito, referida lei, dentre outras inovações e alterações, introduziu o art. 615-A no CPC, *in verbis*:

"Art. 615-A. O exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ 1.º O exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

§ 2.º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3.º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).

§ 4.º O exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2.º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5.º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo."

O artigo em comento permite ao credor de qualquer ação de execução, através de certidão da distribuição com identificação das partes e valor da causa, requerer ao Registro de Imóveis respectivo a averbação premonitória[21] da existência da ação, servindo esta como prova inequívoca e automática de incidência de fraude de execução.

A princípio, é preciso distinguir a natureza jurídica de referida averbação. Para nós trata-se de simples averbação que formaliza a publicidade-notícia, meramente declaratória não constituindo, extinguindo ou modificando qualquer direito, possuindo duas finalidades claras, a primeira como alerta a futuros adquirentes de que referido imóvel poderá ser afetado ao pagamento de ação de execução; e a outra, conforme referimos, como prova de pleno direito de fraude de execução, em caso de transferência do imóvel.

Não obstante, o fato de tratar-se de publicidade-notícia não afasta os efeitos concretos que a averbação premonitória produz, ou seja, configura prova inequívoca de fraude de execução e, nesse aspecto, não real, acaba por constituir uma condição em eventual alienação do imóvel pelo devedor.

Parece-nos que o legislador brasileiro se inspirou na anotação preventiva do direito registrário espanhol, que malgrado possua efeitos declaratórios é utilizada para publicizar alguns efeitos jurídicos e constituir obrigações.

Manuel Peña Bernaldo de Quirós conceitua anotações preventivas como "assentos de regime peculiar, de caráter provisório e com efeitos específicos, principalmente o de constituir, por si, uma garantia de efetividade contra terceiros em favor de certos direitos que não podem ser inscritos".[22]

O § 2.º do art. 615-A do CPC ratifica a averbação como transitória, informando que a averbação será cancelada quando da efetivação de penhora que garanta todo o valor da dívida, mas não é automática e depende de determinação judicial específica (mandado ou certidão) que contenha a informação de que da decisão que determinou o cancelamento não foi interposto recurso (arts. 250, I, e 259 da Lei de Registros Públicos).

É preciso ressaltar que a regra criada pelo art. 593 do CPC que trata da fraude de execução não se alterou, apenas o momento de sua incidência foi

21. Denominação utilizada pelo Dr. Sergio Jacomino em breve comentário realizado no grupo de discussão virtual "outorgadelegacoes".
22. BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel Pena. *Derecho reales. Derecho Hipotecário*. 4. ed. Madri: Centro de Estudios Registraes, 2001, p. 653: "Son asientos de régimen registral peculiar, de caráter provisional y con efectos específicos, principalmente el de constituir, por sí, una garantía de efectividade contra terceros en favor de ciertos derechos que no pueden ser inscritos."

aclarado, bem como o novel art. 615-A aduz que "o exeqüente poderá" obter a certidão e proceder ao averbamento respectivo e, em nenhum momento condiciona a declaração de fraude ao ato registrário. A ilação que podemos chegar é que a averbação premonitória é uma ferramenta ágil e cristalina para garantir o direito de credores, mas que não deixa de ser uma faculdade, muito embora as vantagens, facilidades e riscos sejam acentuados, o que não a fará cair no esquecimento.

Não optando o credor em proceder à averbação-notícia da propositura da ação de execução, incidirá a regra geral da fraude de execução com uma alteração substancial: se averbada a penhora independerá de prova a fraude; *não existindo averbação da penhora, o credor não poderá alegar a má-fé de terceiro adquirente porque sua boa-fé será presumida.*

Com efeito, não se procedendo a averbação da penhora, entendemos que a possibilidade de configuração de fraude de execução se esgota, já que os instrumentos à disposição do credor são suficientes para garantia de seu direito e o credor que deixar de proceder à averbação premonitória, posteriormente à penhora ou ao arresto, não poderá prejudicar terceiro comprador que adquiriu o imóvel confiando na informação registral, sem falar que a falta de diligência desrespeita o princípio da boa-fé objetiva, introduzido pelo Código Civil de 2002 como veremos em capítulo próprio.

Ressalta-se o risco que correrá o credor que deixar de averbar a propositura da ação e o devedor transmitir seu patrimônio imobiliário entre a data da distribuição e efetiva citação, porque referido lapso de tempo não contará com a proteção processual, não incidindo a fraude de execução por falta de previsão legal, restando ao credor o moroso caminho de uma ação pauliana, tendo que provar o evento danoso e a intenção fraudulenta.

O documento idôneo para a averbação no Registro de Imóveis é a certidão expedida pelo Poder Judiciário, contendo identificação das partes e valor da causa, mas outras informações acessórias serão úteis e até necessárias como o tipo de execução e qualificação das partes, entre outras. No entanto, seria também de grande utilidade e praticidade a aceitação da própria petição inicial que contenha a comprovação da distribuição pelo Poder Judiciário, porque esta possuirá todas as informações necessárias e existentes da ação, facilitando a averbação e tornando o procedimento muito mais célere.

Tendo em vista a Lei 11.382/2006, que fixa a responsabilidade do credor por averbações indevidas, necessária a apresentação ao Registro de Imóveis de requerimento com firma reconhecida (§ 1.º do art. 246 da Lei 6.015/73), autorizando os atos registrários e indicando as matrículas e transcrição de propriedade do devedor.

Por derradeiro, observa-se que a praticidade acabará por outorgar à averbação premonitória efeito semelhante à penhora, que então, também deverá ser averbada (art. 659, § 4.º, do CPC), pelo menos quanto à publicidade perante terceiros. Embora o imóvel não esteja afetado diretamente à satisfação do direito do credor, não podemos negar que a averbação produzirá um efeito quase que coativo ao devedor o qual terá a notícia da execução na matrícula do seu imóvel, servindo como uma notificação registral para o pagamento da dívida.

Ressalte-se ainda, que ao introduzir em nosso direito a averbação premonitória fixando e aclarando as hipóteses de fraude de execução, um efeito automático e lógico é a desnecessidade de apresentação de certidões dos distribuidores cíveis e fiscais prevista na Lei 7.433/85 e Dec. 93.240/86 para a lavratura de escritura pública, em razão do adquirente de boa-fé ser mantido na propriedade sem riscos, bem como o credor possuir instrumentos mais que suficientes para garantia de seu direito, o que também poderá ser aplicado para o registro de parcelamentos de solo e incorporação imobiliária, que também demandavam referidas certidões.

Questão interessante e que vem sendo debatida pelos operadores do direito é a extensão da averbação premonitória para as demais ações executivas, cognitivas e cautelares. Não temos dúvida de que qualquer ação que possa gerar a incidência de fraude de execução merece – e deve – ser objeto de averbação premonitória, porque foi essa a intenção do legislador, que buscou, com a introdução dessa ferramenta, conferir total segurança a credores e adquirentes de boa-fé. Tudo isso visando fomentar o mercado imobiliário brasileiro e outorgar segurança relativa ou parcial, que seria desnecessária e inócua.

Com relação às ações de conhecimento, também não há dúvidas sobre a possibilidade. Com as alterações do Código de Processo Civil introduzidas pela Lei 11.232, de 22.12.2005, não há mais fase cognitiva e executiva, essa sistemática foi modificada, desde o aforamento da demanda até a satisfação da execução; o processo é único, não existindo mais um processo de execução de título judicial, daí a denominação, que vem sendo sugerida pela doutrina, de processo sincrético, que contém fases cognitivas e executivas.

Não obstante, mesmo sem a alteração decorrente da Lei 11.232/2005, o STJ já entendia possível a configuração da fraude de execução em processos de conhecimento, *in verbis*:

"Processual civil. Fraude de execução. Depois do processo de conhecimento e antes da ação de execução. Pode incidir a regra contida no inciso II do art. 593 do CPC, ocorrendo a fraude contra a execução, após a citação para o processo de conhecimento, não sendo indispensável que já tenha se instaurado a ação de execução. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido." (REsp 233152-MG, 10.03.2003)[23]

O Código de Processual Civil é norma subsidiária, quer das execuções fiscais, quer das ações trabalhistas, e a averbação premonitória poderá e deverá ser utilizada para satisfação daqueles créditos, gerando maior segurança para credores e devedores.

Entendemos que a averbação premonitória é o instrumento processual-registrário adequado para outorgar maior segurança ao mercado imobiliário que há anos vem sofrendo com a fraude de execução, também configura, sem dúvidas, a consagração do princípio da concentração[24] no Registro de Imóveis.

23. No mesmo sentido STJ: AgRg no Ag 11.981-RJ, REsp 97.646-SP, REsp 234.473-SP, REsp 113.871-DF.
24. Nenhum fato jurígeno ou ato jurídico que diga respeito à situação jurídica do imóvel ou às mutações subjetivas, pode ficar indiferente à inscrição na matrícula.

Não se nega que a alteração foi drástica e será absorvida e interpretada pela doutrina e jurisprudência paulatinamente, mas as vantagens são extraordinárias já que confere segurança jurídica a credores e adquirentes de boa-fé, fomentando o mercado imobiliário e reduzindo os custos para a aquisição de imóveis, já que dispensa a apresentação de certidões pessoais.

10. O PRINCÍPIO DA FÉ-PÚBLICA REGISTRAL DO DIREITO ESPANHOL

O princípio da fé-pública registrária, uma das vigas mestras do direito espanhol, está definido no art. 34 da Lei Hipotecária (LH), de 08.02.1946, e determina que o adquirente será mantido no registro, mesmo tendo adquirido o imóvel de quem não é proprietário, mas confiando nas informações constante do registro. Assim, para estar protegido, deve o proprietário preencher os requisitos constantes do referido artigo.

Se o Registro de Imóveis é uma instituição destinada a dar segurança ao tráfego jurídico imobiliário por proteger definitivamente àqueles que tenham adquirido confiando nas suas informações, é claro que o princípio da fé-pública registral, como se denomina tal efeito, é o que caracteriza a própria instituição.

O princípio da fé-pública registral pode ser conceituado como aquele princípio conforme o qual a lei presume exato o conteúdo dos livros do Registro de Imóveis, ainda que seus assentos não correspondam com a realidade jurídica extra-registral, protegendo os terceiros adquirentes por negócio jurídico com boa-fé que, por haver confiado em referido conteúdo registral e sempre que preencham os requisitos exigidos na legislação hipotecária, não se verão prejudicados, ainda que depois se anule ou se resolva o título motivador de sua aquisição.

Segundo Jose Manuel Garcia Garcia, o princípio da fé pública registral "é aquele princípio hipotecário em virtude do qual o terceiro que adquire com base na legitimação dispositiva de um titular registral é mantido na aquisição *a non domino* realizada, uma vez que há inscrito seu direito, com os demais requisitos exigidos pela lei" (tradução nossa).[25]

Além dos atos traslativos de propriedade, das instituições de direitos reais, a ela devem acorrer os atos judiciais, os atos que restringem a propriedade, os atos constritivos (penhoras, arrestos, seqüestros, embargos), mesmo de caráter acautelatório, as declarações de indisponibilidade, as ações pessoais reipersecutórias e as reais, os decretos de utilidade pública, as imissões nas expropriações, os decretos de quebra, os tombamentos, comodatos, as servidões administrativas, os protestos contra a alienação de bem, os arrendamentos, as parcerias, enfim, todos os atos e fatos que possam implicar a alteração jurídica da coisa, mesmo em caráter secundário, mas que possa ser oponível, sem a necessidade de se buscar alhures informações outras, o que conspiraria contra a dinâmica da vida (João Pedro Lamana Paiva, *Revista de Direito Imobiliário* 49, jul.-dez. 2000).

25. GARCIA, Jose Manuel Garcia. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecário*. Madrid: Civitas, 1993, t. II. p. 227: "Es aquel principio en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición 'a non domino' que realiza, una vez que ha insto su derecho, con los demás requisitos exigidos por la ley."

O conceito é extraído do art. 34 da LH espanhola, de 08.02.1946:

"O terceiro que de boa-fé adquira a título oneroso algum direito de pessoa que no Registro apareça com faculdades para transmiti-lo, será mantido na sua aquisição, uma vez que haja inscrito seu direito, ainda que depois se anule ou resolva o do outorgante por razões de causas que não constem no mesmo Registro." (Tradução nossa.)[26]

Extrai-se do referido artigo algumas idéias fundamentais, são elas:

a) A confiança na aparência registral;

Trata-se de confiança objetiva, ou seja, que proporciona segurança ao adquirente confiante nas informações registrárias. Nesse aspecto a boa-fé é objetiva, apoiada nas informações constantes do Registro de Imóveis. Garcia Garcia assim leciona:

"Quer dizer, referimos a uma boa-fé objetiva, ou seja, a resultante unicamente dos dados do assento registral, como princípio ou idéia levados em conta pelo legislador para regular e fundamentar os resultados do princípio da fé-pública registral. Não obstante, a boa-fé subjetiva é um requisito muito importante para proteção do terceiro adquirente do art. 34 da LH, e a que dedicaremos um capítulo independente, mas não é a idéia chave fundamental do preceito, pois como mais adiante veremos, a boa fé subjetiva se presume, salvo prova em contrário." (Tradução nossa.)[27]

O princípio de fé pública registral atua, pois, como uma ficção de veracidade que a lei confere aos assentos praticados no correspondente fólio registral, que constata a existência, extensão e titularidade dos direitos reais imobiliários registrados, e cuja aquisição por aquele que confia em seus pronunciamentos, é mantida nos termos especificados pela lei, sem possibilidade de prova em contrário.

Assim, o conteúdo do registro se considera exato e completo com relação a terceiros adquirentes de boa-fé. Quem adquire o domínio ou servidão confiando na exatidão do registro, se torna proprietário ou detentor de direito real, ainda que a pessoa inscrita no registro não seja proprietária de fato.

b) A ineficácia do negócio jurídico precedente ao do terceiro, consistente na nulidade e na resolução de efeitos reais;

Para a aplicação do princípio ou efeito do princípio da fé-pública registral, necessária a configuração de uma nulidade do título anterior à aquisição. Assim,

26. "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro."
27. "Es decir, nos referimos a una buena fe objetiva, o sea, la resultante unicamente de los datos del asiento registral, como principio o Idea tenidos en cuenta por el legislador para regular y fundamentar los resultados del principio de fe pública registral. Aparte está la buena fe subjetiva, que es una requisito muy importante para la protección del terdero del artículo 34 lh, y a la que dedicaremos un capítulo independiente, pero no es la idea clave fundamental del precepto, pues, como más adelante veremos, la buena fe subjetiva se presume, salvo prueba en contrario."

é pressuposto da aplicação do princípio uma nulidade relativa (anulabilidade) ou absoluta para que o terceiro adquirente de boa-fé seja mantido no registro, ressaltando-se, ainda, que dentro da ineficácia também estão incluídas as falsificações.

c) A inexatidão registral;

É evidente que o art. 34 da LH pressupõe a existência de uma inexatidão registrária, porque o efeito da fé-pública registral presume um problema na inscrição ou registro antecedente que possa ameaçar o direito de propriedade, sem falar que não haveria razão para sua existência a higidez da inscrição antecedente.

d) A aquisição imobiliária *a non domino*

Finalmente, a quarta idéia chave do princípio da fé-pública registral é a aquisição a *non domino* e também está previsto no art. 34 da LH. A aquisição a *non domino* se produz como conseqüência de tratar-se de pressuposto de nulidade ou resolução real ou *ex tunc* do negócio precedente ao do terceiro, pois isso determina que a aquisição se produza derivada de alguém que já não era dono ou tenha deixado de ser (nulidade ou resolução produtores de inexatidão), se bem que a titularidade resulta correta segundo o registro.

10.1 Efeitos da nulidade ou anulabilidade do ato ou contrato registrado

Como observamos, o efeito da fé-pública registral mantém terceiro adquirente de boa-fé na titularidade do imóvel, preenchidos os requisitos constantes do art. 34 da LH, o que pode gerar certo temor ou estranheza no ordenamento jurídico já que se outorga a impressão de convalidação de ato nulo.

O art. 33 da LH espanhola dispõe que "a inscrição não convalida os atos ou contratos que sejam nulos com desrespeito à legislação".[28] Para respeitar o pensamento do legislador, foi criado no ordenamento jurídico espanhol um conjunto de medidas visando afastar a nulidade ou falsidade dos atos jurídicos, são elas:

a) O título que servirá de base à inscrição deverá ser somente os permitidos pela legislação, que são a escritura pública, títulos judiciais ou documento administrativo, denominando a doutrina espanhola como "titulação autêntica" quanto à sua forma;

b) Para que possa ter acesso ao Registro de Imóveis quaisquer dos títulos acima citados, é preciso que sejam submetidos à qualificação registral para que se cumpra o princípio da legalidade. Esta qualificação compreende não somente a legalidade das formas extrínsecas, mas também a capacidade dos outorgantes, a situação registrária e a validade do ato (art. 18 da LH).

Como afirmamos, a inscrição ocorrida no Registro de Imóveis não tem o poder de converter em válido o que na realidade é nulo. Assim, a inscrição não tem efeitos convalidantes, não purifica a inscrição. Importante, nesse momento, entendermos que os arts. 33 e 34 da LH espanhola contemplam efeitos distintos, pois uma coisa é o valor que a inscrição pode possuir com relação a um ato nulo ou anulável e outra é o problema que essa nulidade ou anulabilidade pode oferecer frente a um terceiro adquirente.

28. "(...) la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes."

José María Chico y Ortiz é muito claro nos seus ensinamentos de não confundir os efeitos dos artigos em comento:

"O ato ou contrato nulo impede o titular inscrito ser verdadeiro dono ou titular de direito, mas a inscrição através de seus efeitos legitimadores lhe permite dispor validamente do direito a favor de um terceiro que resultará protegido se reúne os requisitos do art. 34. Os efeitos convalidantes da fé pública se limitam exclusivamente neste ponto, já que o ato ou contrato segue sendo nulo como era antes."[29]

Luis Díez-Picazo compartilha o mesmo entendimento:

"Sabemos que, em virtude do disposto no art. 34 LH, a inscrição não tem força convalidante dos atos e contratos que sejam nulos com base nas leis. Portanto, embora o terceiro cumpra com todos os requisitos do art. 34, o que não poderão apagar-se serão os vícios de que adoeça o próprio negócio de aquisição (falsidade etc.).

Em relação com o art. 34 da LH, entretanto, entende-se por protegido o subadquirente que reúne os requisitos do mesmo. Assim, por exemplo, A realiza a favor de B uma doação que é nula. B logra a inscrição de seu direito de propriedade, adquirido mediante a doação nula, no Registro. Isso não implica que a doação seja válida, senão que segue nula. Mas se B venda a coisa doada a C e este reúna os requisitos do art. 34 LH, fica protegido em sua aquisição, sempre e quando a causa da nulidade não conste do próprio registro do domínio de B."[30]

10.2 Limites da fé-pública registral

Existem casos em que a particular circunstância em que a inscrição foi realizada repercute nos efeitos gerados, não desenvolvendo o registro a plenitude de

29. CHICO Y ORTIZ, José Maria. *Estudios sobre derecho hipotecario*. Barcelona: Marcial Pons, 2000, t. I, p. 272: "El acto o contrato nulo impide al titular inscrito ser verdadero dueño o titular del derecho, pero la inscripción a través de sus efectos legitimadores le permite disponer válidamente del derecho a favor de un tercero que resultará protegido si reúne los requisitos del art. 34. Los efectos convalidantes de la fe pública se limitam exclusivamente en este punto, ya que el acto o contrato sigue siendo nulo como lo era antes."
30. PICAZO, Luis Diéz. *Sistema de derecho civil*. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2004, v. 3, p. 283: "Sabemos que, en virtud de lo dispuesto en el articulo 33 LH, la inscripción no tiene fuerza convalidante de los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leys. Por tanto, aunque el tercero cumpla con todos los requisitos del artículo 34, lo que no podrán borrarse serán os vicios de que adolezca el propio negocio de adquisición (falsedad etc.).
En relación con el articulo 34 de la Ley Hipotecaria, sin embargo, hay que, entender protegido al subadquirente que reúne los requisitos del mismo. Así, por ejemplo, A realiza a favor de B una donación que es nula. B logra (por lo que sea) la inscripción de su derecho de propiedad, adquirido mediante la donación nula, en el Registro. Ello no implica que la donación ya se haya hecho válida, sino que sigue sendo nula. Pero si B vende la cosa donada a C, y éste reúne los requisitos del artículo 34 LH, *queda protegido en su adquisición*, siempre y cuando de la causa de la nulidade no exista rastro en la inscripción registral del domínio de B."

seus efeitos protetores, no que se refere à fé-pública registral, até o transcurso de um determinado prazo. Podemos, com base na Lei Hipotecária e seu Regulamento (RH), assinalar os seguintes:

a) os assentos de *inmatriculación* praticados em virtude dos procedimentos dos arts. 205 e 206 da LH, e 298 do RH, durante dois anos estará suspensa a fé pública registral;

b) a inscrição de direitos reais e domínio de imóveis adquiridos por título de herança ou legado não surtirão efeitos frente a terceiro até o transcurso de dois anos da morte do autor da herança (art. 28 da LH);

c) dupla matriculação. A abertura de matrícula para duas pessoas distintas causa a suspensão dos efeitos, segundo jurisprudência dos tribunais espanhóis;

d) os excessos de porções de imóveis públicos constantes da letra *c*, n. 5, § 1 do art. 298 do RH.

Ressalte-se que a legislação espanhola somente reduz ou restringe os efeitos da fé-pública espanhola em situações excepcionais em que o procedimento de matriculação do imóvel está em formação ou com problemas de titularidade homogênea. A *inmatriculación* é um instrumento de grande valia e eficácia do sistema registrário espanhol, por ele é introduzido no Registro de Imóveis a primeira matrícula de imóvel. Sucintamente, o atual proprietário apresenta diretamente ao Registrador seu título (não registrado), o cadastro fiscal realizado na Prefeitura do Município respectivo, edital publicado pela Administração entre outros documentos, e após regular qualificação é outorgado um número de matrícula.

10.3 A usucapião e o registro

Ao ser a usucapião um efeito da posse, pode entrar em conflito com a proteção que o Registro outorga a quem nele confia. A pergunta fundamental que expõe o sistema de relações entre o instituto da usucapião e o Registro consiste em determinar se podem ou não ser usucapidos os direitos reais inscritos e, nesse caso, com que alcance e com que limites.

Luis Díez-Picazo, analisando esse aspecto leciona:

"Admitir em toda sua extensão a usucapido significaria destruir a eficácia protetora da fé pública registral. Ocorreria que o terceiro que adquirisse confiado em que o titular registral pode transmitir, veria sua aquisição convertida em ineficaz pela existência de um adquirente por usucapião. Mas rechaçar totalmente a usucapião significa privar de proteção ao possuidor que esteja na posse por período prolongado, quem sem dúvida a merece. A questão se complica, ademais, se levar em conta que a inscrição não é constitutiva das aquisições por princípio geral."[31]

31. PICAZO, Luis Diéz. *Sistema de Derecho Civil*. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2004, v. 3, p. 285: "Admitir en toda su extensión la usucapión significaría destruir la eficacia protetora de la fe pública registral. Ocurriría que el tercero que adquiriere confiado en que el titular registral puede transmitirle, vería su adquisición convertida en ineficaz por la existencia de un adquirente por usucapión. Pero rechazar totalmente la usucapión significa privar de protección al poseedor que ha poseído por un tiempo prolongado, quien sin duda la merece. La cuestión se complica, además, si se tiene en cuenta que la inscripción no es constitutiva de las adquisiciones por principio general."

Em razão da complexidade gerada pelo tema, não podemos resolver o problema dessa aparente incompatibilidade com uma única solução. Abaixo analisaremos as respostas para as várias hipóteses apresentadas.

a) Usucapião em favor do título inscrito ou usucapião *secundum tabulas*.

Nessa hipótese não se vislumbra maiores problemas, já que a prescrição aquisitiva ocorre em favor de quem já figura como proprietário no Registro de Imóveis, conferindo e limpando eventual nulidade ocorrida no título que deu origem à inscrição.

b) Usucapião *contra tabulas* ou contra o titular inscrito.

A princípio é preciso distinguir se o adquirente está ou não protegido pelos efeitos do art. 34 da LH. Existindo proteção do adquirente o conflito se resolve protegendo-o.

Frente a titulares inscritos que tenham a condição de terceiros com base no art. 34 da LH, só prevalecerá a prescrição aquisitiva consumada ou a que possa consumar-se dentro do ano seguinte a sua aquisição, nos dois supostos seguintes:

1) quando se demonstrar que o adquirente conheceu ou teve meios racionais e motivos suficientes para conhecer, antes de aperfeiçoar sua aquisição, que o imóvel ou direito estava possuído de fato e a título de dono por pessoa distinta que lhe transmitiu;

2) sempre que, não tendo conhecido nem podido conhecer, segundo as normas anteriores, tal posse ao tempo da aquisição, o adquirente inscrito a consinta, expressa ou tacitamente, durante todo o ano seguinte à aquisição.

c) Usucapião *contra tabulas* e adquirentes não protegidos especialmente pelo Registro.

Nesse caso, a prescrição aquisitiva atua regularmente frente ao titular com direito inscrito, demonstrando a força que o direito espanhol outorga ao princípio da fé-pública registral.

10.4 A qualificação registrária no direito espanhol

Como foi exposto no item relativo à função do Registro de Imóveis, a qualificação registrária é o instrumento utilizado pelo registrador para aplicar o princípio da legalidade, de forma que exista uma depuração das informações e título que ingressam no fólio real.

A qualificação registrária no direito espanhol tem por objetivo também o impedimento de fraudes (falsificações), por isso a necessidade dos instrumentos disponibilizados ao Registrador serem eficazes. Nesse propósito, o art. 18 da LH define que a qualificação compreenderá:

a) a legalidade das formas extrínsecas dos documentos;

b) a capacidade dos outorgantes;

c) a validade dos atos de disposição (cláusulas contidas nas escrituras);

d) as identidades pessoal e real.

Comparando com a qualificação no direito brasileiro, importante analisar os itens *b* e *d*. A lei fala em capacidade das partes, devendo compreender não

somente a capacidade de fato dos sujeitos que comparecem na relação jurídica, mas também a qualquer circunstância relativa ao estado civil ou sua condição pessoal que possa ter influência na legitimação e no poder de disposição necessários para a prática de atos e negócios jurídicos.

Embora não conste expressamente da Lei Hipotecária espanhola, a doutrina considera óbvio que o registrador deva examinar as circunstâncias de identidade pessoal e real, ou seja, se o titular registral e o transmitente segundo o título são uma mesma pessoa, e se os títulos se referem ao mesmo imóvel inscrito no Registro.

Observa-se, assim, que a qualificação registrária na Espanha possui maior alcance e instrumento que a brasileira, o que se justifica em razão dos efeitos que o registro recebe, principalmente decorrentes da fé-pública registral.

11. Nulidade registrária de pleno direito

A Lei 10.931, de 02.08.2004, introduziu importante regra em nosso direito registrário, pouco discutida e praticamente não tratada pela doutrina com o necessário interesse. Vejamos, tratado do § 5.º do art. 214 da Lei 6.015/73:

"Art. 214. As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta.

(...)

§ 5.º A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel."

As nulidades registrárias, ou seja, aquelas que desrespeitam princípios registrários, não podem ser declaradas se o prazo de usucapião já estiver transcorrido e existir terceiro de boa-fé. Referido dispositivo já foi até chamado de usucapião tabular, no entanto, se observa que foi introduzido, mesmo que timidamente, os efeitos da fé-pública do direito espanhol.

Imaginemos que numa aquisição o Registro de Imóveis não se ateve a um problema de trato sucessivo (continuidade) e procedeu ao registro de escritura de compra e venda na qual o vendedor não figurava na matrícula como proprietário, ultrapassado o prazo de usucapião em nosso direito que varia entre cinco e quinze anos, o terceiro adquirente de boa-fé é mantido na propriedade. Sem dúvidas estamos diante de um efeito de fé-pública registral, jamais antes visto em nosso direito.

Salienta-se que a interpretação de terceiro de boa-fé para o benefício dos efeitos do § 5.º do art. 214 da Lei 6.015/73 deve ser a mesma do direito civil em geral, onde se presume a boa-fé, devendo a má-fé, ou seja, prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento do vício registrário, ser provada pelo interessado em impugnar a usucapião.

12. Boa-fé objetiva do Código Civil de 2002

Recentemente tem-se discutido o verdadeiro alcance do princípio da boa-fé objetiva introduzido nos contratos em geral pelo Código Civil de 2002, prin-

cipalmente com relação aos direitos reais. Vejamos os artigos em que referido princípio pode ser observado:

"Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

"Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

O artigo que merece maior destaque é o art. 422 por possuir maior repercussão, e trata-se de norma aberta e interpretativa. A boa-fé, que constitui inovação do Código Civil de 2002 e acarretou profunda alteração no direito obrigacional clássico, é a objetiva, que se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas.

Carlos Roberto Gonçalves leciona que:

"A boa-fé objetiva constitui um modelo jurídico, na medida em que se reveste de variadas formas. Não é possível catalogar ou elencar, *a priori*, as hipóteses em que ela pode configurar-se, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. No entanto, essa imprecisão se mostra necessária, num sistema aberto, para que o intérprete tenha liberdade de estabelecer o seu sentido e alcance em cada caso."[32]

Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, ao tratar da boa-fé objetiva, consigna que:

"(...) a boa-fé como padrão de conduta serve para coordenar o comportamento das partes que no contrato, devem observar os deveres anexos de lealdade, cooperação e informação, não mais podendo invocar a boa-fé subjetiva para eximirem-se ou absterem-se da prática do ato que a situação exija."[33]

A boa-fé objetiva possui dois sentidos diferentes: um negativo e um positivo. O primeiro diz respeito à obrigação de lealdade (impedir a ocorrência de comportamentos desleais); o segundo diz respeito à obrigação de cooperação entre os contratantes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma adequada, de acordo com legislação em vigor e com todas as informações necessárias ao seu bom desempenho e conhecimento.

A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

32. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3, p. 36.
33. SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72.

Miguel Reale com a autoridade de ter elaborado o anteprojeto do Código Civil de 2002 define com perfeição o conteúdo da boa-fé objetiva:

"A boa-fé objetiva apresenta-se como uma *exigência de lealdade*, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, 'a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado'. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como *normativa de comportamento leal*. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de 'honestidade pública'."[34]

Observa-se, assim, que o dever de conduta ou compartimento de um homem médio, nos leva a crer que a não utilização da publicidade registrária acaba por afrontar a boa-fé objetiva nas relações obrigacionais envolvendo imóveis.

Salienta-se que a Lei 6.015/73 prevê no art. 169 que os registros e averbações constantes do art. 167 são obrigatórios, muito embora seja uma norma desprovida de sanção, a boa-fé objetiva introduzida pelo Código Civil de 2002 acabou por completá-la e outorgando o sentido necessário. Assim o registro é a forma ordinária de publicidade e a partir do momento em que o adquirente não registra seu título ou credor não promove o regular registro de penhora na matrícula do imóvel, acaba por desrespeitar esse dever de conduta e, por conseqüência, sofrer as sanções ou efeitos dessa falta, mesmo que indiretos.

Aquele que, confiado, numa informação registrária (certidão), adquire uma propriedade imobiliária, não pode ser responsabilizado ou punido pelo credor que não promoveu o registro da constrição ou, ainda, da citação nos casos de ação real ou pessoal reipersecutória; o que nos leva a crer que o primeiro passo para a adoção do princípio da fé-pública registral espanhola já foi dado em nosso direito no Código Civil de 2002.

Entendemos que, malgrado o princípio da boa-fé objetiva tenha sido introduzido nas obrigações pessoais em geral, pode e deve ser aplicado às obrigações de conteúdo real quer pela compatibilidade dos institutos, quer pela vontade legislativa que não fez essa distinção no art. 113 do CC/2002.

13. Conclusão

O sistema brasileiro de transmissão da propriedade imobiliária é considerado um modelo eficaz pela doutrina internacional, tendo desempenhado com louvor seu papel nas últimas décadas, embora, tecnicamente, não possua o efeito da fé-pública outorgado no sistema espanhol, mas apenas o da legitimação.

A segurança registral atua fundamentalmente no âmbito preventivo, evitando a proliferação excessiva de demandas, pois os conflitos de interesses não somente se resolvem através dos juízes, mas também mediante mecanismos que evitem a produção desses conflitos. Relacionado com essa finalidade cautelar

34. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>.

está o sistema de controle do tráfego imobiliário e de sua legalidade no âmbito civil que se cria através da qualificação do Registrador.

Sendo a segurança do tráfego imobiliário uma das bases do Direito Civil, a complexidade e rapidez dos negócios jurídicos exigem que o Registro de Imóveis evolua para conferir maior solidez ao mercado imobiliário em todos os seus segmentos, principalmente no fomento do crédito imobiliário.

O Código Civil de 2002 ao adotar como cláusula geral a boa-fé objetiva deu o primeiro passo para a adoção do princípio da fé-pública registral no Brasil, porque obriga um dever de conduta de acordo com o sistema jurídico, incluindo o sistema registrário.

A fraude contra a execução é considerada o fator de maior instabilidade jurídica nas transações imobiliárias, gerando incertezas e riscos que o investidor ou adquirente não está disposto a correr. Com a alteração decorrente da Lei 11.382, de 06.12.2006, foi criado mecanismo para o credor não se submeter a qualquer risco para satisfação do seu direito e regra transparente e célere para a configuração da fraude de execução.

Não procedendo à averbação premonitória e posteriormente da penhora, não poderá o credor alegar fraude de execução, prejudicando terceiro adquirente porque sua boa-fé será presumida, o que configura o efeito da fé-pública registral no direito brasileiro, já que o adquirente confiante na informação prestada pelo Registro de Imóveis será mantido na propriedade.

Também se pode notar o efeito da fé-pública registral no § 5.º do art. 214 da Lei 6.015/73 introduzido pela Lei 10.931, de 02.08.2004, vez que garante a propriedade para adquirentes que tenham comprido o prazo necessário para a configuração de usucapião, mesmo existindo nulidade registrária.

O efeito da fé-pública registral espanhola tem se mostrado eficaz há mais de um século naquele país, que possui um dos maiores mercados imobiliários do mundo, provando ser o instrumento adequado e ideal para melhorar o sistema registrário brasileiro.

É preciso ainda reforçar as atribuições do Registro de Imóveis na qualificação dos títulos a ele submetidos, nos moldes do direito espanhol, visando evitar fraudes, visto que o princípio da fé-pública registral possui fortes e sérios efeitos ao proteger adquirentes de boa-fé.

O direito imobiliário espanhol é prova de que entre proteger terceiros adquirentes de boa-fé e o próprio proprietário, a primeira alternativa outorga mais segurança ao sistema jurídico, fomentando os negócios imobiliários e a concessão de crédito, bem como reduzindo os custos. A partir do momento que terceiros de boa-fé começam a confiar no direito de propriedade constante do Registro de Imóveis, acabam se protegendo mais e de forma efetiva, pois a informação esta concentrada e em fácil acesso, bastando solicitar uma certidão para constatação.

14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR VALLIM, João Rabello de. *Direito Imobiliário brasileiro (doutrina e prática)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de imóveis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil* – Direito das coisas. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel Pena. *Derecho reales*. Derecho hipotecário. 4. ed. Madri: Centro de Estúdios Registrales, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1956.

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CASTRO, Almicar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Série Forense v. 8, n. 125. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos comentada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Lei dos Notários e dos Registradores comentada*. São Paulo: Saraiva; 1996.

CHICO Y ORTIZ, José Maria. *Estudios sobre derecho hipotecario*. Barcelona: Marcial Pons, 2000. t. I, p. 272.

DELMANTO, Roberto. *Código Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.

_____. *Sistemas de registros de imóveis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Publicidade e teoria dos registros*. Coimbra: Almedina, 1966.

FIORANELLI, Ademar. *Direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Fabris/Irib, 2001.

GARCIA, Jose Manuel Garcia. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecário*. Madrid: Civitas, t. II, p. 227, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1976.

NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques. *Registro de Imóveis e Notas* – Responsabilidade civil e disciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ORLANDI NETO, Narciso. *Retificação do Registro de Imóveis*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PICAZO, Luis Diéz. *Sistema de derecho civil*. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2004. v. 3.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos Registros Públicos*. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1962. v. 2.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA FRANCO, Alberto et alii. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. (Org. Paulo José da Costa Jr.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil dos Notários e Registradores. *RT* 714/45.

TERRA, Marcelo. A propósito da enfiteuse (uma nova abordagem ao princípio da unitariedade da matrícula). Contribuição aos estudos do XXVII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Vitória-ES, de 7 a 11.08.2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

4

Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato

MELHIM NAMEM CHALHUB

Professor universitário. Advogado.

RESUMO: No aniversário de dez anos da edição da Lei 9.514/97, o autor, aproveitando-se da experiência proporcionada por uma década de aplicação da norma, vem revisitar este texto legal para analisar os elementos e peculiaridades do negócio jurídico de alienação fiduciária de bens imóveis, bem como os procedimentos de consolidação da propriedade no credor-fiduciário, leilão do imóvel e outros aspectos pontuais, como a penhora dos direitos do fiduciário e do fiduciante e os efeitos da alienação fiduciária em face da falência e do procedimento de recuperação de empresa.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 9.514/97 – Alienação fiduciária – Registro de Imóveis.

ABSTRACT: On the tenth anniversary of the issue of 9.514/97 Law, the author rechecks this legal text with experience proportionated by a decade of use of itself, analizing the elements and peculiarities of the judicial matter of fiduciary alienation of real estate as well as the procedures of consolidation of property on the fiduciary creditor, auction of the property and other relevant aspects such as the pawn of fiduciary rights and on the fiduciary person and the effects of fiduciary alienation due to failure of the procedure of the recovery of the company.

KEYWORDS: Law 9.514/97 – Fiduciary alienation – Real estate register.

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória: propriedade/titularidade fiduciária. *Trust*. – 2. A fidúcia e a afetação nos negócios imobiliários – 3. Alienação fiduciária de bem imóvel em garantia. Caracterização geral – 4. Elementos e peculiaridades essenciais do contrato – 5. Natureza jurídica dos direitos do fiduciário e do fiduciante no contrato de alienação fiduciária em garantia – 6. Alienação fiduciária e promessa de compra e venda: 6.1 Semelhanças e dessemelhanças; 6.2 Extinção dos contratos de alienação fiduciária e de promessa de venda; 6.3 A consolidação da propriedade no credor-fiduciário e o leilão do imóvel em face do princípio do devido processo legal; 6.4 Modos de acertamento de haveres; 6.5 O acertamento dos haveres em face do art. 53 do CDC; 6.6 O acertamento de haveres e o perdão da dívida do devedor-fiduciante – 7. Reintegração de posse – 8. Penhora dos direitos do fiduciário e do fiduciante – 9. Efeitos em relação à falência e ao procedimento de recuperação de empresa.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Registral imobiliário

1. Nota introdutória: propriedade/titularidade fiduciária. *Trust*

A transmissão fiduciária, em qualquer das suas formas, é "negócio jurídico de disposição condicional",[1] pelo qual uma pessoa (fiduciante) contrata a transmissão de determinado bem ou direito a outra pessoa (fiduciário), obrigando-se este a lhe dar determinada destinação e, uma vez cumprido esse encargo, retransmitir o bem ou o direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.

Constitui-se a *propriedade fiduciária* ou a *titularidade fiduciária* por meio de registro do título pelo qual se convencionou tal espécie de transmissão.

Trata-se de direito real limitado, constituído que é estritamente para atender a uma destinação específica, definida no ato traslativo; tem caráter restritivo e temporário, caracterizando-se como espécie de domínio "que, por virtude do título de sua constituição, é revogável ou resolúvel, fenômeno este que ocorre quando a *causa* da aquisição do domínio encerra, em si, um princípio ou condição resolutiva do mesmo domínio, expressa ou tácita".[2]

A constituição da propriedade/titularidade fiduciária importa na separação do bem e na conseqüente criação de um *patrimônio de afetação*, ao qual é atribuída uma destinação específica, como são os casos do *bem de família*, do fideicomisso, da massa concursal, entre outros.

O acervo afetado não pode ser alvo de constrição por dívidas ou obrigações que não sejam relacionadas à função específica para a qual foi instituída a afetação.

Na sociedade contemporânea, a propriedade/titularidade fiduciária é empregada com freqüência em inúmeros negócios, seja para fins de administração de patrimônio ou de garantia, circunstância que vem justificando a assimilação de elementos do *trust* no direito positivo de uma infinidade de países, bem como vem estimulando a construção de uma versão atualizada da fidúcia (que alguns autores qualificam como uma espécie de *versão civilista* do *trust*).[3]

Registre-se, por relevante, que apesar de a fidúcia e o *trust* integrarem distintos sistemas jurídicos – o da *civil law* e o da *common law* –, essas figuras têm em comum o fato de constituírem, ambas, uma relação fiduciária, tendo como elementos essenciais:

i) a transmissão da propriedade/titularidade de bens ou acervos patrimoniais e;

ii) a afetação deles a uma finalidade específica, tornando tais bens imunes à responsabilização patrimonial por dívidas ou obrigações estranhas à finalidade para a qual foram afetados.[4]

1. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 4, p. 274.
2. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. v. 1, p. 113.
3. A França regulamentou a fidúcia (operação de fidúcia) no seu Código Civil, por meio da Lei 211, de 19.02.2007.
4. BARRIÈRRE, François. *La réception du trust au travers de la fiducie*. Paris: Litec, 2004. p. 499.

A idéia vem sendo aproveitada no direito positivo brasileiro para várias situações, mediante regulamentação caso a caso,[5] como recentemente se fez em relação aos negócios ligados à produção, comercialização e financiamento imobiliário.

2. A FIDÚCIA E A AFETAÇÃO NOS NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS

Ao reformular a Lei das Incorporações Imobiliárias e os mecanismos de financiamento da produção e da comercialização de imóveis, as Leis 9.514/97 e 10.931/2004 instituíram um novo sistema de garantias baseado nos elementos fundamentais da relação fiduciária e da teoria da afetação, visando a proteção de todos os protagonistas do circuito negocial no setor, a saber:

i) os adquirentes de imóveis, na fase da construção,

ii) as empresas vendedora e financiadora e

iii) os investidores no Mercado de Capitais.

Para garantia dos adquirentes, foi regulamentada a separação patrimonial de cada incorporação imobiliária, possibilitando qualificar como *patrimônio de afetação* o acervo específico de cada empreendimento (art. 53 da Lei 10.931/2004, que acrescentou à Lei 4.591/64 os arts. 31-A a 31-F).[6]

No que toca às garantias da empresa vendedora e da instituição financiadora de imóveis, a Lei 9.514/97 também buscou a eficácia da garantia nas relações contratuais, regulamentando a alienação fiduciária sobre bens imóveis.

No que tange ao mercado investidor, a mesma Lei 9.514/97 regulamenta a securitização de créditos imobiliários, isto é, a criação de títulos garantidos por créditos oriundos de negócios vinculados a imóveis.[7]

5. Temos criticado o casuísmo do processo legislativo brasileiro, que torna nosso direito positivo, nessa matéria, errático, assistemático e contraditório. Defendemos a necessidade de sistematizar a legislação e sintonizar seus critérios em face do contexto internacional.
6. Essa garantia:
   i) torna incomunicável o acervo do empreendimento afetado, submetendo-o a um regime de vinculação de receitas para preservar os recursos necessários à completa execução da obra;
   ii) afasta o acervo afetado dos riscos de eventual falência ou recuperação judicial da empresa incorporadora;
   iii) autoriza a Comissão de Representantes dos adquirentes a vender extrajudicialmente, em leilão, as unidades do "estoque" da incorporadora falida, nos 60 dias que se seguirem à decretação da falência; e
   iv) atribui legitimidade aos adquirentes para, também extrajudicialmente, assumir imediatamente a administração do empreendimento, com autonomia em relação ao processo de falência ou recuperação e independente de intervenção judicial, utilizando os recursos do próprio orçamento da incorporação.
7. Trata-se de emissão de títulos com características mais atraentes para os investidores. Os títulos não representam simples obrigações da empresa emissora, mas, sim, títulos garantidos por um conjunto de créditos segregados num patrimônio de afetação, que é destinado exclusivamente ao pagamento dos respectivos subscritores. Por esse modo, o produto dos créditos que constituem lastro da emissão é

O presente trabalho trata de alguns aspectos relevantes da alienação fiduciária de imóveis, em garantia.

3. Alienação fiduciária de bem imóvel em garantia. Caracterização geral

A alienação fiduciária de bens imóveis é contrato regulamentado pela Lei 9.514/97, nos termos do art. 22, *verbis*:

"Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel."

Essa alienação fiduciária tem função de garantia e, portanto, é direito acessório em relação ao direito de crédito ou à obrigação à qual está vinculada para fins de garantia. Portanto, seguirá sempre a sorte do direito principal, de modo que em caso de cessão do crédito, a propriedade fiduciária que garante o crédito será igualmente transmitida ao cessionário do direito creditório.

Poderá ser contratada para garantia de quaisquer obrigações, em geral, e não somente para garantia da obrigação de pagar o saldo do financiamento imobiliário, podendo ser prestada por terceiros (Lei 10.931/2004, art. 51).

Diferentemente da hipoteca, do penhor e da anticrese, a propriedade fiduciária em garantia é direito real em coisa própria, pois enquanto naquelas modalidades de garantia o devedor conserva o bem em seu patrimônio, na garantia fiduciária o devedor demite-se do seu direito de propriedade e o transmite ao patrimônio do credor.

4. Elementos e peculiaridades essenciais do contrato

O contrato de alienação fiduciária pode ter como objeto quaisquer bens imóveis, sejam terrenos, com ou sem acessões, o domínio útil de imóveis ou a propriedade superficiária, bem como o direito de uso especial para fins de moradia e o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; a propriedade fiduciária sobre o direito real de uso e sobre a propriedade superficiária tem duração limitada ao prazo da respectiva concessão (art. 22 da Lei 9.514/97, § 1.°, I a IV, e § 2.°, com a redação dada pela Lei 11.481/2007).

No caso de imóveis enfitêuticos, o laudêmio só será exigível se, no curso do contrato, o domínio útil vier a ser consolidado no patrimônio do fiduciário, aplicando-se o mesmo princípio à exigibilidade do imposto de transmissão *inter vivos* (art. 26, § 7.°, da Lei 9.514/97). É que a transmissão da propriedade em caráter fiduciário tem finalidade de garantia, e neste caso é inexigível o ITBI (CF/88, art. 156, II), bem como o laudêmio; em ambos os casos, o pagamento só será exigível em caso de transmissão definitiva do domínio, ou seja, na consolidação da propriedade no patrimônio do credor.

destinado ao pagamento dos títulos adquiridos pelos investidores; de outra parte, tais títulos ficam protegidos contra eventual insolvência da empresa emissora.

São partes no contrato o devedor e o credor; caso a garantia seja prestada por terceiro, que seja o titular do bem a ser transmitido em garantia, figurará esse também, como garantidor.

Os arts. 22 a 24 da Lei 9.514/97 estabelecem os requisitos do contrato, que conterão:

- valor do principal da dívida;
- prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
- taxa de juros e os encargos incidentes;
- cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária, e indicação do título e modo de aquisição;
- cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
- indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
- cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Essas são as cláusulas minimamente indispensáveis para caracterização do contrato de alienação fiduciária e, portanto, têm que ser estipuladas obrigatoriamente pelas partes.[8]

O contrato pode ser formalizado por instrumento particular (Lei 9.514/97, art. 38).

Na comercialização de unidades imobiliárias integrantes de incorporação imobiliária, é comum fazer-se a contratação mediante duas operações coligadas, que podem se realizar nos seguintes termos: o incorporador contrata a venda com o adquirente e, em ato subseqüente, este último, já então como proprietário do imóvel que acabou de adquirir, aliena-o fiduciariamente ao incorporador; na primeira operação, o incorporador figurará como vendedor e o adquirente como comprador; na segunda operação, o adquirente passará a figurar como devedor (fiduciante) e como alienante, ou seja, reconhece a dívida que contraiu para comprar o imóvel e, para garantia, aliena-o fiduciariamente ao incorporador, enquanto este último, o incorporador, passará a figurar como credor (fiduciário) e como adquirente.

"A propriedade fiduciária se constitui mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título" (art. 23 da Lei 9.514/97), operando-se, em conseqüência, "o desdobramento da posse sobre

8. "Alienação fiduciária – Requisitos – Registro negado – Registro de imóveis – Dúvida suscitada pela registradora, julgada procedente, para obstar registro de escritura de alienação fiduciária – Não observância de alguns requisitos obrigatórios estabelecidos na Lei 9.514/97, corretamente colocados como impeditivos do registro, em obediência ao princípio da legalidade, que obstam o registro, não obstante não pertinentes alguns outros óbices levantados – Recurso não provido". (Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, Ap Cív 580-6/8, São José dos Campos, rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, Corregedor Geral de Justiça, j. 19.04.2007).

o imóvel, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto (..)" (parágrafo único do art. 23 da Lei 9.514/97).

O registro do contrato de alienação fiduciária atribui ao fiduciário direito de propriedade resolúvel sobre o imóvel que lhe foi transmitido; de outra parte, confere ao fiduciante direito real de aquisição, sob condição suspensiva, em posição de se tornar novamente proprietário do bem que transmitira em caráter resolúvel ao credor-fiduciário.

Com o registro, desdobra-se a posse do imóvel, ficando o fiduciante com a posse direta e o fiduciário com a posse indireta. Tendo a posse direta, o fiduciante é responsável pelo pagamento de todos os impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, até a data em que o fiduciário ou seus sucessores vierem a ser imitidos ou reintegrados na posse (§ 8.º do art. 27 da Lei 9.514/97, com a redação dada pela Lei 10.931/2004).

O imóvel objeto de propriedade fiduciária poderá ser locado independente de concordância do credor-fiduciário. Entretanto, "será considerada ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano sem concordância por escrito do fiduciário" (art. 37-B da Lei 9.514/97, com a redação dada pela Lei 10.931/2004).

A cessão dos direitos do credor-fiduciário e do devedor-fiduciante é prevista nos arts. 28 e 29 da Lei 9.514/97.

No primeiro caso, cuida-se de cessão de direito creditório garantido pela propriedade fiduciária, que o credor-fiduciário transfere ao cessionário com todos os seus acessórios. Essa cessão somente investirá o cessionário na propriedade fiduciária depois de averbada na matrícula do imóvel (Lei de Registros Públicos, art. 167, I, 21).

Pela cessão dos direitos do devedor-fiduciante, o cessionário fica sub-rogado nos direitos e obrigações constituídas no respectivo contrato. Embora não haja previsão expressa na lei, essa cessão deve ser igualmente averbada na matrícula do imóvel, de modo a tornar o cessionário do fiduciante, titular do direito real de aquisição sobre o imóvel e legitimá-lo a adquirir a propriedade plena do imóvel quando completar o cumprimento das obrigações contratuais a que estiver vinculada a propriedade fiduciária.[9]

9. "Registro de Imóveis – Dúvida julgada improcedente – Contrato particular de cessão de direitos – Alienação fiduciária de imóvel – Exigências para o registro – Irresignação parcial relativa apenas à celebração do instrumento que deveria ser de compra e venda – Inadmissibilidade – Recurso parcialmente provido para ser julgada prejudicada a dúvida."
Excerto do voto do relator: "Não se afigura correta a exigência do oficial para que a suscitante providenciasse a celebração de contrato de compra e venda, ao invés do de cessão de direitos, por meio do qual, na verdade, está anuindo expressamente com a transferência ao cessionário dos direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia, assumidos pelos então devedores fiduciantes. Com efeito, como salientado, a apelada não pretendeu transferir aos cessionários o domínio do imóvel, que permanecerá seu até que quitado o

5. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DO FIDUCIÁRIO E DO FIDUCIANTE NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Por força do contrato de alienação fiduciária, o credor adquire o imóvel, para fins de garantia, sob condição resolutiva; de outra parte, o fiduciante torna-se titular de direito de aquisição sob condição suspensiva.

Ao identificar a posição jurídica do devedor-fiduciante, José Carlos Moreira Alves vê pontos de contato entre a alienação fiduciária e a compra e venda com reserva de domínio, em que "o comprador, antes de pagar integralmente o preço, tem, como titular que é de propriedade sob condição suspensiva, direito expectativo, em cujo conteúdo se encontram os *iura possidendi*, *utendi* e *fruendi*".[10]

Ressalva, entretanto, que na alienação fiduciária "a resolução decorre da verificação de *condicio iuris* (a extinção da obrigação, ainda que posteriormente ao vencimento, da venda, pelo credor, da coisa alienada fiduciariamente, ou a renúncia dessa modalidade de propriedade), e não de *condicio facti* (que é condição em sentido técnico), porquanto a existência de *condicio iuris* não depende da vontade das partes".[11]

Efetivamente, os eventos que ensejam a recuperação do bem, pelo fiduciante, e sua consolidação no fiduciário são elementos da tipificação desse negócio jurídico, não tendo as partes autonomia para criar condições diversas daquelas constantes da lei, de modo que as condições do contrato de alienação fiduciária não o são em sentido próprio, mas caracterizam-se como requisitos, condições legais ou condições *impróprias*, pois "enquanto as condições, em sentido próprio, são postas pelo manifestante ou pelos manifestantes, as *condiciones iuris* são pela lei".[12]

Assim, a condição suspensiva que a doutrina, majoritariamente,[13] identifica na posição do devedor-fiduciante deve ser tomada na acepção de *condicio*

contrato de mútuo. E os seus devedores-fiduciantes anteriores, ao contrário do que sustentado, também não poderiam desejar alienar o imóvel aos ora cessionários porque não são proprietários dele. A imperfeição técnica na elaboração do instrumento não tem o condão de desvirtuar a real intenção que o negócio realizado representa, não se podendo olvidar que nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem" (CC, art. 112). (Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, Ap Cív 417-6/5, da Comarca de Barueri, rel. Des. José Mário Antonio Cardinale, Corregedor Geral da Justiça, j. 15.12.2005).

10. ALVES, José Carlos Moreira. *Alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 132.
11. ALVES, José Carlos Moreira. *Alienação...*, cit., p. 140.
12. A propósito, anota Bevilacqua que "algumas destas condições são chamadas impróprias, porque apresentam a forma, sem ter a essência das condições. Tais são as necessárias, as *condiciones juris*..." (BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. p. 297).
13. Registrem-se, nesse sentido: VIANA, Marco Aurélio S.: "temos, então, na pessoa do credor a propriedade sob condição resolutiva, enquanto no devedor a propriedade é sob condição suspensiva". *Comentários ao novo Código Civil* – Dos

iuris, que opera independentemente da vontade das partes e "é, por definição, suspensiva, no sentido de que, antes da sua verificação, ou não há contrato, ou o mesmo não é eficaz".[14]

Dada essa concepção, o fiduciante fica investido de um direito expectativo, que corresponde ao direito de recuperar automaticamente a propriedade, uma vez verificada a condição resolutiva; será ele um proprietário sob condição suspensiva, autorizado a praticar os atos conservatórios do seu direito eventual, "enquanto o verdadeiro proprietário é o que adquiriu a cousa sob condição resolutiva".[15]

Dado o efeito retroativo da condição resolutiva, o implemento da condição retrotrai os seus efeitos ao tempo da aquisição, daí porque que:

1.º) aquele em favor de quem se opera a resolução do domínio é considerado como se nunca o tivesse alienado de si; e

2.º) o proprietário em favor de quem se resolve o domínio pode reivindicar a coisa de quem quer que a detenha (CC, arts. 1.359 e 1.360).[16]

O evento correspondente à condição produz seus efeitos de forma automática, tão logo ocorrido: na alienação fiduciária, do ponto de vista do devedor-fiduciante, o evento é o pagamento, de modo que tão logo efetuado o resgate dá-se a automática extinção da propriedade para o fiduciário e sua conseqüente reversão ao patrimônio do fiduciante.

Sob a perspectiva do sistema registral, verificado o evento que constitui a condição, não é necessário novo registro em nome daquele em favor do qual a condição opera, bastando o cancelamento do registro da propriedade resolúvel e dos atos dela resultantes, com o que automaticamente se restaura o registro primitivo.

A esse propósito, diz Serpa Lopes: "sobrevindo a resolução de um negócio com a verificação da condição, não há certamente um negócio novo destruindo os efeitos do precedente, não há retrocesso de direito; assim, o comprador sob condição resolutiva não se torna vendedor, ocorrida a condição, nem vice-versa. A operação consistirá no cancelamento de todas as inscrições resultantes do ato resolutivo, restaurando a situação primitiva, dada a força retroativa da condição e sua natureza eminentemente resolutiva, sendo aplicável a lição de Coviello, 'quando um ato é por lei retroativo, deve-se considerá-lo isento de transcrição'".[17]

Em conseqüência, uma vez efetivado o pagamento da dívida com garantia fiduciária de bem imóvel, o ato que restaura a propriedade plena do fiduciante é simples averbação, que opera o cancelamento da propriedade fiduciária, pela qual:

i) será revigorado o registro anterior, constante da matrícula do Registro de Imóveis, pelo qual se atribuía a propriedade ao fiduciante, ou

direitos reais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 16, p. 533. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

14. MESSINEO, Francesco, apud GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 91.
15. GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel*, cit.
16. LAFAYETTE. *Direito das coisas*, cit., p. 114.
17. SERPA LOPES, Miguel Maria. *Tratado dos registros públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. v. 3, p. 376.

ii) será conferido direito de propriedade plena ao cessionário do fiduciante, desde que efetivado o pagamento integral da cessão.

A averbação que opera o cancelamento da propriedade fiduciária é feita à vista do "termo de quitação" que o fiduciário deve fornecer ao fiduciante no prazo de trinta dias após o resgate da dívida.

6. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Há mais de meio século a forma contratual mais comum na comercialização de imóveis, objetos de incorporações imobiliárias, é a promessa de compra e venda.

Trata-se, como se sabe, do contrato pelo qual o titular do domínio sobre determinado imóvel (promitente-vendedor) se obriga a transferir ao promitente-comprador determinado imóvel a título oneroso, por preço estipulado. Por esse contrato, o promitente-vendedor retém o domínio e o promitente-comprador é investido no direito de aquisição, sob condição suspensiva e, eventualmente, na posse do imóvel. Em geral, o pagamento é feito parceladamente, findo o qual o promitente-vendedor outorga ao promitente-comprador escritura pública de compra e venda que, uma vez registrada, opera a transmissão do domínio a este último; se o promitente-vendedor se recusar a outorgar a escritura é assegurada ao promitente-comprador a adjudicação compulsória, mediante procedimento judicial próprio, mesmo que o contrato não tenha sido registrado no Registro de Imóveis.[18]

A partir da vigência da Lei 9.514/97, a alienação fiduciária passou a ter aplicação na comercialização de imóveis com pagamento parcelado, seja com financiamento concedido diretamente pela empresa incorporadora ou por instituição financeira que opere com crédito imobiliário.

Para essa finalidade, a aplicação da alienação fiduciária formaliza-se, em regra, no contexto de um conjunto de contratos, a saber:

i) contrato de financiamento da incorporadora ao interessado na compra,

ii) contrato de compra e venda do imóvel; e

iii) contrato de alienação fiduciária, pelo qual o comprador transfere à incorporadora a propriedade do imóvel, em caráter fiduciário, com escopo de garantia.

Concluído o pagamento, o credor-fiduciário fornece ao devedor-fiduciante um "termo de quitação" que, averbado no Registro de Imóveis, opera a automática reversão da propriedade ao patrimônio do antigo devedor-fiduciante, independente de qualquer manifestação de vontade do fiduciário.

18. Enunciado 95 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal: "O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo CC), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório do registro imobiliário (Súmula 239 do STJ)".

6.1 Semelhanças e dessemelhanças

Tanto nos negócios realizados mediante promessa como por meio de alienação fiduciária, a posição do promitente-comprador, num caso, e a do devedor-fiduciante, no outro caso, tem a mesma natureza jurídica: tanto o promitente-comprador como o devedor-fiduciante são titulares de direito de aquisição sob condição suspensiva.

Isso não obstante, essas espécies de negócio jurídico têm estrutura e função distintas; cada uma delas submete-se a regime jurídico específico, com regras próprias para formação, execução e extinção do contrato, obviamente compatível com as peculiaridades da natureza de cada uma dessas modalidades de negócio.

Entretanto, apesar de suas distintas identidades, vez por outra esses contratos são equivocadamente equiparados, daí surgindo interpretações distorcidas.

Desde logo, vê-se que a promessa é contrato autônomo e a alienação fiduciária é contrato acessório.

Com efeito, a promessa de venda, como contrato autônomo, tem existência própria, independente de qualquer outro, enquanto a alienação fiduciária em garantia é sempre acessória de algum outro contrato, ao qual sua existência está atrelada por um vínculo de subordinação, de modo que sua extinção decorre da extinção do contrato principal.

Segue-se a substancial diferença de função entre essas duas espécies de contrato: a promessa de compra e venda tem função de transmissão de direito, enquanto a alienação fiduciária tem função de garantia.

Efetivamente, a promessa de compra e venda é contrato preliminar cuja função é estabelecer condições para um futuro contrato de venda; tem, por objetivo, obrigação de fazer e se extingue:

i) pela outorga da escritura de transmissão do domínio do imóvel ao promitente-comprador ou,

ii) em caso de não-pagamento, mediante resolução promovida por meio de procedimento judicial de rito ordinário.

Já a alienação fiduciária, como contrato acessório, tem função exclusiva de garantir o pagamento de determinada dívida ou obrigação. O contrato principal, do qual o de alienação fiduciária é acessório, é o contrato de empréstimo, de financiamento ou qualquer contrato pelo qual se constitua uma obrigação. Na medida em que, como acessório, e, portanto apenas acompanha o principal, o contrato de alienação fiduciária extingue-se por dois modos:

i) ou mediante reversão da propriedade ao patrimônio do fiduciante, por efeito do pagamento da dívida, ou do cumprimento da obrigação a que a garantia fiduciária estiver vinculada;

ii) ou mediante consolidação da propriedade no patrimônio do credor, decorrente de dação do direito eventual do fiduciante ou da não-purgação da mora, em conformidade com os procedimentos estabelecidos nos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97, ressalvado que nesta última hipótese a lei impõe ao credor o ônus de promover leilão para venda do imóvel e entrega ao devedor do saldo que eventualmente sobejar.

Ao contratar a promessa, o promitente-comprador nada tem; contrata a promessa exatamente a fim de habilitar-se a adquirir o domínio de determinado imóvel. Diferentemente, na alienação fiduciária o devedor contrata já na qualidade de titular do domínio sobre o imóvel, pois é nessa posição que o transmite ao credor, em caráter fiduciário, tornando-se em seguida titular de direito aquisitivo, sob condição suspensiva, sobre o mesmo imóvel que transmitiu.

Na promessa, o promitente-comprador promete comprar e se obriga a pagar o preço, em geral parceladamente.

Já na alienação fiduciária, o devedor-fiduciante recebe um crédito, e é para garantia do pagamento que transfere ao credor-fiduciário a propriedade fiduciária do imóvel.

6.2 Extinção dos contratos de alienação fiduciária e de promessa de venda

Dadas as substanciais diferenças de categoria, de estrutura e de função de cada uma dessas espécies de contrato, o direito positivo estabelece para cada uma delas tratamento diferenciado, compatível com seu contorno peculiar, notadamente quanto à extinção do contrato.

Assim, dá-se a extinção natural do contrato de promessa de venda mediante outorga da escritura de compra e venda do imóvel, após concluído o pagamento do preço.

Na alienação fiduciária, a extinção natural do contrato se efetiva mediante reversão da propriedade ao patrimônio do fiduciante, por força de averbação de um "termo de quitação" no Registro de Imóveis. A averbação investe o fiduciante, ou seu sucessor (cessionário ou herdeiros), no direito de propriedade do imóvel, sem necessidade de qualquer ato de transmissão, na medida em que tal ato opera o cancelamento da garantia fiduciária, revigorando o registro anterior, correspondente ao assentamento da propriedade em nome do fiduciante, possibilitando a produção dos efeitos da cessão que esse tenha feito (Lei 9.514/97, art. 25, § 2.º).

Independente da realização natural da função do contrato, seu cumprimento forçado pode efetivar-se por meio de adjudicação compulsória ou de ação de cumprimento, respectivamente, no caso de inadimplemento da obrigação do promitente-vendedor de outorgar a escritura de compra e venda, ou de inadimplemento da obrigação do fiduciário de fornecer o "termo de quitação" da dívida para efeito de cancelamento da garantia fiduciária. Se o inadimplente for o promitente-comprador ou o devedor-fiduciante, dá-se a extinção forçada do contrato, no primeiro caso mediante ação de resolução e, no segundo caso, por meio de excussão da garantia fiduciária.

São procedimentos diferenciados, consoante as distintas naturezas de cada espécie de contrato.

Com efeito, o meio legalmente adequado de extinção do contrato de promessa de venda é a ação de resolução, processada mediante procedimento comum, de rito ordinário, que deve ser necessariamente precedido da medida premonitória estabelecida pelo Dec.-lei 745/69, pela qual o promitente-comprador é notificado para purgar a mora.

Na alienação fiduciária, diferentemente, o inadimplemento da obrigação do devedor-fiduciante importa na consolidação da propriedade no patrimônio do credor, seguida de excussão do bem transmitido em garantia, para levantamento dos recursos necessários à satisfação do crédito e entrega do saldo ao fiduciante, tal como regulamentado pelos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97.

Efetivamente, como já visto, a Lei 9.514/97 dispõe de forma específica sobre a formação, execução e extinção do contrato de alienação fiduciária, contemplando:

i) a transmissão da propriedade resolúvel do imóvel para o credor; e

ii) a reversão da propriedade ao devedor, se paga a dívida.

Caso, entretanto, não seja paga a dívida, a extinção do contrato se dá mediante:

i) a dação em pagamento; ou

ii) a consolidação da propriedade no credor.[19]

A posição jurídica do proprietário-fiduciário, de titular de direito real de garantia, não é equiparável à do promitente-vendedor, notadamente quanto à forma de extinção.

Em caso de inadimplemento do devedor-fiduciante, não há como se cogitar da extinção do contrato acessório de alienação fiduciária do mesmo modo que se extingue o contrato autônomo de promessa de venda; neste último caso, opera-se a extinção pura e simplesmente mediante resolução, mas não há como extinguir-se o contrato de alienação fiduciária independente da extinção do contrato principal de mútuo ou financiamento; só a extinção deste, com o resgate da dívida, tal como dispõe o art. 586 do CC, é que se dará a extinção da alienação fiduciária, que é acessória do direito de crédito. E, tratando-se de dívida garantida por direito real – propriedade fiduciária –, a extinção do contrato principal se efetiva mediante excussão do bem objeto da garantia, para o qual o art. 27 da Lei 9.514/97 estabelece procedimento específico, que é absolutamente inconciliável com o procedimento de extinção da promessa de compra e venda.

19. Lei 9.514/97:

"Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel."

"Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel. (...) § 2.º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária."

"Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

(...)

§ 8.º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27."

6.3 *A consolidação da propriedade no credor-fiduciário e o leilão do imóvel em face do princípio do devido processo legal*

Como já foi visto, se não for implementada a condição suspensiva a que está sujeito o direito do devedor-fiduciante, qual seja, o pagamento da dívida, o fiduciário deverá abrir prazo ao devedor para purgação da mora, por meio de notificação a ser efetivada pelo Oficial do Registro de Imóveis, que poderá delegar tal diligência a Oficial do Registro de Títulos e Documentos ou, ainda, promovê-la pelo Correio, sendo sempre exigível a notificação pessoal do devedor-fiduciante; se a garantia tiver sido prestada por terceiro, este deve ser cientificado da notificação expedida ao devedor. Expirado o prazo, e não tendo o devedor ou o fiduciante purgado a mora, dá-se a consolidação da propriedade no patrimônio do fiduciário, mediante averbação no Registro de Imóveis. Uma vez certificada pelo oficial do Registro a não-purgação da mora, deve o fiduciário efetivar o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* e, se o imóvel for foreiro, do laudêmio, e requerer a consolidação ao oficial, instruindo o requerimento com os comprovantes desses pagamentos e do documento autorizativo expedido pelo senhorio, quando *foreiro* o imóvel; à vista desse dossiê, o oficial do Registro averbará a consolidação.[20]

Considerando que a propriedade é atribuída ao credor apenas para garantia, a lei lhe impõe o ônus de, mesmo depois de, por consolidação, tê-la no seu patrimônio, promover leilão público visando vender o imóvel para obter recursos financeiros destinados à satisfação do seu crédito e entrega do *quantum* excedente, se houver, ao fiduciante.

Nos 30 dias que se seguirem à consolidação, o fiduciário deverá oferecer o imóvel à venda em dois públicos leilões. No primeiro, pelo valor que as partes tiverem estabelecido no contrato para esse fim (Lei 9.514/97, art. 24, VI) e, no segundo, pelo valor da dívida, encargos e despesas. Os leilões são extrajudiciais. Se o produto da venda não bastar para o resgate integral da dívida ou se não houver licitantes, o fiduciário, já tendo a propriedade consolidada, conservará a titularidade plena em seu patrimônio, mas não poderá cobrar do devedor o saldo remanescente; ao contrário, terá que dar quitação ao devedor, considerando-se extinta a dívida.

O fato de a consolidação e o leilão se fazerem por meio extrajudicial leva, eventualmente, a questionamento quanto à sua constitucionalidade, sob alegação de violação do devido processo legal.

A questão, entretanto, já se encontra definida na jurisprudência.

20. "Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de ato do Oficial do Registro de Imóveis. Consolidação da propriedade. Compra e venda. Bem imóvel. Alienação fiduciária. Ação revisional. Mora.
Nada há de nulo no ato de consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário, considerando a mora evidente da devedora fiduciante, ainda que haja ação revisional discutindo o contrato de alienação fiduciária. Negaram provimento ao recurso". (TJRS, ApCív 70015993132, 17ª Câm. Cív., rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 05.04.2007.)

Em relação à reversão ou à consolidação da propriedade, não há dúvida de que basta que se verifique o evento para que produza seus efeitos de pleno direito, independente de intervenção judicial, pois no contrato de alienação fiduciária em garantia a condição resolutiva é expressa.[21]

Assim, ao determinar a averbação, no Registro de Imóveis, do evento que opera a reversão ou a consolidação, a lei nada mais faz do que explicitar um dos efeitos naturais da condição resolutiva expressa, que opera de pleno direito "apenas por força da lei, sem intervenção dos tribunais e dispensada qualquer ação. Não é necessária a intervenção do juiz para pronunciar a resolução do contrato, não lhe sendo lícito até mesmo considerá-lo como não extinto.[22]

No que tange aos efeitos da condição resolutiva a que está subordinada a propriedade, na relação fiduciária, não há nenhuma exigência, em nível constitucional ou infraconstitucional, de intervenção judicial, não havendo controvérsia quanto à natureza da propriedade fiduciária, em que a condição resolutiva, como "ensina Labori, opera de pleno direito, tanto no caso de ter falhado como na hipótese de se ter verificado (op. cit., verb. *Condition*, n. 103; Aubry et Rau, op. cit., nota 78)".[23]

Assim, a averbação do evento é tão somente a anotação de que ocorreu, ou não ocorreu, o fato que, na hipótese de ter-se verificado o pagamento, provoca a extinção da propriedade fiduciária com a conseqüente atribuição ao fiduciante ou seus sucessores, ou, na hipótese de não-pagamento, resulta na sua consolidação no patrimônio do fiduciário; esse ato de averbação não está incluído na esfera da função jurisdicional e, portanto, produz seus efeitos de pleno direito, sem necessidade de se buscar qualquer espécie de prestação jurisdicional.

Anote-se, por relevante, que, apesar de ter adotado como matriz da propriedade fiduciária a propriedade resolúvel, pela qual a propriedade se consolida, sem qualquer ônus, no fiduciário se não verificada a condição, o legislador cuidou de mitigar os efeitos negativos que a atribuição plena da propriedade ao credor pudesse causar ao devedor e, nesse sentido, libera o devedor da responsabilidade pelo pagamento do eventual saldo da dívida, afastando a possibilidade de constrição de outros bens do seu patrimônio caso não se alcance, no leilão, valor suficiente para cobrir o crédito do fiduciário.

Esse tratamento diferenciado se justifica como compensação pela maior eficácia da excussão da garantia na alienação fiduciária, notadamente pela celeridade do processo, e se inspira em precedente do direito positivo brasileiro em situação análoga, qual seja, a execução judicial de crédito hipotecário vinculado ao sistema financeiro da habitação, segundo a Lei 5.741/71; trata-se de processo de execução também sumário, no qual o imóvel é levado a leilão numa única

21. Por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1, p. 363, assinalando que a condição resolutiva expressa "opera de *pleno direito*, independentemente de interpelação, vale dizer, verificada a condição (seja *positiva*, seja *negativa*), atua automaticamente sobre o vínculo jurídico resolvendo-o".
22. CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. v. 3, p. 71.
23. CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código...*, cit., p. 72.

praça e oferecido à venda pelo valor do saldo devedor, sendo adjudicado ao credor caso não haja licitantes ou não haja lance que cubra o saldo devedor. Tanto quanto na Lei 9.514/97, caso não se obtenha, no leilão, valor superior ao da dívida e acessórios, na Lei 5.741/71 não se dá alternativa ao credor senão receber o bem objeto do negócio, ao invés da prestação pecuniária. Araken de Assis, em sua clássica obra sobre o processo de execução, anota que se trata de uma "adjudicação obrigatória, independentemente de pedido e mesmo a contragosto," como mecanismo compensatório, justificado pelo sentido social da lei e visando o equilíbrio nesse tipo de execução: "O intuito da adjudicação compulsória reside no equilíbrio visado nesse tipo de execução. Se, de um lado, em tempos de crise, o imóvel vale menos do que a dívida, beneficiando o devedor, que solverá a dívida integralmente, de outra banda, no caso de o valor desta se situar aquém, o credor também ficará impedido de exigir a diferença".[24]

Em relação aos procedimentos extrajudiciais para purgação da mora e para leilão, a jurisprudência, na esteira da definição já consolidada há quase 40 anos pelo STF, para outras hipóteses de leilão extrajudicial, reconhece a inexistência de ofensa ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Com efeito, o procedimento legal de excussão da garantia amolda-se à estrutura e ao conteúdo do direito material em questão, notadamente à natureza resolúvel da propriedade fiduciária, e não afasta a apreciação, pelo Judiciário, de lesão ou ameaça de lesão, seja em relação ao devedor ou ao credor. Como em qualquer caso de lesão ou ameaça de lesão, o controle jurisdicional, quando necessário, far-se-á, a critério da parte interessada, contemporaneamente ao ato lesivo ou posteriormente, sempre por iniciativa daquele que sofreu a lesão.

Em todas e quaisquer dessas situações, estará assegurada a efetividade do processo em razão da possibilidade de antecipação de tutela, total ou parcialmente, nos termos dos arts. 273 e 461 do CPC, com o que é assegurada a pronta atuação do Judiciário. O processamento regular de ações propostas por devedores é, por si só, a materialização da garantia constitucional de ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. No caso da alienação fiduciária de bens imóveis, especificamente, há também o inevitável controle jurisdicional posterior, por ocasião da ação de reintegração de posse, quando o juiz examinará, em sua plenitude, a legalidade dos procedimentos de comprovação da mora, da consolidação da propriedade e da venda no leilão extrajudicial impondo, se for o caso, a responsabilização cabível a quem de direito.[25]

Com efeito, o contraditório não se materializa de maneira uniforme mas se ajusta ao conteúdo específico do direito material nas diversas situações em que incide. O processo de execução é um dos casos em que o contraditório nasce da iniciativa do devedor e sofre limitações pois, obviamente, não comporta toda a amplitude e abrangência próprias dos processos de conhecimento e cautelar,

24. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 710.
25. Apreciamos essa matéria mais detidamente em nossos trabalhos *Negócio fiduciário e da incorporação imobiliária*.

embora se instaure "um processo de conhecimento incidentemente ao processo de execução, no qual, por óbvio, incide o contraditório amplo".[26]

Na alienação fiduciária, assim como na venda particular feita pelo credor pignoratício, nos termos do art. 1.433, IV, do CC, ou no caso do leilão do art. 63 da Lei 4.591/64, existe a possibilidade de se instaurar o contraditório, se houver lesão ou ameaça de lesão a direito, e essa instauração há de se fazer de acordo com o regime da relação jurídica de direito material em questão.

A propósito da regulamentação relativa à alienação fiduciária, Cândido Dinamarco observa que, na hipótese, o recurso ao controle jurisdicional "é admissível em *dois momentos* e com duas finalidades fundamentais", ou seja, "logo no início, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim (Lei 9.514, de 20.11.1997, art. 26, parágrafos), é lícito ao devedor-fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor (por ex., negando a mora) ou mesmo a regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária (Lei citada, art. 26, § 7.º), poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (art. 27). Tudo com apoio na promessa constitucional de acesso à justiça, que não arreda nem poderia arredar (CF/88, art. 5.º, XXXV). Por isso (...), o sistema legal de garantia aos créditos mediante a alienação fiduciária de bens imóveis não se choca com a garantia constitucional do *due process of law* nem afronta a inafastável promessa de tutela jurisdicional e acesso à justiça (CF/88, art. 5.º, LIV e LV)".[27]

E, efetivamente, o contraditório se materializa pela possibilidade de reação, a partir do momento em que a parte toma ciência de algum ato que lhe seja desfavorável, como observa Sergio La China, para quem a manifestação técnica do contraditório decorre da articulação de dois aspectos, quais sejam a informação (notificação, citação) e reação (embargos, ação), *necessária sempre a primeira, eventual a segunda (mas necessário que seja efetivamente viável)*.[28]

Em procedimentos como os do Dec.-lei 70/66 e das Leis 4.591/64 e 9.514/97, a prévia audiência da parte, para instauração da ampla defesa, se torna possível a partir do momento em que se efetiva a notificação, pois é por ela que se dá ciência do prazo ao devedor, e essa ciência viabiliza sua resistência por qualquer dos meios admitidos em direito, judiciais ou extrajudiciais, por força do binômio *informação + reação* que deflagra o contraditório. É a partir do recebimento da notificação que o devedor poderá deflagrar o contraditório

26. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 140.
27. *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 1.280.
28. *Apud* Nelson Nery Junior, op. cit., p. 133: "...il principio del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, il due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda (ma necessario chi sia resa possibile!)", in *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970. p. 394). No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco. *Execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. n. 100, p. 168 e nota 10.

e, para isso, a Constituição põe à sua disposição todos os meios necessários à efetivação da garantia do direito de ação.

Em qualquer das modalidades extrajudiciais de cobrança e leilão, os tribunais têm assegurado a efetividade dos meios de defesa do devedor e, ao fazê-lo, não raras vezes determinam a interrupção do procedimento, em presença de vícios ou em caso de pendência de julgamento sobre questões relativas ao conteúdo do contrato de empréstimo, registrando-se tendência no sentido de se sustar a realização do leilão mediante depósito, pelo devedor, da parcela não-controvertida da dívida, realizando-se mensalmente esses depósitos até o julgamento final da lide.[29]

A reação do devedor será eventual, como ensina La China, porque só poderá se manifestar se houver lesão ou ameaça de lesão a direito, mas é viável porque há, no ordenamento, meios para sua manifestação, observadas as condições da ação definidas na lei processual.

A notificação, por si só, não provoca lesão de direito do devedor, nem ofende o princípio do direito de ação. Antes, exprime a informação que possibilita ao devedor opor sua resistência se, eventualmente, houver lesão ou ameaça de lesão ou, em outras palavras, possibilita ao devedor deflagrar o contraditório.

Na linha desses pressupostos, o STF vem ratificando seu posicionamento pela constitucionalidade dos procedimentos extrajudiciais, ao apreciar recursos extraordinários relacionados ao Decreto-lei 70/66.

Veja-se o RE 223.075-DF que confirma a constitucionalidade do procedimento, com fundamento em que, "além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda do imóvel pelo devedor (art. 36, § 2.°), não impede que eventual

29. TJRJ, AgIn 200.002.6758, 23.11.2000, Des. Walter D'Agostino:
"Liminar visando sustação de leilão extrajudicial. Correta é a decisão quando se caracteriza possibilidade premente de perigo de lesão grave de impossível ou difícil reparação. É ao juiz que, utilizando-se de seu prudente arbítrio, compete decidir a respeito. A existência de ação na qual se discute a aplicação das cláusulas contratuais tidas como abusivas admite-se a suspensão do leilão, **pois a decisão da causa, se favorável ao autor, vendido o bem tornará impossível** retornar o negócio jurídico realizado ao *statu quo ante*."
TJRJ, AgIn 2000.002.7083, 27.11.2000, Des. Carpena Amorim:
"Medida cautelar inominada. Deferimento Liminar. Contrato de mútuo com garantia hipotecária. Financiamento de casa própria. Execução extrajudicial. Dec.-lei 70/66 não foi devidamente observado. Ato do credor viciado. Não se conferiu a oportunização de purgar a mora. Homenagem ao princípio do devido processo legal. Presença dos pressupostos cautelares. A medida liminar atacada confere tão somente o direito a agravada de pleitear, em juízo, a pretensão referente ao objeto da respectiva ação principal. O reajuste das prestações contratuais refere-se ao mérito. Conteúdo probatório é destinado ao juiz para que forme o seu livre convencimento do art. 131 do CPC. A liminar é ato do juiz de acordo com seu prudente arbítrio. Garantia do direito de propriedade. Função social. Ninguém pode ser desapossado de seus bens sem as garantias procedimentais – art. 5.°, LIV, da CF/88. Decisão mantida. Desprovimento do recurso."

ilegalidade perpetrada no curso de venda do imóvel seja, de logo, reprimida pelos meios processuais próprios".

O acórdão faz alusão a outras situações de venda do bem objeto da garantia, diretamente pelo credor, como é o caso do art. 774, III, do CC/16 (penhor), concluindo pela não violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.[30]

Posteriormente a esse julgamento, a mesma 1ª Turma, também em votação unânime, deu provimento ao RE 148.872-RS, do qual foi relator o Min. José Carlos Moreira Alves, reconhecendo ter havido "recepção, pela Carta Magna de 1988, do Dec.-lei 70/66". Ademais, como destacado no Parecer da Procuradoria-Geral da República, no processo de execução, o devedor "é chamado, em tese, para pagar, colaborar com o Juízo, não mais para contestar o direito expresso no título executivo".[31] E, nessa hipótese, a instauração do contraditório, bem como o exercício do direito de defesa garantido pela Constituição, depende da iniciativa do próprio devedor, mediante propositura da ação de embargos.

Na esteira dessa orientação, a jurisprudência dos tribunais estaduais e federais regionais vem reafirmando, também em relação aos procedimentos relativos à garantia fiduciária, que não há afronta aos princípios do devido processo legal, da inafastabilidde da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório.[32]

30. Colhe-se do voto do relator, Min. Ilmar Galvão: "Essa mudança, em termos de política legislativa, pôde ser feita, na espécie, sem influição de dano irreparável às garantias de defesa do devedor. Tem este aberta a via da reparação. (...) O novo procedimento não retira do Poder Judiciário para o agente fiduciário parcela alguma do poder jurisdicional. (...) A possibilidade dessa atuação administrativa resulta de uma nova especificação legal do contrato hipotecário, que assumiu, nesse particular, feição anteriormente aceita no contrato de penhor, a previsão contratual da excussão por meio de venda amigável (CC, art. 774, III) (...) Nestas condições, é fora de dúvida que não cabe falar, como fez o acórdão recorrido, em ofensa às normas dos incisos XXXV, XXXVII e LIII do art. 5.º da Constituição, nem, tampouco, em inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa."
31. Nesse caso, o STF apreciou o incidente de inconstitucionalidade na Ap Cív 189040938 do TARS e confirmou a recepção do Dec.-lei 70/66 pela atual Constituição por inexistir incompatibilidade entre os procedimentos extrajudiciais e a garantia constitucional do direito de ação. Nesse sentido, o parecer da Procuradoria-Geral da República, referindo-se aos embargos no processo de execução, destaca que "as garantias constitucionais relativas ao processo sofrem mitigação, precisamente por não se cuidar de ação de conhecimento. Mas, isso não obstante, como ora se vê, a qualquer tempo faculta-se ao suposto lesado o acesso à Justiça, com todas as prerrogativas enunciadas na Carta Magna (...) No processo de execução o devedor é chamado, em tese, para pagar, colaborar com o Juízo, não mais para contestar o direito expresso no título executivo".
32. "Aplicação dos dispositivos da Lei 9.514/97. Alegação de inconstitucionalidade manifesta das normas legais, que instituíram o procedimento extrajudicial para a resolução do negócio jurídico e para a satisfação do crédito do fiduciário, inconfigurada. Hipótese que se assemelha à do Dec.-lei 70/66, cuja constitucionalidade de seus dispositivos já foi afirmada pelo STF. Procedimento extrajudicial

A validade e eficácia do procedimento dependem, obviamente, do rigoroso cumprimento dos trâmites e requisitos estabelecidos pela lei, cuja inobservância importará na nulidade dos atos viciados e, entre esses requisitos essenciais, estão a notificação pessoal do devedor-fiduciante, para purgação da mora, a realização do leilão etc. É o caso, por exemplo, da decisão do TFR 4.ª Região, que reconheceu a nulidade da intimação do devedor, tendo em vista que foi realizada por editais por estar o devedor se *ocultando*, quando a lei prevê editais *se o fiduciante estiver em local incerto e não sabido.*[33]

que não constitui novidade em nosso ordenamento jurídico, sendo adotado em outros diplomas legais. Ausência de afronta aos princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa (...). As mesmas razões podem ser transplantadas para a análise dos dispositivos da lei que regula o financiamento imobiliário em geral e institui a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, não se podendo falar, portanto, em flagrante inconstitucionalidade de seus dispositivos, com muito maior razão, pois aqui a propriedade do bem é do credor fiduciário, que transmite ao devedor a posse do mesmo e lhe garante que, uma vez integralizado o preço, o domínio, então, lhe será automaticamente transmitido (...). É evidente que se a resolução de pleno direito do negócio jurídico e a execução extrajudicial do débito existente causarem aos agravados qualquer prejuízo, poderão eles, por meio de ação própria, reivindicar a sua reparação ou eventuais diferenças a que façam jus." (TJRJ, 2ª Câm. Cív., AgIn 9.325/2001, rel. Des. Fernando Cabral.)

"Compra e venda de imóvel – Alienação fiduciária em garantia – Liminar deferida em medida cautelar inominada para suspensão do leilão extrajudicial – Inadimplemento.

A consolidação da propriedade pelo agente fiduciário, em razão do inadimplemento no pagamento das prestações avençadas, nos termos da Lei 9.514/79, autoriza a realização do leilão extrajudicial do imóvel objeto da garantia, desde que o fiduciante esteja regularmente intimado pelo Cartório de Registro de Imóveis, obedecido o prazo legal para o pagamento do débito. Intimação pessoal dos fiduciantes comprovada por certidão passada pelo Oficial do Cartório do RTD. Presunção de validade e veracidade do ato cartorário. Insubsistência da liminar concedida pelo Juízo *a quo*. Recurso provido." (5ª Câm. Cív., AgIn 2005.002.09806, rel. Des. Paulo Gustavo Horta, j. 14.06.2005.)

33. "Civil. SFI. Alienação fiduciária. Constituição em mora. Intimação pessoal ou pelo correio com aviso de recebimento. Consolidação da propriedade. Dano moral.

De acordo com o art. 26 da Lei 9.514/97, para que a propriedade resolúvel do credor fiduciário se consolide é imprescindível que o devedor fiduciante seja intimado pessoalmente. A notificação por edital somente pode ser realizada quando o fiduciante estiver em lugar incerto e não sabido (§ 4.º do art. 26 da Lei 9.514/97). Havendo suspeita de ocultação e como a Lei 9.514/97 não prevê o procedimento a ser adotado nessa hipótese, a intimação deve ser realizada na forma prevista nos arts. 227, 228 e 229 do CPC, aplicável analogicamente ao caso. Nulidade da intimação reconhecida. Não há dano moral a ser ressarcido, pois foi a falta de pagamento das prestações que levou o credor a realizar os procedimentos para cobrar os valores que lhe são devidos, sendo que os meios empregados para cobrar a dívida, não obstante o equívoco quanto à forma, não foram desproporcionais, excessivos ou ofen-

6.4 *Modos de acertamento de haveres*

De outra parte, os meios de acertamento dos haveres entre as partes, em decorrência da extinção do contrato, também são distintos, disciplinados pela lei em conformidade com a natureza peculiar de cada um desses negócios jurídicos.

Na promessa de compra e venda (contrato preliminar, que contempla obrigações de fazer para ambas as partes), não cumprindo o devedor (promitente-comprador) sua prestação, depois de expirado o prazo da notificação sem purgação da mora, fica o credor (promitente-vendedor) desobrigado de cumprir sua contraprestação (que é a outorga do contrato definitivo); desfaz-se o contrato, retornando as partes ao estado em que se encontravam antes da formação do contrato, com a conservação da propriedade no patrimônio do promitente-vendedor e a devolução das quantias pagas ao promitente-comprador, depois de deduzida a multa contratual compensatória e demais encargos, além da taxa de ocupação, se o imóvel já estiver ocupado.

Já o financiamento com pacto adjeto de alienação fiduciária não contempla obrigações de parte a parte, mas somente a obrigação da parte devedora, isto é, a obrigação de restituir a quantia financiada (CC, art. 586). É que o mútuo ou o financiamento são contratos de natureza real, que se aperfeiçoam pela entrega da quantia mutuada. Nesta espécie de negócio, a função da propriedade fiduciária é apenas assegurar, ao credor, direito ao conteúdo econômico do bem, e é por isso mesmo que ele é obrigado a vender o bem em público leilão, para convertê-lo em dinheiro, quando poderá se apropriar do produto da venda, até o limite do seu crédito, e deverá entregar a quantia excedente ao devedor.

Se, entretanto, o maior lance oferecido for inferior ao valor da dívida e encargos, o imóvel permanecerá no patrimônio do fiduciário e, mesmo se seu valor for inferior ao valor do crédito, o credor é obrigado a dar quitação ao devedor, vedada a cobrança do eventual saldo da dívida.

Tratando-se de procedimento de cobrança, a apropriação do imóvel pelo credor, para satisfação do seu crédito, é coerente com a regra do processo de execução judicial, pela qual se admite a liquidação da dívida mediante adjudicação, pelo credor-exeqüente, do bem penhorado; se o valor do seu crédito for inferior ao do bem penhorado, o exeqüente depositará a diferença; se superior, prosseguirá a execução mediante penhora de outros bens do devedor.[34] A

sivos." (TFR da 4ª Reg., 4ª T., ApCív 2003.70.00.034437-3, j. 01.06.2005, rel. Des. Eduardo Tonetto Picarelli.)

"Cautelar. Sistema de financiamento imobiliário. Contrato de alienação fiduciária. Execução. Formalidades legais. Ausência do *fumus boni juris*.

As formalidades relativas à notificação do mutuário em processo de execução de contrato de financiamento imobiliário seguiram o disposto na Lei 9.514/97, não restando caracterizada a presença do *fumus boni juris* ora alegado. Mantida a decisão que revogou a liminar concedida e julgou improcedente o pedido cautelar." (TFR da 4ª Reg., 4ª T., ApCív 2002.71.08.016140-7, rel. Des. Edgard Antonio Lippman Jr., j. 09.03.2005.)

34. Código de Processo Civil:

"Subseção VI-A – Da Adjudicação (Incluído pela Lei 11.382, de 2006).

solução é semelhante à da liquidação mediante consolidação da propriedade, prevista no § 7.º do art. 26 da Lei 9.514/97, ressalvado, apenas, que no procedimento da alienação fiduciária o devedor ficará exonerado do pagamento do saldo remanescente, vedado ao credor cobrar o saldo da dívida.

Não há como se cogitar de rescisão da alienação fiduciária pois, sendo acessório, esse contrato só se extingue como decorrência da extinção do contrato principal, que, em geral, é o de mútuo e, nesse caso, a extinção natural da alienação fiduciária em garantia se dá pela reposição do crédito concedido ao devedor, enquanto a extinção excepcional opera-se mediante consolidação da propriedade no credor seguida de leilão do imóvel.

Ora, o contrato de concessão de crédito rege-se pelo art. 586 do CC, pelo qual o devedor é obrigado a repor no patrimônio do credor, integralmente, o valor do crédito recebido.

Assim, a eventual restituição de parte das parcelas pagas pelo devedor só pode se ocorrer depois da reposição integral do crédito,[35] e a restituição só será possível se se apurar saldo no leilão.

6.5 *O acertamento dos haveres em face do art. 53 do CDC*

A interpretação das normas do Código de Defesa do Consumidor em face das leis especiais que regulamentam as diversas espécies de contrato contempla necessariamente um *diálogo entre fontes*, de modo a que as diversas fontes legislativas pertinentes sejam consideradas de maneira simultânea, sistemática e coordenada.[36]

No que tange ao acertamento de contas entre devedor e credor, por efeito da extinção dos contratos de venda a prazo e de alienação fiduciária, o dispositivo

> Art. 685-A. É lícito ao exeqüente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados. (Incluído pela Lei 11.382, de 2006).
>
> § 1.º Se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente. (Incluído pela Lei 11.382, de 2006).
>
> § 2.º Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado. (Incluído pela Lei 11.382, de 2006)."

35. "Os autores deixaram de pagar as prestações avençadas no contrato e, em razão do seu inadimplemento e da ausência de purgação da mora, a ré exerceu seu direito que a lei lhe faculta de consolidar a propriedade resolúvel com a realização do leilão do imóvel e a devolução aos autores do saldo em seu favor, se for o caso, tudo em conformidade com a lei e o contrato e não, como foi pleiteado, com fundamento nos arts.. 51 e 53 do CDC. A forma da restituição do valor pago encontra-se regulada pelo § 4.º do art. 27 da Lei 9.514/97 e não de acordo com a forma genérica do art. 53 do CDC." (TJSP, 5ª Câm. Cív., Ap Cív 400.962.4/0-00, rel. Des. Oldemar Azevedo, j. 05.11.2005.)
36. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 28.

do Código de Defesa do Consumidor pertinente é o art. 53, que considera nula a cláusula que preveja a perda total das quantias pagas pelo devedor.

Esse dispositivo, em essência, reproduz o princípio de vedação do enriquecimento sem causa, ao qual se submete toda e qualquer situação, seja envolvendo contratos paritários ou relações de consumo.

Sucede que as inúmeras espécies de contrato a que se aplica esse princípio, inclusive aquelas que corporificam relações de consumo, têm peculiaridades que as distinguem umas das outras e que, portanto, merecem tratamento jurídico e legal coerente com sua peculiar estrutura e função.

É o caso da Lei 9.514/97, que é lei especial em relação à Lei 8.078/90 (CDC) e não é incompatível com esta, razão pela qual, a despeito de se aplicarem aos contratos de alienação fiduciária os princípios fundamentais da teoria do contrato, que também estão contemplados no Código de Defesa do Consumidor, notadamente as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio da relação obrigacional, é de se aplicar o critério específico de acertamento regulamentado pela Lei 9.514/97, por corresponder a um aspecto peculiar dessa modalidade especial de contrato, e não o critério genérico previsto pelo art. 53 do CDC.

Em relação a espécies de contrato submetidas a regime jurídico específico, merece referência o REsp 80036-SP, do qual foi relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Nesse recurso foi apreciado eventual conflito entre a Lei 4.591/64 e o art. 53 do CDC, tendo a Turma decidido pela prevalência da regra especial do contrato de incorporação, destacando o relator que "a nova lei [refere-se à Lei 8.078/90] incorporou ao ordenamento civil legislado normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência, introduzindo na relação obrigacional a prevalência da idéia da justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé. É certo que, no que lhe for específico, o contrato de incorporação continua regido pela lei que lhe é própria, mas os princípios gerais são os mesmos do sistema civil, entre eles os do Codecon, inclusive para o caso de responsabilidade do fornecedor e extinção da relação contratual".

Em outras palavras: o art. 53 enuncia um princípio geral de nulidade da cláusula que preveja a perda total das quantias pagas pelo devedor inadimplente e o art. 27 da Lei 9.514/97 estabelece critério específico, pelo qual manda o credor devolver ao devedor a quantia que sobrar do leilão, depois de satisfeito o crédito oriundo do financiamento.

O cotejo entre as regras do Código de Defesa do Consumidor e as da Lei 9.514/97 já foi objeto de alguns julgados, registrando-se tendência dos tribunais para o reconhecimento da aplicação das regras estabelecidas pela regulamentação específica da alienação fiduciária, em linha de princípio com o REsp 80036-SP, acima referido.[37]

37. Veja trecho do acórdão da ApCív 4009624/0 da 5ª Câm. de Direito Privado, relator o Des. Oldemar Azevedo, já citada: "Os autores deixaram de pagar as prestações avençadas no contrato e, em razão do seu inadimplemento e da ausência de purgação da mora, a ré exerceu seu direito que a lei lhe faculta de consolidar a propriedade resolúvel com a realização do leilão do imóvel e a devolução aos autores do saldo em seu favor, se for o caso, tudo em conformidade com a lei e o contrato e não, como foi pleiteado, com fundamento nos

É claro que o art. 53 não derroga outras disposições legais anteriores que tratem do modo específico de aplicação do princípio nele contido, nem impede a formulação de leis novas, posteriores ao Código de Defesa do Consumidor, que estabeleçam critérios de acertamento de haveres coerentes com o contorno peculiar do contrato a que se apliquem.

No caso do acertamento decorrente da extinção do contrato de alienação fiduciária, a Lei 9.514/97 regulamenta por completo a matéria e é, a um só tempo, coerente com a função dessa espécie de contrato, ao mandar o credor promover o leilão do imóvel, e com o princípio de vedação do enriquecimento sem causa, enunciado no art. 884 do CC e repercutido no art. 53 do CDC, pois o § 4.º do art. 27 impede que o credor se aproprie de quantia superior ao seu crédito, ao determinar ao credor que entregue ao devedor o saldo apurado no leilão.

Além da sinalização dada pelas decisões dos primeiros casos que chegam aos tribunais, no caso específico da garantia fiduciária de bens imóveis, a jurisprudência em matéria de alienação fiduciária de bens móveis, regulada pelo Dec.-lei 911/69, com as alterações introduzidas pela Lei 10.931/2004, já há muito se consolidou no sentido da aplicação das regras contidas na legislação especial, que é coerente com o princípio do Código de Defesa do Consumidor e, ao mesmo passo, atende às peculiaridades do contrato de empréstimo com garantia fiduciária, ou seja, prevê a entrega, ao devedor, do saldo apurado quando da venda da coisa, em estrita conformidade com a estrutura e função do contrato.[38]

arts. 51 e 53 do CDC. A forma da restituição do valor pago encontra-se regulada pelo § 4.º do art. 27 da Lei 9.514/97 e não de acordo com a forma genérica do art. 53 do CDC." (TJSP, ApCív 4009624/0 da 5ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Oldemar Azevedo.)

No mesmo sentido é o acórdão da 12ª Câm. Cív. do TJRJ, no AgIn 315/2004, rel. Des. Celso Guedes, a propósito da ação especial de reintegração de posse relativa a imóvel objeto de alienação fiduciária, de cuja ementa se destaca: "Reintegração de posse. Compra e venda com financiamento imobiliário e pacto adjeto de sua alienação fiduciária em garantia. Inteligência do art. 30 da Lei 9.514/97. A Lei 9.514/97 é norma especial em relação ao Código de Defesa do Consumidor e, **deste modo, prevalece sobre o aludido diploma legal.**"

38. "Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Bem apreendido – Inadimplemento contratual – Restituição da parcela paga com base no Código de Defesa do Consumidor – Inadmissibilidade.

Pretensão à restituição das parcelas pagas com base no Código de Defesa do Consumidor. Descabimento. Necessidade de prévia venda do bem. Apuração de saldo remanescente. Recurso desprovido." (Ap. c/ Rev. 690.924-00/8 – 26ª Câm. – rel. Des. Andreatta Rizzo – j. 07.03.2005.)

"Alienação fiduciária – Bem móvel – Apreensão em razão de inadimplência – Restituição das parcelas pagas – Possibilidade somente após a compensação obtida pelo valor arrecadado na venda do bem com o abatimento do capital investido, mais as verbas sucumbenciais – Prevalência do art. 1.º, §§ 4.º e 5.º, e art. 2.º do Dec.-lei 911/69 sobre as normas do Código de Defesa do Consumidor – Recurso não provido." (ApCív 852.944-0/7 – Jaboticabal – 26ª Câm. de Direito Privado – rel. Felipe Ferreira – 21.11.2005 – v.u. – Voto 9.436.)

Em suma, cotejando-se os distintos contornos dos contratos de alienação fiduciária e de promessa de compra e venda, resulta claro que, nos precisos termos da legislação especial, os modos de acertamento de contas entre o devedor e o credor são substancialmente distintos; na promessa de compra e venda, resolve-se o contrato, com o retorno das partes ao *statu quo ante*, enquanto na alienação fiduciária dá-se a excussão da garantia, colocando-se o bem em leilão para apuração do *quantum* necessário a satisfazer o crédito e subseqüente restituição do sobejo ao fiduciante.

6.6 *O acertamento de haveres e o perdão da dívida do devedor-fiduciante*

Outro aspecto relevante na regulamentação específica da Lei 9.514/97 é o tratamento peculiar dado ao saldo devedor remanescente de responsabilidade do devedor, caso, na venda do bem objeto da garantia, não se alcance valor suficiente para pagamento do crédito garantido e encargos.

Nessa hipótese, o devedor obterá quitação integral do seu débito mesmo que o preço obtido no leilão não seja suficiente para repor no patrimônio do credor a quantia que dele tomou por empréstimo (Lei 9.514/97, art. 27, § 6.°).

Trata-se de perdão de dívida, que o legislador instituiu como mecanismo de compensação, seja em razão da celeridade do procedimento de realização da garantia, seja em função da vulnerabilidade econômica do contratante mais fraco.

Sucede que quando se formulou essa legislação, o legislador concentrou sua atenção nos financiamentos habitacionais, e nas operações dessa natureza o perdão da dívida podia ser justificado, pelo menos nos empréstimos de valor mais reduzido.

Entendemos que esse perdão da dívida deveria ser limitado a financiamentos de natureza habitacional, dele excluindo-se as operações de financiamento não-habitacional, em geral, e as de autofinanciamento do tipo *consórcio*.

Ora, o perdão da dívida em relação ao saldo residual é mecanismo compensatório que só se justifica nas operações de finalidade assistencial, e é por essa razão que é empregado nos processos de execução judicial no âmbito do SFH, nos termos da Lei 5.741/71, pela qual o devedor fica exonerado de pagar o saldo residual, da mesma forma que prevê o § 5.° do art. 27 da Lei 9.514/97.

Com efeito, nos empréstimos destinados a atividades empresariais, deve ser aplicado o princípio geral, contemplado no Código de Processo Civil, de prosseguimento da execução mediante penhora de outros bens do devedor.

De outra parte, nos grupos de autofinanciamento, tipo "consórcio", a quitação por valor inferior ao da dívida beneficiaria individualmente a pessoa do consorciado-devedor, mas causaria irreparável prejuízo a todas as demais pessoas participantes do consórcio, que ocupam posição paritária do ponto de vista social e econômico, pois sobre estas pessoas recairia o prejuízo correspondente ao saldo residual; nesse caso, o perdão da dívida ao consorciado inadimplente ofenderia o princípio da função social do contrato, na medida em que repercutiria negativamente sobre toda a comunidade dos participantes do grupo.

A nosso ver, o problema precisa ser equacionado mediante processo legislativo, para o qual permitimo-nos submeter ao debate proposição de alteração do § 5.° do art. 27 e de acréscimo de mais um parágrafo a esse artigo, com a seguinte redação: "§ 5.° No caso de financiamento de imóvel habitacional cujo valor, fixado no contrato para efeito do inciso VI do art. 24, não exceda a 700 (setecentos) salários mínimos, se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2.°, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4.°. (...) As disposições dos parágrafos quinto e sexto deste artigo não se aplicam às operações de financiamento não-habitacional e às de auto-financiamento realizadas por grupos de consórcio."

7. REINTEGRAÇÃO DE POSSE

O fiduciário ou seus sucessores são legitimados a propor ação de reintegração de posse em face do devedor, seus sucessores ou de quem estiver ocupando o imóvel.

O fato que enseja a reintegração é a perda de legitimidade da posse do fiduciante, que decorre da inexecução do contrato de alienação fiduciária, tendo em vista que a lei só reconhece legitimidade na sua posse enquanto adimplente (art. 24, IV); a inexecução que comprova o inadimplemento decorre da certidão do Oficial do competente Registro de Imóveis que tiver implementado os procedimentos de intimação para purgação da mora e consolidação da propriedade no patrimônio do credor.

Nesse procedimento especial não há que se cogitar da indicação da data do esbulho; tal definição é exigida pelo Código de Processo Civil para definição do tipo de interdito, se se trata de ação de força velha ou de força nova, e diz respeito somente à possibilidade de concessão de medida liminar, seguindo a primeira o rito ordinário e, a segunda, um procedimento especial, em que se aprecia a medida liminar. Esta distinção, entretanto, perde significado para a ação de reintegração de posse da Lei 9.514/97, pois para essa hipótese está prevista a reintegração liminar independente da duração da posse, dado o caráter especial da medida. Dada sua adequação à natureza da posse nessa situação peculiar, nossa interpretação vem sendo adotada pela jurisprudência.[39]

39. "Reintegração de posse. Compra e venda com financiamento imobiliário e pacto adjeto de sua alienação fiduciária em garantia. Inteligência do art. 30 da Lei 9.514/97. A Lei 9.514/97 é norma especial em relação ao Código de Defesa do Consumidor e, deste modo, prevalece sobre o aludido diploma legal. Ao exigir a indicação do esbulho, o Código de Processo Civil tem em vista a definição do tipo de interdito, se se trata de força velha ou de força nova, seguindo o primeiro o rito ordinário e a segunda *um procedimento especial*, em que se aprecia a medida liminar. Essa distinção, entretanto, perde significado para a ação de reintegração de posse da Lei 9.514/97, pois para esta hipótese está prevista a reintegração liminar independente da duração da posse, dado o caráter especial da medida. Decisão agravada cassada, deferindo-se a excogitada reintegração possessória. Recurso provido." (TJERJ, 12ª Câm. Cív., AgIn 315/2004, decisão unânime, rel. Des. Celso Guedes.)

Ademais, a legitimidade ativa para a reintegração é deferida ao credor-fiduciário ou seu sucessor, pouco importa a categoria em que se enquadre a empresa, se instituição financeira ou não, ou se pessoa física, pois a lei permite a contratação da alienação fiduciária de bens imóveis por qualquer pessoa, não sendo privativa das entidades integrantes do sistema de financiamento imobiliário (Lei 9.514/97, § 1.°, do art. 22).[40]

O procedimento é especial e contempla o deferimento liminar da reintegração do fiduciário na posse do imóvel, com prazo de 60 dias para desocupação.[41]

40. "Alienação fiduciária de coisa imóvel. Lei 9.514/97. Ação possessória. Cabimento. Liminar: deferimento. A ação possessória é a via adequada para a recuperação do imóvel, conforme regra do art. 30 da Lei 9.514/97." (TJRJ, 11ª Câm. Cív., AgIn 2006.002.05321, rel. Des. Nametala Jorge, j. 28.06.2006.) Excerto do voto do relator: "Segundo as regras do art. 5.°, § 2.°, e do art. 22, parágrafo único [renumerado para § 1.° por força da Lei 11.481, de 31.05.2007] da Lei 9.514/97, a alienação de coisa imóvel não é privativa das entidades que operam no SFI, qualquer pessoa física ou jurídica a tanto estão autorizadas."

41. "Alienação fiduciária – Bem imóvel – Reintegração de posse – Liminar – Requisitos – Preenchimento – Cabimento – Aplicação do art. 30 da Lei 9.514/97. Preenchidos os requisitos dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97, de rigor a concessão da medida prevista no art. 30 que assegura ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, a reintegração na posse do imóvel, a ser concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, ante a comprovação da consolidação da propriedade em nome do fiduciário." (2.° TACivSP – AI 808.389-0/2 – 7ª Câm. – rel. Juiz Américo Angélico – j. 16.09.2003.)

"Agravo de instrumento – Ação de reintegração de posse – Contrato de compra e venda de imóvel adjeto a contrato de alienação fiduciária em garantia – Constituição do devedor em mora – Transferência do bem à propriedade do credor fiduciário – Observância do rito da Lei 9.514/97 – Requisitos preenchidos – Deferimento.

Para o deferimento da medida liminar de reintegração de posse com fulcro na Lei 9.514/97, que trata da alienação fiduciária de imóvel, exige-se apenas a prova da consolidação da propriedade do bem nas mãos do credor fiduciário, através dos atos previstos na apontada lei. Constituído em mora o devedor, o credor pagará o imposto para a transferência do bem à sua propriedade e, logo em seguida, promoverá leilão, e não havendo licitante haverá a quitação da dívida com direito do credor fiduciário a reintegrar-se na posse do bem (inteligência dos arts. 2.° e 30 da Lei 9.514/97)." (TJMG, AgIn 1.0024.06.057111-4/001(1), rel. Des. Antônio Pádua, j. 29.08.2006.)

" Ação de reintegração de posse. Contrato de financiamento de imóvel com alienação fiduciária. Aplicação dos ditames da Lei 9.514/97. Retenção por benfeitorias. Taxa de ocupação. Restituição de quantia em dinheiro aos fiduciantes.

Extrai-se dos autos, que os apelantes adquiriram um imóvel da apelada, estabelecendo a alienação fiduciária como garantia, mas, em virtude do inadimplemento das obrigações foram notificados para purgar a mora, e não exercendo tal faculdade, foi realizada a praça, cuja propriedade se consolidou em nome da apelada, por não haver licitantes. Destarte, esta intentou ação de reintegração de posse do imóvel, tendo o Juízo deferido a liminar pleiteada na exordial, tornando-a defini-

Importa notar que a reintegração de posse ocorre depois de já ter sido efetivado o acertamento de contas entre o fiduciário e o fiduciante, isto é, depois de o fiduciário ter entregue ao fiduciante o saldo apurado no leilão ou ter dado quitação, exonerando-o da obrigação de pagar eventual saldo remanescente (Lei 9.514/97, art. 27, §§ 4.º, 5.º e 6.º).

Dado esse pressuposto, o art. 30 dessa lei especial estabelece como único requisito para o deferimento liminar da reintegração a prova da consolidação da propriedade no patrimônio do fiduciário, não havendo como vincular tal deferimento à restituição de quantias pagas ao fiduciante.

Não obstante, talvez por inspiração em jurisprudência dominante em matéria de promessa de compra e venda, houve uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que confirmou decisão de primeiro grau que condicionava a reintegração à efetivação de caução. Trata-se de decisão isolada, proferida contra a disposição expressa do art. 30 da Lei 9.514/97, que se contrapõe à própria natureza do contrato de alienação fiduciária. Merece registro, entretanto, tendo em vista a equivocada premissa da decisão, isto é, de que o art. 26, embora preveja a consolidação, "não resolve a questão posta em julgamento" (ou seja, o acertamento de haveres); de fato, não o art. 26 que resolve a questão, pois o critério de acertamento de haveres está equacionado no art. 27, §§ 4.º, 5.º e 6.º; assim, não

> tiva através da sentença hostilizada. Quanto às benfeitorias, verifica-se pela prova documental, que as mesmas se enquadram como voluptuárias, o que torna inaplicável a regra contida no art. 1.219 do CC/2002, prevalecendo, pois, os termos do instrumento particular celebrado entre as partes, ratificado por escritura, que atende ao comando da Lei 9.514/97, especificamente seu art. 27, § 4.º. A cláusula que estabelece o pagamento de taxa de ocupação pelos fiduciantes à fiduciária tem natureza de cláusula penal e finalidade de pré-fixação das perdas e danos, ou seja, durante o período em que restou configurado o esbulho possessório, não havendo que se considerar abusivo o percentual especificado no art. 34-A da Lei 9.514/97.Os arts. 26, §§ 4.º, 5.º, 6.º; 27 e seus parágrafos, da Lei 9.514/97 estabelecem que eventual direito de restituição de quantia em dinheiro somente será possível na hipótese de o produto obtido com a venda em leilão público sobejar o saldo devedor, o que não é o caso dos autos, pois, sequer houve licitante. Recurso conhecido e improvido." (TJRJ, ApCív 2007.001.06874, 11ª Câm. Cív., rel. Des. Cláudio de Mello Tavares, j. 28.03.2007.)
>
> "Alienação fiduciária. Bem imóvel. Liminar de reintegração de posse. Previsão do art. 30 da Lei 9.514/97. Autora que demonstrou o cumprimento dos requisitos previstos nos arts. 25 e 26 do mesmo diploma legal. Admissibilidade. Medida indeferida pela decisão recorrida. Agravo provido." (2.º TACivSP, AgIn 838.548-0/3, 11ª Câm., rel. Juiz Clovis Castelo, j. 15.03.2004).
>
> "Alienação fiduciária – Bem imóvel – Reintegração de posse – Liminar – Requisitos – Preenchimento – Cabimento – Aplicação do art. 30 da Lei 9.514/97.
> Preenchidos os requisitos dos arts. 26 e 27 da Lei 9514/97, de rigor a concessão da medida prevista no art. 30 que assegura ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, a reintegração na posse do imóvel, a ser concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, ante a comprovação da consolidação da propriedade em nome do fiduciário." (2.º TACivSP, 11ª Câm. Civ., AgIn 838.548-00/3, rel. Juiz Clóvis Castelo, j. 15.03.2004.)

é no contexto da ação de reintegração que se faz o acertamento, mas mediante aplicação do critério estabelecido por estas disposições legais.[42]

8. Penhora dos direitos do fiduciário e do fiduciante

São penhoráveis tanto os direitos do credor-fiduciário como os do devedor-fiduciante.

No primeiro caso, em processo de execução contra o credor-fiduciário, o objeto da penhora será o direito creditório de que ele seja titular, incidindo também, obviamente, sobre a propriedade fiduciária, que é direito acessório do crédito. Sendo levado a leilão seu crédito, acompanhado da garantia fiduciária, o arrematante adquirirá o crédito e ficará sub-rogado nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de alienação fiduciária em garantia, substituindo o credor-fiduciário, de modo que, uma vez recebido o crédito, será obrigado a dar quitação ao devedor-fiduciante e fornecer-lhe o "termo de quitação", cuja averbação ensejará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

De outra parte, se a execução for dirigida contra o devedor-fiduciante, o objeto da penhora será seu direito real de aquisição do domínio, isto é, o direito que tem o devedor-fiduciante de ser investido na propriedade plena do bem ao concluir o pagamento da dívida que o onera. Assim, cogitando-se de penhorar os direitos do devedor-fiduciante, o objeto da penhora não será a propriedade que ele ainda não tem,[43] mas tão somente os direitos aquisitivos.[44]

42. Trata-se de negativa de seguimento ao AgIn 2006.002.4015 – 9ª Câm. Cív. TJRJ, tendo o Desembargador prolator fundamentado a decisão em que, "demonstrado pelos agravados [fiduciantes, réus na ação de reintegração] o pagamento de quantia considerável, restou por correta a conclusão judicial que concedeu ao autor o direito perquirido, mediante caução até que as partes possam dirimir os cálculos conflitantes. Por outro lado, ainda se encontra a matéria na ótica do instituto da posse, podendo o magistrado resguardar o direito em discussão, não aplicando à hipótese o art. 30 da Lei especial. Também o art. 26 da Lei 9.514/97, visa consolidar a propriedade do imóvel ao fiduciário quando da inadimplência do fiduciante, entretanto, não resolve a questão posta ora sob julgamento, tal pretensão não encontra na edificação das melhores regras de direito qualquer oposição a justificar a modificação da decisão judicial ora atacada. Por essas considerações é que nego seguimento ao Agravo de Instrumento com base no disposto no art. 557 da Lei Adjetiva em vigor".
43. A situação tem pontos de contato com a caução (penhor) de direito aquisitivo sobre imóvel, isto é, a caução do direito do promitente comprador ou do promitente cessionário de imóvel, bem como do cessionário do promitente comprador (Lei 9.514/97, arts. 17 e 21). Paulo Restiffe Neto diz que o devedor-fiduciante tem um vínculo com o bem, mas expectativo, de reaquisição, assim qualificando seu direito: "Esse direito expectativo está submerso na eventualidade de reaquisição do domínio pleno do bem, agora sob condição suspensiva da integralização do pagamento da dívida. Só a liquidação final resolve a propriedade em favor do devedor" (*Garantia fiduciária*, cit., p. 325).
44. "Processual civil. Locação. Penhora. Direitos. Contrato de alienação fiduciária. O bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não

Sergio Jacomino, lembrando que tais direitos são suscetíveis de cessão (Lei 9.514/97, art. 29), não deixa dúvida quanto à penhorabilidade dos direitos do devedor-fiduciante; ora, diz ele, "ostentando um conteúdo econômico, *direito atual* disponível, parece lógico que esse direito também pudesse ser objeto de constrição judicial e conseqüentemente alienação forçosa".[45]

O valor econômico dos direitos aquisitivos, para efeito da penhora, merece especial atenção.

Com efeito, na medida em que a aquisição definitiva do direito de propriedade, por parte do devedor-fiduciante, é condicionada ao pagamento da dívida, que em geral se faz parceladamente, a apuração do valor econômico do direito aquisitivo penhorável deve levar em conta, entre outros aspectos peculiares, de acordo com as circunstâncias, o valor de mercado do bem, descontado do valor do saldo devedor e encargos contratuais. Indo à hasta pública os direitos aquisitivos penhorados, o arrematante ficará sub-rogado nos direitos e obrigações do devedor-fiduciante, devendo, portanto, resgatar o saldo da dívida para obter a propriedade plena do bem.

A penhora dos direitos do devedor-fiduciante não atinge o direito do credor-fiduciário, não ocorre alteração objetiva da obrigação; o que ocorre é apenas a substituição do devedor-fiduciante, que deixa de ser o devedor original e passa a ser o arrematante.

Em qualquer dos casos – seja referindo-se aos direitos do credor-fiduciário ou aos direitos aquisitivos do devedor-fiduciante – a penhora deve ser registrada na matrícula do imóvel.

9. EFEITOS EM RELAÇÃO À FALÊNCIA E AO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA

Como se sabe, um dos efeitos da constituição da propriedade fiduciária é a afetação do bem transmitido à finalidade que tiver sido determinada no título de sua constituição. Por isso, o domínio que o credor tem sobre o bem deve "durar somente até o cumprimento de uma condição resolutiva, para o efeito de restituição da coisa a seu antigo dono".[46]

Dada essa configuração, a falência ou o procedimento de recuperação da empresa não alteram o curso do contrato.

Tratando-se de contrato de empréstimo ou financiamento com garantia fiduciária, sobre ele não incidem os efeitos do procedimento de recuperação, daí porque continuará o devedor obrigado a pagar normalmente as parcelas da dívida exatamente nos termos contratados; de outra parte, se em recuperação o credor-fiduciário mantém-se também íntegro seu direito creditório, assim como sua obri-

pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constritos. Recurso especial provido." (REsp 260.880-RS, *DJ* 12.02.2001, rel. Min. Félix Fischer.)

45. JACOMINO, Sérgio. Penhora – Alienação fiduciária de coisa imóvel. Algumas considerações sobre o registro. *Boletim Eletrônico IRIB* 2.245 – 09.01.2006, in Biblioteca Virtual Dr. Gilberto Valente da Silva.
46. FREITAS, Augusto Teixeira de. Esboço, art. 4.302.

gação restitutória, operando-se o cancelamento da propriedade fiduciária quando da satisfação integral do seu crédito e a conseqüente reversão da propriedade plena do bem ao devedor-fiduciante. Se o devedor-fiduciante incidir em mora, estará o credor-fiduciário, mesmo em estado de recuperação judicial, legitimado a promover todas as medidas legais necessárias ao recebimento do seu crédito, de acordo com o procedimento especial estabelecido pela Lei 9.514/97.

A lei de falência e recuperação da sociedade empresária trata das figuras jurídicas da propriedade fiduciária e da afetação patrimonial, dispondo explicitamente que os bens sujeitos a qualquer desses dois regimes não são atingidos pelos efeitos da quebra ou do processo de recuperação, permanecendo separados do patrimônio do falido e, portanto, fora do ativo da massa, até que cumpram sua finalidade. Cumprida tal finalidade, o saldo positivo será arrecadado à massa ou o saldo negativo será nela habilitado.[47]

47. Lei 11.101/2005:

"Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3.º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4.º do art. 6.º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. (...)."

"Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

(...)

IX – Os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer."

5

Base de dados, registro informático e o acesso à informação registral versus *direito à privacidade*[*]

RICARDO DIP

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

RESUMO: O autor tece considerações sobre o processo de informatização do Registro Imobiliário, considerando que o mesmo é inevitável e tem relevantes aspectos positivos, mas chama a atenção para algumas circunstâncias potencialmente nocivas, notadamente no conflito entre os valores da publicidade e da privacidade, materializado no direito de obter certidões e aguçado pelo advento da internet.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de Imóveis – Informatização – Certidões – Direito de privacidade – Direito de publicidade.

ABSTRACT: The author discusses on the de informatization process of Real Estate Register, considering that this is inevitable and has relevant positive aspects, but calls the attention to some highly evil circunstances, notably in the conflict between the values of publicity and privacy, materialized in the right to obtain certificates and kenn by the coming of the internet.

KEYWORDS: Real Estate Register – Informatization – Certificates – Privacy rights – Publicity Rights.

SUMÁRIO: 1. Os recursos informáticos e a poietização jurídica de nossos tempos – 2. Os recursos informáticos e suas funções para o registro de imóveis: guarda, sinal, expressão e comunicação: 2.1 A guarda; 2.2 O sinal e a expressão; 2.3 A comunicação – 3. Publicidade versus privacidade: o despertar de Leviatã que ama quase a segurança jurídica... (era quase assim...) – 4. Referências bibliográficas.

* II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral – Coimbra, 2007.

1. Os recursos informáticos e a poietização jurídica de nossos tempos

"A máquina foi gerada por uma ideologia mecânica prévia."
– Heraldo Barbuy

Por mais epidérmica que se limite a apreciação do que se poderia acomodar sob o rótulo de uma quase *simbiose informática-registro*, pronto e manifesto é o fato de que, nessa interação, a *técnica* tem ditado seu tanto de direções. Em outros termos, não é nada ingênua a presença convivencial da informática no ambiente registrário: ela, muitas vezes, vai além de um mero *modo de fazer* para impor um *modo de ser* ao registro.

Não se trata, para já, é certo, de uma questão restrita ao campo do registro – antes é todo um problema para a esfera do Direito e, de maneira mais alargada, para todos os saberes e toda a cultura. Talvez, em nossos tempos, possa mesmo dizer-se que a técnica menos se vai mostrando um *modo de fazer* a cultura do que um *modo de ser* da cultura.

É assim que, na hora presente, as funções próprias do saber religioso e do saber metafísico – neste incluída a disciplina moral e jurídica das relações entre os homens – estão a perder sua primazia hierárquica e a submeter-se, em vasta área, aos ditames do saber técnico que advém, na conhecida lição de Max Scheler, da mera vontade de poder e de domínio sobre a natureza física, sobre os homens e sobre os processos sociais. Retrocede-se mesmo, não raro, da grandeza quantitativa e da velocidade dos resultados obtidos com as técnicas de nossos tempos ao ponto de uma explicação evolutiva de ditos ultrapassados saberes religiosos e metafísicos, quando, em verdade, não apenas o factual primado da técnica responde a um pressuposto ideológico, como também sequer propicia, em linha, uma vantagem social infranqueável. A esse propósito, vêm de molde as reflexões de Lewis Mumford, tomando exemplo na cidade norte-americana de Los Angeles, quando esse pensador do Urbanismo põe à mostra que os ruídos e a balbúrdia típicas do período paleotécnico se repetem e amplificam nas metrópoles "progressistas" de nossos dias.

No plano específico do Direito, é avistável a tendência coeva de sua tecnificação teleológica ou *poietização*: o fim do Direito já não se aninha pacificamente, como era clássico considerá-lo, no plexo subalternante do bem moral, senão que passa, de fato e com freqüência, a situar-se na *utilidade política*. Aí mais não se trata da regulação do *agere* à vista do bem ético, mas do *facere* à vista do útil, e não se busca e apreende a *res iusta* – efetivamente devida a outrem (*suum cuique tribuere*) – mas se objetiva a *res utilis* de quem domina ou procura dominar os processos sociais.

Na contrapartida, não se está aqui a propor – com a só reserva dos fins aos saberes hierarquicamente superiores à técnica e com a prevalência do razoável sobre o meramente voluntário – que as atividades técnicas se restrinjam no espectro de sua própria ordem, mas, isto sim, que permaneçam nos limites de sua tarefa instrumental poiética, especialmente quando tenham por objeto material a pessoa humana. É certo não ser possível evitar que as realidades técnicas,

quodammodo, toquem os homens, pois, se isso se pretendesse, numa espécie agora de moral tardotribalista, deveríamos, tal como graficamente observou o grande pensador e literato brasileiro que foi Gustavo Corção, "denunciar os dentistas" ou "fechar os salões de barbeiro". Não menos certo, contudo, é que a desenvoltura íntima da técnica não deve exaltá-la até os limites em que ela imponha seus próprios fins aos saberes não-técnicos, transpondo a fronteira de seus domínios poiéticos estritos para tornar súditos aqueles a cujos objetivos deveria servir de modo instrumental.

Em resumo, não me ponho a imaginar e acusar a infestação de demônios nos meandros dos recursos informáticos – o diabinho oculto de cada *bit*, embora a Enzensberger já se tenha concedido o direito de conjecturar sobre o diabo dos números –, mas argumento aqui com a preservação dos fins do *agere* humano a que esses recursos informáticos estão magnificamente aparelhados para bem servir. Valendo-me agora das meditações de Dessauer, temos necessidade de uma educação para a técnica, não ao modo de quem se ocupa de refletir sobre o campo do exercício instrumental ou das possibilidades de seu desenvolvimento endógeno, mas de uma educação ascética que se revele apta a inculcar limites impostos com anterioridade e superioridade, limites que, bem por isso, não devem infringir-se.

2. OS RECURSOS INFORMÁTICOS E SUAS FUNÇÕES PARA O REGISTRO DE IMÓVEIS: GUARDA, SINAL, EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

2.1 A guarda

> *"Hace unos años, en la propia Alemania se empezó a clamar contra la excesiva movilización de la propiedad inmueble. Es decir, contra su organización, orientada exclusivamente hacia la seguridad dinámica. A principios de siglo, Hedemann, en un trabajo titulado 'Los Progresos del Código civil en el siglo XIX', acusaba a la legislación inmobiliaria de haber conducido a tres peligrosos resultados, que intitulaba endeudamiento, pulverización y egoísmo de la tierra."* – Vallet de Goytisolo

Assinalável é a grandeza dos recursos informáticos também enquanto *instrumento* para o registro de imóveis, ou, em outros termos, enquanto *meio* para a consecução dos fins propostos ao registro imobiliário, cabendo-lhe *funções* específicas para suas atividades instrumentais: por exemplo,

a) a de *conservar* o que se documenta no e, de algum modo, pelo registro,

b) a de *sinalizar* ou, se se quiser, indicar signo para referir certas realidades,

c) a de *expressar*, exteriorizando um conhecimento sensível ou um objeto de conceito, vale por dizer, a de *representar* no registro uma parte da realidade exterior, e

d) a de *comunicar* o que se encontra registrado.

A conservação documentária *no* registro de imóveis tem nos meios eletrônicos um extensíssimo lugar, de fácil acesso e prevista larga durabilidade. O mundo tabular pode agora embutir-se em uns pequenos e pouquíssimos discos, multiplicáveis com parvo dispêndio de tempo, de custos e de esforços. Mas a esse *melhor mundo ideal cogitável* da conservação de documentos aconteceu, para usar a expressão de Edward Tenner, um *bite back*: ou seja, a tecnologia dispôs-se à vingança. Não só com a trivial persistência – por agora expansionista – daquilo que Alvin Toffler considerava um exemplo de uso primitivo das máquinas: as *cópias em papel*, senão que tornando mais atrativo o sonho dos que se animam ao ofício de furtar. O perseverante dilúvio do papel é uma indicação, diz-nos Tenner, de que muitos não confiam na solidez dos registros eletrônicos, de sorte que a difusão em rede desses arquivos se fez acompanhar de relatórios em papel, também conservados em outros arquivos: a só leitura dos termos de garantia impressos nos invólucros dos discos de gravação eletrônica – por exemplo, "em nenhuma circunstância o fabricante responderá por perda de dados" –, essa só leitura deprime a confiança dos usuários. Além disso, o que antes implicava uma só improvável aventura – a subtração da totalidade dos dados físicos de um registro de imóveis – é hoje posto, de maneira diminuta e cômoda, ao alcance dos dedos ágeis de todos os Rinconetes e Cortadillos do mundo.

A conservação documentária, porém, é apenas um fim intermédio que deveria voltar-se a outro e mais relevante fim registral: o da *conservação das situações jurídicas*. Se, contudo, pensamos nos meios eletrônicos, na imensidade de sua vastidão corpórea e de sua rapidez, tudo isso aliado a seu cariz de novidade e de poder, logo nos daremos conta de que esses sinais são exatamente aqueles que Werner Sombart, acercando-os do modelo da alma infantil, encontrava no íntimo do tipo do homem econômico do século XIX. Mais recentemente, Paolo Grossi advertiu o fato de que a celeridade das mudanças contemporâneas tem acarretado a primazia da prática – *rectius*: o primado da técnica. E a técnica, vista dessa maneira, parece consagrar de algum modo o ideal do burguesismo decimonônico, de sorte que a conservação registrária tende a ressentir-se de uma tendencial vocação à mobilidade: é assim que, à segurança jurídica dos domínios, tão propícia a situações de estabilidade, sucede uma especial chamada à segurança dinâmica, aí prevalecente o interesse dos créditos, chegando-se até mesmo à idéia central de *mobilização do imóvel*. Não faltará, se se quiser um exemplo muito gráfico, que um tema de aparência contraburguesa – o da função social da propriedade – se harmonize como luva à concepção do neoburguesismo: nessa cosmovisão, a garantia do crédito realiza de modo nuclear a função social do domínio. Daí não estranhar que se pluralizem em nossos tempos algumas investidas de fato contra a legitimação tabular, alterando-se o papel conservador dos registros na concorrência com situações creditórias extratabulares: o que um tal *novo* registro passaria a conservar não é mais, preferencialmente, a situação de propriedade, senão que a referência assinalativa a um objeto suscetível de oferecer garantia e satisfação aos créditos – incluídos os tributários, o que se põe muito ao gosto das concepções estatalistas, sabidamente ciosas da opulência do erário.

2.2 O sinal e a expressão

"Todos os sinais, por causa de sua força de congraçamento, têm uma aura de emoção (...) Quem não terá visto um dia, numa flor oferecida, uma promessa de amor?" – Gustavo Corção

Ao cogitar-se dessa função assinalativa no registro de imóveis, logo vindo à mente a sentença "Ao princípio era o Sinal" – plágio indefinidamente inferior ao epigrama com que S. João inaugurou seu Evangelho: "Ao princípio era o Verbo" –, importa considerar à raiz que os homens não podem viver sem sinais. Nas pisadas da célebre lição de Aristóteles – "o homem é naturalmente um animal político" – e, em boa medida por certo, em razão dessa politicidade humana, Eugenio D'Ors afirmava ser "el hombre (...) un animal que habla". Observou D'Ors, todavia, que a constância da *linguagem* na convivência política dos homens *não* significa uma disposição *natural* humana – *i.e.*: um próprio de linguagem humana –, mas, isto sim, desvela a capital indicação de que o homem é um ser *naturalmente expressivo*. Esse atributo natural da expressividade humana é reclamado não só, embora aqui principalmente, no plano intelectual, mas também no da vontade e no afetivo: se do fato de o homem ser um animal que beija, o exemplo é de D'Ors, não se apreende a naturalidade desse estilo amoroso, calha, isto o dizemos nós, que é uma das mostras da humana propensão natural ao amor. Não seria, porém, de todo irrazoável, ao revés do que sustentou D'Ors, considerar que a expressividade natural do homem tenha, num dado tempo, correspondido a uma linguagem também natural: a dar-se crédito à indicação bíblica, *natural* foi a linguagem adâmica e, acaso, assim também uma certa sua extensão a todo o período antebabélico. Instaurada, porém, com a infrutífera construção de Babel, a *confusio linguarum* (Gên. 11-9), apenas remanesceu a constante histórica da variedade das linguagens convivendo com a perseguição utópica da perseverante procura da *lingua perfeita* (Umberto Eco) e de um cânon de *palavras sem fronteira* – tarefa até aqui infrutífera, certo que até mesmo na interioridade das fronteirizações idiomáticas, qualquer dicionário, assim o disse Sérgio Corrêa da Costa, é um trabalho "eternamente inacabado", insuscetível de abarcar a integralidade lexicográfica de cada idioma particular.

O universo jurídico atual não se põe a salvo dessas dificuldades, já porque vive imerso numa crise de racionalidade, em que, com o perdimento ordinário dos atributos da sistematicidade e, sobretudo, da estabilidade – cujo testemunho mais severo é o da proliferação incessante de textos regulativos pontuais e particularistas (Jacques Chevalier) –, chega-se ao ponto mesmo de a terminologia "própria e exata" conformar-se, muita vez, em ser somente a listagem de uma propositada *indeterminação lexical* (Dinio Garcia), dirigida a um intencional *circiterismo – ou ambigüidade – de regras* cujo sentido livremente vagueia das normas superiores às ínfimas, do legislador ao juiz e às funções executivas. É assim que, por exemplo, se trata de reportar, *de fato*, para compreender uma difusa normativa panconstitucional (de que é bastante ilustrativa a Constituição Federal brasileira de 1988) um significado

subconstitucional póstero que retroopera sobre a norma superior; ou que, noutro exemplo, de objetos juridicamente mal-definidos no plano legislativo, se entregue em mãos da Administração Pública ou dos Tribunais a eleição do que se poderia designar de *normas de turno*.

Ainda agora, numa tentativa de superar o remendo com que se deu a ultrapassagem do falido normativismo kelseniano, os *princípios* jurídicos – destituídos, de comum, do lastro substantivo que os sustentava no jusnaturalismo tradicional – vêem-se convertidos ora em um *principialismo*, ora em uma *regulação principiológica*, em ambos os quadros afastada a relação com a ordem das coisas. Ali, com o principialismo, inventa-se, na indefinida elasticidade objetivo-conceitual dos princípios, um modelo abstrato possível para enfrentar normas postas. Por sua vez, a normativização principiológica consiste, em resumo, na construção da *hipótese de uma regra* a partir do elastério do princípio, para, ato seqüente, contrastar essa *regra imaginária* com regras postas, e de seu embate retroceder à prevalência da *hipótese* que estaria, como visto, supostamente vincada num princípio e convertida em juízo regulativo. A perda da onticidade do Direito e sua conversão num mero produto da vontade de quem elabora regras são o alicerce da *frustração jurídica* dos nossos tempos e daquilo que, com muita agudeza, Manuel Alceu Affonso Ferreira designou, recentemente, de *terrorismo jurídico*.

O registro de imóveis não é um oásis nessa crise jurídica. Também ali se desenrolam os dramas dos significados e dos sentidos dos termos, a tragédia do agnosticismo jurídico e, alguma vez, a persuasão falaz de que se chegou ao paraíso perdido: o da linguagem perfeita. A integração de *três sistemas de signos*, o literal, o do áudio e o visual, com sua uniforme enunciação em bits – "Les bits véhiculent indifféremnt du texte, du son ou de l'image" (Ramonet) –, tem propiciado, de fato, o incremento do culto da informação (Roszak), utopia da comunicação (Breton) ou da técnica (Flichy), e Ignace Ramonet chega mesmo a falar de um *messianismo mediático* – no bojo do que avista ser uma *tirania da comunicação*. A essa fantasia de que estejamos próximos do umbigo do mundo opõe-se a realista observação de Roberto de Mattei: parece-lhe que, de tanto devanear com a utopia do progresso, corremos o risco de atingir o reino do caos. De todo modo, como o dissemos noutra parte, *o fato* é que hoje "as classificações universais de Aristóteles e do *Isagoge* de Porfírio, o *thesaurus* da magna arte de Raimundo Lúlio e a taxinomia de John Wilkins parecem menos irrealizáveis quando se considera o hipertexto informático".

Ora bem, o Registro imobiliário de nossos dias tem à sua disposição esses imensos recursos eletrônicos, desde o concurso da sinalização *visual* dos imóveis, por meio de plantas e fotografias, até o uso da hipertextualização. A questão maior aí a considerar nesta hora, porém, não é a do campo das possibilidades *técnicas*, mas a da conformidade dessas técnicas com a natureza e os fins do registro predial. Já se alistou, noutro estudo, uma série de indagações acerca do tema; recrutemos aqui algumas delas:

a) diante de eventual dissonância entre sinalizações – visual e textual –, qual delas haverá de prevalecer para os efeitos jurídicos da publicidade registrária?

b) Persistiria justificada a textualização descritiva de um imóvel se, ente corpóreo natural, pode percepcionar-se a partir de um dado imagético?

c) Que espécie de convivência se espera entre uma ulterior nova linguagem descritiva e a literalização não-descritiva dos registros?

d) A hipertextualização no registro não redundará em prejuízo para a graficidade do fólio real?

e) Alguma linguagem "técnica" pode ter a pretensão de uma *naturalidade tardia*, de modo a proclamar-se definitiva?

f) Alguma linguagem "técnica" – ainda que se deixe à margem a indeterminação propositada de suas várias acepções análogas, para não dizer equívocas – poderá perseguir, ladeando a instabilidade dos processos de evolução e involução da linguagem comum, a meta da *acessibilidade profana*? Ou, diversamente:

g) o que se busca é converter o registro de imóveis "numa academia de ciências exatas ou num bloco de relatos acessíveis apenas a peritos em Física teórica"? Por fim,

h) a admissão de hipertextos registrários concerta-se com o bem jurídico-pessoal de privacidade e o direito que lhe corresponde?

2.3 A comunicação

> *"No cabe duda, ciertamente, que si la cuidad comenzó siendo el ámbito de la libertad y de la realización personal de los individuos – 'el aire de la ciudad hace al hombre libre' –, las posteriores manifestaciones de la ciudad industrial han llegado a ser el ámbito de la alienación, la soledad y la incomunicación." – Enrique Martín Lopez*

É de Mario Soria a afirmação, recrutável para as inscrições imobiliárias, de que as informações mediáticas constituem uma *expressão fragmentária da realidade*, porque são a energia *convencional* de um *meio* – de visualização, iconográfico ou textual etc. –, que pode ou não compreender-se por seus destinatários. A esse conjunto de atributos das inscrições – fragmentariedade do real, convencionalismo da sinalização, incerteza de sua compreensão pelos destinatários – converge a nota do dinamismo de todo sinal: bem o observou Eugenio D'Ors, calcando uma trilha aberta por Humboldt, que a linguagem é "uma força que se rebela ante qualquer imposição extrínseca de estabilidade".

Desses incômodos não escapa o registro de imóveis, quando, hospedando informações, tem de selecioná-las já de um grandioso espectro de dados tanto fenomênicos, quanto relacionais, dados recolhidos mediante o *prévio meio* de um conhecimento *sensível* e, não raro, de uma abstração ideogenética, uma e outro sujeitos de erros. Não surpreende, pois, que Dinio Garcia advirta que as mais "precisas" linguagens "científicas" somente possam mitigar incertezas, mas não de todo evitá-las. Tome-se exemplo com a coeva obcecação pela referência

tabular à ubiquação física do imóvel: João Magueijo, tratando da expressão freqüente dessa mania obsedante, o GPS – Sistema de Posicionamento Global –, diz que ele "nos dá as coordenadas de qualquer ponto da superfície da Terra com precisão perfeitamente absurda"... Mas, em seguida, averba o físico teórico do Imperial College de Londres: "...tudo isto é puramente convencional". De par com isso, a hipertextualização aumenta a quantidade dos dados informativos nos sistemas receptores. Como já se observou, "até certa medida – que, em rigor, não se sabe por agora, à míngua de experiência, determinar adequadamente – esse acréscimo informativo contribuirá para a melhor organização do sistema registral, mas, a partir de determinado nível, o vulto das informações, disse Dinio Garcia, 'desorganiza, saturando os canais e aturdindo os destinatários'".

Para um sistema que se pretende cifrado à dação de segurança jurídica, é certamente angustioso conviver com a incerteza dos sinais com que trate de concedê-la e, mais ainda, com a incerteza de que seus destinatários os possam compreender. Mas, remédio muito mais perverso do que essa enfermidade, é supor que reencontrado o paraíso perdido, já estejamos em condições de retomar a construção da torre de Babel. A inscrição imobiliária exige, para além de sua confecção sintática, uma direção pragmática, algo que diga respeito não só ao emitente dos sinais mas também a seu destinatário, e um signo, qualquer que ele seja, *não* pode cumprir uma tarefa expressiva se seu destinatário ignora-lhe o significado ou o sentido.

Peço a essa cativante audiência – tão generosa na temperança – que me seja concedido o tempo de um parêntese, um dispêndio de poucos segundos que se justifica de sobra pelo imenso valor paidéico e literário do excerto seguinte, decotado de *O Adolescente*, de Dostoievski. É um texto desafiador, em que um sinal, *prima facie*, afirmativo, revela-se, ao fim, uma proposição de reluzente negativa. Trata-se de um diálogo entre as personagens Viersílov e Katierina Nikoláievna, esta última, notável invenção daquele notável gênio da Literatura mundial, personagem feminil que emite um sinal contra-expressivo de seu aparentemente afirmado amor. Leiamos:

(Diz Viersílov:) "– Vejo-a quando estou só, sempre. Não faço senão conversar com você. Vou às baiúcas e antros e, como contraste, aparece você imediatamente diante de mim. Mas você ri sempre de mim, como agora... – disse isso como fora de si.

– Nunca, nunca ri de você! – exclamou ela com voz compenetrada e com extrema compaixão pintada no rosto. Se vim, é que fiz todos os meus esforços para não magoá-lo, no que quer que fosse – acrescentou de súbito. Vim aqui para dizer-lhe que *o amo quase*... Perdoe-me, talvez me tenha expressado mal – apressou-se em acrescentar.

(Ele riu).

– Por que você não sabe fingir? Por que é tão simplória, por que não é como toda gente?... Ora, como se pode dizer a um homem a quem se põe para fora: *'Eu o amo quase'*?".

(Retorquiu então Katierina:) "– É que não soube exprimir-me, não disse como devia dizer. É que diante de você, sempre tive vergonha, jamais soube falar, desde nosso primeiro encontro. E se não me expressei bem, dizendo que *'eu o amo quase'*, é que, também no meu pensamento, era quase assim etc.".

Como se vê, Katierina amava *quase* o pobre do Viersílov: a tentação poiética da realidade registrária atual está exatamente em ser a de guardar *quase*, a de sinalizar *quase*, a de exprimir *quase*, a de comunicar *quase*... Organizando, enfim, riscos e incertezas, sem tratar – o mais e quanto possível – de infirmá-los, chegar-se-á, porém, apenas aos lindes de uma "insegurança organizada" (Ulrich Beck), como aqui se pode exemplificar, *brevitatis causa*, com a metódica das senhas adotadas aqui e ali no Registro predial brasileiro, que, inspirada pelo estilo, *sciens et volens*, dos empreendimentos concorrenciais (em outros termos, pelo *business model*), substituiu, mediante o cálculo econômico dos riscos, as vetustas mas muito mais seguras *filas do protocolo*. Assim, ao melhor mundo possível da comodidade e da economia de riscos convergiu o sacrifício do incômodo visual de uma fila, que, sem embargo, representava uma segurança jurídica mais efetiva. Estamos aí também a ver que, pensando reencontrar o paraíso perdido, voltamos a reviver efeitos do pecado adâmico... Acercamo-nos de uma *nova segurança*, uma segurança *a sua maneira*, uma segurança *de vez em quando*... A segurança do risco, ou seja: a insegurança do risco probabilizado. Um amor *quase*...

3. PUBLICIDADE VERSUS PRIVACIDADE: O DESPERTAR DE LEVIATÃ QUE AMA QUASE A SEGURANÇA JURÍDICA... (ERA QUASE ASSIM...)

"O gênio das tecnologias ameaçadoras para a vida privada saiu da lâmpada, não será possível voltar a enfiá-lo lá dentro. Teremos de viver com ele ao longo de todo o século XXI." – *Arnaud Belleil*

É comum avistar alguma reversibilidade entre a grandeza e as misérias: as das cortesãs, em textos balzaquianos, as dos homens, nos escritos de Pascal, as das instituições, sobretudo quando, sem ir ao extremo de uma decadência inevitável ao modo de Spengler, medita-se sobre o ritmo oscilante da Cultura e da História. E é assim que, no plano de seu particular segmento, a publicidade do registro de imóveis, cujo ponto agudo está na vocação atrativa do quanto reclamam seus fins de dação da segurança jurídico-imobiliária, seja aí mesmo tentada a reviver aquilo que a aproximaria do tipo de um publicismo jacobeu, tal e qual este, pondo-se, influída do zelo dos interesses da *res publica* (talvez fosse melhor dizer aqui, dos interesses do crédito em geral e, designadamente, do caixa do Estado), a despertar o nunca de todo sepulto Leviatã e a rematar numa *hiperpublicidade* que culmina exatamente por malferir a segurança jurídica.

Ora, como quer que se veja a possibilidade real de uma segurança jurídico-imobiliária cuja plenitude, sabe-se bem, é utópica, o fato é que ela passa por uma tríplice *acessibilidade* no registro predial: a primeira é a do

ingresso inscritivo dos fatos jurídicos *lato sensu*, em que o registro emerge como fonte de atração, conservadora, assinalativa e expressiva, de um *direito de inclusão política desses fatos*, vale dizer, o registro responde à intenção de um *direito de ter direitos* sobre imóveis, o da regular e segura acessão desse interesse no mundo jurídico-predial: perspectiva decerto mais visível nos sistemas constitutivos, mas que não se desfaz nos meramente declarativos. A segunda acessibilidade no registro de imóveis é a da publicação das situações jurídicas real-imobiliárias, em que o registro atua como centro comunicador dos fatos inscritos, a partir de cuja inscrição em geral declaram-se ou constituem-se essas situações, ressalvada, no limite, a quase sempre modesta franja do mero escopo de noticiá-las. Por fim, a acessibilidade registral importa na cognoscibilidade direta das inscrições de fatos e indireta das situações que daí advenham. E é nisto que reside nuclearmente a possível miséria maior do registro, porque sua vocação atrativa dos fatos imobiliários deve, para melhor cumprir a tarefa assecuratória que, por sua própria natureza, lhe é cometida, ser a mais amplificada que as circunstâncias permitam. Mas isso não acarreta equivalente amplidão da possibilidade de seu conhecimento, cognoscibilidade que *não pode isolar-se* do fim de dação de segurança jurídica.

Parece palpável o juízo de que a consecução da segurança jurídico-imobiliária – com seu reflexo no plano das liberdades concretas – não possa conviver efetivamente com a *insegurança* do rompimento da reserva da vida privada. A idéia de uma comunicalidade informativa dos dados registrários não é a de um mundo globalizado e sem fronteiras, em que não haja resguardo do *direito particular de ser*, ou, nas gráficas expressões de Carnelutti, do *diritto alla vita privata*, ou de Cooley, do *the right to be alone*. Não é de admitir, com efeito, que a recolha registral de informações – cuja direção finalística é a de outorgar segurança jurídica – propicie uma propositada instrumentação violadora da esfera privada por meio da divulgação onímoda de elementos que, acedidos ao registro, de algum modo integrem o espectro dos bens de reserva, quais sejam, na trilha de Adriano De Cupis, os do modo de ser pessoal que exatamente exclui a intromissão cognoscitiva de terceiros. Esse direito de reserva – e isto já o dissera De Cupis – implica uma relativa limitação da cognoscibilidade de diferentes bens pessoais particulares, superando a prontamente avistável salvaguarda de imagem para, a final, recolher, indo além do plano físico da personalidade, a figuração moral e a história de cada pessoa.

Não se tratará só, pois, de uma referência limitativa mais gravosa, tipológico-penal, à *devassa da vida privada* – tal se encontra, por exemplo, no Código Penal português (art. 192.°) –, mas de reconhecer também o direito, na expressão de Capelo de Souza, às *camadas periféricas* da vida privada, como o são, por exemplo, a reserva do domicílio, a das comunicações particulares, a dos elementos pessoais e até mesmo patrimoniais, a incluir a referência dominial aos bens de cada um – o que constitui um dado da vida privada, cuja divulgação incursiona num plano tutelado de reserva. Desde logo, sabe-se, a propósito, da importância do sigilo bancário ou do sigilo das informações fiscais de bens

e rendimentos, e, nessa perspectiva, sequer em rigor se entenderia possível a convivência de um sigilo patrimonial-imobiliário com o sistema do Registro de imóveis, sistema esse que tende à segurança jurídica também e muito por intermédio da publicidade ou divulgação das situações de legitimação tabular. O direito de reserva, contudo, não se esgota mediante o sigilo, de maneira que a nota de tensividade entre a característica publicitária do registro e a tutoria da reserva de situação patrimonial, de ordinário pode resolver-se por meio de uma especificação de *resguardo*, tal que, sem chegar ao sigilo – que implicaria abdicar da comunicação correspondente às situações jurídico-reais –, limita-lhe a difusão a quem tenha *justificado interesse* no conhecimento.

A questão de aferir o *justificado interesse* de terceiros em conhecer os dados registrais é áspera tanto no plano material – quais sejam, os dos lindes desse interesse: são apenas os econômicos? abrangem amplamente os potenciais ou devem estar em ato ou, quando menos, próximos da atualização? –, quanto no plano probatório e até de titularidade judicativa correspondente. É sedutora a idéia de espartilhar a verificação desses interesses pelos marcos de um processo judiciário, de uma atuação notarial ou de um procedimento administrativo, mas essa limitação – já com a nota de uma tendência burocratizante – não pode conviver com a inscritibilidade imobiliária de títulos de origem particular, tal ocorre no Direito brasileiro atual. E, talvez por isso mesmo, compreende-se que pouco menos do que desnecessária é a norma textualizada no art. 17 da Lei brasileira de Registros Públicos – Lei 6.015, de 31.12.1973, eficaz desde 01.01.1976 –, que se enuncia: "Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido".

Esse dispositivo da Lei 6.015, porém, poderia entender-se de algum modo apartado do mais estrito figurino constitucional vigente do *direito de certidão* no Brasil, pois a Constituição Federal de 1988 impõe assegurar-se a obtenção de certidões "para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal" (art. 5.º, XXXIV), o que já sinaliza um *campo de interesse* depois realçado na normativa subconstitucional referente à disciplina das certidões expedidas pelos órgãos da administração centralizada ou autárquica, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Lê-se, com efeito, no art. 2.º da Lei local 9.051, de 18.05.1995: "Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido". Daí o condicionamento do direito de certidão à prova do interesse legítimo de quem a requer, como fez ver julgado de um Tribunal superior brasileiro: "A negativa da autoridade de conceder a certidão, *uma vez demonstrado o legítimo interesse do impetrante* – instruir ação judicial com o documento – e não se tratar de assunto sigiloso, configura lesão a direito assegurado ao cidadão pela Constituição" (MS 3.592 – STJ – 3ª Seção – Min. Felix Fischer, j. 11.02.1998; o itálico não é do original).

O problema *agudiza*-se com a concorrência das *redes* e o advento da *net-economia*. De fato, se não há impedimento à recolha de informações no

registro imobiliário brasileiro – e é prevista até a informalidade de notícias orais a respeito dos dados registrários (art. 16, item 2.°, Lei 6.015, de 1973) –, tampouco há empecilho algum a que se mantenham arquivos paralelos com os elementos recrutados no registro e deles se forneçam a terceiros as informações que almejem. É facilmente avistável que a eleição desses terceiros em dirigir-se ao registro ou a serviços paralelos passa pela consideração muito próxima de vantagens econômicas: assim, as de tempo, as de deslocação física e as de preços, o que já desvela a factualidade de uma concorrência entre o serviço registrário e a atividade econômica de particulares, aos quais se oferece a ocasião – pouco propícia ou nada aos registros – de oferecer o que já se designou de *pacto faustiano de gratuidade* (Belleil), gratuidade de todo falsa, pois seu preço é, *quodammodo*, a confiança no fornecedor, ao ponto de atingir-se o exitoso *marketing one to one*. A prevalência da lógica da rentabilidade – assim o disse Pierre Mounier – testemunha, com a *net-economia*, o fim da inocência dos primeiros exploradores da rede em favor de seus conquistadores, e pode sinalizar também que idéias como a de fé pública e a de valor jurídico certificante correm o risco de superar-se, ao menos em certos quadros, por outro gênero de vantagens que os conquistadores da *net* podem oferecer a seus clientes em detrimento da atuação oficial dos registros públicos.

Sublinhável é que, até por força, no Brasil, do submetimento constitucional dos registros e das notas à *regência do Direito público* – com efeito, lê-se no art. 236, *caput*, da CF brasileira de 1988, que os serviços notariais e registrários se exercitam "em caráter privado, por delegação do Poder Público" –, o fato de multiplicar-se o *centro informativo* dos dados registrais importa numa efração do vínculo monopolítico entre os dados dos registros e o Estado, na quebra da reserva de delegação administrativa e, de fato, na ruptura do caráter público da atividade material. Desaparece ainda, com a privatização dos focos difusores das informações registrais, a possibilidade de fiscalização judiciária do serviço, e, de caminho, tem-se uma conseqüente violação do direito aos emolumentos, a abranger um perdimento para o erário. De par com tudo isso, a idéia de, com a atividade informativa paralela, buscar-se apenas a informação do que interesse pontualmente ao consumidor – em vez de reunir toda a massa de dados suscetível de interessar à comunidade –, concorre com a paulatina formação de um acervo que, impulsionado pelo menor dispêndio, terá de conviver com a tentação do anacronismo, qual a de manter-se sem a referência às vicissitudes que lhe sejam posteriores no registro.

Se se ampliarem os horizontes dessa nova atividade econômica – de resto, fortemente estimulada pela tecnologia da hipermédia, em que, na impressiva referência de Negroponte, as imagens se multiplicam qual nos espelhos que se espelham a si próprios –, não se tratará mais da mera imagem de riscos de restritas lesões à vida privada, mas dos da *destruição dessa vida* (Belleil), como resultado de um recrutamento e comunicação incontível de dados. O que de peculiar, nesse plano, se enseja à atividade registrária é que seus elementos, recolhidos livremente por terceiros, não se destinariam já, de modo principal,

à conferência de segurança jurídica, mas à angariação de clientes. Se chegar o tempo em que, por menor preço ou até por meio de uma falsa gratuidade, os consumidores, mais rápida e comodamente, se convençam das vantagens que lhes conceda algum fornecedor paralelo, não é apenas o registro de imóveis que se porá em risco de morte, mas, com ele, a segurança jurídico-imobiliária, sendo já conjecturáveis ao fundo as propostas de remédios sucedâneos para os riscos da evicção, como, ilustrativamente, pode pensar-se na mecânica do seguro dos títulos.

Com a morte do registro será esse o tempo em que teremos então reconhecido que o Leviatã, é verdade que com a imagem primeva já muito desfeita, amava *quase* a segurança jurídica, amava-a *a sua maneira*, amava-a *de vez em quando*. Em resumo, verdadeiramente *não a amava*.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBUY, Heraldo. *Cultura e processo técnico*. São Paulo, 1961.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. 2. ed. Tradução castelhana. Madrid: Siglo, 2006.

BELLEIL, Arnaud. *@-Privacidade*. Tradução portuguesa. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

BRETON, Philippe. Le culte d'Internet. *L'empire des médias* (Le Monde diplomatique – Manière de voir 63, 2002); *L'utopie de la communication – Le mythe du village planétaire*. Paris: La Découverte, 1997; *La parole manipulée*. Paris: La Découverte, 2000.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

CERVANTES, Miguel. *Rinconete y Cortadillo*. Madrid: Alianza, 1994.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2004.

CORÇÃO, Gustavo. *As fronteiras da técnica*. Rio de Janeiro: Agir, 1963.

COSTA, Sérgio Corrêa da. *Palavras sem fronteiras*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

D'ORS, Eugenio. *La ciencia de la cultura*. Madrid: Rialp, 1964.

DE CUPIS, Adriano. *I Diritti della Personalità*. Milão: Giuffrè, 1973.

DESSAUER, Friedrich. *Discusión sobre la Técnica*. Tradução espanhola. Madrid: Rialp, 1964.

DIP, Ricardo. (Alguns) problemas novos (*mà non troppo...*) da inscrição imobiliária. *Estudos em homenagem a Gilberto Valente da Silva*, VV.AA. Porto Alegre: Irib/Fabris, 2005.

ECO, Umberto. *A busca da língua perfeita na cultura européia*. 2. ed. Tradução brasileira. Bauru: EDUSC, 2002.

ENZENSBERGER, Hans Magnus. *El diablo de los números*. Tradução castelhana. Madrid: Siruela, 1997.

FERREIRA, Manuel Alceu Affonso. Terrorismo jurídico. *O Estado de S.Paulo*, 25.04.2007.

FLICHY, Patrice. *L'imaginaire d'Internet*. Paris: La Découverte, 2001.

GARCIA, Dinio de Santis. *Introdução à informática jurídica*. São Paulo: USP e José Bushatsky Ed., 1976.

GROSSI, Paolo. *Mitologia jurídica de la modernidad*. Tradução castelhana. Madrid: Trotta, 2003.

MATTEI, Roberto de. *De l'utopie du progrès au règne du chaos*. Tradução francesa. Lausanne: L'Age d'Homme, 1993.

MOUNIER, Pierre. *Les maîtres du réseau*. Paris: La Découverte, 2002.

MUNFORD, Lewis. *A cidade na história*. Tradução brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1978.

NEGROPONTE, Nicholas. *Being digital*. Nova York: Vintage Books, 1995.

RAMONET, Ignace. Les nouveaux maîtres du monde. *L'émpire des médias* (Le Monde diplomatique – Manière de voir 63, 2002); *La tyrannie de la communication*. Paris: Gallimard, 2001.

ROSZAK, Théodore. *O culto da informação*. Tradução brasileira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

SOMBART, Werner. *Le bourgeois*. Tradução francesa. Paris: Payot, 1926.

SORIA, Mario. *La información*. Madrid: Speiro, 1991.

TENNER, Edward. *A vingança da tecnologia*. Tradução brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. Tradução brasileira. Rio de Janeiro: Record, s.d.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública. *Estudios sobre derecho de cosas*. Madrid: Montecorvo, 1973.

II DOUTRINA INTERNACIONAL

1

Luces y sombras de la fe pública registral en el Derecho Austriaco

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO

Licenciada en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesora Ayudante-Doctor de la Universidad de Valladolid.

RESUMO: Dentro do heterogêneo panorama registral europeu, o sistema austríaco, quase desconhecido para nossa doutrina, permite uma interessante análise do efeito mais paradigmático dos modelos de inspiração germânica: a fé pública registral. Na Áustria coexiste um registro com livro de inscrições e depósito de documentos e outros registros de caráter mais residual, nos quais unicamente são depositados documentos sem reconhecer-lhes o efeito da fé pública registral. A inscrição, diante do mero depósito, se configura assim como o elemento determinante deste particular efeito, mas apesar desta clara definição dos conceitos que permite delimitar os casos em que se justifica a existência da fé pública registral, há outros aspectos mais nebulosos com relação a esse efeito. A estrutura dúplice do registro, integrado por um livro de inscrições e uma coleção de documentos que serviram de base para a inscrição, torna difícil delimitar os contornos da fé pública registral, que indubitavelmente alcança o livro de inscrições, mas se

RESUMEN: Dentro del heterogéneo panorama registral europeo, el sistema austriaco, casi inadvertido para nuestra doctrina, permite un interesante análisis del efecto más paradigmático de los modelos de inspiración germánica: la fe pública registral. En Austria coexiste un registro con libro de inscripciones y depósito de documentos y otros registros de carácter más residual en los que únicamente se depositan los documentos sin reconocerse el efecto de fe pública registral. La inscripción, frente al mero depósito, se configura así como el elemento determinante de este particular efecto, pero a pesar de esta clara definición de los conceptos que permite delimitar los casos en que se justifica la existencia de la fe pública registral, se advierten otros aspectos sombríos en relación con este efecto. La estructura dual del registro, integrado por un libro de inscripciones y una colección de documentos en la que se depositan todos aquéllos que sirvieron de base para la inscripción, hace difícil delimitar los contornos de la fe pública registral, que indu

discute até que ponto pode chegar a impregnar o próprio documento que serviu de base para a inscrição e que, ao integrar-se no conteúdo do registro, goza da publicidade própria do mesmo. Através do presente estudo se formula um esboço do sistema registral austríaco, dedicando uma especial atenção a essas questões.

PALAVRAS-CHAVE: Registro da propriedade austríaco – O "Hauptbuch" – Princípio da inscrição – Fé pública registral.

dablemente alcanza al libro de inscripciones, pero se discute hasta qué punto puede llegar a impregnar al propio documento que sirvió de base para la inscripción y que, al integrarse en el contenido del registro, goza de la publicidad propia del mismo. A través del presente estudio se formula un esbozo del sistema registral austriaco, dedicando una especial atención a estas cuestiones.

PALABRAS LLAVES: Registro de la propiedad austriaco – El hauptbuch – El principio de inscripción – La fe pública registral.

SUMARIO: 1. El registro de la propiedad: organización: 1.1 El Hauptbuch o libro principal; 1.2 La Urkundensammlung o colección de documentos – 2. El principio de inscripción – 3. La fe pública registral: alcance: 3.1 Sentido general; 3.2 Justificación de la fe pública registral frente al depósito de documentos; 3.3 Alcance de la fe pública registral: 3.3.1 Planteamiento del problema; 3.3.2 Tratamiento de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia; 3.3.3 Valoración crítica.

El sistema registral austriaco entronca, como es sabido, con el modelo alemán de inscripción constitutiva, aunque presenta caracteres propios que rompen la plena identidad con aquél, entre otros, particularmente, su configuración como sistema causalista frente a la abstracción alemana. Pero de todas las cuestiones de interés que podríamos abordar en relación con los caracteres del Derecho registral austriaco, vamos a centrarnos exclusivamente en una de ellas por la especial contribución que puede suponer en el entendimiento del papel que genéricamente juega el Registro cuando en él se lleva a cabo la inscripción de derechos con el efecto de fe pública registral. Al mismo tiempo, el análisis de estas cuestiones nos revelará cierta confusión en relación con los contornos de la fe pública registral, como consecuencia de la particular estructura del Registro austriaco, a la que seguidamente nos referiremos, y ligado tal vez a la falta de reconocimiento en este sistema del principio de oponibilidad.

Para el examen de todas estas cuestiones atenderemos básicamente a la regulación contenida en el Grundbuchsgesetz (GBG) o Ley del Registro, sin perjuicio de la referencia a otras normas complementarias en esta materia como son el Allgemeines Grundbuchsanlegungsgesetz (AGAG) o Ley general sobre la creación del Registro, el Grundbuchsumstellungsgesetz (GUG) o Ley sobre la reorganización del Registro, y algunas disposiciones del Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (AGBG) o Código civil austriaco.

Teniendo en cuenta esta normativa, esbozaremos a continuación la estructura del Registro de la Propiedad austriaco como primera aproximación a este sistema registral, en cuanto presupuesto para el adecuado entendimiento de las cuestiones que centran este estudio, concretamente el análisis del principio de inscripción y el alcance de la fe pública registral, extremos que, como veremos,

se encuentran íntimamente ligados entre sí. Asimismo aludiremos brevemente, al tratar el efecto de la fe pública registral, a la existencia en el Derecho austriaco de un depósito de documentos sobre concretos bienes que se desarrolla al margen del Registro, regulado en la Hinterlegungsgesetz (HUG), cuyo análisis comparativo con el Registro resulta particularmente esclarecedor en relación con esta cuestión.

1. El registro de la propiedad: organización

El Registro de la Propiedad austriaco, al igual que el alemán, se encuentra integrado en los Juzgados. En sentido estricto, este Registro se integra por dos elementos: el Hauptbuch o libro principal, y la Urkundensammlung o colección de documentos (§ 1GBG). Junto a ellos existen ciertos instrumentos de carácter auxiliar que no forman parte propiamente del Registro, si bien son utilizados en el marco registral por su utilidad básicamente a título informativo. Quizá el más importante de estos elementos sean los mapas, que son en realidad una copia de los mapas catastrales y resultan particularmente esclarecedores en relación con la identificación de los inmuebles. Aunque las relaciones entre el Catastro y el Registro exceden del objeto de este estudio, simplemente apuntaremos ahora la existencia entre ambas instituciones de una eficaz coordinación que justificaría un análisis específico y detallado de la materia.

Junto a los mapas se encuentran además tres relaciones de carácter auxiliar, referidas a los inmuebles, las direcciones y las personas, que posibilitan la localización de un folio registral cuando no se conoce el número de folio sino el número catastral del inmueble, el domicilio o el nombre de alguno de los propietarios. Si lo único que se conoce es la localización del inmueble, entonces habría que consultar el mapa catastral.

Por lo que se refiere a la relación de inmuebles, refleja respecto de cada uno de ellos los datos esenciales, concretamente el número catastral del inmueble, el tipo de uso al que se destina y su superficie, indicando además si se encuentra inscrito en el Grenzkataster.[1] La relación de domicilios contiene todas las direcciones de los inmuebles de un municipio ordenadas alfabéticamente según el nombre del lugar y de la calle y según el número de la casa. Respecto de cada dirección de inmueble se indican el Registro y la oficina de medición competentes, el nombre y número del municipio catastral, así como el número de folio registral y de inmueble catastral. Y por último, la relación de personas revela con relación a cada Land y por orden alfabético, los propietarios y titulares de un derecho de superficie inscritos como tales en el Registro, con su fecha de nacimiento y la dirección y folio registral del inmueble correspondiente. Respecto de esta última lista es importante resaltar su ruptura con la amplia publicidad de la información registral. Se trata del único supuesto en el que la información no resulta accesible para cualquiera, sino tan sólo para quien acredite un interés legítimo, limitación que se justifica en la necesidad de proteger la intimidad.

1. Aunque todos los inmuebles se encuentran en el Catastro, sólo algunos están inscritos en el Grenzkataster, más moderno, mientras que otros únicamente se encuentran en el Grundsteuerkataster.

No obstante, como decíamos, únicamente el libro principal y la colección de documentos integran el Registro de la Propiedad. Los instrumentos auxiliares que acabamos de referir se dirigen simplemente a facilitar la búsqueda de información en el Registro, pero en ningún caso podemos entender que formen parte del mismo, razón por la cual los efectos de la inscripción no se extienden a ellos, y en consecuencia, no les alcanza la fe pública registral, cuestión de particular relevancia en lo que se refiere a los mapas del Registro.[2]

Formulado este primer esbozo del Registro de la Propiedad en Austria y sus "satélites", abordamos a continuación con mayor detalle el examen de los dos elementos que verdaderamente lo integran: el libro principal y la colección de documentos.

1.1 El Hauptbuch o libro principal

Se integra por los folios registrales de las fincas pertenecientes a un municipio catastral (§ 2 AGAG). Huelga decir, según lo anterior, que se sigue el sistema de folio real, adaptado ya desde los años ochenta a las nuevas tecnologías.[3] Pero no sólo el libro principal, sino también los instrumentos auxiliares anteriormente referidos se encuentran en soporte informático, aunque no, como veremos, la colección de documentos.

Es en el libro principal, y posiblemente de ahí su denominación, donde se inscriben los derechos; es decir, refleja la situación jurídica del inmueble.[4] Aunque el principio de inscripción se desarrollará en un momento posterior, adelantamos ya que conforme al § 9 GBG existe una lista cerrada de los derechos inscribibles, concretamente los derechos reales y gravámenes, junto con el derecho de recompra y el derecho de adquisición preferente, así como el derecho de arrendamiento. Sólo éstos pueden por tanto tener acceso al Registro mediante inscripción en el libro principal.

Con relación a la inscripción apuntaremos además someramente que son tres las clases de asientos que se pueden practicar en el libro principal: la inscripción en sentido estricto (Einverleibung), la inscripción provisional (Vormerkung) y la anotación (Anmerkung). Con el abandono del papel en el actual modelo registral, se considera que la práctica del asiento tiene lugar en el momento en que se produce el almacenamiento en la base de datos electrónica (§ 2 párrafo 1 GUG). Al mismo tiempo, el soporte informático permite que con la cancelación del asiento desaparezca toda referencia al mismo en el folio registral, cosa que antes no ocurría, de modo que en aquél sólo se contendrán los asientos vigentes. Pero como no deja de tener importancia el conocimiento de circunstancias pretéritas, existe dentro del libro principal, aunque sin formar parte del folio registral, una lista de asientos cancelados (§ 3 GUG).

2. En este sentido, BÖHM, H. *Sachenrecht, Allgemeiner Teil*. Lexis Nexis ARD Orac, Viena, 2003, p. 60; GSCHNITZER, F. *Österreichisches Sachenrecht*. 2. ed. Springer-Verlag, Viena-Nueva York, 1985, p. 31; IRO, G. *Bürgerliches Rect. IV, Sachenrecht*. 2. ed. Springer-Verlag, Viena-Nueva York, 2002, p. 39.
3. En este sentido indicaremos que el GUG, que regula la llevanza electrónica del Registro, es pionero en la materia por cuanto fue aprobado el 27.11.1980.
4. RECHBERGER, W. H y BITTNER, L. *Grundbuchsrecht*. Viena: WUV, 1999. p. 39.

A semejanza de como ocurre en el modelo alemán, el libro principal presenta una estructura tripartita: la hoja del bien u hoja A (Gutsbestandsblatt o A-Blatt); la hoja de propiedad u hoja B (Eigentumsblatt o B-Blatt) y la hoja de cargas u hoja C (Lastenblatt o C-Blatt). Esta referencia a la hoja (Blatt) parece ser sólo un recuerdo de lo que fue en su día, al sustituirse las tres hojas actualmente en el soporte electrónico por una única página con tres apartados.

La hoja A se compone de dos partes. La primera de ellas se dirige a la identificación de la finca registral, indicando los inmuebles catastrales que la integran. Asimismo se refleja, gracias a las posibilidades que ofrece la llevanza electrónica del Registro, el número del libro diario correspondiente a los asuntos registrales aún no despachados y el año, acompañados del término "Plombe" (§ 11 GUG), además del número del libro diario del último asiento practicado con la indicación "letzte TZ" (§ 14 GUG). De este modo se permite un fácil conocimiento de la última modificación registral operada y de las solicitudes de inscripción que se están despachando. Y por lo que se refiere a la segunda parte de la hoja A, contiene las modificaciones de la finca mediante segregaciones e incorporaciones y los derechos vinculados a la propiedad del inmueble, como son las servidumbres a favor del predio dominante, así como las limitaciones jurídico-públicas sobre el inmueble. Además se hace constar la reserva de propiedad sobre máquinas que se encuentren en el inmueble y pertenezcan a una persona distinta del titular de la finca.

En cuanto a la hoja B, hace referencia a la situación dominical del inmueble. Tratándose de un bien público, basta con la indicación de este extremo, mientras que en caso contrario se identifica al propietario. Junto a ello se indican las limitaciones de administración o disposición del inmueble, particularmente la minoría de edad, el sometimiento a tutela o la apertura del concurso. Las prohibiciones de gravar o enajenar el inmueble se contienen en la hoja C, si bien en la hoja B se hace constancia de su existencia (§§ 10 y 11 AGAG).

Finalmente, la hoja C contiene todos los derechos que gravan el inmueble (hipotecas, servidumbres, censos), así como los derechos que se puedan constituir sobre aquéllos (subhipoteca), los derechos de recompra, de adquisición preferente y de arrendamiento, y algunas limitaciones a la disposición, como son las sustituciones fideicomisarias, y las ya mencionadas prohibiciones de gravar y enajenar (§ 11 AGAG).

1.2 La Urkundensammlung o colección de documentos

Todos los documentos en los que se base la práctica de un asiento en el Hauptbuch han de recogerse en esta colección de documentos. Según disponen los §§ 87 y ss. GBG, al presentarse una solicitud de inscripción, se acompañará ésta del original de los documentos necesarios para la estimación de la petición, y se depositará en el Registro el original o una copia de los mismos, formando de este modo la colección de documentos. Tales documentos se ordenan de acuerdo con el número que en el libro diario se haya asignado a la petición y el año.

A diferencia del libro principal, la colección de documentos continúa teniendo como soporte el papel, de manera que para su consulta es necesario acudir al Registro. No obstante, está proyectada la informatización de estos documentos

y en este sentido, desde 2003 se prevé en el § 2 GUG, en su cuarto párrafo, la llevanza de la colección de documentos mediante una base de datos que sustituirá el depósito de documentos. De este modo, toda la información del Registro se hará vía informática, prescindiendo por completo del papel y de la consiguiente necesidad de trasladarse al juzgado para obtener la información registral.

En cualquier caso, indicaremos que esta colección de documentos es únicamente una fuente secundaria y subordinada de información, debiendo atenderse ante todo al contenido del libro principal.[5] No obstante, las posibles divergencias entre los documentos y las inscripciones plantean el problema de determinar la preferencia de unos u otras, y la solución a la que en estos casos se llegue será reveladora de la función y el valor de las inscripciones y en última instancia del papel del Registro y el alcance de la fe pública registral, cuestiones todas ellas a las que nos referiremos a continuación.

2. EL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN

Como ya hemos anunciado, la inscripción tiene en el Derecho austriaco naturaleza constitutiva, por lo que se configura como uno de los principios esenciales de este sistema registral, aunque, como veremos, cuenta con ciertas excepciones. En virtud de este principio de inscripción, podemos afirmar en términos generales, reproduciendo lo que dispone el § 4 GBG, que la adquisición, transmisión, limitación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles y determinados derechos personales inscribibles[6] sólo son eficaces mediante la inscripción de tales derechos en el Hauptbuch o libro principal. Teniendo en cuenta la anterior alusión a la estructura del Registro austriaco, diremos que la inscripción de los derechos se produce en el libro principal, y los documentos que se han presentado para fundar tal inscripción o una copia de los mismos se integrarán en la colección de documentos, como posteriormente detallaremos.

En la misma línea que el § 4 GBG se manifiesta en el marco de las normas sustantivas el § 431 ABGB al exigir la inscripción registral junto con el negocio de adquisición para la transmisión de la propiedad sobre bienes inmuebles. El precepto alude así al título y el modo como elementos necesarios para la adquisición de los derechos reales inmobiliarios, y tal modo se concreta en la inscripción registral. En tanto ésta no se practique, no tendrá eficacia el derecho, si bien puntualizamos que tal eficacia se reconocerá desde el momento en que se solicitó la inscripción y no desde la fecha en que efectivamente ésta se realice (§ 29 párrafo 1 GBG). En definitiva, y no sólo por identificarse la inscripción con el modo para la constitución, transmisión y extinción de los referidos derechos, sino también por otros motivos como los efectos que produce en relación con la confianza de los terceros, a los que más tarde aludiremos, es opinión unánime en la doctrina austriaca que el Registro cumple con relación a los inmuebles la misma función que la posesión para los bienes muebles.[7]

5. En este sentido, FEIL, E.; MARENT, K. H. y PREISL, G. *Grundbuschsrecht*. Viena: Linde, 2005. p. 94-95.
6. *Vid. supra* los derechos inscribibles.
7. Entre otros muchos, IRO, G. *Bürgerliches*, p. 35; GSCHNITZER, F. *Österreichisches*, p. 28; KOZIOL, H. y WELSER, R. *Bürgerliches Recht, Band I*. 12. ed. Viena: Manz, 2002. p. 315.

La consecuencia inmediata del principio de inscripción se concreta en el hecho de que la práctica totalidad de los inmuebles en Austria se han inmatriculado, en la medida en que el acceso del inmueble al Registro es el requisito previo para la inscripción de los derechos sobre el mismo. Para los casos en que no se haya producido la inmatriculación, prevé el ordenamiento austriaco un depósito de documentos al que posteriormente aludiremos, pero cuyo deficiente alcance tuitivo ha derivado tal vez en una progresiva disminución de los inmuebles no inscritos, encontrándose hoy en día prácticamente la totalidad de ellos inmatriculados. No realizamos, sin embargo, una afirmación categórica en relación con este punto, ya que es preciso formular una doble matización respecto de la genérica inmatriculación de los inmuebles. Por una parte, indicaremos que la inmatriculación de los bienes públicos, a diferencia de lo que sucede con los inmuebles privados, no se produce de oficio sino a instancia de parte, con la excepción de ciertos Länder,[8] que son de este modo los únicos que tienen inmatriculados todos sus inmuebles, tanto públicos como privados, mientras que en los demás Länder sólo los inmuebles privados están inmatriculados en su totalidad. Por otra parte, ocurre en el caso austriaco que junto al Registro de la Propiedad existen otros registros especiales para ferrocarriles, montañas, uso del agua y en algunos Länder para los antiguos bienes nobiliarios, de modo que quedan excluidos del primero los inmuebles inscritos en alguno de estos otros registros especiales. No obstante, hemos de indicar que estos registros especiales se someten a las mismas reglas que el Registro de la Propiedad, de modo que la matización del principio de inscripción con relación a los inmuebles en ellos inscritos es meramente formal por cuanto, en última instancia, se someten a un mismo régimen.

Desde otro punto de vista indicaremos que pese a los términos en que se pronuncia el mencionado § 4 GBG, hay determinados supuestos en los que se quiebra el principio de inscripción, siendo posible la adquisición de derechos inmobiliarios al margen de la inscripción en el Registro. Son supuestos que se vienen denominando "propiedad extrarregistral" (außerbücherlichem Eigentum) y se concretan en la adquisición por usucapión, expropiación, pública subasta, sucesión *mortis causa*, obras de construcción en suelo ajeno y el supuesto hoy más teórico que real de adquisición de derechos sobre inmuebles no inscritos.

A la vista de las matizaciones que acabamos de formular en torno al principio de inscripción, concluimos que el Registro tiende a ser completo, aunque deja un pequeño margen de indefinición. El Registro tiende a reflejar de manera fiable la situación jurídica de los inmuebles inmatriculados, que son prácticamente todos, pero incluso respecto de estos inmuebles registrados es posible la adquisición de un derecho sin el correspondiente reflejo registral. No obstante esta eventual divergencia entre la realidad sustantiva y el Registro, lo cierto es que en términos generales este último se configura como un medio de publicidad idóneo para conocer la situación jurídica de los inmuebles, y la seguridad que en este sentido proporciona se refuerza a través de la protección dispensada a quien confía en el Registro pese a no coincidir éste con la realidad extrarregistral.

En otro orden de cosas diremos que si bien la inscripción es genéricamente un presupuesto necesario para la adquisición, transmisión, limitación y extin-

8. Concretamente, Burgenland, Salzburg, Tirol, y Vorarlberg.

ción de derechos, no es, sin embargo, el único requisito exigido a tal fin. La inscripción es únicamente el modo exigido para la eficacia de los derechos, siendo precisa además la existencia de un título válido. Se requiere por tanto que se haya celebrado un negocio jurídico válido (un negocio de disposición) y la legitimación del transmitente, sin que la mera inscripción, por sí sola, pueda suplir la ausencia de alguno de estos dos elementos. Hasta tal punto es así, que no se admite en el Derecho austriaco la usucapión secundum tabulas. Es decir, quien figure inscrito como titular de un derecho sin serlo no llegará nunca a convertirse en titular por el mero transcurso del tiempo figurando como titular inscrito y pese a que, como hemos dicho, la inscripción es para los bienes inmuebles lo que la posesión para los bienes muebles. Sólo podrá ser verdadero propietario el tercero que adquiere a non domino confiado en tal inscripción, al amparo de la fe pública registral, en los términos que veremos posteriormente.

Finalmente realizaremos un breve apunte acerca de la calificación, atendida su íntima conexión con la inscripción de los derechos. En este sentido indicaremos que, como manifestación del principio de legalidad que rige también en el Derecho registral austriaco, enumera el § 94 GBG los extremos en los que debe concretarse el control realizado por el encargado del Registro para resolver acerca de la estimación o denegación de la solicitud de inscripción presentada. Debe así comprobar: a) que no exista ningún obstáculo en el Registro para la práctica de la inscripción solicitada, b) que no haya ninguna duda en contra de la capacidad de las partes para disponer sobre el objeto, del interesado en la inscripción o de la autorización del solicitante, c) que la petición pueda resolverse con base en el contenido de los documentos presentados y d) que los documentos se hayan presentado en la forma requerida para el asiento correspondiente. De todos estos extremos destacamos en este momento, por su interés en relación con este estudio, el hecho de que la inscripción solicitada debe encontrar su fundamento en el contenido de los documentos que se presenten acompañando a la solicitud. Sólo se decide con base en tales documentos, sin que sea posible, por ejemplo, la audiencia de las partes, y si a la vista de los mismos se procede a la práctica de la inscripción en el libro principal, tales documentos se depositarán en la colección de documentos de la manera ya apuntada.

Nos encontramos así, como ya hemos anunciado, con que los derechos se adquieren con la inscripción en el libro principal, pero que los documentos que han servido para resolver sobre la inscripción solicitada se conservan en el Registro, y no sólo eso, sino que integran uno de los dos elementos del mismo y, como veremos ahora, pueden ser conocidos por cualquier persona que solicite información en el Registro. La duda que se suscita entonces, y a la que dedicaremos las páginas sucesivas, se centra en el valor de tales documentos, particularmente teniendo en cuenta el efecto de fe pública registral ya mencionado y al que nos referimos a continuación.

3. LA FE PÚBLICA REGISTRAL: ALCANCE

Una de las cuestiones más complejas en el Derecho registral austriaco es la relativa al alcance del efecto de la fe pública registral, atendida la particular configuración del Registro. Para el entendimiento de esta cuestión partiremos

del significado que genéricamente se otorga a este efecto registral, exponiendo seguidamente un análisis comparativo con el depósito de documentos que coexiste en Austria con el Registro de la Propiedad con la diferencia esencial de que carece de fe pública registral. Las diferencias entre uno y otro permitirán tal vez desvelar el sentido de la protección de la confianza, y tal vez a la luz de estos planteamientos pueda precisarse el alcance que ha de tener la fe pública del Registro austriaco, cuestión que abordaremos en último término.

3.1 Sentido general

La fe pública registral, o principio de publicidad material, es uno de los efectos básicos del Registro austriaco, junto con el referido principio de inscripción, y en clara conexión con el mismo. En términos generales, la inscripción es un requisito necesario en el sistema austriaco para la adquisición de los derechos sobre bienes inmuebles, aunque, como hemos visto, hay supuestos excepcionales en que no sucede así. Y junto a estos casos, pueden existir otros en los que se practica una inscripción errónea, sin embargo, tal inscripción no es base suficiente para entender que el sujeto se convierta en titular del derecho, a falta de un título válido para la adquisición. En este sentido, y como ya hemos anunciado, no se admite en el sistema registral austriaco la usucapión secundum tabulas, aunque sí la usucapión contra tabulas (§ 1468 ABGB).

Todas estas situaciones de divergencia entre el Registro y la realidad extrarregistral sí que se resuelven a favor del primero cuando un tercero haya adquirido un derecho confiando en el contenido de aquél, siempre que, según dispone el § 64 GBG, hayan transcurrido tres años desde que se solicitó la inscripción errónea en la que él ha confiado. En definitiva, el Registro se considera que es correcto y completo[9] y, aun cuando no sea así por alguno de los motivos indicados, se protegerá la confianza que el tercero haya depositado en su contenido, si ha transcurrido ya un tiempo prudencial de tres años que refleja una cierta consolidación de la situación publicada, circunstancia que hace merecedor de protección a quien confíe en el contenido del Registro.

En consecuencia, el mero acceso al Registro no basta para adquirir un derecho cuando no se cumplen los requisitos relativos al título de adquisición; el modo por sí solo, faltando el título, no permite la adquisición del derecho, ni siquiera por el transcurso del tiempo. Lo que sí que se protege a través del Derecho registral es la confianza del tercero que adquiere de quien figura inscrito como titular sin ser el verdadero titular del derecho,[10] y para que haya una cierta fiabilidad en torno a la inscripción, sólo se despliega la protección transcurridos tres años desde que se solicitó la inscripción nula. Sin embargo, con anterioridad a 1916 la situación era distinta; sí que se permitía la usucapión secundum tabulas, transcurridos tres años desde que se solicitó la inscripción (§§ 1467 y 1469 ABGB, derogados) y tal previsión coexistía con el ya aludido

9. Como reiteradamente ha afirmado la doctrina, entre otros, Iro, G. *Bürgerliches*, p. 44; Gschnitzer, F. *Österreichisches*, p. 40; Koziol, H. y Welser, R. *Bürgerliches*, p. 315.
10. Gschnitzer, F. *Österreichisches*, p. 42.

§ 64 GBG, que hace inatacable la adquisición del tercero transcurrido ese mismo plazo de tres años desde que se solicitó la inscripción nula de la que procede su adquisición, si en ese plazo no se ha impugnado aquel asiento. En realidad, en tal situación el Registro no producía propiamente el efecto de fe pública registral dirigida a la protección de un tercero que adquiere confiando en el Registro, sino la convalidación de la inscripción errónea precedente por el transcurso del tiempo, que comportaría consecuentemente la convalidación de los negocios jurídicos que traigan causa de aquella inscripción. La protección se situaba por tanto en el titular indebidamente inscrito más que en el tercero que adquiere confiado en el Registro, pero esta situación se transforma al desaparecer la usucapión secundum tabulas y mantenerse inalterado el § 64 GBG, de manera que la inscripción por sí sola no basta para adquirir el derecho, pero sí que lo adquiere quien confía en lo publicado en el Registro (fe pública registral), si bien este efecto queda algo mitigado al supeditarse al transcurso de tres años desde que se solicitó al inscripción precedente, errónea, sin que en este plazo el asiento haya sido impugnado.

Desde otra perspectiva, indicaremos que se habla también de los aspectos positivo y negativo de la fe pública registral.[11] En cuanto al primero, alude a la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al tercero que confía en la existencia de los derechos inscritos aun cuando tal inscripción pudiera ser nula. Por lo que se refiere a la faceta negativa de la fe pública registral, se anuda a los supuestos excepcionales en que, como ya hemos indicado al tratar el principio de inscripción, se adquiere un derecho sin necesidad de la inscripción en el Registro. Tal derecho no inscrito, pese a ser válido, carece de eficacia frente al tercero de buena fe que confía en el Registro. Se puede decir así que el aspecto positivo de la fe pública registral se vincula a la validez de las inscripciones y el aspecto negativo al carácter completo del Registro.

Parece quedar clara, por tanto, la conexión entre la fe pública registral y la inscripción en el libro principal, en cuanto que la primera opera con relación a la confianza en las inscripciones practicadas y en la inexistencia de lo no inscrito. Pero más allá incluso de los razonamientos hasta ahora realizados, existe un dato empírico que corrobora estos planteamientos. No sólo los derechos que, aun reflejados en los documentos depositados en el Registro, no están inscritos, carecen de fe pública registral por el sencillo motivo de que el principio de inscripción impide considerar tales derechos como verdaderamente existentes, atendida la teoría del título y el modo. Ocurre además, si bien en la actualidad es prácticamente anecdótico, que ciertos inmuebles no se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad. Para los derechos sobre los mismos y con relación a las construcciones sobre suelo ajeno que no sean resultado del ejercicio de un derecho de superficie se regula en el Derecho austriaco un depósito de los documentos a ellos referidos (*Urkundenhinterlegung*) sin inscripción y sin el efecto de la fe pública registral, particularidades que resultan un tanto reveladoras de la importancia y función del Registro por comparación a aquél.

11. Entre otros muchos, FEIL, E.; MARENT, K. H. y PREISL, G. *Grundbuschsrecht*, p. 102; IRO, G. *Bürgerliches*, p. 45; KOZIOL, H. y WELSER, R. *Bürgerliches*, p. 326 et seq.

3.2 Justificación de la fe pública registral frente al depósito de documentos

Si como hemos dicho, el mero depósito de documentos se asemeja en ciertos aspectos a la inscripción registral pero se niega en tales supuestos el efecto de la fe pública registral, tal vez una sintética aproximación a aquél permita desvelar ciertas claves en torno a este efecto, únicamente reconocido en los casos de inscripción en el Registro.

Como breve apunte histórico[12] indicaremos que el Registro de la Propiedad austriaco, con los planteamientos que hoy en día lo configuran, nace con una ley de 1871 y aunque atribuye a la inscripción una naturaleza constitutiva en los términos ya expuestos –teoría del título y modo–, no se desconoce la existencia de inmuebles no inscritos, que se someterían al régimen de transmisión de los bienes muebles, siendo en estos casos el modo la *traditio* o entrega de la cosa. En este estado de cosas se publica en 1916 la primera normativa reguladora del depósito de documentos (Hinterlegungsverordnung), a raíz de la destrucción de numerosos libros del Registro en Galizia y Bukowina con ocasión de la I Guerra Mundial. Como régimen transitorio en tanto se volvían a establecer los libros se defendió la idea de que se recopilaran en el juzgado los documentos relativos a la situación jurídica de los inmuebles y que la transmisión de la propiedad y la constitución y transmisión de gravámenes sobre estos inmuebles se llevara a cabo mediante el depósito de los documentos correspondientes. Este depósito de documentos se extendió posteriormente a todo inmueble no inscrito y a las obras de construcción en suelo ajeno que, por no ser manifestación del ejercicio de un derecho de superficie, no pueden inscribirse en el Registro.

Permanece así hasta nuestros días el depósito de documentos en el juzgado como un instrumento análogo al Registro, aunque con notables diferencias, y referido únicamente a los inmuebles no inscritos[13] y las anteriormente aludidas construcciones. Entre sus semejanzas con el Registro se encuentra básicamente el hecho de que el depósito de los documentos constituye el modo para la transmisión de la propiedad y la constitución y transmisión de derechos reales sobre estos bienes (§§ 434 y 435 ABGB), aunque no se requiere tal depósito para que tenga lugar la adquisición originaria. Este depósito se realizará en el juzgado en cuya circunscripción se encuentre el inmueble, a instancia de parte y tras la calificación de los documentos presentados.

Con idéntica redacción al § 94 GBG, el § 9 UHG enumera los extremos a los que alcanzará la calificación previa a la estimación o denegación de la solicitud de depósito, pero con una inevitable y esencial diferencia, como seguidamente exponemos. Concretamente, la calificación se extenderá a:

12. Feil, E. *Bauwerke, nichtverbücherte Liegenschaften und Urkundenhinterlegung*. Prugg, Eisenstadt, 1974.
13. Cada vez son menos los inmuebles no inscritos. En 1974 alcanzaban la cifra de 235.000, pero este número se ha reducido considerablemente porque hoy en día, a la luz de lo dispuesto en el § 1 AGAG, prácticamente todos los inmuebles privados están inscritos, ya que su inmatriculación se produce de oficio, y los inmuebles públicos, inscribibles a instancia de parte, se han inscrito ya en su totalidad en cuatro Länder (Burgenland, Salzburg, Tirol, y Vorarlberg).

a) la capacidad personal de las partes para disponer sobre el objeto al que se refiere el depósito y el poder del solicitante

b) el contenido de los documentos presentados, que deben fundar la solicitud realizada

c) la forma de los documentos presentados.

La mencionada divergencia entre la calificación para el depósito y para la inscripción radica en que, como no podía ser de otro modo, sólo en este segundo caso se exige también comprobar que no se derive ningún obstáculo del registro con relación a la inscripción solicitada. Esto, indudablemente, no es posible en un sistema que se limita a depositar documentos; la comprobación de todos ellos para constatar si existe alguna contradicción con el derecho contenido en el documento que se pretende solicitar es inviable en la práctica. Y tal circunstancia abre fácilmente la vía a la coexistencia de documentos contradictorios depositados en un mismo juzgado. En esta línea advertimos además que el párrafo 2 del § 9 UHG niega que deba comprobarse la legitimación del transmitente, que en el caso de las inscripciones del Registro sería sencilla a través de la constatación del titular inscrito en el libro principal, de conformidad con el principio de tracto sucesivo. Las lógicas repercusiones de esta situación se despliegan en el ámbito de los efectos, y concretamente, con relación a la fe pública registral.

Como ya hemos avanzado, sólo la inscripción en el Registro disfruta del efecto de fe pública registral. No ocurre así con los documentos depositados al amparo de la UHG, en los que, como acabamos de indicar, no se comprueba la legitimación del transmitente, por lo que no se puede proteger la confianza en la corrección e integridad de los documentos presentados y de los ficheros.[14] El depósito de los documentos constituye una presunción de conocimiento *iuris et de iure* porque puede ser conocido por todos (§ 18 UHG); goza por tanto de publicidad en sentido formal, lo que lleva a reconocer una cierta "oponibilidad"[15] *erga omnes* de los derechos contenidos en los documentos depositados, impidiendo que se pueda invocar el desconocimiento de hechos o derechos que consten en los documentos. Pero no es posible reconocer la publicidad en sentido material o fe pública registral, porque el depósito de los documentos no requiere la prueba del derecho del transmitente, con lo que no hay base suficiente para poder confiar en la corrección de los documentos depositados.[16] Por este motivo, el § 20 UHG niega expresamente la posibilidad de invocar la corrección e integridad de los ficheros para quedar protegido frente al desconocimiento de hechos o derechos.

14. En este sentido, HINTEREGGER, M. Comentario al § 343, *ABGB Praxiskommentar*, Dir.: Schwimann, Viena: Lexis Nexis, 2005. t. 2, p. 251.
15. La tradición registral austriaca lleva a FEIL, E. *Bauwerke*, p. 9, a hablar de Bekanntheitswirkung, cuya traducción literal es eficacia de lo conocido, en lugar de emplear el término "oponibilidad", extraño a los planteamientos de países de raíz germánica, pero lo cierto es que su modo de operar nos lleva a identificarlo con la oponibilidad de otros sistemas registrales entroncados en el modelo francés.
16. FEIL, E. *Bauwerke*, p. 9; HINTEREGGER, M. Comentario al § 343, p. 251.

Se pone de este modo de relieve el sentido de la fe pública registral, anudado a un sistema de inscripción ordenada de todos los derechos existentes sobre un inmueble en un mismo folio registral, circunstancia que permite conocer con facilidad la legitimación del transmitente y tal publicidad posibilita un mayor control y ofrece una mayor seguridad en las transacciones, y consecuentemente se refuerza la protección en quien confía en las inscripciones del Registro a través de la fe pública registral. En otro caso no hay garantías acerca de la legitimación del transmitente ni, en general, sobre la situación jurídica del inmueble, y por tanto resulta aventurado proteger con la misma intensidad al tercero que solicite información, ante el más que probable riesgo de que la transmisión no se haya realizado por la persona realmente legitimada, que podría haber enajenado ya a un tercero el inmueble. Se estaría fomentando entonces la irreivindicabilidad en las adquisiones *a non domino*, cuando más bien debería tener ésta un carácter excepcional anudado a la concurrencia de particulares circunstancias que justificaran esta privación del derecho a su legítimo titular.

Curiosamente, la fe pública registral nace precisamente en Austria en 1916, según expusimos al referirnos a la desaparición de la usucapión secundum tabulas. Y es precisamente en ese mismo año cuando, como hemos visto, nace el sistema de depósito de documentos al que ahora nos estamos refiriendo. Tal vez estos cambios producidos de manera coetánea sean reflejo de la idea subyacente de que sólo un sistema de inscripción en un mismo folio de los derechos adquiridos sobre un mismo inmueble, con las pertinentes comprobaciones por parte del encargado del Registro, no sólo en cuanto a la capacidad y los documentos presentados, sino también respecto a que no se deriva ningún obstáculo del Registro para practicar la inscripción solicitada –extremo al que no se extiende la calificación en el depósito de documentos, según el § 9 UHG– ofrece la suficiente fiabilidad como para proteger a quien adquiere confiado en el Registro aunque el titular registral, transmitente, no sea el verdadero titular del derecho. Sólo en estas circunstancias se justificaría una privación del derecho al verdadero propietario, cuando además no haya impugnado la inscripción contraria a su derecho en un plazo de tres años desde que se solicitó.

El problema que no queda aún resuelto es el relativo a si, siendo éste el sentido de la fe pública registral, alcanza también al documento depositado o sólo a la escueta referencia del libro principal, habida cuenta de que el contenido del derecho sólo se describe en aquél. Como hemos visto, la fe pública registral se conecta con la inscripción y la legitimación, determinada a través de la inscripción, pero de lo que se trata ahora es de dilucidar si alcanza también al contenido del derecho. Un derecho de una naturaleza concreta puede tener un contenido variado, que, atendida la estructura del Registro austriaco, se detalla en la colección de documentos y no en el libro principal. De este modo, podría encontrarse inscrito un derecho con un concreto alcance y transmitirse sin embargo con un contenido distinto. El interrogante que surge es si el contenido inicial, sólo reflejado en la colección de documentos y no en el libro principal, es el que se impone al amparo del principio de fe pública registral o si tal principio no se extiende sobre estas cuestiones, sino sólo sobre la legitimación del transmitente, en cuanto que es el titular registral. A esta cuestión nos referimos a continuación.

3.3 Alcance de la fe pública registral

3.3.1 Planteamiento del problema

Al margen de la justificación realizada en torno a la fe pública registral, indicaremos que la protección dispensada por el ordenamiento a quien confía en el Registro guarda relación además con el principio de publicidad formal, en cuanto que el Registro es público y cualquiera puede consultarlo. Los amplios contornos de esta publicidad se dibujan conectando el § 7 GBG con el § 1 GBG. Conforme al primero, el Registro es público y cualquiera puede examinarlo y obtener una copia o extracto del mismo, y, como ya hemos apuntado, el § 1 GBG determina que el Registro se integra por el libro principal y la colección de documentos. En consecuencia, y a falta de otra disposición legal que limite el alcance de la publicidad, ésta se extiende no sólo sobre las inscripciones del libro principal sino también sobre los documentos depositados. Y más allá incluso de estos términos, son igualmente públicos los mapas del Registro y la relación de inmuebles y de domicilios, aunque no, como ya hemos tenido ocasión de apuntar, la relación de personas, siendo preciso acreditar un interés legítimo para acceder a esta última. Sin embargo, recordamos que todos estos instrumentos auxiliares no forman parte propiamente del Registro, con lo que a pesar de su publicidad, no cabe duda de la imposibilidad de reconocer a los mismos el efecto de la fe pública registral, limitado al estricto contenido de aquél. De la misma manera apuntaremos que este efecto resulta predicable únicamente respecto de los derechos, y no alcanza a cualquier otra circunstancia que pueda haberse inscrito, como el uso o extensión del inmueble o la mayoría de edad del transmitente cuando no se ha hecho constar en el Registro que es menor de edad.[17]

Este derecho a conocer la situación jurídica de los inmuebles a través de la consulta al Registro es al mismo tiempo una obligación para el tercero que reclama protección ante el desconocimiento de algún derecho que le perjudica.[18] Sólo se protege al adquirente de buena fe, y para considerar al tercero como tal, no basta con que simplemente ignorase la existencia de un derecho sobre el inmueble, o que la inscripción es errónea, sino que es preciso además que haya consultado el Registro y que en el mismo no pudiera encontrarse referencia alguna a cualquiera de estas circunstancias.

La duda es entonces, y no parece cuestión baladí, si la fe pública registral existe únicamente respecto de las inscripciones practicadas previa calificación de los documentos presentados por el solicitante o si también se extiende a estos últimos, que se encuentran depositados en el Registro –generalmente una copia de los mismos–[19] integrando la colección de documentos y pueden ser libremente consultados por cualquiera. La importancia de este interrogante

17. En este sentido, GSCHNITZER. *Österreichisches*, p. 42.
18. En palabras de GSCHNITZER. *Österreichisches*, p. 41, y de FEIL, E. *Grundbuchsgesetz*, Linde, Viena, 1998, p. 82, la obligación de consulta del Registro es la otra cara de la moneda del derecho a consultarlo.
19. Aunque deben presentarse los documentos originales cuando se solicita una inscripción, se permite, y es lo frecuente, que no se depositen aquéllos, sino una copia de los mismos (§§ 90 y ss. GBG).

radica en las eventuales divergencias que pudieran existir entre las inscripciones del libro principal y el contenido de los documentos y el modo en que han de resolverse tales situaciones.

En este sentido indicaremos la posibilidad de que un derecho inscrito en el libro principal presente rasgos distintos en el documento, particularmente por el hecho de que la inscripción es una mera indicación del derecho, desarrollándose su contenido sólo en los documentos depositados, de los que pueden resultar particularidades que lleven a configurar el derecho en términos distintos a como se ha inscrito. También podría ocurrir que en el documento se contengan derechos inscribibles que no se reflejen, sin embargo, en el libro principal, básicamente por el hecho de que el encargado del Registro ha de resolver sólo según la petición formulada y no inscribir más derechos de los que se piden u otros distintos a los solicitados, aunque se contengan en los documentos presentados. Este caso resulta, sin embargo, de más fácil solución a la luz del principio de inscripción. Si el derecho no se ha inscrito, habrá título pero faltará el modo, con lo que no se habrá producido la adquisición del mismo. Es indudable que tal derecho, no inscrito y por tanto nonato, carecerá del efecto de la fe pública registral.[20]

No hay duda en admitir que existiendo una determinada inscripción errónea, el conocimiento del documento que sirvió de base para la inscripción y que es sin embargo divergente con ella destruirá la buena fe del tercero y no podrá jugar entonces la fe pública registral.[21] Pero ello no comporta necesariamente que este efecto se extienda a los documentos depositados, de la misma manera que se destruye tal confianza mediante cualquier hecho externo que revele la inexactitud registral, como puede ser la existencia de una servidumbre aparente no inscrita,[22] sin que en tales casos pueda hablarse, indudablemente, de fe pública registral.

3.3.2 Tratamiento de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia

El punto de partida para abordar esta cuestión se sitúa en la necesidad de determinar si existe una obligación de consultar la colección de documentos, al igual que se defiende de manera indubitada la obligación de examinar el folio del libro principal para quedar protegido por la confianza en el Registro. Reconociéndose tal obligación, sólo estaría amparado quien hubiera confiado en la inscripción y tuviera conocimiento además del contenido del documento que sirvió de base para su práctica frente a cualquier error o inexactitud de los mismos. En caso de divergencia entre la inscripción y el documento, nunca podría reconocerse el efecto de la fe pública registral respecto de las inscripciones.

La trascendencia de esta cuestión es innegable, porque de la respuesta que se dé al interrogante sobre la obligación de examinar los documentos dependerá el mayor o menor valor de la inscripción, practicada a instancia de parte y previa calificación de los documentos presentados, toda vez que la función de las inscripciones podría quedar eclipsada por la remisión, en última instancia, al contenido de los documentos. Y lo que resulta verdaderamente preocupante

20. Feil, E. Marent, K. H. y Preisl, G. *Grundbuchsrecht*, p. 96.
21. Entre otros, Feil, E. Marent, K. H. y Preisl, G. *Grundbuchsrecht*, p. 109.
22. Gschnitzer, F. *Österreichisches*, p. 41.

es la ausencia de una línea doctrinal firme que de manera unánime postule la hegemonía de la inscripción en este ámbito como manifestación de un entendimiento acertado de la función registral, del sentido de la calificación y del valor de las inscripciones a la luz de sus efectos, como una aportación al Derecho más allá de la recopilación de documentos.

En realidad, las vacilaciones doctrinales vienen motivadas principalmente, según parece, a raíz de lo dispuesto en el § 5 frase 2 GBG. Tal disposición permite que en el libro principal se realice una remisión a una cuestión concreta contenida en los documentos, indicando la cláusula exacta, que tendrá así la misma eficacia que si se hubiera inscrito en el libro principal. A través de esta norma se abre la vía para dotar de cierta importancia al contenido de los documentos, con unos límites difusos frente al valor de la inscripción. Pero los riesgos de un precepto de esta índole han sido ya advertidos por una parte de la doctrina, y en este sentido, Feil, Marent y Preisl[23] recomiendan la escasa utilización de la posibilidad concedida en el § 5 frase 2 GBG con el fin de contener la importancia de la colección de documentos frente al libro principal.

Sin embargo, tal entendimiento no es el único que se postula en la doctrina,[24] ya que son dos las tesis contrapuestas que se vienen manteniendo. Desde un sector se defiende la obligación de consultar siempre los documentos en base a los cuales se practicó la inscripción –recordemos que junto a cada inscripción consta el número asignado a aquéllos en el Registro, lo que permite su fácil localización en la colección de documentos–, y de no procederse a este examen se niega la posibilidad de proteger al tercero, aunque haya confiado en las inscripciones del libro principal. La postura contraria, mayoritaria en la actualidad y respaldada además por la jurisprudencia,[25] mantiene que la obligación de consultar los documentos es excepcional, y sólo se entiende existente en tres supuestos: cuando se realiza la remisión del § 5 GBG, cuando de la consulta al libro principal se deriva la sospecha de que no coincide con el contenido del documento y cuando sea usual el examen de la colección de documentos. En otro caso, el tercero estará protegido con el solo conocimiento de las inscripciones del libro principal.

En esta línea detalla la sentencia del OGH de 23 de marzo de 1976 (5 Ob 4/76) que la colección de documentos carece en principio de fe pública registral, debido a su posición subordinada frente al libro principal. Admite no obstante la fe pública registral de estos documentos cuando a partir de los mismos pueda conocerse que una determinada inscripción es incorrecta, pero la obligación de consultar los documentos que desvelarán tal extremo sólo existe en los tres supuestos que acabamos de enumerar.

23. *Grundbuchsrecht*, p. 33.
24. Sobre esta cuestión, FEIL, E. MARENT, K. H. y PREISL, G. *Grundbuchsrecht*, p. 92 et seq.; KOZIOL, H. y WELSER, R. *Bürgerliches*, p. 328; RECHBERGER, W. R y BITTNER, L. *Grundbuchsrecht*. Viena: WUV, 1999. p. 114.
25. Entre otras muchas, las sentencias del OGH de 23 de marzo de 1976 (5 Ob 4/76), 28 de abril de 1977 (7 Ob 563/77), 5 de marzo de 1981 (7 Ob 528/81), 16 de diciembre de 1982 (7 Ob 650/82), 15 de julio de 1987 (1 Ob 644/87), 16 de noviembre de 1988 (3 Ob 122/88), 10 de septiembre de 1998 (2 Ob 212/98 k) 14 de septiembre de 1999 (5 Ob 196/99 f), 12 de junio de 2001 (4 Ob 1/01b), 10 de julio de 2001 (5 Ob 151/01 v).

3.3.3 Valoración crítica

Siendo ésta la opinión mayoritariamente admitida, entendemos sin embargo oportuno realizar ciertas observaciones en un doble sentido. En primer lugar, llama la atención, como seguidamente exponemos, el hecho de que la obligación de consultar los documentos se configure como excepcional, atendidas las circunstancias que acontecen en la realidad práctica. Y por otra parte, tal vez conviniera cuestionar, aun en estos casos de dudosa excepcionalidad, que el efecto del contenido del documento sea la fe pública registral.

3.3.3.1 La "excepcional" obligación de consultar los documentos

Más allá de la mera enunciación de supuestos en que hay obligación de consultar la colección de documentos, lo que parece recortar notablemente el valor de la misma frente a las inscripciones, topamos en la realidad con un importante déficit del Registro austriaco anudado a la parquedad del libro principal que invierte tal vez, en la práctica, la regla principal y la excepción. Las inscripciones se limitan a la enunciación del derecho, y en el caso de la propiedad, a la identificación del propietario en la hoja B. Para conocer el contenido y alcance de los derechos es necesario en la generalidad de las ocasiones examinar los documentos con base en los cuales se practicó la inscripción, con lo que la consulta a la colección de documentos, que parecía ser excepcional, se convierte así en la práctica en la tónica general para determinados derechos, frente a una pretendida regla general de exclusividad de la inscripción que queda así desmentida en todos estos casos.

Basta con realizar un somero repaso por la jurisprudencia relativa a estas cuestiones para comprobar cómo se viene imponiendo en la práctica la consulta a la colección de documentos. Indicaremos así, a título de ejemplo, la reiterada afirmación jurisprudencial de la obligación de examinar los documentos en el caso de las servidumbres para poder conocer su contenido y alcance,[26] en consonancia además con el § 12 GBG, así como el derecho de adquisición preferente,[27] o incluso el contrato de compraventa o cualquier otro pacto en virtud del cual el transmitente se convirtió en propietario del inmueble, para conocer las condiciones y eventuales límites de tal adquisición.[28] Pero más allá incluso de esta casuística se viene afirmando en términos generales la obligación de tomar en consideración el contenido de la colección de documentos fuera de los casos de remisión expresa del aludido § 5 párrafo 2 GBG, siempre que del tipo de asiento se derive la presunción de que en el documento se contienen cláusulas importantes que no están en el libro principal ni siquiera mediante una remisión expresa al documento.[29]

26. Entre otras muchas, las sentencias del OGH de 28 de octubre de 1975 (5 Ob 108/75), 14 de septiembre de 1999 (5 Ob 196/99 f).
27. Por ejemplo, las sentencias del OGH de 23 de marzo de 1976 (5 Ob 4/76), 12 de junio de 2001 (4 Ob 1/01 b).
28. En este sentido, las sentencias del OGH de 28 de diciembre de 1955 (7 Ob 424/55), 9 de enero de 1952 (3 Ob 711/51).
29. Como puede advertirse en las sentencias del OGH de 11 de abril de 1934 (2 Ob 239/34), 9 de octubre de 1974 (5 Ob 181/74), 15 de julio de 1987 (1 Ob 644/87), 28 de octubre de 1987 (3 Ob 113/87).

Sin embargo, la propia jurisprudencia ha negado tal obligación de examinar los documentos cuando no existe en el libro principal una referencia concreta a los mismos que permita su fácil localización en la colección de documentos, sino tan sólo una genérica alusión a un pacto sin indicar su ubicación en la mencionada colección.[30] Tampoco se viene imponiendo la obligación de examinar la colección de documentos en sede judicial, particularmente en los supuestos de venta judicial de un inmueble. En estos casos sólo tienen efectos para el comprador las inscripciones del libro principal y para lo que no conste en ellas se atenderá al régimen legal del derecho y no a las particulares cláusulas que se hubieran pactado en el contrato depositado en el Registro.[31] Sólo entonces se excluye sin excepción la obligación de consultar la colección de documentos.

3.3.3.2 La cuestionable fe pública registral de los documentos

Con relación a la segunda observación, es decir, el efectivo reconocimiento de la fe pública registral del documento en los casos en que exista la obligación de consultarlo, creemos que la cuestión habría de enfocarse quizás más acertadamente a partir de la inscripción en el libro principal como circunstancia que da sentido a este concreto efecto registral. Al practicarse una inscripción, el encargado del Registro realiza una calificación del documento, de la capacidad de las partes, de la legitimación y en general del contenido del Registro, porque cualquier contradicción entre éste y el documento desembocaría en la denegación de la inscripción solicitada. A la luz del examen realizado inscribe un determinado derecho, extraído de tal documento, en el libro principal. Tal inscripción puede quedar desligada de la realidad por diversas circunstancias, como es el hecho de que se transmita el derecho al margen del Registro en los casos ya mencionados en que esto es posible, o también puede ocurrir que siendo un determinado derecho el que estaba inscrito, se transmita con un contenido diverso al que describía el documento depositado, reflejándose este otro contenido en el documento que sirva de base a la inscripción, que se depositará en la Urkundensammlung. Entonces, y dada la íntima conexión entre el libro principal y la colección de documentos, resultará que se ha inscrito un derecho distinto al del transmitente. Este derecho inscrito pero inválido nunca llegará a ser adquirido por el titular inscrito, habida cuenta de que, como hemos dicho, el sistema austriaco no admite la usucapión secundum tabulas. Pero el derecho que se publica presenta una apariencia de validez corroborada por la conformidad existente entre las inscripciones del libro

30. Sentencias del OGH de 23 de mayo de 1973 (1 Ob 82/73), 19 de diciembre de 1979 (3 Ob 615/79), 9 de septiembre de 1980 (5 Ob 9/80), 25 de marzo de 1983 (6 Ob 11/82), 12 de diciembre de 1985 (5 Ob 4/85), 22 de agosto de 1995 (6 Ob 1557/95). Frecuentemente se refieren estos casos a la alusión a un pacto matrimonial que regule los derechos de cada cónyuge sobre el bien, y sin indicación exacta del lugar en que se encuentra tal documento, no se puede exigir a los terceros la consulta al mismo.
31. Así se ha afirmado, entre otras, en la sentencia del OGH de 10 de septiembre de 1998 (2 Ob 212/98 k), de modo que en el caso concreto, al adquirirse un inmueble en pública subasta, la servidumbre que lo gravaba regiría para el adjudicatario del bien con el contenido atribuido en las disposiciones legales y no según lo establecido en el contrato depositado en la colección de documentos.

principal del Registro, pues las divergencias existen sólo entre los documentos depositados en la Urkundensammlung.

Ante esta situación, puede ocurrir que un tercero adquiera el derecho del titular registral que, como hemos dicho, no es ni podrá llegar a ser titular sustantivo del derecho inscrito y descrito en el documento depositado en la Urkundensammlung. Este tercero queda protegido por la apariencia registral en los términos en que reconoce el Derecho austriaco la fe pública registral, y por tanto, una vez que hayan transcurrido tres años desde que se practicó la inscripción anterior, nula. Basta comprobar la inscripción del transmitente y el documento relativo a esa inscripción, sin tener que indagar en lo establecido en los documentos de las inscripciones anteriores. No es necesario, a diferencia de como ocurre en los sistemas registrales de inspiración francesa –en los que no se reconoce la fe pública registral y sí, sin embargo, la oponibilidad–, comprobar la cadena de transmisiones durante el tiempo necesario para adquirir por usucapión. En el sistema austriaco, de inscripción constitutiva y fe pública registral, basta con examinar el derecho inscrito a favor del transmitente. Si en este caso se reconociera la obligación del tercero de examinar estos otros documentos depositados en el Registro, entonces se estaría imponiendo el valor de los documentos sobre la inscripción, destruyéndose con ello el efecto de la fe pública registral de la inscripción.

En el libro principal se refleja una historia jurídica coherente de una determinada finca, no siendo posible la inscripción de ningún derecho cuando el documento presentado para ello entre en contradicción con las fincas o derechos inscritos. Pero nada garantiza que entre los diversos documentos depositados no haya contradicciones en aspectos que no sean objeto de inscripción, porque estas cuestiones, lógicamente, no se someten al control de conformidad con el contenido de los libros registrales y escapan de la calificación del encargado del Registro. Por ello precisamente, el sistema de mero depósito de documentos, previsto en el Derecho austriaco para supuestos concretos, no produce el efecto de fe pública registral, como expresamente reconoce el § 20 UHG, y sí, por el contrario, en los casos habituales de inscripción en el Registro. La distinta organización de la información jurídica comporta una diferente calificación y unos efectos diversos, en función de que haya o no fe pública registral, anudada exclusivamente a las inscripciones. El mayor control ofrece mayores garantías de exactitud y justifica una protección cualitativamente superior a quien confía en el Registro, que será protegido frente al verdadero titular si éste no impugna en un plazo de tres años la inscripción incorrecta que sirvió de base para la adquisición del tercero. La oponibilidad propia del modelo francés, por el contrario, nunca comporta esta presunción iuris et de iure con relación a la adquisición a non domino y puede impugnarse.

La confusión que existe tanto en la doctrina como en la jurisprudencia austriacas en torno al alcance de la fe pública registral y al valor de los documentos depositados en el Registro resulta así un tanto criticable y tal vez se encuentre anudada a la estructura dual del Registro, integrado por el libro principal con las inscripciones y la colección de documentos. En un sistema de mero depósito de documentos, éstos estarían dotados de un efecto de oponibilidad erga omnes, pero en el caso austriaco el valor del documento depositado es complejo, porque no se reconoce un efecto de oponibilidad y tales documentos

son en realidad el soporte de la parte principal del Registro, el libro de inscripciones o Hauptbuch, que por su configuración justifica la existencia la fe pública registral. Pero en muchas ocasiones el folio del libro principal parece reducirse a un mero índice de los derechos que existen sobre el inmueble con la indicación de la ubicación de los documentos correspondientes a tal derecho en la colección de documentos. Una vez que acudimos a tales documentos, que han servido de base para la inscripción, podremos conocer el contenido del derecho y si hay alguna divergencia con la inscripción que provoque la desaparición de la fe pública registral. En cierto modo, podemos decir entonces que para poderse beneficiar de la fe pública registral no hay propiamente una obligación de consultar el documento anudado a la inscripción anterior, pero sólo si hay coincidencia entre el contenido de este documento y el de la inscripción posterior puede derivarse el efecto de la fe pública registral, aunque ésta sólo nace con la inscripción del derecho en el libro principal y está indisolublemente ligada a ella. Uno de los problemas que se derivan de este modo de operar radica en que, al examinar estos documentos, nos encontramos frecuentemente con que en ellos se mezclan los elementos reales que conforman el derecho inscrito y otras circunstancias de variada índole, y al no realizarse una clara delimitación del derecho mediante su íntegra inscripción registral, se suscita la duda de los exactos contornos del mismo, con eficacia *erga omnes*, y el alcance que deba atribuirse a la fe pública registral.

En definitiva, y pese a lo que teóricamente se pueda afirmar, la fe pública registral inicialmente limitada a la inscripción en cuanto condición imprescindible de aquélla, se traslada en cierto modo en la práctica al documento sin unos perfiles definidos. Esta protección en la confianza queda desligada así, en cierta medida, de la calificación que precedió a la inscripción registral. El resultado al que se llega en muchos casos se puede resumir en que en un sistema de inscripción constitutiva como es el austriaco, es en última instancia la remisión al documento la que permite definir los derechos en no pocas ocasiones, lo que es a su vez fuente de constantes conflictos que han de resolverse en vía judicial. Y ello debido tal vez al hecho de anudar la fe pública registral a la inscripción de los derechos en un libro principal que actúa así a modo de mero catálogo de las titularidades y cargas de un inmueble con inevitable consulta de los documentos que sirvieron de base para su inscripción, para conocer el contenido y alcance de los derechos. La calificación que realizó en su día el encargado del Registro queda cristalizada en los libros registrales sólo parcialmente, mediante la parca indicación del derecho, sin expresar su contenido y alcance, cuyos contornos se disipan. Las inscripciones se configuran de este modo como el presupuesto o punto de partida para conocer el derecho, porque sin inscripción no puede exigirse la consulta del documento, que tendrá que llevarse a cabo en la generalidad de los supuestos, con la ardua tarea de extraer del mismo los contornos del derecho, porque esta labor, ya realizada por el encargado del Registro, no ha tenido un reflejo registral. Y a todo ello se le reconoce en términos un tanto difusos el efecto de fe pública registral, provocando al mismo tiempo, como ya hemos dicho, frecuentes conflictos que han de solucionarse en vía judicial y que tal vez pudieran haberse salvado con otra configuración del Registro que dotara de un mayor contenido a las inscripciones, proporcionando mayor claridad y haciendo innecesaria la consulta de los documentos.

2

La inscripción como titulo valor o el valor de la inscripción como título

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador Imobilário e Mercantil.

RESUMO: As assimetrias informativas presentes no mercado imobiliário são, segundo o autor, as principais dificuldades para coordenar os interesses das partes contratantes, de sorte que para facilitar as transações torna-se necessário fornecer às mesmas todas as informações relevantes, de sorte a proporcionar segurança jurídica. A imposição de uma simetria informativa funcional atuará como instrumento da fundamentação da confiança na contratação e facilitará a cooperação das partes. Para tanto, são necessárias instituições que garantam essa simetria informativa, consubstanciadas, segundo o autor, no Registro de Direitos que não admita exceções ao princípio da fé pública registral, - os *overrindig interests* ou ônus ocultos – que diminuem a confiança dos contratantes e encarecem o crédito. O direito precisa criar soluções que fundamentem a confiança, fornecendo ao adquirente e ao credor a segurança que necessitam com a agilidade que o mercado reclama, de sorte que se saiba quem é o dono do imóvel, se ele pode transmití-lo e quais são os ônus que incidem sobre o mesmo.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de Imóveis – Registro de Direitos – Boa fé registral – Ônus ocultos – Segurança jurídica.

ABSTRACT: The informative asymmetries present in the real estate market are, according to the author, the main difficulties to coordinate the interests of the contracting parts, since to make transactions easier it is necessary to supply the same relevant information, in order to provide juridical assurance, the imposition of a functional informative symmetry will act as an instrument of confidence foundation in the hiring and will make the cooperation of parties easier. For this matter, instituitions which assure this substantiated informative consubstantiated symmetry are necessary, according to the author, in the Registry of Rights in which does not admit exceptions to the principle of registry public faith - the overriding interests or hidden onus – which dimnish the contractor's trust and endear the credit. The law needs to work out solutions which base the trust offering the buyer and the creditor the assurance they need with the agility the market demands, so that it is known who the ower of the estate is, if he can transmit it and which are the onus that fall on the same.

KEYWORDS: Real Estate Rigistry – Registry of Rights – Registry Good Faith Juridical Assurance.

SUMARIO: 1. Presentación – 2. La imposición de simetría informativa funcional como instrumento de fundamentación de la confianza y de facilitación de la cooperación: 2.1 Especialización, interdependecia y cooperación; 2.2 Los obstáculos para contratar: 2.2.1 Obstáculos *ex ante*; 2.2.2 Obstáculos *ex post*; 2.3 La necesidad de instituciones que faciliten el intercambio: 2.3.1 Planteamiento; 2.3.2 Instituciones para facilitar la ejecución de contratos perfeccionados entre personas conocidas e instituciones para facilitar la celebración de contratos entre personas desconocidas; 2.3.3 La simetría informativa funcional como tecnología jurídica dirigida a facilitar la contratación: los paradigmas de la letra de cambio y del Registro de la Propiedad – 3. La insuficiencia del régimen civil de la cesión de créditos como paradigma de las dificultades del Derecho Común para fomentar la circulación y expansión del crédito: 3.1 Expansión del comercio y *Lex Mercatoria*; 3.2 Los riesgos de la transmisión de derechos de créditos en el Derecho Común; 3.3 El sistema de asignación de riesgos del Derecho Común genera desconfianza en el cesionario y dificulta la circulación de créditos – 4. La protección del tráfico: la incorporación del derecho al documento: 4.1 Las necesidades de la circulación del crédito; 4.2 La incorporación del derecho al documento: 4.2.1 Incorporación y ejercicio del derecho; 4.2.2 Incorporación y circulación del derecho; 4.2.3 Incorporación y constitución del derecho; 4.2.4 La incorporación como técnica de intensidad graduable – 5. Propiedades normativas de los titulos valores cualificados o de fe pública: 5.1 Legitimación: 5.1.1 En relación al tenedor; 5.1.2 En relacion al adquirente del título; 5.2 Literalidad y abstracción: la protección jurídico-obligacional del cesionario mediante la exclusión de excepciones; 5.3 La autonomía del derecho incorporado: la protección jurídico-real del cesionario; 5.4 A modo de conclusión – 6. Los riesgos de la transmisión inmobiliaria: 6.1 Consideraciones previas; 6.2 Los riesgos: 6.2.1 Dificultad de movilización; 6.2.2 Riesgo de pertenencia; 6.2.3 Riesgo de consistencia; 6.2.4 Riesgo de pérdida del derecho; 6.2.5 Dificultad para probar la titularidad de su derecho por el propietario; 6.3 La reforma del sistema registral como solución: su paralelismo con el régimen jurídico de los titulos valores cualificados o de fe pública – 7. La intabulación o incorporación registral. Las propiedades normativas de la inscripción: 7.1 Legitimación registral: 7.1.1 En relación con el titular registral; 7.1.2 En relación con el tercer adquirente; 7.2 La presunción en relación con la extensión de los derechos reales inscritos: 7.2.1 La protección jurídico-obligacional del adquirente: la exclusión de excepciones; 7.2.2 La protección jurídico-real

del adquirente: la fe pública registral – 8. Fundamento de la obligación incorporada al titulo valor: 8.1 Planteamiento; 8.2 Fundamento de la obligación cambiaria *inter partes*: el contrato de entrega; 8.3 Fundamento de la obligación cambiaria *inter tertios*: 8.3.1 En los supuestos normales: el contrato de entrega; 8.3.2 En las hipótesis patológicas: la teoría de la apariencia jurídica – 9. La cuestión en el ámbito del Derecho Registral: la abstracción registral: 9.1 Fundamento de que el *verus dominus* pueda verse privado de su derecho si no inscribe su adquisición: 9.1.1 Fundamento; 9.1.2 El supuesto sacrificio del principio de consentimiento; 9.1.3 El derecho de la seguridad del tráfico: un juego de suma positiva; 9.2 Fundamento de la protección de quien adquiere de buena fe de un titular registral que no es *verus dominus* – 10. Emisión cambiaria *versus* procedimiento registral: 10.1 La emisión cambiaria; 10.2 El procedimiento registral: 10.2.1 Fundamento de la necesidad de un procedimiento registral – 11. Consideraciones finales.

1. Presentación

Las asimetrías informativas presentes en el mercado son la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar; por lo cual, 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.

Pues bien, el objetivo de este trabajo consiste en poner de manifiesto que dos instituciones fundamentales de una economía de mercado, cuales son, por un lado, los títulos valores cualificados y muy especialmente la letra de cambio y, por otro, el Registro de la Propiedad, singularmente en su estadio más desarrollado de Registro de derechos o de tráfico,[1] son tecnologías institucionales

1. Una exposición de los diferentes tipos de sistemas registrales y de las diferentes cuestiones relacionadas con ellos puede verse en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. La función económica del sistema registral. *RCDI* 671/871 et seq., 2002. *Asimismo en Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos*: un falso dilema en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez Picazo. Madrid: Civitas, 2003. t. III, p. 4.037 et seq. También Los sistemas registrales como instrumentos reductores de los costes de información y de conservación, presentado en el Workshop del WPLA sobre *Safety Mechanisms in the creation inmovable Ptoperty Markets: Protecting Rights* celebrado en Madrid los dias 28 y 29 de septiembre de 2000 organizado por UN-ECE, Ministerio de Justicia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid: Civitas, 2003. ARRUÑADA, B. *Sistemas de titulación de la propiedad*: un análisis de su racionalidad organizativa. Perú: Palestra, 2004. PARDO NÚÑEZ, C. R. *La organización del tráfico inmobiliario*. El sistema español ante el derecho comparado. Puede verse en *La calificación registral. TI.*

generadas por la humanidad que obedecen a la lógica expuesta, y para ello se basan en principios y se valen de técnicas jurídicas muy similares, hasta el punto de que puede afirmarse que la inscripción, en este tipo de registros, es un titulo valor,[2] o que la letra de cambio incorpora fe pública.

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 mas 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 veremos, 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.

Se trata de dos elegantes y sofisticadas soluciones institucionales, basadas en la misma técnica, para resolver el mismo problema en dos ámbitos diferentes: el de la circulación de los derechos de crédito en el caso de los títulos cambiarios; el de la movilización de los derechos de propiedad sobre inmuebles[3] como

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (Coord.), Madrid: Civitas, 1996. Cooter R y Ullen Th. Derecho y Economía. Ed Fondo de Cultura Económica, México 1998.

En realidad, los dos tipos básicos de sistemas registrales que se conocen –de documentos y de derechos– son dos respuestas a una misma pregunta: si alguien adquiere de buena fe de quien no es dueño ¿a quien debe proteger la ley?, ¿al verdadero dueño? ¿al adquirente de buena fe?. Si se opta por la primera solución, estaremos ante un registro de documentos; si por la segunda, ante un registro de derechos. La primera es la respuesta típica de un sistema basado en la supuesta seguridad de los derechos o seguridad jurídica; la segunda es la propia de un sistema basado en la seguridad del tráfico, que, como veremos, también asegura, en mayor medida, los derechos, pese a las apariencias iniciales.

2. Al utilizar la expresión titulo valor referida a la inscripción no queremos decir, obviamente, que los inmuebles tengan una especial vocación circulatoria –como sucede con la letra de cambio p. ej.–, sino que la inscripción registral es una técnica que facilita la transmisión de los derechos de propiedad sobre inmuebles mediante su protección, lo que aumenta su valor de cambio y su aptitud como garantía crediticia, recurriendo para ello a técnicas similares a las de la letra de cambio.
3. Utilizamos aquí la expresión "derechos de propiedad" en el sentido amplio en el que la utiliza la Economía Institucional y, por lo tanto, no solo para referirnos a la propiedad privada en sentido estricto, sino a todo el conjunto de derechos en que se pueda aplicar la exclusión. Incluye, por tanto, no solo la propiedad tal y como la define 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 un derecho sea exclusivo, no

medio para convertirlos en activos económicos, en el caso del Registro de la Propiedad. Ambos surgen cuando la arquitectura institucional existente no da una respuesta satisfactoria a las nuevas necesidades que plantea incesantemente la lógica evolutiva del devenir humano.

2. La imposición de simetría informativa funcional como instrumento de fundamentación de la confianza y de facilitación de la cooperación

2.1 Especialización, interdependencia y cooperación

La especialización –la división del trabajo– es la base del bienestar público. A mayor especialización, mayor productividad y, por tanto, mayor crecimiento y mayor bienestar.

Obviamente, la especialización implica interdependencia y ésta necesita intercambios voluntarios en beneficio recíproco, esto es, un comportamiento cooperativo.

Pero cooperar no es fácil, y, por lo tanto, no lo es intercambiar o contratar.[4] El motivo estriba en que, al tener cada una de las partes sus propios intereses, pueden emplear el intercambio como instrumento para apropiarse de los frutos del esfuerzo del otro.

Esta lucha 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 darse cuenta del riesgo que corren, muchos contratantes potenciales se niegan a contratar, reduciendo así el grado de especialización.[5]

Debido a esta posibilidad de conducta oportunista, para que sea viable la especialización, es necesario organizar los intercambios de tal modo que se armonicen los intereses potencialmente conflictivos de las partes.

2.2 Los obstáculos para contratar

Y, para ello, es preciso resolver dos tipos de problemas: unos *ex ante* y otros *ex post* al intercambio o, si se prefiere, al contrato.

significa que no posea limitaciones, sino que tan solo está limitado 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: Tecnos, 2005. p. 32 et seq.

4. Es clásico al respecto el trabajo de AXELROD, R. *La evolución de la cooperación* –El dilema del prisionero y la teoría de los juegos–. Versión española de L. Bou. Madrid: Alianza, 1996. También POUNDSTONE, W. *El dilema del prisionero*. Madrid: Alianza, 1992. KREPS, D. M. *Teoría de los juegos y modelación económica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1990.
5. HIRSHLEIFER, J. The Dark Side of the Force. *Economic Inquiry* 32, 1994, citado por ARRUÑADA, B. en Limites in estitucionales al desarrollo de la empresa, en *Papeles de la Economía Española*, 78-79, 1999.

2.2.1 *Obstáculos* ex ante

Entre los previos, destacan la incomunicación y la desconfianza,[6] o si se prefiere la desconfianza generada por el desconocimiento, sobre todo por parte del comprador, de atributos jurídica y económicamente relevantes del bien que desea adquirir, junto con la convicción de que el vendedor, conforme al modelo conductual del autointerés, los ocultará cuando de tal comportamiento espere unas condiciones de intercambio más ventajosas.

Esta *asimetría informativa*, junto con la convicción de que quien posee más información la utilizará conforme al modelo del autointerés, genera desconfianza; y conjuntamente se erigen en los grandes obstáculos *ex ante* para que la cooperación pueda tener lugar.

2.2.2 *Obstáculos* ex post

Las dificultades *ex post* se refieren a las existentes para el cumplimiento y control del contrato una vez celebrado. Entre ellas, destaca el oportunismo, expresión con la que se hace referencia a los que, en el marco de un contrato, tratan de aprovecharse de las dificultades de vigilancia que implica su aplicación para apropiarse del valor que, contractualmente, corresponde a la otra parte contratante.[7]

Aunque el riesgo del oportunismo se da en todas las fases del *iter contractual*, cobra especial relieve en su fase de ejecución, dominada por una racionalidad meramente *individual*,[8] caracterizada por un cálculo sobre los costes y beneficios que puede ocasionar el incumplimiento.

2.3 *La necesidad de instituciones que faciliten el intercambio*

2.3.1 *Planteamiento*

Pues bien, debido a que las partes invertirán en los costes necesarios para superar las dificultades expuestas *racionalmente*, y debido a que hay costes marginales crecientes, no sólo en la adopción de las medidas necesarias para disipar la desconfianza *ex ante*, sino también para medir y vigilar la ejecución del

6. WRIGHT, R. *Nadie pierde*. La teoria de los juegos y la lógica del destino humano. Barcelona: Tusquets, 2005. p. 354.
7. Sobre el oportunismo, véase WILLIAMSON, O. *Markets* and Hierarchies. *The Free Press* 1975. Existe traducción española, *Mercados y jerarquías:* su análisis y sus implicaciones antitrust. México: Fondo de Cultura Económica, 1991. Véase también MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. Los sistemas registrales como reductores de costes de informaciôm y de conservación, trabajo presentado en el "workshop" del WPLA sobre *Safety Mechanismis in the creation o immvable Property Markets: Protecting Rights*, celebrada en Madrid los dias 28 y 29 de Septiembre de 2000, organizado por UN-ECE, Ministerio de Justicia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mwercantiles de España.
8. Véase NORTH, D. C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Madrid: Alianza, 1994. p. 50 et seq.

contrato, cada parte se detendrá, antes de disipar absolutamente su desconfianza, o de realizar una vigilancia perfecta, justo en el punto en el que los beneficios marginales igualen los costes marginales de tal actividad, por cuya razón no se puede dar por sentado el cumplimiento obligatorio, lo que ha constituido y constituye un obstáculo crítico para aumentar la especialización y división del trabajo, que requiere toda una larga y compleja cadena de contratos.[9]

Por todo ello, sin instituciones que prevengan *ex ante* y/o que sancionen *ex post* estas conductas impulsadas por el autointerés, quedará excluido el intercambio complejo.

Estos *costes transaccionales*[10] reflejan las incertidumbres, pues incluyen un premio de riesgo, cuya magnitud traerá consigo la probabilidad de defección de la otra parte y el coste consiguiente para la primera. Y, a lo largo de la historia,

9. NORTH, D. C. Ibidem.
10. Los costes de transacción son generalmente considerados como imperfecciones del mercado y permiten explicar la diferencia existente entre la asignación efectiva y potencial de los recursos, aun sabiendo que son inimaginables economías reales sin costes de transacción positivos.

    La expresión *costes de transacción* fue utilizada por primera vez por R.H. Coase en su clásico artículo sobre el problema del coste social –The problem of social cost, reimpreso en *The Journal of Law and Economics* 3, 1960: 1-44, por The University of Chicago Press–, al poner de manifiesto que, para llevar a cabo una transacción en el mercado, se hace necesario descubrir con quién se desea contratar, informar a las personas correspondientes de que se intenta llegar a un arreglo y los términos del mismo, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar un contrato, realizar inspecciones para comprobar que se cumplen las condiciones estipuladas, etc. Posteriormente Dahlman cristalizó el concepto de costes de transaión, descubriéndolos como costes de búsqueda e información, costes de arreglos y decisiones y costes de acción de policía –CARL y DAHLMAN. The Problem of Externality. *The Journal of Law and Economics* 22, n. 1, abril 1979, 148–. La teoría está inspirada en las contribuciones de Stigler y otros a la economía de la información –STIGLER, J. G. The Economics of Information. *Journal of Political Economy* 69, junio 1961–.

    Desde una perspectiva muy general, puede decirse que los costes de transacción son los que surgen cuando los individuos intercambian derechos de propiedad sobre los activos económicos y ejercen sus derechos exclusivos, aunque muchos de sus aspectos estén todavía por perfilar con claridad –véase EGGERTSSON, T. *El comportamiento económico y las instituciones*. Madrid: Alianza, 1995. p. 18 et seq.

    La idea fundamental de los costes de transacción es que son los costes derivados de la suscripción *ex ante* de un contrato y de su control y cumplimiento *ex post*. El hecho de que realizar transacciones sea costoso, convierte en cuestiones esenciales –desde el punto de vista de la eficiencia y del crecimiento económicos– todas las relativas a la definición, asignación y protección de los derechos de propiedad.

    La tardía incorporación de los costes de transacción a la teoría económica se debe al hecho de que, hasta muy recientemente, la mayoría de las teorías y de los modelos en economía partían de la hipótesis de la existencia de información

el montante de esa suma ha evitado el intercambio complejo, y, por tanto, ha limitado las posibilidades de crecimiento económico.

Por todo ello, la humanidad, a lo largo de la historia, ha ido generando diversas tecnologías institucionales dirigidas a superar estos obstáculos y, de este modo, facilitar los intercambios.

2.3.2 *Instituciones para facilitar la ejecución del contrato perfeccionado entre personas conocidas e instituciones para facilitar la celebración de contratos entre personas desconocidas*

No resulta arriesgado suponer que en sociedades poco evolucionadas compuestas por un número reducido de miembros que, por ello, se conocen entre sí, los principales obstáculos para el intercambio se hallan relacionados con las conductas que hemos denominado *oportunistas*, esto es, relacionadas con la ejecución y cumplimiento de lo acordado. Las dificultades *ex ante* relacionadas con las asimetrías informativas entre vendedor y comprador no debían alcanzar el mismo nivel, al menos en lo referente a los intercambios inmobiliarios, ya que, presumiblemente, toda la información relevante al respecto era conocida por todos los miembros de la comunidad o la mayor parte. Este tipo de dificultades adquieren mayor relevancia en una sociedad más amplia y evolucionada, con intercambios numerosos entre personas que no se conocen entre sí.

Por ello, aunque la humanidad va generando a lo largo de la historia *tecnologías institucionales* dirigidas a superar las *dificultades para intercambiar*, genera en primer lugar o en mayor medida tecnologías dirigidas a asegurar el *cumplimiento de los contratos*, y, posteriormente, las dirigidas a facilitar la *celebración de contratos*, mediante la superación de la desconfianza propia de sociedades de gran tamaño, con un elevado volumen de intercambios, con la necesidad del recurso permanente al crédito, en las que los individuos no se conocen entre si y en la que existe una gran desigualdad informativa entre ellos en relación a los atributos económicamente relevantes de los bienes objeto de intercambio.

Así, en la época de los liderazgos supraaldeanos, en sociedades que desconocían la escritura, existía una figura –denominada *hombre importante*– dotada de una memoria prodigiosa para las relaciones de parentesco y para las transacciones del pasado.[11]

La invención de la *escritura* fue decisiva para contribuir a vencer estos obstáculos, ya que, si el acuerdo se hacía constar por escrito, resultaba más difícil a ambas partes desconocer o negar lo pactado. Para hacernos una idea de

completa y los costes de transacción están relacionados, de una forma u otra, con los costes de adquirir información sobre los intercambios.

11. Véase JONSON, A. y EARLE, T. *The Evolution if Human Socieries: from Foraging Group to Agrarian State*, Stanford U.P 1987. Destacan como el *hombre importante* pone paz siempre que puede, concertando pagos compensatorios y multas para impedir que los grupos que se creen ofendidos cobren las deudas directa y violentamente, si bien cuando la negociación no resulta dirige a los suyos a la batalla.

la contribución de la escritura a la fundamentación de la confianza, baste pensar en lo que costaba a individuos de sociedades analfabetas grabar obligaciones financieras en la memoria pública.[12]

Por ello, en la antigua Mesopotamia, el prestamista no temía que el prestatario le negase la recuperación del préstamo, ni el prestatario temía que el prestamista hinchase la deuda, porque habia un registro –en el sentido de *archivo de contratos*– que atestiguaba y, por tanto, dificultaba el triunfo de tales comportamientos oportunistas.

Ahora bien, la escritura no fue lo único que contribuyó a solucionar el problema de la confianza en los antiguos estados de Asia, Oriente Próximo y Mesoamérica.

Otro medio –de suma importancia– fue la *sistematización de la justicia*: la seguridad de que los tramposos serían castigados. También la escritura era para ello un valor inestimable, ya que las normas tienen mas precisión y autoridad cuando se graban en algo que fije su contenido de forma durable. Así, el Código de la ciudad mesopotámica de Eshnuna –escrito un siglo antes que el celebérrimo Código de Hammurabi– no deja dudas sobre lo que ocurría si pagábamos un siclo a un hombre para que nos segara el campo y el hombre no se presentaba: tendría que darnos diez siclos.

También en Mesopotamia, los funcionarios tenían unos sellos cilíndricos con adornos que, cuando se estampaban en una tablilla de arcilla, dejaban impresa una firma prestigiosa, de valor oficial, que reforzaba la confianza, cuando se trataba de préstamos u otras transacciones.[13]

La clave está en que las tecnologías –físicas e institucionales– de la información al abaratar el coste del transporte de datos, su conservación, y su conocimiento, vencen la desinformación y, junto con la actuación compulsiva del Estado, fundamentan la confianza, por lo que facilitan la coordinación de los intereses comunes y, por tanto, la realización de los intercambios, base del crecimiento y del bienestar.

12. Si la falta de información y, por tanto las dificultades para obtenerla, es uno de los obstáculos básicos para la cooperación, es obvio que las nuevas tecnologías de la información –cual es el caso de la escritura– facilitan la cooperación y por lo tanto los intercambios. La escritura, además, no solo sirve para transmitir información, sino para generar confianza. De hecho, como pone de manifiesto WRIGHT, R. en op. cit., p. 107 et seq., aunque la escritura ha sido y es instrumento de algunas de las más altas expresiones del espíritu humano –poesía, filosofía, ciencia– surgió como instrumento de lo más prosaico: la economía, la administración, la política. Es interesante reproducir aquí la siguiente cita que hace el *New York Times* de 11 de noviembre de 1997, citada por Wright R., que decía lo siguiente: "La referencia escrita más antigua que se conserva sobre el templo del rey Salomón es una inscripción en un pedazo de arcilla del siglo VII antes de Cristo. ¿Qué podría ser? ¿Versículos de una plegaria? ¿Un himno a la divinidad?. No. Es un recibo. Un individuo donó tres siclos de plata al templo y el donativo quedó debidamente registrado".
13. Puede verse todo ello en WRIGHT, R. Op. cit., p. 107 et seq.

Obsérvese que las *tecnologías de la información* al facilitar la obtención y difusión de la información requerida, lo que hacen en realidad es facilitar el cumplimiento de los contratos –ya que al impedir la negación de lo acordado generan confianza– y disminuir las asimetrías informativas entre los individuos, lo que facilita el comportamiento cooperativo.

2.3.3 La simetría informativa funcional como tecnología jurídica dirigida a facilitar la contratación: los paradigmas de la letra de cambio y el Registro de la Propiedad

La disminución de tales asimetrías se ha conseguido historicamente mediante la generación de instituciones que pongan a disposición del eventual comprador o adquirente la información jurídica y económicamente relevante para contratar –quién es el dueño, si puede disponer, qué derechos de terceros puede haber que se antepongan al suyo en el caso de que decida adquirir etc.– y que, además, impidan al vendedor o transmitente –y, en general, a cualquiera– 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.[14]

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 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.

Pues bien, la letra de cambio, mediante la técnica de la *incorporación cambiaria*, en relación a los derechos de crédito y el Registro de la Propiedad, en su modalidad de registro de derechos o de tráfico, mediante la técnica de la intabulación o *incorporación tabular*, en relación al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, consiguen imponer una situación de *simetría informativa funcional* en sus respectivos ámbitos y, mediante ella, consiguen

14. 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 tipicamente eficientes PAZ-ARES, C. Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *RDM* 175-176, 1985, p. 7.

fomentar del comportamiento cooperativo y el crecimiento de los respectivos mercados, así como el del crédito hipotecario.

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 demostrado resolver mejor los obstáculos existentes para la cooperación entre sus componentes.

3. La insuficiencia del régimen civil de la cesión de créditos como paradigma de las dificultades del Derecho Común para fomentar la circulación y expansión del crédito[15]

3.1 Expansion del comercio y Lex Mercatoria

La evolución del mercado en las postrimerías de la Edad Media se caracterizó, entre otros factores, por la ruptura del aislamiento de las ciudades y de los estados.[16]

Se celebraban ferias a las que concurrían mercaderes de las más diversas procedencias.[17]

15. Básicamente seguimos en este punto la estructura de exposición de GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L. *Derecho cambiario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003. p. 16 et seq., si bien ampliando y matizando contenidos. Para un estudio pormenorizado de la cesión de créditos véase GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. *La cesión de créditos*. Ed. Tirant Lo Blanch, 1993. PANTALEÓN PRIETO, F. Cesión de créditos, *ADC* 1988, p. 1.033 et seq.; también en *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991. t. II, p. 1.019 et seq. NAVARRO PÉREZ. *La cesión de créditos en el Derecho civil español*. Granada, 1988. GARCÍA CANTERO. *Comentario a los arts. 1526 ss Cc* en *Comentarios al al Cc y Cc Ff*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XIX, Madrid 1980. GARCÍA AMIGO. Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato. *RDP*, 1963, p. 38 et seq. MADRIDEJOS SARASOLA, La cesión de créditos, *RDN*, 1961, p. 383 et seq.
16. En contraste con el Imperio Romano, la economía occidental entre los siglos VI y X no se basó en miles de ciudades, sino si acaso, en unas cien mil aldeas y señoríos agrarios. En el año 1000 solo unas dos docenas de ciudades en Europa occidental tenían más de algunos miles de habitantes y, probablemente, solo Venecia y Londres tenían más de diez mil. Constantinopla, en cambio, tenía una población cercana al millón. Posteriormente, en los siglos XI y XII, tuvieron lugar una rápida expansión de la producción agrícola y un asombroso aumento del tamaño y número de las ciudades. Al mismo tiempo, surgió una nueva clase de comerciantes profesionales, que efectuaban transacciones comerciales en gran escala, tanto en los campos como en las ciudades. Básicamente para satisfacer las necesidades de la nueva clase de comerciantes tuvo que desarrollarse un nuevo cuerpo de derecho mercantil. Véase BERMAN, H. J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 349.
17. El surgimiento de una clase mercante fue requisito indispensable para el desarrollo del nuevo derecho mercantil. Antes del s. XI, el mercader había sido una figura relativamente aislada en Europa occidental, pero desde los s. XI y XII se celebraron regularmente grandes ferias internacionales en veintenas de ciudades

Las cruzadas y los movimientos de colonización –que constituyeron los programas militares y económicos de la revolución papal– favorecieron el comercio a larga distancia, tanto por tierra como por mar.

Se generalizaron nuevas formas de contratación como medio para incrementar las ventas –entre ellas, las ventas al fiado– y se abrieron las fronteras al comercio con el exterior progresivamente.

Ni el recién descubierto Derecho romano ni el Derecho consuetudinario romano, que apenas subsistía, incluyendo el *ius gentium*, se mostraban adecuados para resolver los tipos de dificultades comerciales –domésticas e internacionales– que surgieron en el occidente de Europa a fines del siglo XI y durante el siglo XII.

Como observa Berman, es concebible que los doctos romanistas de las universidades europeas de finales del siglo XI y de los siglos XII y XIII hubiesen podido crear un nuevo cuerpo de derecho mercantil con base en los textos romanos, como, de hecho, crearon un nuevo *corpus iuris civilis*.

Lo mismo podrían haber hecho los juristas canónicos de las mismas universidades, si consideramos que las corporaciones eclesiásticas se dedicaban intensamente a actividades comerciales.

Sin embargo, es característico de esa época el hecho de que el desarrollo inicial del Derecho mercantil fue dejado en gran parte –aunque no del todo– en manos de los propios mercaderes, quienes organizaban ferias internacionales y mercados, formaban tribunales mercantiles y establecían oficinas de comercio en las nuevas comunidades urbanas que brotaban por toda Europa Occidental.

Estas ferias y mercados eran organizaciones complejas que desarrollaron el concepto de un *Derecho mercantil especial*, que no solo incluía el Derecho consuetudinario de las ferias y mercados, sino también costumbres marítimas relacionadas con el comercio y, por último, las leyes mercantiles de las propias ciudades y pueblos. Las ciudades italianas fueron las primeras ciudades europeas en recabar sistemáticamente y en aplicar las reglas consuetudinarias que gobernaban la actividad comercial.[18]

De la economía rural y del trueque se pasó a la profesionalización del comercio, en el que irrumpieron los bancos.[19] Cobró auge una nueva clase social que, para

y pueblos por toda Europa. También eran comunes los mercados internacionales, sobre todo en las ciudades porteñas. Estas ferias y mercados eran organizaciones complejas, y con el desarrollo de los sistemas jurídicos, eclesiásticos o seculares, desarrollaron el concepto de un derecho mercantil especial, que no sólo incluía el derecho consuetudinario de las ferias y mercados, sino también costumbres marítimas relacionadas con el comercio y, por último, las leyes mercantiles de las propias ciudades y pueblos. Las ciudades italianas fueron las primeras en recabar sistematicamente y en aplicar reglas consuetudinarias que gobernaban la actividad comercial. Véase BERNAN, H. J., op. cit., p. 356 et seq.

18. BERMAN, H. J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura Rconómica, 1996. p. 356 et seq.
19. Los mercaderes italianos y los cambistas de las ferias de Champaña legaron el término *banco*, procedente del lugar en el que colocaban sus balanzas y monedas y desde el que dirigían sus negocios. Los bancos italianos del s. XIII fueron

enriquecerse, realizaba tareas de intermediación. Cuantas más veces vendían y compraban con éxito en mayor medida incrementaban su patrimonio o, dicho de otra forma, cuanto más dinero movían, más ganancia se les generaba.

Ahora bien, así como en la agricultura los ciclos de la naturaleza imponen su ley inexorable y, entre siembra y cosecha ha de transcurrir un cierto tiempo, en el mundo de los negocios nada impide alterarlos. Tratarán, en consecuencia, de acelerar las transacciones, de reducir los tiempos entre la perfección del contrato y la obtención del fruto esperado, pero sin olvidarse de rodearlas de rodas las garantías posibles para dotarlas de la máxima seguridad.

A este conjunto de necesidades responde la denominada *Lex Mercatoria*, integrada por un conjunto de instituciones creadas a la sazón –créditos con garantía, titulos negociables, empresas conjuntas etc.– y de otras adaptadas al efecto, que formaban un sistema distinto y coherente.[20]

Entre los elementos que integraban el activo de los comerciantes se hallaban los créditos que los mismos ostentaban contra terceros. Poder disponer de ellos y transformarlos en dinero efectivo para reinvertirlo en nuevas operaciones, o pagar mediante su cesión a terceros, resultaba atrayente porque permitía optimizar los recursos.

En efecto, a través de tales procedimientos, podía obtenerse un rendimiento de parte del activo que, en otro caso, debería permanecer inmovilizado y estéril. Sin embargo, la operación no era tan rápida ni tan segura como sería de desear, ya que, como veremos, son muy pocas las seguridades que el derecho común ofrecía a los interesados en adquirir tales activos, pues sus principios y sus soluciones, en materia de transmisión de bienes y derechos, eran fruto de una sociedad sin esas necesidades.

pioneros en la financiación del comercio internacional y llegaron a monopolizar el negocio del dinero y el crédito, desde la Lombardía en el norte de Italia, a traves de Brujas, en los Paises Bajos y hasta la londinense Lombard Street. Véase JAY, P. *La riqueza del hombre*. Una historia económica de la humanidad. Barcelona: Crítica, 2002, p. 107.

20. El derecho mercantil occidental adquirió a fines del s. XI, durante el s.XII y a comienzos del XIII el carácter de un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos. Los diversos derechos y obligaciones asociados a las relaciones comerciales llegarían a ser interpretados conscientemente como partes constitutivas de todo un cuerpo de derecho, la *lex mercatoria*, la cual incluía, entre otras, las siguientes características: 1) la marcada separación entre el régimen jurídico de bienes muebles e inmuebles; 2) el reconocimiento al comprador de buena fe de bienes muebles, de derechos superiores a los del *verus dominus*.Así, en los derechos alemán y francés, el derecho del comprador – de buena fe– de bienes contra su verdadero propietario se expresa en las máximas "Hand wahre Hand" y "Muebles n'ont pas de suite". En el derecho inglés, la doctrina queda limitada a las transacciones en el "open market"; 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 solo era prueba de un contrato subyacente, sino que, a su vez, encarnaba, o era, el contrato y se le podía demandar independientemente. Véase BERMAN, H. J., op. cit, p. 355 et seq.

A efectos expositivos y dado que, en sus rasgos esenciales han subsistido hasta la actualidad, analizaremos las líneas maestras de la cesión de créditos en nuestro derecho actual, centrándonos en la regulación contenida en el Cc, ya que el CdC tan solo dedica a la misma dos preceptos.

3.2 Los riesgos de la transmisión de derechos de créditos en el Derecho Común

Bastará que, en un ejercicio de *ingeniería inversa*,[21] los proyectemos hacia el pasado, para que podamos constatar en sus exactas dimensiones la magnitud de los problemas a los que se tuvieron que enfrentar los mercaderes medievales y cómo trataron de superarlos con la técnica de lo que mucho tiempo después se denominarían títulos valores, especialmente, la letra de cambio.

El tráfico jurídico-económico de derechos de crédito –y, en general, el tráfico jurídico– presenta riesgos de diversa naturaleza, si bien se centran principalmente en la posible divergencia que puede existir entre la realidad material y la realidad formal o documental, ya sea porque el transmitente no es, en realidad, el verdadero titular del derecho, o bien porque el derecho tiene un alcance o contenido distintos de los que aparecen en el título. En el caso de los derechos y, en particular, en el de los de crédito, su carácter *incorporal* o *invisible* hace que tales riesgos se acentúen. Todo ello supone incertidumbre para el adquirente.

21. Término éste acuñado por Pinker S. Mientras en la *ingeniería proyectual* se diseña una máquina para hacer algo, para cumplir una función, la *ingeniería inversa*, trata de averiguar la función para la que una máquina fue diseñada y, de ese modo, entender el diseño, tanto de la máquina en su conjunto, como el de cada uno de sus componentes. Pero la *ingeniería inversa*, según nos explica Pinker, solo es posible cuando disponemos de una pista acerca de la función para la que fue concebido el aparato en cuestión. Véase PINKER, S. *Como funciona la mente*. Barcelona: Destino, 2000. p. 39-40-66.

Quizás sea así, cuando hablamos de tecnología física, al menos en muchos casos, pero cuando hablamos de instituciones –de *tecnología institucional*– cabe recurrir a la *ingeniería inversa*, aun cuando no dispongamos de tales pistas, **mediante el recurso de imaginar qué problemas trendría una sociedad sin esa** institución concreta, deduciendo de ello la razón o razones de su creación, es decir, su función o finalidad.

Porque, el método de *ingeniería inversa*, es aplicable no solo a los organismos en un sentido biológico, sino también a las herramientas o aparatos creados por el hombre, cual es el caso del registro o de los títulos valores, a las instituciones conformadas a lo largo de la historia para cubrir ciertas necesidades ineludibles para la supervivencia y el progeso de la especie humana.

Si identificamos adecuadamente esas necesidades, podremos entender mejor la función, y si entendemos la función adecuadamente, podremos entender el diseño institucional ideado para desempeñarla, y entonces y solo entonces, estaremos en las condiciones adecuadas para evaluar el grado de eficiencia y de eficacia, y de formular, en su caso, propuestas de mejora. En definitiva, la *ingeniería inversa es la que nos permite hacer una buena ingeniería proyectual también en el ámbito institucional.*

La particular agilidad con la que ha de desarrollarse el tráfico mercantil, así como la necesidad de hacer frente a los riesgos inherentes al mismo, demandan documentos con una eficacia jurídica superior a la meramente probatoria.

En este sentido, una adecuada exposición del singular régimen de protección que dispensa el Derecho cartular aconseja considerar brevemente los riesgos inherentes a ese tráfico; riesgos que pueden resumirse en los siguientes:[22]

1 – *Riesgo de inexistencia*, consistente en la posibilidad de que el crédito no exista realmente, de modo que el adquirente no pueda reclamar del deudor su cumplimiento.

En efecto, a diferencia de las cosas materiales, cuya realidad se constata por los sentidos, los bienes incorporales no pueden percibirse si no es intelectualmente. De ahí que el tercero pueda dudar de la propia existencia del derecho y, a la postre, erigir la desconfianza en un obstáculo para su transmisión.[23]

2 – *Riesgo de consistencia*, consistente en que el crédito revista características distintas de aquellas en las que el adquirente cree estar adquiriéndolo (V.gr.: por ser de importe inferior).

Admitida la existencia del crédito, la regla del Derecho común según la cual *nemo dat quod non habet*, determina que el crédito se transmita en las mismas condiciones en las que lo ostenta el transmitente, con independencia de que por el mismo se manifieste algo distinto. Por ello, el deudor podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que tiene frente al cedente.

En nuestro derecho positivo se encuentra una peculiar manifestación de este principio en el art. 1198 Cc, cuya exégesis permite concluir que, pese a que para la transmisión de los créditos no es necesario el consentimiento del deudor, si se cede sin su consentimento un crédito existente pero compensable, el cesionario no podrá evitar que se compense, como consecuencia de la regla *nemo dat quod non habet*.[24]

3 – *Riesgo de pertenencia*, consistente en que el crédito no pertenezca al cedente, de modo que, en realidad, el adquirente no esté adquiriendo nada,

22. Seguimos en este punto a DE DIOS MARTINEZ, L. M. *Titulos* – valor simples y documentos de legitimación. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2003. p. 143 et seq., que, a su vez, sigue en este punto a PAZ-ARES, C. y ALFARO, J. en *Manuscrito de un manual inconcluso de Derecho Mercantil*.
23. Véase GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., op. cit., p. 18. Como afirman estos autores, nadie en su sano juicio adquirirá algo que ni tan siquiera sabe si existe, a no ser en condiciones sumamente favorables para el comprador. Como observa GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. *La cesión de créditos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993. p. 30; la entrega del documento de crédito al cesionario no era un requisito para la transmisión del crédito, sino una obligación del cedente, cuyo cumplimiento permitía o facilitaba al cesionario el cobro del crédito. Era requisito para la producción del efecto traslativo cuando no había *cessio* expresa, es decir, declaración del cedente o acuerdo específico en transmitir.
La entrega del documento, sin embargo, no servía para acreditar, por sí sola, la existencia del crédito.
24. Véase GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., op. cit, p. 18.

en virtud de la misma regla anterior (*nemo alii transferre potest plus iuris quam ipse habeat*).

4 – *Riesgo de liberación*, consistente en que el deudor quede liberado en virtud de un pago realizado al cedente. En efecto, hay que tener en cuenta que en virtud del principio de que los contratos son *res inter alios acta* y que en relación a terceros *nec nocet nec prodest*, el deudor solo queda liberado de su deuda si paga *a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirlo en su nombre* (art. 1162 Cc), por lo que el simple hecho de la transmisión de un crédito no impide al acreedor reclamar al deudor, ni a éste pagar con efectos solutorios al primitivo acreedor, aun cuando éste lo haya transmitido a un tercero. Por ello, el deudor queda liberado en virtud del pago hecho al cedente con anterioridad a haber tenido conocimiento de la cesión (art. 1527 Cc)

5 – *Riesgo de prueba*, consistente en la dificultad de probar ante el deudor la condición de acreedor; y finalmente

6 – *Riesgo de insolvencia*, consistente en que el cesionario no pueda cobrar el crédito debido a la insolvencia del deudor.

Por todas estas razones, podía decir Ascarelli, en expresión que ha devenido clásica, que quien adquiere un crédito, bajo la disciplina del derecho común, adquiere, en cierto modo, una *caja de sorpresas*.[25]

3.3 *El sistema de asignación de riesgos del Derecho Común genera desconfianza en el cesionario y dificulta la circulación de créditos*

Fijados los distintos riesgos que derivan del tráfico jurídico-económico sobre derechos de crédito, es preciso decidir a cargo de quien se ponen los mismos. Si se sitúan sobre el cesionario, se estará protegiendo fundamentalmente al deudor y, con ello, primando la seguridad jurídica: la cesión se produce entre terceros –*res inter alios acta*– y, por tanto la posición del deudor permanece inalterada. Si, por el contrario, se hacen pesar sobre el deudor, se estará favoreciendo la protección del tráfico, pues, en ese caso, serán los adquirentes quienes no se vean afectados por las circunstancias concernientes al derecho objeto de transmisión.

Pues bien, el Derecho común atiende a la seguridad jurídica –deudor–, en detrimento de la seguridad del tráfico –cesionarios. Y, por ello, sus medidas no son suficientes para atajar los referidos riesgos en la circulación del crédito. En efecto:

a) En cuanto al *riesgo de la existencia* del derecho, riesgo consustancial con la naturaleza incorporal del derecho de crédito[26] y en relación al *riesgo de*

25. ASCARELLI, T. *Teoría General de los títulos de crédito*, Traducción de CACHEAUX SANABRIA, R., México: Ed. Jus, 1947. p. 7.
26. GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L. *Derecho Cambiario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003. p. 18. Como afirman estos sutores: "A diferencia de las cosas materiales cuya realidad se constata por los sentidos, los bienes incorporales no pueden percibirse si no es intelectualmente. De ahí que el tercero pueda dudar de la propia existencia del derecho y, a la postre erigirse la desconfianza en obstáculo para su transmisión. Nadie en su sano juicio, podría afirmarse,

consistencia del mismo, las normas contenidas en los arts. 1529 Cc y 348 Cdc son claramente insuficientes.

En efecto, aunque el cedente responda de la existencia y contenido del crédito cedido, en la medida en que el mismo sea objeto de varias transmisiones y el adquirente no conozca al primitivo cedente, aumenta la desconfianza sobre la *existencia* –y, por tanto, *subsistencia y consistencia*– del crédito, lo cual se agrava porque, ante la eventual insolvencia del deudor cedido –probablemente desconocido para el cesionario–, el derecho común no impone la responsabilidad de la misma al cedente que es con quien contrata y a quien conoce el cesionario. También es insuficiente la norma contenido en el art. 1198 Cc, pues viene a establecer que si bien no es necesario el consentimiento del deudor, si se cede sin su consentimiento un crédito existente pero compensable, el cesionario no podrá evitar que el deudor lo compense, lo que es una consecuencia lógica de que *nemo dat quod non habet*. Y el cesionario carece de medios para saber si, en el momento de la cesión, existen tales créditos.

b) En cuanto al riesgo de *falta de pertenencia*, la regla general del Derecho común es *nemo dat quod non habet*, por lo que el negocio es nulo, no hay adquisición, y ello determina toda una cadena de nulidades, solo consolidables mediante su reconocimiento por el verdadero titular o sus causahabientes *mortis causa* o por prescripción adquisitiva

c) En cuanto al *riesgo de liberación*, es decir, en cuanto al riesgo de que el cedente, pese a la cesión del crédito, proceda a su cobro[27] validamente y, por tanto, con efectos liberatorios para el deudor, el Cc, para evitar actuaciones de mala fe que en modo alguno puede ser protegidas por el ordenamiento, matiza la regla del art. 1162 y en el art. 1164 dispone que "el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor".[28]

El problema está – como señalan Gimeno-Bayón y Garrido Espa[29] – en que *la naturaleza inmaterial del crédito impide que sea poseído materialmente* –por más que en ocasiones la tenencia de cierta documentación relacionada con el negocio del que nace permita presumirla– de tal forma que, para evitar que el pago sea realizado eficazmente al primitivo acreedor, es preciso destruir su *apariencia de titularidad*, y el, mecanismo previsto por el derecho común es la notificación de la cesión (arts. 1527 Cc y 347.1 CdC).

Ahora bien, en unos tiempos en los que la lentitud de los medios de comunicación exigía en ocasiones el transcurso de un largo periodo de tiempo para notificar la cesión, o, mejor dicho, para la recepción de la notificación por el deudor, el crédito, de hecho, devenía indisponible, a no ser que el adquirente se arriesgase a que, en el ínterin, el transmitente se le adelantase a cobrar del

adquirirá algo que ni tan siquiera sabe si existe a no ser en condiciones sumamente favorables para el comprador".

27. También seguimos en este punto a GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L .Ibidem.
28. Lo que, como sostienen GIMENO-BAYON y GARRIDO ESPA en op. cit., p. 20, interpreteado *a contrario sensu* permite sostener que el pago hecho de mala fe a quien no esté en posesión del crédito no liberará al deudor.
29. GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L. en Ibidem.

deudor o transmitiese el crédito a otro cesionario más diligente y, a la postre, a encontrarse con que, en el momento de pretender el cobro del crédito adquirido, el deudor ya hubiese pagado lo debido.

d) En cuanto al *riesgo de prueba*, el Derecho común, no ofrece tampoco ninguna solución satisfactoria en la medida en que, como señalan Gimeno-Bayón y Garrido Espa, la regla general es que los documentos privados no hacen prueba contra su autor si no son reconocidos, a lo que hay que añadir la exasperante lentitud de los procesos ordinarios.[30]

e) En cuanto al *riesgo de insolvencia del deudor*, a quien el cesionario puede no conocer puesto que él contrata con el cedente, la regla general del Derecho Civil es que el cedente no responde –"a menos que fuese anterior y pública" (art. 1529 Cc) o "a no mediar pacto expreso que así lo declare"(art. 348 CdC)–.

Las soluciones, pues, del Derecho común, no son las más idóneas para fomentar la circulación del crédito, porque apenas mitigan el riesgo para el adquirente.

En efecto,[31] conforme a las reglas del Derecho común, la oferta del titular de un crédito que quiere enajenarlo para, con el efectivo percibido, seguir operando, es la siguiente:[32]

a) el derecho que pretende vender quizás no exista y, si existe nada garantiza que su contenido se ajuste necesariamente a lo que él indica, ya que, por ejemplo, puede compensar con deudas preexistentes;

b) si el deudor es insolvente, el adquirente no podrá reintegrarse de lo pagado para adquirir el crédito, ya que el transmitente no responde la solvencia de aquel;

c) para que el deudor solo pueda quedar liberado pagando al cesionario y nada más que a él, el cedente debe comunicarle la cesión, ya que, de no hacerlo, corre el riesgo de que si el deudor pague al transmitente y, a efectos del deudor, acreedor aparente, el pago tenga efectos liberatorios, y, por tanto, extintivos del crédito cedido;

d) a estos inconvenientes hay que añadir una serie de factores procesales, entre los que cabe destacar

1) los documentos privados no hacen prueba contra su autor si no son reconocidos y

2) la exasperante lentitud de los procesos ordinarios.

Por ello, el deudor puede ignorar la cesión y oponer al cesionario todas las excepciones que pudiera tener contra el cedente, así como liberarse si, de buena fe, paga a este último antes de tener conocimiento de la cesión (art. 1527 Cc). Asimismo, si el cedente resulta no ser propietario del crédito, el cesionario no adquirirá nada, puesto que, con carácter general, no puede perfeccionar una adquisición *a non domino*.[33]

30. GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA. Ibidem.
31. GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA, L. en op. cit., p. 21.
32. GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA, L., ibidem.
33. DE DIOS MARTÍNEZ, L. M. *Títulos* – valor simples y documentos de legitimación. Madrid: Civitas, 2003. p. 145.

4. La protección del tráfico: la incorporación del derecho al documento

Obviamente, el sistema establecido por el Derecho común no es el más adecuado para la protección del tráfico jurídico-económico,[34] y, por lo tanto, para facilitar los intercambios.

4.1 Las necesidades de la circulación de créditos

En efecto, el fomento de la circulación del crédito –de los derechos de crédito– requiere limitar al máximo y con el menor coste posible los riesgos del adquirente –reducir al máximo las asimetrías informativas, con los menores costes posibles de información para el adquirente, al tiempo que de conservación de su derecho para el titular–, lo que requiere una solución técnico-jurídica que solucione eficientemente los problemas sustantivos enunciados y que, conforme a lo expuesto, debe conseguir:[35]

a) que exista algún elemento externo fácilmente identificable que cree la apariencia, *imputable al deudor*,[36] de que el crédito existe;

b) que, en *relación al adquirente*,[37] su derecho de crédito se corresponda exactamente con lo que indica la apariencia, con independencia de los problemas subyacentes a la creación de la misma;

c) que el transmitente responda de la solvencia del deudor;

d) que se establezca algún mecanismo que sustituya eficazmente la notificación al deudor de la transmisión del crédito.

Para conseguir estos objetivos, nada mejor que

1) incorporar el derecho de crédito a un documento que sea transmisible como una cosa mueble, que puede ser examinada por el adquirente en el momento de la entrega, técnica mediante la cual se superan los problemas referidos a la existencia, pertenencia[38] y contenido del derecho,

34. Sobre la cuestión de si un sistema que no protege el tràfico jurídico-económico no es ineficiente, sino que tales sistemas deben reservarse para los derechos que nacen con vocación circulatorio, la trataremos más adelante.
35. GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA, L. Op. cit., p. 22.
36. Requisito que añadimos nosotros conforme a la moderna teoría general de la apariencia. Ver, para la teoría de la apariencia aplicada al ámbito cambiario PAZARES, C. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Madrid: Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Jurídicos, 2005. p. 159 et seq. En el mismo sentido, ZURIMENDI ISLA, A. *Los fundamentos civiles del Derecho cambiario*. Granada: Comares, 2004. p. 80 et seq.
37. El requisito debe entenderse unicamente en relación con el adquirente, no en relación con la contraparte del contrato causal o subyacente o con la contraparte del *pactum cambii*, ya que no sería necesario para estimular el comercio y, por ello, no lo exige la teoría de la protección de la confianza mediante la protección de la apariencia jurídica.
38. Incluimos la pertenencia, no mencionada por Gimeno-Bayón y Garrido Espa. Ese es el sentido del art. 464 Cc, según la tesis germanista, del art. 85 CdC etc., como veremos posteriormente.

2) modificar la regla sobre responsabilidad en caso de insolvencia del deudor a fin de que en tal caso responda el cedente,

3) vincular el ejercicio del derecho a la posesión del documento, de tal forma que solo se reconozca apariencia de acreedor a quien esté en posesión del mismo, con lo que queda eliminada la necesidad de notificaciones y

4) en el ámbito procesal, establecer

a) que los documentos que reúnan ciertos requisitos inicialmente harán prueba contra su autor y

b) que los derechos a ellos incorporados se ejecutarán en un procedimiento rápido.

Evidentemente, con todas estas medidas se eliminan gran parte de los inconvenientes que hacen del crédito un activo patrimonial dificilmente transmisible. Y eso es exactamente lo que se consigue mediante la construcción del expediente técnico de la letra de cambio en particular –sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XVI en que se introduce la cláusula de endoso que dota al endosatario de una posición jurídica distinta al endosante, inmune a las excepciones ajenas a él[39]– y de los titulos valores –especialmente los denominados cualificados o de fe pública, cuyo paradigma es la letra de cambio– en general.

39. La aparición y evolución histórica de los diferentes documentos que fueron surgiendo para solventar los problemas del *cambio trayecticio* –contrato de cambio, pagaré cambiario, mandato de pago, cláusula de valor– y que finalmente desembocaron en la letra de cambio son muy significativas a este respecto. Como observa Eizaguirre, en todo este proceso, la introducción y difusión de la cláusula de endoso –en torno a la segunda mitad del siglo XVI– es considerado el acontecimiento más importante de la evolución histórica de la letra de cambio y reviste una consecuencia de orden económico de primera magnitud. En efecto, en virtud de la misma el endosante sella con su firma una garantía más de que la letra será pagada; en tanto que el endosatario ostenta una posición jurídica diversa del endosante, *inmune a las excepciones ajenas a él*. Hasta su aparición la letra o carta de cambio era unicamente el instrumento del contrato de cambio, que permitía obtener el pago en un lugar distinto del de libramiento. A partir de la consolidación del empleo del endoso será, además, un *instrumento de crédito*. Asimismo, desde que la letra se sustrae del ámbito del contrato de cambio, transformándose en documento circulante, el centro de gravedad jurídico se desplaza del contrato originario a la propia letra. En lo sucesivo, la comprensión del macanismo de la letra o sistema cambiario exigirá tomar como punto de referencia principal las relaciones *ex charta*, trayaendo a colación solo excepcionalmente los fundamentos contractuales de las obligaciones expresadas en la letra de cambio. El Derecho cambiario asume de esta suerte la peculiar fisonomía cartular con que le conocemos ahora. Puede verse todo ello por extenso en EIZAGUIRRE, J. M. *Derecho de los titulos valores*. Madrid: Civitas, 2003. p. 79 et seq.

La aparición y evolución histórica de los diferentes documentos que fueron surgiendo para solventar los problemas del *cambio trayecticio* –contrato de cambio, pagaré cambiario, mandato de pago, cláusula de valor– y que finalmente desembocaron en la letra de cambio son muy significativas a este respecto. Como observa Eizaguirre, en todo este proceso, la introducción y difusión de la cláusula de endoso –en torno a la segunda mitad del siglo XVI– es conside-

Así, puede afirmar con razón Ascarelli[40] que el problema de los títulos de crédito es, más que cualquier otro, un problema de técnica jurídica, que tiene su origen en el contraste entre las exigencias de la circulación y las reglas del derecho común.

4.2 La incorporación del derecho al documento

Por ello, y para hacer frente a los riesgos inherentes al mismo, es por lo que el Derecho cartular se vale de la incorporación del derecho al documento –*charta*–, lográndose así la aplicación de normas similares a las del Derecho de cosas o, mas precisamente, aproximando, así, la circulación de un derecho de crédito a la de un derecho real sobre bien mueble.

La incorporación constituye un expediente teórico al que la doctrina cartular ha recurrido reiteradamente para explicar el régimen jurídico de los título-valor cualificados.

La incorporación, siguiendo a Paz-Ares, implica que "la constitución, la transmisión y el ejercicio del derecho solo tienen lugar como consecuencia de la producción, de la tradición y de la presentación del título que lo documenta".[41]

Como resalta el propio autor, dicha concepción sirve para poner de relieve que la condición de acreedor –la titularidad del crédito– está conectada a una determinada posición jurídico-real respecto del documento en el sentido de que, de la propiedad de éste se deriva la titularidad de la pretensión frente al deudor, lo que equivale a decir que quien adquiere la propiedad del documento adquiere también la titularidad del crédito que el documento menciona o incorpora.[42]

rado el acontecimiento más importante de la evolución histórica de la letra de cambio y reviste una consecuencia de orden económico de primera magnitud. En efecto, en virtud de la misma el endosante sella con su firma una garantía más de que la letra será pagada; en tanto que el endosatario ostenta una posición jurídica diversa del endosante, *inmune a las excepciones ajenas a él*. Hasta su aparición la letra o carta de cambio era unicamente el instrumento del contrato de cambio, que permitía obtener el pago en un lugar distinto del de libramiento. A partir de la consolidación del empleo del endoso será, además, un *instrumento de crédito*. Asimismo, desde que la letra se sustrae del ámbito del contrato de cambio, transformándose en documento circulante, el centro de gravedad jurídico se desplaza del contrato originario a la propia letra. En lo sucesivo, la comprensión del macanismo de la letra o sistema cambiario exigirá tomar como punto de referencia principal las relaciones *ex charta*, trayendo a colación solo excepcionalmente los fundamentos contractuales de las obligaciones expresadas en la letra de cambio. El Derecho cambiario asume de esta suerte la peculiar fisonomía cartular con que le conocemos ahora. Puede verse todo ello por extenso en EIZAGUIRRE, J. M. *Derecho de los títulos valores*. Madrid: Civitas, 2003. p. 79 et seq.

40. ASCARELLI, T. Op. cit., p. 15.
41. PAZ-ARES, C. La desincorporación de los títulos valor. *Revista de Derecho Mercantil*, 219/10 (1996).
42. PAZ-ARES, C. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Madrid: Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p. 169. Esta

De este modo, como observa Broseta, la solución del Derecho mercantil a la exigencia de que los derechos se transmitan de forma rápida y segura se logra mediante la técnica de la incorporación, porque, mediante ella, los derechos circulan eludiendo las reglas de la cesión de créditos, sometiéndose, en su lugar, a las reglas de transmisión de los bienes muebles.

El tráfico de derechos de crédito se convierte así, en cierto sentido, en un tráfico de derechos de propiedad sobre bienes muebles –protegido por el principio de tutela a la posesión de buena fe–, cuyo régimen jurídico contiene grandes ventajas,[43] gracias a las cuales se dota de seguridad, facilidad y certeza a la transmisión de créditos.

4.2.1 Incorporación y ejercicio del derecho[44]

En primer lugar, la incorporación determina que el derecho no puede ser ejercitado sin la posesión del documento. Este cobra, así, una especial tras-

orientación, de origen alemán, es, como señala el autor, la mayoritaria. En nuestro derecho, como observa, los argumentos fundamentales a favor de esta tesis los encontramos, por un lado, en el art. 19 II de la LCCh, y, por otro, en los arts. 14.I y 17.I LCCh; el primero porque consagra un sistema de adquisición *a non domino* del crédito basado en la adquisición *a non domino* del título; los segundos porque, lógicamente interpretados, parecen indicar que la adquisición de la letra es un presupuesto, y no una consecuencia de la adquisición del crédito. Obviamente, la expresión "incorporación" tiene un valor instrumental, como señalan los diversos autores, por lo que no se le puede otorgar un valor absoluto. Entre las limitaciones más importantes señala PAZ-ARES, C.: 1.–La existencia del derecho de crédito no depende necesariamente de la existencia del título (art. 87 II LCCh). 2.–La adquisición de la propiedad de la letra no trae consigo la adquisición del crédito incorporado cuando tal adquisición se produce en virtud de modos previstos en el derecho común, extraños al fenómeno de la circulación (ocupación, hallazgo, etc); 3.–¿se puede ceder el derecho sin entregar el título?. Según Paz-Ares, es factible la transmisión meramente consensual del crédito cuando la transmisión se encauce a través de la cesión ordinaria del derecho común. 4.–El c rédito se extingue por pago y no por la recuperación material del título. Sucede, sin embargo, que para evitar la discordancia entre legitimación y titularidad, la ley atribuye al pago un efecto adquisitivo de la titularidad del documento, de modo que el pagador –como el cesionario– puede reivindicar el título de quien lo posea, a no ser que lo haya adquirido *a non domino*, conforme al art. 19.II LCCh. Ibidem, p. 170 et seq.

43. BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, p. 388. Entre otras: la posesión de buena fe equivale al título; el adquirente poseedor de buena fe obtiene la propiedad del documento, incluso aunque hubiera adquirido de unj tercero que, a su vez, hubiera adquirido ilegítimamente el título (art. 464 Cc); la propiedad del documento confiere la titularidad del derecho incorporado; la simple posesión del documento legitima al poseedor para exigir del deudor el cumplimiento del derecho incorporado.Broseta, *Ibid.* Naturalmente con todas las excepciones expuestas en la nota anterior, entre otras.
44. Seguimos en este punto a DE DIOS MARTÍNEZ, L. M. *Títulos* – valor simples y documentos de legitimación. Madrid: Civitas, 2003, p. 147.

cendencia para que el acreedor y el deudor puedan, respectivamente, exigir y cumplir eficazmente la prestación, lo que permite conjurar el riesgo de liberación, lo cual se debe a que el documento viene a sustituir a la notificación de la cesión a que se refiere el art. 1527 Cc.

Es más, la denominada cláusula de presentación necesaria, despliega sus efectos, no solo en relación con el acreedor, sino también en relación con el deudor. En efecto, en relación con el acreedor no puede hacer valer su derecho sin presentar el documento al deudor, aunque aporte pruebas de su derecho; pero, a su vez, le confiere la tranquilidad de que, en tanto esté en posesión del documento, el deudor no podrá cumplir con efectos liberatorios a favor de ningún tercero.

En relación al deudor, la cláusula le facilita el examen de la legitimación, al poder limitarla a quien le presente el documento, con exclusión de cualquier otra persona, aunque ésta alegue, e, incluso, pruebe su extravío, sustracción o destrucción.[45]

Pero, adicionalmente, la incorporación en sede de ejercicio determina que del documento se desprenda una apariencia de titularidad de la que deriva una eficacia legitimadora, cuya intensidad y características variará según el documento de que se trate y de la función que desempeñe en el tráfico. Se trata, en todo caso, de una presunción *iuris tantum*. Ello, a su vez, minimiza el riesgo de prueba.

En todo caso, la legitimación, como afirma De Dios Martínez,[46] no implica *necesariamente* una titularidad material sobre el derecho, sino unicamente una apariencia de titularidad, cuya finalidad es la de simplificar la prueba del mismo, su ejercicio, y, eventualmente, su circulación: el documento se concentra, de este modo, en el desenvolvimiento de la relación cartular, pero, en modo alguno equivale, *necesariamente* a la propiedad sobre el derecho cartularizado. Como veremos, dicha equivalencia funcional se establece y se protege porque habitualmente coinciden apariencia y titularidad material, y, cuando excepcionalmente no coinciden, por la necesaria protección de la confianza del adquirente fundada en la apariencia.

4.2.2 Incorporación y circulación del derecho[47]

En segundo lugar, la incorporación determina que la circulación del documento conlleva, a su vez, la del derecho. Dependiendo del documento objeto de consideración esa circulación cartular puede conllevar, además, una especial protección de la posición de su adquirente, tanto en la esfera jurídico-obligacional, como en la jurídico-real, a las que nos referiremos posteriormente. Estas tutelas, por su parte, permiten neutralizar, respectivamente, los riesgos de consistencia y pertenencia.

45. DE DIOS MARTÍNEZ, L. M. Op. cit., p. 147-176. Naturalmente, hay que tener en cuenta las excepciones o limitaciones señaladas por Paz-Ares al principio de incorporación y que hemos expuesto en nota anterior.
46. DE DIOS MARTINEZ, L. M. Op. cit., p. 174. En el mismo sentido, PAZ-ARES, C. *Naturaleza...*, p. 169.
47. DE DIOS MARTÍNEZ, L. M. Op cit., p. 147.

4.2.3 Incorporación y constitución del derecho

Finalmente, en cuanto a la constitución, la incorporación puede determinar que el nacimiento del derecho no se produzca sin la creación del documento, lo que, a su vez, permite hacer frente al riesgo de inexistencia.

Por lo que a la constitución del derecho se refiere, es ésta una materia que ha sido objeto de una destacable controversia doctrinal, referida, en síntesis, a si la obligación cartular es autónoma y, por tanto, distinta de la relación subyacente, o si, por el contrario se trata siempre de una misma obligación. De entre las orientaciones teóricas que se han ocupado del tema –causalista, mixta y cartular– es la cartular –esto es, la que atiende a la existencia de una obligación nueva y distinta– la que mayor aceptación parece tener.[48]

La incorporación permite, pues, superar la mayoría de los riesgos anteriormente aludidos. Queda excluido el riesgo de insolvencia, pues éste no se ve conjurado por la incorporación del derecho en el documento, sino por la especial regulación de determinados tipos de títulos-valor que, como los cambiarios, permiten al acreedor ejercitar la acción de regreso contra tenedores anteriores (art. 50 Lcch).

4.2.4 La incorporación como técnica de intensidad graduable

Sin embargo, debe advertirse que ésta no se presenta siempre con todas las facetas a que se acaba de hacer referencia. Por el contrario, la incorporación es, como observa De Dios Martínez,[49] un fenómeno *escalable*, es decir, de *intensidad graduable*, en función de las necesidades de protección del tráfico a satisfacer y, en tal sentido, de la función propia de cada documento.[50]

De este modo, en la medida en que los títulos-valor cualificados tienden a proteger tanto la circulación como el ejercicio del derecho documentado, alcanzan el más alto grado de incorporación. Dicha incorporación es característica de los denominados títulos-valor constitutivos.

Sin embargo, debe reconocerse que también en los títulos-valor declarativos concurre, en cierto modo, una incorporación en sede de constitución, por cuanto, como afirma Paz-Ares "la producción del documento surte...ciertos

48. PAZ-ARES, C. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Madrid: Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2005. p. 50.
49. DE DIOS MARTÍNEZ. Op. cit., p. 148.
50. Esta misma idea es la que vienen a expresar algunos autores partidarios de la concepción amplia de título-valor. Así. EIZAGUIRRE, J. M. Distingue entre *títulos de literalidad completa y de literalidad incompleta*, según que la descripción del derecho contenida en el documento sea o no suficiente para delimitarlo en relación a los adquirentes mediante actos de tráfico. En el primer caso se situaría, v.gr.: la letra de cambio, en el segundo las acciones de una sociedad anónima, ya que para conocer con exactitud la extensión del derecho que incorporan, es necesario consultar los correspondientes estatutos sociales. La opción por el concepto amplio de titulo-valor, *Revista de Derecho Bancario y Bursatil* 57/9-54, 1995. Esta idea es, como veremos después, sumamente importante para la caracterización de la inscripción como título-valor, y para el enfoque adecuado de las excepciones a la fe pública registral contenidas en la legislación vigente.

efectos sustantivos, al menos en el sentido de que modifica el régimen jurídico de los derechos mencionados".[51]

En los títulos-valor cualificados la incorporación es sumamente intensa. Como es sabido, en éstos, el derecho se transmite junto con el título y se aúnan la protección y la circulación junto con la del ejercicio.

5. Propiedades normativas de los titulos valores cualificados o de fe pública

Circunscribimos nuestro estudio a la eficacia legitimadora de los titulos valores cualificados en relación con el tenedor y con el tercer adquirente, dejando de lado a la figura del deudor por no ser relevante a los efectos del presente trabajo.[52]

5.1 Legitimación

5.1.1 En relación al tenedor

Cabe definir la legitimación aquí examinada, con Eizaguirre, como la "presunción, salvo prueba en contrario, atribuida por el ordenamiento jurídico a la *tenencia* del título, conforme a su ley de circulación, de que la misma se corresponde con la titularidad real del derecho plasmado en el documento. La apariencia de titularidad se equipara, por tanto, en los titulos circulantes con la titularidad real, salvo prueba en contrario".[53]

Ello obedece a la apariencia de titularidad material con la que el documento inviste al tenedor. Sobre la base de esa apariencia, el legitimado con arreglo a la ley de circulación del documento[54] goza de la presunción de ser el titular real y

51. Véase PAZ-ARES, C. La desincorporación del título – valor. *RDM* 219/13 et seq., 1996.
52. No obstante, hay que dejar constancia de que la fuerte presunción de titularidad reconocida al tenedor de los titulos valores cualificados – de la que deriva el carácter necesario y suficiente de estos títulos para el ejercicio del derecho documentado– repercute favorablemente en el deudor, normalmente emisor y suscriptor del documento en la medida en que simplifica considerablemente la labor de identificar al titular real del derecho, presupuesto de su liberación (art. 1162 Cc). A diferencia de lo que sucede en los titulos directos, el deudor puede confiar a este fin exclusivamente en el tenor literal del papel, salvo el complemento inexcusable del documento de identidad en los títulos a la orden. Por tanto, conforme a la norma del art. 1164 Cc, la eficacia liberatoria a favor del deudor inherente a los titulos valores cualificados estriba, en que la diligencia desplegada por el mismo al examinar la legitimación del tenedor responda a los patrones de la buena fe (entendida como falta de dolo o culpa grave)
53. EIZAGUIRRE, J. M. *Derecho de los títulos valores*. Madrid: Civitas, 2003. p. 40.
54. Por tanto, en virtud de la mera posesión, en el caso de los títulos al portador, o bien, mediante la posesión más la designación al final de una cadena interrumpida de endosos, en el caso de los títulos a la orden. Véase, DE DIOS MARTÍNEZ, L. M. *Títulos* – valor simples y documentos d.e legitimación. Madrid: Civitas, 2003. nota 347, p. 186.

efectivo del derecho incorporado, quedando, así, eximido de tener que aportar cualesquiera otros medios probatorios.[55]

Por ello, como afirma Eizaguirre, llegado el momento de hacer valer su pretensión, el tenedor queda dispensado del deber de acreditar su derecho con la amplitud que se desprende de la norma general sobre carga de la prueba del art. 217 II LEC, sin tener que recurrir a la serie de medios de prueba previstos en el art. 299 LEC, para lo que el título-valor cualificado –a diferencia del título-valor simple– sirve de instrumento único y suficiente.[56]

De ello se desprende, como afirmaba Garrigues, que la posesión del título es equivalente a la posibilidad de ejercicio del derecho, por lo que el mismo será posible por quien no sea titular del derecho, con tal que sea poseedor del título.[57] En efecto, como señalaba el ilustre maestro, "así como la posesión engendra apariencia de propiedad en las cosas, en los títulos-valores la posesión, sola o unida a ciertas cláusulas legitimadoras,[58] engendra una apariencia de titularidad legítima a favor del poseedor del documento y esta apariencia es suficiente para el comercio jurídico".[59]

De hecho la posesión regular del título-valor cualificado produce tales efectos en favor del tenedor que para enervarlos –en caso de robo o extravío del título al portador– es necesario un complejo procedimiento edictal de amortización regulado en los arts. 548 ss del CdC y en los arts. 84 ss. de la LCCh.[60]

5.1.2 En relacion al adquirente del título[61]

La eficacia legitimadora de los títulos-valor cualificados se extiende también a su adquirente de buena fe. En primer lugar, la adquisición regular del docu-

55. DE DIOS MARTINEZ, L. M. Op. cit., Madrid: Civitas, 2003. p. 186. Como afirma este autor, siguiendo a la generalidad de la doctrina, en el ámbito de los títulos-valores cualificados, el título de configura como un instrumento necesario, pero también, suficiente para el ejercicio del derecho, por cuanto, por sí solo, permite a su tenedor cualificado exigir del deudor la realización de la prestación cartularizada. Por ello, conforme afirma. De hecho, la intensidad de esa apariencia es de tal índole que se extiende incluso al tenedor que no es propietario ni del documento ni del derecho, tal y como ocurre, en nuestro Derecho, en los supuestos de endose limitado, contemplados en los arts. 21 y 22 de la Ley Cambiaria y del Cheque (LCCH).
56. EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 41. Afirma asimismo este autor que "respecto de los títulos al portador, falta una base normativa clara en nuestro ordenamiento, dada la muy deficiente e incompleta regulación de esta clase de documentos por el CdC. La legitimación del portador hay que inferirla del artículo 545 f. 1.ª CdC".
57. GARRIGUES, J. *Curso de Derecho Mercantil*. 7. ed. Madrid, 1976. t. I, p. 724.
58. Como señala ASCARELLI, T. "la distinta forma de circulación del documento –al portador, a la orden, nominativo– determina una forma distinta de legitimación", ASCARELLI, T. *Teoría General de los títulos de crédito*. México: Ed. Jus, 1947. p. 216.
59. GARRIGUES. Op. cit.
60. BROSETA, M. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 2003. t. II, p. 391.
61. En este apartado transcribo en su práctica integridad lo expuesto por DIOS MARTINEZ, L. M., en op. cit., bajo el epígrafe Legitimación a favor del adquirente del título, p. 187-188, con algunas matizaciones.

mento le permite adquirir la apariencia de acreedor y, por tanto, beneficiarse de las ventajas que, en sede de ejercicio, acaban de ser expuestas.

Pero, más allá de esa fase, la legitimación cartular se manifiesta también con ocasión de la circulación del derecho incorporado. La apariencia de titularidad que va asociada a la posesión del documento y la correlativa legitimación que de la misma se desprende, permite al adquirente de buena fe confiar en que el tenedor es, efectivamente, el titular material del derecho y, por tanto, quien tiene facultades de disposición.

De este modo, la presunción que deriva del documento exime al adquirente de tener que realizar comprobaciones extracartulares sobre la titularidad del derecho. Es más, esa presunción es de tal naturaleza que incluso le permite consolidar una adquisición *a non domino* (ex. arts. 19.2LCCh 545 CdC).

Efectivamente, adquiriendo el título de quien se halla legitimado conforme a su ley de circulación, es posible adquirir también el derecho incorporado, incluso aunque el transmitente no sea, en realidad, su titular material.

Este último aspecto de la eficacia legitimadora de los títulos-valor cualificados se concreta en la tutela jurídico-real del adquirente de buena fe, a la que nos referiremos posteriormente con mas detalle.

En suma, la eficacia legitimadora no solo simplifica al adquirente de buena fe la carga de acreditar su condición de acreedor en el momento del ejercicio del derecho documentado, sino que, además, le facilita la apreciación de la facultad de disposición del transmitente, protegiéndole, en sede de circulación, frente a una eventual falta de titularidad material del derecho por parte de este último.[62]

5.2 Literalidad y abstracción: la protección jurídico-obligacional del cesionario mediante la exclusión de excepciones

La literalidad es la característica de los titulos valores perfectos (denominados también completos, abstractos o de fe pública), o sea aquellos en los que se verifica por completo la incorporación del derecho al título.[63]

Viene a significar que la naturaleza, el ámbito y el contenido del derecho incorporado se delimitan exclusivamente por el tenor literal del documento. En su sentido absoluto, significa que las relaciones entre el deudor y el tenedor que ha adquirido documento conforme a su ley de circulación se han de regular por lo que expresa el título mismo, cualquiera que fuese el contenido y el régimen

62. DIOS MARTÍNEZ, L. M. Op. cit., p. 188. Señala también que todo ello es, en definitiva, una consecuencia necesaria de la apariencia que genera el título: la protección de la buena fe de quien confía en la titularidad que resulta del documento. En su virtud el tenor del documento adquiere frente al tercero una presunción de veracidad de su contenido. A su vez, esto supone que el conflicto entre el titular del derecho documentado y el titular del documento se resuelve a favor de este último. Desarrollaremos mas ampliamente esa cuestión al referirnos a la "literalidad", otra de las características definitorias de los titulos-valores cualificados.
63. GARRIGUES, J. Op. cit., p. 728.

del derecho incorporado según el negocio que lo hizo nacer, por lo que puede afirmarse que "lo que no está en el título no está en el mundo".[64]

La justificación de esta característica, como afirma De Dios Martinez L. M,[65] es contribuir a la agilización de la circulación de los derechos incorporados, mediante su protección, lo que constituye la función propia de los titulos valores cualificados.

La literalidad supone una importante derogación del Derecho común de obligaciones en materia de excepciones y su sustitución por un sistema que, mediante la limitación de los medios de defensa del deudor, fortalece notablemente la posición del adquirente del titulo –arts. 20 y 67 LCCh y 56.2 LSA–.

Así, frente a la regla prevalente en el Derecho común de obligaciones, según la cual el deudor puede oponer al nuevo acreedor cuantas excepciones respecto al acreedor precedente se hallan fundadas al tiempo de la cesión –principio de *oponibilidad ilimitada*–, la disciplina específica de los títulos valores cualificados se rige por el principio inverso de *oponibilidad limitada*, en cuya virtud el adquirente queda protegido frente a las excepciones fundadas en relaciones personales entre el deudor y el acreedor originario o, en su caso, otros adquirentes, así como frente a excepciones que no tengan su reflejo en el título (abstracción personal).

El adquirente queda así protegido frente a hechos o circunstancias que pudieran afectar al derecho incorporado y que le eran desconocidas en el momento de la adquisición. Con ello se le confiere inmunidad frente a buen número de excepciones a las que, en otro caso, quedaría expuesto.

Por tal razón, la propiedad normativa que desde el punto de vista del ejercicio del derecho caracteriza el régimen especial de los títulos valores cualificados puede ser enunciada, desde el punto de vista del acreedor beneficiario, como la *exclusión de excepciones*[66] aunque la misma no sea total.

Como señala Eizaguirre J. M.[67] en el ámbito de aquellos titulos valores que incorporan el derecho del tenedor al cobro de una suma de dinero –titulos cambiarios–, se puede distinguir entre *relaciones cartulares*, nacidas en virtud del negocio de entrega del título y *relaciones extracartulares* ajenas a la emisión del papel.

En el ámbito de las relaciones cartulares, la exclusión de excepciones se llega a explicar conforme al principio de apariencia jurídica, en cuya virtud solo los hechos capaces de destruir la apariencia creada por el titulo valor resultan oponibles al tercero de buena fe.

64. BROSETA, M. Op. cit., p. 392. Como afirma GARRIGUES, J. – op. cit., p. 729, "También se designan estos títulos con con el nombre de *títulos de fe pública*. Con esta expresión se caracterizan aquellos títulos cuya expresión literal es la que sirve de norma a favor del adquirente de buena fe. Quien de buena fe adquiere el título sobre su expresión literal adquiere el derecho documentado precisamente como aparece en el título. La fe en la escritura opera aquí milagros: se adquiere del derecho derivado del título, aunque jamás hubiese correspondido al transmitente o aun cuando se hubiese extinguido en él. Esto es muy importante desde el punto de vista de las excepciones oponibles por el deudor al adquirente de buena fe".
65. DIOS MARTÍNEZ, L. M. Op. cit., p. 205 y EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 44.
66. EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 44.
67. EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 44.

En el ámbito de las relaciones extracartulares, por el contrario, la exclusión de excepciones se justificaría, según el citado autor, en virtud de la relatividad o incomunicación de los contratos (art. 1257 I Cc), conforme a los límites establecidos en los arts. 7.° 1.° Cc y 20 LCCh. Parece, sin embargo, que ofrece un fundamento más sólido para explicar esta situación el art. 1170 Cc, en sus reglas segunda y tercera.[68]

Ahora bien, para que tal protección se produzca, es preciso que el título haya circulado efectivamente por medios cartulares y el tenedor lo haya adquirido a título oneroso y de buena fe.[69]

5.3 *La autonomía del derecho incorporado: la protección jurídico-real del cesionario*

Como observa Broseta, la autonomía del derecho incorporado es un complemento y, a la vez, consecuencia del principio de literalidad, a cuyo través se tutela al adquirente en el orden jurídico-real, frente al riesgo de que el transmitente no fuera titular o careciera de poder de disposición, posibilitando, en consecuencia, una adquisición *a non domino*.[70]

Como sabemos, literalidad significa que la posición jurídica del segundo y terceros adquirentes viene delimitada por el *tenor literal* del título y no por las relaciones personales que ligaban al tercer poseedor con el deudor, lo que fundamenta la *autonomía del derecho incorporado*, en cuya virtud cada poseedor adquiere *ex novo*, como si lo fuera originariamente –y no a titulo derivativo–, el derecho incorporado al título, sin subrogarse en la posición personal de su transmitente.[71]

68. En este sentido PAZ-ARES, C. en *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, t. II, 1992, p. 222. En el comentario al art. 1170, dice PAZ-ARES, C.: "En su *función reguladora*, el artículo disciplina lo que en la dogmática cambiaria y de los títulos-valor acostumbra a denominarse *acción causal*, es decir, la acción o pretensión derivada de la obligación causal que coexiste con la obligación cambiaria. En particular el art. 1170 II y III contempla los límites que la existencia que un título cambiario impone al ejercicio de las acciones dimanantes del negocio causal, en cuya virtud se emitió o suscribió. Por medio de estos límites –que, en definitiva, se traducen en excepciones cambiariasm frente a las acciones o pretensiones causales– el ordenamiento trata de coordinar la existencia y funcionamienro independientes de la obligación cambiarua (obligación *ex titulo)* y de la obligación subyacente (obligación *ex causa*). Cuatro son en concreto tales límites o excepciones: la excepción de entrega del título, el derecho a retener la prestación y a rescatar el título, la excepción de realización del título y la excepción de perjuicio del título".
69. DE DIOS MARTÍNEZ, L. M. Op cit., p. 206 et seq.
70. BROSETA PONT, M. Op. cit., p. 393.
71. Por lo que se refiere a esta propiedad normativa y al alcance de los términos "literalidad" y "autonomía", perfectamente distinguidos por la doctrina italiana, puede consultarse la amplia bibliografía citada por DIOS MARTÍNEZ, L. M. en op. cit., p. 145, con una especial reflexión sobre (1) la distinción entre la *literalidad completa –o perfecta o directa– y literalidad incompleta –o imperfecta*

Esta posición, de origen creacionista, sin embargo, no es compartida por los defensores de la teoría de la apariencia jurídica como fundamento de la obligación cambiaria puesto que si el derecho se incorpora al titulo, no puede sostenerse seriamente que mientras el titulo se adquiere derivativamente –es decir, del tradens–, el derecho se adquiere originariamente – es decir, del primer deudor–.

Alegan que tal afirmación es contraria, en primer lugar, a las previsiones de las partes, para las cuales el objeto de la transacción es la transmisión del crédito –de hecho, el contenido de la declaración de voluntad del endoso y de la cesión ordinaria es exactamente el mismo– y, en segundo lugar, al art. 17.1 LCCh, según el cual "el endoso transmite todos los derechos resultantes de la letra de cambio".

Por estas razones, concluyen estos autores, debe concluirse que la adquisición del derecho cambiario es derivativa y que, en consecuencia, no existen muchos derechos cambiarios en un solo titulo, sino un solo derecho, que es objeto de transmisión con el propio título como consecuencia de la incorporación (arts. 14, 17, 19, 120, 123 y 125 LCCh).[72]

Esta característica también sirve para fundamentar, obviamente, la tutela jurídico-obligacional del adquirente.

La agilidad y seguridad del tráfico quedarían seriamente restringidas si el tercero no pudiera confiar en la eficacia del acto de transmisión, obligándole a realizar indagaciones más allá de lo que consta en el propio título o, de otro modo, exponiéndole al ejercicio de una acción reivindicatoria por parte del verdadero titular. La tutela jurídico-real se suma, así, a la jurídico-obligacional cerrando el círculo de la protección del adquirente.[73]

Ello significa que la disciplina especial de los títulos valores cualificados contiene una derogación del Derecho común de cosas en materia de reivindicación.[74]

Así, frente a la regla prevalente en Derecho común, según la cual el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado ilegalmente de ella, podrá reivindicarla d quien la posea –principio de la *reivindicabilidad ilimitada*, consagrado, en principio, por el art. 464 I frase 2ª Cc), la disciplina específica de

o indirecta o por remisión– para diferenciar aquellos títulos cuya literalidad es suficiente para delimitar el alcance del derecho incorporado de aquellos otros en los que no se da tal circunstancia y sobre (2) como una parte de nuestra doctrina ha hecho especial hincapié en explicar esta propiedad normativa a partir de las categorías de la teoría de la apariencia jurídica y de la abstracción.

72. Posteriormente nos referiremos a la teoría de la apariencia, especialmente desarrollada entre nosotros como fundamento de la obligación cambiaria por PAZ-ARES, C. Especialmente en *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Madrid: Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 2005. p. 157 et seq. Vease también ZURIMENDI ISLA, A. *Los fundamentos civiles de la obligación cambiaria*. Granada: Comares, 2004. p. 80 et seq.
73. En este sentido DIOS MARTÍNEZ, L. M. en op. cit., p. 231.
74. Seguimos en este punto a EIZAGUIRRE, J. M. en op. cit., p. 47 et seq.

los titulos-valores cualificados se rige por el principio inverso de *irreivindicabilidad* a favor del tercer adquirente de buena fe –arts. 545 frase 2ª CdC y 19 II LCCh).[75]

Aparte de otras cuestiones no menores, se plantea la de determinar quién es el adquirente que queda protegido por este principio de *irreivindicabilidad*.

Como explica Eizaguirre J. M.,[76] el adquirente beneficiario de la protección que estamos considerando debe ser, por regla general, un tercero; ajeno, por tanto, a la relación o tracto entre el titular y el transmitente, en el que se consuma la privación o del que deriva la desposesión voluntaria por el titular, que luego utiliza el transmitente en beneficio propio al contratar con el tercero.

Conforme a este supuesto de hecho, la protección cartular se circunscribe, *stricto sensu*, al tercero, al igual que la registral. Los terceros –los subadquirentes– serían, por tanto, los únicos beneficiarios de la apariencia generada por el Registro de la Propiedad (art. 34), el endoso (art. 19 II LCCh), la posesión de los títulos al portador (art. 545 I, frase 2ª del CdC) o los asientos del registro de anotaciones en cuenta (art. 9 LMV).

Sin embargo, acudiendo al principio de rango superior de la *apariencia jurídica*, que informa la institución de la adquisición *a non domino* en su conjunto, es preciso integrar la figura de la relación de representación. Así sucede en el Derecho Inmobiliario, como muestra la STS de 26 de mayo de 1994 que confirmó la válida adquisición de una vivienda por quien contrató con el *falsus procurator* del dueño de aquella y, por tanto, carecía de la condición de subadquirente; no obstante lo cual, el TS desestimó la reivindicación del dueño víctima de la privación. Solo así pueden explicarse cabalmente, además, cuestiones como la de la desposesión voluntaria del *dominus*, cuyo alcance resultaría de otro modo incomprensible.

5.4 A modo de conclusión

Este conjunto de propiedades normativas permite que la letra se sustraiga del ámbito del contrato de cambio, transformándose en *documento circulante* y hacen que el centro de gravedad jurídica se desplace desde el contrato originario a la propia letra.

Estas propiedades normativas hacen que las relaciones *ex charta* se conviertan en la referencia principal y que las relaciones derivadas del contrato originario unicamente operen entre las mismas partes originarias, sobreponiéndose, incluso, a las cartulares en caso de coincidencia (es decir, entre librador y tomador).

75. Como señala el propio Eizaguirre, en op. cit., p. 21 hay una fuerte discusión doctrinal en torno a la adecuada interpretación del art. 464 del Cc. Y no cabe icultar el avance de la llamada "tesis germanista" en la jurisprudencia reciente, partidaria de deducir del citado precepto, por el contrario, un apoyo de la irreivindicabilidad a favor del tercer adquirente de buena fe. Y cita en tal sentido STS 15 febrero 1990 y STS 25 febrero 1992. Vease en todo caso una completa exposición de la cuestión a cargo de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, 1991, t. I.
76. EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 49 et seq., cuya exposición seguimos en este punto.

Mediante estas propiedades normativas, se consigue una *simetría informativa fincional* entre endosante y endosatario, lo que fundamenta la confianza, dota de seguridad al derecho, facilita y agiliza la contratación y permite la conversión de la letra en instrumento de crédito.

Mediante estas propiedades, por último, el Derecho cambiario solventa los problemas a los que no daba una respuesta adecuada el régimen de la cesión de créditos propio del Derecho Común

El Derecho cambiario asume, de esta suerte, su peculiar fisonomía cartular.[77]

6. LOS RIESGOS EN LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA

6.1 Consideraciones previas

Como todo tráfico jurídico-económico, también el inmobiliario comporta ciertos riesgos. Y, al igual que sucedía en materia de cesión de créditos, tampoco los principios del Derecho común eran los más adecuados para facilitar la circulación de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles; tampoco para habilitarlos como activos económicos –es decir, como garantía crediticia–; pero no porque el Derecho común protegiese excesivamente al propietario frente al adquirente o acreedor –como se ha afirmado–, sino precisamente porque se trataba de un sistema rudimentario que no protegía suficientemente, como veremos, ni al propietario vigente, ni al adquirente –nuevo propietario– ni al acreedor hipotecario –potencial propietario– ni, por tanto, al deudor –figura habitualmente coincidente con la del propietario de turno–, el cual, como consecuencia de la insuficiente protección del derecho, se veía obligado a soportar unos intereses que compensasen tal incertidumbre –*prima de riesgo*– al acreedor.

Los riesgos de la transmisión inmobiliaria no son, sin embargo, exactamente los mismos que afectan a la cesión de créditos, debido a la diferente naturaleza de los respectivos derechos.

Así, mientras la *invisibilidad* propia de los derechos de crédito propicia un especial *riesgo de inexistencia*, por el contrario, la *especial visibilidad e inamovilidad* de los inmuebles hacen que tal riesgo disminuya grandemente en el tráfico de los mismos.

Del mismo modo, mientras en el trafico de los derechos de crédito –por definición *iura in personam*–, apenas se plantean problemas relacionados con terceros, sin embargo en el tráfico de derechos sobre bienes inmuebles –por definición *iura in rem*–, algunos de los principales problemas se plantean como consecuencia de la posible existencias de derechos confluyentes o contradictorios sobre el propio inmuebles objeto de tráfico.

Hechas estas precisiones, podemos identificar los siguientes, como los principales riesgos de la transmisión inmobiliaria, bajo los postulados del Derecho común:

77. Véase EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 84.

6.2 Los riesgos

6.2.1 Dificultad de movilización

Gran parte de la propiedad estaba vinculada y en poder de las denominadas "manos muertas". Instituciones como el mayorazgo sustraían al mercado las tierras sobre las que recaían. Todo el proceso de abolición de los señoríos jurisdiccionales y de desamortización, suponen el desarme jurídico de la propiedad feudal y su conversión en propiedad libre apta para el mercado.[78]

Este problema se solventa mediante el largo proceso de desamortización que, en un sentido amplio, se extiende desde 1795 a 1851, lo que no permite deducir que exista una relación de causalidad entre el proceso desamortizador y la génesis del sistema registral español. Nos inclinamos por creer que la verdadera relación se da con la necesidad de potenciar el crédito territorial, desde postulados esencialmente fisiocráticos, lo que exige una propiedad segura y fácilmente transmisible.[79]

78. Véase DE VICENTE ALGUERÓ, F. J., el capítulo correspondiente a *Agricultura y ganadería* en GONZÁLEZ ENCISO, A.; DE VICENTE ALGUERÓ, F. J.; FLORISTÁN IMÍZCOZ, A. y TORRES SÁNCHEZ, R. *Historia económica de la España moderna*. Madrid: Actas, 1992. p. 73 et seq. Una parte importante de la tierra es de las *manos muertas*, es decir, está vinculada a una determinada familia o institución, generalmente eclesiástica. Estas tierras vinculadas son privadas en cuanto a su titular, pero carecen de una característica fundamental del moderno concepto de propiedad privada: no pueden ser enajenadas total ni parcialmente, ni ser embargadas por deudas. La expansión del mayorazgo –convertido en institución del derecho civil castellano por las leyes de Toro (1505)– es uno de los fenómenos más notables de la época moderna.

Además, sobre determinadas tierras –*señoríos*– puede haber dos derechos claramente diferenciados y con titulares distintos: el *dominio eminente* –cuyo titular es generalmente un *señor* laico o eclesiástico con poder jurisdiccional– y el *dominio útil*, cuyo titular suele ser un campesino. Estas formas de dominio dividido adoptan diferentes formas en las diferentes regiones, tales como *foros* en Galicia, Asturias o León o *enfiteusis* en Cataluña y, en menor medida, en Valencia. En relación a la enfiteusis catalana, resulta fundamental la Sentencia Arbitral de Guadalupe –1486– que abolió la servidumbre personal de los payeses de *remença*, otorgándoles el dominio útil perpetuo de sus tierras a cambio de indemnizar a sus señores, los cuales, además, seguirán percibiendo rentas de origen feudal –v.gr.: el laudemio o *lluisme*–.

Por otro lado, las clases ricas urbanas –caballeros, comerciantes, profesiones liberales, rentistas en general– adquirían tierras, sobre todo en las proximidades de las ciudades, para explotarlas predominantemente mediante su cesión en arrendamiento. Los campesinos ricos también adquirían tierras. Estas propiedades podían encontrarse tanto en tierras de realengo –bajo la jurisdicción directa de la Corona– como en tierras señoriales –bajo la jurisdicción directa de un Señor–.

79. En este sentido, GALLEGO DEL CAMPO, G. Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX. *RCDI* 574/637-652, mayo-junio 1986, así como, del mismo autor, *Concepción funcional y presupuestos ideológicos del Registro de la Propiedad español*, en Historia de la propiedad en España, siglos XV-XX, Madrid: Ed. Centro de Estudios Registrales, 1999. p. 577 et seq. En su opinión el estable-

6.2.2 Riesgo de pertenencia

El sistema vigente no servía para asegurar al adquirente que estaba adquiriendo del *verus dominus*; en efecto, sin un sistema minimamente efectivo de

cimiento de los registros de la propiedad en España no dependió causalmente de la decisión política desamortizadora, ni fue concebido tampoco como específico instrumento de defensa de los adquirentes de bienes desamortizados (p. 580). En el mismo sentido, PARDO NÚÑEZ, C. R. Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español. *RCDI* 614/112. Sostiene este autor que el proceso desamortizador no bastaba para atraer los capitales que la agricultura necesitaba, por lo que se precisaba algo más, lo que denomina el autor "una segunda desamortización, ahora de naturaleza estrictamente civil".

Coincidimos plenamente con estas opiniones. En efecto La exposición de motivos del proyecto de ley para la reforma de la legislación hipotecaria de 11 de Febrero de 1858, es de una claridad meridiana: "Cuando la propiedad no puede transmitirse facil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en préstamos con hipoteca (...) La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas". Asimismo, la "Exposición de 6 de Junio de 1860, de los motivos y fundamentos del proyecto de ley hipotecaria": "...Nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación (...) la reforma es urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos sobre la cosa, para poner límites a la mala fe, y para libertar al propietario dl yugo de usureros despiadados". Pone de manifiesto B. Oliver que en aquella época (1855) el Gobierno dedicó todos sus esfuerzos "al estudio de los medios más conducentes y rápidos para atraer los capitales con que debían fomentarse las tres principales fuentes de la riqueza pública; la agricultura, el comercio y la industria. Y juzgando que los primeros y más fuertes obstáculos que se oponían (...) nacían de la legislación mercantil, en lo que toca al crédito comercial e industrial, y de la legislación civil en lo que toca al crédito territorial y agrícola, acordó acometer simultáneamente la reforma de ambas legislaciones y llevarla a cabo en el más *breve* plazo posible".

Esta reforma simultanea de la legislación mercantil e hipotecaria con la finalidad de fomentar el crédito –comercial e hipotecario– apenas ha sido puesta de manifiesto por la doctrina hipotecaria española. El estudio conjunto de ambas reformas hubiera facilitado grandemente la comprensión de la función y de la arquitectura registral que se introducía., como he puesto de manifiesto en otro lugar. Vide MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. El Registro como instrumento de intervención en el mercado. Discurso de Clausura del II Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles e España, Santiago de Compostela 24 de Octubre de 2004.

En un sentido distinto. FIESTAS LOZA, A. La protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados en *Anuario de Historia del Derecho Español* 53/333 et seq., 1963.

publicidad,[80] por rudimentario que fuese, y con la facultad concedida al *dominus* de reivindicar su propiedad de quien quiera que la poseyese, incluso aun cuando hubiese adquirido de buena fe y a título oneroso, lejos de dotar de seguridad a las propiedades, hacían que ningún propietario –o ninguno que creyese serlo– pudiera estar minimamente seguro.

El único indicio acerca de la propiedad era la posesión pública y pacífica. Como veremos, una de las principales armas que el ordenamiento concedía al propietario en defensa de su derecho –la posibilidad de reivindicarlo de quien lo poseyese, aun cuando lo hubiese adquirido a título oneroso y de buena fe– se convertía, paradójicamente, en el principal flanco vulnerable de su propio derecho. De hecho, la prueba de la propia propiedad, en tales condiciones, devenía una empresa casi imposible, una auténtica *probatio diabólica*; en consecuencia, la misma dificultad, al menos, acarreaba para un tercero que intentase estar seguro de que adquiría del *verus dominus*.

6.2.3 Riesgo de consistencia

Tal riesgo –hoy prácticamente olvidado gracias a nuestro moderno Registro de tráfico– consistía, esencialmente, en el denominado *crimen stellionatus*, esto es en la ocultación por el vendedor al comprador del verdadero estado de cargas –"estado civil", lo llamaría después la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861–.

El hecho de que el adquirente no pudiese conocer con seguridad el verdadero estado de cargas, debiéndose fiar al efecto de las manifestaciones del

80. Para hacerse una idea de la absoluta inefectividad de los diferentes sistemas de publicidad arbitrados historicamente, merece la pena transcribir la siguiente intervención del conde e Torreanaz en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1909:
"En 1539 se fijó naturalmente la fecha de la pragmática para que empezara a aplicarse el Registro. Después, una provisión del Consejo de Castilla de 1581 determinó que esa fecha de 1539 era la que debía seguir rigiendo al obligar a registrar... La jurisprudencia del Consejo, en un auto acordado de 1617, estableció ya otra regla, diciendo que la fecha inicial la del título de escribano del Registro de Censos... Más tarde se volvió a la (...) retroactividad (...) a partir de 1539(...) auto del Consejo de Castilla de 1713... Por último, en 1768 se estableció que el registro no obligaba más que para los títulos sucesivos, para los que se otorgasen con posterioridad a la pragmática y que respecto a los títulos antiguos, pudiesen inscribirse cuando fuese menester llevarlos a los Tribunales... Esto mismo fue reformado por el propio Consejo (...) en 1769 hizo obligatoria la inscripción siempre..., es decir, se vuelve otra vez a la retroactividad.... Tan pronto se iba a una cosa como a otra. Esta era la legislación hasta 1861, si bien dándose prórrogas constantemente...: 10 de abril de 1872, 23 de agosto de 1784, 14 de amyo de 1787, 31 de julio de 1789, Circulares de 22 de enero de 1816 y 12 de julio de 1825, etc..."
Citado por PARDO NÚÑEZ en op. cit., p. 140. Destaca, citando a Galindo y Escosura, cómo todavía en 1869, la Sentencia de 2 de abril de ese año, permite la subsanación mediante la inscripción en cualquier tiempo anterior a la presentación en juicio.

transmitente y de sus propias averiguaciones, junto con la convicción de que –como expusimos al principio de este trabajo– el vendedor ajustaría –al igual que el propio comprador– su conducta a los postulados del autotinterés, eran una fuente de desconfianza difícilmente vencible, el mayor obstáculo para la contratación, muy especialmente entre extraños.

A todo ello hay que añadir, la notable cantidad de hipotecas generales y ocultas –y, en general, los *overriding interests*– que pesaban sobre la propiedad inmueble y cuya erradicación sería uno de los objetivos básicos de la Ley Hipotecaria de 1861.

El sistema instaurado por la Pragmática de Carlos III había fracasado.[81] El texto de la Pragmática de 31 de Enero de 1768 –cuidadosamente preparado por Campomanes y Floridablanca–,[82] comenzaba por reconocer el problema que intentaba atajar: en los juzgados y tribunales se admitían indistintamente escrituras registradas y no registradas, de lo que se seguían numerosos pleitos y perjuicios para los compradores e interesados en los bienes hipotecados "por la

81. Sin embargo, como señala Congost R. un estudio sobre los Oficios de Hipotecas debería tener en cuenta la distinta acogida y la importancia desigual de esta institución en las diferentes regiones españolas. Así, señala,con razón, que representaba una novedad en los territorios de la Corona de Aragón. Sin embargo, todo parece indicar que la reacción de los notarios de Cataluña ante la creación del Registro de Hipotecas fue más bien entusiasta. Enseguida, además, los colegios notariales de Barcelona y de Gerona presentaron a la Real Audiencia de Cataluña una serie de dudas al respecto, y el tribunal catalán pidió las respuestas pertinentes al Consejo de Castilla, que fueron recogidas en un nuevo decreto de la Audiencia Real de 1774.
Como señala esta autora, son precisamente estas disposiciones de 1774 las que convirtieron la experiencias del Oficio catalán en una experiencia única en España. En efecto, se disponía que se registrasen tanto los instrumentos que contuvieran "obligación especial de bienes" como "obligación general", lo que amplió notablemente la tipología documental registrada en los Oficios de Hipotecas catalanes y aumentó espectacularmente el volumen de los libros. Los escribanos habían insistido sobre todo en la necesidad de inscribir los capítulos matrimoniales –que incluían disposiciones sobre herencias–, así como los contratos de compraventa. La razón por la cual solicitaban la inscripción de todos los contratos de compraventa era muy práctica: era la mejor manera de *proteger los derechos de los compradores de bienes* –de hecho los hombres de la Real Audiencia habían escrito en 1769: "Conviene que los contratantes, de manera mutua, conozcan o puedan conocer sus haberes, parece que todas las ventas de bienes inmuebles deberían ser registradas, sean o no gravados..."–.
Este proceso se halla en íntima relación con el interés de los dueños directos en ejercer un control más rígido sobre los movimientos de sus enfiteutas, si bien la complicidad entre éstos y los escribanos impidió que ese control fuera total (p. ej.: las firmas de los señores directos y la clausura de las escrituras por parte de los escribanos no fueron estimadas como indispensables para la inscripción de actas notariales en los libros del Registro de Hipotecas)– CONGOST, R. *Tierra, Leyes, Historia* – Estudios sobre la gran obra de la propiedad, p. 172 et seq.

82. CONGOST, R. *Tierra, Leyes, Historia* – Estudios sobre la gran obra de la propiedad. Barcelona: Crítica, 2007. p. 170 et seq.

ocultación y oscuridad de las cargas". A fín de erradicar tal problema, la Pragmática ordenaba que ningún juez pudiese juzgar por instrumentos no registrados, organizando las Contadurías de modo que se asegurase la efectividad de la medida,[83] si bien con escaso éxito, como se deduce de la propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861.

6.2.4 Riesgo de pérdida del derecho

En efecto, en el Derecho común rigen, entre otros, dos principios esenciales. A saber:

1) el principio según el cual *nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse habet* –donde encuentra su fundamento la esencial regla *ubi rem meam invenio ibi vendico*– y

2) el principio de *relatividad contractual* o de eficacia relativa del contrato, que consagra el art. 1257 Cc., según el cual *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest.*

Como consecuencia del primer principio, el adquirente puede verse privado de su derecho,

a) si su transmitente ha incumplido –en todo o en parte– las obligaciones derivadas del contrato en virtud del cual adquirió el derecho –principio de oponibilidad de excepciones, derivado del más amplio *nemo plus iura*–;

83. Como señala CONGOST, R. en ibidem. Campomanes y Floridablanca parecían haber reflexionado sobre las razones del mal funcionamiento de experiencias anteriores y habían propuesto un plan muy detallado para hacerles frente. Así, los Oficios estaría situados en las cabezas de partido; dispondrían de un libro o de varios libros –uno para cada pueblo–, distribuyendo los asuntos por años "para que fácilmente pueda hallarse las noticias de las cargas". En estos libros se "tomaría razón" *de* "todos los instrumentos de imposiciones, ventas de bienes raices, o considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos ú obra pía, yb generalmente todos los que tengan expresa hipoteca ó gravamen, con expresión de ellos, ó su liberación y redención". El instrumento que se mostraría sería la primera copia que el escribano habría entregado; en caso de perderse se sacaría una copia con la autoridad del juez competente.
En la "toma de razón" se deberían hacer constar los nombres de los contratantes, su vecindad, la calidad del contrato, y los bienes raíces gravados, dejando claro que por bienes raices se entendían también censos, oficios y otros derechos perpetuos que pudieran constituir hipotecas. Una vez registrada la escritura, el escribano encargado de la Contaduría –el más antiguo del distrito– anotaría en ella lo siguiente: "Tomada la razón en el Oficio de Hipotecas del pueblo tal, al folio tantos, en el dia de hoy". El interesado podía mostrarla luego al escribano, para que hiciera constar en el protocolo la toma de razón. En caso de que se presentase la redención de un censo o se liberase una hipoteca, se haría constar al margen si la escritura estaba registrada; si no lo estaba, se tomaría razón de la escritura de redención o liberación en el libro de registro.
El otorgante debería presentar la escritura en el Oficicio en el plazo de seis dias, si había sido.

b) si su transmitente no era el *verus dominus*, pues el principio *nemo plus iura* –y su consecuencia necesaria *ubi rem meam invenio...*– habilita a éste para reiperseguirlo incluso aun cuando se halle en poder de un tercero que lo haya adquirido a título oneroso y de buena fe.

Como consecuencia del segundo principio, el adquirente no puede estar seguro de haber adquirido del *verus dominus*, por el mero hecho de que su transmitente le haya exhibido el contrato del que derive su adquisición, pues, en virtud del principio de *eficacia relativa*, todo contrato, respecto de terceros, *nec nocet neque prodest* porque es *res inter alios acta*; lo que significa que el contrato, por sí solo, carece de capacidad para suministrar un título esgrimible frente a terceros –y mal puede alguien proclamarse propietario sin un título que le habilita para defender su propiedad frente a todos y, por tanto, para *conservarla*–.

En consecuencia, en tal situación, ningún propietario podía estar seguro de su derecho: en cualquier momento podía ser víctima de cualquier reclamación de procedencia insospechada. De hecho, el único signo fiable de que su transmitente era *verus dominus* era, además del contrato del que derivaba su adquisición, el hecho de que viniera disfrutando de una pública y pacífica posesión en concepto de dueño

6.2.5 *Dificultad para probar la titularidad de su derecho por el propietario*

Lo cual se deduce de todo lo expuesto. De hecho, el único modo que quedaba a su alcance era obtener una sentencia firme de adquisición por usucapión.

Todo ello configuraba un estado de cosas bien descrito por Pardo: todo lo referente al derecho de propiedad inmobiliaria se hallaba sumido en la más exasperante confusión. Hipotecas generales o tácitas, acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias o de nulidad, todas ocultas, lastraban la tierra de modo que convertían el tráfico de inmuebles en un juego de azar.[84]

Por todo ello, puede decirse –como decía Ascarelli del régimen civil de la cesión de créditos– que quien adquiría una propiedad inmueble en tales condiciones adquiría, en cierto modo, una *caja de sorpresas*.[85]

6.3 *La reforma del sistema registral como solución: su paralelismo con el régimen jurídico de los títulos valores cualificados o de fe pública*

La legislación registral intenta resolver estos problemas en el ámbito inmobiliario utilizando la misma arquitectura jurídica de los títulos valores cualificados –singularmente la de la letra de cambio– en relación a los derechos de crédito, si bien adaptándola, como es inevitable, a las *exigencias estructurales* derivadas de la distinta naturaleza de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles. En efecto, frente a los derechos de crédito, que son *iura in personam*, el derecho de

84. PARDO NÚÑEZ, C. R. Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español. *RCDI* 614/112.
85. ASCARELLI, T. Op. cit., p. 7.

propiedad y demás derechos sobre las cosas son *iura in rem*, de donde derivan, como veremos, consecuencias de largo alcance.

Las siguientes páginas están destinadas a demostrar esta tesis. Por ello, no me resisto a transcribir, antes de comenzarlas, el siguiente fragmento de la intervención del senador Sr. Arrazola, antiguo Ministro de Justicia, tras la Constitución de 1837, durante la discusión en el Senado del proyecto de ley hipotecaria de 1861;[86]

"...eso es lo que había de hacer la nueva ley hipotecaria; dar ensanche a la propiedad, convertirla en moneda territorial que pueda pasar de mano en mano como pasa un pagaré o una *letra*..."[87]

Este objetivo no se consigue hasta 1944 y aun con muchas dificultades –a pesar de ser el objetivo de la ley de 1861–, debido a la pesada resistencia de las inercias y de los intereses sectoriales afectados por la reformas que probablemente no supieron apreciar las ventajas que para sus derechos representaba el nuevo régimen que el Registro pretendía introducir. Por el contrario, cundió la convicción de que la nueva ley era buena para los futuros propietarios y, sobre todo, para los acreedores hipotecarios, hasta el punto de hacer más segura la inversión hipotecaria que la compra directa –lo cual era cierto– pero no para los propietarios vigentes lo que podía no ser tan cierto–, y sus presiones motivaron que la *fe pública registral* nunca llegará a entrar en vigor, hasta que fue sustituida por el procedimiento o expediente de *liberación de cargas y gravámenes* en 1869, no volviendo a aparecer hasta 1944, año que supone, asimismo, la consagración del *principio de legitimación*, antecedente y fundamento necesario de la fe pública registral.

No es objetivo de este trabajo la descripción de este proceso –que ha sido objeto de excelentes análisis[88]–, sino el expuesto anteriormente: demostrar cómo el sistema registral que, finalmente, consagra la Ley Hipotecaria de 1944, es una *tecnología institucional* similar a la de los títulos valores cualificados, especialmente la letra de cambio, porque persigue, en el ámbito inmobiliario, los mismos objetivos que aquella en el ámbito de los derechos de crédito: facilitar su circulación, mediante la seguridad del adquirente –y, como veremos, del dueño– habilitando así a los inmuebles como activos económicos.

86. En *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*. Madrid: Castalia, 1989. t. I, v. 2, p. 80.
87. Hay que considerar que el Código de Comercio de 1829 había optado en esta materia por el modelo más prestigioso, el *Code de Commerce* de 1807, separándose así de la regulación contenida en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 –más centrada en los aspectos cartulares de la letra de cambio que en los del contrato del mismo nombre–. Así, los arts. 426ss de aquel se insertan bajo el título *Del contrato y letras de cambio*. De este modo se importó la disciplina francesa de la letra de cambio y del pagaré que permanecería sustancialmente vigente hasta 1986, toda vez que el posterior Código de Comercio de 1885 reiteraría dicha normativa en sus arts. 443 ss. Puede afirmarse, por ello, que la modernidad de la regulación bilbaína no fue óbice para su absoluta esterilidad científica, lo que frustró las bases para la construcción de un derecho cambiario autóctono. EIZAGUIRRE, J. M., op. cit., p. 92.
88. Muy especialmente PARDO NÚÑEZ, C. R. Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español. *RCDI* 614/111 et seq.

Desde luego, no puede considerarse casual que sea la Ley Hipotecaria de 1944 la que introduzca los principios que consoliden la inscripción como título-valor –nos referimos al de legitimación (que implica sendas presunciones *iuris tantum* de exactitud e integridad) y al de fe pública registral–.

Dejando de lado la necesidad de potenciar los efectos de la inscripción, por las razones que aduce la propia Exposición de motivos, referentes a que más del sesenta por ciento de la propiedad se desenvolvía todavía fuera del régimen registral,[89] llama la atención su paralelismo temporal con la recepción en nuestro país de la teoría general de los títulos valores.

En efecto, como observa Eizaguirre, es durante los años treinta del pasado siglo,[90] cuando nuestra literatura científica comienza a *asimilar* o *recibir*, los principios básicos de la concepción unitaria de los títulos valores gestada fuera de nuestras fronteras.[91]

Tales tecnologías institucionales –inscripción y letra de cambio– están basadas en los siguientes postulados esenciales:

1) Disminución de asimetrías informativas entre transmitente y adquirente;

89. Dice la EM e la LH de 1944: "A los dieciséis lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del 60% de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinscribitoria y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos paises, y para cuya desaparición se dictó en nuestra Patria una de las leyes 'más científicas entre las nacionales'. Como medio para conseguir esta finalidad, se propone que el Registro: '...ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los titulares aquellas ventajas de derecho material y procesal que, lógicamente, cabe esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro y liberar a éste de las innúmeras cargas prescritas que abruman sus libros. Ello contribuirá a definir y aclarar de modo diáfano la realidad jurídica de muchas fincas y derechos reales; concederá a los titulares ágiles y eficaces medios para la defensa de sus derechos, e insensiblemente fomentará la inscripción de no pocos inmuebles hasta el presenta alejados de la vida registral'".
90. Cita en concreto Eizaguirre, las siguientes obras: a) DALMASES. *El usufructo de derechios (inclusive de titulos-valores)*, 1932.; b) VICENTE y GELLA. *Los títulos de crédito*, 1933, c) GARRIGUES, J. *Curso de Derecho Mercantil*, 1936. EIZAGUIRRE, J. M., op. cit., p. 12.
91. Como observa, Eizaguirre, el CdC de 1885, hasta su reforma en la penúltima década del s.XX, contenía la regulación de la letra de cambio (arts. 443-530), de las libranzas, vales o pagarés a la orden (arts. 531-533), del cheque (arts. 534-543) así como de los títulos ("efectos") al portador (arts. 544-566). Se trataba de una legislación sectorial que regulaba de modo disperso los diferentes titulos valores, de modo similar a lo que ocurría en el resto de ordenamientos europeos del s.XIX. No obstante, la impronta puramente instrumental de la regulación de los contratos que les sirven de origen, conforme al modelo francés, privaba a dicha normativa de las bases de Derecho material indispensables para la inducción de una doctrina general de los títulos valores, de la que, sin embargo, dispusieron alemanes e italianos. EIZAGUIRRE, J. M., op. cit., p. 11-13.

2) Neutralización *inter tertios y solo en relación a los actos de tráfico* de los efectos de las asimetrías informativas residuales, impidiendo que los transmitentes anteriores, así como, en su caso, el llamado *verus dominus*, puedan utilizarlas en su propio beneficio y en perjuicio de adquirentes posteriores. Ambas imponen la *simetría informativa funcional* como instrumento para activar la circulación de los derechos.

7. La intabulación o incorporación registral. Las propiedades normativas de la inscripción

Decíamos que el Derecho cartular desarrolla estos postulados mediante el expediente técnico de la *incorporación* del derecho al documento. Algo parecido podemos decir del Derecho registral: desarrolla estos postulados mediante la técnica de la *incorporación registral*, que podemos denominar *intabulación*, y que, al igual que la incorporación en relación a los titulos valores cualificados –especialmente la letra de cambio– implica la atribución a la inscripción del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles –y de los *iura in re aliena*– de las siguientes *propiedades normativas* –que son esencialmente las mismas que el derecho cartular atribuye a los titulos valores cualificados o de fe pública, y, particularmente, a su paradigma, la letra de cambio–.

7.1 Legitimación registral[92-93]

Al igual que hemos hecho al tratar de la eficacia legitimadora de los titulos valores cualificados o de fé pública, en donde hemos distinguido dicha eficacia

92. Como observan Lacruz y Sancho – LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A. *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch, 1976. p. 166 et seq., pese a lo lógico que resulta la presunción de pertenencia del derecho inscrito al titular inscrito, sin embargo, la Ley Hipotecaria de 1861, no hizo la menor mención a ella, porque estaba presidida por la idea de la protección del tercer adquirente de bienes fe contra las cargas ocultas, las dobles enajenaciones, etc.
Esta situación del titular registral, que en el momento de adquirir obtiene la máxima protección contra la falta de titularidad de su transmitente, pero que en lo sucesivo no puede servirse de los libros para acreditar su derecho sobre la finca, era ilógica y provocó la reacción de la Ley de 1909, cuyo art. 41 –ley refundida– establecía que "quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido código a favor del propietario y del poseedor de buena fe". El precepto autorizaba, además, al titular registral a recuperar la posesión por un procedimiento rapidísimo –el del tit. XIV, libro 3.º de la Lec, según especificó el art. 100 del RH de 1915.
Con semejante redacción, la ley seguía sin atribuir una presunción de pertenencia del derecho inscrito; en su lugar, se establecía un presunción posesoria, lo que resultaba absurdo: la inscripción permitía presumir no la titularidad que proclamaba, sino la posesión que, por una lado, podía o no corresponderle y, por otro, era irrelevante a efectos legitimadores. Consecuencia de esta posesión presunta era la posibilidad de

en relación al tenedor, por un lado, y en relación al tercer adquirente, por otro, trataremos de la legitimación registral en relación con el titular registral, en primer lugar, y en relación con los terceros adquirentes en segundo lugar.

7.1.1 En relación con el titular registral

Con carácter general, dicho principio, conocido también como *principio de presunción de exactitud registral* viene recogido esencialmente en los arts. 38, 97, 1 III y, a nuestro juicio, también 32[94] de la Ley Hipotecaria, si bien

recuperar la posesión del bien de un modo fulminante, mediante el procedimiento del art. 2056.ss de la Lec. En consecuencia, tratándose de fincas inmatriculadas, la posesión de inmuebles desaparecía prácticamente del campo del derecho, siendo sustituida por la inscripción. "Desde ese momento– decía Jerónimo González, citado por Lacruz– la lucha entablada por las familias labradoras, por el agricultor secular, el pueblo castellano, contra la propiedad procedente de antiguos señoríos, de organizaciones sociales caducadas o de estados jurisdiccionales abolidos, se hallaba irremisiblemente perdida. Los títulos comprensivos de grandes extensiones territoriales encontraban fácil acceso al Registro y adquirían nuevas fuerzas vitales en los pronunciamientos del artículo 41".

Fue la misma energía del precepto la que obligó a yugularlo, continúan Lacruz y Sancho. El uso del procedimiento para adquirir la posesión por parte de titulares inscritos cuya propiedad era discutible, o cuyo derecho de desahucio no estaba plenamente comprobado, contra quienes cultivaban la tierra desde tiempo inmemorial, determinó, primero alteraciones del orden público, y finalmente la modificación del art. 41, mediante un Decreto-Ley de 1927, que convertía en *iuris tantum* la presunción posesoria, permitiendo oponerse al lanzamiento a los poseedores actuales, que fácilmente podían oponerse al lanzamiento a los poseedores actuales, que fácilmente podian evitarlo demostrando su posesión.

Por último, como afirma Roca-Sastre, la reforma de 1944 ha cerrado en forma más técnica el proceso evolutivo del principio de legitimación registral en nuestro ordenamiento hipotecario. Ha proclamado explícita y adecuadamente el principio de legitimación a base de la presunción de existencia del derecho inscrito, ha facilitado el procedimiento para la efectividad posesoria del titular inscrito y ha conservado los avances logrados por la reforma de 1909 en punto a ciertas aplicaciones procesales del referido principio.

93. Respecto al tratamiento jurisprudencial del principio de legitimación registral, tras su introducción por la Ley Hipotecaria de 1944, véase, HERNANDO COLLAZOS, I. *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 1990.
94. En efecto, los arts. 38, 97 y 32 LH fijan respectivamente el contenido –art. 38 LH– y los contornos –arts. 97 y 32 LH– de la presunción de legitimación. En realidad puede sostenerse que los arts. 97 y 32 LH –también el art. 38 LH– obedecen a la misma *ratio legis* y son una consecuencia necesaria de lo dispuestos por el art. 38 LH. En efecto, si según el inciso primero de párrafo primero del art. 38 LH "a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo", lo que constituye la máxima protección posible de la apariencia en un sistema causal como el nuestro, su corolario

a efectos de este trabajo vamos a centrarnos en el análisis del art. 38, –que, en su formulación actual no fue introducido hasta 1944–, especialmente de su primer párrafo, a cuyo tenor:

lógico es que "cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera" (art. 97 LH), así como que "los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero" (art.32 LH), o dicho de otra manera, que tales títulos, a efectos de tercero, se presume que no existen, es como si no existieran, que es exactamente lo que exige la protección de la confianza mediante la protección de la apariencia; y esto es lo que quiere decir el art. 32, si bien mediante una fórmula más elegante, como debería ser propio de todo texto legal.

En este mismo sentido José Manuel García García para quien el juego de los arts. 97 LH y 32 LH permiten afirmar que en nuestro sistema la presunción de *exactitud* incorpora también la de *integridad* –GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Madrid: Civitas, 1988. t. I, p. 682 et seq.–.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944, no deja la menor duda al respecto:

"El Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario. Igualmente se presume que el derecho inscrito existe y pertenece al titular. De este modo la presunción *iurs tantum* de exactitud registral, que sólo limitada y taxativamente se reconocía por la legislación en vigor, alcanza a todos los supuestos hipotecarios. El titular, según el Registro, gozará asimismo de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba. Con ello nada se innova. Unicamente se recoge con mayor amplitud la orientación iniciada por los reformadores del año 1909 al sancionar el designio de nuestros autorizados tratadistas, acordes en que los efectos de las inscripciones no se ciñan a una simple declaración doctrinaria, sin repercusión procesal."

El art. 32 LH no es, pues, una formulación negativa del principio de fe pública registral (art. 34) como sostienen algunos autores. El art. 34 LH tampoco es una consecuencia necesaria de lo dispuesto por el art. 38 LH, sino una modulación de sus efectos, en relación a los adquirentes, para acomodarlos a los exigidos por el mercado, porque el registro es un instrumento para el desarrollo del mercado, y éste, el mercado, no protege la mala fe –por el contrario la presupone– y desconoce los actos a título gratuito. Tal modulación consiste, por un lado, en reforzar la presunción del art. 38, elevándola a *iuris et de iure* y, por otro, limitarla a los subadquirentes que cumplen las condiciones que el propio art. 34 especifica.

Con tales formulaciones, nuestro sistema, tras la reforma de 1944-1946 llega al *nivel máximo posible de protección de la confianza mediante la protección de la apariencia en un sistema causal* como el nuestro. Como dice Sanz Fernández "resulta difícil presumir en nuestro Derecho la existencia del Derecho inscrito sin más, esto es, con independencia de los presupuestos causales a los que debe su existencia. La inscripción o la cancelación deben legitimar su propio contenido. El contenido de las mismas es que en virtud de un negocio jurídico determinado (...) se ha constituido o extinguido un derecho real que se inscribe o cancela". SANZ FERNÁNDEZ, A. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1945. p. 188 et seq.

"A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos."

Como expuso Sanz Fernández, este precepto incorpora una presunción *iuris tantum* de veracidad, como consecuencia de la cual, la inscripción legitima las situaciones jurídicas, en cuanto atañe a la propia fuerza y existencia de los derechos reales, la que les da el registro con su *presunción legitimadora*[95] o, como prefiere denominarla Peña, *eficacia legitimadora*.[96]

Por ello se afirma que este precepto incorpora el principio de *presunción de exactitud* del Registro o de *legitimación registral*. García García lo define como el principio hipotecario en virtud del cual los asientos del Registro se presumen exactos y veraces y, como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico y en el proceso como tal titular, es decir, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial, y en la forma que el propio asiento determina.[97]

Todo ello, sin entrar en la polémica sobre si el tercero del art. 32 y del art. 34 son el mismo o no, y sin negar otros posibles significados diacrónicos del art. 32 LH, como que significa la consagración del principio de inoponibilidad, propio de los sistemas registrales documentales.

95. SANZ FERNÁNDEZ, A. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1945. p. 181. Argumenta Sanz Fernández que esta presunción no es otra cosa que al energía legitimadora de la antigua Gewere, aplicada a las declaraciones del Registro de la Propiedad, produciendo como ella importantes consecuencias en un doble sentido: 1.°– Procesalmente, exonerando al titular inscrito de la carga de la prueba lo mismo cuando demanda que cuando es demandado –efectos ofensivos y defensivos de la *gewere*– y cargando a quien se oponga con la prueba de la inexactitud registral. 2.°– En el orden sustantivo, permitiendo al titular comportarse como legítimo dueño o titular de los derechos y atribuyéndole, muy especialmente, la facultad de disponer con plena eficacia jurídica. En este mismo sentido –conexión de la presunción de exactitud con la institución germánica de la *gewere*– Roca Sastre: "Creado el Registro de la Propiedad, en él se produce una vida abstracta de titularidades, a la que es lógico dotar de una presunción *iuris tantum* de exactitud, de manera que los mismos efectos legitimadores de la *Gewere* o de la posesión de bienes muebles, tienen naturalmente que ser atribuidos a los asientos del registro, los cuales (...) están ungidos por la calificación de un organismo público, cual el Registro de la Propiedad". ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho Hipotecario*. 8. ed. Barcelona: Bosch, 1995. t. I, p. 520.
96. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos Reales*. Derecho Hipotecario. 2. ed. Madrid: Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Madrid, 1986. p. 590.
97. GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Madrid: Civitas, 1988. t. I, p. 673 et seq. Como señala este autor en esta definición aparecen los dos aspectos que explican la doble terminología utilizada a propósito de este principio, pues se trata, por una parte, de una *presunción de exactitud*, pero al mismo tiempo de una *legitimación* del titular registral.

En cuanto al ámbito o alcance de la presunción se extiende, como afirma Diez-Picazo[98] a la existencia y titularidad de los derechos reales inscritos, además en la *forma* determinada por el asiento respectivo.

En virtud de ello, la inscripción ofrece al titular registral, como afirma Jerez Delgado, las mejores garantías de una protección eficaz frente a terceros[99-100]

En cuanto a la *existencia* de los derechos reales inscritos, coincidimos con Peña cuando afirma que la presunción hay que entenderla circunscrita a las situaciones jurídico-reales sobre la finca, y no a cualesquiera otras circunstancias distintas que puedan relatar los asientos registrales. La presunción solo alcanzará, pues, los datos sobre derechos de crédito –garantizados con condición resolutoria explícita (art. 11 LH), anotación preventiva, hipoteca–, sobre circunstancias del sujeto o sobre circunstancias de hecho de la finca en cuanto sean determinantes del contenido o alcance que por ellos tengan los derechos reales inscritos.[101]

98. DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1978. t. II, p. 358.
99. JEREZ DELGADO, C. *Tradición y Registro*. Madrid: Ed. Colegio de Registradores, 2004. p. 282. En virtud de los arts. 38 y 319 de la LH. Como señala la misma autora y veremos más adelante la inscripción también potencia la protección *erga omnes* del propio derecho (art. 32 LH), aún a costa de despojar en ocasiones al verdadero propietario –no inscrito– de su derecho cuando el titular inscrito reúne las condiciones mínimas para que el sistema se incline por su protección –arts. 34 y 37 y 1473 Cc–.
100. Aparte de la citada obra de Jerez Delgado C. puede verse para el tratamiento jurisprudencial de la legitimación registral, HERNANDO COLLAZOS, I. *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 1990.
101. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., op. cit., p. 577. Sostiene también Peña que en cuanto a la finca inmatriculada no solo goza de presunción de exactitud, sino también de integridad. Según DIEZ-PICAZO, L., op. cit., p. 358– la presunción no incluye la finca. Tampoco, según él, al título, aunque matiza: "En la medida en que el derecho es una consecuencia del título o negocio jurídico real, sin embargo, la presunción de la existencia del derecho parece que es, por lo menos indirectamente, una presunción de la existencia y de la eficacia del título constitutivo del derecho y de la supervivencia de tal eficacia" (ibidem). Merece destacar, en este sentido, la posición de SANZ FERNÁNDEZ, A.: "...resulta difícil presumir en nuestro Derecho la existencia del derecho inscrito sin más, esto es, con independencia de los presupuestos causales a que debe su existencia. La inscripción o la cancelación debe legitimar su propio contenido. El contenido de las mismas es que en virtud de un negocio jurídico determinado –título en sentido material según la terminología ordinaria–, formalizado en un documento auténtico –título en sentido formal– se ha constituido o extinguido un derecho real que se inscribe o se cancela. Por consiguiente, la legitimación debe tener el siguiente alcance: se presume que el derecho inscrito nació y existe o se extinguió con arreglo al título y que, según éste, el titular es el que como tal figura en el Registro. La presunción más que de existencia del derecho es, por tanto, de existencia y validez del título". Op. cit., p. 189. Véase también GÓMEZ PERALS, M. *Los datos de hecho y el*

En cuanto a la *titularidad o pertenencia,* el principio de legitimación significa la presunción *iuris tantum* de que la titularidad real se corresponde con la titularidad registral del derecho plasmada en el asiento correspondiente. La apariencia registral de titularidad se equipara, por tanto, con la titularidad real, salvo prueba en contrario.

Ello es una consecuencia de la apariencia de titularidad material con la que el asiento registral inviste al titular inscrito. Con base en esa apariencia, el titular registral goza de la presunción de ser el titular real y efectivo del derecho inscrito, quedando así eximido de tener que aportar cualesquiera otros medios probatorios –como resulta, entre otros, de los párrafos segundo y siguientes del propio artículo 38 de la LH–.

Con ello, como afirma Peña, el ordenamiento no trata de proteger otro interés que el del verdadero titular del derecho real, ya que el titular registral es, generalmente, el titular real, y, si no lo es, es por decisión propia de no inscribir, asumiendo los riesgos correspondientes,[102] añadimos nosotros.

Por ello, el penúltimo párrafo del art. 40 de la Ley Hipotecaria dispone que "la acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real del que se derive". Por ello, la situación registral, en nuestro sistema, no es disponible con independenciadel derecho real que refleja, pues no se admite el consentimiento formal.[103]

La presunción de titularidad legitima al titular registral para actuar con tal carácter, atribuyéndole en principio el ejercicio de las facultades emanadas del derecho inscrito.[104]

Se trata de una *legitimación extraordinaria* –también denominada *registral*–, esto es, de una legitimación que confiere la ley al *titular registral* por el hecho de tener la inscripción a su favor, como consecuencia de la *presunción de exactitud* que la ley asigna al asiento.[105]

Registro de la Propiedad. Madrid: Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005. p. 38 et seq. Cita abundante jurisprudencia y doctrina a favor de la extensión de esta presunción *iuris tantum*, en relación con los datos descriptivos de las fincas.

102. Ver MENDEZ GONZÁLEZ, F. P. *Seguridad de los derechos versus seguridad del tráfico:* un falso dilema... En efecto, en nuestro sistema no cabe que el sistema registral imponga al *verus dominus* una privación inconsentida de su derecho. Si se produce es porque ha preferido no asumir la carga de conservación del derecho que el mismo le impone, muy inferior a las que resultan en un sistema de seguridad jurídica, como veremos más adelante.

103. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. Op. cit., p. 585.

104. SANZ FERNÁNDEZ, A. la "legitimación encuentra su precedente y apoyo en la calificación registral: la función calificadora practicada por un funcionario competente, investido a estos efectos de fe pública, presta base suficiente para presumir, por una parte, la existencia del título, y, por otra, la legalidad, validez y eficacia del mismo". Op. cit., p. 186.

105. GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Madrid: Civitas, 1988. t. I, p. 274, el cual cita a LADARIA CALDENTEY, J. *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona ,1952, p. 39 et seq.

Es también una presunción en relación a la *extensión* de los derechos reales inscritos –"en la forma determinada por el asiento respectivo"–; a ella nos referiremos enseguida, si bien podemos adelantar que, a nuestro juicio, tiene un valor y desempeña una función equivalentes al principio de *literalidad* en el ámbito de los titulos valores cualificados, al que nos hemos referido anteriormente.

Es también, por último una *presunción posesoria* –"De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos".

Estamos de acuerdo con Peña en que la posesión a la que se refiere el precepto no es solo el *ius possidendi*– para lo que no haría falta ningún precepto especial, pues como facultad integrante del dominio o derecho real inscrito se entiende presumida con el derecho mismo–, sino, específicamente, que el titular registral tiene el *ius possesionis* y que, por tanto, tiene las facultades de dominación inmediata que caracterizan este derecho. La posesión que se presume es, pues, la posesión en concepto de dueño, de modo que a la fuerza legitimadora del Registro se agrega, por via de la presunción, la fuerza legitimadora de la posesión en concepto de titular del derecho real correspondiente.[106] Por otro lado, dado que la posesión ha quedado excluida del registro (art. 5 LH) la prueba en contrario no está condicionada por la necesidad de una previa toma de razón o inscripción de una rectificación, al contrario de lo que sucede cuando se pretende impugnar el dominio o derechos reales inscritos.

7.1.2 En relación al tercer adquirente

Como sostiene Peña, en orden a la disposición de los bienes o derechos inscritos, el principio de legitimación tiene como consecuencia más radical que quien adquiere, en determinadas condiciones, de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir, tiene, respecto del verdadero dueño o titular de un derecho real, una posición inatacable.

106. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. Op. cit., p. 584. En este mismo sentido LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. en *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch, 1977. p. 184. También DIEZ PICAZO, Luis en op. cit., p. 359. Puntualiza este autor que aunque, literalmente, la presunción posesoria favorece no solo al titular inscrito del dominio, sino también a los titulares de derechos reales *in re aliena*, la expresión legal debe entenderse, sin embargo, limitada a aquellos derechos reales que llevan aparejada posesión –usufructo, servidumbre–, quedando excluidos aquellos que carecen de contacto posesorio –ej.: hipoteca–. Según Roca-Sastre L, "la presunción que el art. 38, párrafo 1.º de la Ley Hipotecaria sienta a favor del titulat registral de que éste tiene, a todos los efectos legales, la posesión inherente al dominio o derecho real inscrito a su nombre, implica la presunción de que éste es un propietario-poseedor, o un titular del dominio o derecho real completo en el sentido de hallarse en su ejercicio, si bien a los solos fines legitimadores, esto es, al único objeto de que sea tratado como propietario poseedor, en tanto no se demuestre oportuna e idóneamente que el Registro es inexacto respecto de la existencia y titularidad del dominio o derecho real inscrito, de cuya posesión se trate" (op. cit., p. 573).

Lo que, como observa, es un supuesto excepcional de eficacia de los actos nulos, en razón no solo de la fuerza del registro sino también de la buena fe del adquirente,[107] basada en la apariencia jurídica, que debe ser protegida. En tales circunstancias, y en relación al tráfico jurídico, el titular registral es tratado como verdadero titular.

7.2 La presunción en relación con la extensión de los derechos reales inscritos

7.2.1 Protección jurídico-obligacional del adquirente: la exclusión de excepciones

"A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la *forma* determinada por el asiento respectivo."

Lo que quiere decir, según Diez-Picazo[108] que se presume que el derecho existe con el contenido y con la configuración –facultades, limitaciones, condiciones– que el asiento le atribuye. O, en palabras de Roca Sastre, que lo que el Registro expresa acerca de la *extensión* del derecho real inscrito se presume exacto.[109]

Y en relación a la *extensión* del derecho inscrito,[110] dispone el art. 9-2 de la LH que toda inscripción que se haga en el Registro expresará necesariamente "la naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título". Y el art. 51 del RH dispone en su regla sexta que "para dar a conocer

107. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. Op. cit., p. 590. Sostiene Peña que, desde el punto de vista de estos efectos, puede sostenerse que el titular registral está legitimado para disponer en cuanto que su inscripción constituye un signo suficiente que, en determinadas circunstancias, le habilita como titular a los efectos dispositivos, lo cual no quiere decir que el titular registral tenga la facultad de disponer –que solo corresponde al verdadero dueño–. Desde esta perspectiva el acto dispositivo es ineficaz por faltar el *ius disponendi* y puede ser, incluso, un acto ilícito –sancionado civil y penalmente–. Si la adquisición se mantiene es a pesar de que el que transmite no tiene facultad de disponer y por virtud de la eficacia legitimadora del Registro –juntamente con otras circunstancias–. El acto traslativo realizado por el no dueño es, en cuanto tal, nulo. No produce, en principio, ningún efecto, ni entre las partes ni en cuanto a terceros. La sola inscripción ulterior "no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH). Esta nulidad –como en general la nulidad de los negocios jurídicos determina una cadena de nulidades: la de todos los negocios ulteriores que partan de la validez de un negocio que es nulo. La posición inatacable de la que, en determinadas condiciones, goza el tercer adquirente –y sus caushabientes– es un supuesto *excepcional* de eficacia de los actos nulos, en razón no solo de la fuerza del registro, sino también de la buena fe del adquirente". Ibidem.

108. DIEZ-PICAZO, L. Op. cit., p. 359.

109. ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. Op. cit., p. 543.

110. Seguimos en este punto a ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. en ibidem.

la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden, establecidas en aquel. No se expresarán en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de tarscendencia real".

A veces la extensión la determina la naturaleza del derecho que se inscriba, cuya constancia en el registro obliga el art. 9 LH, por lo que la regla 5ª del art. 51 RH, prescribe que la naturaleza del derecho se expresará con el nombre que se de en el título, salvo que no se le diere ninguno. También complementa la extensión del derecho la expresión de las cargas y limitaciones que afecten al dominio de la finca o al derecho inscrito.

En consecuencia, *el dominio o derecho real inmobiliario inscrito debe reputarse existente y perteneciente al titular inscrito con la extensión que resulte del Registro y afecto a las cargas, condiciones y limitaciones que lo graven.*[111]

Pues bien, así entendida o modalizada esta faceta del principio de presunción de exactitud del art. 38 de la Ley Hipotecaria, podemos afirmar que desempeña la misma función que el *principio de literalidad* de los títulos valores cualificados o de fe pública, a saber, posibilitar la tutela jurídico obligacional del tercer adquirente y fundamentar la *autonomía del derecho inscrito* en relación al título que le sirve de base y en relación a terceros adquirentes, posibilitando así su tutela jurídico real.

Es muy elocuente a este respecto el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944:

"La naturaleza, condiciones y efectos de los derechos que sirven de base al procedimiento, aparecen claramente definidos en los asientos registrales que, por ministerio de la ley, deben ser considerados exactos e íntegros, mientras no se decida lo contrario."

Decisión que debe ser adoptada en sede judicial (art. 1-3 LH), pues, como dice la citada Exposición de Motivos "no puede darse a la inscripción, prima facie, un valor inferior al de cosa juzgada".

111. Esta es la opinión de Roca Sastre en op. cit., p. 544, coincidente con la generalidad de la doctrina. No es, sin embargo, la opinión de Sanz Fernández, para quien, dado que en nuestro sistema los derechos se crean fuera del Registro, y unicamente pueden acceder al mismo a través de documentación auténtica, el art. 38, al subordinar la presunción "a la forma determinada por el asiento respectivo", quiere decir lo siguiente:a) Existe y es válido el título en virtud del cual tuvo lugar la inscripción o cancelación; b) el contenido del título, en cuanto a los efectos reales se refiere, es el que determina el asiento; c) no existe en el título más contenido real que el que el Registro proclama. Pero, sin embargo, frente a la opinión de Sanz, para quien la presunción más que de existencia del derecho es de existencia del título, se alza el art. 38 que establece una presunción relativa al dominio y derechos reales inscritos. Cuestión distinta es que el vehículo formal a cuyo través acceden al registro sean documentos auténticos, a cuya existencia y contenido, sin embargo, no se extiende la presunción porque la misma operaría, incluso, en caso de error del Registrador.

En efecto, la presunción de exactitud registral, al igual que el principio de literalidad, vendria a significar que la naturaleza, el ámbito y el contenido del derecho inscrito se delimitan exclusivamente por el *tenor literal* del asiento registral. En su sentido absoluto significa que las relaciones entre el *verus dominus* –o el *tradens* de su *tradens* registral– y el *tercer adquirente* que inscribe su derecho se rigen por lo que expresa la inscripción misma cualquiera que fuesen el contenido y el régimen del derecho inscrito según el negocio que lo hizo nacer.

Es una consecuencias necesaria de la protección de la apariencia que genera la inscripción que exige proteger la buena fe de quien adquiere confiando en el tenor literal del contenido del registro.

En su virtud, el tenor literal de la inscripción adquiere, frente al tercero, una presunción de veracidad de su contenido, en cuya virtud, el eventual conflicto entre el titular del derecho y el titular de la inscripción se resuelve a favor de este último, del mismo modo que, en el ámbito de los títulos valores, el conflicto entre el titular del derecho documentado y el titular del documento se resuelve a favor de de este último.

Esta característica se justifica por la necesidad de contribuir a la agilización del tráfico del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, mediante la protección del tercer adquirente, y de este modo facilitar la creación y expansión de los mercados de crédito hipotecario, finalidad básica perseguida por nuestros legisladores hipotecarios

La presunción de exactitud así entendida –subordinada a la "*forma determinada por el asiento respectivo*"–, supone, al igual que el principio de literalidad de los títulos valores, una importante derogación del Derecho común de obligaciones en materia de excepciones y su sustitución por un sistema que fortalece notablemente la posición del tercer adquirente.

El adquirente queda así protegido frente a hechos o circunstancias que pueden afectar al derecho inscrito y que le eran desconocidas en el momento de la adquisición. Con ello, se le confiere inmunidad frente a buen número de excepciones a las que, de otro modo, quedaría expuesto.[112]

De hecho, al igual sucede en el ámbito de los títulos valores, la tutela jurídico-obligacional es uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta la función registral –o mejor la protección registral o tabular–. Difícilmente se podría hablar de protección de la circulación de los derechos reales inscritos si el adquirente de buena fe no quedase a salvo de aquellas circunstancias.

Ciertamente, esta protección como toda la especificidad de la regulación registral, se conecta a la eficacia jurídico-real de la inscripción, a la que nos

112. En particular, como señala DIOS MARTÍNEZ, L. M. en op. cit., p. 204, en relación a los títulos valores, el adquirente queda protegido frente a las excepciones fundadas en relaciones personales entre el deudor y el acreedor originario o, en su caso, otros adquirentes, así como frente a excepciones que no tengan su reflejo en el título.

referiremos posteriormente, pero en lo referente a la inoponibilidad tiene raíces estrictamente obligatorias.[113]

Paralelamente a lo que sucede en el ámbito de los títulos valores,[114] el Derecho Registral es un ordenamiento particular que madura historicamente para facilitar la creación y expansión del crédito hipotecario –tarea ésta que el Derecho común no estaba ni está en condiciones de realizar eficientemente, debido a la gran cantidad de riesgos que pone a cargo del adquirente–. Por esta razón, se nos presenta como un Derecho construido sobre los principios de seguridad del tráfico, que tiende a tutelar el interés del acreedor hipotecario de no ver frustradas sus expectativas de realización del crédito por la concurrencia de circunstancias que le resultaron desconocidas al hipotecante en el momento de la adquisición del derecho real inmobiliario que ofreció en garantía. Solo fortaleciendo la posición del adquirente –a costa, incluso en su caso, del *verus dominus*, y del *tradens* de su *tradens*– es posible fortalecer la posición del acreedor hipotecario y de ese modo estimular la creación y expansión del crédito hipotecario.[115]

Así se explica el principio de *inoponibilidad de excepciones* que deriva de la literalidad o presunción de exactitud del derecho inscrito, por lo que, teniendo en cuenta la función que la justifica solo opera cuando el derecho ha circulado y la relación obligatoria se ha establecido *inter tertios*, al igual que sucede en el ámbito del Derecho cambiario. Y al igual que sucede en el Derecho cambiario, cuando el derecho no ha circulado, la disciplina de la relación registral *inter partes* coincide con la propia de la relación contractual o causal.

De manera que[116] la existencia, consistencia, modalidades y vicisitudes de la relación causal se proyectan directamente sobre la relación registral generando los mismos efectos, por lo que puede ser modificada o extinguida por hechos que se manifiesten en el plano subyacente. En lo sustancial e *inter partes* coinciden, pues, las disciplinas de uno y otro plano.[117]

113. EIZAGUIRRE, J. M. en op. cit., p. 44 siguiendo a PAZ-ARES, C., en relación a los titulos valores y mas específicamente a la letra de cambio.
114. Véase PAZ-ARES, C. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Madrid:, Ed. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005. p. 14-140 et seq.
115. Obviamente, el fortalecimiento de la posición del adquirente, en sí mismo, favorece también la circulación de los derechos de propiedad, con ello la especialización, el crecimiento y el bienestar.
116. Seguimos a PAZ-ARES en op. cit., p. 15-16 trasvasando su exposición al ámbito regístral.
117. Como sabemos, en el ámbito cambiario, la protección especial del adquirente desaparece y el derecho común recobra su vigencia cuando la letra no circula –*Secundus* reclama a *Primus*– o cuando la circulación no afecta a la relación que se deduce –lo que sucede si *Tertius* reclama a *Secundus* en via de regreso– o cuando habiendo circulado retrocede a la situación primitiva –*Secundus* que

Imaginemos que la relación subyacente –compraventa p. ej.:– se anula por dolo del vendedor Secundus o que la cosa entregada es de una calidad inferior a la pactada. En tales casos es evidente que si *Secundus* reclama de *Primus* el pago del precio éste puede negarse alegando que el contrato es nulo o puede, en el caso de que ejercite la acción *quanti minoris* por vicios ocultos, exigir una rebaja del precio.

Cuando, en cambio, el derecho inscrito ha sido transmitido y la relación registral se deduce *inter tertios* ha de admitirse que la misma no produce, o mejor, no tiene necesariamente que producir los mismos efectos que la relación causal. Ahora es cuando la presunción de exactitud –literalidad, apariencia jurídica– de los asientos registrales producirá todos sus efectos con *independencia* de lo que sucede en el plano causal.

Imaginemos la misma situación anterior, pero con la salvedad de que sea *Tertius*, la entidad acreedora, quien reclame de *Primus* el crédito garantizado con hipoteca sobre la finca que adquirió de *Secundus*. *Primus* debe pagar inexcusablemente a *Tertius* sin que de ello le pueda relevar la nulidad del contrato de compraventa celebrado con *Secundus* o el cumplimiento defectuoso de este último.

7.2.2 Protección jurídico-real del adquirente: la fe pública registral

Cabe dar por reproducido en este apartado todo lo expuesto al tratar de la protección jurídico-real del adquirente en el ámbito de los títulos valores.

Es una consecuencia del principio de legitimación, exactitud o literalidad registral –como se prefiera–, fundados en la necesidad de proteger la confianza que deriva de la apariencia jurídica para, de ese modo, facilitar el tráfico y así la expansión del crédito territorial. Supone la derogación del Derecho común, mediante el reforzamiento de la posición del adquirente (a título oneroso y de buena fe), como siempre que se trata de reforzar la seguridad del tráfico.

pagó en via de regreso a *Tertius* recupera la letra y con ella se dirige a *Primus*– (Vide PAZ-ARES, C. Ibidem). Ello plantea la interesante cuestión de si sucedería la mismo en el ámbito inmobiliario registral. Supongamos que B –titular inscrito– vende a C, que inscribe, y este a D, que inscribe. Evidentemente D queda protegido por el Registro en relación a las eventuales reclamaciones que puedan hacerle todos los transmitentes anteriores al suyo derivadas de la relación subyacente, en virtud de la autonomía del derecho inscrito. Supongamos que a continuación D transmite a B que inscribe ¿Podría A accionar contra B basándose en la relación subyacente entre ambos?. La respuesta debe ser positiva, porque, en este caso no habria razones de mercado –es decir, razones basadas en la necesidad de proteger el tráfico, que justificarán la alteración de las reglas del Derecho Civil.

Este principio –denominado de fe pública registral[118]– encuentra su fundamento en el principio de exactitud y viene establecido principalmente[119] por el art. 34 de la LH, a cuyo tenor:

118. Este principio fe recogido por la Ley Hipotecaria de 1861, precisamente en su art. 34, a cuyo tenor:

"No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de titulo anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse, en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito.

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta una año despues de que empiece a regir la presente ley, y no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título."

Como señala GARCÍA GARCÍA, J. M., op. cit., t. II, p. 239, la protección que el precepto dispensaba al tercero era bastante limitada, pues no quedaba protegido frente a un título inscrito con anterioridad, aunque no constase en el Registro la causa de nulidad o de resolución y, por supuesto, tampoco quedaba protegido frente a las causas de nulidad o de resolución que que resultasen claramente del Registro, como resulta lógico –esto último– y sucede en la legislación vigente.

Aún así, la reacción de los propietarios fue tal que, en realidad, esta norma nunca llegó a entrar en vigor, al prorrogarse sucesivamente su entrada en vigor. La primera de las prórrogas fue adoptada por el Gobierno, bajo su responsabilidad, sin necesidad de refrendo legislativo alguno –y con aplauso general, según Oliver– mediante RD de 31 de diciembre de 1863. Amparado en la disolución del Congreso, el Gobierno prorrogó de nuevo y por tiempo indefinido las normas transitorias "hasta tanto que se dicte la disposición legislativa correspondiente", mediante RD de 19 de diciembre de 1865.

Sin embargo, dada la necesidad de activar el crédito territorial, y dado el fracaso del Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda toma la iniciativa y, a través de un Decreto de 5 de febrero de 1869 intenta, por un lado, acabar con el inacabable periodo transitorio y, por otro, reforzar la seguridad del tráfico potenciando la fe pública registral, cuya formulación se recoge en el art. 11: "Las fincas hipotecadas a las instituciones de crédito territorial legalmente constituidas no responderán de ninguna obligación o carga no inscrita anteriormente en el Registro de la Propiedad sobre las mismas fincas mientras que dichas instituciones no estén satisfechas de su crédito". Según Pardo el régimen especial del tercero acreedor hipotecario se inicia aquí y éste es el origen de la dualidad de terceros hipotecarios que nuestro sistema admite.

Sin embargo, el Ministerio de Justicia cuando reforme unos meses después la Ley Hipotecaria no seguirá este camino, sino el del Anteproyecto de Ley de Bases del año anterior, reabriendo el periodo transitorio en el quer la clandestinidad sigue imponiéndose, se reclama la ayuda de una purga renovada y se reduce la fe pública del Registrador a su mínima expresión.

"El tercero que de buena fe adquiera a titulo oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se prueba que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de mas protección registral que la que tuviese su causante o transferente."

Como dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944:

"La presunción legitimadora sería insuficiente para garantir por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles"

No se trata ahora de analizar ahora cuestiones tales cómo quién es el tercero de este articulo,[120] qué condiciones debe reunir para poder beneficiarse de la protección que el mismo ofrece,[121] cuestiones todas ellas exhaustivamente anali-

PARDO NÚÑEZ, C. R. Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español. *RCDI* 614/150 et seq.

119. Como señala García García J.M, hay otros preceptos concordantes tales como los arts. 31, 40 apartados c) y d), 220, 69, 28 y 207, y 33 todos ellos de la vigente Ley Hipotecaria. Op. cit., t. II, p. 228.

120. Cuestión ésta que no ofrece la menor duda al legislador hipotecario de 1944, cuya EM dispone:
"Las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de tercero, han sido allanadas al precisar su concepto en su artículo 34. A los efectos de la fides publica, no se entenderá por tercero el penitus extraneus, sino unicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral, por via onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra tercero por la de adquirente; pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo."

121. También se refiere a ello con meridiana claridad la Exposición de Motivos:
"**La inscripción solamente protege con carácter iuris et de iure a los que contratataren a titulo oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe.** Los adquirentes en virtud de la ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente.
La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en los que no concuerda con la verdad, solo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario."
Es necesario resaltar –aunque no lo exprese el art. 34, quizás por obvio– que el negocio en cuya virtud adquiere el tercero ha de ser válido. Como dice GARCÍA GARCÍA, J. M.: "Ha de ser un negocio válido entre el transmitente según el Registro y el tercer adquirente, pues, como sabemos, la inscripción no convalida el acto o contrato nulo (art. 33 LH). El art. 34 LH parte de la existencia de una

zadas por la doctrina.[122] A los efectos de nuestro estudio nos interesa saber, especialmente en qué consiste la protección jurídico-real que el mismo establece y en qué medida deroga el Derecho comun.

Siguiendo a Diez- Picazo,[123] la situación de protección del tercero es inatacable frente a cualquier acción ejercitada por el *verus dominus* extraño a las inscripciones registrales antecedentes. En este sentido, el art. 34 LH permite al tercero protegido la acción reivindicatoria, la acción confesoria y cualquier otra acción real.

Además, protege al tercer adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su titulo adquisitivo, nacida de un titular registral anterior, que pretenda la anulación o resolución del derecho del transferente. P. ej. Si Ticio fue un titular registral que transmitió en un momento dado a Cayo y éste más tarde a Sempronio, cuando Sempronio reúne las condiciones de protección del art. 34 –buena fe, título oneroso e inscripción–, Ticio no puede pretender frente a Sempronio la anulación o la resolución del derecho de Cayo y, consiguientemente, del negocio dispositivo a favor de Sempronio. El art. 34 de la LH dice claramente que el mantenimiento del tercero en su adquisición se produce aunque después "se anule o resuelva el derecho del otorgante".

Como señala García García, la protección que ofrece la *fe pública registral* se sitúa en el campo de la nulidad, en la resolución de efectos reales y en la inexistencia del negocio jurídico.[124]

En virtud de la presunción de exactitud, este enervamiento del ataque de un antecesor registral, a través de acciones de anulación o de resolución se produce siempre que las causas de las mismas no consten en el propio Registro (*simetría informativa funcional*). Si constaban, el tercero no puede merecer la confianza ni resultar protegido, pues el Registro publicaba tales causas.

Ciertamente la fe pública registral encuentra su fundamento en la presunción de exactitud e integridad (arts. 1-3, 38, 32 y 97 LH esencialmente), a la cual modaliza:

a) por un lado convierte dicha presunción en *iuris et de iure*,

b) pero solo cuando se trata de un adquirente a título oneroso y de buena fe, que cumple, también, con los demás requisitos del art. 34.

En relación a éste convierte las declaraciones del Registro en *incontrovertibles*, por las razones que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 y que transcribimos anteriormente.

nulidad o resolución, pero se refiere a las que *afectan al negocio antecedente ya inscrito y no al negocio subsiguiente en el que interviene el tercero*, pues éste es efectivamente tercero respecto a las causas de nulidad o resolución que afectan al *negocio precedente* en el que no fue parte". GARCÍA GARCÍA, J. M. Op. cit., t. II, p. 388. Como dice la STS de 22 de junio de 2001: "...la fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente, aunque no los del propio titulo adquisitivo del tercero". Citada por JEREZ DELGADO, C. en op. cit., p. 288.

122. Por todos, véase GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Madrid: Civitas, 1993. t. II, p. 227 et seq.

123. Seguimos a DIEZ-PICAZO, L., en es punto. Op. cit., p. 386 et seq.

124. GARCÍA GARCÍA, J. M. Op. cit., t. II, p. 230.

A pesar de la dicción literal, hay que entender incluidas en el precepto también las causas de nulidad, según la generalidad de la doctrina,[125] pues de lo contrario, el art. 34 no podría cumplir su función.

En cuanto a la resolución del derecho del otorgante, también debe ser interpretada extensivamente de modo que permita incluir toda una serie de hipótesis que suponen la extinción o la ineficacia sobrevenida del negocio adquisitivo del transmitente –interpretación que, además, permite el art. 37 LH que habla de "acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias"–[126]

El art. 34 LH desempeña, pues, una eficacia similar a la del art. n545 C dC, art. 19-II de la LCCh y, para quienes siguen la tesis germanista, art. 464 CC,[127] u 85 CdC para las mercaderías.[128]

125. Véase GARCÍA GARCÍA, J. M. Op. cit., p. 230 y DIEZ-PICAZO, L., op. cit., t. II, p. 387.

126. Roca Sastre R. Y Roca-Sastre Muncunill L. sostienen que el legislador ha seguido, hasta cierto punto, la tradición iniciada por la Ley Hipotecaria de 1861, de formulación del principio en varios preceptos. Así, aunque hay una formulación general en el art. 34 LH, la Ley Hipotecaria hace numerosas aplicaciones concretas del precepto; así, en el art. 32 LH y sus concordantes, los arts. 13, 15, 69, 76 y 144 de la misma y, sobre todo, el art. 40, sí como, además, los arts. 31, 220 y 37 de la misma; aparte del caso previsto en la parte final del art. 34, párrafo 1.º de la ley, unido al art. 37 de la misma, dada su amplitud, y con referencia exclusiva al supuesto de derechos claudicantes. Todas estas aplicaciones del principio de fe pública registral plasmado en el art. 34, párrafo 1.º, en su inicio, prevén los varios supuestos de *inexactitud registral* objeto de tales aplicaciones, en cada uno de los cuales consta la causa originadora de la inexactitud del Registro. *Derecho Hipotecario*, Barcelona: Bosch, 1995, t. II, p. 172-174. Sin duda, sería mucho más conveniente que el principio hubiese sido formulado en un solo artículo y de un modo mucho más general, al estilo de lo dispuesto por el art. 89-1.º del BGB, a cuyo tenor: "En beneficio de aquel que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como exacto, a no ser que contra dicha inexactitud se haya practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida por el adquirente". O por el art. 973 del Código Civil suizo, según el cual: "El que adquiera la propiedad u otros derechos reales fundándose de buena fe en una inscripción del Registro inmobiliario, es mantenido en su adquisición". Tomados de ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. en op. cit., p. 162.

127. En este sentido, SANZ FERNÁNDEZ. Para quien el efecto del art. 34 LH es paralelo al que para los bienes muebles tiene la posesión según el art. 464 Cc. Op. cit., p. 239.

128. Y cuyos precedentes remotos pueden encontrarse en determinadas normas de la *Lex Mercatoria* – un sisterma integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos al servicio de las relaciones comerciales que se fragua en Europa desde fines del siglo XI hasta principios del siglo XIII–, tales como: a) El reconocimiento de derechos en el comprador de buena fe, de muebles, de derechos superiores a los del verdadero propietario. En los derechos alemán y francés, el derecho del comprador –de buena fe– de bienes contra su verdadero propietario se expresa en las máximas "Hand wahre Hand" y "Muebles nL ont pas de suite".

Como hemos expuesto al tratar de la eficacia jurídico-real que confiere al cesionario el régimen de los títulos valores, un sector doctrinal la explica basándose en el hecho de que la literalidad confiere autonomía al Derecho incorporado.

Deciamos que literalidad significa que la posición jurídica del segundo y terceros adquirentes viene delimitada por el *tenor literal* del título y no por las relaciones personales que ligaban al tercer poseedor con el deudor, lo que fundamenta la *autonomía del derecho incorporado*, en cuya virtud cada poseedor adquiere *ex novo*, como si lo fuera originariamente –y no a titulo derivativo–, el derecho incorporado al titulo, sin subrogarse en la posición personal de su transmitente.[129] Esta característica también sirve para fundamentar, obviamente, la tutela jurídico-obligacional del adquirente.

En este mismo sentido, como afirma García García,[130] se ha discutido en nuestra doctrina si la adquisición por el tercero protegido por el art. 34 es originaria o derivativa. Cierto sector doctrinal piensa que es originaria porque no deriva de ninguna otra anterior: se apoya en la Ley y en el Registro pero no en el derecho del transferente, respecto de quien, en definitiva, se rompe el principio del Derecho Común *nemo dat quod non habet*.

Ciertamente, la posición mayoritaria de nuestra doctrina sostiene que el art. 34 de la LH consagra una adquisición *a non domino* en el supuesto de que el titular registral no sea el *verus dominus*[131] y el adquirente reuna todos los requisitos que para su protección exige el art. 34 y, en este sentido, si puede considerarse que el art. 34 LH consagra un modo originario de adquisición de la propiedad, en el sentido de que *funciona como si* el tercero adquiriese el derecho de *un titular originario*, ya que nada de lo sucedido anteriormente le pueda afectar, lo que es una

Sin embargo, en el derecho inglés, la doctrina queda limitada a las transacciones en el *open market*.

b) El desarrollo de titulos comerciales como letras de cambio y pagarés, y su transformación en los llamados contratos abstractos, en los que el documento representativo no solo es prueba de un contrato subyacente, sino que a su vez encarnaba o era el contrato y se le podía demandar independientemente.

Véase BERMAN, H. J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 355 et seq.

129. Por lo que se refiere a esta propiedad normativa y al alcance de los términos "literalidad" y "autonomía", perfectamente distinguidos por la doctrina italiana, puede consultarse la amplia bibliografía citada por DIOS MARTÍNEZ, L. M. en op. cit., p. 145, con una especial reflexión sobre (1) la distinción entre la *literalidad completa –o perfecta o directa– y literalidad incompleta –o imperfecta o indirecta o por remisión–* para diferenciar aquellos titulos cuya literalidad es suficiente para delimitar el alcance del derecho incorporado de aquellos otros en los que no se da tal circunstancia y sobre (2) como una parte de nuestra doctrina ha hecho especial hincapié en explicar esta propiedad normativa a partir de las categorías de la teoría de la apariencia jurídica y de la abstracción.

130. GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. t. II, p. 367 et seq. El autor hace una detallada exposición de las diferentes posiciones doctrinales al respecto a la que me remito.

131. Véase la exhaustiva exposición de ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. en op. cit., t. II p. 458 et seq.

consecuencia de la autonomía del derecho inscrito, consecuencia, por un lado, del principio de literalidad o presunción de exactitud del registro, que independiza *inter tertios* al derecho inscrito de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal subyacente de la que deriven y, por otro, de la necesidad de proteger la confianza fundada en la apariencia generada por el Registro.

Como sostiene Peña,[132] si la adquisición se mantiene es a pesar de que el que transmite no tiene facultad de disponer y por virtud de *la eficacia legitimadora del Registro* (juntamente con otras circunstancias).En este sentido, puede afirmarse que, en relación a un tercer adquirente protegido por el art. 34 LH, el titular inscrito del que adquiere *equivale a* un titular originario, por lo que el derecho que adquiere de él queda independizado de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal o relaciones causales subyacentes de las que él no ha sido parte. Sobre ello, volveremos posteriormente.

Esta idea se deduce claramente de la Sentencia 87/1997 de 24 de abril[133] –fundamento quinto–, la cual dice lo siguiente:

"En efecto, en un sistema de registro de inscripción, y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos 'en virtud de los que se practican los asientos', en expresión reiterada del Regla-

132. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M. Op. cit., p. 590. Proxima a esta opinión, está la de Núñez Lagos que considera que el art. 34 LH consagra la inscripción como un verdadero modo de adquirir la propiedad. Vér NÚÑEZ LAGOS, Realidad y Registro en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, I, p. 424 et seq., y *Problemas fundamentales del Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid, 1973, p. 44. Citado por ROCA SASTRE en op. cit., t. II, p. 458. No coincidimos con la opinión de Diez-Picazo y Lacruz y Sancho en el sentido de que el derecho adquirido por el tercero deriva del titular material, real o extrarregistral, a través del medio instrumental del titular registral o aparente, por lo que, mediante el efecto convalidante del art. 34 LH el derecho se consolida en el tercero con la extensión y con los límites con los que aparezca publicado en el Registro. DIEZ PICAZO, L., op. cit., p. 386, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F, en op. cit., p. 258. Nos parece plenamente acertada la crítica que dirige a esta posición Roca Sastre, según el cual: "Esta tesis de Lacruz es inadmisible, al menos en nuestro sistema inmobiliario registral, pues en éste el caso de doble venta constituye uno de los varios supuestos posibles de inexactitud registral de la que la fe pública del registro preserva al tercero hipotecario (...) quiere aportar una teoría mas a las múltiples entre las queue se debaten la doctrina científica y la jurisprudencial italiana sobre el artículo 2.644 del Código Civil de Italia y es, por tanto, una aportación completamente estéril para nuestro régimen, al fundarse en la idea de que el tercero, en principio, no verifica ninguna adquisición *a non dominio* sino *a domino* que es el aspecto más vulnerable de este esfuerzo de Lacruz, con pleno olvido del verdadero alcance de nuestro art. 34, párrafo primero de la Ley Hipotecaria". ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. Op. cit., t. II, p. 463.

133. Esta sentencia del Alto Tribunal fue dictada en el conflicto positivo de competencia 1080/1990 promovida por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con la expresión "en lengua castellana" contenida en el art. 36.1 del Real Decreto 1597/89, de 29 de diciembre, por el se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

mento del Registro Mercantil, agotan sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de este momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios del Registro Mercantil (constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc.).

... y, por fin, lo que es más relevante, aún en los (escasos) casos en que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, como queda dicho, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación, no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre éste y el documento. En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea simple reflejo del contenido de los documentos, la inscripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce efectos relativamente autónomos."

Obviamente, tales efectos adquieren mayores dimensiones en el ámbito del Registro de la Propiedad, cuyos efectos externos –efectos sobre terceros– son más enérgicos, por regla general, que los propios del Registro Mercantil.

Los efectos de los asientos registrales solo son "relativamente autónomos" como dice el Alto Tribunal, porque, en efecto, solo son autónomos *inter tertios*; sin embargo, *inter partes,* rige el contrato o negocio causal; o, si se prefiere, la inscripción solo produce efectos entre aquellos, gobernando las relaciones entre los segundos el correspondiente acto o negocio jurídico.

Así, respecto de tercero, la inscripción independiza al derecho de las vicisitudes que afecten al negocio causal del que deriva, convirtiéndolo, en este sentido, en abstracto: lo mismo que sucede con el derecho incorporado a la letra respecto del endosatario.

En efecto, la letra *incorpora* el derecho de crédito y lo *independiza*,a efectos del endosatario, de las vicisitudes que afecten al negocio causal, convirtiéndolo así y en este sentido, en *abstracto* –abstracción personal–. Entre las partes primitivas o primeras rige el contrato; a efectos del tenedor –adquirente cambiario de buena fe– solo rige el contenido de la letra; de este modo, las incertidumbres desaparecen y los derechos de crédito pueden circular.

El Registro de derechos es esta misma tecnología jurídica aplicada al ámbito inmobiliario, con la finalidad de activar el mercado de inmuebles y el crédito territorial: entre partes regirá el contrato, pero una vez inscrito el derecho resultante del mismo, esto es, una vez *incorporado* el contenido de tal derecho –*intabulado*, si se prefiere– al folio registral, una vez que el derecho circule, es decir, cuando alguien lo adquiera del titular registral, el efecto fe pública impone que al adquirente –a título oneroso y de buena fe– le afecte unicamente el contenido del Registro, pero no el del negocio causal ni las vicisitudes que puedan afectar a éste.

Por ello, en la medida en que el ordenamiento jurídico admita excepciones al principio de *fe pública registral*[134] –esencialmente en forma de *overriding*

134. Un estudio exhaustivo de las excepciones al principio de fe pública registral en nuestro sistema puede encontrarse en GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II, p. 411 et seq.

interests o cargas ocultas, en beneficio de personas, grupos o instituciones determinadas –en esa misma medida–, disminuye el grado de incorporación del derecho al folio registral[135] –intabulación– y en esa misma medida aumentan las incertidumbres para *adquirentes*, *propietarios y acreedores* en el mercado inmobiliario, por lo que, también en esa misma medida, disminuye la contratación y se encarece el crédito.[136]

De todos modos, al estar formulado el principio de *fe pública registral* en una *ley formal*, las excepciones a dicho principio también deben ser formuladas en una norma con el mismo rango, lo que permite que el adquirente –el mercado– pueda tener conocimiento *ex ante* de las excepciones que le afectan o pueden llegar a afectarle: las sorpresas posibles quedan limitadas y pueden ser conocidas. Ahora bien, llegar a conocerlas implica mayores costes de información y la imposibilidad de quedar inmunizado frente a la incertidumbre de que las mismas se hagan efectivas y afecten al derecho adquirido. Tan solo cabrá, una vez que la excepción ha impedido la protección del derecho mediante una regla de propiedad, recurrir a su aseguramiento en aquellos aspectos potencialmente afectados por las excepciones legalmente establecidas al juego de la fe pública registral.

8. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN INCORPORADA EN EL TÍTULO VALOR

8.1 Planteamiento

Como afirma Eizaguirre, el emisor de un titulo valor cualificado se sitúa en una posición más compleja y, sobre todo, más onerosa, que quien expide un titulo-valor simple o directo, ya que este último solo resulta obligado frente a quien lo está ya contractualmente; y solo mediante el mecanismo de la cesión puede verse obligado frente a un tercero, preservando plenamente su posición inicial.

En cambio, quien emite un titulo al portador o a la orden, debe contar como circunstancia natural y no excepcional, con que el documento vaya a parar a manos de un tercero distinto a la contraparte contractual inicial. Este último resultará normalmente un titular legítimo, pero no se puede excluir que,

135. Como expusimos al principio del trabajo la incorporación es una propiedad de intensidad graduable. Evidentemente, la fe pública registral no opera en relación a los datos de hecho de la finca por la sencilla razón de que sería absurdo, pero sí opera el principio de presunción de exactitud del Registro como sostiene Peña. Ver al respecto la nota 102.

136. En efecto, beneficiar a unos pocos puede perjudicar a muchos. Las excepciones son, por ello, en principio, una solución de suma negativa, que deben ser erradicadas, salvo en aquellos casos, si es que existen, en los que se demuestre que son soluciones de suma positiva. El legislador de 1861 hizo un loable esfuerzo por erradicar algunos de los más importantes privilegios tradicionalmente incrustados en nuestro derecho, sin conseguirlo plenamente. Evidentemente, los intereses sectoriales no cejan en su constante intento de *capturar* al regulador, con la finalidad de obtener regulaciones que, con perjuicio del interés general, satisfagan sus expectativas de búsqueda de rentas.

en ocasiones, llegue a ser ilegítimo, debido a la vocación circulatoria de estos títulos valores.[137]

Ello ha motivado que la doctrina-especialmente la extranjera– haya buscado expedientes teóricos que permitiesen una explicación omnicomprensiva del fenómeno cambiario.

No nos detendremos en la exposición de las diferentes posiciones teóricas al respecto, por ser ello ajeno a la finalidad del presente trabajo.[138]

Partiremos de la posición doctrinal ampliamente mayoritaria en la actualidad desarrollada entre nosotros, esencialmente, por Paz Ares.[139]

Parte Paz Ares de que la válida constitución de una obligación cambiaria necesita en todo caso –tanto *inter partes* como *inter tertios*– un titulo integramente formalizado; es decir, un documento en el que se hayan consignado todos los requisitos exigidos por el art. 1 en relación con el art. 2 ambos de la LCCh. Solo cuando tales condiciones de forma se han cumplido puede nacer una obligación cambiaria.

8.2 *Fundamento de la obligación cambiaria* inter partes*: el contrato de entrega*

La perfección del vínculo cambiario *inter partes* requiere no solo que el deudor firme el título sino que además lo entregue al acreedor o, desde una perspectiva más general, en palabras de Eizaguirre, la obligación cartular surge *de la válida suscripción del documento, unida a la entrega del mismo al acreedor*.[140]

Es en este segundo momento cuando se produce el acuerdo contractual a través del cual se constituye la relación obligatoria . El deudor, entregando el título, realiza una verdadera declaración de voluntad por la que manifiesta su intención definitiva de obligarse.[141]

137. EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 63.

138. Para una completa exposición crítica de las mismas, véase PAZ-ARES, C. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Madrid: Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005. También EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 63 et seq., y ZURIMENDI ISLA, A. *Los fundamentos civiles del derecho cambiario*. Ed. Comares, 2004, p. 10 et seq.

139. PAZ-ARES, C. Op cit., p. 140 et seq.

140. EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 66.

141. Según Paz-Ares esta declaración debe construirse como una declaración de oferta contractual. Recibiendo el titulo el acreedor realiza otra declaración de voluntad por medio de la cual patentiza la aceptación de la promesa del deudor. De esta manera se perfecciona el contrato de entrega. Op. cit., p. 141. Por ello, según este autor –p. 145– la entrega en el contrato cambiario, y en lo que hace a su dimensión estrictamente obligatoria, no debe configurarse como un presupuesto o elemto autónomo del contrato, sino más bien como la forma –"forma esencial"– de exteriorizar la voluntad de obligarse del suscriptor.
Para Paz-Ares, el contrato de entrega es de naturaleza real y tiene un contenido obligatorio –porque constituye la obligación cambiaria a cargo del deudor que entrega la letra– y dispositivo –porque transmite la propiedad de la letra y los

Esta construcción teórica presenta algunas ventajas, entre las que cabe destacar, en primer lugar, que posibilita una inserción congruente de la obligación cambiaria –y, en general, cartular– en la sistemática de nuestro derecho de obligaciones, gobernado por el principio contractual, según el cual la principal fuente de obligaciones nacidas de la voluntad es el contrato;[142] y, en segundo lugar, es la que se adapta en mayor medida a la realidad del tráfico jurídico.

8.3 Fundamento de la obligación cambiaria inter tertios

8.3.1 En los supuestos normales: el contrato de entrega

Como sostiene Paz Ares,[143] la obligación del deudor en la relación cartular *inter tertios* tiene el mismo fundamento *en los supuestos normales* que la obligación del deudor en la relación *inter partes*, es decir el contrato de entrega.

En efecto, si Primus –emisor aceptante de la letra– la entrega a Secundus –acreedor tomador–, la entrega es el fundamento de la obligación cartular de Primus frente a Secundus; si Secundus la entrega a Tertius, por la misma razón Secundus responderá frente a Tertius.

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de la pretensión de Tertius frente a Primus?. La respuesta, sostiene Paz Ares, es el contrato de entrega entre Primus y Secundus seguido del contrato de entrega entre Secundus y Tertius.

Con esta obviedad se pretende decir que *normalmente* –es decir, siempre que sea válido el contrato en virtud del cual se obligó el deudor– el fundamento de la obligación cambiaria –y, en general cartular– es el mismo *inter tertios* que *inter partes*.[144]

derechos derivados de ella– (véase op. cit., p. 143 et seq.). No está de acuerdo con esta opinión Eizaguirre, para quien la naturaleza del contrato de entrega depende del tipo de derecho que se trata de constituir mediante el mismo. Así, si se trata de la emisión de obligaciones de una sociedad anónima, la entrega del papel presenta tanto carácter *obligatorio* –crea la obligación– como *dispositivo*, es decir, transmite la propiedad del documento. En tanto que la entrega de la letra de cambio tras su aceptación, solo genera la obligación, puesto que la propiedad del papel pertenecía ya al acreedor. Por ello, solo en el primer caso puede afirmarse sin vacilación, que el contrato de entrega tiene carácter *real* sometido para su perfección al requisito de la tradición (arts. 609 y 1095 Cc); toda vez que, si se persigue simplemente el efecto obligatorio, la entrega del papel es ajena a dichos efectos de publicidad posesoria.
EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 66-67.

142. EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 66, pone de manifiesto cómo en nuestro Derecho la preponderancia del contrato como fuente de las obligaciones nacidas de la voluntad no resulta de una manera tan nítida de la enumeración contenida en el art. 1089 Cc como de la regla del parágrafo 305 BGB alemán. Por ello, se precisa en nuestra doctrina una contemplación sistemática del Cc. En el mismo sentido PAZ-ARES, C., op. cit., p. 147 et seq.
143. PAZ-ARES, C. Op. cit., p. 154.
144. De este modo, como sostiene el propio Paz Ares en ibid. se separa de las viejas teorías dualistas a tenor de las cuales el fundamento de la obligación cambiaria

8.3.2 En las hipótesis patológicas: la teoría de la apariencia jurídica

8.3.2.1 La apariencia jurídica como fundamento de la protección de la confianza del tercero

Los problemas se plantean en las *hipótesis patológicas*, es decir en las hipótesis en las que el contrato de entrega adolece de alguna causa de ineficacia, en cuyo caso, si bien Primus puede excepcionar frente a Secundus con base en la misma, sin embargo no puede hacerlo frente a Tertius (principio de oponibilidad limitada o de limitación de excepciones),[145] como consecuencia de las exigencias derivadas de la seguridad del tráfico, que exijen la protección del tercero, pues de lo contrario se estaría dañando gravemente el volumen y ritmo de la circulación de los créditos. Y el derecho cambiario surge, precisamente, para fomentar la circulación crediticia mediante la protección del adquirente, como vimos.

Es en estos supuestos cuando la *teoría de la apariencia jurídica* se muestra, en palabras de Eizaguirre,[146] como el complemento natural de *la teoría del contrato de entrega*, a fin de explicar en su conjunto el fundamento de la responsabilidad del suscriptor de un título valor cualificado.

Hay acuerdo general en atribuir a Brunner, en su obra *Wertpapiere* el mérito de haber recurrido a la teoría de la apariencia para explicar, en el ámbito del derecho cambiario, lo que no podía explicar la teoría contractualista: por qué se respondía en ocasiones sin que hubiera contrato.

Pues bien, como observa Paz Ares,[147] lo que hizo Brunner fue aplicar a la letra de cambio y otros títulos valores el *principio registral de fe pública del Derecho alemán*, lo que le permitió afirmar que el tercero, al adquirir la letra de buena fe, era protegido por el ordenamiento, porque confiaba en que el contenido de la obligación era el reflejado en el papel.[148] Pero fue Jacobi el primero en desarrollarla.[149]

En España, se hablaba del principio de apariencia como un principio presente en el Derecho cambiario, de forma que si bien el fundamento de la obligación

frente a terceros es siempre distinto del de la obligación cambiaria entre partes: en el primer caso, la declaración unilateral de voluntad que se expresa en la suscripción del documento y en el segundo, el contrato., cayendo en el error de postular la existencia de dos obligaciones. En efecto, de ese modo, si bien se explica por qué Tertius es inmune a las excepciones que Primus puede oponer a Secundus –son *exceptiones ex ure tertii*–, sin embargo, no se puede explicar por qué Tertius ha de sufrirlas si las conoce –es decir, si es de mala fe–, pues las *exceptiones* siguen siendo *ex iure tertii*.

145. Si la transmisión cambiaria de Primus a Secundus adolece de alguna causa de ineficacia, en el caso de que Secundus accione frente a Primus, éste puede oponérsela, por muy legitimado que esté formalmente Scundus, pero si éste transmite a Tertius y éste acciona frente a Primus, éste ha de allanarse frente a tal pretensión (arts. 12 y 19.II LCCh)
146. EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 67.
147. PAZ-ARES, C. Op. cit., p. 157.
148. Tomado de ZURIMENDI ISLA, A. en op. cit., p. 81.
149. Véase PAZ-ARES y ZURIMENDI ISLA en ibidem.

cambiaria se situaba en la ley, la apariencia era la razón final "el fundamento del fundamento", en palabras de Garrigues.[150] La apariencia se utilizaba más como recurso explicativo o expresivo que propiamente constructivo.

Corresponde a Paz Ares el mérito de haber utilizado el principio de la apariencia para fundamentar la obligación del deudor cambiario en las relaciones *inter tertios* en los supuestos patológicos, tal y como hemos expuesto anteriormente. Su postura puede considerarse hoy la más aceptada en nuestra doctrina.[151]

Sostiene Paz-Ares[152] que la doctrina de la apariencia se basa en el pensamiento de que el obligado cambiario suscribiendo el título crea una realidad visible sobre la que puede confiar el tercero de buena fe. Se basa, por tanto, en la conexión del *principio de publicidad* y el *principio de imputación*: el documento suscrito genera la apariencia jurídica de que el derecho incorporado ha surgido libre de defectos y por tal apariencia ha de responder el suscriptor en la medida en que la haya causado de una manera imputable, en razon del elevado riesgo asumido frente al tráfico por la expedición de un documento particularmente avocado a la circulación.[153]

Esta perspectiva permite ilustrar los principios subyacentes a gran parte de las normas arbitradas por el derecho común para la seguridad del tráfico, en torno a las cuales se ha ido construyendo la teoría de la apariencia, lo que permite subrayar la *homogeneidad intrasistemática* entre el Derecho cambiario y el Derecho común allí donde éste consagra la responsabilidad por la creación de la apariencia.

La apariencia jurídica, en opinión de Zurimendi, no es más que una manifestación específica del más amplio principio de la *responsabilidad por confianza*, principio que atraviesa todo el Derecho Privado y que tiene dos manifestaciones o vertientes: una negativa, en la que la violación de la confianza da lugar unicamente a una indemnización por daños y perjuicios, y otra positiva, en la que la confianza generada fundamenta una pretensión específica, siendo la apariencia jurídica una manifestación de esta vertiente positiva de la responsabilidad por confianza, en cuya virtud ciertas situaciones aparentes se tienen en ciertos casos como reales, y que opera no solo en el ámbito de los titulos valores sino en otras muchas materias, como en la representación (arts. 1734 y 1738 Cc, art. 286 CdC), en el Derecho Registral (art. 21 CdC, art. 34 LH), en el Derecho de Familia (art. 79 Cc), en el Derecho de Sociedades (art. 147 CdC) e, incluso, en el Derecho del Trabajo.[154]

8.3.2.2 Requisitos

El supuesto de hecho de la obligación cambiaria *inter tertios* es, pues, un supuesto de hecho apariencial y, como tal, requiere la concurrencia de una serie de elementos

150. Seguimos en este punto a ZURIMENDI ISLA, A. en op. cit., p. 81 et seq.
151. Vease ZURIMENDI ISLA, A. en op. cit., p. 82.
152. Seguimos su exposición en op. cit., p. 159 et seq.
153. EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 68.
154. Según Canaris, para el Derecho alemán, citado por ZURIMENDI ISLA en op. cit., p. 83.

que son los que conforman la *species facti* en derecho común. Si falta alguno de esos elementos, no se conforma correctamente el supuesto de hecho y, por tanto, no se constituye a favor de tercero la obligación cambiaria. Tales elementos son:[155]

8.3.2.2.1 La denominada situación objetiva de apariencia – La apariencia ha de referirse necesariamente a una situación objetiva cuya presencia externa tiene tal fuerza en relación al tercero que el derecho permite a éste fiarse de ella sin necesidad de una investigación exhaustiva.

Este elemento viene dado en materia cambiaria por la propia *letra de cambio* que *literaliza* el contenido de un derecho de crédito.

Pero no basta con que del documento se desprenda la existencia del derecho, sino que, además de él, también debe desprenderse que se ha adquirido del legítimo titular.[156] Naturalmente, no es necesario que el título haya sido transmitido por su auténtico propietario o por quien tuviera realmente legitimidad para transmitirlo, sino que basta con que de las circunstancias del caso el *tradens* parezca que lo es o que parezca que tenga legitimidad para transmitirlo (arts. 19, 126 y 127 LCCh). El *accipiens* en estos casos adquiere el título de buena fe, y para ello se requerirá en los títulos a la orden la regularidad formal de la cadena de endosos. Esto es, el *accipiens* no debe comprobar la autenticidad de las firmas, sino solo que formalmente la cadena de endosos no ha sido interrumpida; para los títulos al portador, basta con la mera posesión.

8.3.2.2.2 Ha de mediar un negocio de tráfico – La apariencia, en tanto que *instrumento al servicio del mercado*, solo actúa a favor del *tercero cambiario*, no de cualquier tercero. Es decir, a favor del tercero que haya adquirido la letra –o título cualificado– en virtud de un *negocio de tráfico*, entendiendo por tal el que sirve por separado el interés económico, tanto del *tradens* –lo que excluye los negocios gratuitos– como del *accipiens* –lo que excluye las transmisiones realizadas en interés exclusivo del *tradens*, como v.gr.: endoso fiduciario de cobranza–.

El requisito de la onerosidad del negocio no lo exigen expresamente los arts. 19 y 125 de la LCCc. Sin embargo, como sostiene Zurimendi,[157] debe llegarse a esta conclusión mediante la aplicación analógica del art. 34 de la Ley Hipotecaria, que regula un supuesto similar, y de la ponderación de los intereses en juego. Partiendo 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.

Sin embargo, si el confiante recibe el titulo-valor a título gratuito, no sufre ningún perjuicio si no se le protege, pero sí el deudor, y, conforme al principio "*qui certat de damno evitando anteponendus est qui certat de lucro captando*", ha de preferirse a aquel que trata de evitar un daño –el deudor– frente a quien

155. PAZ-ARES, C. Op. cit., p. 160 et seq.
156. Seguimos en este punto a ZURIMENDI ISLA, A. Op. cit., p. 87.
157. ZURIMENDI ISLA, A. Op. cit., p. 89-90 que cita abundante bibliografía en apoyo de esta tesis.

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 a las transmisiones gratuitas.

8.3.2.2.3 Ha de haber buena fe en la adquisición – El tercero debe ignorar los vicios del contrato de entrega entre el deudor y su transmitente pues el ordenamiento solo protege a quien de buena fe confía en la apariencia y no a quien se vale de ella de mala fe. De esta manera se reducen los *costes de información* que dificultan el intercambio y se facilita la circulación. Pero si el tercero es de mala fe, es decir, conoce las circunstancias que pueden frustrar sus expectativas, o incurre en culpa grave, es decir, podía haberlas conocido fácilmente, incurriendo en un mínimo coste,[158] entonces, conforme a lo expuesto, no está justificado sacrificar el interés del deudor.

La buena fe del adquirente debe existir en el momento de la adquisición del título –arts. 12, 19 II, 119 y 127 LCCh–, siendo irrelevante a estos efectos el conocimiento posterior de la realidad –*mala fides superveniens non nocet*[159]–. De lo contrario, se perjudicaría la circulación del título, pues nadie se arriesgaría a adquirirlo por temor a conocer a posteriormente sus vicios.

8.3.2.2.4 La situación objetiva de apariencia ha de ser imputable al deudor – Obviamente, el deudor solo responde si la creación de la apariencia en la que confió el tercero le es imputable conforme a un criterio objetivo, que, en materia cambiaria, es la firma o suscripción del documento, entendida la firma no tanto como una declaración de voluntad negocial, cuanto como un acto jurídico en sentido estricto y, por tanto, un acto imputable.

Es este un aspecto en el que insiste muy especialmente Paz Ares: según este autor, a quien estamos siguiendo en esta materia, no se puede confundir el requisito de la imputabilidad propio de la doctrina de la apariencia –que solo exige el impulso volitivo o *Willenimpuls*–, con el requisito de la voluntad propio de la doctrina del negocio jurídico –que exige también el contenido volitivo o *Willensinhalt*–. Son magnitudes diversas gobernadas por principios distintos. En el primer caso, opera el principio de protección de la seguridad del tráfico y en el segundo el principio de protección de la seguridad jurídica –autonomía de la voluntad–, por lo que no cabe la aplicación analógica de la disciplina negocial a situaciones aparienciales. En efecto, lo específico de la protección del tráfico que realiza el Derecho cambiario es que, por medio de la apariencia, se conectan efectos semejantes a los negociales, a un comportamiento no negocial.[160]

158. Los arts. 12, 119 LCCh y 545 CdC demuestran que el nivel de diligencia exigibles es realmente mínimo.
159. De lo contrario, se perjudicaría la circulabilidad del título, porque nadie se arriesgaría a adquirirlo por temor a conocer posteriormente sus vicios. En todo caso, el conocimiento posterior, facultará al acreedor a optar, en función de sus intereses, entre invocar la situación real o la aparente. ZURIMENDI ISLA, A. Op. cit., p. 91.
160. Como observa Zurimendi Isla –op cit., p. 92-93– ello no obsta a que a veces sean de aplicación analógica las reglas del negocio jurídico, como por ejemplo

Cuando concurren estos cuatro requisitos conjuntamente surge el supuesto de hecho apariencial y con él se constituye la obligación cambiaria frente a terceros a cargo del suscriptor.

Considerando que la protección de la apariencia opera a favor y no en contra del tercero, si éste descubre, una vez adquirido el título, que la situación real le es más favorable, puede invocar ésta, pues no está obligado a autolimitarse a la situación aparente, ya que sería contradictorio que un principio concebido para la protección del tercero de buena fe, acabe perjudicándole, al restringir sus derechos respecto de los que tendría en la situación real.[161]

9. La cuestión en el ámbito del Derecho Registral: la abstracción registral

En el ámbito registral, las cosas se desarrollan de un modo sustancialmente idéntico, tal y como hemos explicado anteriormente.

En efecto, si Primus vende a Secundus un inmueble, las relaciones entre ambos se rijen por el contrato –que en nuestro sistema es siempre causa[162]– 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

los preceptos sobre la capacidad, y en algunos casos, incluso algunos referidos a los vicios de la voluntad (...) Por eso, en los casos de falta de consciencia, como cuando se cree que se está firmando un autógrafo y no un titulo, no hay imputación y el vicio de la voluntad es oponible *erga omnes* (...) Tampoco en los casos de violencia o intimidación absoluta puede considerarse al suscriptor auténtico autor de la firma, porque no ha actuado libremente, sino obligado por las circunstancias, por lo que estamos también aquí ante un excepcional supuesto de oposición *erga omnes* de un vicio de la voluntad. Otros supuestos en los que falta el nexo de autoría son los de falsedad –arts. 8 y 116 LCCh– y falta de representación –ex arts. 8, 10, 116 y 117 LCCh–.

161. Ver ZURIMENDI ISLA, A. Op. cit., p. 95. Destaca este autor que más discutida es la cuestión del plazo de ejercicio del derecho, para lo que deben tenerse en cuenta las exigencias derivadas del principio de buena fe. Cuestión distinta – y de gran interés– es la planteada por Paz Ares en op. cit., p. 65: "¿Puede afirmarse que la apariencia también opera resucitando un derecho que habiendo sido normalmente constituido se ha extinguido por cualquiera de las causas del art. 1156 Cc? La respuesta ha de ser, asimismo, afirmativa. Solo que en esta caso la imputación de la apariencia al deudor no proviene tanto de haber firmado la letra cuanto de no haberla rescatado –a lo que tiene derecho cualquier deudor cuyo crédito se extinga: véase art. 45.I LC–" Opinión ésta con la que coincidimos plenamente: es la falta de diligencia del deudor la que fundamenta esta consecuencia.

162. 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: Civitas, 1985. p. 297.

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 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,[163] 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*[164] porque en ese ámbito no son oponibles tales excepciones.[165]

En ambos casos,[166] si los vicios y vicisitudes de la relación causal no reflejados en el titulo-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 menos se concatenan dos operaciones simples u operaciones *inter partes* que son necesariamente causales.

Zurimendi prefiere que no se utilice el término "abstracción", aunque se matice con los calificativos de "personal", "funcional" o "procesal" para explicar la inoponibilidad *inter tertios* de excepciones derivadas de la relaciones causales subyacentes previas, porque puede inducir a error, ya que en nuestro sistema,

163. Naturalmente con las excepciones al efecto fe pública registral formuladas por normas de rango legal. Pero, cumplidas las condicione 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.
164. Vide PAZ-ARES, C. Op. cit.
165. 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. Op. cit., p. 324.
166. Hacemos extensiva la posición de PAZ-ARES en el ámbito cambiario al ámbito registral. PAZ ARES, C. Op. cit., p. 214 et seq.

a diferencia del alemán, no se admite el negocio abstracto –para cuyo supuesto Paz Ares reserva la expresión "abstracción material"–, ni la doctrina alemana recurre a la abstracción para explicar el fenómeno.

En su lugar, propone concebir la obligación cambiaria como causal y explicar que las excepciones derivadas de la relación o contrato subyacente no serán oponibles a terceros de buena fe que adquieren solo la obligación cambiaria y no la causal, y que, al ser ajenos a ella, no le son oponibles, en virtud del principio de relatividad de los contratos (art. 1.257Cc).[167]

Parece una argumentación convincente y plenamente aplicable al ámbito registral. La inoponibilidad de excepciones *inter tertios* puede explicarse en este ámbito porque el tercero no adquiere el derecho tal y como ha sido perfilado por el contrato en virtud del cual adquirió su *tradens*, sino tal y como quedó configurado en la inscripción resultante de aquel negocio adquisitivo.En el ámbito registral, se adquiere el derecho según el Registro (arts. 32 y 34 LH) 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*.

No parece, sin embargo, que haya ningún inconveniente para que se pueda denominar a este fenómeno "abstracción registral".

Así como en sede cambiaria hemos abordado la cuestión de cual es el fundamento de la obligación asumida por el deudor cambiario, tanto *inter partes* como *inter tertios*, en el ámbito registral lo pertinente es plantearse, por un lado, cuál es el fundamento de que el *verus dominus* pueda verse privado de su derecho si no inscribe su adquisición y, por otro, cuál es el fundamento de la protección de quien adquiere de buena fe de un titular registral que no es *verus dominus*.

9.1 Fundamento de que el verus dominus pueda verse privado de su derecho si no inscribe su adquisición

9.1.1 Fundamento

Conforme a lo que llevamos expuesto, resulta claro que el ordenamiento registral protege la seguridad del tráfico, mediante la protección del tercero que adquiere de buena fe de un titular inscrito, mediante un *acto de tráfico*(art. 34 LH), lo que supone una modulación de las consecuencias de lo dispuesto por el art. 38 LH.[168] En un doble sentido:1 – por un lado, las limita a los adquirentes a título oneroso y de buena fe, porque el registro es un instrumento para el mercado (que presupone la buena fe y desconoce los actos a título gratuito).[169]

167. ZURIMENDI ISLA, A. Op. cit., p. 322 et seq. En realidad su discrepancia con Paz-Ares es más terminológica que de fondo.

168. Obviamente, también el art. 32 protege al tercero, al consagrar la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros. En la medida en que, en nuestra opinión, el fundamento de la consecuencia del art. 34 de la Ley hipotecaria, es el principio de exactitud, creemos que el art. 32 LH –como el art. 97 LH– define uno de los contornos de dicha protección.

169. Esta idea aparece claramente recogida en la EM de la LH 1944: "Objeto de particular estudio ha sido el principio de la fe pública registral, elemento básico de

2 – por otro, la presunción *iuris tantum* de exactitud ex. art. 38 LH a favor del titular registral deviene en una presunción *iuris et de iure* a favor del tercer adquirente ex. art. 34 LH.[170]

Ello supone situar los riesgos sobre el *verus dominus* que no ha inscrito su derecho o, si se prefiere, sobre el tercer adquirente –y presumible *verus dominus*– que, reuniendo las circunstancias del art. 34 LH, no inscribe su adquisición, lo que le puede suponer la pérdida del derecho adquirido.

En el ámbito registral, el *verus dominus* que adquiere de titular inscrito pero no inscribe, es responsable de la situación objetiva de apariencia de titularidad que proclama el Registro a favor de su transmitente, y que fundamenta la confianza, que merece ser protegida, de quienes, de buena fe y a titulo oneroso, están interesados en adquirir el derecho, porque, conforme a la situación objetiva de apariencia, –que el *verus dominus* ha preferido no alterar– creen estar adquiriendo del *verdadero dueño*.

9.1.2 El supuesto sacrificio del principio del consentimiento

Dicho de otro modo, 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 la imposición de una transacción forzosa a su titular, que, precisamente por serlo, es ineficiente.[171]

> todos los sistemas hipotecarios. La presunción legitimadora sería insuficiente para garantir por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles.
>
> Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que, en orden a la aplicación del predicho principio, rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege, con carácter *iuris er de iure*, a los que contraten a titulo oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de los que sus propios titulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente. *La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en los casos en que no concuerda con la verdad, solo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario*".

170. En este sentido DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1978. t. II, p. 371.

171. En este sentido PAZ-ARES, C. Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, en *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 tipicamente eficientes", es decir, las voluntarias.

Así, se afirma, en el *modelo*[172] 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.

Siendo ello así, se afirma,[173] la reducción de costes transaccionales no debería articularse como una finalidad en sí misma, sino como un medio para facilitar que los bienes sean asignados a quien los use de manera más eficiente, algo que no garantiza la seguridad del tráfico, que puede decretar transacciones inconsentidas y, por tanto, ineficientes, en supuestos excepcionales.

En realidad, esta posiciones tienen su origen en Ehrenberg, según el cual:

"La seguridad jurídica –en el sentido estricto de la expresión– consiste en que no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ésta. La seguridad del tráfico consiste en que la previsiblemente favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona."[174]

Como observa Pau –en su estudio introductorio a la traducción que realiza de la obra de Ehrenberg–, en la mayor parte de los casos, las referencias posteriores no han pasado de la cita del título y del empleo de las dos expresiones que aparecen en él, con la excepción del trabajo de Paz-Ares al que posteriormente nos referiremos.[175]

El propio Ehrenberg precisa:

172. 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, F. P. *Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos*: un falso dilema. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo, t. III, p. 4.050.
173. PARDO NÚÑEZ, C. R. Seguridad del tráfico y circulación de capital en *RCDI* 623/1.522-1.561, 1994.
174. EHRENBERG, V. *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. Madrid: Ed. Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2003, p. 36. Se trata de una excelente traducción de A. Pau Pedrón, precedida de una no menos excelente introducción del mismo autor. En ella pone de manifiesto que los primeros ecos de las ideas de Ehrenberg en España aparecen en artículos de Vallet de Goytisolo –a partir de la Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de posesión, *RDP*, junio, 1953– que las recoge indirectamente, a través de la doctrina italiana, especialmente de Carnelutti y su *Teoría general del tráfico*, publicado en Padua en 1933. También Lacruz introduce las ideas de Ehrenberg en España, en la segunda edición de sus *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral* de 1957, si bien en este caso, como resalta Pau, Lacruz sí trae las ideas de Ehrenberg del propio original.
175. PAU PEDRÓN, A. En la *Introducción* de la traducción a la que nos referimos en la nota anterior (p. 10-11).

"solo en el momento de tensión en el cual una de las partes ve el peligro de perder contra su voluntad un derecho y la otra parte percibe a su vez el peligro de no poder adquirir un derecho o no poder desligarse de una obligación, solo en ese instante es cuando entran en conflicto la seguridad jurídica y la seguridad del derecho."[176]

En otro pasaje de la misma obra afirma:

"Si el ordenamiento jurídico permite que la inscripción sea invocada, no solo por el inscrito sino también por un tercero, entonces, una misma institución jurídica, que...protege de manera principal la seguridad jurídica, está favoreciendo la seguridad del tráfico jurídico a costa de la seguridad jurídica."[177]

A esta idea central de Ehrenberg, la ha denominado Paz-Ares, *hipótesis de la repelencia*, con cuya expresión quiere significar que la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico constituyen la expresión doctrinal de valores normativos que se repelen mutuamente y que, por consiguiente, conviven dentro del Derecho privado en conflicto y tensión permanentes.[178]

Corresponde a Paz-Ares el mérito de haber detectado que Ehrenberg, junto a esta idea central, desliza otra hipótesis en forma de sugerencia, a la que Paz-Ares denomina *hipótesis de atracción*. Según esta segunda hipótesis, la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico deben ser contempladas, más que como categorías antagónicas, como piezas distintas de un idéntico mecanismo; como el anverso y el reverso de un mismo fenómeno, que no es otro que el de la facilitación al titular originario –y no al tercer adquirente– del aprovechamiento del valor económico de su derecho subjetivo.[179]

Desde esta perspectiva argumenta Paz-Ares del siguiente modo: la seguridad del tráfico no sería 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, por cuya razón no se entiende por qué, en el límite, se va a preferir al adquirente frente al titular, cuando éste no ha transmitido voluntariamente, sabiendo como sabemos que las distribuciones de recursos óptimas desde el punto de vista de la eficiencia son precisamente aquellas cuya alteración no es posible voluntariamente –*óptimo de Pareto*–.

En la medida en que las normas de seguridad del tráfico reducen costes transaccionales y facilitan las transacciones voluntarias estarían justificadas. Ahora bien, a cambio de este ahorro, aumentan 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, pues la reducción de costes que acarrea la seguridad del tráfico se tramita cabalmente a través de la imposición forzosa de la transacción a su titular.

176. EHRENBERG, V. Op. cit., p. 35.
177. EHRENBERG, V. Op. cit., p. 39.
178. PAZ-ARES, C. Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *RDM* 175-176/8, 1985.
179. PAZ-ARES, C. Seguridad jurídica..., p. 8. Detaca el autor que lo más significativo de este segundo planteamiento es que el interés del adquirente desaparece de escena: la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico, dos vasallos distintos, sirven ahora a un mismo señor, el titular del derecho.

9.1.3 *El derecho de la seguridad del tráfico: un juego de suma positiva*

Es aquí donde discrepamos de la opinión del ilustre profesor, al menos en el ámbito inmobiliario y en relación a la arquitectura jurídica del Registro de derechos o de tráfico. Estos, en la medida en que consiguen aumentar la seguridad del tráfico, aumentan también la seguridad jurídica –y, por consiguiente, disminuyen los costes de vigilancia o conservación del derecho para el titular originario– y viceversa. No aumenta una a costa de la otra, no se consigue la seguridad del tráfico a costa de privar al *verus dominus* de su derecho *sin su consentimiento;* por el contrario, tal privación unicamente puede producirse porque el *verus dominus* no asuma la carga que le impone el sistema registral para conservar su derecho –la inscripción de su adquisición– en todo caso de coste muy inferior a las medidas de conservación que debería adoptar en ausencia de sistema registral de derechos y, por tanto, en un sistema jurídico, gobernado por los principios *nemo dat quod non habet* y *ubi rem meam invenio ibi vindico*, entre otros.

En efecto, si por transacción inconsentida o forzosa entendemos la impuesta por el sistema legal al propietario contra su voluntad, sin que pueda impedirlo, hay que afirmar que el sistema no *impone* tales transacciones, ya que el propietario puede evitarlas asumiendo los costes de vigilancia o conservación del derecho –basicamente, los costes necesarios para poder inscribir– requeridos por el sistema, que ofrece sustituir *autovigilancia* por *heteroprotección*. A cambio de asumir los costes de *heteroprotección*, el propietario se ahorra los de *autovigilancia*, e, invertirá en tales costes racionalmente, es decir, hasta el límite de la utilidad marginal, como en todos los demás casos.

Por otro lado, 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 inconsentidas 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,[180] 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 perso-

180. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. *Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos:* un falso dilema en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 2003. t. III, p. 4.050 et seq.

nales 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–.

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,[181] 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.

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,[182] eso es pura apariencia, una ilusión del sentido común.

181. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario. *RCDI* 700, especialmente p. 596 et seq., en donde se aportan, además, evidencias empíricas sobre la relación existente entre sistemas registrales y mercado hipotecario, concluyendo que en los paises 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 paises con registros de documentos.

182. En sede de cesión de créditos, con la introducción del régimen cambiario, ciertamente el deudor pierde del derecho de compensación, pero a cambio obtiene

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 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 informativs de carácter jurídico. Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues

mas crédito y en mejores condiciones. En todo caso, sin su consentimiento la deuda no nace ni puede convertirse en cambiaria.

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.[183]

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.

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, ineficentes–. 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,[184] o, según la terminología más

183. Es ésta 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.

184. CALABRESI, G. y MELAMED, A. D. Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One View of the Catedral. *Harvard Law Review*, 85, 1972, p. 1.089-1.120.

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 drasticamente 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.

9.2 *Fundamento de la protección del adquirente de buena fe de un titular registral que no es* verus dominus

El fundamento es el mismo que el de la obligación asumida por el deudor cambiario en relación al tercer adquirente de la letra por endoso. En los supuestos normales, decíamos, el fundamento es el contrato de entrega; en los patológicos, la protección que merece la confianza fundada en la apariencia.

Pues bien, en el ámbito registral, podemos afirmar lo mismo: en los supuestos normales, el contrato, acto o negocio entre Secundus y Tertius, precedido de una cadena regular de transmisiones; en los patológicos –cuando Secundus, titular inscrito,no adquirió del verdadero dueño,porque Primus, su transmitente, había vendido previamente a Aulo Agerio, que no inscribió, y, a pesar de haberle vendido, tambien vendió a Secundus, que inscribió, y Tertius adquirió de Secundus a título oneroso y de buena fe– es también la protección que merece la confianza fundada en la apariencia. Nos remitimos, pues, a todo lo expuesto sobre la teoría de la apariencia en el ámbito cambiario.

En el ámbito registral, el *verus dominus* es responsable de la situación objetiva de apariencia que ha merecido la confianza del tercer adquirente, porque, al no haber inscrito su adquisición, ha permitido que aparezca como titular quien, tras su adquisición, ya no lo es, debiendo sufrir las consecuencias de su negligencia, "pero solo– como dice la EM de la LH 1944– cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente".

Ahora bien, puede sostenerse que, en el ámbito registral inmobiliario, la presunción de que la situación apariencial –la mostrada por el Registro– se corresponde con la realidad, aparece reforzada en relación con la situación objetiva de apariencia generada por el deudor cambiario, pues, en la creación de la primera han intervenido normalmente un notario (o bien otro funcionario público o un juez) y un registrador ,[185] quedando bajo la exclusiva responsabi-

185. Como consecuencia de lo establecido por el art. 3 LH, que consagra la regla general de la exigencia de documentación pública para que los derechos inscribibles puedan acceder al Registro; en el ámbito de la contratación privada, normalmente intervendrá un notario, aunque también puede tratarse de un documento judicial; excepcionalmente puede tratarse de un documento privado, con firmas legitimadas o ratificadas ante el Registrador.

lidad del adquirente adoptar las medidas necesarias para que el "derecho adquirido no sea ilusorio",[186] esto es solicitar y obtener la inscripción, si se supera el procedimiento registral correspondiente.

> Por esta razón, decía Sanz, al fundamentar el art. 38 LH, fundamento a su vez del art. 34 LH: "...Se ha tratado de fundamentar la legitimación en la credibilidad naturalmente impuesta por el Estado a sus órganos de autenticación y registración, en la presunción de veracidad de que a *prima facie* inviste la Ley a la documentación auténtica, con la cual se simplifica la prueba de las situaciones jurídicas y se simplifica la vida del Derecho. Este punto de vista es exacto: el fundamento de la legitimación concedida a los asientos del Registro es idéntico al de la concedida a otras formas de autenticación, como la documentación notarial. La diversidad de efectos de una y otra se explican por su diferente finalidad y fundamento. De esta manera la legitimación encuentra su precedente y apoyo en *la calificación registral*: la función calificadora practicada por un funcionario competente, investido a estos efectos de fe pública, *presta base suficiente para presumir, por una parte, la existencia del título, y, por otra, la legalidad, validez y eficacia del mismo*". SANZ FERNÁNDEZ A. Op. cit., p. 186-187.
>
> Conviene observar que los efectos del endoso de una letra de cambio se producen sin necesidad de la intervención de ningún fedatario. Para practicar la inscripción se requiere ordinariamente, sin embargo, documento público, documento que en el ámbito contractual privado suele ser notarial. El notario, con su intervención, acredita cuatro extremos que requieren presencia física: identidad, capacidad natural, consentimiento libre, que lo manifestado es lo que consta en el documento. Al ser un experto, su intervención permite albergar la confianza de que el documento no adolezca de defectos triviales Naturalmente debe abstenerse de autorizar el documento si, a su juicio, lo que las partes pretenden es contrario a la ley (Véase art. 17 bis Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862). Además, custodia el documento otorgado por las partes, velando por su conservación e integridad y actúa como abogado de las partes ante el registro. La calificación registral, desde una posición de neutralidad posibilitada por la independencia y la competencia territorial del registrador, vela por los intereses del titular registral y de los terceros –especialmente de los desconocidos– y, por tanto, debe asegurarse de que las partes o el autorizante no han violado en el diseño negocial normas imperativas–. Esta calificación es imprescindible para poder autorizar la inscripción con todos sus efectos (Véanse art. 18 y concordantres de la LH y del RH). El Registrador, además, custodia las inscripciones y los historiales registrales y facilita la información registral necesaria para la contratación, al tiempo que vela porque se respeten los datos protegidos por la ley. Estas garantías –lógicas tratándose de un procedimiento en cuya virtud se pretende adquirir un derecho de eficacia *erga omnes*– son fundamento, más que suficientes para robustecer los efectos de la inscripción, facilitando así las transacciones y aumentando el valor de los inmuebles como activos económicos.

186. Esta expresión –de una enorme importancia– aparece en la EM de la LH 1944, a cuyo tenor: "En el sistema de la Comisión no cabe fijar un término, dentro el cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces contra tercero, necesitan la inscripción. En el interés de los que adquieren un derecho, está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error".

10. Emisión cambiaria *versus* procedimiento registral

10.1 La emisión cambiaria

Como afirma Eizaguirre,[187] el *libramiento* de la letra de cambio constituye el hecho jurídico en virtud del cual un documento resulta legalmente configurado como tal letra de cambio y entregado a la persona a quien se ha de hacer el pago. Al referido acto lo denomina la LCCh *emisión*, apartándose así de la denominación tradicional de *libramiento*. Ambas expresiones deben entenderse, así pues, sinónimas.

Mediante el libramiento tiene lugar la *constitución* del derecho cambiario a favor del acreedor –tomador– y a cargo del deudor –librador– en tanto que *derechos y obligaciones sometidos a reglas jurídicas distintas a las que ambos ligaban su relación precedente*[188] (relación subyacente o fundamental).

En el mismo sentido, Paz Ares sostiene[189] que la perfección del vínculo –cambiario, obviamente– requiere no solo que el deudor firme el título –firma que configura como un acto preparatorio– sino que, además, lo entregue al acreedor, siendo en este segundo momento cuando se produce el acuerdo contractual, a través del cual se constituye la relación obligatoria cambiaria.

Es necesario, pues, un *acuerdo contractual* entre acreedor y deudor para que su relación subyacente se convierta en cambiaria. Por un lado, no basta con la sola voluntad del acreedor o del deudor, siendo necesarias ambas; por otro, no es necesaria ninguna voluntad más.

10.2 El procedimiento registral

En el ámbito registral inmobiliario, sin embargo, la cuestión se nos presenta con un cariz sustancialmente diferente.

En efecto, por un lado, la pretensión de inscripción se articula como un *derecho* del adquirente,[190] sin que sea necesario, para poder deducir tal pretensión, ningún acuerdo contractual con el transmitente; por otro lado, no basta la sola voluntad del solicitante para que el derecho quede, por ese solo hecho,

187. EIZAGUIRRE, J. M. Op. cit., p. 129.

188. Véase PAZ-ARES, C. La desincorporación de los títulos-valor. *RDM* 219/13, 1996.

189. PAZ-ARES, C. Op. cit., p. 141. De este modo –sostiene el autor– el deudor, entregando el título, realiza una verdadera declaración de voluntad por la que manifiesta su intención definitiva de obligarse. Esta declaración debe construirse como una declaración de oferta contractual. Recibiendo el título el acreedor realiza otra declaración de voluntad por medio de la cual patentiza la aceptación de la promesa del deudor. De esta manera se perfecciona el contrato de entrega.

190. No solo del adquirente, pues el art. 7 LH también se lo reconoce al transmitente, a quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretenda inscribir, así como al representante de cualquiera de ellos. A efectos expositivos, nos centraremos en la figura del adquirente. Además, el art. 312 RH reconoce al titular de un derecho real impuesto sobre fincas no inscritas el derecho a instar la inscripción del dominio sobre las mismas, con sujeción a las reglas que el citado precepto establece.

inscrito; se requiere superar, previamente, un procedimiento, y, como tal, sometido al derecho público, cual es el *procedimiento registral*.

¿Cuál es el fundamento de tan sustanciales diferencias?. Vayamos por partes. En primer lugar, examinaremos el fundamento de la necesidad de un *procedimiento registral*. En segundo lugar, examinaremos la razón por la cual la inscripción se configura como un *derecho* del adquirente –no solamente de él, aunque centraremos nuestro análisis, para simplificar, en su figura–.

10.2.1 Fundamento de la necesidad de un procedimiento registral

10.2.1.1 La necesaria eficacia *erga omnes* del dominio y demás derechos reales

En cuanto al fundamento de la necesidad de un *procedimiento registral* se encuentra en el hecho de que el documento cambiario incorpora un derecho personal, en tanto que la inscripción registral incorpora el dominio u otro derecho real. Y la naturaleza de ambos derechos es sustancialmente diferente.

Así, como afirma Peña,[191] el derecho personal atribuye un señorío que, aunque se refiera a cosas –por ejemplo el derecho de crédito que adquiere un comprador– no tiene como objeto directo la cosa sino la *conducta de una determinada persona* (el deudor), es decir, el comportamiento exigible del deudor o prestación (en el ejemplo, sería un *dare* del vendedor). El derecho real, en cambio, tiene como objeto directo *la misma cosa*, sin la mediación de persona alguna. El derecho real atribuye, por tanto a) un poder o señorío *inmediato* sobre una cosa, b)protegido *frente a todos (erga omnes)*[192]

En efecto, las facultades que integran el contenido de los derechos reales se ejercen *inmediatamente* sin la mediación de la conducta ajena. La cosa, objeto del derecho real, aparece en la medida de cada derecho, integrando directamente el patrimonio del titular. En cambio, los derechos de obligación implican la existencia de dos sujetos –acreedor y deudor– porque el objeto del derecho no es

191. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. Op. cit., p. 14-16, a quien seguimos en este punto. En gran parte, Peña sigue, a su vez, a De Castro.

192. Ciertamente esta concepción –hegemónica entre los civilistas– se adecua muy bien al paradigma de la propiedad pero no tanto a todos los *iura in re aliena*. En efecto, como observa DIEZ-PICAZO –op. cit., t. I, p. 56 et seq.–, los llamados derechos reales de garantía no general un deber universal de respeto distinto del que genera el derecho de crédito al que sirven de seguridad. No se comprende, por ello, como puede ser lesionado o violado por una tercera persona. En realidad, tampoco puede ser violado por un tercero el derecho del titular de una servidumbre predial, pues el tercero que impide al titular del derecho el paso a través del fundo sirviente, en realidad no viola su derecho, sino su libertad personal.

Inversamente –continúa– el deber general de respeto al derecho no es una característica peculiar del derecho real, sino que se da también en el derecho de crédito como en general en todos los derechos subjetivos.

directamente la cosa sino la conducta del deudor; la *cosa*, cuando a ella se refiere el derecho de obligación, está fuera del patrimonio del acreedor.

La *protectio* del derecho real se organiza frente a todos, y son características propias del derecho real, derivadas de que el mismo es inherente a la cosa, la *preferencia* y la *reipersecutoriedad*. En efecto, la colisión entre derechos reales se resuelve mediante el principio *prior in tempore potior est jure* –principio sustantivo en materia de derechos reales, que ni se crea ni se desenvuelve con exclusividad en la Ley Hipotecaria, –v.gr.: arts. 445, 1473,1927-2 Cc–; en cambio, en los derechos de crédito, en *caso de colisión, en principio hay concurrencia* (art. 1925 Cc). La defensa en los derechos reales es *erga omnes*, es decir, frente a *cualquiera* que lo perturbe, incluso frente a los terceros adquirentes de buena fe a titulo oneroso en el régimen extrarregistral, lo que no sucede con los derechos de crédito.[193] Ambos, por último, en cuanto bienes integrantes de un patrimonio, están protegidos, *frente a todos*, por el art. 1902 Cc.

Todo ello pone de manifiesto que, mientras el derecho personal es, en principio, un asunto que afecta a dos sujetos, los derechos reales, y especialmente su paradigma, el derecho de propiedad, son un asunto que afecta a todos, por lo que nada que afecte al derecho de propiedad puede ser considerado un exclusivo asunto entre partes. Tampoco, obviamente, los mecanismos jurídicos a través de los cuales una persona adquiere el derecho de ser reconocida como dueña por todos.

10.2.1.2 Los derechos de propiedad como consenso social acerca del aprovechamiento de los bienes. El procedimiento registral como garante del consenso

En esta sentido, resulta oportuno destacar que[194] los derechos de propiedad –epecialmente sobre inmuebles– no son otra cosa que convenciones sociales respaldadas por el Estado –mediante la ley– que permiten adjudicar con caracter 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 caracter exclusivo y excluyente de los beneficios reales y/o

193. En efecto, en el régimen del Cc los derechos de crédito no están protegidos frente a terceros de buena fe, especialmente si son adquirentes a titulo oneroso (cf. Artículos 1.111, 1.291-3.°, 1.295-II y 1.297, 1.124, 1.473, 643, 506,1.029 Cc). Además, los terceros, aunque conozcan la existencia de las obligaciones, no serán nunca afectados por aquellas que, de tener eficacia real, quedarían infringidas las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes: ej. prohibición de disponer establecida en contrato oneroso (arg. art. 27 LH).

194. 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.

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.[195]

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 es precisamente lo que justifica *la existencia* del *procedimiento registral* y lo que justifica *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).

10.2.1.3 Los intereses concurrentes en el procedimiento registral

Todo lo expuesto hasta el momento, pone de manifiesto cuáles son *los intereses* que se ventilan en *el procedimiento registral*.[196]

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*

195. DE SOTO, H. *El misterio del capital*. Barcelona: Península, 2001, p. 184. La idea de la propiedad como consenso es esencial en el pensamiento de De Soto.

196. 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*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 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 MIMBRERO, B. e 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.

derecho, si no media su consentimiento prestado directamente, o a través de representante con facultades suficientes .[197]

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.[198]

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, 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 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, plenamente aplicable al procedimiento registral[199]–. En relación a los segundos es, en palabras de Jerónimo González, el "fiscal que representa a los ausentes".[200]

Estos intereses no son coincidentes, sino divergentes y hasta antagónicos, especialmente, una vez celebrado el acto o negocio jurídico, los intereses del adquirente y de los terceros son inevitablemente antagónicos: el primero tiene interés en eludir las restricciones conductuales derivadas de las normas imperativas; los segundos en que no se sobrepasen los limites marcados por las mismas.[201]

197. 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.
198. Esta es la razón por la que esta figura, en algunos paises, recibe el nombre de *solicitor*.
199. 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.
200. GONZÁLEZ, Jerónimo. *Principios hipotecarios*. Madrid: Asociación de Registradores de la Propiedad, 1931. p. 274.
201. 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 inter-

10.2.2La inscripción como derecho del adquirente. Su fundamento

En cuanto a que la *pretensión de inscripción* se articule como un *derecho* del adquirente, sin que sea necesario ningún acuerdo contractual con el transmitente, para poder deducir tal pretensión, se impone realizar las siguientes reflexiones.

10.2.2.1 El artículo 609 del Código Civil y el principio de eficacia relativa de los contratos

En primer lugar, ciertamente, el Cc regula los modos de adquisición del dominio, con carácter general, en el art. 609, a cuyo tenor:

"La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción."

Para simplificar, vamos a ceñirnos al mecanismo de adquisición consistente en contrato seguido de tradición y, concretamente, al supuesto del contrato de compraventa, paradigma del contrato.

vención 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* jutídico-real inmobiliario. Por ello, bajo esta expresión se engloba con carácter general a toda la 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 caracter 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".

Celebrado un contrato válido y eficaz de compraventa entre A y B, una vez que A entregue la cosa a B,[202] este deviene dueño, según el Cc o, al menos, según la opinión dominante, discusión ésta que no introducimos en nuestro análisis por ser irrelevante a nuestros efectos.[203]

Evidentemente, eso es cierto, *a condición de que el vendedor sea dueño en el momento de la venta o, mas exactamente, en el de la entrega,* hipótesis fáctica no explicitada de la que parte el Cc, porque da por supuesta la condición de dueño del vendedor. Y, en efecto, si el vendedor es dueño en ese instante, el contrato de compraventa seguido de la entrega, transmite el dominio al adquirente.

Por ello, como afirma Miquel González, la compraventa no es más que una parte del supuesto de hecho adquisitivo, del que forma parte la propiedad del transmitente como elemento independiente, o como presupuesto de eficacia de la tradición que es el modo de adquirir. Para que la tradición transmita la propiedad es preciso, además, que el *tradens* sea propietario o goce de una *legitimación especial para disponer*– precisamos nosotros–, lo que es un requisito para la *eficacia de la tradición*, pero no para la validez ni para la eficacia del contrato, por lo que el contrato de compraventa de cosa ajena es eficaz en cuanto contrato obligatorio y en cuanto contribuye como titulo de la usucapión a la adquisición del dominio.[204]

En definitiva, lo que el Código Civil regula es el mecanismo –contrato seguido de tradición– que ha de seguir el dueño para transmitir su propiedad a quien desea adquirirla.

Si el vendedor no es dueño, el comprador no adquiere la propiedad, porque rige el principio "*nemo dat quod non habet*". Si el comprador ha recibido la posesión de un vendedor no dueño, unicamente puede consolidar la adquisición del dominio por usucapión.[205]

202. Como es sabido, antes de la entrega, el comprador solo tiene un derecho personal, conforme al art. 1095 Cc: "El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Son embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que no le haya sido entregada". Ambos preceptos, 609 Cc y 1095, ponen de manifiesto que nuestro Cc sigue, en este punto, la denominada teoría del título y del modo.
203. Parece necesario, sin embargo, formular dos precisiones al respecto 1) La tradición no se regula por el Cc como modo de transmitir en ningún lugar, porque la regulación que hace en el contrato de compraventa de la entrega se refiere obviamente al cumplimiento de la obligación del vendedor, regulación que puede ser la misma cualquiera sea el sistema de transmisión, como así era en el proyecto de 1851, en el que la tradición no era modo de adquisición. 2) Parece claro que nuestro Cc no exige para celebrar un contrato de compraventa ser propietario del objeto vendido –STS 5-V-1983–, porque para contraer obligaciones en nombre propio no se precisa una especial legitimación. Véase MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. en *Comentario del CC T.I*, Madrid: Ed. Ministerio de Justicia, 1991. p. 1.546 et seq.
204. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. en op. cit., p. 1.548.
205. Como observa Miquel González – en op. cit., p. 1.547 et seq.– toda la jurisprudencia que declara nula la compraventa de cosa ajena se basa en una confusión

10.2.2.2 El derecho de propiedad: su necesaria eficacia *erga omnes*

En segundo lugar, conforme expusimos anteriormente, el derecho de propiedad, paradigma del derecho real, para ser tal, debe atribuir a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, esgrimible *erga omnes*. En efecto, o se es dueño *erga omnes*, o no se es dueño. No se puede ser dueño en relación a Ticio, pero no en relación a Cayo. Pero, sin embargo, el derecho contractual se halla gobernado por el principio de *eficacia relativa*, consagrado en nuestro sistema por el art. 1257 Cc, y, en consecuencia, los contratos unicamente producen efectos *inter partes*, no en relación a terceros; respecto de éstos, el contrato es *res inter alios acta*, por lo que a ellos, *nec nocet nec prodest*.

En consecuencia, el contrato no es, *por sí solo*, un título que permita esgrimir al comprador el derecho supuestamente adquirido frente a todos, ni aunque vaya seguido de entrega; tan solo le permite esgrimir el título de su transmitente, si es que gozaba de un titulo esgrimible *erga omnes*, pues el contrato es unicamente un mecanismo de *sucesión* o de subrogación del comprador (o adquirente) en la posición jurídica del vendedor (o transmitente) en relación al bien, y, *en cuanto tal* contrato, es un título unicamente esgrimible frente al propio vendedor y a sus caushabientes, pero frente a nadie más.

Nos encontramos, pues, con el hecho de que el principio de eficacia relativa del contrato veda que el mismo pueda, por sí solo, constituir un titulo del que resulte un derecho oponible *erga omnes*. Y sin un título esgrimible *erga omnes* dificilmente puede sostenerse que se tiene un derecho de propiedad; en el mejor de los casos solo se disfrutará de la posesión del bien a título de dueño, y dicha posesión, puede fundamentar la adquisición de la propiedad por usucapión, y, de ese modo, obtener una sentencia, esto es un título oponible *erga omnes*.

La única alternativa, en el ámbito del derecho común, pasa por probar que el transmitente es verdadero dueño, lo que exige probar que lo era su transmitente,

> total entre el derecho de obligaciones y los derechos reales, confusión que viene propiciada por la doctrina que se empeña en situar en el contrato obligatorio toda la energía traslativa, jugando con las palabras del art. 609 Cc, y deduciendo de ellas, de modo erróneo, que es el contrato el que genera los efectos reales. Si esto fuera así, sería imprescindible exigir al vendedor poder de disposición para que la venta fuera válida, lo que no hace el Cc, ni la jurisprudencia dominante ni la doctrina. El poder de disposición debe exigirse para que la tradición produzca su efecto como modo de adquirir la propiedad.
>
> El caos reinante en esta materia tiene como consecuencia la desaparición del saneamiento por evicción de los repertorios de jurisprudencia, el desconocimiento de la eficacia relativa de los contratos a las partes que los celebran y sus causahabientes, la posibilidad de desvincularse, el propio vendedor, de obligaciones alegando falta de poder de disposición, la ignorancia total de que nadie puede alegar la propia torpeza, o, mas simplemente, que el que está obligado por la evicción no puede provocarla, y se está abriendo el camino para que desaparezca la usucapión ordinaria por la lamentable confusión entre título y titularidad y por la falta de comprensión de que el título haya de ser verdadero y válido para que proceda la usucapión ordinaria.

y así sucesivamente hasta completar, sin interrupción, el tiempo necesario para usucapir, algo tan complejo que, con toda razón, nuestros clásicos le reservaron la denominación de *probatio diabólica*.

En este sistema la posición del adquirente es siempre vulnerable, como hemos expuesto repetidamente a lo largo de este trabajo.

No obstante, probablemente no se requiera más en el ámbito de una economía de subsistencia, en la que no se produce para acumular y comerciar, sino para subsistir –autoconsumo–; en la que el principal componente del valor de los bienes –especialmente de los inmuebles– no es su aptitud para el intercambio –valor de cambio– sino su utilidad para el consumo o autoabastecimiento –valor de uso–; en la que, por tanto, el volumen de los intercambios –especialmente inmobiliarios– es muy escaso e, incluso, apenas gozan de aceptación social;[206] en la que las comunidades humanas son pequeñas y compuestas por individuos que se *conocen entre sí*; en la que, en definitiva todos saben quién es el dueño de cada porción de terreno del área habitada por la comunidad.

En este contexto, el problema fundamental no consiste en saber *quién* es el dueño, sino *cómo* puede transmitir el dueño su derecho a quién desea adquirirlo. Este es el problema que solventa el art. 609 Cc. Y este es el estado de cosas al que responde el Derecho civil patrimonial común, basado en los principios de la *seguridad jurídica*, lejos de los principios de la *seguridad del tráfico*, principios del todo innecesarios en una sociedad de *tráfico escaso* y, además, entre *personas conocidas*.

10.2.2.3 Las insuficiencias del sistema del artículo 609 del Código Civil en un entorno de alta transaccionalidad entre personas desconocidas

Ahora bien, este sistema unicamente se muestra adecuado en el entorno descrito, de intercambios escasos y circunscritos a círculos básicamente locales de amigos y conocidos. Pero muestra todas sus insuficiencias cuando el volumen de intercambios se incrementa y, además, los mismos tienen lugar entre personas que no se conocen entre sí, es decir, entre *extraños*.

En este nuevo entorno, lejos de predominar la confianza derivada del mutuo conocimiento, predomina la desconfianza derivada del desconocimiento, desconfianza fundada en la convicción de cada parte contractual de que la otra parte ajustará su conducta al modelo que maximiza su interés y, por lo tanto,

206. En las comunidades rurales los bienes inmuebles tenían la consideración de bienes familiares, que debían permanecer durante generaciones en el seno de la familia –integrando, sin duda, una categoría similar a la de las *res mancipi* del Derecho Romano–. En estas comunidades, el conocimiento mutuo hacía que el engaño –v.gr.: hacerse pasar por sueño sin serlo– sufriera una severa sanción social, consistente en la pérdida del *credere*. La necesidad de preservar el propio activo reputacional se erigía así en un valioso procedimiento de salvaguardia contractual. Por ello, la posición del adquirente, si bien era vulnerable desde una perspectiva jurídico-conceptual, no lo era tanto en la realidad.

ocultará información relevante, si con ello espera obtener mayor beneficio que haciendo saber dicha información a la contraparte contractual.

En este nuevo estado de cosas –y una vez establecida por el Derecho común la mecánica de la transmisión del derecho de propiedad por el dueño a quien desea serlo–, para que los intercambios puedan tener lugar –esto es, puedan tener lugar transmisiones de derechos de propiedad por vía contractual– es preciso que la técnica jurídica suministre soluciones que disipen la desconfianza, basada en el desconocimiento, y, por lo tanto, faciliten la contratación.[207] Para ello, es necesario idear instrumentos que suministren al comprador toda la información que necesita conocer para decidir si adquiere o no, en qué condiciones y por qué precio y que, en su opinión, el vendedor le ocultaría si pudiera, con el fín de obtener condiciones más ventajosas. Así, si el transmitente no es dueño, se lo ocultaría, si pudiera, pues, de conocer esa circunstancia, el adquirente probablemente no compraría; si pesan cargas preferentes sobre el inmueble, también se lo ocultaría, pues el adquirente rebajaría el precio, o no adquiriría; lo mismo sucedería, si carece de poder de disposición.

En definitiva, en este contexto, el problema esencial no consiste en saber *cómo* puede transmitir la propiedad el dueño a quien desea serlo, sino en saber *quién* es el dueño, si tiene poder de disposición y si existen cargas preferentes. Para simplificar, ceñiremos nuestro análisis al primer extremo: saber quién es el dueño.

10.2.2.4 Los registros de tráfico –o de derechos– como solución: la inscripción como título de eficacia *erga omnes*

Solamente quien puede exhibir un título que acredite tal extremo con eficacia *erga omnes* – esto es, que garantice la actuación compulsiva del Estado en el caso de que cualquiera lo discuta o perturbe su ejercicio-*será aceptado como dueño por los extraños*, es decir, por el mercado. Y ya hemos visto que el contrato no puede suministrar por sí solo, ni aún seguido de tradición, semejante título, pues el principio de *eficacia relativa* del contrato lo impide. Y la adquisición por usucapión, proclamada en una sentencia firme, no es un procedimiento precisamente compatible con las exigencias del mercado.

Se hace preciso, pues, 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 exogencias

207. Véase lo expuesto anteriormente en 2.3.2.

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.*

En este registro, la inscripción produce a favor de su titular toda la eficacia jurídico-obligacional y jurídico-real que hemos descrito en apartados anteriores. Y dado que el contrato –y su paradigma, la compraventa– seguido de la entrega, unicamente subrogan al adquirente en la posición jurídica del transmitente en relación al bien, la adquisición de un *titular registral* mediante un *acto de tráfico,* subroga al adquirente en la posición jurídica del titular registral –y, por tanto, lo inmuniza frente a eventuales reclamaciones *ex contractu* de transmitentes anteriores e incluso de quien se postule como *verus dominus*–, excepto en un aspecto: mientras el adquirente no inscriba, el transmitente y todavía titular registral sigue conservando, en relación a terceros de buena fe, la *legitimación para* disponer; para privarle de ella y quedar *totalmente subrogado en su* posición, es necesario que el adquirente *inscriba* el derecho adquirido a su nombre; hasta ese momento no queda *completamente* subrogado en la posición jurídica de su transmitente, ni ha adquirido, por tanto, todos los atributos del derecho de propiedad.

Por esta razón, los terceros, es decir, el mercado –con toda la razón– no lo consideraran *verus dominus* hasta que no *inscriba su derecho.*

Por esta razón, puede afirmarse también, que una vez que un derecho inmobiliario ha ingresado en el Registro, el régimen registral al que queda sometido implica también una modificación del régimen jurídico de adquisición de la propiedad: para adquirir de un titular inscrito, no basta con el contrato seguido de la entrega; es necesario, además, inscribir, pues hasta ese momento el adquirente no queda totalmente subrogado en la posición jurídica de su transmitente, por lo que la inscripción, en sede registral, forma parte del proceso adquisitivo.[208]

208. A una conclusión parecida llega GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario.* Madrid: Civitas, 2002. t. III, p. 253 et seq., con su concepción de la *inscripción conformadora.* Expone lo siguiente:

"La pregunta es ésta ¿Qué valor tiene la inscripción en nuestro sistema respecto a la adquisición del derecho real inmobiliario cuando no estamos ante un caso de inscripción constitutiva propiamente dicha?

Descartada la tesis de la inscripción meramente declarativa por constituir un concepto negativo, vacío de contenido y son efecto alguno, y relegados los conceptos de 'inscripción convalidante' y de 'inscripción legitimadora' a los ámbitos no menos importantes, pero distintos del principio de inscripción que ahora estudiamos, pues la inscripción convalidante se refiere al principio de fe pública registral, y la inscripción legitimadora al principio de legitimación, llegamos a la conclusión de que si el valor de la inscripción en nuestro sistema no es la nada, sino quem por el contrario, representa *'algo'* es ser precisamente una *'inscripción que configura o conforma plenamente el derecho real como tal, con su nota de absouitividad o eficacia ega omnes total'.*

Desde esta perspectiva la inscripción no es constitutiva – a salvo los casos de excepción ya vistos, pues el derecho nace antes de la inscripción. Pero antes de la inscripción, el derecho real, relativos, ya que puede hacerse valer contra cualquier persona solo cuando se trate de propiedad no inscrita en el Registro. En cambio,

Por esta razón, el mercado, hasta ese momento, con toda razón, no considerará al adquirente *verus dominus* ni lo tratará como tal.

Por estas razones, puede afirmarse que la inscripción es de *naturaleza inmunizadora y funcionalmente constitutiva*. En efecto, la inscripción del derecho a favor del transmitentes, junto con la posterior inscripción a favor del adquirente, inmuniza a éste frente a eventuales reclamaciones *ex contractu* de transmitentes anteriores y aún frente a las que pueda formular quien se postule como *verus dominus*.

En una economía de mercado, pues, –es decir *inter tertios*– y en relación a *actos de tráfico* –esto es a título oneroso y de buena fe–, la inscripción es el título.Dicho de otro modo, no es tanto un instrumento de publicación del título, cuanto el título mismo, como lo demuestra el hecho de que, en caso de conflicto entre el titular del derecho y el titular de la inscripción, predomina este último.

Al igual que en sede cambiaria, para que operen todas las consecuencias derivadas del régimen cambiario es preciso que haya habido circulación cambiaria (endoso o entrega del documento), en sede registral, para que operen todas las consecuencias derivadas de su régimen es necesaria *la circulación tabular* (lo que podríamos denominar entrega de la inscripción, previa superación del procedimiento registral, a quien ha adquirido el derecho inscrito mediante un acto de tráfico).

Esta es la razón por la que la inscripción se configura como un derecho del adquirente, sin necesidad del consentimiento de su transmitente.

11. CONSIDERACIONES FINALES

Decíamos al principio de nuestro estudio que las asimetrías informativas presentes en el mercado son la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar. En efecto, el desigual grado de conocimiento sobre los atributos jurídica y económicamente relevantes acerca del bien que se desea intercambiar, junto con la certeza de que ambas partes ajustarán su conducta a las exigencias del autointerés, generan la seguridad de que la parte mejor informada –usualmente la interesada en transmitir– ocultará a la parte peor informada –usualmente la interesada en adquirir– aquella información de cuya ocultación espere obtener mayores beneficios que de su revelación, todo lo cual genera desconfianza.

cuando se trate de finca inmatriculada en el Registro, el titular del derecho real no inscrito, el titular del derecho real no inscrito no no lo puede hacer valer frente al que inscribió su título sin contar para nada con ese otro derecho real no inscrito. El art. 32 LH es terminante... El art. 606 del Cc tiene el mismo texto.

En base a estos preceptos y otros más que luego veremos, mantenemos que, aunque la inscripción en nuestro sistema no es constitutiva por regla general, viene a ser *constitutiva respecto de terceros, en el sentido de que para tales terceros tiene un efecto de constitutividad si han inscrito su título, y, correlativamente, para los terceros que no han inscrito el derecho real, no está perfecta y plenamente constituido.*"

Para vencerla y posibilitar que las partes puedan coordinar sus intereses se requieren, pues, instituciones que garanticen simetría informativa entre los contratantes.

Decíamos también que dos instituciones fundamentales de una economía de mercado cuales son el Registro de la Propiedad –especialmente en su modalidad más evolucionada de Registro de derechos o de tráfico– y los denominados títulos valores cualificados, especialmente la letra de cambio, son tecnologías institucionales generadas por la humanidad que obedecen a la lógica expuesta y que ambas se basan en principios y se valen de técnicas muy similares.

Tales principios y técnicas forman parte del conjunto que conforma el denominado Derecho de la seguridad del tráfico el cual permite un grado de cooperación –y, por tanto, de especialización– mayor que el Derecho Común, que corresponde a un estadio de cooperación más rudimentario, básicamente entre personas conocidas. El tránsito del primero al segundo se va produciendo paulatinamente, conforme se incrementa el ritmo y volumen de las transacciones, éstas tienen lugar necesariamente entre desconocidos y los principios que gobiernan la economía de mercado se extienden progresivamente desde los mercaderes, en cuyo ámbito surgen las primeras instituciones del derecho de la seguridad del tráfico –*Lex Mercatoria*– a toda la sociedad.

Tales tecnologías institucionales –inscripción y letra de cambio– están basadas en los siguientes postulados esenciales:

1) Disminución de asimetrías informativas entre transmitente y adquirente, mediante la puesta a disposición del eventual comprador o adquirente de la información jurídica y económicamente relevante para contratar;

2) Neutralización *inter tertios y solo en relación a los actos de tráfico* de los efectos de las asimetrías informativas residuales, impidiendo que los transmitentes anteriores, así como, en su caso, el llamado *verus dominus*, puedan utilizarlas en su propio beneficio y en perjuicio de adquirentes posteriores. Ambas imponen la *simetría informativa funcional* como instrumento para activar la circulación de los derechos.

Esta situación, a la que calificamos de *imposición de simetría informativa funcional* –porque la imposición que hemos descrito genera una situación 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

Pues bien, la letra de cambio, mediante la técnica de la *incorporación cambiaria*, en relación a los derechos de crédito y el Registro de la Propiedad, en su modalidad de Registro de derechos o de tráfico, mediante la técnica de la intabulación o *incorporación tabular*, en relación al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, consiguen imponer una situación de *simetría informativa funcional* en sus respectivos ámbitos y, mediante ella fomentar del comportamiento cooperativo y el crecimiento de los respectivos mercados, así como el del crédito hipotecario.

La incorporación dota a los derechos incorporados de unas determinadas propiedades normativas, a las que nos hemos ido refiriendo a lo largo de este trabajo.

En virtud de tales propiedades letra de cambio e inscripción registral independizan al derecho incorporado de las vicisitudes que afecten al negocio causal del que deriva, convirtiéndolo, en este sentido, en abstracto.

En efecto, la letra *incorpora* el derecho de crédito y lo *independiza*,a efectos del endosatario, de las vicisitudes que afecten al negocio causal, convirtiéndolo así y en este sentido, en *abstracto* –abstracción personal–. Entre las partes primitivas o primeras rige el contrato; a efectos del tenedor –adquirente cambiario de buena fe– solo rige el contenido de la letra; de este modo, las incertidumbres desaparecen y los derechos de crédito pueden circular.

El Registro de derechos es esta misma tecnología jurídica aplicada al ámbito inmobiliario, con la finalidad de activar el mercado de inmuebles y el crédito territorial: entre partes regirá el contrato, pero una vez inscrito el derecho resultante del mismo, esto es, una vez *incorporado* el contenido de tal derecho –*intabulado*, si se prefiere– al folio registral, una vez que el derecho circule, es decir, cuando alguien lo adquiera del titular registral, el efecto fe pública impone que al adquirente –a título oneroso y de buena fe– le afecte unicamente el contenido del Registro, pero no el del negocio causal ni las vicisitudes que puedan afectar a éste.

Por ello, en la medida en la que el ordenamiento jurídico admita excepciones al principio de *fe pública registral* –esencialmente en forma de *overriding interests* o cargas ocultas, en beneficio de personas, grupos o instituciones determinadas –en esa misma medida–, disminuye el grado de incorporación del derecho al folio registral –intabulación– y en esa misma medida aumentan las incertidumbres para *adquirentes*, *propietarios y acreedores* en el mercado inmobiliario, por lo que, también en esa misma medida, disminuye la contratación y se encarece el crédito.

Ahora bien, mientras en el ámbito de los derechos de crédito se requiere un acuerdo contractual entre acreedor y deudor para que su relación subyacente se convierta en cambiaria, en el ámbito registral inmobiliario, sin embargo, la cuestión se nos presenta con un cariz sustancialmente diferente.

En efecto, por un lado, la pretensión de inscripción se articula como un *derecho* del adquirente, sin que sea necesario para poder deducir tal pretensión ningún acuerdo contractual con el transmitente; por otro lado, no basta la sola voluntad del solicitante para que el derecho quede, por ese solo hecho, inscrito; se requiere superar, previamente, un procedimiento, y, como tal, sometido al Derecho público, cual es el *procedimiento registral*.

En cuanto al fundamento de la necesidad de un *procedimiento registral* se encuentra en el hecho de que el documento cambiario incorpora un derecho personal, en tanto que la inscripción registral incorpora el dominio u otro derecho real. Y la naturaleza de ambos derechos es sustancialmente diferente.

En esta sentido, resulta oportuno destacar que los derechos de propiedad –epecialmente sobre inmuebles– no son otra cosa que convenciones sociales respaldadas por el Estado –mediante la ley– que permiten adjudicar con caracter 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 caracter 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

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 es precisamente lo que justifica *la existencia* del *procedimiento registral* y lo que justifica *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).

En cuanto al hecho de que la incorporación registral se configure como un derecho del adquirente –aunque no unicamente de él– es necesario considerar que el derecho de propiedad, paradigma del derecho real, para ser tal, debe atribuir a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, esgrimible *erga omnes*.

Nos encontramos, pues, con el hecho de que el principio de eficacia relativa del contrato veda que el mismo pueda, por sí solo, constituir un titulo del que resulte un derecho oponible *erga omnes*. Y sin un título esgrimible *erga omnes* dificilmente puede sostenerse que se tiene un derecho de propiedad; en el mejor de los casos solo se disfrutará de la posesión del bien a título de dueño, y dicha posesión, puede fundamentar la adquisición de la propiedad por usucapión, y, de ese modo, obtener una sentencia, esto es un título oponible *erga omnes*.

La única alternativa, en el ámbito del derecho común, pasa por probar que el transmitente es verdadero dueño, lo que exige probar que lo era su transmitente, y así sucesivamente hasta completar, sin interrupción, el tiempo necesario para usucapir, algo tan complejo que, con toda razón, nuestros clásicos le reservaron la denominación de *probatio diabólica*.

En este sistema la posición del adquirente es siempre vulnerable, como hemos expuesto repetidamente a lo largo de este trabajo.

No obstante, probablemente no se requiera más en el ámbito de una economía de subsistencia, en la que no se produce para acumular y comerciar, sino para subsistir –autoconsumo–; en la que el principal componente del valor de los bienes –especialmente de los inmuebles– no es su aptitud para el intercambio –valor de cambio– sino su utilidad para el consumo o autoabastecimiento –valor de uso–; en la que, por tanto, el volumen de los intercambios –especialmente

inmobiliarios– es muy escaso e, incluso, apenas gozan de aceptación social;[209] en la que las comunidades humanas son pequeñas y compuestas por individuos que se *conocen entre sí*; en la que, en definitiva todos saben quién es el dueño de cada porción de terreno del área habitada por la comunidad.

En este contexto, el problema fundamental no consiste en saber *quién* es el dueño, sino *cómo* puede transmitir el dueño su derecho a quién desea adquirirlo. Este es el problema que solventa el art. 609 Cc. Y este es el estado de cosas al que responde el Derecho Civil patrimonial común, basado en los principios de la *seguridad jurídica*, lejos de los principios de la *seguridad del tráfico*, principios innecesarios en una sociedad de *tráfico escaso* y, además, entre *personas conocidas*.

Ahora bien, este sistema unicamente se muestra adecuado en el entorno descrito, de intercambios escasos y circunscritos a círculos básicamente locales de amigos y conocidos. Pero muestra todas sus insuficiencias cuando el volumen de intercambios se incrementa y, además, los mismos tienen lugar entre personas que no se conocen entre sí, es decir, entre *extraños*.

En este nuevo contexto, el problema esencial no consiste en saber *cómo* puede transmitir la propiedad el dueño a quien desea serlo, sino en saber *quién* es el dueño, si tiene poder de disposición y si existen cargas preferentes.

Solamente quien puede exhibir un título que acredite tal extremo con eficacia *erga omnes* – esto es, que garantice la actuación compulsiva del Estado en el caso de que cualquiera lo discuta o perturbe su ejercicio-*será aceptado como dueño por los extraños*, es decir, por el mercado. Y ya hemos visto que el contrato no puede suministrar por sí solo, ni aún seguido de tradición, semejante titulo, pues el principio de *eficacia relativa* del contrato lo impide. Y la adquisición por usucapión, proclamada en una sentencia firme, no es un procedimiento precisamente compatible con las exigencias del mercado.

Se hace preciso, pues, 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, sumi-

209. En las comunidades rurales los bienes inmuebles tenían la consideración de bienes familiares, que debían permanecer durante generaciones en el seno de la familia –integrando, sin duda, una categoría similar a la de las *res mancipi* del Derecho Romano–. En estas comunidades, el conocimiento mutuo hacía que el engaño –v.gr.: hacerse pasar por sueño sin serlo– sufriera una severa sanción social, consistente en la pérdida del *credere*. La necesidad de preservar el propio activo reputacional se erigía así en un valioso procedimiento de salvaguardia contractual. Por ello, la posición del adquirente, si bien era vulnerable desde una perspectiva jurídico-conceptual, no lo era tanto en la realidad.

nistrando al propio mercado la solución de compromiso entre ambos extremos 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.*

En este registro, la inscripción produce a favor de su titular toda la eficacia jurídico-obligacional y jurídico-real que hemos descrito en apartados anteriores. Y dado que el contrato –y su paradigma, la compraventa– seguido de la entrega, unicamente subrogan al adquirente en la posición jurídica del transmitente en relación al bien, la adquisición de un *titular registral* mediante un *acto de tráfico,* subroga al adquirente en la posición jurídica del titular registral –y, por tanto, lo inmuniza frente a eventuales reclamaciones *ex contractu* de transmitentes anteriores e incluso de quien se postule como *verus dominus*–, excepto en un aspecto: mientras el adquirente no inscriba, el transmitente y todavía titular registral sigue conservando, en relación a terceros de buena fe, la *legitimación para* disponer; para privarle de ella y quedar *totalmente subrogado en su* posición, es necesario que el adquirente *inscriba* el derecho adquirido a su nombre; hasta ese momento no queda *completamente* subrogado en la posición jurídica de su transmitente, ni ha adquirido, por tanto, todos los atributos del derecho de propiedad.Por ello, en nuestro sistema, la inscripción es de *naturaleza inmunizadora y funcionalmente constitutiva,* lo cual configura el auténtico valor de la inscripción como titulo de eficacia *erga omnes.*

Por todo ello, se configura la inscripción como un derecho del adquirente.

En este nuevo paradigma –cambiario y registral– ganan todos, no solamente unos a costa de otros. En el ámbito cambiario gana tanto el acreedor– endosatario –porque su posición es mucho más segura que la del cesionario– como el deudor-librador –porque puede obtener crédito en mejores condiciones–. En el ámbito registral no solamente salen ganando 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. Ciertamente pierde la facultad de reivindicar la cosa de un tercer adquirente a titulo oneroso de buena fe, pero, a cambio, puede evitar que surja tal tercero –algo que no puede evitar en el Derecho común– simplemente inscribiendo su adquisición, único coste en el que debe incurrir, asimismo, para la protección de su derecho, a diferencia de lo que sucede en el derecho común, en donde todo adquirente está expuesto a posibles reivindicaciones de eventuales dueños precedentes.

Todo ello a condición de que el registro de derechos o de tráfico no cometa errores de trascendencia expropiatoria. En efecto, debido al efecto fe pública característico de este tipo de registros, los asientos registrales crean y extinguen derechos con efectos *erga omnes* tanto si funcionan correcta como incorrectamente.

Naturalmente, el *efecto fe pública* puede mantenerse a condición de que *el efecto expropiatorio* no se produzca nunca o casi nunca, 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 todas las garantías necesarias, empezando

por la neutralidad del encargado de autorizar las inscripciones en relación a los diferentes intereses que confluyen en el procedimiento registral.[210]

Estos registros, además, suministran al mercado los derechos con los que éste opera y debe hacerlo no solo con seguridad sino con la velocidad necesaria.

Todo lo cual hace que las cuestiones relativas a procedimiento, organización y gestión de tales sistemas devengan capitales.

210. Sobre este punto esencial, más extensamente MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. La función económica del sistema registral. *RCDI* 671/871et seq., 2002.

III ATUALIDADES NACIONAIS

1

*As recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006 e o Registro de Imóveis. Dispositivos relativos ao Registro Imobiliário e requisitos formais para a realização dos atos respectivos**

EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA

Titular do Segundo Ofício de Teresópolis-RJ.

RESUMO: O autor analisa as controvérsias emergentes da Lei 11.382/2006, sob o ângulo da boa-fé objetiva, avaliando a necessidade de diligência por parte dos adquirentes de imóveis no sentido de obter certidões negativas diversas, posto que insuficiente apenas a certidão do Registro de Imóveis. Detém-se também sobre a questão terminológica do ato a ser praticado quanto às penhoras e aos usufrutos judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-fé objetiva – Certidões negativas – Penhora – Usufruto judicial – Registro de Imóveis – Averbação premonitória – Lei 11.382/2006.

ABSTRACT: The autor analyzes the emergent controversies of Law 11.382/06, under de view of the objective good-faith, evaluating the necessity of diligence on the part of the buyers of properties in order to get various negative certificates, since the certificate of the Real Estate Registration is insufficient. It also lingers on the therminological subject of the steps to be taken as fo the pawns and judicial usufruct.

KEYWORDS: Objective good-faith – Negative certificates – Pawan – Judicial usufruct – Real Estate Registration – Premonitory registration – Law 11.382/2006.

* Trabalho apresentado no 22.º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis, realizado pelo Irib em Caxambu-MG, nos dias 15 e 16.06.2007.

ÁREA DO DIREITO: Processo civil; Registral imobiliário

SUMÁRIO: 1. Controvérsias sobre as novas regras inerentes ao Registro Imobiliário: 1.1 A primeira controvérsia refere-se à exegese do art. 615-A; 1.2 A segunda controvérsia diz respeito ao ato a ser praticado quanto às penhoras e ao usufruto judicial, em razão da nova redação do § 4.° do art. 659 e do § 1.° do art. 722, respectivamente – 2. Requisitos formais para a realização dos atos no Registro de Imóveis – 3. Referências bibliográficas.

1. CONTROVÉRSIAS SOBRE AS NOVAS REGRAS INERENTES AO REGISTRO IMOBILIÁRIO

A Lei 11.382/2006 alterou dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao processo de execução e, dentre as alterações, duas afetaram o registro imobiliário e têm provocado significativo debate.

1.1 A primeira controvérsia refere-se à exegese do art. 615-A

"Art. 615-A. O exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ 1.° O exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

§ 2.° Formalizada a penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3.° Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).

§ 4.° O exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2.° do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5.° Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo."

Referido acréscimo, ao permitir a chamada averbação premonitória – relativa ao simples ajuizamento de execução – e estabelecer a presunção de fraude à execução para a alienação ou oneração de bens após o averbamento, sinaliza para a concentração dos atos no registro imobiliário – *e reacende o debate acerca das certidões de feitos ajuizados*.

As discussões sobre a extensão do conteúdo do novo art. 615-A, do seu § 3.°, e a exigibilidade da apresentação das certidões de feitos ajuizados, vêm se desenvolvendo em ambiente virtual, por meio de debate veiculado pelo *Boletim Eletrônico Irib – BE* –, editado pelo Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, intitulado "Processo e Registro – A forma além do conteúdo". Várias edições do Boletim foram publicadas, com artigos e entrevistas.[1]

1. Artigos de Ulysses da Silva, BE 2.810 e BE 2.838; Sérgio Jacomino, BE 2.834; Joaquim Falcão, BE 2.850; Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, BE 2.851; Fernando

No texto que produzi e que foi objeto de publicação no BE 2.851 abordei vários aspectos do tema, que passo a reproduzir:

"Ponto nodal para análise da questão refere-se à boa-fé. O princípio foi reforçado pelo art. 422 do CC/2002, sem correspondente dispositivo no Código revogado, obrigando os contratantes a guardar na conclusão e na execução do contrato o princípio da boa-fé, orientador da construção jurídica do novo Código.

Verifica-se, exemplificativamente, que está a salvo da ação pauliana o terceiro adquirente de boa-fé (art. 161); e que se preserva o registro em favor do mesmo (§ 5.º do art. 214 da Lei 6.015).

Nos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis (sendo de sua essência a escritura pública – salvo disposições em contrário – art. 108 do CC), a boa-fé objetiva dos contratantes será aferida pela diligência na obtenção das certidões. Agindo com a diligência do bom pai de família, o terceiro adquirente terá reconhecida sua boa-fé objetiva.

Sílvio de Salvo Venosa[2] destaca, ao cuidar da boa-fé objetiva, que:

"(...) o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos."

A apuração da boa-fé objetiva nos contratos que têm como objeto direitos reais sobre imóveis não se restringe à obtenção da certidão do registro imobiliário, passa por outras diligências. Embora se reconheça a evolução do sistema registral imobiliário brasileiro, ele ainda não se basta para a segurança jurídica do tráfico imobiliário.

Considerando que há duas fases na aquisição do direito real no direito brasileiro (uma obrigacional e outra real), ao tabelião cabe o controle da legalidade pré-documental, exigindo as certidões, e ao registrador a qualificação do título, quanto à forma e ao fundo, decorrendo da atividade conjunta a segurança que se busca. O duplo controle, no nosso sistema, reforça a segurança jurídica de maneira incontestável.

Alguns pontos merecem destaque no debate:

a) O art. 615-A está no Livro II do Código de Processo Civil, Do Processo de Execução. 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 (que poderão alcançar o fólio real, como se verá adiante, mas não através de certidão que enuncie a existência da ação, hipótese restrita às execuções).

P. Méndez González, BE 2.862; Marcelo Augusto Santana de Melo, BE 2.865; Francisco Ventura de Toledo, BE 2.882. Entrevistas de Décio Antonio Erpen, BE 2.870; e Ovídio Baptista da Silva, BE 2.887. Todos os acessos em 03.04.2007.

2. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2005.

Carlos Maximiliano[3] ensina que "sofrem exegese estrita as disposições que impõem limites ao exercício normal dos direitos sobre as coisas, quanto ao *uso*, como relativamente à *alienação*". Com efeito, o dispositivo acrescentado pela Lei 11.382/2006 restringe o regular exercício dos poderes inerentes ao direito de propriedade, merecendo interpretação estrita.

As demais ações podem e devem ingressar no fólio real, alcançando publicidade registral[4] e, por conseqüência, conferindo maior segurança jurídica ao tráfico imobiliário.

Entretanto, 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 seqüestros de imóveis; a averbação das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados; ou mesmo as averbações com esteio no art. 246 da Lei 6.015/73, 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 exeqüente de título que consubstancia obrigação certa, líquida e exigível.

Não obstante se mostre viável o acesso ao registro de "todas as vicissitudes judiciais que os possam afetar (os atos ou fatos jurídicos em relação a terceiros)", no dizer do Dr. Sergio Jacomino, lamentavelmente a obrigatoriedade do registro prevista na Lei 6.015/73 não impõe sanções para seu descumprimento, o que resulta dizer que a interpretação do sistema (notarial-registral) não permite concluir que o descumprimento importará em apurar a boa-fé objetiva exclusivamente pela obtenção da certidão do registro imobiliário. Apesar de decorrerem presunções da prática de atos referentes a feitos judiciais no registro imobiliário, não se nega ao interessado que não adotou a medida exercitar seus direitos com relação a terceiros estranhos ao processo, desde que produza a prova cabível. Ademais, casos há em que a ação pode refletir na segurança do tráfico imobiliário sem que se insira em hipóteses de obrigatoriedade de registro (veremos mais à frente).

Apenas para ilustrar, anote-se o paradoxo que ocorre no Estado de São Paulo. O Dr. Sérgio Jacomino informa que "na esmagadora maioria das transações imobiliárias – ao menos na capital de São Paulo, cidade que representa perto de 15% do PIB nacional (SMF/2005) – as transações se fazem com a dispensa das certidões dos distribuidores, sob estrita responsabilidade dos contratantes". A Corregedoria de Justiça do Estado de São Paulo admite a dispensa das certidões dos distribuidores, se assim desejarem os contratantes, mas a ordem judicial de

3. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
4. A publicidade registral, segundo Alvaro Delgado Scheelje (La Publicidad Jurídica Registral en el Perú. Eficácia material y Princípios Registrales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 650, año LXXV. Madrid: J. San José S/A, 1991), não é apenas um princípio, senão é "objeto mismo de la función registral, la razón de ser de todo registro público y la base sobre la cual se apoyan todos y cada uno de los principios registrales".

indisponibilidade, que não conte "com previsão legal específica para ingresso no registro imobiliário" (determinada no exercício do poder geral de cautela do juiz), não alcança o fólio real. As normas paulistas distinguem as comunicações administrativas de indisponibilidade com previsão legal específica para ingresso no registro imobiliário (por exemplo, Lei 6.024/74, arts. 36 a 38), que devem ser averbadas no Livro 2, dos mandados judiciais que não contem com tal previsão, devendo ser prenotados no Livro 1 – Protocolo, e arquivados (itens 102.1 e 102.9 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo). Ora, a dispensa das certidões dos distribuidores deveria ocorrer dentro de contexto no qual não houvesse obstáculos aos registros e averbações das decisões judiciais, permitindo que se concentrassem no registro todos os atos que pudessem nele ou nas pessoas nele interessadas refletir.

Em verdade, a ausência de regulamentação de normas legais relativas à atividade faz vicejar um cipoal de normas administrativas que, variando entre as unidades da federação, exige que as cautelas sejam maiores no que respeita ao tráfico imobiliário, ante a falta de uniformidade. Neste aspecto, permito-me dizer que andou mal o legislador ao estabelecer no § 5.° do art. 615-A que "os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo". Abre uma porta para regulamentações diversas, causando insegurança.

b) Muito se fala da impossibilidade de obtenção de inúmeras certidões, numa peregrinação onerosa e interminável. Não se pode negar que são diligências que oneram a transação, numa visão inicial, mas os bônus das diligências superam os ônus de modo também indiscutível. São medidas preventivas que impedirão seja o adquirente surpreendido e que permitirão comprove, irrefutavelmente, sua boa-fé objetiva, a merecer toda a proteção da lei substantiva civil.

Efetivamente não se exigem certidões unicamente dos distribuidores cíveis estaduais, mas também dos juízos federais. Contudo o que poderia parecer diligência extrema, inatingível, não o é. Apenas para exemplificar, as certidões da justiça federal podem ser obtidas gratuitamente via internet;[5] os serviços de registro de distribuição da capital do Estado do Rio de Janeiro criaram uma central permitindo aos interessados obter de modo mais simples e célere as certidões referentes à justiça estadual.[6]

As certidões devem ser obtidas no local de situação do imóvel e no lugar de domicílio dos transmitentes, em razão das regras de competência territorial estabelecidas pela lei processual civil (arts. 94 e 95).[7] Aquele que o fizer terá agido com a diligência do homem médio, e a mais não estará obrigado. Inconteste será sua boa-fé objetiva. A providência é absolutamente segura? Havemos que concordar

5. No sítio <http://www.jfrj.gov.br/nsiapro/jfrj/certidao/emissao_cert.asp> se obtém as certidões da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.
6. Central de Certidões, que fica na Rua Almirante Barroso 90, 2.° andar, Centro.
7. No Estado do Rio de Janeiro a Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça, no parágrafo único do art. 422 estatui que: certidão relativa à distribuição de feitos ajuizados será fornecida pelos cartórios das Comarcas em que o titular do domínio ou direito real tenha domicílio, salvo se este não coincidir com o local da situação do imóvel objeto da escritura, caso em que serão necessárias certidões dos cartórios distribuidores de ambas as Comarcas.

que não, face à possibilidade de propositura de ação em outro foro. Entretanto, considerado o arcabouço legal vigente, é suficientemente segura e bastante para o reconhecimento da boa-fé objetiva. As transações imobiliárias que tiveram na fase obrigacional o exame da documentação pelo tabelião, nela incluídas as certidões dos distribuidores e do registro imobiliário, com eficácia para ingressar no fólio real, terão sido realizadas com a segurança necessária para os contratantes.

c) Por fim, abordemos a lei cuja exegese se discute, em última análise, a Lei 7.433/85.

Dentre outros documentos, exige a lei enfocada a apresentação das certidões de feitos ajuizados (§ 2.º do art. 1.º) para a lavratura de atos notariais.

Parece claro que as certidões de feitos ajuizados devem ser expedidas pelos registros de distribuição, e sua dispensa não fica a critério das partes. Cuida-se de norma cogente, de interesse público.

No texto antes mencionado[8], afirmei que a referida norma é de ordem pública cogente. Miguel Reale[9] leciona, ao tratar das regras jurídicas cogentes, que "quando certas regras amparam altos interesses de ordem pública, *não é lícito às partes contratantes disporem de maneira diversa*" (nossos grifos). Vale dizer, não podem os contratantes dispensar a apresentação das certidões de feitos ajuizados.

Carlos Maximiliano,[10] por seu turno, discorre que nas prescrições de ordem pública "o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o *fim principal* do preceito obrigatório" (grifo original). Prossegue o autor para asseverar que dentre os domínios do Direito Privado há disposições de ordem pública, nas quais predomina o objetivo de tutelar o interesse geral, a ele subordinado o do indivíduo, entre as quais aquelas que visam "regular os bens na sua divisão e qualidade, ou a forma e a validade dos atos, e salvaguardar os interesses de terceiros". Indubitavelmente aqui se incluem as normas da Lei 7.433.

A regulamentação da Lei 7.433/85 pelo Dec. 93.240/86 permitiu discussão quanto à interpretação relativa às certidões de feitos ajuizados. O referido decreto, pelo que pode ser atribuído a falha de redação, refere-se "a certidão de ações reais e pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel, *e* a de ônus reais, **expedidas pelo Registro de Imóveis competente...**" (art. 1.º, IV). Uma primeira leitura, açodada, ou uma interpretação apenas literal, podem levar à conclusão de se tratar de duas certidões, distintas, o que não faz sentido. A lei regulamentada refere-se à certidão de ônus reais, que deve enunciar eventual registro de citação de ação real ou pessoal reipersecutória, com ingresso no registro imobiliário amparado no art. 167, I, 21, da Lei 6.015.

Em razão de uma interpretação sistemática, afirma-se com segurança que a certidão expedida pelo registro imobiliário para a lavratura dos atos notariais é única, de ônus reais (se houver registro de citação de ação real ou pessoal

8. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza. *Boletim Eletrônico Irib* 159, 09.01.2000.
9. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
10. MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit.

reipersecutória, constará da certidão). As certidões de feitos ajuizados não se confundem com tal certidão e, como já afirmado, são expedidas pelos serviços de registro de distribuição. Devem ser apresentadas, portanto, as certidões de feitos ajuizados e a de ônus reais para a prática de atos notariais relativos a imóveis.

Frise-se, por exemplo, que uma ação de indenização (processo de conhecimento) passível de reduzir o réu à insolvência, durante o curso da qual poderá haver uma alienação ou oneração em fraude à execução (art. 593, II, do CPC), não conta com previsão legal específica de acesso ao fólio real. Não se trata de ação real ou pessoal reipersecutória, bem como não diz respeito a execução. Poderá o interessado obter provimento judicial para levar a registro a existência da ação, considerando que o elenco das averbações é meramente exemplificativo, ou mesmo utilizar-se de cautelares (arresto, por exemplo), mas não se aplica à hipótese qualquer obrigatoriedade. A existência da ação será enunciada pelo serviço de registro de distribuição e o autor se valerá da ineficácia da alienação ou oneração com relação a ele.

O tema comporta, verifica-se, discussões múltiplas. O texto do Dr. Sérgio Jacomino analisa a matéria com a competência que lhe é peculiar, trazendo importantes subsídios para o debate e afirmações que são incontestáveis: devem se concentrar "no registro imobiliário todas as circunstâncias, fatos e atos jurídicos que, relacionados com o bem, possam afetar terceiros"; a atração para os livros fundiários de tais circunstâncias, fatos e atos jurídicos "visa a tutelar a boa-fé, dar impulso ao comércio jurídico, diminuir custos transacionais e blindar o credor nas execuções contra a dissipação patrimonial que pode calhar no encaminhamento das demandas". Não obstante, a segurança jurídica nas transações imobiliárias ainda depende de mecanismos estranhos ao registro de imóveis. É inegável que o registro imobiliário vem sendo fortalecido, é inegável também que caminhamos para uma nova conformação do sistema de publicidade registral imobiliária; por outro lado, é inegável que o percurso deva ser trilhado com prudência, de forma realista. Em 1976 entrou em vigor a Lei 6.015/73, que criou a matrícula do imóvel, sua principal inovação. Decorridos mais de trinta anos de vigência da lei, encontramos com freqüência enorme registros no chamado "livrão" (o Livro 3 da legislação anterior, transcrição das transmissões), ainda não transpostos para o novo sistema. O paulatino aprimoramento do sistema registral pátrio não tem experimentado retrocessos, e certamente serão vencidas resistências ao reconhecimento da relevância do sistema registral imobiliário na conferência de total segurança jurídica ao tráfico imobiliário.

Anote-se, por fim, que não se trata de subalternação do registro ou mera praxe, mas sim de exigência *legal* de certidões de feitos ajuizados expedidas pelos serviços de registro de distribuição para a prática de atos notariais referentes a imóveis (assim como na contratação por instrumento particular, quando autorizada), necessárias dentro do contexto que ora se apresenta sem que se fira a lógica do sistema de publicidade registral imobiliária, tal como posto na atualidade."

1.2 A segunda controvérsia diz respeito ao ato a ser praticado quanto às penhoras e ao usufruto judicial, em razão da nova redação do § 4.° do art. 659 e do § 1.° do art. 722, respectivamente

"Art. 659 (...)

(...)

§ 4.° A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4.°), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial."

"Art. 722 (...)

§ 1.° Após a manifestação das partes sobre o laudo, proferirá o juiz decisão; caso deferido o usufruto do imóvel, ordenará a expedição de carta para averbação no respectivo registro."

Teria sido alterado o art. 167, I, 5, da Lei 6.015, que determina o registro (em sentido estrito) das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis? E quanto ao usufruto judicial, seria caso de averbação, apesar do art. 167, I, 7, da Lei 6.015?

O Projeto de Lei 20/2007, em tramitação no Congresso Nacional (é uma reedição do PL 3.057/2000), propõe alterações na Lei 6.015, mas mantém o usufruto e a penhora como hipóteses de registro. O PL 20/2007 propõe a seguinte redação para os incisos I e X do art. 167:

"Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos os registros:

I – das aquisições e das transmissões de bens imóveis, dos direitos reais sobre esses, assim como dos direitos pessoais sobre imóveis registrados que, pela sua natureza, sejam oponíveis a terceiros;

(...)

X – das penhoras, arrestos, seqüestros, medidas judiciais acautelatórias e medidas administrativas previstas em lei."

O referido projeto confere, ainda, nova redação ao art. 168 da Lei 6.015, nos seguintes termos:

"Art. 168. A qualificação dos atos como de registro ou de averbação será feita de acordo com a sua natureza jurídica e de conformidade com o previsto nesta Lei, independentemente da denominação empregada nas leis civis (NR)."

Humberto Theodoro Júnior[11] leciona que, em razão da função do ingresso da penhora no fólio real ser "puramente de publicidade perante terceiros", não se tratando de ato constitutivo de direito real ou do gravame judicial, "é evidente que a averbação se mostra suficiente e adequada, além de ser mais prontamente factível". Quanto ao usufruto judicial, afirma que, tal como se deu com a penhora, a inovação tem propósitos de simplificação do ato de publicidade e que, em se tratando de usufruto judicial, o mesmo tem eficácia desde o momento da publi-

11. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

cação da decisão que o conceda (art. 718 do CPC),[12] não havendo necessidade de registro "já que não se trata de constituição de um gravame real, nos moldes do direito privado. O assento no registro público somente tem a eficácia de publicidade *erga omnes*, e isto pode ser alcançado, com maior economia, por meio de simples averbação".

Valestan Milhomem da Costa sustenta que os atos a serem praticados, não obstante a nova redação do § 1.° do art. 722 e do § 4.° do art. 659 são de registro em sentido estrito.[13]

Parece-nos acertada a segunda posição, os atos registrários adequados ao ingresso do usufruto e da penhora no fólio real, analisando os dispositivos legais vigentes aplicáveis, devam ser de registro em sentido estrito.

A averbação do usufruto fere todo o sistema registral. Não obstante serem constitutivos os efeitos da publicidade registral para aquisição de direitos reais, em regra, há hipóteses em que são declaratórios, como na aquisição por usucapião ou sucessão *causa mortis*. Ainda assim o ato a ser praticado é de registro em sentido estrito, em razão da natureza da mutação jurídico-real ocorrida. Embora tenha eficácia o usufruto judicial desde a decisão que o concede, a própria lei processual determina o ingresso no registro imobiliário, ou seja, este é indispensável para a publicidade e oponibilidade, e deverá ocorrer por registro, pois o proprietário deixa de ter a propriedade plena e passa a tê-la limitada pelo direito real de usufruto.

Por seu turno, admitir a averbação para a penhora e registro para arresto e seqüestro, atos que têm a mesma natureza jurídica, seria criar uma situação contraditória e paradoxal.

A nova redação do § 1.° do art. 722 e do § 4.° do art. 659 do CPC não tem o condão de alterar a natureza dos atos registrais a serem praticados quanto ao usufruto e às penhoras.

A imperfeição da redação de parte de alguns dispositivos da Lei 11.382/2006, como os ora em comento, não poderia ser objeto de veto, posto que o § 2.° do art. 66 da CF/88 veda o veto parcial de artigo, parágrafo, inciso ou alínea. Não se justificaria o veto ao projeto ou ao texto integral de partes dele, em prejuízo do avanço que as mudanças representam, em face de algumas imperfeições. Assim, sancionada a lei, resta aos exegetas dar-lhe a correta interpretação, sem se apegar à literalidade.

Afrânio de Carvalho[14] discorre com brilhantismo sobre os atos de averbação e de registro, para definir que, no sistema vigente, as penhoras e a constituição de direito real ou ônus a ele equiparado devem ser inscritos (registrados), e não averbados.

Por fim, não é demais submeter à reflexão a divisão dos atos registrários em registro e averbação. Com efeito, a prática dos mesmos, em termos de escrituração, se equivale. No preenchimento dos livros, após o lançamento da

12. Art. 718 do CPC: "O usufruto tem eficácia, assim em relação ao executado como a terceiros, a partir da publicação da decisão que o conceda."
13. COSTA, Valestan Milhomem. *Boletim Eletrônico do Irib 2.800*, acesso em 03.04.2007.
14. CARVALHO, Afrânio. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

matrícula, são lançados por ordem cronológica e na forma narrativa os registros e averbações, precedidos pela letra R ou pelas letras AV, respectivamente. No sistema atual, não há mais que se falar em averbação *à margem do registro*, expressão que cabia quando da utilização dos antigos livros, nos quais as averbações eram lançadas na coluna respectiva dos livros de registro.

2. REQUISITOS FORMAIS PARA A REALIZAÇÃO DOS ATOS NO REGISTRO DE IMÓVEIS

O art. 221 da Lei 6.015 arrola os títulos, em sentido formal, que têm acesso ao registro imobiliário. Apesar de dispor que "somente" são admitidos a registro (em sentido amplo) os títulos ali mencionados, certamente a norma em foco não exaure os títulos que acedem ao registro. Regnoberto M. de Melo Junior[15] comunga de tal opinião afirmando que "o termo 'somente', ali existente, não deve ser lido como pretensor de exaurir as hipóteses documentais nos quatro incisos seguintes. O limite do SRI é o ordenamento positivo, não a LRP isoladamente. O efetivo sentido do verbete aludido é afirmar que o SRI trabalha unicamente com a conservação do ato escrito".

Ao acrescentar o art. 615-A ao CPC, a Lei 11.382 criou hipótese expressa de averbação fundada em título, em sentido formal, que não consta do rol do art. 221 da Lei de Registros Públicos.

Para a averbação premonitória, o título a ser apresentado ao registro de imóveis é a certidão do distribuidor enunciando o ajuizamento da execução.

O oficial do registro imobiliário, na qualificação do título, deverá verificar se lhe foi apresentada certidão (documento público), se consta da mesma a natureza da ação (execução), se estão identificadas as partes, e se está indicado o valor da causa. São os requisitos formais exigidos pelo art. 615-A da Lei Processual Civil.

Serão, certamente, observados os princípios registrais aplicáveis, em especial o da especialidade subjetiva. A averbação só se admitirá se o imóvel pertencer ao executado.

Ulysses da Silva[16] defende que, por cautela, deva ser aguardado pronunciamento judicial para a averbação premonitória, e que nada impede seja a certidão

15. MELO JUNIOR, Regnoberto M. de. *Lei de Registros Públicos comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.
16. SILVA, Ulysses. *Boletim Eletrônico do Irib 2.810*, acesso em 03.04.2007 – "Relativamente ao teor inicial do referido art. 615-A, segundo o qual *'o exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução'*, verifica-se haver, o legislador, atribuído, ao distribuidor, competência para expedir o aludido documento, nada impedindo, evidentemente, que ele seja fornecido pelo escrivão da vara para a qual foi destinado o feito. Aliás, e bem a propósito, considero medida de prudência, para tal fim, aguardar a autuação da ação e o despacho inicial do juiz, tendo em vista a possibilidade de a execução não prosperar, em face de algum impedimento, como, por exemplo, aquele previsto no art. 572, de acordo com o qual o credor não poderá executar sentença condenatória sem provar que se realizou condição, eventualmente reconhecida pelo magistrado que a presidiu, ou que ocorreu o termo acordado."

fornecida pelo escrivão judicial da vara onde tramitar o feito. Merece acolhida o argumento que refere à possibilidade de o escrivão do feito expedir a certidão, ante as normas substantivas e adjetivas que tratam da prova. Porém, aguardar a manifestação judicial fere por completo o objetivo da alteração legislativa em comento. Sergio Jacomino[17] refuta o argumento de Ulysses da Silva com precisão.

Dessa forma, podemos afirmar que o título a ser apresentado é a certidão do distribuidor, sendo admissível a certidão do escrivão do feito, constando quer de uma quer de outra os requisitos do art. 615-A. Preenchendo o título tais requisitos e pertencendo o imóvel ao executado, a qualificação será positiva. Descabe ao registrador, como assinalado, impedir o acesso ao fólio real por falta de pronunciamento judicial.

Importante destacar que o exeqüente decidirá quanto aos imóveis que serão atingidos pela averbação, podendo promover mais de uma averbação apesar de se tratar de uma única execução. Humberto Theodoro Júnior se manifestou em tal sentido[18]. Não cabe ao registrador ingressar nesta seara. Penhorados bens suficientes para cobrir o valor da dívida, cancelam-se as averbações premonitórias relativas aos bens que não foram objeto de constrição judicial (§ 2.° do art. 615-A do CPC).

O cancelamento das averbações relativas a bens não penhorados será, nos termos do § 2.° do art. 615-A do CPC, "determinado", o que permite concluir que o juiz que presidir o processo de execução, a quem foram comunicadas as averbações efetuadas (§ 1.° do art. 615-A do CPC), deverá determinar o cancelamento quando formalizada a penhora. O título para o cancelamento será, portanto e a princípio, judicial. No entanto, considerando que as averbações são promovidas pelo exeqüente e no seu interesse (a causar a ineficácia das alienações ou onerações do bem em face do exeqüente), entendo que a requerimento do mesmo também possa ser promovido o cancelamento, com amparo no art. 250 da Lei 6.015. Assim procedendo, o exeqüente se acautelará contra eventual alegação de abuso do direito de averbação. Promovido o cancelamento, deverá ser comunicado ao juízo do processo, assim como o são as averbações.

No que concerne à penhora, a Lei 11.382 não inovou quanto ao título em sentido formal. A penhora acessará o registro imobiliário "mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial" (§ 4.° do art. 659 do CPC).

17. JACOMINO, Sérgio. *Boletim Eletrônico Irib* 2.834, acesso em 03.04.2007 – "Ora, mas foi justamente para dar maior velocidade, simplicidade e agilidade à publicidade registral da pendência judicial que se deslocou do juízo para o instante seguinte à distribuição a providência publicitária acautelatória de terceiros – sabedores que é crítico o período que medeia a distribuição e as providências de autuação, citação e penhora (ou pré-penhora, nos casos cabíveis). Esse interregno pode demorar meses nos grandes centros urbanos – o que tem dado ensanchas à dissipação patrimonial pelo executado, colocando em risco a efetividade do processo executório, as pretensões do exeqüente e fragilizando os direitos de terceiros. Salvo melhor juízo, esse argumento investe contra o sentido mais essencial da reforma neste particular aspecto."
18. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit.

O art. 239 da Lei 6.015 relaciona os requisitos para o registro da penhora, devendo a certidão enunciar o fim especial a que se destina; os nomes do juiz, do depositário e das partes; e a natureza do processo.

Evidentemente que a inexigibilidade de mandado judicial não afasta a possibilidade de ser o ato praticado à vista do mandado, ou mesmo de ofício do juiz determinando que acesse a penhora o registro imobiliário. Não obstante "ofícios" não constem do rol do art. 221 da Lei 6.015, desde que contenham inequívoca determinação e indiquem os requisitos necessários para a prática do ato, o mesmo deve ser realizado. Não se deve privilegiar a forma em detrimento do conteúdo. Tal posicionamento encontra amparo nas manifestações doutrinárias.[19]

Essas são as considerações que me parecem pertinentes como contribuições à discussão do tema.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Afrânio. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CHICUTA, Kioitsi et alii. *Títulos judiciais e o registro de imóveis*. Diego Selhane Pérez (Coord.). Porto Alegre: Fabris/Irib, 2005.

COSTA, Valestan Milhomem. *Boletim Eletrônico do Irib 2.800*, disponível em www.irib.org.br. Acesso em 03.04.2007.

JACOMINO, Sérgio. *Boletim Eletrônico Irib 2.834*, disponível em www.irb.org.br. Acesso em 03.04.2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELO JUNIOR, Regnoberto M. de. *Lei de Registros Públicos comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

SCHEELJE, Alvaro Delgado Scheelje. La Publicidad Jurídica Registral en el Perú. Eficácia material y Principios Registrales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 650, año LXXV. Madrid : J. San José S/A, 1991.

SILVA, Ulysses. *Boletim Eletrônico do Irib 2.810*, disponível em www.irib.org.br. Acesso em 03.04.2007.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza. *Boletim Eletrônico Irib* 159, disponível em www.irib.org.br. Acesso em 09.01.2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2005.

19. CHICUTA, Kioitsi et alii. *Títulos judiciais e o registro de imóveis*. Diego Selhane Pérez (Coord.). Porto Alegre: Fabris/Irib, 2005.

2

Fraude de execução, publicidade registrária e terceiro adquirente: a Lei 11.382/2006 é um novo marco nesta relação?

FRANCISCO VENTURA DE TOLEDO

17.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo-SP.

RESUMO: O autor investiga as alterações introduzidas pela Lei Federal 11.382/2006 no Código de Processo Civil, especialmente no que pertine à criação da chamada "averbação premonitória", para averiguar se esse instituto dispensou a necessidade dos adquirentes diligenciarem para obter certidões negativas dos distribuido res judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de Imóveis – Lei 11.382/2006 – Averbação premonitória – Certidões de feitos ajuizados.

ABSTRACT: The autor investigates the alterations introduced by the Federal Law 11.382/2006 in the Code of Civil Process, especially in which refers to the creation of the so called "premonitory registration" in order to investigate if that institute has excempted the buyers need to endevour to obtain negative certificates from judicial distribuitors.

KEYWORDS: Real Estate Register – Law 11.382/2006 – Premonitory Registration – Adjudicated Certificates.

Muito se tem discutido sobre o alcance das modificações trazidas pela Lei 11.382/2006, especialmente as previstas no art. 615-A e em seu § 3.º:

"Art 615-A O exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

(...)

§ 3.º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593)."

Teria tido referido artigo o condão de modificar o ônus probatório no instituto da fraude de execução ou somente seria mais um instrumento a serviço do credor diligente?

Não tenho a pretensão de esgotar esta importante questão com este trabalho, mas trazer a lume algumas ponderações que podem ser úteis a este debate.

Também não irei me aprofundar na análise do instituto da fraude à execução, mas apenas abordar a situação do terceiro adquirente diante de uma aquisição que se tipifique como fraudulenta, nos termos do art. 593 do CPC. E não entrarei em detalhes quanto a todos os cuidados os quais o adquirente tem de tomar para adquirir um imóvel.

ÁREA DO DIREITO: Processo civil; Registral imobiliário

No passado prevalecia na doutrina e na jurisprudência, quase que de forma unânime, que a presunção de fraude era *juris et de jure* em relação à alienação ou oneração de bens do devedor quando se perfizessem as seguintes condições:

1) fosse de bem sobre o qual estivesse pendente ação fundada em direito real; ou

2) existência de demanda (com citação válida) e;

3) insolvência do devedor. A má-fé do adquirente (ou sub-adquirente) era sempre presumida de forma absoluta, protegendo-se a efetividade do processo e a dignidade da Justiça.

Nos últimos anos, porém, a orientação jurisprudencial ditada pelo STJ passou a exigir como requisito para a configuração da fraude, a demonstração que o adquirente conhecia (ou devia conhecer) a ação que pudesse gerar a insolvência do devedor alienante. A presunção, que antes era absoluta a favor do credor, passou a ser relativa a favor do adquirente. Tal orientação, porém, ressalva que a averbação da ação ou o registro da penhora dispensa qualquer necessidade de prova, presumindo-se, nestes casos, a fraude de forma absoluta.

Estará, com este entendimento, e com o advento do art. 615-A, § 3.º, o adquirente dispensado de pesquisar nos distribuidores forenses a existência de ações movidas contra o alienante, bastando a consulta da situação do imóvel no registro de imóveis?

O culto registrador, Sérgio Jacomino, em entrevista ao jornalista Vinicius Konchinski, do jornal *Agora São Paulo*, publicada no *Boletim Eletrônico do Irib* 2.791, afirmou que "com a Lei 11.382, de 2006, reforçou-se a necessidade de concentração de todas essas informações que podem levar a risco na aquisição imobiliária no registro. Com uma simples certidão de propriedade, expedida pelo registro de imóveis, o candidato a proprietário de um imóvel poderá saber se o bem está livre e desembaraçado de ônus ou restrições e realizar, com segurança, o seu negócio".

Valestan Milhomen da Costa, lembrando que a nova medida promove a concentração das informações no RGI, conclui que "ao mesmo tempo elide outras providências que antes eram necessárias para que o comprador tivesse conhecimento da solvência do vendedor de um imóvel, ou, ainda, para que o credor caracterizasse a fraude à execução" (A Lei 11.382/2006 e o Registro de Imóveis – *Boletim Eletrônico do Irib* 2.800, de 16.01.2007).

O Registrador Marcelo Augusto Santana de Mello, corroborando os entendimentos acima mencionados, declarou que "na prática, quem for comprar um imóvel, bastará requerer a certidão da matrícula do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis respectivo para verificar se existe averbação da distribuição da ação de execução ou penhora, dispensando as demais certidões pessoais dos distribuidores cíveis e fiscais, o que diminuirá os custos e aumentará a segurança das aquisições" (Comprar imóvel ficou mais seguro – *Boletim Eletrônico do Irib* 2.811, de 23.01.2007).

Ousando discordar do nosso ex-presidente e de referidos ilustres e estudiosos colegas, acredito que a reforma processual não tenha trazido grandes modificações nos aspectos relacionados à presunção na fraude à execução, de forma a simplificar as cautelas a serem tomadas nas aquisições imobiliárias. Se

o referido § 3.º do art. 615-A prevê que se presume em fraude à execução a alienação ou oneração após a averbação da certidão de ajuizamento da execução, muito anteriormente o art. 240 da Lei 6.015/73 já proclamava que o registro da penhora faz prova de fraude contra qualquer alienação ou oneração posterior.

A dificuldade também em se defender a dispensa da referida cautela investigatória com o advento da averbação "premonitória" está no fato de que ao se prestigiar esta simplificação, sem qualquer garantia para a efetividade de eventual execução em andamento, estará se colocando o credor (mesmo que diligente) em uma posição injusta, quase que incapaz de se proteger de algumas alienações fraudulentas, pelo simples fato de que nem todas as ações podem ser averbadas na matrícula do imóvel. E as inovações trazidas pela Lei 11.382/2006 não mudaram este panorama. Sérgio Jacomino, em sentido contrário, entendeu que "não procede, pois, o argumento de que a averbação premonitória cingir-se-ia exclusivamente às hipóteses executivas – de molde a sugerir que as demais seriam apuradas pela informação nos distribuidores" (Processo e Registro – A forma além do conteúdo – *Boletim Eletrônico do Irib* 2.834, de 08.02.2007).

Correto, a meu ver, o ponto de vista do culto colega Ulysses Silva:

"Analisados os dispositivos legais mencionados até este ponto, cumpre lembrar, inicialmente, ao registrador, que não é o ajuizamento de qualquer ação que poderá ser averbada. O artigo criado (615-A) refere-se apenas à notícia da execução da dívida oriunda de títulos executivos judiciais e extrajudiciais, enumerados nos artigos 584 e 585." (O registrador imobiliário em face da Lei 11.382, de 2006, *Boletim Eletrônico do Irib* 2.810, de 21.01.2007.)

As ações de conhecimento, excetuando-se as reais ou pessoais reipersecutórias, ainda não possuem previsão legal de acesso ao fólio real, e, a meu ver, não sem motivo. O legislador brasileiro foi sábio ao limitar às ações executivas os novos atos averbáveis (art. 615-A), pois estas já contam com títulos executivos, que são ou uma sentença judicial ou um título extrajudicial que traga a presunção legal da liquidez e da obrigação não cumprida. Seria temerário levar para as matrículas dos imóveis a notícia de ações de conhecimento que ainda não possuam algum pronunciamento judicial, pois estaria se permitindo que quaisquer tipos de pedidos judiciais, por mais absurdos que fossem, passassem a possuir a força de inviabilizar diversos negócios imobiliários através de sua notícia estampada na matrícula do imóvel. Imaginem quantos abusos se poderão cometer em razão da publicidade enganosa que poderão gerar.

O registrador Ulysses Silva, quanto a este assunto, assim se manifestou:

"Prosseguindo, a averbação questionada vem, certamente, atender aos reclamos dos defensores da tese de que a matrícula deve conter tudo que possa afetar o imóvel ou as pessoas nela interessadas, em consonância com o princípio da concentração. Há, contudo, de se observar cautela na aplicação desse princípio, sob pena de se inundar a matrícula com fatos supérfluos, para não dizer prejudiciais, com provável repercussão no mercado imobiliário, como, por exemplo, o ajuizamento de qualquer outra ação, como se aventou." (Op. cit.)

Por outro lado errou o legislador, a meu juízo, quando permitiu que a averbação das ações executivas pudesse ser feita após a sua mera distribuição, sem uma prévia autorização judicial. Mesmo prevendo uma possível sanção ao

exeqüente que aja abusivamente, por averbar em mais imóveis do que o necessário a notícia de sua execução, há riscos de excessos. Entendo que em alguns casos, amparado por eventual isenção legal de taxas, e por desconhecimento do alcance de sua responsabilidade ou até pela inexistência de bens próprios que posteriormente possam garantir um eventual ressarcimento, o exeqüente poderá se exceder no número de averbações e prejudicar negócios imobiliários que o executado estaria almejando efetivar, criando embaraços muitas vezes motivados por mero espírito de emulação.

Sérgio Jacomino trouxe também ao debate a orientação atual do STJ quanto à questão do ônus probatório nos casos de fraude à execução:

"Trata-se de um fenômeno bastante conhecido dos registradores: a inoponibilidade. Os fatos sujeitos a registro e não registrados são inoponíveis a terceiros."

"Essa tendência vem ganhando robustez nos tribunais superiores. A jurisprudência do STJ tem afastado o reconhecimento de fraude à execução nos casos em que a alienação do bem do executado a terceiro de boa-fé tenha se dado anteriormente ao registro da penhora do imóvel..." (Op. cit.)

Esta questão é polêmica e não se circunscreve ao âmbito registrário, mas entendo que, mesmo com as inovações jurisprudenciais, doutrinárias e legislativas que se apresentaram nos últimos anos, não é aconselhável ou razoável ao adquirente de bem imóvel, de forma tranqüila e amparado na melhor interpretação legal, dispensar-se da cautela de investigar a situação do alienante perante os distribuidores forenses, bem como de tomar todas as outras cautelas investigatórias recomendadas. Aos que querem interpretar de uma forma mais literal o sentido dado pela nova orientação jurisprudencial do STJ sobre este tema, é necessário lembrá-los de que a questão não é pacífica, existindo vários autores que clamam por cautelas ao se analisar esta nova orientação, o que em muito tem contribuído para que se tente chegar a uma situação conciliadora entre os interesses do credor (que se confunde com o da efetividade do processo) e os do terceiro adquirente.

Yussef Said Cahali, analisando esta nova orientação jurisprudencial, assim se posiciona:

"Não identificamos fundamentação convincente (se é que existe), para a afirmação, no caso, de uma pretensa presunção de boa-fé ou inocência em favor do adquirente que terá deixado de tomar, quando do negócio, as cautelas elementares devidas, beneficiando-o de sua própria omissão ou desídia." (*Fraude contra credores*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 683.)

José Eli Salamacha, comentando a opção jurisprudencial adotada pelo STJ, separa as situações em que, não havendo qualquer averbação da ação ou registro da penhora, a presunção ora deve beneficiar o credor, ora o adquirente:

"Haverá presunção relativa em benefício do credor, podendo ser declarada de imediato a fraude à execução, se a demanda tramitar

1) na mesma comarca em que se localizar o bem alienado ou onerado a terceiro, ou

2) na mesma comarca em que se localizar o imóvel penhorado, ou

3) no domicílio do alienante. Essa presunção cai por terra se o adquirente provar o contrário através dos embargos de terceiro."

E complementa esse ponto de vista:

"Carlos Augusto de Assis reforça esse entendimento, afirmando que, por força da Lei 7.433, de 18.12.1985, regulamentada pelo Decreto Federal 93.240, de 09.09.1986, o qual dispõe acerca dos requisitos para lavratura de escrituras públicas, 'há orientação prevendo e extração de certidões de feitos ajuizados para a aquisição de bens imóveis', além de existir consagrada praxe neste sentido..." (*Fraude à execução* – Direitos do credor e do adquirente de boa-fé. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 180 e 184-185.)

O grande especialista em direito imobiliário, Narciso Orlandi Neto, em sua obra *Retificação do Registro de Imóveis*, após didática e convincente linha de argumentação, assim conclui:

"*Data venia*, a boa-fé ou má-fé do adquirente não depende do registro da penhora. Como afirmar-se de boa-fé o adquirente, ainda que, ao tempo da aquisição, a penhora não estivesse registrada, diante dos claros termos do inciso II do art. 593 do CPC? E qual a utilidade da Lei 7.433, que exige, nos atos notariais relativos a imóveis, a apresentação de certidão de feitos ajuizados? Pode o adquirente posterior à penhora estar em melhor situação que o adquirente anterior ao aparelhamento da execução, mas igualmente desidioso?"

"A necessidade de registro de penhora não modificou o instituto da fraude de execução que, repete-se, visa à proteção do credor e não do adquirente desidioso. O registro da penhora não é constitutivo. É mais um meio de publicidade do processo que se acrescenta a seu próprio registro, para dar mais uma chance ao adquirente de evitar o negócio que fatalmente será considerado fraudulento" (2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 218).

Belmiro Pedro Welter fortalece ainda mais este entendimento: "*secundo*, ao credor cabe, pendente demanda, proceder ao registro de algum ato processual, sob pena de responder por sua incúria, porque o Direito não socorre quem dorme, ou, nas palavras do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 'entre o exeqüente descuidado, e já diziam os romanos que *jus non sucurvit dormientibus*, e o terceiro de boa-fé que não adquiriu diretamente do executado (*uma vez que aí o descuido seria seu* – o grifo não é do autor), a toda evidência que o direito deve amparar o segundo, pois, como salientou Von Tuhr, a boa-fé é o elemento subjetivo que informa, estrutura e vivifica todas as relações' (rel. do acórdão da 1ª T. do TJMG, quando ainda Desembargador em 02.09.1981, transcrito na *RT* 560/200)". (*Fraude de execução*. 4. ed. São Paulo: Síntese, p. 94-95).

Gilberto Gomes Bruschi assim se manifestou, reforçando estes entendimentos:

"Ao ser ajuizada a ação pelo terceiro adquirente, após ter sido decretada a fraude de execução, figurando do pólo passivo o exeqüente, dificilmente não será deduzida em juízo a ausência de boa-fé, ou pelo menos a falta de cautela, por parte do adquirente, posto que, era perfeitamente possível que ele tivesse plena ciência da demanda pendente contra o alienante, o que fará com que os embargos sejam julgados improcedentes, sendo, portanto, mantida a fraude de execução, tornando dita alienação ineficaz..." (*Processo de execução* – Temas polêmicos e atuais. Coord. Gilberto Gomes Bruschi, São Paulo: RCS, 2005. p.161-163.)

Ronaldo Brêtas C. Dias também não discrepa deste entendimento:

"A questão relativa ao ônus da prova, como está considerada naqueles escritos, uma vez mais, não merece nossa modesta adesão. Impossível desconhecer-se a publicidade do processo, gerada pelo seu registro (CPC, arts. 251 e 263), na hipótese de venda de bem penhorado, ainda não registrada a penhora. Ora, diante da publicidade do processo, o adquirente de qualquer imóvel tem de acautelar-se, obtendo certidões forenses, além das certidões imobiliárias, que lhe permitam verificar a existência de processos, envolvendo o vendedor, nos quais possa haver constrição judicial sobre o imóvel objeto do negócio entabulado. Aliás, já o dissemos anteriormente, a apresentação das referidas certidões, no ato da lavratura da escritura pública de compra e venda do imóvel, é obrigatória (prescrições da Lei 7.433/85, regulamentada pelo Dec. 93.140/86). Logo, se o sistema prevê a ineficácia do ato de alienação do bem penhorado, tem o terceiro adquirente o ônus de ajuizar embargos de terceiro e provar que, mesmo obtendo as certidões forenses, não lhe era possível tomar conhecimento da existência da penhora ainda não registrada e gravando o imóvel negociado." (*Fraude no processo civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 141.)

Evaristo Aragão e Maria Lúcia L. C de Medeiros, no trabalho intitulado "A fraude de execução e o terceiro adquirente", apresentaram as seguintes conclusões:

"O problema é que o registro da citação em assento imobiliário só tem cabimento para imóveis de algum modo envolvidos em ação de cunho real. Caso contrário, não há como exigir do credor a cautela, de previamente providenciar o registro da ação em todos os bens do devedor de que eventualmente tenha ciência."

E mais adiante:

"Essas diligências mínimas, em nosso sentir, são a execução pelo adquirente, de certidões dos cartórios de registro imobiliário, distribuidor do fórum e de protestos de títulos, todas da comarca da situação do bem. Trata-se de procedimento extremamente simples, adequado e coerente com a dinâmica e o perfil dos negócios atuais, sobretudo em se tratando de imóveis e bens de valor expressivo." (*Processo de execução* – Série processo de execução e assuntos afins. Coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2, p. 356-358.)

É importante informar que outros autores ainda mais cautelosos entendem que estas e outras pesquisas pelo adquirente devem se pautar por toda a cadeia filiatória de proprietários, com todas as investigações e análises de riscos possíveis, incluindo as dos títulos aquisitivos, até onde a sua aquisição não possa mais ser atingida por uma eventual declaração de fraude ou de anulação.

Sérgio Jacomino afirma ainda que "o que gostaria de ver debatido pela doutrina, especialmente a registrária, é o seguinte: em que medida a qualificação do art. 593, pelos termos do disposto no art. 615-A, § 3.º, não redundará, simplesmente, no decaimento da automática presunção da fraude à execução para acomodar-se o fenômeno numa nova situação de fraude contra credores quando não consumada a averbação premonitória?" (Op. cit.).

Mesmo que se entenda que com a referida alteração legislativa ocorreu um "decaimento da automática presunção da fraude à execução para acomodar-se

o fenômeno numa nova situação de fraude contra credores quando não consumada a averbação premonitória", é preciso se estabelecer qual seria esta nova situação de fraude contra credores.

Marcelo Augusto Santana de Melo, em novo trabalho alegou que: "Ressalte-se que o risco que correrá o credor que deixar de averbar a propositura da ação e o devedor transmitir o seu patrimônio imobiliário entre a data da distribuição e efetiva citação, porque referido lapso de tempo não contará com a proteção processual, não incidindo a fraude de execução por falta de previsão legal, restando ao credor o moroso caminho de uma ação pauliana, tendo que provar o evento danoso e a intenção fraudulenta" (A averbação premonitória introduzida pela Lei 11.382/2006 – *Boletim Eletrônico do Irib* 2.865, de 09.03.2007).

A fraude contra credores do direito material exige para o seu reconhecimento ação própria (pauliana ou revocatória). Para se evitar a declaração de fraude contra credores é exigido que o adquirente tenha alguns cuidados, pois se a insolvência do devedor for notória ou houver motivos para ser conhecida do outro contratante, a fraude estará configurada (art. 159 do CC). Fazer pesquisas nos distribuidores de protestos é uma praxe já consagrada para se evitar esta declaração, pois títulos protestados podem, conforme o caso, caracterizar a notoriedade da insolvência do alienante, pela qual o adquirente deveria ter conhecimento, se cauteloso. Imaginar que o adquirente deva fazer apenas pesquisas nos distribuidores de protestos e não nos distribuidores forenses para aquilatar a situação do alienante me parece algo pouco razoável. Aliás, Sílvio de Salvo Venosa cita expressamente, entre as hipóteses em que a doutrina e a jurisprudência vêm fixando como caracterizadores da notoriedade da insolvência, "(...) o elevado número de ações de cobrança..." (*Direito civil* – Parte Geral, 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 496). Ou seja, mesmo que seja apenas para se proteger de eventual declaração de fraude contra credores em ação pauliana, ao adquirente é fundamental consultar os distribuidores forenses.

É claro que o legislador poderá até alterar o instituto de fraude de execução, de modo que a sua caracterização só possa ocorrer quando efetivamente houver qualquer notícia de ação ou execução contra o alienante averbada ou registrada no Registro de Imóveis, privilegiando desta forma a concentração dos atos judiciais no fólio real. Mas, para que estas mudanças efetivamente ocorram, antes são necessárias alterações legislativas mais amplas, claras e peremptórias, que inclusive abarquem mudanças no art. 593 do CPC e na Lei de Escrituras Públicas. Tais alterações, porém, poderiam prejudicar a efetividade do processo, que então passaria a depender integralmente da diligência do credor, bem como teriam que permitir que ações de conhecimento, mesmo antes de qualquer decisão judicial, possam ser averbadas, possibilitando abusos e sobrecarregando as matrículas dos imóveis. Nestes casos, muitas vezes haveria um verdadeiro prejuízo ao tráfico de imóveis.

E qual seria o caminho mais correto a se buscar? Para responder a essa questão acho que primeiramente deveríamos analisar a atual situação dos distribuidores forenses, análise esta que deve abranger, é lógico, os Tribunais Federais, Trabalhistas, Estaduais, e, em algumas hipóteses, os Eleitorais e Militares, quanto ao fornecimento de certidões de feitos ajuizados.

O próprio registrador Sérgio Jacomino descreve a evolução por que estão passando os distribuidores:

"Enfim, não se nega a importância do distribuidor – que agora teve seu valor realçado pela própria Lei 11.382, de 2006. Em São Paulo, por exemplo, a pesquisa acerca da existência de ações contra eventual transmitente pode ser feita pela internet..." (Ponto crítico – Processo e registro – A forma além do conteúdo. *Boletim do Irib* 2.834, de 08.02.2007.)

O estudioso colega, Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, em recente trabalho sobre o tema aqui tratado, comentou também sobre a situação dos distribuidores cariocas e da Justiça Federal:

"Efetivamente não se exigem certidões unicamente dos distribuidores cíveis estaduais, mas também dos juízos federais. Contudo o que poderia parecer diligência extrema, inatingível, não o é. Apenas para exemplificar, as certidões da justiça federal podem ser obtidas gratuitamente via internet; os serviços de registro de distribuição da capital do Estado do Rio de Janeiro criaram uma central permitindo aos interessados obter de modo mais simples e célere as certidões referentes à justiça estadual." (Ainda as certidões de feitos ajuizados – *Boletim Eletrônico do Irib* 2.851, de 24.02.2007.)

A modernização por que estão passando os Tribunais brasileiros na área de informática pode vir a permitir que, em breve, os interessados em adquirir um imóvel possam consultar *on line*, em tempo real, a um custo zero ou razoável, qual é a situação do alienante perante os distribuidores judiciais, de forma que, sendo esta busca negativa quanto ao pólo passivo de ações ou execuções existentes, a aquisição possa se operar. Em isso ocorrendo, mudanças no nosso sistema legal, para a dispensa dessas consultas, serão talvez inoportunas, pois estas investigações terão deixado de ser burocráticas.

Os credores, para se garantir, devem averbar as suas ações que contem com previsão legal de acesso ao registro, até porque de acordo com diversos entendimentos isto pode ser fundamental para a segurança de seus direitos. Estando averbada as ações ou registradas as constrições judiciais, a presunção é absoluta em caso de alienação fraudulenta.

Enfim, qual a opção a se seguir então?

Estando a maioria dos distribuidores forenses, repartições fiscais, cartórios de protestos e outros importantes órgãos de informação aparelhada ou quase inteiramente aparelhada para fornecer as informações necessárias pela *internet*, gratuitamente ou a um custo razoável, não seria precipitado dizer que o sistema legal deva abrir mão destas fontes preciosas de informações para concentrá-las exclusivamente no Registro de Imóveis, único local onde precisariam os adquirentes proceder às suas pesquisas?

Estaremos proporcionando mais *eficiência* ao tráfico imobiliário ao trazer, como defendem alguns ilustres registradores, todas as formas de ações, incluindo as de conhecimento sem qualquer pronunciamento judicial, ao Registro de Imóveis? Haveria praticidade em obrigar os credores a promover este monumental deslocamento, de todas as ações em andamento, incontinenti ou no pequeno espaço de tempo de uma eventual *vacatio legis*, para que com isto ocorra a liberação da consulta aos distribuidores pelos adquirentes, como

desejam alguns, se a publicidade destas ações, ao que tudo indica, em breve estarão integralmente disponíveis na internet? E o custo e a burocracia para posteriormente se proceder aos cancelamentos das averbações efetivadas, com a necessidade da expedição de mandados que muitas vezes terão de ser extraídos de autos há muito tempo arquivados? Quem é de cartório sabe o que é isto.

Qualquer uma das opções aqui discutidas sempre gerará custos e alguma burocracia. O importante é avaliar, no momento atual e dentro da realidade de nosso país, qual das opções aqui discutidas é a mais eficiente e menos onerosa. Anteriormente mantive grande simpatia pela tese que defendia uma mudança legislativa para a aplicação dos princípios registrários da concentração e da inoponibilidade, mas penso que tais ideais hoje devam ser rediscutidos caso seja real a modernização pela qual estejam passando os distribuidores forenses. Penso que, em se confirmando esta evolução, devemos manter a nossa sistemática tradicional, onde averbações e registros de alguns tipos de ações andam de mãos dadas com as consultas forenses e com as outras investigações de praxe, tais como verificações de certidões de protestos, conjunta da SRF e da PGFN, do INSS, do registro de imóveis, fiscais sobre o imóvel, condominiais, e, quando for o caso, outras verificações mais. Sendo estas consultas e investigações possíveis de serem feitas de modo célere e pouco oneroso, devem prevalecer no sistema atual.

Possibilitar as averbações de todas as ações de conhecimento de cunho condenatório (que acredito sejam quase todas, pois sempre haverá o risco da sucumbência), como requisito para declaração de eventual fraude, poderá ser uma difícil tarefa aos credores. Além disso, estes credores, mesmo que venham a ser autorizados por lei a proceder estas averbações, muitas vezes preferirão aguardar o resultado de um primeiro pronunciamento judicial antes de proceder a uma averbação registrária, pois no caso de improcedência de seu pedido poderão ter de arcar com novas indenizações, além da condenação em custas e honorários. A averbação da notícia da ação no fólio real sempre será considerada de maior prejuízo para o proprietário demandado do que apenas a simples propositura da ação sem este complemento.

Acredito que nosso atual modelo, com a modernização pela qual aparentemente estão passando os referidos órgãos de consulta, agrega segurança e eficiência, atendendo tanto ao comércio imobiliário quanto à efetividade da Justiça. E caso alguma alteração legislativa venha a ser proposta, deve-se levar em consideração a realidade brasileira, as nossas experiências, e, principalmente, o amplo debate dentro das instituições envolvidas, tal qual este que está sendo promovido neste Boletim Eletrônico.

Espero que com estas idéias possa ter contribuído para o enriquecimento destas discussões.

3

A averbação do ajuizamento da execução no Registro de Imóveis. Reflexos da alteração do Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006

KIOITSI CHICUTA

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

RESUMO: O autor parte da premissa de que as várias reformas feitas no Código de Processo Civil foram inspiradas na Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o inc. LXXVIII ao art. 5.º da Constituição Federal e, sob essa ótica, avalia o instituto da averbação premonitória ou acautelatória, criado pela Lei 11.382/2006, inclusive com relação à sua operacionalização junto ao Registro de Imóveis e os efeitos que essa averbação produz.

PALAVRAS-CHAVE: Averbação premonitória – Lei 11.382/2006 – Registro de Imóveis.

ABSTRACT: The autor premises in that the several reforms performed in the Code of Civil Process were inspired by the Constitutional Amendment 45/2004, when inserting LXXVIII to the the 5th of the Federal Constituition and, under that view, it evaluates the institute of the premonitory or cautionary registration created by the Law 11.382/2006, besides regarding to its operacionalization at the Real Estate Register and the effects which that registration produces.

KEYWORDS: Premonitory registration – Law 11.382/2006 – Real Estate Register.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade patrimonial e técnica de sub-rogação. Fraude de execução – 3. Justificativas para a publicidade do mero ajuizamento da execução – 4. Objetivos perseguidos pela alteração ao permitir averbação da execução no álbum imobiliário – 5. Averbação cautelar da execução – 6. Efeitos da averbação – 7. Considerações finais – 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A EC 45/2004 representa marco histórico na chamada reforma do Poder Judiciário, buscando romper circulo vicioso da demora na entrega da prestação jurisdicional e, dentre suas normas, há a inclusão do inciso LXXVIII do art. 5.º da CF/88, no qual dispõe que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Resta claro que a norma, de natureza programática, não teria condão de, por si só, mudar cenário vigente, sendo, então, remetidos ao Congresso Nacional vários projetos de reforma do Código de Processo Civil visando o que o Min. Luiz Fux denomina de "aparelhar o Judiciário de

ÁREA DO DIREITO: Processo civil; Registral imobiliário

instrumentos formais capazes de eliminar entraves burocráticos coexistentes no organismo dos ritos, sem prejuízo de estratégias que levam em consideração o estado de ânimo dos litigantes, demonstrando a visão do legislador quanto aos reais problemas da práxis".[1]

Várias alterações restaram aprovadas e, agora, através das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, chega-se ao Livro II do Código de Processo Civil, envolvendo o processo de execução e que tem se constituído em verdadeiro gargalo à credibilidade da Justiça, transformando-a em refém de devedores que, embora solventes, retardam adimplemento da obrigação por muitos anos, a ponto de, no final, lucrar com a demanda, pagando atualização e juros moratórios de 6% ao ano e que, com o Código Civil, passaram a 1% ao mês, em patamares inferiores até mesmo aos obtidos em aplicações financeiras ou imobiliárias. Era no campo da execução forçada que mais se bradava reclamos de modernização, eliminando em relação aos títulos judiciais a existência de processo autônomo para cumprimento do deliberado jurisdicionalmente e criando mecanismos de efetividade no processo de execução embasado em título extrajudicial.

Evidentemente, num estudo tópico que se faz, não cabe enveredamento em aspectos relevantíssimos das modificações introduzidas nos dois diplomas legais citados, mas destacam duas alterações do enfoque:

a) efetividade da norma que considera a execução como aquela que visa satisfação plena do credor, sem os exageros até então admitidos para o princípio de que a execução deve ser feita de forma menos gravosa para o devedor (art. 620 do CPC);

b) consideração das partes como "agentes ativos com poderes e deveres para uma verdadeira e constante cooperação na busca e definição do procedimento que, afinal, pela voz do juiz, virá pôr fim ao conflito jurídico".[2]

Não mais existe benevolência exacerbada em favor do devedor, recebendo ele tratamento processual igualitário na fase do processo de conhecimento, mas não naquele do cumprimento da sentença, onde há comando soberano a ser cumprido. Em relação ao processo de execução de título extrajudicial, por certo, buscou-se eliminar os entraves burocráticos na sua tramitação, sem perder de vista necessidade de proteção igualitária das partes, elevando o prazo de pagamento de 24 horas para três dias, mas permitindo a realização da penhora e da avaliação em uma mesma oportunidade, facultando ao credor que indique já na inicial os bens a serem preferencialmente penhorados, além de permitir a defesa do executado sem a decantada "segurança do juízo". Estabeleceu regra de não suspensividade da execução para oposição de embargos, oficializou a penhora *on line* de depósitos e aplicações financeiras e, principalmente, agilizou sistema de alienação judicial, permitindo até mesmo a venda por iniciativa particular ou através de agentes credenciados, merecendo citado o art. 694 e no que se dispõe que "assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado", acrescentando seu § 2.º que, caso acolhidos os embargos à arrematação, "o executado terá direito a

1. *A reforma do processo civil*, Apresentação do autor.
2. Humberto Theodoro Júnior. *A reforma da execução do título extrajudicial*, p. 5.

haver do exeqüente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exeqüente também a diferença".

Buscou-se superar, como diversas medidas, os entraves que vinham atravancando a execução, dotando-a de instrumentos que se esperam suficientes para cumprimento da promessa de oferecer ao cidadão uma Justiça efetiva, justa e de duração razoável.

2. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E TÉCNICA DE SUB-ROGAÇÃO. FRAUDE DE EXECUÇÃO

O art. 591 do CPC estabelece que o devedor responde com todos os seus bens, presentes e futuros, para cumprimento de suas obrigações, sempre na idéia preconcebida de necessidade de instauração de processo adequado e apto à satisfação do direito do credor. Utiliza-se, para tanto, de técnicas que se denominam de sub-rogação e de coerção, através dos quais o Estado se substitui ao devedor, expropriando bens para satisfazer o credor, ou pressiona o devedor com ameaças de lhe impor sacrifícios pessoal ou patrimonial.

Essa regra geral de que o patrimônio do devedor é garantia dos credores desdobra-se, como anota Candido Rangel Dinamarco, em duas, sendo a primeira de que *todo patrimônio do devedor responde por suas obrigações* e a segunda de que *só o patrimônio do devedor responde*.[3] Só em casos excepcionais é que se admite responsabilidade de terceiro, como na fraude de execução e na fraude contra credores, quando o bem sai do patrimônio do devedor, mas ele continua vinculado ao cumprimento da obrigação do anterior proprietário.

A fraude de execução que interessa ao estudo é o do inciso II, do art. 593, do CPC, e que ocorre "quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência". A rigor, o ato de disposição, por si só, nada tem de fraudulento, mas a lei presume sua ocorrência depois de instaurado processo cujo resultado poderá acarretar na impossibilidade de satisfação do direito do credor, mas é conhecido dissenso sobre o momento de sua ocorrência, pendendo inúmeros julgados do STJ no sentido de afastar afirmação de que a formação do processo pela propositura da demanda já cria clima propício à fraude executiva,[4] exigindo, isto sim, a concretização do ato citatório.

Optou o legislador pela solução de sacrificar o credor quando o comportamento do terceiro adquirente tenha sido *razoável*, ou seja, que tenha ele adotado as cautelas normais e preconizadas a qualquer cidadão mediano, exigindo, para integração de seu bem ao processo executivo quando:

"a) tenha efetivo conhecimento da propositura da demanda, quer o demandado já tenha sido citado, quer não; ou

b) que esse conhecimento seja presumido de algum ato de publicidade como o registro da demanda no cartório de imóveis, farta divulgação pela imprensa, etc., ou

3. *Instituições de direito processual civil*, v. 4, p. 322-323.
4. Cf. jurisprudência citada por Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 674.

c) que ele tenha deixado de comportar-se com a diligência ordinária do homem comum, não realizando as costumeiras pesquisas em cartórios de protesto, distribuidores judiciais, etc. Essas situações comportam exame caso a caso, não sendo lícito presumir o conhecimento sem a ocorrência de algum desses fatos reveladores, segundo a experiência dos juízes (CPC, art. 335)."[5]

Há inegável tendência de proteção ao terceiro adquirente de boa-fé, mas não se lhe perdoa quando atua desprovido da diligência ordinária exigível ao homem comum. Um dado objetivo e confiável foi aquele estampado no § 4.º do art. 659 do CPC, estabelecendo obrigação do credor de "providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiro, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independente de mandado" e que, com a Lei 11.382/2006, substituiu o ato de registro pelo de averbação. Tornou mais explícita norma já vigorante do art. 240 da Lei de Registros Públicos e que consignava que o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.

3. Justificativas para a publicidade do mero ajuizamento da execução

Sempre se entendeu no Direito Registral Imobiliário que os atos praticados no Registro de Imóveis guardam estreita vinculação com os direitos reais e os aspectos relevantes ao bem imóvel propriamente dito, não permitindo aceitação de pormenores que, embora vinculados à coisa, nada acrescentam ao sistema (veja-se vedação de registro e ou averbação do contrato de comodato, cessão de direitos hereditários, cessão de direitos possessórios, etc.). O art. 167 da Lei 6.015/73 estabelece rol dos atos passíveis de registro ou de averbação, e tem-se admitido a inclusão de outros, mas desde que previstos em lei ou enquadrados no art. 246 do mesmo estatuto.

O rigorismo formal do sistema registrário obstava, evidentemente, simples anotação do ajuizamento de ação judicial, exigindo, em casos específicos, citação do devedor, quer em relação às ações reais e pessoas reipersecutórias relativas a imóveis (art. 167, I, 21, da Lei 6.015/73), quer pela realização da penhora no processo de execução. Mas, agora, num primeiro exame, a possibilidade de averbação da distribuição da execução elimina parcialmente a discussão doutrinária do momento de caracterização da fraude de execução, permitindo sua consideração como sendo a do mero ajuizamento, desde que observada a providência acautelatória. Isto sem considerar as dificuldades existentes no então "registro" da penhora e que esbarra em princípios rígidos e necessários, como, por exemplo, os da especialidade e da continuidade, impedindo, por exemplo, sua realização pelo fato de:

a) o estado civil do devedor constante na matrícula ser diverso daquele do processo de execução;[6]

5. Cf. Candido Rangel Dinamarco, op. cit., p. 394.
6. Apelações Cíveis 27.269 e 40.416, do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, relatores os Desembargadores Antônio Carlos Alves Braga e Márcio Martins Bonilha.

b) faltar intimação da penhora ao cônjuge;[7]

c) ausência de prova de prévia averbação da construção na matrícula do imóvel e penhora que recai em terreno e respectiva acessão artificial.

Agora, o art. 615-A do CPC diz que "o exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto".

4. OBJETIVOS PERSEGUIDOS PELA ALTERAÇÃO AO PERMITIR AVERBAÇÃO DA EXECUÇÃO NO ÁLBUM IMOBILIÁRIO

Vez por outra se ouve interpretação de que a nova disposição legal alterou antiga regra de se exigir certidões dos distribuidores cíveis, trabalhistas e fiscais, bastando, agora, apenas certidão atualizada do Registro de Imóveis para forrar o terceiro adquirente da fraude de execução. Não foi esse, à evidência, o objetivo da alteração legislativa, mas sim a consideração de necessidade de preservação do patrimônio do devedor para plena satisfação do credor (cf. Luiz Fux, op. cit., p. 258) e isto principalmente pelo fato de que pode levar tempo para a citação do devedor e a possível expropriação futura do bem do devedor. Vale a propósito observação de Humberto Theodoro Júnior de que "as regras legais não podem ser lidas e interpretadas isoladamente, fora do sistema a que se integram e em atrito com a sua teleologia".[8] Ao estabelecer medidas de efeitos práticos no processo de execução visou afastar o intérprete de divagações sobre conceitos isolados do fenômeno formal, colocando, isto sim, o credor no exercício efetivo do direito subjetivo ameaçado ou violado por eventual conduta ilegítima do devedor.

Os conflitos judiciais, consoante anotado pelo jurista gaúcho, "em quase totalidade, nascem justamente das múltiplas e divergentes interpretações das normas vigentes"[9] e, na situação específica, visou-se antes de tudo melhorar a situação do credor e em nome da segurança jurídica.

Na prática, com a providência alvitrada, anteciparam-se os efeitos de publicidade que se obtinham apenas por ocasião do registro da penhora do bem imóvel, ou seja, o preceito foi introduzido "com o propósito de garantir ainda mais a execução além daquela já prevista no § 4.º do art. 659".[10] A obtenção, pelo terceiro, das certidões das ações ajuizadas ainda deve ser considerada essencial para demonstração de sua boa-fé e a adoção de cautelas de praxe, muito embora, num futuro não remoto, se possa visualizar existência de informações compartilhadas por vários prestadores de serviços públicos e obtidas através de meios eletrônicos. Mas, até então, não há como dispensá-las. De toda forma, em artigo publicado na *Folha de S.Paulo* de 11.02.2007, o editor assistente de imóveis

7. ApCív 43.429, do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, relator o Des. Nigro Conceição.
8. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 5.
9. Humberto Theodoro Júnior. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 118.
10. J. E. Carreira Alvim e Luciana G. Carreira Alvim Cabral. *Nova execução de título extrajudicial*, p. 40.

Edison Valente destaca que "a nova lei poder dar, então, uma falsa impressão de que não é mais necessário correr atrás de várias certidões diferentes, em fóruns cíveis, trabalhistas, Justiça Federal, cartórios de protesto etc., para certificar-se de que o imóvel e seu vendedor não têm pendências judiciais. Mas a via crúcis ainda é necessária, ponderam os especialistas".[11] O ato averbatório é mais garantia do credor e menos instrumento de segurança para eventual terceiro interessado na aquisição.

5. Averbação cautelar da execução

A averbação tem caráter eminentemente acautelatório[12] e, para sua concretização no sistema registral imobiliário, exige tão-somente que o credor, no momento do ajuizamento da ação de execução, localize bens disponíveis do devedor e, com a certidão emitida pelo Distribuidor ou pelo Ofício Judicial, se dirija à serventia predial para que ali execute o ato de publicidade material. A obtenção da certidão é assegurada constitucionalmente (art. 5.°, XXXIII) e não pode ser obstada pelo Juiz, salvo em se tratando de informação resguardada pelo sigilo ou de decisão jurisdicional concedida em processo diverso, tratando-se do que Sidney Palharini Júnior denomina de *prerrogativa do exeqüente*.[13]

Trata-se, como se vê, de ato unilateral da parte e que não exige qualquer intervenção do Juiz, bastando apenas que ela solicite ao Cartório e lá obtenha garantia para seu direito de credora. Muito se discute sobre o órgão do Poder Judiciário incumbido do fornecimento da certidão, mas o uso da expressão *no ato da distribuição* pressupõe que, a princípio, ela deva ser fornecida pelo próprio Distribuidor, cuidando cada Tribunal dotar seu setor de instrumentais adequados para atendimento desse mister, em atendimento até mesmo do disposto no § 5.°, do art. 615-A, do CPC, não se confundindo, como equivocadamente se menciona, em procedimentos relativos à distribuição de processos executivos, estipulação de emolumentos, ao processo averbatório no Cartório de Registro de Imóveis, entre outros. As regras de distribuição já estão inseridas nas leis de organização judiciária e não cabe ao Tribunal a fixação de emolumentos, iniciativa que cabe à lei estadual, além do que a própria Lei de Registros Públicos e o Código Civil estabelecem regramentos próprios para o processo de registro e de averbação. Nada impede que, registrado e autuado o processo de execução, a certidão seja expedida pelo próprio Ofício Judicial. Pouco importa que, em Comarcas com mais de uma Vara, o processo não tenha sido distribuído, bastando apenas que a petição inicial da ação de execução tenha sido oficialmente recepcionada.

Por se cuidar de ato da parte e que não se submete ao controle prévio do Juiz, não estabelece a lei termo final, limitando-se apenas àquele inicial. Esse raciocínio faz com que o intérprete estabeleça parâmetros para sua atuação, permitindo prática de ato averbatório do ajuizamento da execução enquanto não concretizada a averbação da penhora. Resta certo que, realizada esta, não subsiste interesse para a primitiva providência, mesmo porque não se concebe

11. *Folha de S.Paulo* de 11.02.2007, Caderno de Classificado Imóveis, p. 1.
12. Sidney Palharini Júnior. *Nova execução do título extrajudicial*, p. 52.
13. Op. cit., p. 53.

exigência ou mesmo capricho para obtenção dos mesmos efeitos já alcançados e com maior eficácia. Ou seja, ainda que a penhora já tenha sido feita no processo, a obtenção da sua averbação na matrícula do imóvel específico é fato distinto e que, enquanto não alcançada esta, permite ao exeqüente que a efetive, assegurando seu direito como credor. O que não se admite é que o credor promova averbação em matrícula distinta daquela do bem constrito.

Da mesma forma que se deu abertura para atuação da parte com maior autonomia e com significativa repercussão sobre os atos executivos e a solução do processo, resta sempre o questionamento sobre seus limites quantitativos. Não existe indicação desse aspecto e, à primeira vista, poder-se-ia sustentar que o credor deverá averbar apenas nas matrículas dos bens suficientes e estritamente necessários para cobrir as obrigações não cumpridas. No entanto, tal assertiva esbarra no princípio de que todo o patrimônio do devedor é garantia de seus credores e o próprio § 2.º do art. 615-A do CPC, anota que "formalizada a penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados", demonstrando possibilidade de solicitar averbações em tantas matrículas quantas necessárias a seu critério, não alcançado, evidentemente, aqueles impenhoráveis ou inalienáveis, com ressalva de que os bens de família da Lei 8.004/90 podem sofrer a averbação acautelatória, salvo o bem de família instituído nos moldes do Código Civil (arts. 1.171 a 1.722).

Evidentemente, não está aberta a porta para averbações indiscriminadas e com objetivo manifesto de prejudicar o devedor com ajuizamento de processo de execução e que sequer passou pelo crivo de admissibilidade do Juiz, não se desconhecendo efeitos negativos de anotações dessa espécie em relação aos possíveis interessados na aquisição dos bens. Bem por isso, a própria lei estabelece que "o exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2.º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados" (§ 4.º do art. 615-A do CPC), não se referindo especificamente ao seu aspecto quantitativo, mas ao comportamento carregado de comportamento censurável. J. E. Carreira Alvim e Luciana G. Carreira Alvim Cabral mencionam caso de execução de título executivo prescrito como caracterizador de averbação manifestamente indevida.[14]

Tanto não envolve necessariamente o aspecto quantitativo que a lei prevê, além da necessidade de comunicação ao juízo das averbações efetivadas e no prazo de dez dias de sua concretização, o cancelamento daquelas referentes a bens não penhorados. Aliás, não raras vezes se reconheceu o bem como protegido pela Lei 8.009/90 ou se acolheu embargos de terceiro opostos por comprador ou compromissário comprador sem título registrado, mas comprovadamente elaborado em data anterior ao da propositura da ação.

Para que o Registro de Imóveis efetue a averbação exige-se tão só certidão de distribuição do processo e que consigne os nomes das partes e o valor da causa, constituindo-se a primeira no título a que se refere o inciso IV, do art. 221 da Lei 6.015/73, e os demais como subsídios necessários para o processo registrário,

14. Op. cit., p. 44.

eis que necessários para registro dos nomes dos interessados e para controle do princípio da continuidade, evitando que a anotação seja feita em matrícula de bem que não pertence ao devedor,[15] e para cobrança de emolumentos. A menção do valor da causa não constitui fundamento para que o registrador recuse a prática do ato, não se lhe permitindo alegações próprias do devedor (desproporção entre o valor do bem frente aquele da dívida, excesso de averbações) e que devem ser formuladas no processo. Via de regra, não se permite intervenção do devedor na averbação efetivada pelo credor na fase preliminar, mas, respeitados os direitos deste, é possível cancelá-la para que outra seja feita em bem diverso e indicado por aquele.

Escolhido o bem sobre o qual vai recair a penhora, as averbações dos demais bens não atingidos devem ser canceladas e a providência, a princípio, cabe ao credor. Não há necessidade de mandado, bastando apenas que ele se dirija ao ofício predial e, ali, requeira cancelamento às suas expensas, obtendo certidão a ser exibida ao Juiz. Não o fazendo, compete à autoridade processante as providências para a devida regularização.

A questão ganha contornos interessantes quando o credor, já no ato da distribuição, solicita ao Juiz os benefícios da assistência judiciária (Lei 1.060/50). A certidão pode, enquanto não apreciada a inicial pelo Juiz, ser fornecida, mas fica sempre a dúvida no atendimento da solicitação da parte, máxime quando conhecida a séria resistência oposta para a dispensa na cobrança de emolumentos. Nesses casos, o credor só deve buscar o Registro de Imóveis quando o benefício da Justiça Gratuita lhe for concedido.

6. Efeitos da averbação

O § 3.º do art. 615-A do CPC, dispõe que "presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593)", ampliando elenco de casos explicitados no art. 593 do mesmo estatuto legal. Estabeleceu, à evidência, medida de prevenção contra fraude de execução por meio de registro público, significando que, depois da averbação do ajuizamento da ação, os bens afetados não poderão ser livremente alienados pelo devedor. Não perde ele o direito de disposição, a exemplo do que ocorre em relação ao bem penhorado, mas, se alienado, o negócio jurídico é mantido, sendo, porém, ineficaz em relação ao credor exeqüente e que poderá fazer com que a constrição recaia no bem adquirido por terceiro, promovendo, em seguida, os atos de alienação judicial.

Tal presunção, ao contrário do que ocorre em relação à penhora, é apenas relativa. Ou seja, "não opera quando o executado continue a dispor de bens para normalmente garantir o juízo executivo. Mas se a execução ficar desguarnecida, a fraude é legalmente presumida, independentemente da boa ou má-fé do adquirente, graças ao sistema de publicidade da averbação, no registro público, da simples existência da execução contra o alienante".[16] A fraude é analisada frente à existência ou não de outros bens que possam responder pela dívida.

15. Sydney Palharini Junior, op. cit., p. 54.
16. Humberto Theodoro Júnior. *A reforma da execução do título extrajudicial*, p. 34.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estabelecimento de novas regras para o cumprimento da sentença e para a execução de título extrajudicial significa mudança de postura do legislador para tornar efetiva a atuação jurisdicional, eliminando gargalos que vinham causando retardos injustificáveis na realização do direito do credor, principalmente naqueles em que visíveis intentos procrastinatórios.

Dentre os objetivos louváveis destaca-se a preocupação de preservação do patrimônio do devedor, evitando que ele seja reduzido ou dilapidado por entraves comuns aos processos judiciais, desde a demora verificada em alguns Ofícios Judiciais (cumprimento de aspectos burocráticos de registro e autuação do processo, a conclusão ao Juiz e a expedição do mandado de citação) até a efetiva citação do devedor executado e que pode exigir até mesmo que seja realizada por edital. Permitiu-se, sem necessidade de concurso do Juiz, a publicidade no Registro de Imóveis do ajuizamento da ação de execução contra o titular de direito real, advertindo eventual interessado na aquisição de enquadramento em fraude de execução.

Trata-se, como anteriormente destacado, de antecipação dos efeitos, embora sem a mesma força, da inscrição da penhora, que passa agora a ser realizada também por ato averbatório e não mais por registro, medida que, apesar de contestada e que vigorou por várias décadas, passa a prevalecer, mesmo porque não gerador de direito real, mas apenas de publicidade para efeito *erga omnes*.

A medida, de inegável caráter acautelatório, evitará, pelo menos no processo de execução e também no cumprimento de sentença judicial, aplicável por força do art. 475-R do CPC, discussões alongadas e que muitas vezes causava frustração aos direitos do credor e que se via impedido de obter resultado útil na demanda. Em boa hora foram idealizadas alterações ao já superado sistema de execução.

8. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, J. E. Carreira e ALVIM CABRAL, Luciana C. Carreira. *Nova execução de título extrajudicial*. Curitiba: Juruá, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 4.

FIORANELLI, Ademar; SANTOS, Flauzilino Araújo; SILVA, Ulysses. *Penhora e cautelares no registro de imóveis*. Porto Alegre: Fabris/Irib, 2005.

FUX, Luiz. *A reforma do processo civil*. Niterói: Impetus, 2006.

PALHARINI JUNIOR, Sidney et alii. *Nova execução de título extrajudicial*. São Paulo: Método, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alii. *Aspectos polêmicos da nova execução* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

4

*As inovações da Lei 11.382/2006 e seus reflexos no registro de imóveis**

MARCELO GUIMARÃES RODRIGUES

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Examinador efetivo do Concurso Público para provimento de Delegações do Extrajudicial do TJMG.

RESUMO: O autor se detém nos aspectos relativos à averbação premonitória criada pela Lei Federal 11.382/2006, que alterou o Código de Processo Civil, dando maior relevância para o Registro Imobiliário, investigando sua natureza jurídica, eficácia e eventual sanção ao credor que deixa de promovê-la.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de Imóveis – Lei 11.382/2006 – Averbação premonitória.

ABSTRACT: The autor stops in the relative aspects to the premonitory register created by de Federal Law 11.382/2006, when the Code of Civil Process was altered, with greater relevance to the Real Estate Registration, investigating its juridical natures, effectiveness and eventual sanction to the creditor whofails to promote it.

KEYWORDS: Real Estate Register – Law 11.382/2006 – Premonitory registration.

Sumário: 1. Introdução – 2. Prestigiar a tutela do terceiro de boa-fé é tendência contemporânea irreversível. Ruma nosso direito ao princípio absoluto da fé pública da inscrição? – 3. Princípio da concentração da matrícula e fim do clandestinismo jurídico: necessidades imperiosas de ontem e de hoje para eliminar a opacidade do registro – 4. O art. 615-A do CPC reflete a importância do registro imobiliário na geração e conservação de ambiente de segurança jurídica – 5. Natureza jurídica da averbação premonitória – 6. Efeitos típicos da averbação premonitória: publicidade e inversão do ônus de prova. Presunção relativa. Oponibilidade e inoponibilidade: duas faces da mesma moeda – 7. Casuísticas do art. 615-A do CPC: 7.1 O fetichismo do processo e a antecipação do momento em que a fraude à execução é presumida; 7.2 Os casos de premonição de riscos recepcionados no registro imobiliário são fugazes. Sua eficácia é apenas declarativa e não constitutiva; 7.3 Há sanção em caso de omissão do credor que deixa de promover a averbação premonitória? E na hipótese de não atendimento ao § 1.º do art. 615-A do CPC?; 7.4 Da averbação manifestamente indevida; 7.5 Requisitos da

* Palestra proferida no 22º Encontro Regional do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil-Irib. Caxambu-MG, em 16.05.2007.

ÁREA DO DIREITO: Processo civil; Registral imobiliário

averbação – 8. Da penhora eletrônica de imóveis, veículos e outros bens móveis – 9. A repercussão da eficácia da qualificação tabular no concurso de credores. Art. 698 do CPC – 10. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A edição da recente Lei 11.382, de 06.12.2006, cuja entrada em vigor se deu em 22.01.2007,[1] com notável repercussão no registro imobiliário, ocorre em contexto no qual se evidencia, em primeiro plano, a preocupação do legislador em aprimorar a área da execução, justamente a que maior desgaste proporciona ao Judiciário, notadamente quando o título executivo é a sentença, em que se constata com freqüência inconveniente, após anos e anos de processo, o sentimento de frustração geral, seja da parte do credor, seja do magistrado, do advogado e da própria Instituição da Justiça.

Com efeito, a um custo social altíssimo, movimenta-se a complexa e pesada máquina judiciária demandando o precioso – porque escasso – tempo dos magistrados – às voltas com absurdas condições de trabalho – com as intermináveis idas e vindas da fase de cumprimento da sentença, quase sempre por força de simples despachos ordinatórios ou de mero expediente, dado o cunho predominantemente administrativo do processo executivo, em que raros são os atos com carga de jurisdição contenciosa. E, o que é pior, geralmente sem correspondência útil ao jurisdicionado pelas conhecidas e reconhecidas dificuldades em dar efetividade ao cumprimento de obrigações previamente declaradas, ou constituídas pelo sistema legal vigente, traduzindo-se em exemplo emblemático de ineficiência do aparelhamento público até então disponível para o efetivo exercício desta específica e importantíssima parcela da soberania estatal.

Assim, com o deliberado propósito de aparelhar o Judiciário de mecanismos formais capazes de eliminar entraves burocráticos pré e coexistentes no plano dos ritos e procedimentos legais, profundas alterações são apresentadas ao Livro II do Código de Processo Civil, visando sua contextualização ao reclamo contemporâneo no qual a efetividade e celeridade do processo são içadas textualmente ao posto de princípio constitucional e irradiadas no inciso LXXVIII do art. 5.º da CF/88, a partir do marco histórico da EC 45/2004, que, aliados a outros princípios igualmente relevantes, buscam oferecer ao jurisdicionado uma Justiça acessível, efetiva, justa e de duração razoável.

Neste descortino, adquire especial relevo a norma que visa destacar na execução a satisfação do credor, relativizando, em certos aspectos, o princípio de que se processará de forma menos gravosa em relação ao devedor (art. 620 do CPC). Ademais, promover o realinhamento das partes como autênticos protagonistas e não mais mero coadjuvantes do processo executivo, na medida em que são municiadas com poderes e deveres que lhes habilitam interagir, juntamente com o Estado-Juiz, na definição do procedimento que levará à composição do conflito. Dado que, por um lado, foi ampliado o prazo para pagamento de 24h para três dias, por outro, permite-se agora a realização da penhora e da avaliação

1. Nos termos do disposto no art. 1.º da LICC (Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942).

em um mesmo ato; defere-se ao credor indicar já na inicial os bens a serem penhorados com preferência; admite-se a defesa do executado independentemente de penhora, depósito ou caução, porém, via de regra, sem o atributo de suspender a execução; oficializou-se a penhora *on line* de depósitos e aplicações financeiras e imprimiu-se agilidade à alienação judicial ao se permitir a venda por iniciativa particular ou por meio de agentes credenciados, estimulando a arrematação judicial, dentre outros aspectos.

O objetivo é claro, pois visa inverter uma lógica irracional, segundo a qual os autores de uma ação judicial não têm razão, até prova em contrário. Constata-se que o sistema processual é concebido para privilegiar o réu, que pode discutir, argumentar, recorrer, discutir novamente, retrucar, sem nada pagar, a um custo zero, pois nada indeniza o autor pela mora e demora do processo judicial, caso vencido, resultado perverso que vai de encontro ao que preconiza Chiovenda e obviamente gera descrédito ao aparelho judiciário, incrementa o custo das transações, desperdiça riquezas e semeia insegurança.

2. Prestigiar a tutela do terceiro de boa-fé é tendência contemporânea irreversível. Ruma nosso direito ao princípio absoluto da fé pública da inscrição?

A meu aviso, o que se percebe, de fato, é a constante aproximação, ainda que lenta, de nosso sistema jurídico ao denominado princípio da fé pública, proveniente do direito germânico, através do qual se admite que a inscrição se torne saneadora em face do terceiro de boa-fé, que nela confiando, adquire o direito. Evidentemente que a adoção deste princípio importa, além da proteção do terceiro de boa-fé, que se torna imune à ação de retificação, no estímulo do comércio jurídico, o que se traduz em manifesta vantagem dos pontos de vista social e econômico. Lembre-se que no Brasil, por falta de apoio do registro fundiário, o Código Civil de 1916 adotou apenas o princípio da presunção (art. 859), que por não atingir o direito material, apenas o processual, inverte o ônus de prova. A regra foi na essência outra vez assimilada no § 1.º do art. 1.245 e no *caput* do art. 1.247 do CC/2002. A sinalização do registro prevalece até que prova em contrário seja produzida, resguardando somente o interesse do titular do domínio, pois importa que nenhuma mutação jurídico-real se realize sem a sua vontade, em detrimento da segurança do comércio. Assim, diante da inexistência, à época da Codificação de 1916, do fólio real e do cadastro, a regra possível foi tutelar o direito subjetivo ou a segurança jurídica, remanescendo como exceção a tutela do terceiro de boa-fé, ou a segurança do comércio.

Todavia, desde a Lei dos Registros Públicos (6.015) que entrou em vigor em 1976, cumpriu-se importante aperfeiçoamento técnico com a introdução em nosso direito registral do fólio real, em que cada matrícula corresponde a um imóvel e vice-versa, rompendo com o padrão dos antigos livros fundiários. Pavimentado o caminho com a obrigatoriedade da matrícula, vicejou infra-estrutura legal para que nosso sistema registral incorporasse outras importantes providências necessárias a clarear as informações prestadas e fortalecer a segurança, entre as quais a mais recente da Lei 10.267/2001. Passo a passo, como desdo-

bramento lógico e natural, o próximo degrau em direção ao princípio absoluto da fé pública será promover, a partir do apoio oferecido por um cadastro verdadeiramente estruturado, sua necessária interconexão com o registro, pois enquanto este último recepciona direitos, respondendo às perguntas: quem é o proprietário? E como o imóvel foi adquirido? – o primeiro oferece solução a outras indagações, tais como, onde o imóvel está localizado? E quanto mede? – cujas respostas, além de precisas, são necessárias para que se estabeleça a plena garantia sobre a efetiva correspondência entre a situação real e a situação registrada, de forma a abrandar a segurança jurídica que importa apenas ao titular do domínio, pela segurança do comércio, essa sim com potencial para irradiar efeitos multiplicadores na economia. O mesmo se dá no direito alemão. Nesse sistema, o adquirente sempre faz a aquisição regular pelo verdadeiro proprietário e na eventualidade de isso não acontecer, acudirá em seu favor a indenização, que na Alemanha é de responsabilidade civil do Estado.

Em sintonia, a constante flexão que o processo civil experimenta desde a edição da Lei 8.953/94, seguindo-se a reforma da reforma da Lei 10.144/2002 até o advento da Lei 11.382/2006, procura prestigiar exatamente a tutela do terceiro adquirente de boa-fé. Anote-se que mesmo o Código Civil de 2002 alça o princípio da boa-fé objetiva como norte a pautar as relações jurídicas (art. 113) e cláusula geral em matéria de integração de contratos, relativamente a qual tem se admitido um efeito expansivo para atingir inclusive as fases pré e pós-contratual (art. 422). Também o Código de Defesa do Consumidor confere especial relevo à boa-fé como princípio norteador da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4.º, III), traduzindo-se tal cenário o que parece ser um concerto sistêmico de interação das legislações de direitos material e instrumental neste sentido.

Compreende-se que a evolução dos registros de imóveis implica a dispensa de mecanismos burocráticos, inseguros e custosos – tais como o instituto da fraude à execução – para aclarar a situação jurídica da propriedade e do alienante, ou mesmo para garantia de direitos provenientes de ações de conhecimento, execução, cautelares e outras de natureza administrativa, em proveito da segurança do comércio.

3. PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DA MATRÍCULA E FIM DO CLANDESTINISMO JURÍDICO: NECESSIDADES IMPERIOSAS DE ONTEM E DE HOJE PARA ELIMINAR A OPACIDADE DO REGISTRO

O princípio da concentração na matrícula, que possibilite a averbação premonitória de todo e qualquer evento suscetível de afetar o direito de propriedade imobiliária – sinônimo de risco na aquisição imobiliária no registro, que deságua em ágio do preço – quando adotado em sua integralidade, abarcando inclusive ações administrativas de órgãos públicos, resultará em segurança jurídica completa para o tráfico jurídico-imobiliário, implicando a diminuição de custos, drástica redução na exigência de certidões e eliminação da prática de contratos de gaveta, cuja existência teimosamente é reconhecida em alguns casos até mesmo quando há hipoteca anterior.

Sublinhe-se que a doutrina brasileira especializada há muito vem sustentando a imperiosa necessidade do acesso dos títulos judiciais ao Registro, e desde Clóvis, Philadelpho Azevedo, Serpa Lopes, dentre outros grandes juristas pátrios, formulam-se ações que visem obviar o ponto de fragilidade essencial do sistema, que vem a ser o chamado "clandestinismo jurídico". Busca-se combater os ônus ocultos, eliminar os gravames opacos, atacar as constrições que transcendem os limites subjetivos da lide, posto que repercutem perante terceiros, tomando de assalto o adquirente de boa-fé.

Em verdade, o acesso e publicidade registral de atos judiciais, consoante anotou Philadelpho Azevedo, têm previsão legislativa desde o Dec. 737, de 25.11.1850, que além de determinar a ordem do juízo no processo comercial assume especial relevo na compreensão das origens de outro instituto, qual seja, a fraude à execução, que à exemplo do samba e da caipirinha, porém não com o mesmo orgulho desses últimos, na opinião um tanto perplexa de Enrico Tullio Liebman, é criação genuinamente nacional, derivada de um sistema registral até certo ponto opaco e fissurado (citado por Sérgio Jacomino. São Paulo: *BE do Irib* 2.834, 08.02.2007, p. 6).

A situação verificada até o início do século XIX, na qual a propriedade imobilizada pertencia há décadas à mesma pessoa ou família e, por conseqüência, era excluída do mercado e não se tornava objeto de contratação, o que dispensava a necessidade de um Registro, foi ultrapassada. Deparou-se a sociedade moderna com uma série de novas situações comuns que imbuíram nos legisladores de então a firme intenção de acabar com o clandestinismo jurídico, com suas hipotecas, constrições judiciais e ocultas onerações para o fim precípuo de blindar o tráfico jurídico-imobiliário da necessidade de se empreender peregrinação aos distribuidores e outras instâncias administrativas. Assim nasceu o sistema registral imobiliário, não apenas no Brasil, mas em várias partes do planeta.

Por isso não se pode olvidar que o registro de todas as vicissitudes judiciais que possam atingir terceiros foi e continua sendo condição obrigatória para cumprir com o preceito básico dos Registros Públicos que é a autenticidade, segurança, eficácia e publicidade de atos ou fatos jurídicos, blindando o tráfico-jurídico imobiliário desnecessário. Estas são as condições indispensáveis para se estabelecer um cenário favorável à promoção do crédito, atração de investimentos de capital, redução das taxas de juros, eliminação dos empréstimos usurários, simplificação dos procedimentos legais e sobretudo proteger as pessoas das fraudes na contratação imobiliária.

4. O ART. 615-A DO CPC REFLETE A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO NA GERAÇÃO E CONSERVAÇÃO DE AMBIENTE DE SEGURANÇA JURÍDICA

No que nos interessa mais de perto, concebeu a Lei 11.382, de 2006, o art. 615-A do CPC que outorga ao credor, munido de certidão comprobatória do ajuizamento da execução, a prerrogativa de averbá-la nos registros de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos à penhora ou arresto, destacando presumir em fraude à execução (art. 593 do CPC) a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (§ 3.º).

Com efeito, a averbação na matrícula do imóvel, antes mesmo da penhora, da simples propositura de execução judicial, providência a cargo do exeqüente, resguarda o terceiro adquirente. Sua não ocorrência resulta em seu favor as presunções legais de boa-fé e da fé pública que emanam do registro, transferindo a lei o ônus de destruir tais presunções ao credor negligente, especialmente quando referir-se à fraude à execução.

As transações imobiliárias ficaram mais seguras, representando a nova legislação avanço histórico em prol da segurança do tráfico jurídico-imobiliário resguardando o terceiro adquirente de boa-fé da perda do imóvel por desconhecer ações de execução de dívida contra o vendedor, passíveis de resultar em penhora do bem. Valorizou-se, assim, a chamada segurança jurídica preventiva.

O registro imobiliário desempenha papel importantíssimo para o desenvolvimento econômico e social do país, uma vez que proporciona segurança jurídica nas transações imobiliárias. E somente a partir de um ambiente juridicamente seguro é que se estabelece um cenário favorável para o desenvolvimento do mercado imobiliário, que por sua vez fomenta o crédito imobiliário, com efeito multiplicador e abrangente na atividade econômica como um todo.

Tenha-se em conta que, em termos econômicos, paga-se alto pela insegurança jurídica. Até então, constatava-se progressiva redução no número de compradores e vendedores aptos a passar a escritura definitiva, valendo-se cada vez mais de outros instrumentos como contratos de gaveta e procuração sucessiva. A venda de imóveis esbarra na falta de liquidez, pois o negócio não é nem rápido, nem tão seguro, fruto de exigências exageradas, quantidade absurda de certidões, seja do vendedor, do comprador e do próprio imóvel, o que estimula a depreciação do valor do bem. Este cenário espelha um contra-senso que traz conseqüências econômicas perversas a um país que quer e precisa desenvolver seu mercado imobiliário, pois a lógica caminha em sentido inverso, na medida em que quanto mais custos de transações sejam poupados, mais transações ocorrerão e mais recursos serão canalizados para atividades produtivas.

5. NATUREZA JURÍDICA DA AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA

A averbação premonitória de que trata o referido dispositivo legal, é espécie do gênero inscrição declarativa, de cunho cautelar, que surge geralmente como incidente processual. Trata-se de casos avulsos de premonição de riscos em que os mais freqüentes são os constritivos (penhora, arresto e seqüestro) e os citatórios de ações reais e pessoais reipercussórias, mas também às vezes surgindo sob as roupagens de bloqueio da matrícula e de indisponibilidade de bens.

Na autorizada doutrina de Afrânio de Carvalho, "serve para divulgar riscos pendentes sobre direitos inscritos, inclusive o de iminente constituição de gravame, para o fim de chamar a atenção de terceiros acerca de pretensões adversas àqueles, pondo-os de sobreaviso quanto ao imóvel atingido por elas. Dada a sua finalidade de premonição de riscos, é chamada com toda a propriedade de inscrição preventiva" (em *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 147).

Trata-se do registro de atos acautelatórios, cujo objetivo é prevenir terceiros de ameaças à titularidade constante do registro, em virtude de atos judiciais ou de

negociais sob condição suspensiva, permitindo que se inteirem do risco do negócio tendo por objeto tais imóveis, dentre os quais se situam referidos atos constritivos e outras hipóteses de oneração (art. 246, *caput*, c/c os arts. 230, 235, parágrafo único, e 247, todos da LRP), cabendo pontuar que nos termos da Lei 6.015, de 1973, diploma esse de cunho instrumental e de natureza pública e cogente, tais registros e averbações são de caráter obrigatório (arts. 169 e 167, I e II).

Com efeito, tanto a averbação referida no recente art. 615-A do CPC, quanto às demais hipóteses anteriormente previstas na Lei dos Registros Públicos e outros dispositivos legais, tais como, exemplificativamente, nas Liquidações Extrajudiciais, na Lei de Falências e no Dec.-lei 58, de 1937 (art. 2.º, das disposições transitórias) apenas para citar alguns, referem-se a um mesmo rol que tem por escopo não apenas advertir, prevenir e acautelar terceiros de boa-fé, mas também deflagrar importantes efeitos bem familiares aos registradores imobiliários, quais sejam, o de gerar oponibilidade e inoponibilidade no bojo de um inteligente sistema de presunções legais, cuja finalidade, em última instância, é inverter o ônus da prova, porém o fazendo com o intuito maior de promover a boa-fé do terceiro adquirente, reforçando, em boa hora, o comércio jurídico, tendo em conta a grave repercussão que determinados atos jurídicos e certas vicissitudes judiciais podem produzir no tráfico-jurídico imobiliário. Assim, tem eficácia para inquinar de má-fé o respectivo adquirente, servindo de prova pré-constituída da sua fraude.

A rigor, desde o século XIX o nosso sistema jurídico maneja tal instituto, a começar pelo Dec. 177-A, de 1893, art. 4.º e § 2.º, passando pelo primeiro Regulamento dos Registros Públicos (Dec. 4.827, de 1924) e os que o sucederam (Decretos 18.542, de 1928, e 4.857, de 1939), até alcançar a vigente Lei 6.015, de 1973 (art. 167, I e II, c/c os arts. 169 e 240), não sem mencionar os Códigos de Processo Civil de 1939 (art. 348) e o atual (art. 659, § 4.º, com a redação que já lhe dera a Lei 8.953, de 1994). Percebe-se então ser da tradição do Direito brasileiro recepcionar e inscrever no registro de imóveis determinados atos ou circunstâncias judiciais, tais como penhoras, arrestos, seqüestros, citações de ações reais e pessoais reipercussórias.

Portanto, equivoca-se, no particular, quem sustenta que a premonição de riscos foi introduzida em nosso direito pela Lei 11.382, de 2006; afirma que tal diploma tornou "mais explícito" o comando do art. 240 da Lei 6.015, de 1973; ou ainda considerou a Lei 8.953, de 1994, responsável pela obrigatoriedade da inscrição da penhora no registro imobiliário.

6. Efeitos típicos da averbação premonitória: publicidade e inversão do ônus de prova. Presunção relativa. Oponibilidade e inoponibilidade: duas faces da mesma moeda

Como se sabe, o registro público é o único serviço estatal inteiramente comprometido com a consecução das garantias da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (CR, art. 236; LRP, art. 1.º; Lei 8.935, de 1994, art. 1.º).

O registro no sistema brasileiro cria presunção relativa de verdade. Não dá autenticidade ao negócio causal ou ao fato jurídico de que se origina. Autenticidade é a qualidade daquilo que é confirmado por ato de autoridade e deriva do poder certificante que a esta é inerente.

É, um dos objetivos dos registros públicos, proporcionar segurança às relações jurídicas, a partir do aprimoramento de seus sistemas de controle, especialmente com a obrigatoriedade das remissões recíprocas, criando uma rede fina, atualizada e completa de dados e informações. É por meio da publicidade oponível a todos os terceiros, que os registros públicos podem afirmar a boa-fé dos que praticam atos jurídicos, amparados na presunção de certeza irradiada a partir de tais registros. Publicidade é elemento essencial dos registros públicos, diante de certos atos ou fatos da vida civil jurídica. É obrigatória por exigência legal, conforme já anotado, nos registros e averbações relativos a imóveis (art. 167, I e II, c/c o art. 169, da LRP).

Neste contexto, entendo que a eficácia da publicidade registral independe de outras instâncias, como por exemplo, dos distribuidores, já que garantir a publicidade e eficácia dos atos jurídicos são atributos e fins específicos exclusivamente dos registros públicos. Natural, portanto, que a averbação premonitória da propositura da ação de execução dispense a apresentação das certidões dos distribuidores cíveis das Justiças Estadual e Federal, sejam comuns ou especiais, bem como das Fazendas Públicas, sob pena de se introduzir um paradoxo no sistema.

Observo que em momento algum a Lei instituiu os Foros e Tribunais como órgãos de publicidade, pelo contrário, dado que os atos judiciais via de regra produzem efeito apenas em relação aos sujeitos da respectiva relação jurídico-processual, não beneficiando nem prejudicando terceiros (art. 472, primeira parte, do CPC), alguns dos quais, diga-se de passagem, tramitam inclusive em segredo de justiça, por força de lei.

Parece absolutamente claro que o art. 615-A do CPC, atribui exclusivamente ao credor o ônus de averbar a propositura da ação executiva perante o fólio real, somente a partir da qual operando a publicidade efeito *erga omnes*, poupando as partes da impensável via *crucis* de buscar em todas as Justiças, Foros e Tribunais do País a existência de alguma ação.

O efeito prático é não mais se considerar essencial a apresentação de certidões dos distribuidores cíveis e fiscais previstas na Lei 7.433, de 1985, e seu Decreto regulamentador 93.241, de 1986, para a lavratura da pública forma, o mesmo valendo para os registros do parcelamento do solo e da incorporação imobiliária, dado que o adquirente de boa-fé é mantido na propriedade sem riscos, em que pese a imensa maioria das transações imobiliárias já se faziam com a dispensa dos distribuidores, assumindo os contratantes a responsabilidade.

Noutro giro, consumada a averbação, forra-se o credor da presunção inerente ao registro público, oponível a terceiros no tocante a premonição do risco de fazer negócio com o imóvel, dada a ameaça à titularidade constante do registro. É a nota não só de publicidade, mas de eficácia contra terceiros, objetivos precípuos da legislação concernente aos registros públicos (art. 1.º da LRP). Como toda presunção, e esta não é diferente, representa uma ilação criada

pela lei para, a partir de um fato conhecido firmar outro desconhecido; quem a tem a seu favor fica escusado de provar o fato a que ela conduz. E, tratando-se, como se trata aqui, de presunção relativa, inverte-se o ônus processual da prova em desfavor daquele que pretende infirmar a exatidão do registro.

O outro lado da mesma moeda, implicando a inação do credor, gera a inoponibilidade de sua pretensão, dado que a presunção de boa-fé será deslocada em prol do terceiro, forrando sua aquisição, suportando assim o exeqüente o ônus de sua negligência traduzido no dever de provar a má-fé do terceiro adquirente do imóvel.

Neste sentido, parafraseando notório comentarista de futebol, a regra é clara: Os fatos sujeitos a registro e não registrados são inoponíveis a terceiros, atribuindo-lhes a presunção de boa-fé.

7. Casuísticas do art. 615-A do CPC

7.1 O fetichismo do processo e a antecipação do momento em que a fraude à execução é presumida

Reflexo de uma cultura jurídica discutível, para dizer o menos, que não cabe aqui analisar, valoriza-se em nosso país mais o processo do que as relações negociais típicas ou mesmo a legislação concernente aos registros públicos, que também é de ordem instrumental, além de pública e cogente.

Veja-se que foi necessário o Código de Processo Civil sofrer a intervenção da Lei 8.953, de 1994, para alguns destacarem que o registro da penhora passara a ser obrigatório e que sua falta importaria em fraude à execução. Ainda assim, conforme anota Décio Antônio Erpen, Professor, Advogado e Desembargador aposentado do TJRS, chegando mesmo a comparar o processo ao Alcorão:

"Muitos credores desidiosos e omissos foram vencedores nos pleitos judiciais, como autêntica loteria jurídica. Nunca o direito foi tão injusto para milhares de contratantes de boa-fé, como no instituto da fraude à execução. Prestigiou-se o processo e a suposta dignidade da jurisdição, gerando-se a *insegurança jurídica*, olvidando-se que a segurança jurídica é um dos valores supremos do direito." (Das novas regras da execução e o registro imobiliário. *Revista do Advogado* 90/22-23. Porto Alegre, mar. 2007. Os grifos são do original.)

Como se sabe, o art. 240 da Lei 6.015 de 1973, de há muito previa que "o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior", salientando-se que tal registro é de cunho obrigatório (art. 169, c/c o art. 167, I, n. 5), para conferir a tal ato não apenas publicidade, mas, sobretudo, eficácia (art. 1.º).

A julgar pelo espanto que tomou conta de alguns operadores do Direito com a edição da Lei 8.953, de 1994, muitos ignoravam e continuaram ignorando solenemente a legislação instrumental especial corporificada na Lei dos Registros Públicos. Após debates e agitação quase geral, pacificou a jurisprudência o entendimento de que após a vigência da referida Lei, "um dos requisitos da fraude à execução é a demonstração de que o adquirente tenha tido ciência do ato gravoso incidente sobre o imóvel, presumida, aduza-se, quando registrada a

penhora, nos termos do § 4.º do art. 659 do CPC, introduzido pela Lei 8.953/94" (STJ, REsp 131.587-RJ, 4ª T., *DJ* 07.08.2000). Conseqüência na visão do fetichismo processual: o marco temporal da fraude à execução não mais seria a data da citação válida do devedor, mas, sim, a data do registro da penhora, dado que o registro da penhora – não por força dos acima referidos dispositivos da Lei dos Registros Públicos –, mas, sobretudo pela redação conferida então ao aludido art. 659, § 4.º, do CPC, constituiria requisito de eficácia do ato, como se fosse mesmo, à evidência, o processo um autêntico Alcorão.

De qualquer forma, por construção doutrinária e jurisprudencial, antes mesmo da vigência da Lei 11.232, de 2005, que eliminou a dicotomia entre os processos de conhecimento e de execução, fundando o que se convencionou chamar de processo sincrético, já se admitia a possibilidade de se configurar a fraude à execução a partir da citação nos processos de conhecimento e cautelar (Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 850. STJ: REsp 233.152-MG, REsp 234.473-SP, REsp 113.871-DF etc.)

Com o novo preceito do art. 615-A do CPC, todavia, esvazia-se a indagação formulada ao influxo de determinar o momento processual configurador da fraude à execução, se a data do ajuizamento da ação, se da distribuição ou da citação. O que vinga, agora, é a data da averbação da execução, pois o preceito é absolutamente enfático neste aspecto. Restou agora o instituto da fraude à execução, qualificado pelo concurso da publicidade registral, único canal legal que autoriza o efeito da oponibilidade dos atos judiciais perante terceiros o que, a meu ver, melhor se concilia com a legislação especial concernente aos Registros Públicos.

Da mesma forma, não há que se cogitar de nova hipótese de fraude à execução, além daquelas previstas no art. 593 do CPC, seja pela expressa referência a esse dispositivo contida no § 3.º do art. 615-A, seja pela ausência deste parágrafo entre as hipóteses subordinadas à cabeça do mencionado art. 593.

7.2 Os casos de premonição de riscos recepcionados no registro imobiliário são fugazes. Sua eficácia é apenas declarativa e não constitutiva.

A inscrição preventiva em qualquer de suas modalidades e roupagens é sempre provisória, pois mais cedo ou mais tarde tende a transformar-se em inscrição definitiva ou a ser cancelada. Assim se explica a sua eficácia declarativa em contraponto com a eficácia constitutiva de direitos, como por exemplo, as têm outras espécies de inscrições provisórias (locação com cláusula de vigência contra adquirente e a promessa irretratável de compra e venda de imóvel).

Daí porque não impede que diante do registro se entabulem negócios que desprezem a advertência nela contida e que um dia a mais ou a menos serão anulados ou simplesmente ineficazes diante do titular do direito por ela guarnecido. Nem a penhora, nem o seu registro implicam a retirada da coisa do comércio. O efeito negativo da imprudência do eventual adquirente implica a fraude de execução, determinando, a lei, a expedição de mandado judicial em seu desfavor, que somente será ouvido depois de depositá-lo (art. 626 do CPC).

De uma maneira geral, em que pese os diferentes casos de inscrição preventiva possam ser reunidos em conjunto quase homogêneos, ainda guardam entre si algumas peculiaridades. Isso explica, entre outros aspectos, que a averbação premonitória da propositura da execução seja dispensada quando efetivada a penhora e não vice-versa, posto que o registro desta última é obrigatório (art. 169 da LRP), materializando a afetação do bem à demanda executória, ao passo que aquela tem existência ainda mais fugaz (§ 2.º do art. 615-A do CPC).

Lado outro, é importante frisar que a penhora continua sendo objeto de registro em sentido estrito (art. 167, I, 5, da LRP), dado que assim continua previsto pela lei especial, de cunho instrumental, prevalecendo, portanto, sobre as leis civil e processual civil. Diferentemente, o ato tabular a ser praticado a que se refere o art. 615-A do CPC é o de averbação, que à falta de diferente enquadramento na lei especial, há de assim prevalecer.

7.3 Há sanção em caso de omissão do credor que deixa de promover a averbação premonitória? E na hipótese de não atendimento ao § 1.º do art. 615-A do CPC?

Lembro que o art. 172 da Lei 6.015, de 1973, em sua parte final esclarece que o registro de direitos é feito também "para sua disponibilidade", no que remete para os títulos puramente declaratórios em que a *realidade* é pré-existente. Tais direitos de cunho declarativo somente adquirem eficácia perante terceiros após a qualificação tabular. A intenção do legislador é canalizar para o registro todas as mutações vivenciadas pelos imóveis, quer quanto à sua titularidade, quer no tocante à situação de fato. A não inscrição não nega o direito, porém o tolhe no que concerne à pratica de qualquer ato dispositivo ou de oneração. Daí concluir Afrânio de Carvalho que a não inscrição em tais casos traduz sanção que "consiste na suspensão do exercício do direito até o cumprimento da formalidade" (op. cit., p. 150).

A omissão do credor em promover a averbação premonitória, igualmente de cunho declarativo (item 5 acima), além de sonegar ao registro público relevante situação de risco envolvendo o imóvel, com repercussão desfavorável à segurança do comércio, lhe atrai a sanção processual do ônus da prova quanto à má-fé do terceiro adquirente.

Já no caso de não cumprimento da comunicação referida no § 1.º do art. 615-A do CPC, poderá o exeqüente responder para com o executado por eventuais prejuízos, com potencial, em tese, de caracterizar procedimento atentatório aos deveres de lealdade e boa-fé processuais, sujeitando-o às respectivas penalidades (arts. 14, 16 a 18 CPC).

7.4 Da averbação manifestamente indevida

A averbação premonitória manifestamente desproporcional e desarrazoada é obviamente indevida, traduzindo-se em ato ilícito na medida em que abusivo de direito (art. 187 do CC/2002) e como tal deve ser prontamente coibida, já que inquina a segurança jurídica do titular do domínio.

A proporcionalidade e razoabilidade exigidas no ato vêm pautadas no § 2.º do art. 615-A, ao estipular que a penhora será formalizada sobre bens *suficientes* para cobrir o valor da dívida, regra essa que não deixa de atenuar o princípio geral de que todo o patrimônio do devedor é garantia dos credores, mas que reforça a ressalva contida na parte final do art. 591 do CPC.

Sua prática, além das penalidades processuais a que remete textualmente o § 4.º do art. 615-A e por mim referidas no item 7.3 acima, poderá ainda em tese ensejar hipótese de indenização por danos materiais e morais ao executado (art. 186 do CC/2002).

Por suposto, todas as averbações excedentes serão canceladas por determinação judicial (§ 2.º do art. 615-A do CPC), o que não elimina, todavia, a hipótese de o próprio credor-exequente neste sentido requerer diretamente ao oficial (art. 250, III, da LRP), já que, em tese, suportará sanções em caso de abuso ou excesso.

7.5 Requisitos da averbação

O primeiro requisito da averbação aqui comentada diz respeito à forma, que em caso é prescrita em lei, conduzindo sua inobservância à nulidade do ato (arts. 104, III, e 166, IV e V, do CC/2002).

Assim, deverá ser recepcionada no livro próprio de registro – n. 2 –, a fim de assumir a forma que lhe é assinalada por lei, sob pena de tornar-se inoperante. Do mesmo modo, será recepcionado o requerimento pelo registro imobiliário do lugar da situação do imóvel (art. 169 da LRP) e em caso de desmembramento, desde que não quedando inerte o titular do direito, deverá ser repetida a averbação no novo serviço dele resultante (arts. 197, 229 e 230 da LRP).

O requerimento específico deverá ser apresentado pelo exeqüente ou bastante procurador por escrito e com firma reconhecida (§ 1.º do art. 246 da LRP), no qual serão indicadas as matrículas e transcrições de propriedade do executado, sob pena de ofensa aos princípios da continuidade e especialidade.

A certidão a que alude o art. 615-A do CPC conterá obrigatoriamente a qualificação das partes e o valor da causa, também não só em homenagem aos princípios acima referidos, como para ensejar a correta cotação do emolumento respectivo. Em Minas Gerais, de acordo com o Provimento 162, de 2007, da Corregedoria-Geral de Justiça, o órgão responsável por sua expedição, é o Sistema de Informatização dos Serviços das Comarcas – Siscom.

A este respeito, entendo viável, todavia, seja referida certidão reclamada já por ocasião do protocolo da ação de execução, mormente em localidades onde a distribuição esteja represada ou consideravelmente retardada, pois o jurisdicionado, à evidência, não pode ser injustamente punido por algo a que não deu causa ou mesmo ser prejudicado por eventual ineficiência do aparelho estatal.

8. DA PENHORA ELETRÔNICA DE IMÓVEIS, VEÍCULOS E OUTROS BENS MÓVEIS

A nova lei inovou corajosamente ao criar infra-estrutura legal para que as transações entre o Poder Judiciário e os Registros Públicos aconteçam por meio

eletrônico. Já que a *internet* poderá ser utilizada como poderosa ferramenta do Judiciário para conferir mais celeridade, publicidade, transparência e eficácia às ações de execução, permite que a penhora eletrônica seja uma realidade, assim como as alienações de bens constritos sejam feitas pela rede mundial de computadores, com o uso de páginas eletrônicas criadas pelos Tribunais, que, para tanto, deverão eles próprios estabelecer, espera-se o quanto antes, regras uniformes, tal como agora dispõem os arts. 659, § 6.º, e 689-A e seu parágrafo único, ambos do CPC.

A propósito, noticia-se que o CNJ vai criar um sistema nacional para a busca eletrônica nas bases de dados dos cartórios e para a penhora eletrônica de imóveis. A proposta é fazer uma versão similar do sistema Bacen-Jud, que permite a penhora *on line* de contas bancárias, digitalizando e unificando as diferentes bases de dados de todos os cartórios do país, incluindo os de registro de imóveis, de notas, de registro civil e de protestos. Além da possibilidade de penhora e de bloqueio de bens em ações de execução, o sistema permitiria a busca de diversas informações úteis em investigações que envolvem o crime organizado (em <www.conjur.com.br>, acesso em: 07.05.2007).

Entretanto, no que respeito diz à penhora de imóveis, seu aperfeiçoamento perante o fólio real resultará da prévia e indispensável qualificação tabular positiva, na medida em que, diante do princípio da legalidade, constitui-se em poder-dever do oficial proceder ao exame da validade formal e extrínseca do título, inclusive quando de origem judicial.

9. A repercussão da eficácia da qualificação tabular no concurso de credores. Art. 698 do CPC

Por interferência expressa da Lei 11.382/2006, refere agora o art. 698 do CPC textualmente ao "credor munido de penhora anteriormente averbada" (*rectius*: registrada), ombreado ao credor com garantia real, que de qualquer modo não seja parte na ação de execução, exigindo sua cientificação como pressuposto da adjudicação ou alienação do bem. Não obstante o ideal fosse deslocar a definição de preferência do concurso de penhoras para o Registro, o que acabou não acontecendo, ainda assim poderá o fólio real emprestar valioso auxílio com informações seguras a respeito da ordem preferencial das penhoras aos mais diversos juízos executivos em caso de dispersão de tais ações.

Tem-se, portanto, a clara repercussão da eficácia da qualificação tabular do registro da penhora, inclusive no tocante aos credores-exequentes que concorrem na mesma condição.

10. Conclusão

A Lei 11.382/2006 é nova tentativa do legislador senão de eliminar por completo, ao menos de procurar reduzir o gargalo estabelecido no Livro II do Código de Processo Civil, aproximando-o do atual balizamento constitucional inserido pela EC 45, de 2005, segundo o qual, é dever do Estado criar os meios necessários à garantia de um processo justo e de duração razoável.

Especialmente corajoso foi ao criar infra-estrutura legal que permite a introdução da comunicação *on line* entre o Judiciário e os registros de imóveis acerca de importantes atos processuais, por meio da rede mundial de computadores. Sob todos os aspectos, o intuito que motivou a nova reforma é elogiável, mas o maior ou menor êxito alcançado só o tempo dirá. Todavia, parece-me digno de nota que o legislador processual tenha reconhecido mais uma vez a importância do registro público na segurança do comércio jurídico, prestigiando a instituição que se constitui no único serviço estatal inteiramente comprometido com a consecução das garantias da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (CF/88, art. 236; LRP, art. 1.º; Lei 8.935/94, art. 1.º), o que teimosamente tem sido ignorado por considerável parcela dos operadores do Direito.

5

Presunção de má-fé nas transações imobiliárias?

MARCO ANTONIO BOTTO MUSCARI

Juiz Assessor da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela USP. Professor do Mackenzie e da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus.

RESUMO: Analisando a possibilidade de averbar o ajuizamento de demanda executória no Registro de Imóveis, criada pela recente Lei Federal 11.382/06, que alterou o Código de Processo Civil, o autor investiga se o adquirente necessita ainda realizar pesquisas nos distribuidores judiciais ou se he basta a certidão do Registro Imobiliário para imprimir segurança à sua aquisição ou, em outros termos, avalia o conflito entre os direitos do terceiro adquirente de boa-fé e do credor do alienante.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de Imóveis – Terceiro adquirente de boa-fé – Averbação premonitória – Lei 11.382/2006.

ABSTRACT: Analyzing the possibility to register the judgment of executory demand in the Real Estate Register, created by the recent Federal Law 11.382/06, which altered the Code of Civil Process, the author investigates if the buyer still needs to do surveys around the judicial distributors or if the certificate of the Real Estate Registration is enough to ensure safety fo its acquisition or, in other words, it evaluates the conflict between the rights of the third part buyer of good-faith and of the creditor of the alienanted person.

KEYWORDS: Real Estate Registration – Third part buyer of good-faith – Premonitory Registration – Law 11.382/2006.

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade patrimonial e fraude de execução – 3. O que trouxe de novo a Reforma da Execução – 4. O cerne do problema – 5. Negligência do credor *versus* "negligência" do terceiro – 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.382, de 06.12.2006, inseriu o art. 615-A no CPC. Doravante, nas execuções por quantia certa, o credor poderá obter certidão comprobatória do ajuizamento da demanda e, com base em tal documento, provocar averbação no Registro de Imóveis e nos registros de outros bens sujeitos a penhora ou arresto (Departamentos de Trânsito, para veículos automotores; Juntas Comerciais, para cotas societárias etc.).

ÁREA DO DIREITO: Processo civil; Registral imobiliário

A novidade, que busca "prevenir a fraude a credores praticada no interregno entre a distribuição e a citação válida",[1] reacendeu antiga discussão sobre como deve portar-se aquele que pretenda adquirir um imóvel: basta que se assegure da ausência de restrição na Serventia Predial ou precisa também efetuar pesquisa nos distribuidores judiciais?

Especialistas em Direito Registral já dissentem: Kioitsi Chicuta nega que a alteração legal dispense o adquirente de exigir certidões dos distribuidores cíveis, trabalhistas e fiscais,[2] ao passo que Sérgio Jacomino considera ilógica a manutenção da exigência de um elenco de certidões negativas para a realização de negócios jurídicos imobiliários.[3]

A importância do tema não poderia ser maior, quer pela incidência no dia-a-dia do foro, quer pela repercussão nas vidas de tantos quantos desejem adquirir um bem de raiz.

Ainda hoje, encontram-se decisões que geram extrema insegurança ao mercado e trazem sabor de *aventura* à empreitada de adquirir um imóvel. O TJRS, por exemplo, assentou:

"Independentemente de boa ou má fé, tendo a alienação do imóvel se dado após a citação em demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência, caracteriza-se a fraude à execução, operando-se o decreto de ineficácia. As datas de celebração do contrato de promessa de compra e venda e da outorga da procuração não configuram marco da alienação, porque inábeis para operar transferência de propriedade imóvel, que só se perfectibilizou quando levada a registro a escritura pública. Tal, porém, só ocorreu mais de um ano após a citação dos devedores na ação indenizatória."[4]

Buscando encontrar o equilíbrio entre os direitos do credor – reforçados, quando o litígio já está submetido ao Poder Judiciário, pela necessidade de preservar a autoridade estatal do juiz – e dos terceiros que se portaram regularmente na transação imobiliária, animei-me a escrever este ensaio.

2. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E FRAUDE DE EXECUÇÃO

Nos casos de obrigação por quantia certa, a satisfação do exeqüente se dá mediante expropriação de bens (art. 685, parágrafo único, do CPC).

Em regra, respondem todos os bens do devedor, e somente os seus bens. O imóvel residencial, posto figure no patrimônio do devedor, fica a salvo em

1. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 181.
2. Averbação do ajuizamento da execução no Registro de Imóveis. Reflexos da alteração do CPC pela Lei 11.382/2006. *Revista do Advogado* 90/81.
3. "Processo e registro. A forma além do conteúdo". Disponível em <http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel2834.asp>.
4. ApCiv 70011382710, 9ª Câm. Cív., unânime, 31.05.2006, rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi.

virtude da Lei 8.009/90. Havendo fraude de execução, excepciona-se a regra de que apenas respondem os bens do devedor.[5]

O Estatuto Processual considera em fraude de execução a alienação ou oneração de bens quando:

a) sobre eles pender ação fundada em direito real;

b) ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 593).

Embora haja bons argumentos para sustentar que *ação pendente* (figura do inc. I do art. 593) e *demanda em curso* (hipótese do inc. II) existem desde a *propositura* da ação (inicial despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara – art. 263),[6] fato é que o STJ tem como imprescindível o *ato citatório*.[7]

À diferença do que ocorre na fraude contra credores, a fraude de execução traduz rebeldia contra a autoridade exercida pelo Estado-Juiz, buscando relegar ao vazio tudo quanto no processo vier a ser decidido, determinado ou comandado.[8] Daí por que se exige redobrada energia do sistema, na repressão dessa prática.

3. O que trouxe de novo a Reforma da Execução

No que interessa ao presente trabalho, a Lei 11.382 trouxe uma grande novidade: tornou possível ao credor averbar a distribuição da execução por quantia, no Cartório de Registro de Imóveis.

Por força da exigência do ato citatório para a caracterização das hipóteses previstas no art. 593, alienações e onerações havidas entre o ajuizamento da demanda e a citação ficavam fora do conceito de fraude à execução. Noutras palavras, se acaso lograsse retardar o cumprimento do mandado citatório (ocultando-se do oficial de Justiça, por exemplo), o devedor faria com que alienações e onerações configurassem, quando muito, fraude contra credores, a exigir do credor ajuizamento de ação *cognitiva* (pauliana ou revocatória), *prova cabal* do concerto malicioso envolvendo o adquirente etc.

A partir de agora, tornou-se mais fácil garantir a satisfação do crédito. Bastará que o seu titular obtenha certidão de *distribuição* da execução e diligencie a averbação na Serventia Predial, para que negócios posteriores se considerem em fraude à execução (art. 615-A, *caput* e § 3.º, do CPC).

5. Pacificado o entendimento de que a alienação em fraude de execução não gera anulabilidade do negócio (STJ, REsp 506.312-MS, unânime, 15.08.2006, rel. Min. Teori Albino Zavascki), conclui-se que a mera declaração judicial de ineficácia permite a constrição de bem que já não integra o patrimônio do devedor.
6. Yussef Said Cahali (*Fraude contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 461-462) tacha de "equivocado" o entendimento de que não basta o simples ajuizamento da ação contra o devedor.
7. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 247.
8. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, p. 372.

Como o Código dispõe que o credor "poderá" obter certidão comprobatória do ajuizamento (art. 615-A, *caput*), parece fora de dúvida que não se trata de um dever do exeqüente. A situação é em tudo assemelhada àquela prevista no art. 659, § 4.º: realizada a penhora, o exeqüente *pode* providenciar averbação no Registro Imobiliário, para gerar presunção absoluta de conhecimento de terceiros.[9]

4. O CERNE DO PROBLEMA

Com espírito desarmado, ninguém aplaudiria a violação – ou a ausência de meios hábeis à proteção – do direito de crédito, mormente por prática subseqüente à propositura de demanda em juízo. Também incomoda a possibilidade de alguém perder o imóvel que adquiriu sem má-fé, ausente qualquer restrição na Serventia Predial, apenas porque o alienante figurava como réu ou executado em ação ignorada.

Aqui reside o problema: temos dois direitos absolutamente legítimos (do credor e do terceiro adquirente), merecedores de simpatia e proteção, mas a defesa de um implica automática vulneração do outro. Identificamos com facilidade aquele que se portou *contra ius* (o devedor, seja réu ou executado), mas não conseguimos apontar conduta reprovável daqueles que buscam proteção judicial.

Postura até certo ponto simplista, apta a produzir injustiças flagrantes, consiste em afirmar que a fraude de execução prescinde completamente do elemento anímico, de sorte que o terceiro perderá o bem adquirido ainda que esteja de boa-fé. Essa orientação não é nova, e foi endossada há décadas pelo próprio STF, num caso em que marido e mulher adquiriram lote de quem sequer figurava como parte na ação (alienações sucessivas). Eis a ementa oficial: "Fraude à execução. Nulidade da alienação, quando pendia demanda capaz de alterar o patrimônio do alienante, reduzindo-o a insolvência. Não se requer que em tal demanda haja penhora, e, muito menos, que tenha sido inscrita. Nem há que cogitar de boa ou má fé do adquirente."[10]

Há também quem diferencie a hipótese em que o comprador é prejudicado pela existência de uma ação que ele *desconhecia por descuido seu*, daquela em que ele é prejudicado pela existência de uma ação que *não lhe era possível conhecer*.[11]

A meu juízo, é preciso avançar no sentido de conferir maior segurança ao tráfico jurídico imobiliário.

9. A penhora considera-se completa com o respectivo auto, objetivando a inscrição no Registro Imobiliário divulgá-la *erga omnes* (Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2, p. 174).
10. RE 75.349-PR, v.u., j. 28.11.1972, rel. Min. Luiz Gallotti.
11. SILVA, Bruno Mattos e. Fraude à execução, registro imobiliário e boa-fé objetiva. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=574>.

5. Negligência do credor *versus* "negligência" do terceiro

Em direito, terceiros de boa-fé não podem ser afetados pelos atos de outrem, se tais atos não chegaram ao seu conhecimento.[12] E mais: a boa-fé se presume.

Cediço que a fraude de execução pode derivar de alienações ocorridas durante processo executivo *ou cognitivo*, de natureza civil ou mesmo penal,[13] a solução do problema de que tratamos passa por uma análise desmembrada das situações possíveis: primeiro, a alienação ou oneração havida no curso de processo *de execução*; depois, aquela ocorrida durante processo *de conhecimento*, desdobrando o exame nas figuras previstas nos incisos I e II do art. 593.

Quando se instaura processo *executivo*, hoje podemos dizer que a ausência de inscrição (*rectius*: averbação) no Cartório Imobiliário é fruto da desídia do credor. Com efeito, assim que distribuída a petição inicial, antes mesmo de qualquer pronunciamento do juiz,[14] pode o exeqüente obter certidão e providenciar a averbação (art. 615-A, *caput*). A partir daí, o credor ficará absolutamente seguro de que nenhum terceiro surgirá alegando ignorância, dada a presunção de fraude em qualquer alienação ou oneração subseqüente (art. 615-A, § 3.º).

Penhora ulterior do mesmo bem pode ensejar nova averbação (art. 659, § 4.º, com redação alterada pela Lei 11.382/2006), muito embora, para fins de caracterização da fraude, seja ela dispensável.[15]

Se o exeqüente dispõe de mecanismo hábil para alertar terceiros quanto à existência do processo, e não lança mão dele, parece indevido que, mais tarde, diante da alienação do bem de raiz, procure beneficiar-se da *suposta* má-fé do adquirente.

Apesar de o art. 615-A referir-se a "distribuição", e encontrar-se no Livro II do Código de Processo Civil (dedicado, hoje, quase que exclusivamente às execuções fundadas em título *extrajudicial*), creio que a averbação premonitória tem lugar também na execução de título *judicial*. Primeiro, porque seria incoerente dotar o credor que detém cheque ou nota promissória dessa poderosa ferramenta, e sonegá-la ao que dispõe de sentença judicial transitada em julgado. Segundo, porque no processo sincrético identificam-se com clareza uma fase de conhecimento (que se finda com a sentença) e outra *de execução* (que se inicia com o requerimento a que alude o art. 475-J, *caput*, do CPC).[16] Terceiro, porque muitas execuções

12. Com inteira razão, Décio Antônio Erpen (A fraude à execução e a publicidade registral, *Ajuris* 28/59) lembra que este é um "princípio curial no direito".
13. Quanto ao processo criminal, todavia, a configuração da fraude reclama *trânsito em julgado* da sentença condenatória, conforme advertem Alcides de Mendonça Lima (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 6, p. 453) e Teori Albino Zavascki (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 8, p. 284).
14. PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *Nova execução de título extrajudicial*. São Paulo: Método, 2007. p. 52.
15. Nesse sentido, Ulysses da Silva. O registrador imobiliário em face da Lei 11.382, de 2006. Disponível em <http://www.irib.org.br/biblio/boletimel2810.asp>.
16. Segundo José Carlos Barbosa Moreira (*O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 203), "o antigo processo de execução, consecutivo

lastreadas em título *judicial* têm início com petições *distribuídas* livremente, algo que ocorre quando o título é sentença penal condenatória, sentença arbitral ou sentença estrangeira, por exemplo (art. 475-N, II, IV e VI, respectivamente).

Portanto, nas execuções de título *judicial*, o credor obterá certidão do *início* da execução e, com ela, promoverá normalmente a averbação.

Dir-se-á que o terceiro poderia inteirar-se da existência do processo, mediante singela consulta aos distribuidores judiciais. O acerto é *em parte* verdadeiro, mas exige reflexão.

Se mantivermos um serviço concernente ao Registro Imobiliário, que tem como um de seus fins a *segurança* – "segurança como libertação do risco"[17] –, parece indevida a penalização daquele que se fiou nos dados ali existentes.

Não se nega que a praxe consagra a exigência de certidões dos distribuidores judiciais. Aliás, qualquer de nós que fosse aconselhar um parente ou amigo sugeriria que se munisse de todas as certidões possíveis. Contudo, a *lei* não exige essa cautela (art. 5.º, II, da CF/88) e, se continuamos a perpetuá-la, é apenas porque nós, operadores do Direito, não prestigiamos o Registro Público e jogamos por terra aquela que talvez seja a sua principal missão.

Para a lavratura de atos notariais, a Lei 7.433, de 18.12.1985, dispõe: "O Tabelião consignará no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão *inter vivos*, as certidões fiscais, *feitos ajuizados*, e ônus reais, ficando dispensada sua transcrição" (art. 1.º, § 2.º – destaquei). Todavia, a alusão a "feitos ajuizados" refere-se apenas a *ações reais e pessoais reipersecutórias* concernentes ao imóvel, sendo certo que as certidões reclamadas são aquelas expedidas *pelo Registro de Imóveis* (cf. art. 1.º, IV, do Dec. 93.240/86, que regulamentou a Lei 7.433). Ora, se quem expede as certidões exigidas – certidões relacionadas apenas a ações reais e pessoais reipersecutórias, vale insistir – é a Serventia Predial, cai o argumento de que a busca de certidões do distribuidor é exigência legal.

Dando um passo adiante, passemos agora às hipóteses de fraude de execução praticadas no curso de um processo *de conhecimento*.

Na situação prevista no inciso I do art. 593 do CPC (alienação ou oneração na pendência de ação fundada em direito real), vale o mesmo raciocínio exposto para a fraude praticada no curso da execução.

A Lei de Registros Públicos não só admite (art. 167, I, 21), como torna obrigatório (art. 169, *caput*) o registro da citação de ações reais. Se o credor deixa de lado a providência que o sistema coloca ao seu alcance, e com isso expõe terceiros a uma situação de ignorância quanto a aspecto jurídico relevante, não pode depois atribuir-lhes má-fé. Discorrendo sobre essa hipótese, Alcides de Mendonça Lima observa: "Será temerário, assim, não ser procedida à inscrição

ao de conhecimento, perdeu a autonomia e transformou-se em mera *fase* de um processo *sincrético*".

17. CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5.

da citação naquelas ações [fundadas em direito real], pelo risco que o autor possa correr."[18]

A situação do inciso II do art. 593 é, por certo, a que apresenta maior grau de dificuldade, pois, em termos de processo *cognitivo*, a Lei de Registros Públicos só autoriza inscrição quando se trate de ação real ou pessoal reipersecutória (art. 167, I, n. 21).

Se na execução e nas ações reais/pessoais reipersecutórias é possível afirmar que o credor contribuiu para a ignorância do terceiro, ao não provocar o registro (*lato sensu*), em ações cognitivas de natureza outra, tais quais as de indenização, não se avista com facilidade como poderia o credor tornar pública, *via Cartório de Imóveis*, demanda capaz de reduzir à insolvência o devedor. Daí por que ainda existe quem advogue a necessidade das certidões de distribuição judicial.

Ocorre que, mesmo em processos *de conhecimento* incoados por ação que não é *nem* real, *nem* pessoal reipersecutória, *há providência* à disposição do credor, para levar à Serventia Predial a notícia de que existe demanda pendente. Trata-se do protesto contra a alienação de bens.

Muito embora a Lei 6.015/73 não preveja a averbação do protesto, e haja bons argumentos para negá-la *de lege data*,[19] em 16.08.2006 o STJ, responsável pela *última palavra* em termos de direito federal infraconstitucional, tomou decisão histórica: à vista da divergência no entendimento das quatro Turmas que integram as 1.ª e 2.ª Seções, a Corte Especial pacificou a questão, no sentido da *possibilidade* da averbação na Serventia Predial. Lê-se na ementa oficial:

"A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bens, está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes."[20]

Podemos discordar dessa orientação uniformizadora, mas não é razoável que continuemos a insistir na tese vencida. Vale recordar, no ponto, a advertência de Calmon de Passos:

"Falar-se em decisão de tribunal superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta. Seriam eles meros tribunais de apelação, uma cansativa *via crucis* imposta aos litigantes para nada, salvo o interesse particular do envolvido no caso concreto, muito nobre, porém muito pouco para justificar o investimento público que representam os tribunais superiores."[21]

18. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 6, p. 449.
19. No sentido da impossibilidade de averbação, à luz do direito posto, confira-se Ricardo Henry Marques Dip. Do protesto contra alienação de bens e o registro de imóveis. Disponível em <http://www.irib.org.br/rdi/rdi24-25-068.asp>.
20. Embargos de Divergência no REsp 440.837-RS, maioria de votos, red. p/ acórdão Min. Barros Monteiro. Para conhecimento do *iter* trilhado pela jurisprudência do STJ, até a pacificação, confira-se o voto da Ministra Nancy Andrighi, proferido no REsp 695.095-PR, unânime, 26.10.2006.
21. "Súmula vinculante". *Genesis – Revista de Direito Processual Civil* n. 6. Embora a Constituição só atribua efeito vinculante às súmulas do Supremo (art. 103-A), o entendimento da Corte Especial do STJ deve nortear pronunciamentos

Objetar-se-á que, em alguns Estados, há vedação administrativa ao ingresso de protesto contra alienação de bens no Cartório Imobiliário.[22] Contudo, o STJ vem decidindo que, se existe mandado expedido por juiz no exercício de sua jurisdição, nem mesmo o corregedor permanente pode negar-lhe acesso.[23]

Considerando que o ordenamento *sempre* põe à disposição do credor, em processos de execução (averbação premonitória; averbação da penhora) e de conhecimento (registro da citação de ações reais/pessoais reipersecutórias; averbação do protesto contra alienação de bens), mecanismos hábeis a noticiar a existência da demanda por intermédio da Serventia Predial, é dele o ônus de provocar a inscrição no Cartório de Registro de Imóveis. Omitindo-se, dá sinal de negligência e fica impedido de, mais tarde, atribuir conduta "negligente" a terceiro que não estava obrigado, por lei, a efetuar pesquisa em distribuidores judiciais.

6. CONCLUSÃO

Do direito se espera que, além de proporcionar a realização do justo, assegure bom grau de segurança ao meio social.[24]

de autoridades administrativas e judiciais, pois: a) é a *última palavra* do Poder Judiciário sobre o tema; b) tantos quantos batam às portas do STJ, ainda que depois de anos de litígio, verão consagrada essa diretriz.

22. Caso de São Paulo, onde as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça negaram inscritibilidade ao protesto até 2007 (permissão de averbação, "diante de determinação judicial expressa do juiz do processo", só veio com o Provimento CG 20/2007, que alterou a redação do subitem 68.3 das Normas). No Rio Grande do Sul, há muito a Consolidação Normativa Notarial e Registral admite o acesso do protesto contra alienação de bens no Cartório de Registro de Imóveis (art. 387, XVIII).
23. Julgando o CComp 30.820-RO, a 2ª Seção deliberou: "Não deve o Juiz Corregedor, em atividade administrativa, recusar cumprimento de mandado expedido por Juiz no exercício de sua jurisdição, sob pena de invadir-lhe a competência. Precedentes" (unânime, 22.08.2001, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro). Ricardo Henry Marques Dip esclarece: "A partir do desenvolvimento dessa jurisprudência do STJ começou a entender-se que qualquer decisão jurisdicional precludida, ou seja, contra a qual não caiba recurso, superaria o óbice administrativo. Na prática, isso quer dizer, por exemplo, que ao se apresentar uma penhora para registro o registrador examina e percebe que não pode registrar porque há um vício de continuidade e devolve o título. O apresentante pode tanto provocar um julgamento administrativo, em particular a citação de dúvida, como voltar ao processo de origem, ou seja, reapresentar o título e pedir ao juiz que decida se a recusa está certa ou não está certa. *Se a decisão não for atacada por recurso de agravo, a decisão tem de ser cumprida. O contrário seria que o cartório negasse o cumprimento de uma ordem jurisdicional*". O procedimento de dúvida no registro de imóveis. Palestra proferida no XI Seminário de Direito Notarial e Registral, em Ribeirão Preto, em 21.04.2007. Disponível em <http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel2960.asp> (sem destaques no original).
24. Paulo Nader (*Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 117) observa: "O conflito entre segurança e justiça é comum na vida do Direito e quando este fenômeno ocorre é forçoso que prevaleça a segurança,

Há muito se verifica, em trecho relevante do tráfico jurídico, situação de extrema insegurança: nas transações imobiliárias, por mais que se esforce o adquirente na adoção de cautelas prévias à celebração do negócio, é sempre possível que venha, mais tarde, a perder o bem.[25]

A praxe consagra pesquisa junto aos distribuidores judiciais, mas essa providência longe está de tranqüilizar por completo o adquirente. Ainda que este se muna de certidões dos distribuidores dos foros do domicílio do alienante (art. 94 do CPC) e da situação do imóvel pretendido (art. 95 do CPC), tantas são as possibilidades de processos em trâmite noutras comarcas (o art. 100, V, *a*, do CPC é exemplo típico) que chega a ser natural a existência de demandas ignoradas.

Na fraude de execução se exige processo pendente. E o credor dispõe de meios para levar a existência daquele ao conhecimento de terceiros, por intermédio do Cartório de Registro de Imóveis (na execução, averbação premonitória e averbação da penhora; no processo cognitivo, averbação do protesto contra alienação de bens e registro da citação em ações reais/pessoais reipersecutórias).

Se não adota mecanismo apto a assegurar a ineficácia de quaisquer transações imobiliárias futuras, não é razoável que o credor, mais tarde, venha a atribuir má-fé ao terceiro que celebrou negócio baseado em informações contidas na Serventia Predial.

Impor-se aos terceiros uma busca adicional – e insuficiente para pôr cobro à insegurança – nos distribuidores judiciais significa tutelar direito daquele que não exauriu os mecanismos legais postos ao seu dispor, em detrimento daqueles que se fiaram em informações obtidas no serviço (Registro de Imóveis) que se destina justamente a conferir segurança jurídica.

No confronto entre a "negligência" do adquirente (falta de busca nos distribuidores judiciais) e a negligência do credor (falta de providência tendente à inscrição no Cartório de Imóveis), deve ser prestigiada a solução que mais tranqüilize a sociedade, transmitindo segurança ao mercado imobiliário.

Por óbvio, sempre será possível ao credor *provar* que o adquirente sabia da demanda capaz de levar à insolvência o devedor-alienante.[26] Deixaremos, aí, o campo da *presunção de má-fé*.

pois, a predominar o idealismo de justiça, a ordem jurídica ficaria seriamente comprometida e se criaria uma perturbação na vida social".

25. À indagação de qual é a segurança proporcionada pelo exame da documentação imobiliária, Marcelo Terra disparou: "Infelizmente, a resposta há de ser: *nenhuma*. Inobstante a burocracia criada, achar-se-á o adquirente passível de ver sua aquisição anulada ou por fraude contra credores, ou por fraude de execução, ou por qualquer outra causa, mesmo tendo observado todos os requisitos legais, restando-lhe, apenas, o abrigo de sua boa-fé" (Temas jurídicos nos negócios imobiliários". Apud ASSIS, Carlos Augusto de. Fraude à execução e boa-fé do adquirente. *Revista de Processo* 105/233).
26. Tema que está a merecer reflexão aprofundada é a necessidade de processo autônomo – em vez de mera discussão incidental, como usualmente se prega – para o debate e demonstração da má-fé do adquirente, mesmo na fraude à execução.

6

*O registrador imobiliário em face da Lei 11.382/2006**

ULYSSES DA SILVA

Registrador Imobiliário aposentado e membro do Conselho Jurídico Permanente do Irib.

RESUMO: O autor analisa artigo por artigo as principais alterações introduzidas pela Lei Federal 11.382/2006 no Código de Processo Civil, com reflexo no Registro Imobiliário.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de Imóveis – Lei 11.382/2006.

ABSTRACT: The author analyzes article by article de main alterations introduced by the Federal Law 11.382/2006 in the Code of Civil Process, with reflex in the Real Estate Registration.

KEYWORDS: Real Estate Registration – Law 11.382/2006.

A Lei 11.382, de 06.12.2006, introduziu alterações no Código de Processo Civil, especialmente na parte relativa ao processo de execução (Livro II), com repercussão no registro imobiliário, as quais merecem ser analisadas.

1. Ao referir-se, no art. 365, às cópias ou certidões que têm a mesma força probante dos originais, o legislador acrescentou o inciso IV, de acordo com o qual passam a ser aceitas "as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial, declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade".

A declaração de autenticidade firmada pelo advogado, agora permitida, restringe-se, como se vê, às peças do próprio processo judicial, não podendo ser utilizada em cópias de outros documentos.

2. Após enumerar os títulos executivos judiciais, no art. 584, e extrajudiciais, no art. 585, este com nova redação, o legislador introduziu o art. 615-A, cujo teor é o seguinte:

"O exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto."

Acrescenta o § 1.º desse novo artigo, que o exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, esclarecendo o § 2.º que, formalizada a penhora sobre bens suficientes para

* Este estudo contou com a valiosa colaboração de Ademar Fioranelli, também membro do Conselho Jurídico Permanente do Irib.

ÁREA DO DIREITO: Registral imobiliário; Processo civil

cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata o *caput*, relativas àqueles que não tenham sido penhorados. Por sua vez, o § 3.º estabelece que se presume em fraude à execução a alienação ou oneração de bens, efetuada após a averbação aludida.

Dispõe o § 4.º que o exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2.º do art. 18 da Lei, processando-se o incidente em autos apartados. Por último, faculta o § 5.º, aos tribunais, a elaboração de instrumentos normatizando o cumprimento do contido no artigo ora abordado.

Analisados os dispositivos legais mencionados até este ponto, cumpre lembrar, inicialmente, ao registrador, que não é o ajuizamento de qualquer ação que poderá ser averbado. O artigo criado (615-A) refere-se apenas à notícia da execução de dívida oriunda de títulos executivos judiciais e extrajudiciais, enumerados nos arts. 584 e 585.

Relativamente ao teor inicial do referido art. 615-A, segundo o qual "o exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução", verifica-se haver, o legislador, atribuído, ao distribuidor, competência para expedir o aludido documento, nada impedindo, evidentemente, que ele seja fornecido pelo escrivão da vara para a qual foi destinado o feito. Aliás, e bem a propósito, considero medida de prudência, para tal fim, aguardar a autuação da ação e o despacho inicial do juiz, tendo em vista a possibilidade de a execução não prosperar, em face de algum impedimento, como, por exemplo, aquele previsto no art. 572, de acordo com o qual o credor não poderá executar sentença condenatória sem provar que se realizou condição, eventualmente reconhecida pelo magistrado que a presidiu, ou que ocorreu o termo acordado.

Pondere-se, ainda, que a averbação do ajuizamento de ações executivas, mesmo que venha a ser levada a efeito em todas as circunscrições imobiliárias – se nelas existirem imóveis matriculados – não dispensa a apresentação das certidões dos distribuidores civis, as quais continuarão a ser exigidas nos casos previstos em lei, por dois motivos: primeiro, porque podem existir ações de outra natureza; segundo, porque a averbação em apreço dependerá da iniciativa do exeqüente, não havendo garantia de que será efetuada em todas as situações criadas.

Outra conseqüência previsível, resultante da averbação questionada, é que, uma vez realizada, ela reduz a necessidade de inscrição da penhora, a qual poderá vir a tornar-se dispensável.

Quanto à fraude à execução, cumpre ressaltar que a simples existência da ação já a caracteriza, nos termos do art. 593, com os agravantes previstos no art. 600, servindo a averbação em apreço apenas como veículo de publicidade da execução. É inegável, porém, que a prática do ato no fólio real dá conhecimento imediato da propositura da ação, concorrendo, assim, para acautelar interesses de terceiros. Contudo, também é inegável que a situação não muda, considerando que a existência da ação ou a notícia dela não tem força para impedir o ingresso, no registro imobiliário, de escrituras formalizando qualquer negócio jurídico envolvendo imóvel matriculado, sabendo-se que o adquirente, tomando ciência da situação do credor, poderá ir aos autos e saldar a dívida. Iniciativa recomendável ao Oficial,

no caso, é que dê conhecimento da prática do ato ao adquirente, caso este já não o tenha, e ao juiz do feito para que tome as providências cabíveis.

Prosseguindo, a averbação questionada vem, certamente, atender aos reclamos dos defensores da tese de que a matrícula deve conter tudo o que possa afetar o imóvel ou as pessoas nela interessadas, em consonância com o princípio da concentração. Há, contudo, de se observar cautela na aplicação desse princípio, sob pena de se inundar a matrícula com fatos supérfluos, para não dizer prejudiciais, com provável repercussão no mercado imobiliário, como, por exemplo, o ajuizamento de qualquer outra ação, como já se aventou.

3. Estabelece o art. 650:

"Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia."

Como se vê, o legislador manteve a redação desse artigo, possibilitando a penhora de frutos e rendimentos de bens inalienáveis, eliminando, porém, a expressão "salvo se destinados a alimentos de incapazes, bem como de mulher viúva, solteira, desquitada, ou de pessoas idosas", estendendo, assim, a ressalva a todas as prestações de alimentos.

No registro imobiliário, esse dispositivo terá aplicação, por sinal rara, quando existir negócio jurídico inscrito, que proporcione rendimentos ao executado, como, por exemplo, locação.

4. Dispõe o § 2.º do art. 652-A que:

"Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado."

O art. 652 já rezava que o devedor será citado para, no prazo de 24 horas, pagar a dívida ou nomear bens à penhora, acrescentando que o Oficial de Justiça certificará no mandado a hora da citação. A introdução, agora, do § 2.º do art. 652-A o foi com a finalidade de transferir para local mais apropriado a obrigatoriedade da intimação também do cônjuge, quando a penhora recair sobre bens imóveis, reiterando o disposto no parágrafo único do art. 669, que foi revogado.

Dúvida que, ainda, pode surgir, recai sobre a competência ou não do registrador para apurar se foi intimado o cônjuge, quando for apresentada certidão em relatório ou mandado judicial, sabendo-se que a fiscalização da correção dos atos ou procedimentos processuais insere-se na estrita esfera de atuação do magistrado, coadjuvado pelo seu escrivão.

5. Após a enumeração, contida no art. 655, da natureza dos bens penhoráveis, na ordem ali determinada, o legislador acrescentou o art. 655-B, segundo o qual:

"Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem."

Observe-se que o legislador refere-se aos casos em que o imóvel indivisível, penhorado com ciência do cônjuge, apesar deste não ter responsabilidade na formação da dívida, seja vendido em hasta pública, não se aplicando a norma às situações em que exista outro condômino alheio à execução.

6. O § 4.º do art. 659 determina:

"A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4.º),

providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial."

A redação desse artigo, antes ordenada pela Lei 10.444, de 07.05.2002, que, acertadamente, falava em registro para a penhora, foi, agora, mantida, com substituição do termo "registro" por "averbação", e, na referência entre parênteses, do art. 669 pelo § 4.º do art. 652. Este parágrafo dispõe que a intimação mencionada será feita na pessoa do advogado do executado. Caso não o tenha sido, o executado será intimado pessoalmente, cabendo observar a necessidade de intimação, também, do cônjuge, quando a penhora recair sobre bens imóveis e for apresentada cópia do inteiro teor do auto.

Ensejada a oportunidade, e afastada a intenção proposital do legislador, nota-se, mais uma vez, que ele demonstra falta de conhecimento da técnica registral ao falar em averbação para a penhora, quando a Lei 6.015, de 1973, determina, apropriadamente, o seu registro, no inciso I, item 5, do art. 167, considerando tratar-se de ato de apreensão do imóvel matriculado e que pode levar à expropriação do direito de propriedade.

Há quem entenda, como eu, que a lei agora editada não tem força para modificar a de n. 6.015/73, com fundamento no princípio consagrado no § 1.º do art. 2.º da LICC, cujos termos merecem ser reproduzidos:

"A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."

Observada a regra inserta nesse dispositivo, verifica-se que não ocorreu revogação expressa do art. 167 da Lei 6.015, quanto ao inciso I, n. 5. A nova lei também não regula inteiramente matéria contida na Lei 6.015. Resta a questão relativa à incompatibilidade. Realmente, o § 4.º do art. 659 da nova lei conflita com o disposto no art. 167, I, n. 5. Considere-se, entretanto, que, embora a lei mais recente não seja especial quanto à matéria registral, ela o é quanto ao processo civil, particularmente no que diz respeito à penhora, subentendido o direito do legislador de estabelecer os procedimentos que visem à publicidade do fato. Apesar, contudo, de mostrar-se ponderável esse argumento, podemos rebatê-lo afirmando que o direito do legislador, no caso, vai até a determinação de ingresso da penhora no registro imobiliário, para os fins de direito, mas, a especificação da forma ou natureza do ato a praticar pelo registrador invade a área de competência do legislador da Lei de Registros Públicos.

Infelizmente, não é a primeira vez que se comete equívoco desse tipo, realçado, agora, pela constatação de que o arresto, menos importante que a penhora, continuará sujeito a registro.

Assim sendo, reitero meu entendimento, adotado por outros inúmeros registradores, entre os quais incluo Valestan Milhomem da Costa, Tabelião e Registrador Titular do 1.º Ofício de Cabo Frio-RJ, de que o ato adequado para a penhora continua sendo o de registro, como prescrito no inciso I, item 5, do art. 167 da Lei 6.015, de 1973. Penso, porém, que as E. Corregedorias Gerais dos estados devem ser chamadas a manifestar-se a respeito.

Continuando, esclarece o § 6.º que, obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora poderá ser realizada por meios eletrônicos. Com certeza, as Corregedorias Gerais baixarão provimentos dissipando eventuais dúvidas.

7. O art. terceiro da nova lei editada introduz, no Livro II, a Subseção VI-A – Da Adjudicação, e a Subseção VI-B – Da Alienação por Iniciativa Particular.

A partir desse ponto, prescreve o art. 685-A que é lícito ao exeqüente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados, esclarecendo o art. 685-B que:

"A adjudicação considera-se perfeita e acabada com a lavratura e assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se for presente, pelo executado, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel."

Acrescenta o parágrafo que a carta de adjudicação conterá a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e registros, à cópia do auto de adjudicação e à prova de quitação do imposto de transmissão.

8. Estabelece o art. 685-C:

"Não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exeqüente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária."

Sendo esse o caso, caberá ao juiz fixar as regras para a citada alienação, como informa o § primeiro, acrescentando o § 2.º, algo importante. Diz ele:

"A alienação será formalizada por termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo exeqüente, pelo adquirente e, se for presente, pelo executado, expedindo-se carta de alienação do imóvel para o devido registro imobiliário, ou, se bem móvel, mandado de entrega ao adquirente."

9. Determina o art. 686 que, não requerida a adjudicação dos bens penhorados e não realizada a alienação particular prevista, será expedido o edital de hasta pública, a qual será realizada, mesmo que sobrevenha a morte do executado, como esclarece o art. 689.

Bem a propósito, o legislador acrescentou o art. 689-A, admitindo, a requerimento do exeqüente e em substituição aos procedimentos previstos nos arts. 686 e 689, a alienação do imóvel penhorado por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado. Tal modalidade de alienação dependerá, como informa o parágrafo único, de regulamentação pelo Conselho da Justiça Federal e Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.

10. Complementando o estabelecido no art. 690, segundo o qual eventual arrematação se fará mediante o pagamento imediato do preço estipulado, ou no prazo de 15 dias, mediante caução, o legislador revogou o contido nos incisos I, II e III, mas acrescentou 4 parágrafos, o primeiro dos quais admite a aquisição

do bem levado à hasta pública, quando imóvel, em prestações, mediante pagamento de 30% do preço à vista, devendo o restante ser garantido por hipoteca.

11. O art. 694 mantém a mesma redação anterior, dispondo:

"Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da Justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável", mas acrescenta os seguintes termos: "ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado".

Isso significa que mesmo havendo julgamento pendente dos embargos o registro da arrematação não poderá ser negado. Aduz, entretanto, o § 1.º que a arrematação poderá ser tornada sem efeito:

"I – por vício de nulidade;

II – se não for pago o preço ou se não for prestada a caução:

III – quando o arrematante provar, nos 5 dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, V) não mencionado no edital;

IV – a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1.º e 2.º);

V – quando realizada por preço vil (art. 692);

VI – nos casos previstos neste Código (art. 698)."

Esclarece o § 2.º:

"No caso de procedência dos embargos, o executado terá direito a haver do exeqüente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exeqüente também a diferença."

12. Art. 698:

"Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução."

Se existir registro de direito que se oponha à adjudicação ou alienação citada, ao Oficial compete negar acesso à carta, depois de prenotá-la, e comunicar o fato ao juiz do feito. Se o interessado insistir no ingresso sem apoio em documento dos autos provando a ciência do titular do direito contraditório, a solução será a suscitação de dúvida.

13. Mantendo a norma do art. 716, mas atribuindo-lhe nova redação, a lei agora elaborada estabelece o seguinte:

"O juiz pode conceder ao exeqüente o usufruto de móvel ou imóvel, quando o reputar menos gravoso ao executado, suficiente para o recebimento do crédito."

Como não podia deixar de ser, o usufruto assim constituído tem eficácia também contra terceiros, nos termos do art. 718, aduzindo o § 1.º do art. 722 que será expedida carta para a averbação na matrícula do imóvel.

É visível a insistência do legislador em disciplinar matéria registral, como o fez em outras ocasiões, invadindo, como invade, área de competência da Lei 6.015/73, para alterar a natureza do ato a praticar pelo registrador imobiliário, ignorando tratar-se, no caso, da constituição de um direito real.

Confirmando, aliás, a sua intenção, ele revoga o § 3.º do aludido art. 722, que antes determinava, corretamente, a inscrição da respectiva carta de sentença, criando situação anômala, uma vez que as demais constituições desse direito continuarão sujeitas a registro. A despeito, entretanto, desse fato, entendo que o ato apropriado para tal espécie de usufruto continua sendo o de registro, nos termos do art. 167, I, n. 7 da Lei 6.015/73, com a ressalva de que as E. Corregedorias Gerais dos estados devem ser chamadas a opinar sobre o assunto.

7

A Lei 11.382/2006 e o Registro de Imóveis

VALESTAN MILHOMEM DA COSTA

Tabelião e Oficial Substituto do 1.º Ofício de Cabo Frio-RJ. Pós-graduando em Direito Registral Imobiliário pela PUC-MG.

RESUMO: O autor avalia as alterações feitas no Código de Processo Civil pela Lei Federal 11.382/2006, no que pertine à "averbação premonitória" e a penhora, fazendo um cotejo entre estes dois institutos para verificar a implicação no registro imobiliário.

PALAVRAS-CHAVE: Averbação premonitória – Penhora – Registro de imóveis – Lei 11.382/2006.

ABSTRACT: The author evaluates the alteration done in the Code of Civil Process by the Federal Law 11.382/2006, in which reffers to "premonitory registration" and the pawn by making a comparison between these two institutes do checks its implications in the Real Estate Register.

KEYWORDS: Premonitory registration – Pawn – Real Estate Register – Law 11.382/2006.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da medida preventiva da fraude à execução e da penhora – 3. Dos casos de averbação e de registro.

1. INTRODUÇÃO

Lendo a Lei 11.382/2006, a primeira questão que surge para os registradores brasileiros é: acabou o registro da penhora? O assunto requer análise cautelosa antes de uma conclusão definitiva.

Pelas disposições da lei, não há nada que aponte de modo claro esse propósito do legislador, nem que o ato do registro seja ou tenha sido óbice à efetividade ou celeridade processual ou que não seja meio próprio à publicidade da penhora.

Na realidade, o que a lei novel deixa claro é que foram acrescentadas medidas visando prevenir, com maior efetividade, a fraude à execução e a conseqüente penhora.

2. DA MEDIDA PREVENTIVA DA FRAUDE À EXECUÇÃO E DA PENHORA

A prevenção da fraude à execução ocorre com a *averbação do ajuizamento da ação* (art. 615-A), denominada, pelo douto Sérgio Jacomino, de "averbação

premonitória", pois, segundo o ilustrado jurista, é "premonitória porque tem a virtude de *prevenir* a sociedade, e todas as pessoas que eventualmente venham transacionar com imóveis, acerca de circunstâncias que possam pôr em *risco* a aquisição do bem" (*BE Irib* 2.791, 11.01.2007). (Grifo acrescentado.)

É o que deflui do art. 615-A, *caput*:

"O exeqüente poderá, *no ato da distribuição*, obter *certidão comprobatória do ajuizamento da execução*, com identificação das partes e valor da causa, *para fins de averbação no registro de imóveis*, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto." (Grifamos.)

Veja-se que essa averbação é realizada com a *certidão do ajuizamento da execução*, quando não há, ainda, *penhora*. Por isso, "premonitória".

Além dos efeitos de prevenir a sociedade, percebe-se outra finalidade na averbação do *ajuizamento da ação:* demonstrar em juízo a viabilidade da penhora de bens necessários à garantia da execução, sendo, também, uma espécie de "averbação preparatória" da penhora, que se restringirá aos bens suficientes ao pagamento do *quantum* da execução, e não necessariamente incidirá sobre todos os bens "preparados para a penhora", como se pode perceber dos §§ 1.º e 2.º do art. 615-A:

"§ 1.º O exeqüente deverá comunicar ao juízo as *averbações efetivadas*, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

§ 2.º *Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações* de que trata este artigo *relativas àqueles que não tenham sido penhorados*." (Grifamos.)

Deve-se destacar que essa nova medida representa um grande avanço na defesa do princípio constitucional da efetividade, que ocorre pela concentração das informações no RGI, prevenindo de forma eficaz a fraude à execução e protegendo a boa-fé de terceiros em relação à real situação jurídica dos bens colocados no comércio, como conseqüência inarredável da publicidade registral. Ao mesmo tempo elide outras providências que antes eram necessárias para que o comprador tivesse conhecimento da solvência do vendedor de um imóvel, ou, ainda, para que o credor caracterizasse a fraude à execução. Ou seja: foram também prestigiados os princípios da celeridade, economicidade, e, mais importante, o da segurança jurídica.

É o que destaca o § 3.º do art. 615-A:

"Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada *após a averbação* (art. 593)." (Grifamos.)

Do mesmo modo foram prevenidas medidas arbitrárias, como a possibilidade do credor promover "averbação manifestamente indevida" (§ 4.º do art. 615-A), podendo-se entender como tal a averbação resultante de ação *não* fundada em execução de "obrigação certa, líquida e exigível" (art. 580 do CPC), ou "em título de obrigação certa, líquida e exigível" (art. 586 do CPC).

Assim, é prudente, nesses casos, visando prevenir responsabilidade, que o credor declare, sob as penas da lei, nos requerimentos de averbação, que a ação ajuizada versa sobre *execução de título de obrigação certa, líquida e exigível*, nos

termos dos arts. 580 e 586 do CPC, não se configurando, portanto, a hipótese prevista no § 4.º do art. 615-A, do CPC.

Uma vez realizada a averbação "premonitória" e/ou "preparatória" deve o credor comunicar ao juízo a realização da averbação no prazo de 10 (dez) dias (§ 1.º, art. 615-A, do CPC) para que seja formalizada a penhora necessária, cuja publicidade também se dará no Registro de Imóveis, sendo, nos termos do art. 167, I, 5, da Lei 6.015/73, por ato de registro, o qual, uma vez realizado, supera os efeitos da averbação do ajuizamento da ação, pois, a partir daí, a fraude à execução será caracterizada como efeito do registro da penhora, nos termos do art. 240 da Lei 6.015/73, e não mais por força da averbação do ajuizamento da ação, sem prejuízo dos efeitos produzidos a partir da averbação da existência da ação.

3. Dos casos de averbação e de registro

Sem dúvida, houve um aperfeiçoamento na defesa dos direitos do credor sem descuidar da proteção do devedor, pois, ao passo que num *primeiro momento* é possível ao credor *prevenir* a certeza da execução do seu crédito pela averbação da existência da ação, fundada em título de obrigação *certa*, *líquida* e *exigível*, a penhora somente ocorrerá num *segundo momento*, ou seja: depois de ultrapassadas as matérias de defesa do executado, quando, então, não logrando êxito o devedor, o juízo formalizará o auto ou o termo de penhora com vista à *constituição* do ônus, o qual, para *efetiva publicidade*, deverá ser inscrito no Registro de Imóveis.

Há, portanto, nítida distinção entre os atos levados a efeito no Registro de Imóveis: um é de *risco do ônus;* o outro, de *constituição do ônus*.

Sem prejuízo da relevância da *publicidade do risco* do ônus, mediante a averbação da *existência da ação* no Registro de Imóveis, como destacado, esta é preliminar e precária, pois será cancelada pela simples constatação do excesso ou de ser *manifestamente indevida*, nos termos dos §§ 2.º e 4.º, art. 615-A, do CPC, introduzidos pela Lei 11.382/2006. Ou seja: o risco depende de ser confirmado.

A confirmação do risco ocorrerá pela formalização da penhora, ato definitivo de *constituição do ônus*, o qual, com maior razão, deverá ser inscrito no Registro de Imóveis para a *necessária publicidade do ônus* (a *penhora*).

Se a publicidade da existência da ação, ato precário e preliminar de risco do ônus, ocorre mediante averbação no Registro de Imóveis, a publicidade da penhora, ato constitutivo do ônus, não poderá ocorrer *também* por averbação. Ou seja: não se pode adotar o mesmo procedimento para situações distintas no seu grau de relevância e efeitos.

Assim, considerando-se que *o ato judicial* de confirmação do risco *é distinto e tem maior relevância* que o ato que previne o risco, é inegável que, no Registro de Imóveis, o ato da publicidade do ônus (penhora) sobreleva-se ao ato da publicidade do risco do ônus (existência da ação), não podendo, destarte, ocorrer também por averbação. Ou seja: a publicidade da penhora deve ocorrer mediante *registro*.

Ademais, malgrado as referências incidentais à *averbação* da penhora de bens imóveis, pela nova redação dos §§ 4.º e 6.º do art. 659, e do art. 698, do CPC, não parece que tais referências tenham modificado a natureza do ato

registrário a ser praticado para a publicidade da penhora, conforme estabelecido na lei especial, sendo tais referências consideradas "disposições gerais a par das já existentes", que "não revoga nem modifica a lei anterior", conforme dispõe o § 2.º, art. 2.º, da LICC.

Nota-se, ainda, que o art. 7.º da Lei 11.382/2006 revogou expressamente apenas artigos da Lei 5.869/73, mas não fez referência ao inciso que trata do registro da penhora, nem o podia fazer, posto que não seria possível revogar o inciso apenas quanto à penhora.

De sorte que, não havendo declaração expressa de revogação de artigos da Lei 6.015/73, nem incompatibilidade entre os fins pretendidos na Lei 11.382/2006 e o ato de registro indicado nos arts. 167, I, 5, e 240 da Lei 6.015/73, nem tampouco havendo a Lei 11.382/2006 regulado inteiramente a matéria, há que se entender que a publicidade do ônus da penhora no Registro de Imóveis ocorre por ato de registro.

O mesmo se pode dizer em relação ao usufruto, o qual, não obstante a nova redação do § 1.º do art. 722 do CPC, requer ato de registro, tantos pelos fundamentos acima, como em razão da regra do art. 1.227 do CC.

É a minha opinião, *sub censura* dos doutos registradores.

IV JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

1

Protesto contra alienação de bens. Acesso ao Registro franqueado

SÉRGIO JACOMINO

Doutor em Direito pela Unesp. 5º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo – Capital.

As portas do Registro se abrem às vicissitudes que podem colocar em risco terceiros.

A decisão abaixo, da lavra do Magistrado Vicente de Abreu Amadei, juiz-auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, é uma peça histórica. Depois de uma resistência tão aguerrida quanto justificável – considerando-se a orientação sistemática e a norma desde muito vigente – eis que o Tribunal de Justiça de São Paulo se inclina a uma poderosa inflexão sistemática cujo índice mais expressivo é a sucessão de reformas pontuais do Código de Processo Civil, notadamente o advento da Lei 11.382, de 2006.

Cada vez mais, o Registro é chamado para atuar como referência básica para o tráfico jurídico-imobiliário e para garantia do titular que tem o seu direito inscrito.

A medida cautelar de protesto contra alienação de bens finalmente chega aos umbrais do Registro Imobiliário.

Deve ser lembrada a doutrina do Des. Décio Antonio Erpen, que sempre defendeu o acesso dessa medida cautelar no registro. Vamos lhe dar voz:

"Quero chegar à conclusão que o sistema processual passou a *exigir o registro dos atos judiciais, na sua totalidade, para efeitos de publicidade* erga omnes, abandonando a sistemática anterior ao Código Civil, onde o aldeão sabia de tudo o que ocorria no seu meio social, através de uma publicidade

ÁREA DO DIREITO: Registral imobiliário; Processo civil

muito primitiva. Não vejo nenhuma razão, nem de bom senso, nem jurídica, a autorizar a conclusão de que o protesto contra a alienação de bens não tenha espaço para ser inscrito. Antes pelo contrário.

Releio o art. 870, I, do CPC:

'Se o protesto for para conhecimento do público em geral, nos casos previstos em lei, ou quando a publicidade seja essencial ...'

"O protesto, para tornar inequívoca a vontade do pleiteante frente a outro contratante, sem dúvida, não carece de publicidade. Aí, sim, os autos serão entregues à parte interessada, incidindo o disposto no art. 872. Mas quando objetiva alertar toda uma comunidade, não havendo órgão específico de publicidade, possível a publicação de editais. Caso contrário, a publicidade dar-se-á no Órgão Específico, ou seja, em se tratando de imóveis, no Registro Imobiliário; em se cuidando de navios ou aeronaves, no Registro respectivo". (Décio A. Erpen, "Do registro do protesto contra a alienação de bens móveis e imóveis". Internet: http://www.irib.org.br/biblio/Erpen.asp).

Assim justificava o eminente desembargador o acesso de tais títulos no Registro – com clareza e precisão costumeiras. Com poder de síntese ímpar.

Enfim, nada que vague pelo limbo jurídico e que represente potencial risco para afetar direitos de terceiros deve ser ignorado pelo Registro, sob pena de ineficácia em relação às mutações inscritas.

Jurisprudência Selecionada

PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS. Averbação. Admissibilidade. Publicidade.

Ementa Oficial: Registro de imóveis - Averbação de protesto contra alienação de bens imóveis - Entendimento fixado pela Corte Especial do Eg. STJ (EREsp 440.837-RS, DJ 28.05.2007) pela admissibilidade da averbação, como expressão do poder geral de cautela do juiz e para proteção ao adquirente de boa fé por via do princípio de publicidade - Reflexo desse julgado proveniente de órgão judicial com atribuição de uniformização da jurisprudência nacional, que não se deve ignorar na esfera administrativa - Alteração do item 68.3 do Capítulo XX das NSCGJ, para constar a admissibilidade da averbação em referência, quando houver expressa determinação do juiz do processo.

PROVIMENTO CGJ 20/2007. Protesto contra alienação de bens. Averbação. Admissibilidade. NSCGJ. Alteração.

Ementa não Oficial: Altera o item 68.3 do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, admitindo a averbação do protesto contra alienação de bens diante de determinação judicial expressa do juiz do processo e a insuscetibilidade de registro do arrendamento e do comodato.

Processo CG-485/2007 (235/07-E) – Capital – rel. designado Vicente de Abreu Amadei – j. 05.07.2007 – *DOE* de 18.07.2007.

REGISTRO DE IMÓVEIS - Averbação de protesto contra alienação de bens imóveis - Entendimento fixado pela Corte Especial do Eg. STJ (EREsp 440.837-RS, *DJ* 28.05.2007) pela admissibilidade da averbação, como expressão do poder geral de cautela do juiz e para proteção ao adquirente de boa fé por via do princípio de publicidade - Reflexo desse julgado proveniente de órgão judicial com atribuição de uniformização da jurisprudência nacional, que não se deve ignorar na esfera administrativa - Alteração do item 68.3 do Capítulo XX das NSCGJ, para constar a admissibilidade da averbação em referência, quando houver expressa determinação do juiz do processo.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça:

Trata-se de expediente aberto para promoção de estudo referente à averbação de protesto contra alienação de bens imóveis em matrículas do serviço de registro predial do Estado de São Paulo, especialmente em vista da recente publicação (*DJ* 28.05.2007) do julgado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, que fixou o entendimento da admissibilidade daquela averbação, como expressão do poder geral de cautela do juiz e em respeito ao princípio da publicidade, justificado pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, protegendo o adquirente de boa fé.

O feito foi instruído com cópia integral do v. acórdão, relatório e votos proferidos no REsp 440.837-RS (4.ª Turma do STJ) e nos Embargos de Divergência em REsp 440.387-RS, bem como dos últimos precedentes desta Corregedoria Geral da Justiça sobre o tema (f.).

É o relatório. Opino.

Tormentosa, não de hoje, na doutrina e na jurisprudência, a questão referente à inscrição do protesto de alienação de bens imóveis no fólio real.

A título exemplificativo, destaque-se, pela admissibilidade da averbação, a doutrina de Décio Antonio Erpen[1], diversos julgados do Superior Tribunal da Justiça (REsp 146.942-SP, *DJ* 19.08.2002, REsp 440.837, *DJ* 16.12.2002, RMS 14.184-RS, *DJ* 28.04.2003), do TJSP (ApCiv 64.898-1 [*RT* 605/63-64]; AI 300.488-4/8-00, j. 25.06.2003; AI 305.891-4/3, j. 16.10.2003; AI 449.717-4 /1-00, j. 04.07.2006; *JTJ* 279/515) e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 70014243604)[2].

Pela inadmissibilidade da apontada averbação, ainda exemplificativamente, recorde-se a doutrina de Ricardo Dip[3], Elvino Silva Filho[4], Wilson de Souza Campos Batalha[5] e Aguiar Vallim[6], bem como respeitáveis julgados do Superior Tribunal de Justiça (REsp 73.662-MG, *DJ* 23/6/97 [*RSTJ* 100/155]; REsp 90.974-MG, *DJ* 16.03.1998; REsp 145.015-SP, *DJ* 8/6/98, REsp. 109.659-RS, *DJ* 26.04.1999; REsp. 78.038/SE, *DOU* 31.05.1999 [*RT* 768/166]; 185.645/PR, *DJ* 05.03.2001 [*RSTJ* 141/343]; REsp. 434.541, DJ 04.04.2003 [*RNDJ* 46/141]; REsp. 606.261-Paraná, *DJ* 13.06.2005; RMS 15.256-RS, *DJ* 17.11.2003) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (AI 266.963-1, j. 14.09.1995; AI 213.940-1, j. 21.12.1993; AI 170.838-4, j. 14.11.2000, ApCiv. 250.313-4/2-00, j. 28.03.2006; *RT* 557/90; *JTJ* 197/227, 211/106, 220/227).

A jurisprudência administrativa bandeirante do Conselho Superior da Magistratura e da Corregedoria Geral da Justiça sedimentou o entendimento pela inadmissibilidade da averbação em foco.

Basta reportar-se ao extrato de precedentes indicados em recentes pareceres, um deles, aliás, aprovado por Vossa Excelência, para se constatar essa verdade:

• Processo CG - 728/2005, parecer de 01.09.2005, da então Juíza Auxiliar da Corregedoria, Dra. Fátima Vilas Boas Cruz:

"A matéria em debate, em sede administrativa, conta com diversos precedentes do Colendo Conselho Superior da Magistratura (Apelações Cíveis 276.495, Socorro, de 08.01.1979, rel. Andrade Junqueira; 286.908, Nhandeara, de 23.05.1980, rel. Adriano Marrey; 059-0, São Paulo, de 06.10.1980, rel. Adriano Marrey; 599-0, Pereira Barreto, de 06.10.1981, rel. Affonso de André; 265.781, Santos, de 18.11.1977, rel. Acácio Rebouças; 2.361-0; 1.828-0; 7.626-0/8; 8.965-0/1 e 13.455-0/6), e da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça (CG 286/88; CG 961/97 - *RDI* 43/146; CG 67/91; CG 3.059/95 e CG 2.531/95) pacificando-se, pois, a inviabilidade do registro ou da averbação do protesto contra alienação de bens".

• Processo CG - 850/2006, parecer que proferi em 16.10.2006:

De longa data e pacífica, ademais, a jurisprudência administrativa paulista - quer do Conselho Superior da Magistratura[7],

1. "Do registro do protesto contra a alienação de bens móveis e imóveis" - *RDI* 52, jan-jun/2002 e *RDI* 48, jan-jun/2000.
2. Do extinto Eg. TARS, confira, ainda, MSE 196.007.579 e AGI 196.060.834.
3. "Do protesto contra alienação de bens e o registro de imóveis" - Registro de Imóveis [vários estudos]. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 371-376. **Consigne-se, nessa doutrina, que o Des.** Ricardo Dip, embora tenha expressado o entendimento de não admissibilidade da averbação do protesto contra alienação de bens diante da legislação vigente, não deixa de reconhecer as vantagens dessa inscrição predial.
4. "Medidas Cautelares no Registro de Imóveis", *Revista de Direito Imobiliário* 22, p. 23/24, julho/dezembro de 1988.
5. *Comentários à Lei de Registros Públicos*, vol. II/868, Forense, 2.ª ed., 1979.
6. "O protesto e a citação perante o Registro de Imóveis", in *RT* 353/469. Ulysses da Silva, Penhora e cautelares no registro de imóveis, Irib, 2005, p. 94.
7. CSM, Apelações Cíveis 2.361-0, 1.828-0. 13.455-0/6, 7.626-0/8, 8.965-0/1,

quer da Corregedoria Geral da Justiça[8] - pela inadmissibilidade da averbação do protesto contra alienação de bens, destacando-se, a título exemplificativo, os seguintes precedentes:

a) Essas, em suma, as razões por que assim o Dec. 4.857, de 09.11.1939, com as alterações operadas, como a vigente Lei de Registros Públicos não concederam a averbação de protesto contra alienação de bens, consoante este Conselho teve não poucas oportunidades de o proclamar (cf. *RT* 509/133, 355/296, 277/542 e Ap 235.243), afinado com a doutrina (Aguiar Vallim, "O protesto e a citação perante o Registro de Imóveis", in *RT* 353/469) e a jurisprudência (cf. *RT* 433/222 e 425/163)"[9];

b) Assim decidem em consonância com a orientação que tem sido imprimida por este E. Conselho, com base na lei e na doutrina, no sentido de não acolher pedidos de averbação de protesto contra alienação de bens, no Registro de Imóveis (cf. ApCív 286.908, rel. Des. Adriano Marrey, in *Revista de Jurisprudência do TJSP* 64/391). Efetivamente, a Lei de Registros Públicos não inclui o protesto contra alienação de bens entre os atos admitidos a ingresso no Registro de Imóveis, quer para registro *stricto sensu*, quer para averbação. E a doutrina outra solução não dá. 'O protesto contra alienação de bens - escreve Wilson de Souza Campos Batalha - não pode mediante mandado judicial, ser averbado no Registro Imobiliário' (*Comentários à Lei de Registros Públicos*, vol. II/868, Forense, 2.ª ed., 1979)"[10];

c) A matéria tem orientação pacífica seja no âmbito administrativo desta Corregedoria Geral, seja no âmbito do Colendo Conselho. Assim porque ora se busca registro do protesto, ora se busca averbação dele. No caso, buscou-se averbação. O registro era mesmo impossível (embora não pleiteado). Assim porque a enumeração do art. 167, I, da Lei 6.015/73 não contém disposição permissiva. (...) E de precedentes nessa matéria, do Egrégio Conselho, cuidou o próprio Oficial de colacionar (ApCív 8.965-0/1 e 11.037-0/4 - f.). E outros se podem acrescentar (ApCív. 276.495, Socorro; 286.908, Nhandeara; 599-0, Pereira Barreto; 1.828-0, São Vicente; 2.361-0, idem; 6.615, Guaratinguetá; 13.455-0/6, Nuporanga). E mesmo se se pensar em averbação, nem assim se pode alterar a conclusão do julgado.

Isso porque, na melhor técnica, o protesto não constituiria ato de averbação e sim registro. Isto porque a averbação é ato que importa em modificação de registro já existente, o que, à evidência, o protesto não constitui. (...) Pacífica, ademais, e iterativa, a jurisprudência administrativa da Corregedoria Geral (Decisões, 1989, verbetes 67 e 101). Outras ainda se pode acrescentar: Proc. 82/90 e 67/91"[11].

Tão sólida orientação desaguou em enunciado normativo inserto no item 68.3 do Capítulo XX do Provimento CG 58/89: 68.3. O protesto contra alienação de bens, o arrendamento e o comodato, são atos insuscetíveis de registro, porque não elencados no art. 167, da Lei 6.015, de 31.12.1973."

Consigne-se, ademais, que fiado nessa tradição e nas razões expressas em pareceres acolhidos por Vossa Excelência (vg. Processos CG 850/2006 e 846/2006) também acompanho, pessoalmente, a

276.495, 286.908, 599-0, 265.781.

8. Processos CG 89/90, 67/91, 102/93, 188/93, 2531/95, 3059/95, 686/95, 649/96.
9. CSM, ApCív 276.495, da comarca de Socorro, j. 08.01.1979, relator Des. Humberto de Andrade Junqueira.
10. CSM, ApCív 599-0, da Comarca de Pereira Barreto, j. 06.10.1981, relator Des. Affonso André.
11. Proc. CG 102/93, decisão de 09.06.1993, parecer do Dr. Vito José Guglielmi, com destaque, ainda, às lições de Afrânio de Carvalho, Ricardo Dip e Aroldo Viotti.

orientação pela negativa da averbação de protesto contra alienação de bens imóveis no fólio real, destacando
a) a unilateralidade testificante de intenção, de escopo meramente conservativo de direito ou preventivo de responsabilidade, do protesto judicial (arts. 867 a 873 do CPC), que não tem caráter jurisdicional contencioso, está à margem do contraditório e da defesa e tem previsão legal de publicidade específica (art. 870 do CPC); e
b) sua limitação à esfera obrigacional (não de direito real), que não altera registro predial algum e configura, na prática, por via oblíqua, inscrição provisória inibitória de disponibilidade sem amparo legal.

Ocorre, todavia, que, embora por maioria de votos, a Corte Especial do STJ, frente à divergência de julgados daquele Tribunal Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência em REsp 440.387-RS, publicado no *DJ* de 28.05.2007, fixou entendimento pela admissibilidade do ato averbatório em questão:
Ementa: Protesto contra alienação de bens. Averbação no registro imóveis. Admissibilidade. Poder geral de cautela do juiz.
'A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem, está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798, do CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes' (REsp 146.942-SP). Embargos de divergência conhecidos e rejeitados. (STJ - EREsp 440.837 - RS - Corte Especial - rel. Min. Barros Monteiro - *DJ* 28.05.2007)".

Voto do Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator designado): Sr. Presidente, mantenho, *data venia*, a diretriz traçada pela eg. Quarta Turma quando do julgamento do REsp 440.837-RS, de que fui relator. Penso ser cabível a averbação do protesto contra a alienação de bens, sobretudo em face do poder geral de cautela do Juiz, na linha do que dispõe o art. 798 do CPC. Na verdade, a averbação não agride direito algum dos ora embargantes, uma vez que, ante o princípio da publicidade, tem ela por escopo dar conhecimento a terceiros interessados do protesto deferido, visando com isso a proteger o adquirente de boa-fé. Em julgado anterior (REsp 146.942-SP), sob a relatoria do Min. Cesar Asfor Rocha, aquele mesmo órgão julgador admitira a averbação do protesto contra a alienação de bens, escudado na seguinte motivação:
"Ademais, a averbação está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798 do CPC) e ela se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros e isso porque eventual alienação do bem poderá vir a ser desconstituída. Não é outra a finalidade da publicação dos editais, mas que nem sempre, como a prática demonstra, alcança seus objetivos e o comprador pode acabar seriamente prejudicado com o desfazimento do ato. O meio realmente eficaz é o lançamento no Registro de Imóveis, onde os possíveis adquirentes deverão consultar." Ante o exposto, conheço dos embargos e os rejeito. É o meu voto."
(Votaram com o Sr. Min. Barros Monteiro, os Senhores Ministros Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer e Gilson Dipp; vencida a Sra. Min. relatora Eliana Calmon e os Senhores Ministros Paulo Gallotti, Luiz Fux e Carlos Alberto Menezes Direito).
Isso, sem dúvida, muda o panorama jurídico no trato da matéria, com reflexo inegável na esfera administrativa correcional dos registros prediais.
É preciso sublinhar que o julgado em foco é da Corte Especial do STJ, bem como que o Egrégio STJ é, por atribuição constitucional, o órgão judicial de uniformização da jurisprudência nacional, não se podendo deixar de antever a vasta repercussão do v. acórdão como paradigma de futuras decisões equivalentes, em caráter múltiplo.

É certo que, em sentido próprio, o referido julgado não tem força vinculante[12]; todavia, também não é de boa prudência ignorá-lo, especialmente no âmbito administrativo (registral imobiliário) em que seu enunciado (por admissibilidade de averbação no fólio real em face de determinação judicial específica) se destina à produção de efeitos.

É certo, ainda, que os títulos judiciais são suscetíveis de qualificação registrária; todavia, o v. acórdão em referência não abriu a possibilidade de inscrição de qualquer protesto de alienação de bens imóveis, mas apenas daqueles cuja averbação estiver inserida no poder de cautela do juiz (art. 798 do CPC), e, assim, entenda-se, nos quais conste, expressamente, ordem judicial ao ato averbatório[13]. Ademais, não é inoportuno destacar que ordem judicial (que não se confunde propriamente com título judicial), vale por si, independentemente de sua origem e grau de jurisdição, como bem indicou o Des. Ricardo Dip, em recente palestra proferida no XI Seminário de Direito Notarial e Registral - Educartório, realizado em Ribeirão Preto[14]:

Um juiz do Estado de São Paulo havia determinado, em autos de ação contenciosa, em vista de uma medida cautelar incidental, que se averbasse ou registrasse um protesto contra alienação de bens. O cartório se recusou a fazer essa inscrição, uma vez que no Estado de São Paulo prevalece a firme orientação de que o protesto contra alienação de bens não merece ingresso no registro imobiliário. Provavelmente, há muitos motivos prudenciais para, à luz do sistema em vigor, se recomendar essa orientação, assim como também há muitos motivos prudenciais que recomendariam que se estabelecesse a registrabilidade ou a averbação do protesto contra a alienação de bens. O fato é que a parte, em vez de requerer a suscitação de dúvida, volta ao processo e insiste perante o juiz de primeiro grau que determine ao cartório que perfaça a inscrição do protesto. O juiz se nega. O juiz paulista tem, em sua frente, a idéia de que, em matéria de registro, a decisão do Corregedor-Geral da Justiça prevalece sobre a decisão jurisdicional.

12. "Julgado do Eg. STJ da Corte Especial não é lei nem súmula vinculante (art. 103-A da CF) nem súmula comum a que se pode atrelar eficácia geradora de dever de observância" (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. Forense, 1974, Tomo VI, p. 39). É, no entanto, julgado de eloqüente relevância por sua potencialidade expansiva, a ponto de se poder qualificá-lo como prático-vinculante. Confira-se a doutrina de Marco Antonio Botto Muscari apoiada em Calmon de Passos: Podemos discordar dessa orientação uniformizadora, mas não é razoável que continuemos a insistir na tese vencida. Vale recordar, no ponto, a advertência de Calmon de Passos: Falar-se em decisão de tribunal superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta. Seriam eles meros tribunais de apelação, uma cansativa *via crucis* imposta aos litigantes para nada, salvo o interesse particular do envolvido no caso concreto, muito nobre, porém muito pouco para justificar o investimento público que representam os tribunais superiores' ("Súmula vinculante". Genesis - Revista de Direito Processual Civil n. 06) – "Presunção de má-fé nas transações imobiliárias?" in Boletim Eletrônico do IRIB 3.023, Ano VII, 03.07.2007).

13. Título judicial é capaz de dar respaldo causal à mutação jurídico-patrimonial a ser operada pelo ato de registro; "mas as ordens judiciais, sem aptidão a criar novas situações jurídicas", em geral limitadoras de situações jurídicas existentes", configuram comando dirigido ao registrador e derivado da atividade jurisdicional, como resposta, especialmente, a situações de urgência e que, dotadas de provisoriedade, demandam certa elasticidade na conformação da decisão judicial" (Marcelo Fortes Barbosa Filho, "O registro de imóveis, os títulos judiciais e as ordens judiciais", *RDI* 49/56).

14. http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel2960.asp

A parte agrava e o agravo vai cair na 4ª Câmara de Direito Privado cujo relator era o saudoso Des. Antônio Carlos Alves Braga, que conduz o julgamento e determina a averbação pelo cartório. Quando o cartório cumpriu a determinação me dei conta de que a decisão do juiz de primeiro grau não valia, mas a do colegiado sim, como se a decisão precludida de primeira instância tivesse menos importância do que uma decisão de segundo grau. Tanto há boas decisões de primeira instância quanto de segunda, bem como tanto há eventuais equívocos em primeira quanto em segunda instância. (...)"

Deste modo, por reflexo e respeito ao julgado da Corte Especial Superior, impõe-se afastar a inibição normativa da inscrição em questão, nos limites do v. acórdão em pauta, ou seja, com admissibilidade de averbação (não de registro) e diante de determinação judicial expressa do juiz do processo para o ato averbatório.

Propõe-se, pois, alterar a redação do referido item 68.3 do Capítulo XX do Provimento CG 58/89, tão-somente para abertura da admissibilidade de averbação que a Corte Especial do Egrégio STJ reconheceu, para os seguintes termos: 68.3. O protesto contra alienação de bens, o arrendamento e o comodato são atos insuscetíveis de registro, admitindo-se a averbação do protesto contra alienação de bens diante de determinação judicial expressa do juiz do processo."

Pelo exposto, o parecer que submeto, mui respeitosamente, à elevada apreciação de Vossa Excelência é pela alteração do item 68.3 do Capítulo XX do Provimento CG 58/89, para constar a redação acima sugerida, baixando-se o respectivo provimento.

Sub censura.

São Paulo, 05 de julho de 2007.

VICENTE DE ABREU AMADEI

Juiz Auxiliar da Corregedoria

DECISÃO: Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria e, por seus fundamentos que adoto determino a publicação do parecer, o qual se confere caráter normativo, editando-se Provimento, a ser igualmente publicado.

São Paulo, 13.7.2007.

(a) GILBERTO PASSOS DE FREITAS - Corregedor Geral da Justiça.

(*DOE* de 18.07.2007)

Provimento CG. 20/2007

O Des. Gilberto Passos de Freitas, Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais,

Considerando a recente publicação (*DJ* de 28.05.2007) do julgado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, que, em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp 440.837-RS), fixou o entendimento pela admissibilidade da averbação do protesto contra alienação de bens imóveis no registro predial, como expressão do poder geral de cautela do juiz e para proteção ao adquirente de boa fé, por via do princípio de publicidade;

Considerando, ainda, o reflexo desse relevante julgado de manifesto potencial expansivo, proveniente de órgão judicial com atribuição de uniformização da jurisprudência nacional, que não se deve ignorar na esfera administrativa;

Considerando, por fim, que a conclusão desse julgado não está em integral sintonia com item 68.3 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, bem como o decidido no Proc. CG 485/2007;

Resolve:

Art. 1.º - O item 68.3 do Capítulo XX do Provimento CG 58/89 (Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça - Serviços Extrajudiciais), passa a vigorar com a seguinte redação:

"68.3. O protesto contra alienação de bens, o arrendamento e o comodato são atos insuscetíveis de registro, admitindo-se a averbação do protesto contra alienação de bens diante de determinação judicial expressa do juiz do processo."

Art. 2.º - Este provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

São Paulo, 13 de julho de 2007.

(*DOE* de 18.07.2007)

V JURISPRUDÊNCIA

1

2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo

ESCRITURA PÚBLICA DE INVENTÁRIO E PARTILHA. Recusa do tabelião. Declaração unilateral de existência de união estável feita pelo convivente sobrevivente. Impossibilidade. Necessidade de reconhecimento dessa circunstância em sede jurisdicional.

Processo 583.00.2007.147544-2- Capital – 2.ª VRPSP – j. 22.05.2007 – rel. Márcio Martins Bonilha Filho.

VISTOS.

A. D., qualificada na inicial, busca tutela judicial desta Corregedoria Permanente, no sentido de obter autorização para lavrar escritura pública de inventário perante o 14º Tabelionato de Notas da Capital, mediante invocação da Lei 11.441/07.

Insurge-se a interessada contra recusa do Tabelionato na lavratura do ato notarial, sustentando que a prova documental exibida demonstra a existência de união estável entre as partes e a inexistência de herdeiros.

A inicial veio instruída com os documentos de f., complementada pelas peças de f..

Pela manifestação de f., o representante do Ministério Público ofereceu parecer pela rejeição do pedido.

É o relatório.

DECIDO - Incensurável a recusa oposta pelo Tabelião, que se negou a lavrar escritura pública de inventário dos bens deixados por H. S., em virtude de seu falecimento.

Com efeito, não há prova cabal, positivando o alegado.

Assim é, porque a escritura pública de declaração lavrada após o falecimento do convivente, só por si, não é suficiente para a formação do convencimento judicial, no sentido de gerar a certeza da situação fática, de sorte a solucionar o tema na forma entrevista.

Os demais elementos apresentados denotam, é certo, indícios da existência de união estável entre o falecido e a requerente, mas a matéria reclama prévio reconhecimento, a ser proclamado no âmbito judicial.

Vale dizer, na esfera administrativa, que não há possibilidade de transpor a recusa materializada pelo Tabelião.

Nem se argumente que o 14.º Tabelionato de Notas da Capital, diante da impossibilidade de lavrar o ato nos termos da Lei 11.441/07, não deveria ter escriturado a declaração reproduzida a f. 07/07v°, cujo termo, malgrado inoperante para a subseqüente escritura pública, poderá ser utilizado, por exemplo, no feito judicial.
Ademais, o art. 18 da Resolução do Conselho Nacional de Justiça, que disciplinou a aplicação da Lei 11.441/07 estabelece:
"O (A) companheiro(a) que tenha direito à sucessão é parte, observada a necessidade de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável."

Assim, diante do painel adverso, forçoso é convir que a pretensão deduzida no requerimento inicial não comporta acolhimento, impondo-se a rejeição do pedido.
Ciência à interessada, Tabelião e ao Ministério Público.
Comunique-se a decisão à Egrégia Corregedoria Geral da Justiça.
P.R.I.C.
São Paulo, 22 de maio de 2007.
Márcio Martins Bonilha Filho - Juiz de Direito

ESCRITURA PÚBLICA DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL. Advogado mandatário comum para ambas as partes. Inexistência no mandato de poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias, conforme determina o art. 36, da Resolução 35, do Conselho Nacional da Justiça. Gratuidade. Suficiência da declaração de pobreza para obtê-la.

Processo 583.00.2007.178077-3 – Capital - 2.ª VRPSP – rel. Márcio Martins Bonilha Filho – j. 07.08.2007.

VISTOS
Cuida-se de expediente instaurado pelo Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas do 4.º Subdistrito da Capital – Nossa Senhora do Ó, relacionado com a recusa do titular da delegação de referida unidade em lavrar escritura pública de separação consensual lastreada na Lei 11.441/07.
Busca o D. Advogado, procurador comum do casal, afastar a recusa, sustentando a possibilidade de representar o casal, dispensado o comparecimento de ambos para a lavratura do ato, que deverá ser gratuito, nos termos do art. 1.124-A, § 3.º, do CPC.
A inicial veio instruída com os documentos de f..
Pela manifestação de f., a representante do Ministério Público concordou com as razões de recusa.
É o relatório.

DECIDO - Trata-se de procedimento submetido à apreciação da Corregedoria Permanente do Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas do 4.º Subdistrito da Capital, para dirimir controvérsia a respeito da possibilidade de lavratura de escritura pública de separação consensual, nos termos do art. 1.124-A do CPC.
O impasse diz respeito à admissibilidade da prática do ato notarial por intermédio de procurador comum do casal, existindo, ainda, dúvida relacionada com a obtenção da gratuidade.
A recusa materializada pelo Oficial/Tabelião comporta confirmação judicial.
É certo que, pela Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, prevalece a orientação no sentido de que o comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de separação e divórcio consensuais, sendo admissível ao(s) separando(s) ou ao(s) divorciando(s) se fazer representar por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes espe-

ciais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias (cf. art. 36).
À evidência, a Resolução do CNJ há de ser observada, desconsiderado, nesse capítulo, o tema abordado no voto vencido inserido no item 5.5 das Conclusões Aprovadas pelo Grupo de Estudos instituídos pela Portaria CG 01/07.
Firmada a possibilidade de se lavrar escritura pública, em que o casal estará representado por mandatário, verifica-se que, na hipótese vertente, subsiste o óbice acertadamente suscitado pelo Tabelião, visto que os mandatos outorgados não contemplam as descrições das cláusulas e condições essenciais, a que se refere o artigo 36 da aludida Resolução.
Os instrumentos públicos lavrados não ostentam as cláusulas a serem pactuadas na separação extrajudicial (f.).
Logo, inviável a lavratura da escritura pública, mediante a invocação da Lei 11.441/07.
Por seu turno, para a obtenção da gratuidade de que trata o § 3.º do art. 1.124-A, basta, sob as penas da lei, e ainda que estejam as partes assistidas por advogado constituído, a declaração de pobreza.
Incide, na espécie, necessidade de declaração pessoal e intransferível a ser firmada pelos interessados, para a obtenção da gratuidade, a exemplo do que ocorre nos expedientes de habilitação de casamento.
Assim é, porque a lei prevê, que os pobres, que assim se declaram, assumem, pessoalmente, as conseqüências de tais afirmações.
Vale dizer, a declaração é pessoal e intransferível, inoperante, nesse particular, a invocação da representação de procurador, por sinal, destituída de tais poderes.
Diante desse painel adverso, acolho os óbices pertinentes opostos pelo titular da Delegação do Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas do 4.º Subdistrito da Capital, e rejeito a lavratura da escritura pública, nas condições apresentadas.
Comunique-se a decisão à Egrégia Corregedoria Geral da Justiça e ao Colégio Notarial.
P.R.I.C.
São Paulo, 7 de agosto de 2007.
Márcio Martins Bonilha Filho - Juiz de Direito

REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. Vítimas do vôo JJ 3054 da TAM. Dificuldade na identificação das vítimas. Morte presumida. Autorização para lavratura dos assentos de óbito.

Processo 583.00.2007.208463-0 – 2.ª VRPSP – rel. Márcio Martins Bonilha Filho – j. 09.08.2007.

VISTOS.
Cuidam os autos de expediente ajuizado pelo representante do Ministério Público, objetivando o reconhecimento judicial de morte presumida, com a subseqüente lavratura dos assentos de óbito de vítimas do vôo JJ 3054/TAM, cujos corpos, malgrado o esforço hercúleo do Instituto Médico Legal, ainda não foram identificados.
O pedido veio instruído com expresso requerimento dos parentes das vítimas ..., Boletim de Ocorrência, listas oficiais da TAM, Secretaria de Segurança Pública e outros documentos, seguindo-se superveniente juntada do requerimento no interesse da vítima ...
É o breve relatório.

DECIDO - Trata-se de pretensão ajuizada pelo representante do Ministério Público, lastreada em impulso de parentes de quinze vítimas ainda não identificadas junto ao Instituto Médico Legal, com a finalidade de obtenção de outorga judicial favorável ao reconhecimento da morte presumida, em razão do trágico acidente aéreo ocorrido no dia 17.07.2007, por volta das 18 horas e 50 minutos, na Avenida Washington

Luis, 7.305, Terminal de Cargas, Jardim Aeroporto, nesta Capital.

O pedido busca, sem prejuízo da oportuna identificação dos corpos a cargo do Instituto Médico Legal, regularizar amarga e sofrida pendência registrária consistente na formalização dos respectivos assentos de óbito.

O acidente aéreo, com suas graves conseqüências, de que resultou o óbito de 199 (cento e noventa e nove) pessoas, e as dificuldades supervenientes no verdadeiro calvário decorrente do penoso trabalho de identificação dos corpos, são fatos públicos e notórios, prescindindo de outros elementos de convicção.

Bem por isso, presentes os pressupostos legais a que se refere a petição inicial, à luz da disposição contida no art. 7º. do CC e da previsão do art. 88 da Lei de Registros Públicos.

Refere-se o pedido às vítimas legitimadas por parentes, que manifestaram interesse na solução da pendência, cujos falecimentos ocorreram no interior da aeronave (Vôo n. JJ 3054/TAM) ou no interior do prédio atingido pela aeronave e que há mais de três semanas aguardam identificação, para a formalização do assento de óbito.

Trata-se, à evidência, de morte por acidente, resultante de uma desgraça inesperada, que colocou termo à vida de dezenas de pessoas, em proporções catastróficas.

O atual Código Civil tornou possível a declaração da morte presumida, sem decretação prévia da ausência (art. 7.º do CC).

Nesse sentido, destaco a lição do eminente Des. Nestor Duarte, in *Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência*, Ed. Manole, 2007, p. 22:

"A morte é presumida quando, embora não sendo possível encontrar-se o cadáver, nas circunstâncias previstas na lei, o óbito for considerado provável".

No caso em exame, os cadáveres foram encontrados, pendendo apenas as respectivas identificações.

Assim, mais do que presumir, a situação posta em controvérsia reclama admitir a realidade da infausta ocorrência, impondo-se o acolhimento do pedido, com a prova cabal de que as vítimas eram passageiros, tripulantes, servidores ou colaboradores da TAM.

A matéria não dá margem à especulação reinante na doutrina quanto à limitação de efeitos e conseqüências jurídicas da morte presumida, certo que, na hipótese vertente, estão presentes os requisitos necessários e essenciais para reconhecer que as vítimas, aqui nominadas, efetivamente faleceram no evento danoso, cuja conseqüência imediata é a extinção da personalidade jurídica.

Por conseguinte, autorizo o Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas do 30º. Subdistrito da Capital a lavrar os óbitos das vítimas, ..., observadas as formalidades necessárias, mantida a orientação traçada no comunicado emitido no dia seguinte ao do evento, pela *intranet*, às demais unidades sujeitas à Corregedoria Permanente desta Capital. Diante da atual e recente informação, noticiando a identificação do corpo da vítima ..., o pedido formulado no seu interesse restou prejudicado, reconhecida a perda do objeto, nesse particular.

Na lavratura dos assentos, a serventia observará os dados contidos nos autos, notadamente a ressalva quanto ao horário dos respectivos óbitos, indicando a data, *causa mortis*, qualificação completa das vítimas, etc, nos termos do requerimento inicial, que fica integralmente acolhido.

Com a escrituração dos termos, o Oficial Designado deverá efetuar as comunicações pertinentes, certo que supervenientes reconhecimentos de corpos e óbitos lavrados, que porventura ocorrerem, tornarão prejudicado o cumprimento desta decisão, em relação às vítimas identificadas.

Ciência ao Oficial e ao Ministério Público.

Comunique-se a decisão à Egrégia Corregedoria Geral da Justiça.
P.R.I.C.
São Paulo, 9 de agosto de 2007.
Márcio Martins Bonilha Filho – Juiz de Direito

EMOLUMENTOS. Reconhecimento de firma em requerimento de parcelamento de solo, nos tipos de loteamento e desmembramento. Classificação desses com sendo com valor econômico, para efeito de cobrança de emolumentos nos reconhecimentos de firma.

Processo 583.00.2006.245252-5 (apensado aos Autos 583.00.2007.101647-7) – Sapopemba – SP – 2.ª VRPSP – rel. Márcio Martins Bonilha Filho – j. 18.07.2007.

VISTOS.
O Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais do Distrito de Sapopemba, Alfredo de Oliveira Santos Neto, com base no art. 29 da Lei Estadual 11.331, de 26.12.2002, formula consulta sobre a cobrança de emolumentos devidos pela prática de ato consubstanciado no reconhecimento de firma, na modalidade semelhança, com vistas à uniformização do entendimento administrativo acerca do conceito jurídico de "documentos com valor econômico" e de "documentos sem valor econômico", ante o silêncio da lei sobre a matéria, tendo em conta o reconhecimento de firma em documentos vinculados a requerimentos de parcelamento do solo, nos tipos de loteamento e desmembramento, e sua respectiva classificação.
As fundamentadas razões invocadas pelo consulente (f.) foram objeto de manifestação pelo Colégio Notarial de São Paulo, no sentido de que os "documentos vinculados a requerimento de parcelamento do solo, quer seja caso de loteamento, quer seja de desmembramento, são casos de documentos com valor econômico, por se tratar de disposição patrimonial" (f.).
Anexado a cópia do Termo de Acordo de Redução de Emolumentos (f.) e colhida nova manifestação do Colégio Notarial, Subseção de São Paulo, que se reportou ao Termo de Acordo de Realinhamento de Emolumentos (f.), a douta Promotoria de Justiça opinou pela fixação de único valor, baseando-se na média ponderada entre o valor cobrado a menor e o maior entre os documentos, com ou sem valor econômico, uniformizando-se a disciplina da matéria (f.).
Figuram em apenso os autos de reclamação posteriormente formulada por usuário, em relação ao mesmo tema, contra o Oficial consulente (f.), que deu margem aos esclarecimentos de f., com sustentação do ato impugnado.
É o relatório.

DECIDO - Na bem fundamentada consulta a respeito da questão da cobrança de emolumentos, legitimada pelo art. 29 da Lei Estadual 11.331, de 26.12.2002, em função da interpretação da expressão "documentos com valor econômico", não definido em lei e não conceituado em regra normativa, à vista da disposição do item 4.12, Tabela I da Lei Estadual citada, cabe, inicialmente, ressaltar os dois tipos de requerimentos relativos ao parcelamento do solo: o loteamento e o desmembramento.
O loteamento urbano no velho, mas sempre atualizado, magistério do insigne jurista Hely Lopes Meirelles:
"é a divisão voluntária do solo em unidades edificáveis (lotes), com abertura de vias e logradouros públicos, na forma da legislação pertinente. Distingue-se do desmembramento, que é a simples divisão de área urbana ou urbanizável com aproveitamento das vias públicas existentes. O loteamento e o desmem-

bramento constituem modalidades do parcelamento do solo, mas apresentam características diversas: o loteamento é meio de urbanização e só se efetiva por procedimento voluntário e formal do proprietário da gleba, que planeja a sua divisão e a submete à aprovação da Prefeitura, para subseqüente inscrição no Registro Imobiliário, transferência gratuita das áreas das vias públicas e espaços livres ao Município e alienação dos lotes aos interessados; o desmembramento é apenas repartição da gleba, sem atos de regularização, e tanto pode ocorrer pela vontade do proprietário (venda, doação, etc), em ambos os casos sem qualquer transferência de área ao domínio público" (Direito Municipal Brasileiro, 3ª. ed., RT, p. 638-639).

No que se refere ao loteamento, a convergência do requisito do valor econômico é inegável, não comportando discussão.

No que tange ao desmembramento, embora sem a mesma força da evidência, transparece, igualmente, a existência do valor econômico, na classificação do respectivo requerimento, dada a inafastável repercussão no patrimônio individual do interessado. Trata-se de disposição patrimonial.

Como bem destacado na consulta, decorre do desmembramento a possibilidade de alienação legítima de áreas específicas, permitida a expedição dos títulos para o devido registro imobiliário, com a geração de novas matrículas, que contam com valor econômico inquestionável.

Normalmente, prévias alienações parciais causam a razão de pedir do desmembramento ou, quando não, permitem a concretização posterior de tais transações imobiliárias.

Aliás, basta lembrar que, na eventualidade de redução de grandeza real de área desmembrada, conseqüências de ordem jurídica, na esfera patrimonial, são inevitáveis, como, por exemplo, na hipótese de aquisição de benefício do usucapião ou da eventual obtenção da alteração da isenção do imposto municipal (IPTU).

O critério sustentado pelo consulente, portanto, nesse quadro, está perfeitamente legitimado, merecendo acolhimento judicial, para servir como orientação normativa nessa matéria, que conta com o ponto de vista favorável do Colégio Notarial, que informa haver solicitado, anteriormente, a unificação do critério de emolumentos, nesse particular, com a adoção de valor correspondente à média aritmética dos preços de reconhecimento de firma em loteamento com valor econômico e documento sem valor econômico (f.).

Essa solução de *lege ferenda*, ainda não formalizada no plano da alteração legislativa estadual, é plausível mas, por ora, inexiste base legal para adotar esse entendimento, nada justificando, por outro lado, a definição alvitrada pela representante do Ministério Público, diante do ordenamento jurídico vigente, tanto mais que não cabe ao Poder fiscalizador instituir solução alternativa nessa questão.

À Corregedoria Permanente incumbe, tão somente, interpretar a legislação em vigor e as regras pertinentes, para traçar as diretrizes normativas aplicáveis em sistema de tratamento uniforme de procedimentos administrativos.

De resto, cabe admitir que compete ao Oficial ou ao Tabelião, a verificação, caso a caso, da existência de interesse econômico no documento em que se cuida do reconhecimento de firma, sob a égide do princípio da razoabilidade, sem olvidar o senso comum (f.).

Não se perca de vista que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, "implícito, por exemplo, na Carta Paulista, art. 111, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas na parte da Administração Pública, com lesão a direitos fundamentais" (Hely

Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª. ed., Malheiros Editores, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, p. 86).

À luz desse conceito, o operador de direito deve pautar sua conduta, especialmente na área notarial, para o qual ficam alertados os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais e os Tabeliães de Notas da Capital.

Pelas razões expostas, impõe-se o acolhimento da tese de que os documentos vinculados a requerimentos de parcelamento de solo, nos tipos de loteamento e desmembramento, devem ser classificados na modalidade de documentos com valor econômico, para efeito de cobrança de emolumentos nos reconhecimentos de firma.

Em conseqüência, pelos motivos já deduzidos, julgo improcedente a reclamação articulada nos autos em apenso pelo usuário Air Vieira Lima, cujo arquivamento fica ordenado, por não se configurar a hipótese de cobrança ilegal de emolumentos.

Submeta-se a decisão a Superior apreciação da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça.

Dê-se ciência ao Colégio Notarial e à Arpen.

P.R.I.C.

São Paulo, 18 de julho de 2007.

Márcio Martins Bonilha Filho - Juiz de Direito

2

Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo

TOMBAMENTO PROVISÓRIO. Registro de Imóveis. Admissibilidade.

Ementa Oficial: Registro de Imóveis – Tombamento provisório – Restrições próprias de bens imóveis integrantes do patrimônio cultural, decorrentes de outras formas de preservação e acautelamento, expressas em ato administrativo ou legislativo ou em decisão judicial – Restrições próprias de imóveis situados no entorno dos bens tombados ou reconhecidos como integrantes do patrimônio cultural – Averbações enunciativas ou de mera notícia – Admissibilidade – Medidas de preservação do patrimônio cultural que implicam restrições, em maior ou menor grau, ao uso, gozo e à alienabilidade dos bens atingidos, a justificar o reforço da publicidade, pela via registral, para conhecimento da população em geral e de futuros adquirentes - Alteração das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Processo CG-1.029/2006 (248/07-E) - Capital – relatores Álvaro Luiz Valery Mirra e Vicente de Abreu Amadei – j. 18.07.2007 - *DOE* de 26.07.2007

DEGE

Registro de Imóveis - Tombamento provisório - Restrições próprias de bens imóveis integrantes do patrimônio cultural, decorrentes de outras formas de preservação e acautelamento, expressas em ato administrativo ou legislativo ou em decisão judicial - Restrições próprias de imóveis situados no entorno dos bens tombados ou reconhecidos como integrantes do patrimônio cultural - Averbações enunciativas ou de mera notícia - Admissibilidade - Medidas de preservação do patrimônio cultural que implicam restrições, em maior ou menor grau, ao uso, gozo e à alienabilidade dos bens atingidos, a justificar o reforço da publicidade, pela via registral, para conhecimento da população em geral e de futuros adquirentes - Alteração das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça:

1. Trata-se de procedimento instaurado a requerimento do Ministério Público do Estado de São Paulo, por seu Centro de Apoio Operacional de Urbanismo e Meio Ambiente, visando à possibilidade de viabilizar-se, no Estado de São Paulo, a averbação no registro imobiliário do tombamento provisório de bens imóveis e do entorno protegido, abrangente de imóveis vizinhos à coisa tombada, bem como dos atos administrativos concernentes ao registro de monumentos arqueológicos ou pré-históricos e demais formas de acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro, incluindo decisões judiciais.

Abriu-se a possibilidade de manifestação nos autos ao Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo - Condephaat, ao Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo - Conpresp, à Associação dos Registradores Imobiliários do Estado de São Paulo – Arisp, e ao Instituto de Registro Imobiliário do Brasil - Irib.

Após manifestação da Arisp (f.), agendou-se reunião com os representantes dos órgãos e entidades acima discriminados, com a participação, ainda, de re-

presentantes do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - Iphan e da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, a fim de esclarecerem-se pontos relativos à preservação do patrimônio cultural nas três esferas de governo - federal, estadual e municipal.
É o relatório. Passamos a opinar.

2. A matéria trazida à apreciação desta Corregedoria Geral da Justiça pelo Ministério Público do Estado de São Paulo comporta análise particularizada e distinta no tocante aos diversos pontos suscitados no expediente, sem descuido do trato geral que o assunto exige, para o bom enquadramento e exame detalhado de cada tema.

2.1. Do tombamento em geral
O tombamento exprime a dimensão sócio-axiológica dos bens e lhes imprime caráter jurídico-ambulatorial especial: de um lado, exprime (declara) a carga espiritual de vida histórico-cultural que a comunidade vincula a determinados bens; de outro, em tutela desses valores, imprime (constitui) regime jurídico próprio, que adere aos bens tombados, acompanhando-os independentemente de sua titularidade.
Dessa expressão-espiritual e impressão-real, em si, já se pode antever a relevante significação que o tombamento encerra em sua vinculação ao registro predial, quando repousar em bens imóveis.
Destaque-se, ademais, a relevância da matéria no quadro maior da tutela do patrimônio cultural, lembrando, com o Des. Fonseca Tavares, que questão desta ordem é de "direito comunitário", ou seja, "diz respeito aos próprios interesses da comunidade, no núcleo habitacional, no sentido de resguardar tradições caras à própria cidade e a seus habitantes, algo que simboliza a forma de pensar, de agir, de sentir dos habitantes, com o teor de vida pelo qual optem os que se definam no sentido de fixar moradia na cidade" (TJSP, ApCiv 112.282-1, j. 28.06.1989, *RJTJESP-Lex* 122/50-52). Afinal, como enfatizou o saudoso Desembargador Alves Braga, em um dos traços dessa proteção do patrimônio cultural (o histórico), ao sublinhar o "dever do Poder Público preservar e não destruir a História viva das cidades", "Povo sem memória é povo sem história. Povo sem História é povo sem alma." (TJSP, ApCiv 151.028.1/9, j. 07.11.1991).
Nos termos do art. 216, *caput*, e incisos I a V, da Constituição Federal, constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
Além disso, dispõe, ainda, a Constituição que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.
Assim, como se pode perceber, o tombamento, ora em discussão, configura um dos diversos instrumentos por meio dos quais se procura obter a proteção do patrimônio cultural brasileiro, preferível à desapropriação e, em princípio, não suscetível de indenização ao proprietário (José Carlos de Moraes Salles, *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5.ª ed., 2006, p. 212 e 214-215), o que também explica a crescente difusão de seu emprego, que reclama, atualmente, maior e acurada atenção.

Em nível infraconstitucional, o tombamento de bens móveis e imóveis está disciplinado, na esfera federal, no Dec.-lei 25/1937, na esfera estadual, no Estado de São Paulo, no Dec. 13.426/1979, e, na esfera municipal, no Município de São Paulo, na Lei 10.032/1985, com as alterações introduzidas pela Lei 10.236/1986.

Em linhas gerais, o tombamento pode ser definido como o "ato do poder público que, reconhecendo o valor cultural (histórico, arqueológico, etnográfico, artístico ou paisagístico) de um bem, mediante sua inscrição no livro próprio, subordina-o a um regime jurídico especial que lhe impõe vínculos de destinação, de imodificabilidade e de relativa inalienabilidade" (José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 499).

Nessa noção de tombamento - como uma das diversas formas de proteção administrativa ao patrimônio cultural (gênero), por ato do poder público que tem o efeito de submeter o bem tombado, sem transferência da propriedade, a um regime jurídico especial (diferença específica) - é possível concentrar o sentido maior do termo (seu analogado principal), sem esquecer, obviamente, as noções daí derivadas (analogados secundários), do mesmo vocábulo, como:

a) procedimento administrativo que "não se realiza num único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição no Livro Tombo" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 114), como

b) fato administrativo, que se traduz na "operação material de registro do bem no livro tombo" (Diógenes Gasparini, "Tombamento II"; Cretella Junior, "Tombamento I". Enciclopédia Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 74, p. 17 e 2, respectivamente).

Aliás, a legislação federal em vigor, para o que aqui interessa mais de perto, distingue as figuras do tombamento provisório e definitivo, "conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação [do proprietário da coisa] ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo" (art. 10), *caput*, do Dec.-lei Federal 25/1937). De igual modo estabelecem o Decreto Estadual 13.426/1979 (art. 142) e a Lei Municipal 10.032/1985 (art. 14).

Consigne-se, ainda, que o atributo administrativo (adjetivando o ato, o procedimento ou o fato) comumente aplicado ao tombamento não significa que sua instituição seja apenas por ato do Poder Executivo, pois não se descarta sua instituição por lei (Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 14.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 930), desde que sua iniciativa seja do chefe do Poder Executivo (TJSP, Órgão Especial, ADIn 115.169.0/4, j. 03.08.2005, rel. Des. Walter de Almeida Guilherme) ou até por sentença judicial, como adiante será visto amiúde.

Não importa, para este estudo, saber se a natureza jurídica do tombamento é servidão pública ou administrativa (Celso Antonio Bandeira de Mello, Ruy Cerne Lima, Adilson Abreu Dallari, Heraldo Garcia Vitta), limitação administrativa (Themistocles Brandão Cavalcanti, Victor Nunes Leal, José Cretella Junior e Maria Sylvia Zanella Di Pietro), restrição individual (quanto atinge determinado bem) ou limitação geral (quando abrange uma coletividade) - (Hely Lopes Meirelles) etc. Todavia, parece nos importante repisar - especialmente no quadro da segurança jurídica dinâmica, *i.e.*, da proteção aos adquirentes de boa fé - que, para qualquer dessas linhas, é segura a afirmação de aderência do tombamento à coisa tombada, tal como se opera em ônus real ou obrigação *propter rem* e, por isso, "no caso de alienação do imóvel, esse ônus transmite-se ao adquirente" (STF, AC 7.377, de 17.06.1942, rel. Min. Castro Nunes, *RDA* 2/100 e seguintes), "acompanha o bem qualquer que seja o proprietário" (STF, RE 90.581-RJ, j. 07.08.1979, rel. Min. Dé-

cio Miranda, *RJT* 91/720); enfim, nas boas palavras de Afrânio de Carvalho, o "tombamento adere aos imóveis com a firmeza traduzida na incisiva comparação latina" (O tombamento de imóveis e o registro, *RT* 672/63): *ut lepra cuti*.

Entre os principais efeitos do tombamento, reconhecidos pela doutrina especializada, à luz das normas legais referidas, estão

a) a obrigação de levar o tombamento a registro;

b) a existência de restrições à alienabilidade da coisa tombada;

c) a existência de restrições à modificabilidade do bem;

d) a possibilidade de nela intervir o órgão competente que realizou o tombamento para fiscalização e vistoria do bem tombado; e

e) a sujeição da propriedade vizinha a restrições especiais (José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 502-505; Édis Milaré, *Direito do Ambiente*. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 407-409; Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*. 14.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 936-945).

2.2. Da publicidade registral imobiliária do tombamento

No que se refere ao denominado tombamento definitivo de bens imóveis, tem-se que a sua inscrição no registro imobiliário se encontra expressamente prevista no Dec.-lei 25/1937, o qual, em seu art. 13, dispõe:

"O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio".

Além disso, trata-se de matéria já disciplinada pela Corregedoria Geral da Justiça, desde a edição do Provimento 07/84, encontrando-se hoje regrada nas Normas de Serviço desta Corregedoria Geral da Justiça (Provimento 58/89) em seu item 76 do Capítulo XX do Tomo II, nos seguintes termos:

"76. Os atos de tombamento definitivo de bens imóveis, requeridos pelo órgão competente, federal, estadual ou municipal, do serviço de proteção ao patrimônio histórico e artístico, serão registrados, em seu inteiro teor, no Livro 3, além de averbada a circunstância à margem das respectivas transcrições ou matrículas, sempre com as devidas remissões (...)".

As questões, pois, que se apresentam abertas ao regramento administrativo no âmbito correcional dos serviços de registro predial, a serem consideradas neste estudo, são:

a) a que diz respeito à possibilidade de também o tombamento provisório ser objeto de averbação à margem da transcrição ou na matrícula do imóvel atingido pela medida;

b) a que tange aos averbamentos referentes às restrições próprias dos imóveis situados no entorno dos bens tombados; e

c) a que toca às averbações de restrições decorrentes de outros atos - administrativos, legislativos ou jurisdicionais -, de proteção de bens imóveis integrantes do patrimônio cultural.

Antes da avaliação de cada uma dessas questões, cumpre realçar, genericamente, nesse ponto da matéria própria da publicidade imobiliária, quatro diretrizes-chaves que norteiam nossa interpretação:

a) a tendência atual de leitura das matrículas à luz do princípio de concentração no fólio real das informações jurídico-reais que atingem os imóveis;

b) a visão de integração dos diversos ramos do saber e do direito, especialmente, no que importa, a de integração do Registro de Imóveis à tutela ambiental;

c) a necessidade de agregar segurança jurídica formal, especialmente aos adquirentes de boa fé, diante da multiplicação das restrições administrativas ou limitações públicas à propriedade privada;

d) a compreensão aberta dos atos de averbação de mera publicidade às diversas hipóteses de alteração das situações jurídicas publicadas pelo registro predial, quer referentes aos imóveis, quer referentes aos titulares dos direitos reais.

É certo que a concentração de informações urbanístico-ambientais nas matrículas imobiliárias não é novidade e até pode ser situada como elemento conseqüente natural do sistema alemão de organização interna dos registros, que se diz marcado pelo "princípio da folha ou da centralização local" (Soriano Neto, *Publicidade material do registro immobiliario*. Recife: 1940, § 27, p. 62). Aliás, transcrevendo as lições de Philipp Heck Grundriss des Sachenrechts, § 36, p. 143), Soriano Neto registra que a folha real não serve só ao "fim cartographico", mas também atua como "princípio de centralização local":

"Assim como, na realidade, todos os direitos que tocam a um immovel, se referem ao mesmo local da superfície terrestre, devem, também, as inscripções no registro immobiliario, que se referem ao mesmo immovel, estar juntas no mesmo logar" (*ob. cit.*, p. 62).

Todavia, na medida em que, atualmente, crescem de modo considerável as restrições administrativas ou limitações públicas à propriedade imobiliária privada, automaticamente desponta-se a necessidade de integrá-las ao registro imobiliário, no esforço de agregar maior segurança jurídica (especialmente aos adquirentes dos prédios), à luz do apontado princípio de centralização local ou de concentração no fólio real, hoje lembrado com maior ênfase.

Recentemente, aliás, nessa linha de pensamento, Vossa Excelência teve a oportunidade de decidir pela viabilidade, no Estado de São Paulo, da averbação no registro predial de restrições referentes às denominadas "áreas contaminadas" por produtos tóxicos ou perigosos, em conformidade com cadastro elaborado pela Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental - Cetesb, firmando, nessa decisão, o entendimento de que o rol do art. 246 da Lei 6.015/1973 não é taxativo e comporta, por isso, ampliação para averbações enunciativas destinadas à publicidade de alteração de registro (cf. Proc. CG. 167/2005).

As razões expostas nesse parecer aprovado por Vossa Excelência que, no ponto, também valem para cá, pedimos vênia para transcrever:

"Considerando que o cadastramento oficial da Cetesb implica, em si e em certa medida, alteração da situação jurídica do imóvel, por constatação de novidade fática antes ignorada ("área contaminada"), que resulta em restrições ao uso e gozo da coisa dela decorrentes, a contaminação de áreas por substâncias tóxicas e perigosas deve ter sua inserção no registro imobiliário efetivada, para fins de publicidade, pela via da averbação de mera notícia, ou seja, como ato averbatório de publicidade enunciativa.

Publicidade, lembre-se, é "l'apertura allá diffusa conoscenza" (Adriano de Cupis, *Osservatorio sul Diritto Civile*, Milão: Dott. A. Giufré, 1992, p. 253), "atividade orientada a difundir e fazer notório um acontecimento" (Angel Cristóbal Montes, *ob. cit.*, p. 15), "disponibilização da informação" (Narciso Orlandi Neto, Distorções da finalidade do registro: compromisso de compra e venda não registrado ganha eficácia sobre o credor hipotecário, *Jornal Anoreg-SP*, Ano III, n. 4, abril/2000).

Publicidade enunciativa é aquela decorrente de inscrição que nada acresce à situação substantiva, "esgotando-se a sua função na genérica mera notícia do facto a que se reporte" (José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Reais*, 5.ª ed., Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, p. 358).

Averbação, como ensina Serpa Lopes, "serve, em princípio, para tornar conhecida uma alteração da situação jurídica ou de fato, seja em relação à coisa, seja

em relação ao titular do direito real. Representa, além disso, uma medida complementar, tendente a, pelo meio aludido, tornar o Registro de Imóveis um índice seguro do estado do imóvel, do seu desmembramento, da mudança de numeração, bem como da mudança de nome do titular do domínio, das alterações que possam influir na sua capacidade etc." (*Tratado dos Registros Públicos*. 4.ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1962, IV volume, p. 196).

Não é outro o entendimento de Vicente de Abreu Amadei, ao discorrer sobre a atuação do registro de imóveis como instrumento de controle urbanístico e ambiental:

"Oportuno, no momento, salientar, analiticamente, como age (ou pode agir) o registro de imóveis nesse controle urbanístico, considerando suas funcionalidades de qualificação, inscrição e publicidade.

Partindo, então, da publicidade, cumpre lembrar que, nesse enfoque funcional, o registro imobiliário também atua como elemento de informação jurídica da situação do imóvel e, conseqüentemente, quanto maior for a concentração de informações relativas ao imóvel no fólio real, maior será a proteção dos terceiros interessados na aquisição do prédio.

Assim, a centralização de informações específicas na matrícula do imóvel atua no sentido de aumentar a segurança do tráfico imobiliário, o que justifica 'a máxima amplitude do registro imobiliário'. Por isso, partindo dessa necessidade de centralizar as informações de dados específicos relativos a atos ou situações jurídicas que atingem o imóvel, conjugada com a conveniência de ampliação das informações do registro imobiliário, a funcionalidade publicitária do registro predial é refletida na funcionalidade registrária da inscrição, ampliando as hipóteses de ingresso desses dados específicos na matrícula, especialmente por via de averbação. (*Ob. cit.*, p. 48).

Ressalte-se que, embora a contaminação de áreas não esteja prevista no rol do art. 167, II, da Lei 6.015/1973, como ocorrência que autoriza averbação na matrícula do imóvel, esta resta ainda assim possível à luz do disposto no art. 246, *caput*, do mesmo diploma legal.

Efetivamente, nos termos da referida norma: 'Além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, serão averbadas na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro'. 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).

Esse, a propósito, é o entendimento de Serpa Lopes, após ressaltar a taxatividade das hipóteses em que a lei impõe a averbação, sem obstar igual inscrição em relação a outras ocorrências, para fins de mera publicidade:

'Analisada, assim, a natureza jurídica da averbação, no que diz respeito ao Registro de Imóveis, passaremos, em seguida, ao estudo de cada um dos casos em que a lei taxativamente a impõe. Convém salientar, entretanto, que esta enumeração não se deve tomar como uma formalidade restrita aos mesmos, mas, mui ao contrário, de vez que se trata de um ato acessório, tendente a publicar as mutações de índole secundária, em relação ao imóvel ou à pessoa do titular de direito sobre o mesmo, lícito é interpretá-lo de um modo mais amplo, admitindo-se a averbação mesmo para outros atos ou fatos análogos, ou ainda que simplesmente interessem a uma publicidade mais completa, acêrca da situação do imóvel em todos os seus sentidos'. (*Ob. cit.*, p. 199). Não é outra, ainda, a dou-

trina de Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva, quando discorrem sobre o princípio da concentração:

'O art. 167, da Lei 6.015/73, pode ser considerado exaustivo por alguns. Todavia, o apego a essa conclusão não enriquece o sistema, também porque o art. 246, da mesma Lei, permite ilações no sentido de se dar elasticidade ao comando legal' (*ob. cit.*, p. 181).

Anote-se que esta Egrégia Corregedoria Geral da Justiça já se pronunciou no sentido da não taxatividade do rol do art. 167, II, da Lei 6.015/1973, ao responder a consulta do extinto Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal - IBDF sobre a possibilidade, no Estado de São Paulo, de averbação, à margem das transcrições imobiliárias, de 'termo de responsabilidade pela preservação de florestas', em cumprimento ao disposto no art. 16 do Código Florestal. Da decisão proferida no caso, da lavra do eminente Des. Adriano Marrey, então Corregedor Geral da Justiça deste Estado, extrai-se a seguinte passagem:

'O termo de responsabilidade em questão visa apenas estabelecer, de modo preciso, os limites da área preservada. A averbação desse termo não encontra nenhum óbice na Lei de Registros Públicos. É exato que, entre as treze hipóteses do inc. II do art. 167 da referida lei, não se inclui o termo. Mas o elenco de hipóteses não é taxativo, e a averbação sempre cabe desde que guarde pertinência com o registro e represente alteração dos elementos que o compõem.

É óbvio que o termo de responsabilidade pela preservação de florestas se traduz na delimitação de uma área específica da propriedade que não poderá ser explorada, e tal circunstância modifica o registro de propriedade. A averbação se destina a tornar pública a obrigação assumida de preservação permanente da área florestada." (Processo CG 53873 - decisão proferida em 30.01.1980).'"

2.3. Da averbação do tombamento provisório

Agora, então, a primeira questão aberta: a da possibilidade de também o tombamento provisório ser objeto de averbação à margem da transcrição ou na matrícula do imóvel atingido pela medida.

Na hipótese ora em exame, não há dúvida de que o tombamento provisório de bens imóveis, tanto quanto o definitivo, implica restrições ao uso, gozo e, até, à alienabilidade da coisa, o que evidencia a necessidade de ser dada publicidade da condição de tais imóveis, como bens provisoriamente tombados, para conhecimento da população em geral e de futuros adquirentes.

A dúvida que surge na matéria, e foi muito bem apontada pela Arisp em sua manifestação nos autos, diz respeito à inteligência da norma do art. 10, par. ún., do Dec.-lei 25/1937, em virtude da qual, à primeira vista, a possibilidade de inscrição no registro imobiliário ficaria restrita ao tombamento definitivo.

De fato, referido dispositivo legal, após discriminar, no seu caput, as duas modalidades de tombamento - provisório e definitivo - estabeleceu que "Para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta Lei, o tombamento provisório se equiparará ao definitivo". E a disposição do art. 13 do Dec.-lei 25/1937 é, precisamente, a que prevê o registro do tombamento definitivo de bem imóvel na serventia predial e sua averbação à margem da transcrição ou matrícula do bem.

A partir daí, ter-se-ia a impressão de que qualquer anotação no registro predial, concernente a bem imóvel tombado provisoriamente, estaria excluída, impondo-se o aguardo da conclusão do processo administrativo de tombamento para que notícia a respeito fosse dada pela via do sistema registral.

Contudo, tal entendimento não deve prevalecer. Isso porque o registro previsto no art. 13 do Dec.-lei 25/1937, no entendimento da doutrina autorizada,

está relacionado ao efeito do tombamento concernente às restrições à alienação dos bens de propriedade privada, em especial o direito de preferência garantido às pessoas jurídicas de direito público na aquisição correspondente (art. 22). Tais restrições, a bem dizer, somente incidem após a decisão definitiva da Administração de tombar o bem, motivo por que o registro do tombamento no fólio real se presta a garantir a eficácia do direito de preferência referido em relação a terceiros adquirentes.

Como esclarece José Afonso da Silva, invocando parecer de Luiz Rafael Mayer, quando Consultor Geral da República:

"(...) 'Com efeito, as inscrições registrarias, não tendo, de nenhum modo, o intento de constituição de direitos reais de natureza privada, visam apenas à publicidade que assegure a observância das restrições legais sobre a alienabilidade dos bens tombados e o exercício das preferências do Poder Público'.

Aderimos a essa doutrina, porque, realmente, nos parece, de acordo com Gastone Pasini e Sandulli, que, tendo o registro, no caso, função de publicidade reforçada, serve para dar eficácia aos vínculos do tombamento apenas em relação aos sucessores do proprietário dos bens tombados, mas só no sentido limitado de que da sua falta deriva para os referidos sucessores a inaplicabilidade das sanções previstas para a violação do vínculo." (*Ob. cit.*, p. 503).

E prossegue, ainda, o mesmo doutrinador, ao tratar do direito de preferência reconhecido pelo Dec.-lei 25/1937 em favor das pessoas jurídicas de direito público interno, na hipótese de alienação a título oneroso de bens de propriedade privada:

"(...) Quando ao direito de preferência, referido supra, consiste na obrigação legal de o proprietário oferecer a coisa tombada, previamente, pelo mesmo preço, aos titulares do direito de preferência, que o use dentro do prazo de trinta dias, sob pena de perdê-lo. Reputa-se nula a alienação realizada com violação dessa exigência, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a seqüestrar a coisa e a impor a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela responsáveis solidariamente (Dec.-lei 25/37, art. 22).

Todavia, como dissemos, o adquirente somente sofrerá a sanção se o tombamento estiver regularmente registrado (...)." (José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 503-504, sem grifos no original). No mesmo sentido, a lição de Sônia Rabello de Castro, para quem "não se aceita a exigência do registro [do art. 13 do Dec.-lei 25/37] senão para a eficácia dos efeitos jurídicos do tombamento relacionados às restrições previstas à alienação, especialmente relativa ao exercício do direito de preferência na aquisição de bens imóveis" (*O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 107).

Portanto, resta claro que a ressalva do registro imobiliário do tombamento para a modalidade de tombamento definitivo está relacionada tão só à eficácia do direito de preferência da União, dos Estados e dos Municípios na aquisição de bens imóveis atingidos pela medida, de sorte que não registrado e averbado o tombamento definitivo de determinado imóvel, não se poderá ter como inválida a alienação do bem a terceiros, na forma do § 2.º do art. 22 do Dec.-lei 25/1937.

Nada disso impede, porém, a averbação no fólio predial do tombamento provisório de imóveis, para fins de mera publicidade, a fim de que se leve ao conhecimento de futuros adquirentes do imóvel e do público em geral o reconhecimento dos bens como integrantes do patrimônio cultural e sujeitos às demais restrições - quanto à imodificabilidade, ao dever de conservação e à sujeição à permanente fiscalização por parte do órgão público competente - exceção feita, pelo acima analisado, à alienabilidade, submetida ao

direito de preferência dos entes públicos já mencionados, que apenas tem lugar com o tombamento definitivo.
Observe-se que os efeitos jurídicos do tombamento, que começam a se produzir já com o tombamento provisório, decorrem, por evidente, do próprio ato administrativo correspondente e sua notificação ao proprietário, não dependendo, para tanto, da respectiva inscrição no registro de imóveis. Daí por que conveniente se mostra a averbação do tombamento provisório, a fim de que se obtenha reforço da publicidade do ato para a ciência da população em geral e dos futuros adquirentes dos bens.
É verdade que a inscrição de tombamento provisório é igualmente provisória, bem como que, em regra, dentre os atributos das inscrições do Livro 2 do Registro de Imóveis, a doutrina destaca a definitividade; no entanto, não se cuida de uma inscrição provisória resultante de uma situação, por si, transitória e terminal, mas sim de inscrição provisória que se reporta a uma fase do procedimento de tombamento identificada como "tombamento provisório", de efeitos jurídicos extremamente relevantes (aliás, repita-se, equiparados, por força de lei, aos efeitos do "tombamento definitivo", com a ressalva já apontada), que se projetam para além daquele procedimento administrativo e que aderem ao imóvel, desde então subordinado ao regime jurídico-restritivo especial. Inscrição provisória dessa índole, aliás, não é estranha ao nosso sistema, bastando lembrar a de incorporação (também provisória, por reflexo na natureza efêmera da incorporação), que se opera enquanto fase eventual antecedente à constituição do condomínio edilício.
Se não há, então, como se passa com o tombamento definitivo, dever de inscrição no registro predial, isso não significa que a averbação de mera notícia do tombamento provisório no fólio real seja obstada nem que não seja possível e conveniente à segurança jurídica formal do tráfico imobiliário.
Registre-se, por fim, que nenhuma ressalva ou restrição a tal providência se encontra no Decreto Estadual 13.426/1979 e na Lei Municipal 10.032/1985, que sequer contemplam disposições semelhantes às dos arts. 10, par. ún., e 13 do Dec.-lei 25/1937.

2.4. Da averbação das restrições próprias de imóveis situados no entorno dos bens tombados.
De acordo com o disposto no art. 18 do Dec.-lei 25/1937: "Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de 50% (cinqüenta por cento) do valor do mesmo objeto".
Com isso, impôs a lei restrições ao uso e gozo da coisa vizinha ao imóvel tombado, como decorrência da própria existência deste. Trata-se de restrições relacionadas à visibilidade da coisa tombada, que assumiu, modernamente, conceito bastante amplo, para incluir a noção de ambiência, relacionada não só à visibilidade física, mas também à harmonia e integração dos imóveis vizinhos com o bem protegido.
Como esclarece, ainda aqui, José Afonso da Silva, acompanhando, no ponto, o entendimento de Hely Lopes Meirelles:
"As coisas vizinhas do bem tombado sofrem limitações de uso e gozo pois que, nelas, não poderá ser feita construção que impeça ou reduza a visibilidade daquele, nem se permite colocar nelas anúncios ou cartazes, sob pena de destruição e multa. 'O conceito de redução de visibilidade, para fins da lei de Tombamento, é amplo, alcançando não só a tirada da vista da coisa tombada, como a modificação do ambiente ou da pai-

sagem adjacente, a diferença de estilos arquitetônicos, e tudo o mais que contraste ou afronte a harmonia do conjunto, tirando o valor histórico ou a beleza original da obra protegida'." (*Ob. cit.*, p. 504). Assim, igualmente, se pronuncia Sônia Rabello de Castro: "A restrição que se impõe à vizinhança é decorrente da própria existência de um bem tombado, logicamente bem imóvel, no intuito de que ele seja visível e, conseqüentemente, admirado por todos.

É interessante ressaltar que a visibilidade do bem tombado exigida pela lei tomou, hodiernamente, interpretação menos literal. Não se deve considerar que prédio que impeça a visibilidade seja tão-somente aquele que, fisicamente, obste, pela sua altura ou volume, a visão do bem: não é somente esta a hipótese legal. Pode acontecer que prédio, pelo tipo de sua construção ou pelo seu revestimento ou pintura, torne-se incompatível com a visão do bem tombado no seu sentido mais amplo, isto é, a harmonia da visão do bem, inserida no conjunto que o rodeia. Entende-se, hoje, que a finalidade do art. 18 do Dec.-lei 25/37 é a proteção da ambiência do bem tombado, que valorizará sua visão e sua compreensão no espaço urbano." (*Ob. cit.*, p. 118).

O Decreto Estadual 13.426/1979 estabelece, por seu turno, no art. 137, *caput*, com a redação dada pelo Dec. 48.137/2003, que "A Resolução de Tombamento preverá, no entorno do bem imóvel tombado, edificação ou sítio, uma área sujeita a restrições de ocupação e de uso, quando estes se revelarem aptos a prejudicar a qualidade ambiental do bem sob preservação, definindo, caso a caso, as dimensões dessa área envoltória", acrescentando, em seguida, no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, que "Nenhuma obra poderá ser executada dentro da área envoltória definida nos termos deste artigo sem que o respectivo projeto seja previamente aprovado pelo Condephaat".

Em sentido análogo, ainda, a Lei Municipal 10.032/1985, segundo a qual "O tombamento de qualquer bem cultural ou natural requer a caracterização da delimitação de um espaço envoltório, dimensionado caso a caso por estudos do corpo técnico de apoio" (art. 10), levando-se em conta a ambiência, visibilidade e harmonia (art. 10, par. ún.).

Inegável, como se pode perceber, a existência de importantes limitações ao uso e gozo de imóveis situados na vizinhança dos bens tombados, no mínimo quando localizados dentro da denominada "área de entorno", delimitada no próprio ato de tombamento. Tal circunstância, por evidente, justifica, igualmente, a averbação dessa situação, nas matrículas ou transcrições dos imóveis vizinhos, atingidos pelos efeitos do tombamento de determinado bem, como forma de dar publicidade à coletividade em geral e a futuros adquirentes das restrições legalmente previstas.

A mesma idéia inspiradora da averbação do tombamento provisório, acima explicitada, tem aplicação ao caso da inscrição deste e do definitivo à margem das transcrições ou nas matrículas dos imóveis vizinhos, já que, em relação a estes, também se verificam restrições ao exercício do direito de propriedade - embora não tão amplas quanto as decorrentes do tombamento em si mesmo - resultantes de inovação fática e jurídica conseqüente, por seu turno, do ato de tombamento do bem vizinho.

Paulo Affonso Leme Machado, aliás, aponta como "falha" da lei "a ausência de obrigatoriedade de ser transcrita a limitação no Cartório de Registro de Imóveis" (*Ob. cit.*, p. 953). Todavia, repita-se, o fato de não haver obrigatoriedade não significa que não possa haver facultatividade àquela importante inscrição, por ato de averbamento enunciativo de significativa agregação de segurança jurídica pela publicidade da nova situação jurídica do imóvel.

Saliente-se, em acréscimo, que a publicidade registral que se pretende, na espécie, justifica-se ainda mais no tocante aos imóveis situados na área envoltória do bem tombado, se se considerar que nenhuma das leis que regem a matéria impõe a notificação dos proprietários ou ocupantes desses imóveis vizinhos, produzindo o tombamento efeitos, em relação a eles, conforme respeitável doutrina (José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 505; Sônia Rabello de Castro, *ob. cit*, p. 60-61), a partir da publicidade inerente à inscrição no Livro do Tombo (tombamento definitivo) ou da abertura do processo (tombamento provisório), nada obstante entendimento diverso (Toshio Mukai. *Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 3.ª ed., 2006, p. 196, com menção, ainda, à lição de Carlos Medeiros Silva [*RDA* 108:429] e de Themistocles Brandão Cavalcanti [*RDA* 119:428]).

Acompanhe-se a análise de José Afonso da Silva:

"A lei não impõe a notificação dos titulares das coisas vizinhas do bem tombado, para que o tombamento seja eficaz em relação a eles. Tampouco submete essa eficácia à transcrição e averbação do tombamento no registro imobiliário, e nem havia razão para fazê-lo, porque o tombamento já é uma inscrição pública, portanto, já é um registro público, como é sua lavratura no Livro do Tombo da repartição competente (...)" (*Ob. cit.*, p. 505). Ainda mais enfática na matéria é Sônia Rabello de Castro, ao examinar a finalidade da notificação no processo administrativo de tombamento:

"Interessante acentuar que o tombamento como ato administrativo não tem efeitos somente em relação ao proprietário do bem tombado. Podemos nos referir, por exemplo, aos efeitos da restrição na ambiência vizinha ao bem tombado, conforme previsto no art. 18 do Dec.-lei 25/37. Entretanto, o decreto-lei não se referiu a qualquer notificação aos proprietários dos imóveis vizinhos e, conseqüentemente, não lhes facultou recurso contra a decisão de tombamento cujos efeitos, indiretamente, também lhes atingem. Tanto quanto o proprietário do bem, ainda que de forma indireta, os vizinhos podem ter interesses individuais no não tombamento do imóvel, já que são atingidos com restrições que podem ser quase tão severas quanto às incidentes sobre o bem tombado. Qual a diferença então que poderia ser estabelecida entre um e outro caso?

Entendemos que o legislador quis que o ato de interesse público se impusesse como qualquer ato coercitivo e imperativo da administração pública. Juridicamente, o tombamento de determinado bem, ainda que produza efeitos especialmente com relação ao proprietário do bem, esses se irradiam *erga omnes*, criando obrigação de fazer e não fazer para os vizinhos, para todo o cidadão e também para o Estado. Ao contrário do que afirmamos em outro estudo, não consideramos, hoje, a notificação como forma de publicidade do ato administrativo. A notificação é a oportunidade dada pela lei ao proprietário do bem para que este apresente recurso administrativo ao tombamento. A publicidade do tombamento, como veremos adiante, como em qualquer ato administrativo, será feita através do órgão oficial de divulgação.

Mesmo quanto o tombamento produzindo efeitos contra terceiros que não o proprietário, a lei não previu, para eles, legitimidade, prazo e forma de recurso (...)" (*Ob. cit.*, p. 60-61).

Daí, também, a conveniência de abrir-se a possibilidade de averbação da alteração da situação jurídica dos imóveis vizinhos ao bem tombado, com inserção dessa informação no registro imobiliário para fins de publicidade, pela via da averbação de mera notícia, vale dizer, de ato averbatório de publicidade enunciativa.

2.5. Da averbação de restrições próprias de bens imóveis integrantes do patrimô-

nio cultural, decorrentes de formas de preservação e acautelamento diversas do tombamento, expressas em atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais.

Como referido anteriormente, o tombamento não é o único instrumento de proteção do patrimônio cultural brasileiro. Esta, nos termos do art. 216, § 1.º, da Constituição Federal, pode-se dar, igualmente, por meio de inventários, registros, vigilância, desapropriação e "outras formas de acautelamento e preservação". Além disso, admite-se, ainda, hoje em dia, que o "acautelamento" e a "preservação" do patrimônio cultural, por quaisquer dos seus instrumentos, incluindo o tombamento, se dêem não apenas por ato ou procedimento administrativo como também por ato legislativo ou judicial (Cf. Paulo Affonso Leme Machado, *ob. cit.*, p. 930; Édis Milaré, *ob. cit.*, p. 411 a 413; José Eduardo Ramos Rodrigues, "Tombamento: instrumento de defesa do patrimônio cultural - Papel da ação civil pública". In: Édis Milaré (Coord.). *Ação civil pública - Lei 7.347/85 - reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 292-320; Ana Maria Moreira Marchesan, *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 239 e seguintes).

A propósito, cabe lembrar que a própria Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 216, § 5.º, que:

"Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos".

A Lei Federal 3.924/1961, por sua vez, estabeleceu regime peculiar de proteção aos monumentos arqueológicos e pré-históricos, ao considerar as jazidas arqueológicas e pré-históricas propriedade distinta da do solo, sujeitas, só por isso, a regime jurídico especial, como bens patrimoniais da União (art. 7.º), independentemente de tombamento, e ao dispor que a posse e a salvaguarda dos bens de natureza arqueológica ou pré-histórica constituem, em princípio, direito imanente ao Estado (art. 17).

Assim, conforme se tem entendido, nada obsta a que a preservação de bens culturais se aperfeiçoe por ato do Poder Legislativo, o qual, por meio de lei específica, determina, para o que aqui interessa, a proteção de determinado bem ou conjunto de bens imóveis, com a discriminação do regime incidente ou remissão ao regime já disciplinado no ordenamento jurídico (como o do tombamento).

Como esclarece Paulo Affonso Leme Machado:

"Não há qualquer vedação constitucional a que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal. Como acentua Pontes de Miranda, 'basta para que o ato estatal protetivo - legislativo ou executivo, de acordo com a lei - seja permitido'. O tombamento concreto de um bem oriundo diretamente da lei pode ficar subordinado somente ao conteúdo dessa lei ou às normas já estabelecidas genericamente para a proteção dos bens culturais." (*Ob. cit.*, p. 930).

No mesmo sentido, a doutrina de Édis Milaré:

"O Poder Legislativo pode, através de lei específica, ou em lei de uso do solo, determinar a preservação de um bem, desde que resultem claras as limitações do regime jurídico da coisa que se pretende proteger.

No caso de Municípios que não disponham de órgão de preservação local, esta poderá ser a única solução viável (...)." (*Ob. cit.*, p. 411).

E, ainda, José Eduardo Ramos Rodrigues:

"Nada obsta que o Poder Legislativo, através de lei específica, determine a preservação de bem por seu valor cultural. É importante que sejam enumeradas no caso concreto as limitações do regime jurídico a que ficará sujeita a coisa cujo valor se declara. Ou então, que se

faça no texto referência expressa à subordinação, à legislação específica e que se deixe o bem sob a guarda do órgão de preservação competente." (*Ob. cit.*, p. 308). Do mesmo modo, a preservação de determinado bem ou conjunto de bens, integrante do patrimônio cultural - artificial ou natural -, pode se aperfeiçoar por intermédio do Poder Judiciário, sede em que se tem admitido o reconhecimento do valor cultural de imóveis e sítios urbanos ou rurais, independentemente de prévia intervenção legislativa ou administrativa.

Uma vez mais é de interesse registrar a doutrina de Édis Milaré:

"(...) o reconhecimento de que determinado bem tem valor cultural não é privativo do Poder Legislativo ou do Executivo, podendo também ser emanado do Poder Judiciário. Essa é a linha preconizada pela Lei 7.347/85 que tornou possível a inclusão de bens no patrimônio cultural brasileiro por meio de decisão judicial, independentemente do critério administrativo.

Aliás, 'pode ocorrer que a falta de proteção de tais bens decorra exatamente da omissão do Poder Público, ou seja, do ato de tombamento, de forma que, se esse fato ocorre, é através da ação civil pública que os legitimados buscarão a necessária tutela jurisdicional'.

A propósito, não custa lembrar que 'o tombamento não constitui, mas apenas declara a importância cultural de determinado bem, motivo pelo qual, mesmo as coisas não tombadas podem ser tuteladas em ação civil pública'.

Realmente, a identificação do valor cultural de um bem não emerge de mera criação da autoridade, posto que ele já tinha existência histórica no quadro da sociedade. O fato de um bem determinado pertencer ao patrimônio cultural ou, como diz a lei, ser bem ou direito 'de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico', pode ser provado no curso de ação civil pública e referendado por provimento jurisdicional" (*Ob. cit.*, p. 411-412).

É, igualmente, o entendimento de José Eduardo Ramos Rodrigues:

"Outra questão relevante diz respeito à possibilidade de o tombamento ou preservação de bem cultural poder ser efetuada pelo Poder Judiciário, através de decisão transitada em julgado".

A Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, tornou viável a concretização dessa hipótese. O seu art. 1.º, III, informa que é possível a propositura de ação de responsabilidade por danos causados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, denominações estas que a Constituição Federal de 88 sintetizou na categoria única de patrimônio cultural. Ora, nem a Constituição Federal nem a lei determinam que esses bens tenham sido previamente reconhecidos como culturais pelo Poder Executivo para serem dignos de proteção do Poder Público. O valor cultural existe como característica intrínseca do bem, desde que reconhecido como portador de referência à identidade, à ação, à memória de algum grupo formador da sociedade brasileira (art. 216). Já a partir daí cabe ao Poder Público, em conjunto com a comunidade, protegê-lo (art. 216, § 1.º), mesmo que não tenha sido ainda tombado ou protegido formalmente por algum outro instrumento jurídico. Portanto, é dever do Poder Público, seja União, Estado ou Município, seja através do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, proteger os bens integrantes do patrimônio cultural por meio de quaisquer formas de acautelamento ou preservação (art. 216, § 1.º), desde que tenham algum fundamento legal (...)" (*Ob. cit.*, p. 305).

Registre-se que esse tem sido, efetivamente, o entendimento do Egrégio TJSP sobre a matéria: ApCiv 95.285-1 – 8.ª Câm. Civ., j. 28.03.1988 - rel. Des. Jorge Almeida; idem, *RT* 658/91; ApCiv 112.282-1 – 8.ª Câm. Cív., j. 28.06.1989, rel. Des.

Fonseca Tavares - *RJTJESP* 122/50; ApCív 151.028-1, rel. Des. Alves Braga - j. 07.11.1991 - *RJTJESP-LEX* 136/44.

E, por evidente, o tombamento ou qualquer outra modalidade de preservação ou acautelamento, por ato legislativo ou judicial, acarreta, inevitavelmente, as mesmas restrições daquelas providências decorrentes de ato administrativo, no tocante ao uso e gozo da coisa atingida pela medida, e de outras que o ato específico discriminar, a justificar a sua averbação enunciativa no registro imobiliário, para ciência geral e de eventuais adquirentes do bem.

A título exemplificativo, para ressaltar a relevância que as averbações desse tipo têm alçado na esfera jurisdicional, destaque-se do voto do Des. Alfredo Migliore, no julgamento da ApCív 200.476-1 (TJSP, 3.ª Câm. Cív., j. 01.02.1994, *JTJ-Lex* 155/100-104), eloqüente afirmação: "Por se cuidar de limitações administrativas do direito de propriedade a inserção registrária dessas restrições no Registro Imobiliário é absolutamente obrigatória, para efetivo cumprimento, não só pelos loteadores, como também, pelos Poderes Públicos e terceiros".

Anote-se, por fim, que, no concernente aos atos judiciais, devem ser tidas como passíveis de averbação não apenas as sentenças finais transitadas em julgado, como também as decisões cautelares ou antecipatórias, proferidas em caráter provisório, e mesmo as sentenças ainda sujeitas a recurso, desde que haja determinação judicial do juiz do processo, em respeito ao comando jurisdicional.

2.6. O título passível de averbação na matrícula ou transcrição dos imóveis tombados e da vizinhança. Quanto ao aspecto formal do documento a ser apresentado às serventias de registro de imóveis para a averbação do tombamento e de quaisquer outras providências relacionadas à preservação ou ao acautelamento de bens integrantes do patrimônio cultural, tem-se que deve ser mantida a orientação já estabelecida por esta Corregedoria Geral da Justiça para o tombamento definitivo realizado pelo órgão administrativo de proteção do patrimônio cultural, nos autos do Processo CG 68.426/83, em que se definiu a apresentação de certidão do ato de tombamento.

Sempre, obviamente, respeitados os princípios e normas de regência registral imobiliária, não só quanto à precisa indicação que o documento (título) deve conter em relação ao órgão que efetivou o tombamento, à lei que lhe dá suporte e às restrições a que o bem está sujeito, como também quanto à determinação e especificação do imóvel tombado, lembrando-se, com Afrânio de Carvalho, que "todos os imóveis, tombados ou não, devem ingressar na matrícula com as características e confrontações exigidas pela lei registrária" (*Ob.cit.*, *RT* 672/64). Assim, no caso, o título que ingressará no fólio real, seja no tocante ao bem tombado ou preservado, seja no concernente aos bens situados na vizinhança e incluídos na área envoltória de proteção, será a certidão expedida nos autos do processo administrativo, para o tombamento provisório ou para quaisquer outras providências de ordem administrativa.

O mesmo se diga no tocante ao tombamento ou qualquer outra medida de acautelamento estabelecida por ato do Poder Legislativo que, na espécie, se relacionará, necessariamente, a providências definitivas, ficando a repercussão destas sobre os imóveis localizados na vizinhança na dependência do que dispuser a lei correspondente. Aqui, também, o título será a certidão emitida pela Casa Legislativa que houver reconhecido o valor cultural do bem ou do conjunto de bens e determinado sua preservação.

Já no tocante ao tombamento - provisório ou definitivo - e quaisquer outras determinações de preservação de bens culturais oriundas de decisões judiciais, o título a ser apresentado será o mandado

judicial expedido nos autos do processo jurisdicional correspondente, tanto para os bens tombados ou declarados preservados quanto para os imóveis vizinhos, em função, evidentemente, do que dispuser o comando judicial no caso concreto a respeito.

2.7. Conclusão

Não se ignora, na prática, o grave descompasso que há entre os tombamentos, inclusos os definitivos, e os Registros de Imóveis, por dificuldades, erros e até inércia na promoção das inscrições (que dependem de rogação), o que Afrânio de Carvalho, em 1991, já apontava de modo exemplificativo para a realidade de Petrópolis que, ao que parece, ainda vigora em razoável parte do nosso território: "... importa advertir que o órgão incumbido de comunicar ao Registro de Imóveis o tombamento, ou o destombamento, se mantém inerte relativamente a esse dever. Segundo informou verbalmente o titular do Cartório do 2.º Ofício de Imóveis de Petrópolis, os imóveis ali existentes são apenas matriculados no livro próprio, pois nunca o cartório recebeu uma comunicação oficial de que se acham tombados. No entanto, sabe-se que isso acontece com vários deles, como, p. ex., o Museu Imperial, o parque circulante e o Palácio do Grão Pará." (*Ob. cit.*, *RT* 672/64).

Aliás, reunião precedente ao presente estudo, realizada nesta Corregedoria Geral da Justiça em 02.05.2007, com os vários órgãos envolvidos com a matéria, pareceu-nos de significativo relevo até para abertura de vias de integração destinadas à veiculação de informações e, daí, à inscrição predial dos tombamentos definitivos, ainda pendentes.

Assim, é certo que ainda há longo caminho a percorrer para que a publicidade imobiliária dos Registros de Imóveis espelhe a realidade das situações jurídicas dos prédios, em relação às limitações decorrentes dos tombamentos e de outras formas de proteção de bens imóveis integrantes do patrimônio cultural que os atingem. Todavia, cabe à Corregedoria Geral da Justiça, em nosso ver, a disciplina normativa da matéria, como já se promoveu no passado, agora, sob enfoque ampliado, em consideração às possibilidades de averbação de mera notícia apontadas, no escopo de, quando efetivadas, agregar eficiência à segurança jurídica formal que os registros públicos imobiliários têm a missão de promover por via da publicidade das situações jurídicas que afetam os imóveis e os titulares de direito real correspondentes.

Propõe-se, deste modo, alteração nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, conforme minuta que acompanha o presente parecer, fixando-se, deste modo, nova disciplina da matéria em foco, destacando-se, em resumo, as seguintes novidades normativas no Capítulo XX do Provimento CG 58/89:

a) alteração da redação do item 1, letra *b*, n. 19, acrescentando-se, ainda, os números 20 e 21, para contemplar as novas hipóteses de averbação;

b) alteração da redação do item 76, acrescentando-lhe, ainda, os subitens 76.2 e 76.3, para viabilizar as novas hipóteses de averbação, bem como indicar os cuidados elementares necessários à promoção do ato de averbamento;

c) a revogação do subitem 110.1, desnecessário, por redundância, em vista da nova disciplina.

3. Pelo exposto, o parecer que, respeitosamente, submetemos ao exame de Vossa Excelência, é pela alteração do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça (Provimento CGJ 58/89) na disciplina das inscrições prediais decorrentes de tombamentos de bens imóveis, especialmente para admissibilidade da averbação de tombamentos provisórios, além das inscrições obrigatórias dos tombamentos definitivos, bem como da averbação de

restrições próprias de bens imóveis integrantes do patrimônio cultural, por decorrência de medidas de preservação e acautelamento diversas do tombamento e, ainda, da averbação de restrições próprias dos imóveis situados na vizinhança do bem tombado ou reconhecidos como integrantes do patrimônio cultural, tudo na forma proposta em minuta de provimento que acompanha o presente parecer.
Sub censura.
São Paulo, 18 de julho de 2007.
Álvaro Luiz Valery Mirra - Juiz Auxiliar da Corregedoria
Vicente de Abreu Amadei - Juiz Auxiliar da Corregedoria

DECISÃO - Aprovo o parecer dos MM. Juízes Auxiliares da Corregedoria, por seus fundamentos que adoto, conferindo-lhe caráter normativo. Expeça-se provimento nos termos da minuta apresentada. Publique-se o provimento e o parecer. Oficiem-se aos órgãos/entidades que tiveram oportunidade de manifestação nestes autos, encaminhando-se cópia do parecer, decisão e do provimento, para ciência. São Paulo, 23.07.2007 - Gilberto Passos de Freitas - Corregedor Geral da Justiça (*DOE* de 26.07.2007).

PROVIMENTO CG. 21/2007
O Des. Gilberto Passos de Freitas, Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais,
Considerando o disposto no art. 216 da CF, que dispõe sobre o patrimônio cultural brasileiro, disciplinado, em nível infraconstitucional, nas esferas federal, do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo, respectivamente, pelo Dec.-lei Federal 25/1937, pelo Decreto Estadual 13.426/1979 e pela Lei Municipal 10.032/1985;
Considerando o disposto no item 1, alínea *a*, inciso 35, e alínea *b*, inciso 19, no item 76 e no item 110.1, todos das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, que tratam do registro e averbação do tombamento definitivo de bens imóveis integrantes do patrimônio cultural;
Considerando que o tombamento provisório produz, em regra, os mesmos efeitos jurídicos do tombamento definitivo, a justificar o reforço de publicidade do ato pela via da averbação de mera notícia no registro imobiliário;
Considerando que o tombamento, tanto definitivo quanto provisório, produz, igualmente, efeitos em relação aos imóveis situados na vizinhança do bem tombado, em especial no tocante àqueles discriminados na denominada "área de entorno" protegida, a justificar, ainda aqui, a averbação para fins de publicidade;
Considerando que a proteção de bens tombados, à luz das normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria, pode se dar não apenas por intermédio do tombamento, como também por meio de outras medidas de preservação e acautelamento de bens imóveis, bem como que tais providências podem ser determinadas nas esferas administrativa, legislativa e judicial, com os mesmos efeitos e outros determinados no ato ou decisão correspondente, a justificar, uma vez mais, a averbação de tais atos e decisões nas transcrições e matrículas dos imóveis protegidos e daqueles situados na vizinhança;
Considerando, por fim, o decidido no Processo CG 1.029/2006;
Resolve:
Art. 1.º - Alterar a redação do número 19 e acrescer os números 20 e 21, todos referentes à letra *b* do item 1 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça (Provimento CGJ 58/89), para e nos seguintes termos:
1. (...)
b) (...)
19. Tombamento provisório e definitivo de bens imóveis, declarado por ato administrativo ou legislativo ou por decisão judicial.

20. Restrições próprias dos imóveis reconhecidos como integrantes do patrimônio cultural, por forma diversa do tombamento, em decorrência de ato administrativo ou legislativo ou decisão judicial específicos.
21. Restrições próprias dos imóveis situados na vizinhança dos bens tombados ou reconhecidos como integrantes do patrimônio cultural.
Art. 2.º - Dar nova redação ao item 76 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça (Provimento CGJ 58/89), acrescentando-lhe os subitens 76.2 e 76.3, da seguinte forma:
76. Os atos de tombamento definitivo de bens imóveis, requeridos pelo órgão competente, federal, estadual ou municipal, do serviço de proteção ao patrimônio histórico e artístico, serão registrados, em seu inteiro teor, no Livro 3, além de averbada a circunstância à margem das transcrições ou nas matrículas respectivas, sempre com as devidas remissões.
(...)
76.1 - (...)
76.2 - Poderão ser averbados à margem das transcrições ou nas matrículas:
a) o tombamento provisório de bens imóveis;
b) as restrições próprias dos imóveis reconhecidos como integrantes do patrimônio cultural, por forma diversa do tombamento, mediante ato administrativo ou legislativo ou decisão judicial;
c) as restrições próprias dos imóveis situados na vizinhança dos bens tombados ou reconhecidos como integrantes do patrimônio cultural.
76.3 - O registro e as averbações de que tratam o item 76 e o subitem 76.2 serão efetuados mediante apresentação de certidão do correspondente ato administrativo ou legislativo ou de mandado judicial, conforme o caso, com as seguintes e mínimas referências:
a) à localização do imóvel e sua descrição, admitindo-se esta por remissão ao número da matrícula ou transcrição;
b) às restrições a que o bem imóvel está sujeito;
c) quando certidão de ato administrativo ou legislativo, à indicação precisa do órgão emissor e da lei que lhe dá suporte, bem como à natureza do ato, se tombamento (provisório ou definitivo) ou forma diversa de preservação e acautelamento de bem imóvel reconhecido como integrante do patrimônio cultural (especificando-a);
d) quando mandado judicial, à indicação precisa do Juízo e do processo judicial correspondente, à natureza do provimento jurisdicional (sentença ou decisão cautelar ou antecipatória) e seu caráter definitivo ou provisório, bem como à especificação da ordem do juiz do processo em relação ao ato de averbação a ser efetivado;
e) na hipótese de tombamento administrativo, provisório ou definitivo, à notificação efetivada dos proprietários.
Art. 3.º - Este provimento entrará em vigor na data de sua publicação.
Art. 4.º - Fica revogado o subitem 110.1 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça (Provimento CGJ 58/89).
São Paulo, 23 de julho de 2007
(*DOE* de 26.07.2007)

SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. Atuação como correspondentes bancários. Inadmissibilidade.

Ementa Oficial: Serviços Notariais e de Registro – Atuação de notários e registradores como correspondentes bancários – Inadmissibilidade - Atividade incompatível com as funções públicas delegadas – Atividade notarial e registral de caráter técnico e específico, expressamente definida em lei – Delegação recebida que deve observar os limites e contornos legais – Normas do Banco Central do Brasil a respeito que se direcionam apenas às insti-

tuições financeiras para a contratação dos correspondentes bancários – Impossibilidade de disciplina dos serviços de notários e registradores – Cessação da prática determinada.

Processo CG 36.815/2005 (142/07-E) - São Paulo – rel. Álvaro Luiz Valery Mirra – j. 07.05.2007.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça:

Trata-se de expediente instaurado a partir de representação formulada pelo Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual Fausto Figueira, a respeito de atividade desenvolvida pelo Segundo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Osasco, consistente na oferta de crédito para micro e pequenos empresários, considerada pelo representante como incompatível com a atividade registral para a qual o Senhor Oficial recebeu delegação, a implicar infração funcional passível de sancionamento na esfera disciplinar (Autos 37.449/2005 em apenso).

Sobreveio manifestação do Oficial Registrador em que sustenta a legalidade de sua atuação, na hipótese, na condição de correspondente bancário autorizado pelas Resoluções 2.707 e 2.953 do Banco Central do Brasil. Tal atividade, acrescenta, não é incompatível com a de registrador, não se mostrando indispensável, tampouco, para o seu desempenho, autorização da Corregedoria Geral da Justiça (f. dos Autos 011/05 em apenso).

Colheram-se as manifestações do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – Irib (f.) e da Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo – Anoreg-SP (f. destes autos) sobre a matéria.

Determinou-se, por fim, o apensamento do Protocolado CG 51.426/2006, oriundo da Comarca de Mogi Guaçu, em que o Segundo Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos daquela localidade consulta o Meritíssimo Juiz Corregedor Permanente a respeito da possibilidade de atuar como correspondente bancário do Banco Bradesco.

É o relatório.

Passo a opinar.

Nos termos do art. 236, *caput*, da CF, "os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público". Além disso, a fiscalização de tais serviços é atribuição do Poder Judiciário (art. 236, § 1.º), dando-se o ingresso na atividade mediante concurso público (art. 236, § 3.º). Por fim, estabelece, ainda, a Constituição, a remuneração dos serviços prestados por intermédio de emolumentos, fixados em lei (art. 236, § 2.º).

Assim, para o que ora importa mais de perto, à luz da ordem constitucional vigente, "embora de caráter privado, a atividade exercida pelo notário ou registrador é uma função pública delegada, ou seja, é ela exercida em nome do poder público, que delega poderes para o exercício e prática do serviço público. Diante disso, o notário e o registrador, embora não ocupem cargo público, exercem função pública, pois praticam atos de natureza pública e revestidos de fé pública (...)" (cf. Prot. CG 3.115/2000).

De acordo com a lição de Hely Lopes Meirelles, "há delegação, quando o Estado transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal" (*Direito Administrativo Brasileiro*. 16.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 299).

Nesse sentido, "os notários e registradores prestam serviços de ordem pública à coletividade, e '*exercitam uma função havida pelo Estado como pertinente a si próprio*', nos termos dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo (*Apontamentos sobre os agentes e órgãos*

públicos, RT, 1984, p. 3)" (cf. Prot. CG 3.115/2000).

Sob a ótica infraconstitucional, estabelece a Lei Federal 9.534/1997, regulamentadora do referido art. 236 da CF, que os serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, competindo:

a) aos notários, formalizar juridicamente a vontade das partes; intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; autenticar fatos (art. 6.°, I a III);

b) aos tabeliães de notas, lavrar escrituras e procurações públicas; lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; lavrar atas notariais; reconhecer firmas; autenticar cópias, facultando-se-lhes realizar todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo dos atos (art. 7.°, I a V, e parágrafo único);

c) aos tabeliães de protesto de títulos, protocolar documentos de dívida para prova do descumprimento de obrigações; intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou pagá-los; receber o pagamento dos títulos protocolizados; lavrar o protesto; acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante; averbar o cancelamento do protesto e as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados; expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis (art. 11, I a VII); e

d) aos registradores de imóveis, títulos e documentos e civis de pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas, a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos (art. 12).

Bem se vê por aí que as funções desempenhadas pelos notários e registradores têm caráter técnico e específico, relacionado às matérias notarias e registrais, à luz da legislação dos registros públicos, encontrando-se, nesse ponto, os contornos e os limites das atividades exercidas, por força da delegação recebida.

Como já se posicionou esta Corregedoria Geral da Justiça, em decisão proferida pelo eminente Desembargador Luís de Macedo, ao aprovar parecer dos Meritíssimos Juízes Auxiliares Antonio Carlos Morais Pucci, Eduardo Moretzsohn de Castro, Luís Paulo Aliende Ribeiro, Marcelo Fortes Barbosa Filho e Mario Antonio Silveira:

"As funções delegadas de notário ou de oficial registrador são atividades, como já dito, resultantes da transferência de atribuições do poder público, porém, de caráter técnico específico, às matérias notariais e registrarias. A especialização e o conhecimento dos atos registrários e notariais, suas constituições e obediência à formalidade que os revestem, consolidam essas funções delegadas como técnicas de um rigor específico em razão da lei dos registros públicos. A normatização dos atos extrajudiciais pela Corregedoria Geral da Justiça é prova da condição técnica, e obrigatória, que impõe aos tabeliães e registradores um conhecimento profundo dos métodos, sistematização e organização própria de trabalho, obrigando-lhes possuir 'conhecimentos ou treino especializado em ciências ou artes de uma profissão', conforme leciona Pinto Ferreira (*Comentários a Constituição Brasileira*, Saraiva, 1990, p. 381)." (Prot. CG 3.115/2000).

Diante de tais peculiaridades das funções desempenhadas pelos notários e registradores, eminentemente técnicas e restritas à prática de atos notariais e de registro, por força, repita-se, de delegação do poder público, não parece mostrar-se compatível com elas a atuação de referidos delegados como correspondentes bancários. A legislação própria à atividade notarial e registral não o au-

toriza, tampouco o fazendo a delegação concedida, cujos limites, por evidente, devem ser respeitados.

E mesmo que se entendessem compatíveis as funções dos notários e registradores com a atividade de correspondentes bancários, impõe-se ressaltar que não estariam os delegados dos serviços dispensados de obter autorização da Corregedoria Permanente ou da Corregedoria Geral da Justiça, a quem compete a fiscalização da atuação daqueles na execução dos serviços objeto da delegação.

Por outro lado, cabe anotar, ainda, que, como já aludido acima, a remuneração dos serviços prestados pelos notários e registradores se dá pela via da cobrança de emolumentos - como já pacificado, de natureza tributária -, em conformidade com lei federal de caráter geral e leis estaduais específicas, não havendo, como bem anotado pelo IRIB em seu pronunciamento de fls. 16, previsão legal ou normativa quanto à possibilidade de recebimento, pelos delegados, por intermédio de tarifas específicas, de remuneração decorrente da prestação de serviços como correspondentes de bancos, nos moldes daquela prevista no "Convênio de Cooperação Mútua" firmado entre o Banco do Brasil S.A. e a Associação dos Notários e Registradores do Brasil (f.), ao qual aderiu expressamente a Anoreg-SP (f.).

O permissivo constante da Resolução 3.110 do Banco Central do Brasil, segundo o qual "As funções de correspondentes bancários podem ser desempenhadas por serviços notariais e de registro, de que trata a Lei 8.935, de 18.11.1994", não ampara, no caso, a atuação do Segundo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Osasco e nem dos demais notários e registradores que porventura estejam desempenhando atividades de correspondentes bancários ou pretendam fazê-lo.

Isso porque tal norma do Bacen direciona-se, precipuamente, às instituições financeiras, autorizando-as a contratar, para o que ora importa, notários e registradores para o desempenho das funções de correspondentes bancários. Não se trata, à evidência, de norma disciplinadora da atividade notarial e de registro, para o que, inclusive, faleceria competência ao Banco Central, não se podendo admitir, ademais, que ato infraregulamentar de órgão dessa natureza alterasse ou trouxesse disciplina diversa para aquela estabelecida na legislação própria dos registros públicos e dos serviços notariais e de registro no tocante às funções delegadas em questão.

Portanto, em conclusão, salvo melhor juízo de Vossa Excelência, a atividade de correspondente bancário, tal como desempenhada pelo Segundo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Osasco, e objeto, também, da consulta formulada pelo Segundo Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Mogi Guaçu, deve ser tida como incompatível com os serviços notariais e registrais, à luz das peculiaridades e da disciplina legal destes, bem como dos limites legais e constitucionais da delegação dada aos notários e registradores pelo Poder Público.

E incumbindo ao Poder Judiciário, por força de norma constitucional, a fiscalização da atividade exercida pelos notários e registradores, impõe-se que seja determinada, por esta Corregedoria Geral da Justiça, a imediata cessação da atuação destes como correspondentes bancários no Estado de São Paulo e, em especial, do Segundo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Osasco, expedindo-se, ainda, comunicado para ciência geral dos demais delegados do Estado.

Por fim, quanto à prática de infração funcional por parte do Segundo Oficial

de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Osasco, ao atuar como correspondente da instituição denominada "Microinvest", tem-se que deva ser apurada pela Meritíssima Juíza Corregedora Permanente da Serventia, de quem é a atribuição primeira para tanto, incumbindo, no caso, a esta Corregedoria Geral da Justiça tãosó o reexame de ofício ou em grau recursal da decisão que vier a ser proferida.

Nesses termos, o parecer que se submete à elevada consideração de Vossa Excelência é no sentido de ser considerada incompatível, com os serviços notariais e registrais delegados, a atividade de correspondentes bancários de notários e registradores, com determinação de imediata cessação de tal prática ao Segundo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Osasco e expedição de comunicado aos demais notários e registradores do Estado de São Paulo, oficiando-se, por fim, à Meritíssima Juíza Corregedora Permanente daquele para as apurações referentes a eventual ocorrência de infração disciplinar, à vista da representação apresentada pelo Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual Fausto Figueira.

Sub censura.

São Paulo, 07 de maio de 2007.

Álvaro Luiz Valery Mirra - Juiz Auxiliar da Corregedoria

CONCLUSÃO - Em 08 de maio de 2007, faço estes autos conclusos ao Des. Gilberto Passos de Freitas, DD. Corregedor Geral da Justiça. Eu, _____, (Rosa Maia), Escrevente, subscrevi.

Prot. CG 36.815/2005

Aprovo o parecer do MM Juiz Auxiliar da Corregedoria e por seus fundamentos, que adoto, considero incompatível com os serviços notariais e registrais delegados a atividade de correspondentes bancários de notários e registradores, com determinação de imediata cessação de tal prática ao Segundo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Osasco e expedição de comunicado aos demais notários e registradores do Estado de São Paulo, oficiando-se, por fim, à Meritíssima Juíza Corregedora Permanente daquele para as apurações referentes a eventual ocorrência de infração disciplinar, à vista da representação apresentada pelo Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual Fausto Figueira.

São Paulo, 15 de maio de 2007.

Gilberto Passos de Freitas - Corregedor Geral da Justiça.

3

Conselho Superior da Magistratura de São Paulo

ESCRITURA PÚBLICA DE RENÚNCIA DE IMÓVEL INTEGRANTE DE CONDOMÍNIO. Exigência de deliberação da Assembléia Geral quanto às contribuições condominiais futuras. Desnecessidade. Registro admitido.

Ementa Oficial: Registro de Imóvel. Recusa de registro de escritura pública de renúncia de imóveis integrantes de condomínio edilício, sob o fundamento de que, em razão do disposto no § 5.º do art. 12 da Lei 4.591/64, há necessidade de exibição de deliberação da Assembléia Geral, em relação à exoneração ou não do renunciante do pagamento das contribuições condominiais futuras. Inexistência de amparo legal à exigência. Pressupostos do registro caracterizados, os quais não se confundem com os efeitos decorrentes da renúncia operada. Recurso provido, com a reforma da sentença do Juízo Corregedor Permanente e conseqüente improcedência da dúvida, para ingresso do título no registro imobiliário.

ApCiv 665-6/6 – Capital – CSM – rel. Gilberto Passos de Freitas - *DOE* de 16.05.2007.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív 665-6/6, da Comarca da Capital, em que é apelante Nelson Tabacow Felmanas e apelado o 1.º Oficial de Registro de Imóveis da mesma Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em dar provimento ao recurso, para julgar improcedente a dúvida, de conformidade com o voto do relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Celso Luiz Limongi, Presidente do Tribunal de Justiça e Caio Eduardo Canguçu de Almeida, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 08 de março de 2007.

GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator.

VOTO - Registro de Imóvel. Recusa de registro de escritura pública de renúncia de imóveis integrantes de condomínio edilício, sob o fundamento de que, em razão do disposto no § 5.º do art. 12 da Lei 4.591/64, há necessidade de exibição de deliberação da Assembléia Geral, em relação à exoneração ou não do renunciante do pagamento das contribuições condominiais futuras. Inexistência de amparo legal à exigência. Pressupostos do registro caracterizados, os quais não se confundem com os efeitos decorrentes da renúncia operada. Recurso provido, com a reforma da sentença do Juízo Corregedor Permanente e conseqüente improcedência da dúvida, para ingresso do título no registro imobiliário.

1. Tratam os autos de dúvida suscitada pelo 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital, julgada procedente pelo Juízo Corregedor Permanente.

A dúvida suscitada decorre da apresentação para registro de escritura pública de renúncia de propriedade dos imóveis matriculados sob números 51.133, 51.134, 51.135, 51.136, 51.137, 51.538 e 51.539, referentes aos Boxes 7-A-2, 7-A-2, 7-B-1, 7-B-2, 7-C-1, 7-C-2 e 7-D-1, respectivamente, localizados no "Edifício Garagem Automática Hase".

A sentença, fundada nas mesmas razões apresentadas pelo Oficial, sustenta, baseada no disposto no art. 1.275, II, do CC, c/c o art. 12, § 5.º, da Lei 4.591/64, que, devido à natureza jurídica e peculiaridades do condomínio edilício, dentre as quais a coexistência da co-propriedade das áreas comuns e a propriedade exclusiva de unidades autônomas, existe convenção para a administração dos interesses comuns, de modo que, na hipótese de alteração que interfira nos interesses dos demais condôminos, como no caso em tela, onde a renúncia da propriedade e unilateral liberação às despesas futuras importará em modificação de situação jurídica definida, como, por exemplo, o rateio de despesas, é indispensável a apresentação da deliberação em assembléia a respeito, para o registro do título.

Os recorrentes sustentam que a escritura se refere apenas à renúncia ao direito de propriedade, nada menciona sobre liberação ou exoneração de contribuições futuras, porque, ao contrário do que constou da sentença, a exoneração não configura ato unilateral de declaração de vontade. A lei não condiciona a renúncia a qualquer anuência pois, se assim fosse, haveria criação de uma propriedade com características únicas de dever perpétuo, conflitantes com o ordenamento jurídico e as garantias individuais previstas na Constituição Federal. Acrescentam que o mencionado § 5.º do art. 12 da Lei 4.591/64 está revogado e não se refere à renúncia do direito de propriedade e sim aos direitos do condômino que ainda é proprietário, na hipótese de renúncia parcial de um direito comum, como por exemplo, ao uso de um elevador ou de uma quadra esportiva. Finalizam com menção a doutrina que entendem ir de encontro ao direito de renúncia à propriedade, uma vez comprovado o pagamento dos encargos e a inexistência de dívidas passadas, e asseveram que não se discute aqui os efeitos da renúncia, apenas o seu registro.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

2. A dúvida é improcedente, em que pesem os fundamentos apresentados pelo Oficial suscitante e expostos na sentença do Juízo Corregedor Permanente.

De início, cumpre examinar a questão do atual regime jurídico do condomínio edilício.

O Código Civil vigente inovou ao tratar no Capítulo VII do "Condomínio Edilício", até então disciplinado somente em lei especial, e, na Seção I, das Disposições Gerais, assim inicia:

"Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1.º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas, sobrelojas ou abrigos para veículos, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários.

§ 2.º O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

§ 3.º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição de condomínio.

§ 4.º Nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público.

§ 5.º O terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição de condomínio."

A Lei 4.591/64, de condomínio e incorporações, que é especial, não prevalece em relação ao Código Civil vigente, que é lei geral, porque trata da mesma matéria. A situação jurídica é a mesma, e, assim sendo, a lei especial foi derrogada pela lei geral na parte que com ela conflita. Embora haja entendimento divergente a respeito, a melhor posição é a de que houve simples derrogação e que as regras da lei especial podem ser aplicadas de modo supletivo nas lacunas da lei geral, desde que não conflitem com os princípios ou regras posteriores, tanto que o art. 1.332 do CC é expresso quanto à aplicação, em relação à instituição do condomínio edilício, não apenas às regras do próprio Código como também ao disposto na lei especial (Francisco Eduardo Loureiro, na obra *Código Civil Comentado*, coordenada pelo Min. Cezar Peluso, editora Manole Ltda, 2007, p. 1.183).

Assim, o § 5.º do art. 12 da Lei 4.591/64, apesar de não repetir pelo Código Civil vigente, não conflita com suas disposições e, portanto, está em vigor. Nada obstante, este dispositivo legal não ampara a exigência de condicionar o ingresso do título de renúncia no registro à comprovação de prévia deliberação pela Assembléia Geral com respeito à exoneração ou não do renunciante do pagamento das contribuições condominiais futuras.

Consoante lições de Caio Mário da Silva Pereira: "A renúncia é ato unilateral e independente de concurso de outrem, quando o direito renunciado não se opõe a um indivíduo pessoalmente obrigado. Nesse caso, é válida e perfeita em si mesma, sem a necessidade de anuência de quem quer que seja, mesmo da parte daquele em cujo patrimônio indiretamente repercuta." (*Instituições de Direito Civil*, Editora Forense, 1.ª ed., 1989, p. 325)

Este mesmo autor, na obra "Condomínio e Incorporações", citada pelo recorrente, e autor do anteprojeto da Lei 4.591/64, em conformidade com o conceito acima transcrito, dispõe a respeito da possibilidade da perda da propriedade por renúncia na hipótese de condomínio especial e, para tanto, ressalva apenas que a renúncia não pode ser parcial, ou seja, referente apenas à propriedade exclusiva, retendo os direitos sobre o terreno e as partes comuns, e vice-versa, abdicando destes e conservando a propriedade da unidade autônoma (2.ª ed., Editora Forense, 1969, p. 180).

A legislação vigente prevê, no inc. II do art. 1.275 do CC, a perda da propriedade imóvel pela renúncia, e não traz nenhuma outra disposição que exija, para o registro da escritura pública na hipótese de condomínio edilício, a apresentação da ata reclamada.

A renúncia ao direito de propriedade, como o próprio Oficial suscitante afirma, é um ato personalíssimo em que a manifestação expressa da vontade do titular do domínio que não o quer mais é soberana (porque ninguém pode ser compelido à titularidade de um direito contra a vontade, conforme sustenta o recorrente) para o qual se exige apenas capacidade do agente abdicante(CC, art. 104, I), instrumentação por meio de escritura pública notarial (CC, art. 108) e registro(CC, art. 1.227, par. ún.).

No caso em tela, estes requisitos legais estão atendidos, e o recorrente apresentou documento comprobatório de que nada deve em relação aos encargos condominiais até a data da apresentação do título para registro.

É sabido que o Oficial, ao receber um título para qualificação, deve proceder "o exame da legalidade do título e apreciação de formalidades extrínsecas da ordem e a conexão de seus dados com o registro e sua formalização instrumental" (Afrânio de Carvalho, *Registro de Imóveis*, 4.ª ed., Editora Forense). O art. 12, *caput*, e seu § 5.º, da Lei 4.591/64 assim dispõem:

Art. 12 - "Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na convenção, a cota-parte que lhe couber em rateio.

[...]
§ 5.º A renúncia de qualquer condômino aos seus direitos, em caso algum valerá como escusa para exonerá-lo de seus encargos."
Este dispositivo legal cuida dos efeitos da renúncia, que não se confundem com os pressupostos do registro. Uma das conseqüências da renúncia operada é a exoneração da responsabilidade que pode se tornar ineficaz em relação aos demais condôminos, sem afetar o registro, porque o título apresentado está formalmente em ordem e atende o princípio da legalidade, que consiste na aceitação para registro somente do título que estiver de acordo com a lei.
É o que importa e o que basta no âmbito administrativo de análise e qualificação do título pelo registrador. Eventual controvérsia atinente à eficácia é matéria a ser discutida na esfera jurisdicional.
Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a dúvida e determinar o registro do título apresentado.
GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator.
(*DOE* de 16.05.2007)

4

Superior Tribunal de Justiça

PENHORA. Alienação de bem imóvel realizada após ajuizamento de ação em face do vendedor. Ausência de averbação da penhora no registro imobiliário. Alegação de fraude à execução afastada. Boa-fé presumida dos adquirentes.

Ementa oficial: Embargos de divergência. Embargos de terceiro. Execução de carta de sentença. Fraude à execução.
1. A divergência não está comprovada, já que as condições examinadas no paradigma não foram objeto de exame pelo acórdão embargado. E isso não apenas no tocante àquela circunstância do pagamento de grande parte do preço quando já registrada a penhora, mas porque no paradigma está considerado o fato específico de que a prova da insolvência caberia ao adquirente e não ao exeqüente, sendo certo que o acórdão embargado ficou no plano da necessidade do registro da penhora para o reconhecimento da fraude, sem adentrar na questão da fraude oriunda de ação de conhecimento em que penhora não há e, ainda, a quem caberia a prova da insolvência, se ao adquirente ou ao exeqüente.
2. Embargos de divergência não conhecidos, por maioria. (STJ – EREsp 509.827 – SP – 2ª Seção – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 29.06.2007)

EREsp 509.827 – SP – 2ª Seção – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 25.04.2007 - DJ 29.06.2007

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros conhecendo dos embargos e dando-lhes provimento e do voto de desempate do Sr. Ministro Presidente não conhecendo dos embargos de divergência, por maioria, não conhecer dos embargos de divergência. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (art. 52, IV, b, RISTJ). Votaram vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler, Nancy Andrighi e Humberto Gomes de Barros. Votaram com o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Castro Filho, Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha. (art. 162, § 2.°, RISTJ). Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.
Brasília (DF), 25 de abril de 2007 (data do julgamento).
Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Relator.

RELATÓRIO - Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): A egrégia 4.ª Turma, relator o Min. Aldir Passarinho Júnior, conheceu e deu provimento ao recurso especial interposto por Arcide Zanatta, nos termos do acórdão assim ementado:
"Processual civil. Embargos de terceiro. Alegação de fraude à execução. Alienação na pendência de execução. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida do adquirente. Lei 8.953/94. CPC, art. 593, II.
I. Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstân-

cia, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução.
II. Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação, ainda que posterior à citação da empresa alienante na ação de execução, é eficaz.
III. Precedentes do STJ.
IV. Recurso especial conhecido e provido" (f.).
Opostos embargos de divergência, o Min. Antônio de Pádua Ribeiro os indeferiu, liminarmente, sob o fundamento de que "no aresto apontado como paradigma, há situação específica, inocorrente no caso destes autos, e fundamental para a solução alcançada, qual seja, o fato de que grande parte do preço foi pago já estando registrada a penhora. Ressalte-se que este fato não passou desapercebido do eminente relator do aresto embargado, às f." (f.).
Em sede de agravo regimental, reconsiderei a decisão, admitindo os embargos, nos seguintes termos:
"Reconsidero a decisão de f., para admitir os embargos de divergência porque, salvo melhor juízo, está evidenciada a discrepância entre os julgados. Tanto no acórdão de f. quanto naquele indicado como paradigma a alienação se deu quando já corria 'contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência' (CPC, art. 593, II). Prossiga-se na forma do regimento interno" (f.).
O acórdão apontado como paradigma, o REsp 442.778, SP, da 3ª Turma, de minha relatoria, tem a seguinte ementa:
"Processo civil. Fraude à execução. Imóvel alienado enquanto pendente ação proposta contra o vendedor. Recurso especial não conhecido" (*DJ* de 18.11.2002).
Arcide Zanatta impugnou os embargos de divergência (f.), suscitando falta de comprovação de divergência jurisprudencial.

VOTO - Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Nos autos de carta de sentença cuja execução foi proposta por Tuffy Mahmud Assad e sua mulher, Dilma Badin Assad, contra Cetal Construções Ltda., a penhora recaiu sobre o imóvel descrito à f..
Seguiram-se, em 14.09.1998 (f.), embargos de terceiro opostos por Arcide Zanatta, fundados em "instrumento particular de compromisso de venda e compra" (f.), assinado em 20.03.1995 (f.).
O MM. Juiz de Direito Dr. Guilherme da Costa Manso Vasconcellos julgou procedente o pedido "para desconstituir a penhora que recaiu sobre o apartamento n. 51 do Edifício Saint Thomas, pertencente ao embargante" (f.).
O Tribunal *a quo*, relator o Des. Elliot Akel, reformou a sentença para decretar a improcedência dos embargos de terceiro, "reconhecendo-se a ineficácia da alienação do bem constrito, realizada em fraude à execução" (f.).
Lê-se no julgado:
"Cogita-se de fraude à execução quando há litispendência. É incontroverso que a alienação realizou-se quando já pendente contra o vendedor demanda judicial. Nesse caso, presume-se que a demanda era capaz de reduzi-lo à insolvência, dispensando-se a demonstração do *consilium fraudis*, configurada, assim, a hipótese a que alude o art. 593, II, do CPC (*RJTJESP* 108/118)" (f.).
Os embargos de declaração foram rejeitados (f.), sobrevindo recurso especial, de que a Quarta Turma, relator o Min. Aldir Passarinho Jr, conheceu, dando-lhe provimento, "para julgar procedentes os embargos de terceiro, mantendo hígida a alienação feita a Arcide Zanatta, restabelecida a r. sentença de f." (f.).
Daí os presentes embargos de divergência opostos por Tuffy Mahmud Assad e sua mulher, Dilma Badin Assad, indicando como paradigma o acórdão proferido no REsp 442.778, SP, de minha relatoria, assim ementado:
"Processo civil. Fraude à execução. Imóvel alienado enquanto pendente ação

proposta contra o vendedor. Recurso especial não conhecido" (*DJ* 18.11.2002).
O Min. Antônio de Pádua Ribeiro, relator originário, "indeferiu, liminarmente, os embargos" (f.), mas a decisão foi por mim reconsiderada no âmbito de agravo regimental, *in verbis* :
"Reconsidero a decisão de f., para admitir os embargos de divergência porque, salvo melhor juízo, está evidenciada a discrepância entre os julgados. Tanto no acórdão de f. quanto naquele indicado como paradigma a alienação se deu quando já corria "contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência" (CPC, art. 593, II)" – f.).
As contra-razões dos embargos de divergência suscitam preliminar de não conhecimento, a saber:
"Primeiramente, o v. acórdão apresentado pelos Embargantes, utilizado como paradigma, proferido pela Egrégia Terceira Turma, não está apto a ensejar o cabimento dos embargos de divergência, visto que referido acórdão trata-se de recurso especial que não foi conhecido, não guardando qualquer relação com o caso esposado.
Os Embargantes não podem se basear em julgado que não foi nem conhecido, pois não fora discutido o mérito do recurso, sendo o referido julgado imprestável ao fim pretendido. Ademais, para caracterização do dissídio interno no âmago do Superior Tribunal de Justiça, é imprescindível que as hipóteses fácticas apreciadas guardem relação íntima de similitude, porque o julgamento de situações jurídicas semelhantes, mas com interação de diversos suportes fáticos, imporá soluções diversas ao Julgador.
No julgado utilizado como paradigma pelos Embargantes, verifica-se uma mesma base fática, porém, com interpretação divergente das E. Turmas do Superior Tribunal de Justiça sobre diferentes dispositivos de lei federal, inexistindo semelhança entre os arestos confrontados, ante a ausência de dissídio jurisprudencial a ser dirimido. Na conclusão do julgado da E. Terceira Turma trazido à baila pelos Embargantes, salvo melhor juízo de minha parte, não relata da necessidade da inscrição da penhora junto ao Cartório de Registro de Imóveis, como elemento constitutivo do ato, principalmente, em relação a terceiros de boa-fé, como é o caso em espécie, a fraude à execução por força da alienação de bem penhorado somente caracterizará se efetivada após o registro da constrição judicial" (f.).

PRELIMINAR - No acórdão indicado como paradigma, a Terceira Turma enfrentou, pela letra *a*, o mérito do recurso especial, embora dele não tenha conhecido.
O aparente paradoxo foi assim esclarecido no julgamento dos embargos de declaração, tal como consta da ementa do respectivo acórdão, a seguir transcrita em parte:
"A técnica de julgamento do recurso especial é uma quando se trata da letra 'a' e outra quando se cuida da letra 'c'; no primeiro caso, conhecido o recurso especial, a Turma lhe dá provimento necessariamente, podendo o não-conhecimento do recurso se dar por razões processuais ou de mérito" (*DJ* 05.05.2003).

CONHECIMENTO - *Acórdão embargado*. O acórdão proferido, nestes autos, pelo tribunal *a quo* reconheceu a fraude à execução, nele destacando-se o seguinte trecho:
"É incontroverso que a alienação realizou-se quando já pendente contra o vendedor demanda judicial. Nesse caso, presume-se que a demanda era capaz de reduzi-lo à insolvência, dispensando-se a demonstração do *consilium fraudis*, configurada assim a hipótese a que alude o art. 593, II, do CPC (*RJTJESP* 108/119).
Não há como exigir do credor prova da insolvabilidade do devedor no momento da alienação, sendo que menor é a com-

plexidade da prova da solvabilidade do vendedor" (f.).

A egrégia Quarta Turma reformou o julgado à base da seguinte motivação:

"Meu entendimento pessoal a respeito da matéria" – disse o relator, Min. Aldir Passarinho Júnior – "antes da alteração procedida no art. 659, do CPC, com a inclusão do § 4.º pela Lei 8.953/94, que passou a exigir a inscrição da penhora para a configuração da fraude, se harmoniza com a orientação a respeito do egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido de que bastante a prévia existência de ação para que se configure a fraude à execução, sendo absolutamente possível ao adquirente a obtenção de certidões junto aos cartórios de distribuição, para informar-se sobre a situação pessoal dos alienantes e do imóvel, para certificar-se da existência de demandas que eventualmente possam implicar na constrição da unidade objeto do contrato" (f.).

"Contudo, com o advento da novel legislação, portanto a partir de 1994, a fraude apenas se configura com o registro da penhora.

No caso em exame, a constrição recaiu sobre o imóvel em 22.01.1998, enquanto a aquisição, por instrumento particular, deu-se em março de 1995, portanto quase três anos antes, de modo que, sem tal inscrição, fica afastada a fraude, inobstante, à época, corresse contra a Cetal uma ação ordinária já transitada em julgado, daí gerando a execução, também anterior, movida, como dito, pelos recorridos à vendedora" (f.).

[...]

Também é de se observar que no precedente da 3.ª Turma (REsp 442.778, SP, rel. Min. Ari Pargendler, *DJU* de 18.11.2002), aquele egrégio colegiado chegou à conclusão inversa à presente, porém também ao fundamento de que "grande parte do preço foi pago já estando registrada a penhora".

Essa circunstância absolutamente não constou do aresto *a quo*, de modo que não se pode ter uma idéia de que, se fosse outra a situação, a 3.ª Turma teria decidido de modo diferente" (f.).

Acórdão indicado como paradigma - "Os autos dão conta" – lê-se no acórdão indicado como paradigma – "de que, pendente ação que lhe fora proposta pelo casal de Tuffy Mahmud Assad, Cetal Construções Ltda. alienou ao casal de José Arlindo Zanin o apartamento sub judice e respectivas vagas de garagem.

A alienação foi levada a efeito por meio de instrumento particular de compromisso de compra e venda, não registrado no Ofício Imobiliário, assinado em 22.01.1994, cujo preço está alegadamente quitado desde 05.11.1996.

Já a ação pendente se transformou em execução fundada em título judicial, tendo a penhora, incidente sobre o aludido apartamento e garagens, sido inscrita no Cartório de Registro de Imóveis.

O conflito de interesses põe em lados opostos pessoas presumivelmente de boa-fé: o casal de Tuffy Mahmud Assad que perseguiu, e ainda persegue, judicialmente, a tutela do seu direito, e o casal de José Arlindo Zanin que adquiriu o imóvel supervenientemente penhorado.

No entrechoque dos valores aí representados, de uma parte, a efetiva administração da justiça e, de outra, a boa-fé dos adquirentes, deve, salvo melhor juízo, prevalecer aquela.

Não se trata de sobrepor a administração da justiça à boa fé, mas de tutelar quem fez o que podia para resguardar seus interesses. Na espécie, os promitentes compradores provavelmente agiram de boa-fé, mas tiveram conduta temerária, para não dizer negligente, contratando uma compra e venda e pagando o respectivo preço quando a incorporação imobiliária sequer tinha sido registrada no Ofício Imobiliário (vide sentença – f.).

Anote-se que a promessa de compra e venda foi ajustada em 22.01.1994 (f.). O pagamento do preço teria sido completado em 05.11.1996.

Todavia, a penhora já estava registrada no Ofício Imobiliário desde 06.09.1995 (f.). Quer dizer, grande parte do preço foi pago já estando registrada a penhora. Nessas condições, seria exigir demais do casal de Tuffy Mahmud Assad a prova da insolvência de Cetal Construções Ltda.; esse ônus é do casal de José Arlindo Zanin, autor dos embargos de terceiro" (f.).

Semelhanças entre os acórdãos
a) Nos dois casos, os embargos de terceiro atacam penhora realizada nos autos de execução de título judicial proposta pelo casal de Tuffy Mahmud Assad contra Cetal Construções Ltda. (f.).
b) Tanto um embargante como o outro adquiriram o apartamento antes mesmo do registro da incorporação no Ofício Imobiliário (f.).
c) A alienação do imóvel ocorreu antes da formação do título judicial, isto é, durante o processo de conhecimento (f.).

Particularidade secundária anotada no acórdão indicado como paradigma - No julgamento do recurso especial, a Quarta Turma desqualificou o acórdão indicado como paradigma para o efeito de caracterizar a divergência, porque dele constou a seguinte particularidade:
"Anote-se que a promessa de compra e venda foi ajustada em 22.01.1994 (f.). O pagamento do preço teria sido completado em 05.11.1996. Todavia, a penhora já estava registrada no Ofício Imobiliário desde 06.09.1995 (f.). Quer dizer, grande parte do preço foi pago já estando registrada a penhora. Nessas condições, seria exigir demais do casal de Tuffy Mahmud Assad a prova da insolvência de Cetal Construções Ltda.; esse ônus é do casal de José Arlindo Zanin, autor dos embargos de terceiro" (f.).
O detalhe não teve influência decisiva no julgamento do recurso especial que resultou no acórdão indicado como paradigma, constituindo apenas um reforço à idéia de que os embargantes foram negligentes; a negligência maior, tachada de conduta temerária, fora a própria aquisição de unidade imobiliária sem o registro da respectiva incorporação.

A tese jurídica adotada no acórdão embargado - A tese jurídica adotada no acórdão embargado elimina uma das hipóteses da fraude à execução previstas no art. 593, II, do CPC, aquela ocorrida durante o processo de conhecimento.
"Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:
I – (...)
II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;".
A fraude pode ocorrer no *processo de conhecimento* ou no *processo de execução*.
Se ao tempo da alienação já havia demanda contra o devedor, capaz de reduzi-lo à insolvência, há fraude à execução, ainda que o processo estivesse na *fase de conhecimento* . Nessa etapa, não há penhora, nem pode haver, conseqüentemente, registro dela.
O registro da penhora só é exigível, para que a constrição seja oponível a terceiros, quando se tratar de *título executivo extrajudicial*.
Na espécie se trata de fraude à execução ocorrida no *processo de conhecimento*, antes da formação do *título judicial*.
Voto, por isso, no sentido de conhecer dos embargos de divergência e de lhes dar provimento para restabelecer a autoridade do acórdão de f. proferido pelo tribunal *a quo*.

VOTO-VISTA - O Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves: A espécie versa sobre embargos de terceiro opostos por Arcide Zanatta visando excluir da constrição judicial o imóvel constituído pelo apartamento 51, da Rua Martha Arruda Estefno, 679 - Praia da Enseada - Guarujá - São Paulo - nos autos da execução movida por Tuffy Mahmud Assad e sua mulher contra a Cetal Construtora Ltda.

Julgados procedentes em primeira instância os embargos, foi a decisão reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através de acórdão que guarda a seguinte ementa:

"Fraude à execução. Requisitos. Alienação de bem imóvel realizada quando já pendente contra o vendedor demanda judicial – Presunção da insolvência do devedor dispensando-se a comprovação do *consilium fraudis*. Art. 593, II, CPC. Fraude à execução configurada. Recurso provido para julgar os embargos de terceiro improcedentes." (f.)

Sobreveio a interposição de especial, com apoio nas letras a e c do permissivo constitucional pelo terceiro Arcide Zanatta, decidindo a colenda Quarta Turma, pelo voto do Min. Aldir Passarinho Junior, *verbis:*

"No caso em exame, a constrição recaiu sobre o imóvel em 22.01.1998, enquanto a aquisição, por instrumento particular, deu-se em março de 1995, portanto quase três anos antes, de modo que, sem tal inscrição, fica afastada a fraude, inobstante, à época, corresse contra a Cetal uma ação ordinária já transitada em julgado, daí gerando a execução, também anterior, movida, como dito, pelos recorridos à vendedora. Ainda que assim não fosse, ou seja, se tudo tivesse se passado sob a égide da legislação antiga, o ponto de vista que possuo, coincidente com o do Pretório Excelso, é minoritário no STJ, posto que esta Corte já se posicionara no rumo oposto, exigindo, mesmo antes, o registro da penhora para o reconhecimento da fraude ..." (f.)

O acórdão em apreço tem consignado na ementa:

"Processual civil. Embargos de terceiro. Alegação de fraude à execução. Alienação na pendência de execução. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida do adquirente. Lei 8.953/94. CPC, art. 593, II.

I. Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstância, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução.

II. Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação, ainda que posterior à citação da empresa alienante na ação de execução, é eficaz.

III. Precedentes do STJ. IV. Recurso especial conhecido e provido." (f.)

Foram então, por Tuffy Mahmud Assad e sua mulher, opostos embargos de divergência ao julgado da Quarta Turma, sendo apresentado como paradigma acórdão da Terceira Turma - Resp 442.778/SP – Rel. o Min. Ari Pargendler. Diz a ementa:

"Processo civil. Fraude à execução. Imóvel alienado enquanto pendente ação proposta contra o vendedor. Recurso especial não conhecido." (f.)

Em seu voto, já agora relatando os embargos de divergência, o Min. Ari Pargendler destaca haver a Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhecido a fraude à execução, pois a "alienação realizou-se quando já pendente contra o vendedor demanda judicial" que, presumidamente era capaz de reduzi-lo à insolvência, configurada a hipótese do art. 593, II, do CPC.

Já pelo acórdão embargado, a tese de fraude é excluída, porquanto a aquisição do imóvel por instrumento particular se deu em março de 1995 e a penhora apenas foi efetivada em 22.01.1998, apesar de, à época (1995), já haver contra a empresa Cetal Construtora Ltda ação em curso.

Para melhor capacitação acerca da controvérsia pedi vista dos autos, sendo o meu voto no sentido do não conhecimento dos embargos. É que, com a devida vênia, a meu sentir, as hipóteses confrontadas não exteriorizam divergência de teses a justificar o uso dos embargos. As interpretações ministradas pelos acórdãos embargado e paradigma não repousam em uma base fática única.

Com efeito, malgrado versarem os casos em análise acerca de unidades habitacionais do edifício Saint Thomas, em Guarujá – SP – no Resp 442.778 – SP – paradigma – o imóvel foi alienado pela Construtora a José Arlindo Zamin, quando já pendente contra ela ação proposta por Tuffy Mahmud Assad. A venda foi efetivada através de instrumento particular, em 1994, e não levada a registro. A ação de Tuffy Mahmud Assad veio a se transformar em execução, com inscrição de penhora no registro imobiliário, em 1995, havendo o terceiro – José Arlindo Zamin – quitado o preço em novembro de 1996.

Já no acórdão o embargado, fez o Min. Aldir Passarinho Junior anotar, *verbis*:

"Saliento que a alegação dos recorridos, no sentido de que várias ações iguais foram apreciadas pela Justiça paulista, e que os imóveis teriam sido vendidos a parentes e sócios da própria Cetal, não foi suscitada no acórdão, que ficou apenas na tese da fraude se caracterizar automaticamente, na pendência de execução, o que, como visto, é uma tese que não tem prevalecido no STJ.

Aliás, a propósito desse aspecto, cumpre destacar que a sentença monocrática, à f., observou que:

'Não cabe discutir fraude à execução em sede de embargos de terceiro, *não havendo indícios, aqui, de que tenha havido fraude à execução na venda da unidade n. 51. Afinal, a construtora executada transferiu vários outros apartamentos para o nome de seus sócio-proprietários e familiares, estes sim, atos de evidente fraude à execução, a serem apurados nos autos principais da execução. O apartamento aqui discutido, entretanto, pertence a terceiro de boa-fé que tem legítimo direito sobre o imóvel, não se podendo manter a penhora*'. (destaquei)

Também é de se observar que no precedente da 3ª Turma (REsp 442.778/SP, rel. Min. Ari Pargendler, *DJU* de 18.11.2002), aquele Egrégio colegiado chegou à conclusão inversa à presente, porém também ao fundamento de que 'grande parte do preço foi pago já estando registrada a penhora'.

Essa circunstância absolutamente não constou do aresto *a quo*, de modo que não se pode ter uma idéia de que, se fosse outra a situação, a 3.ª Turma teria decidido de modo diferente. Igualmente no REsp 492.933/SP, esta 4.ª Turma (rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* de 25.08.2003) não conheceu do recurso, em face da Súmula 7, posto que o acórdão estadual unicamente discorreu sobre a fragilidade documental dos recibos, assim: 'não bastasse esse fato e mais as vendas a sócios e parentes da Cetal a sugerir expediente para evitar o pagamento de vultosa quantia, ainda reforçaria a dúvida sobre a boa-fé dos embargantes os recibos de f., em valores expressivos (R$ 102.594,02, R$ 85.773,42, R$ 91.047,48 e R$ 96.648,24), todos com os espaços destinados aos cheques, em branco. Expediente igual aos dos outros embargos de terceiro, o que fragiliza a alegada boa-fé dos compradores'.

No caso em tela, todavia, a decisão recorrida não faz crítica a respeito dos documentos e, como se disse, a sentença de 1º grau distinguiu a situação dos adquirentes, ora recorrentes, que não seriam sócios ou parentes de sócios da construtora.

A controvérsia, aqui, cinge-se, assim, apenas à tese jurídica, não havendo similitude fática com os precedentes apontados, embora também se cuide de imóvel alienado pela mesma Cetal." (f.)

Não há, colocado o debate nestes exatos termos, divergência, dado que no acórdão paradigma a situação de fato repousa no pagamento de grande parte do preço já estando registrada a penhora, detalhe, aliás, já destacado pelo em. Relator do acórdão embargado, como já declinado. Ademais, no geral, o acórdão paradigma acolhe a tese do julgado local no sentido do reconhecimento presumido da fraude (art. 593, II, do CPC), sendo esta (fraude) excluída pelo acórdão embargado.

Assim sendo, não conheço dos embargos de divergência.

VOTO VENCEDOR - O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito: Embargos de terceiro ajuizados em execução de carta de sentença pelo ora embargado alegando ser legítimo titular dos direitos de compromisso de compra e venda do imóvel objeto da constrição, estando na posse direta do bem desde março de 1997, com benfeitorias realizadas e pagamento de taxas de luz, água e condomínio, além dos impostos.

A sentença julgou procedentes os embargos, descartando o exame da fraude de execução, mas indicando que não há indícios aqui "de que tenha havido fraude à execução na venda da unidade n. 51. Afinal, a construtora executada transferiu vários outros apartamentos para o nome de seus sócios-proprietários e familiares, estes sim, atos de evidente fraude à execução, a serem apurados nos autos principais da execução" (f.). Afirmou, ainda, que o "apartamento aqui discutido, entretanto, pertence a terceiro de boa-fé que tem legítimo direito sobre o imóvel, não se podendo manter a penhora" (f.).

O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu a apelação para julgar improcedentes os embargos de terceiro. O acórdão entendeu ser "incontroverso que a alienação realizou-se quando já pendente contra o vendedor demanda judicial. Nesse caso, presume-se que a demanda era capaz de reduzi-lo à insolvência, dispensando-se a demonstração do *consilium fraudis*, configurada, assim, a hipótese a que alude o art. 593, II, do CPC (*RJTJESP* 108/118). Não há como exigir do credor prova da insolvabilidade do devedor no momento da alienação, sendo que menor é a complexidade da prova de solvabilidade do vendedor" (f.). Afirmou também o Tribunal de origem que "na fraude à execução o *consilium fraudis* é presumido, não se cogitando, para sua caracterização, da ao ou má-fé do adquirente" (f.). Asseverou ser possível o reconhecimento da fraude de execução nos embargos de terceiro e que isso acarreta a ineficácia da venda em relação ao credor-exeqüente, diferente do que ocorre na fraude contra credor que constitui ato anulável, o que exige ação própria.

A Quarta Turma conheceu e proveu o especial para restabelecer a sentença. O voto condutor do eminente Min. Aldir Passarinho Junior considerou que a venda foi realizada quase três anos antes da constrição, embora à época já corresse ação ordinária transitada em julgado, gerando execução "também anterior, movida, como dito, pelos recorridos à vendedora" (f.). Assinalou o Min. Aldir Passarinho Junior que a sua posição pessoal "antes da alteração procedida no art. 659, do CPC, com a inclusão do § 4.° pela Lei 8.953/94, que passou a exigir a inscrição da penhora para a configuração da fraude, se harmoniza com a orientação a respeito do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido de que bastante a prévia existência de ação para que se configure a fraude de execução, sendo absolutamente possível ao adquirente a obtenção de certidões junto aos cartórios de distribuição, para informar-se sobre a situação pessoal dos alienantes e do imóvel, para cientificar-se da existência de demandas que eventualmente possam implicar na constrição da unidade objeto do contrato" (f.). Mas considerou o ilustre Relator que, a partir de 1994, com a nova legislação, a "fraude apenas se configura com o registro da penhora" (f.). Daí que concluiu que a nossa jurisprudência anterior à lei nova exigia o registro da penhora. Como no caso não havia registro da penhora, afastou a alegação de fraude.

Os embargos de divergência foram ajuizados trazendo paradigma de que relatou o Min. Ari Pargendler em que se reconheceu a existência de fraude com idêntica situação de fato.

O então relator, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, não recebeu os embargos ao fundamento de que no paradigma relevou-se "o fato de que grande parte do preço foi pago já estando registrada a penhora. Ressalte-se que este fato não passou despercebido do eminente Relator do aresto embargado, às f." (f.).

A decisão anterior, todavia, foi alterada em agravo regimental pelo novo relator Min. Ari Pargendler, o qual, na sessão de julgamento, conheceu dos embargos e lhes deu provimento para restabelecer o julgado que reconheceu a fraude de execução. Segundo o ilustre Relator, a tese jurídica acolhida pelo acórdão está assentada no art. 593, II, do CPC. Considerou o Min. Ari Pargendler que "se ao tempo da alienação já havia demanda contra o devedor, capaz de reduzi-lo à insolvência, há fraude à execução, ainda que o processo estivesse na fase de conhecimento. Nessa etapa, não há penhora, nem pode haver, conseqüentemente, registro dela". O registro só é exigível para que a constrição seja oponível a terceiros "quando se tratar de título executivo extrajudicial" e, no caso, trata-se de fraude de execução "antes da formação do título judicial".

Divergiu o Min. Fernando Gonçalves não conhecendo dos embargos de divergência. Considerou o Min. Fernando Gonçalves que a divergência está ausente "dado que no acórdão paradigma a situação de fato repousa no pagamento de grande parte do preço já estando registrada a penhora, detalhe, aliás, já destacado pelo em. Relator do acórdão embargado, como já declinado. Ademais, no geral, o acórdão paradigma acolhe a tese do julgado local no sentido do reconhecimento presumido da fraude (art. 593, II, do CPC), sendo esta (fraude) excluída pelo acórdão embargado".

No paradigma está anotado que deve prevalecer o valor representado pela efetiva administração da Justiça sobre aquele da boa-fé dos adquirentes, assinalando que "os promitentes compradores provavelmente agiram de boa-fé, mas tiveram uma conduta temerária, para não dizer negligente, contratando uma compra e venda e pagando respectivo preço quando a incorporação imobiliária sequer tinha sido registrada no Ofício Imobiliário (vide sentença - f.)". Destacou, ainda, que a promessa foi ajustada em 22.01.1994, com pagamento quitado em 05.11.1996, mas já registrada a penhora no Ofício Imobiliário desde 06.09.1995, ou seja, "grande parte do preço foi pago já estando registrada a penhora", com o que, "Nessas condições, seria exigir demais do casal Tuffy Mahmud Assad a prova da insolvência de Cetal Construções Ltda.; esse ônus é do casal José Arlindo Zanin, autor dos embargos de terceiro" (f.).

Vê-se que o acórdão levou em conta a prevalência da efetiva administração da Justiça sobre a boa-fé dos adquirentes, o fato de grande parte do preço ter sido efetuado quando já registrada a penhora no Cartório de Registro de Imóveis e que a prova da insolvência cabia aos promitentes compradores, autores dos embargos de terceiro.

No acórdão embargado, está feito um escorço histórico da posição do Relator sobre o tema da fraude de execução no sentido de que suficiente a prévia existência de ação para a configuração da fraude concluindo que com a nova legislação é necessária a inscrição da penhora e que mesmo antes dela a jurisprudência da Corte já assim entendia. Ademais, o aresto embargado destacou que a tese ficou apenas no plano de saber se a fraude estava caracterizada automaticamente, na pendência da execução, afirmando que tal não era a posição desta Corte. Destacou, ainda, que o precedente da Relatoria do Ministro Ari Pargendler chegou "à conclusão inversa à presente, porém também ao fundamento de que 'grande parte do preço foi pago já estando registrada a penhora", prosseguindo

para afirmar que essa "circunstância absolutamente não constou do aresto *a quo*, de modo que não se pode ter uma idéia de que, se fosse outra a situação, a 3.ª Turma teria decidido de modo diferente", concluindo que não haveria "similitude fáctica com os precedentes apontados, embora também se cuide de imóvel alienado pela mesma Cetal".

Vou pedir vênia ao eminente Relator para não conhecer dos embargos.

Entendo que, de fato, as condições examinadas no paradigma não foram objeto de exame pelo acórdão embargado. E isso não apenas no tocante àquela circunstância do pagamento de grande parte do preço quando já registrada a penhora, mas porque no paradigma está considerado o fato específico de que a prova da insolvência caberia ao adquirente e não ao exeqüente, sendo certo que o acórdão embargado ficou no plano da necessidade do registro da penhora para o reconhecimento da fraude, sem adentrar na questão da fraude oriunda de ação de conhecimento em que penhora não há e, ainda, a quem caberia a prova da insolvência, se ao adquirente ou ao exeqüente, o que me parece fundamento relevante não examinado.

Não conheço dos embargos de divergência.

VOTO-VISTA - O Exmo. Sr. Min. Jorge Scartezzini: Srs. Ministros, em breve retomada, trata-se de Embargos de Divergência referente a v. aresto da C. Quarta Turma, de Relatoria do E. Min. Aldir Passarinho Junior (f.), assim ementado: "Processual civil. Embargos de terceiro. Alegação de fraude à execução. Alienação na pendência de execução. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida do adquirente. Lei 8.953/94. CPC, art. 593, II.

I. Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstância, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução.

II. Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação, ainda que posterior à citação da empresa alienante na ação de execução, é eficaz.

III. Precedentes do STJ.

IV. Recurso especial conhecido e provido."

Aduzem os embargantes (f.) dissonância com v. acórdão da C. Terceira Turma, de Relatoria do E. Min. Ari Pargendler, que reconheceu em fraude à execução a venda de imóvel "enquanto pendente ação proposta contra o vendedor" (f.).

Na assentada de 28.09.2005, o E. relator, Min. Ari Pargendler, conheceu dos Divergentes, dando-lhes provimento, no que foi acompanhado pela E. Min. Nancy Andrighi; a seu turno, o E. Min. Fernando Gonçalves, aos 23.11.2005, não conheceu dos Embargos, entendimento analogamente esposado, na sessão de 27.09.2006, pelo E. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

Na oportunidade, após vista dos autos, *acompanho a divergência, não conhecendo destes Embargos*. Isso porque, como sobejamente cediço, nos Divergentes, a par do cotejo analítico entre os v. arestos embargado e paradigma, com menção às circunstâncias demonstrativas da similitude fática entre os mesmos, não se prescinde da *manifestação de distintas interpretações sobre análoga questão jurídica*, requisito formal não observado, *in casu*, em ofensa aos ditames do art. 266, § 1.º, c/c o art. 255, § 2.º, do RISTJ.

Deveras, como se infere do v. paradigma: 1) a alienação imobiliária ocorreu "pendente ação" de conhecimento, em razão do que debateu-se sobre a possibilidade de reconhecimento da fraude à execução independentemente do registro de penhora, constrição inexistente em aludido estágio processual;

2) concluiu-se pela inviabilidade de se exigir do credor/exeqüente "a prova da

insolvência" do devedor/executado: "esse ônus é do (...) autor dos embargos de terceiro", adquirente do imóvel. Ora, trata-se de questões jurídicas que se mostraram relevantes ao deslinde da controvérsia e absolutamente não discutidas no v. aresto embargado, em que, como bem resumido pelo E. Min. Carlos Alberto Menezes Direito em seu voto-vista, o debate limitou-se à "necessidade do registro da penhora para o reconhecimento da fraude" à execução, concluindo-se positivamente, em consonância à orientação jurisprudencial deste e. Colegiado de Uniformização Infraconstitucional.

Ademais, faticamente, no v. paradigma, "grande parte do preço foi pago já estando registrada a penhora", não se podendo ter idéia, como bem anotado no v. aresto embargado, "de que, se fosse outra a situação, a 3.ª Turma teria decidido de modo diferente".

Por tais fundamentos, acompanho a divergência, não conhecendo dos Embargos de Divergência.

É como voto.

VOTO-VISTA – Min. Humberto Gomes De Barros: Todos os aspectos da discussão já foram amplamente abordados nos votos precedentes.

Louvo a iniciativa dos embargantes em trazer tão relevante questão ao exame da 2ª Seção.

Antes de atender as pretensões das partes envolvidas, os embargos de divergência satisfazem os interesses do Superior Tribunal de Justiça, em ajustar descompassos na interpretação do direito federal. Neste caso está clara a existência de precedentes contraditórios.

Temos que decidir, basicamente, se a boa-fé do adquirente é relevante na caracterização da fraude à execução.

O teor do acórdão embargado, a inexistência de registro da penhora do bem alienado, autoriza concluir que o adquirente agiu em boa-fé, merecendo, por isso, que seus interesses sejam preservados.

Já no acórdão paradigma, fixou-se a tese de que a boa-fé do adquirente é irrelevante: basta a citação válida do devedor-alienante, em processo capaz de conduzi-lo à insolvência.

O art. 593, II, do CPC considera em fraude de execução a alienação ou oneração no curso de demanda contra o devedor, capaz de reduzi-lo à insolvência.

Os requisitos da fraude estão todos no referido artigo.

Alienado o bem após a citação válida do devedor em qualquer processo capaz de reduzi-lo à insolvência, há fraude.

A penhora - ou melhor, o registro da penhora, não é - nem jamais foi - requisito para a caracterização da fraude a execução prevista no art. 593, II, do CPC, que não encontra complemento no art. 659, § 4.º, do CPC.

São hipóteses completamente distintas! Há fraude quando o executado, mesmo após o registro da penhora, vende o bem que garantia a execução a terceiro.

Também há fraude quando o demandado, regularmente citado, se desfaz de seu patrimônio no curso de demanda contra ele, capaz de levá-lo à insolvência? Há também. Essa é a hipótese do art. 593, II, do CPC.

Uma hipótese não exclui a outra.

São hipóteses distintas porque muitos fatos podem revelar a fraude à execução. É o próprio Código de Processo Civil que autoriza essa conclusão (art. 593, I e III).

Em resumo: a boa-fé do adquirente é irrelevante para a caracterização da fraude à execução. Importantes são os requisitos objetivos (não subjetivos!) previstos na Lei.

Nem se diga que essa tese torna inseguros os negócios jurídicos. Em verdade, manda velha tradição que a pessoa interessada em adquirir algum bem valioso, pesquise, nos registros forenses, eventual pendência de processos contra o pretendente vendedor. Quem despreza essa cautela, mostra-se imprudente e se ex-

põe ao risco de – mesmo inconscientemente - estar contribuindo para fraudar a efetiva distribuição de Justiça.
No caso concreto, a venda se deu após a citação válida do devedor/vendedor. Houve fraude.
Acompanho o eminente Min. Ari Pargendler, Relator, provendo os embargos de divergência.

VOTO-DESEMPATE - Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior (Presidente): Srs. Ministros, como resultou empatada a votação, peço vênia para acompanhar a divergência pelos mesmos fundamentos do meu voto proferido no recurso especial, perante a 4ª Turma, em que entendi que não havia a configuração do dissídio.
Não conheço dos embargos de divergência, acompanhando o voto do Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 2ª Seção
Número Registro: 2003/0232410-1
EREsp 509827 / SP
Números Origem: 1259234900 200200710579 200300476791 99998
Pauta: 28.09.2005
Julgado: 25.04.2007
Relator: Exmo. Sr. Min. Ari Pargendler
Relator para Acórdão: Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito
Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior
Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Washington Bolívar de Britto Júnior
Secretária: Bela. Helena Maria Antunes de Oliveira e Silva

AUTUAÇÃO
Embargante: Tuffy Mahmud Assad e Outro
Advogado: Clito Fornaciari Junior e Outro
Embargado: Arcide Zanatta
Advogado: Siegfried Oesterwind e Outros
ASSUNTO: Execução - Fraude

CERTIDÃO - Certifico que a egrégia 2ª Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. Humberto Gomes de Barros conhecendo dos embargos e lhes dando provimento e do voto de desempate do Sr. Ministro Presidente, não conhecendo dos Embargos de Divergência, a Seção, por maioria, não conheceu dos Embargos de Divergência. Lavrará o acórdão o Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito (art. 52, IV, b, RISTJ).
Votaram vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler, Nancy Andrighi e Humberto Gomes de Barros.
Votaram com o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini.
Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Castro Filho, Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha. (art. 162, § 2.°, do RISTJ).
Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.
Brasília, 25 de abril de 2007
Helena Maria Antunes de Oliveira e Silva - Secretária

VI TRABALHOS FORENSES

Registro civil de pessoas jurídicas. Transformação de associação em fundação. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Ausência de bens livres

ANTONIO REYNALDO FILHO
Oficial.

Proc. 333/2005 – Primeira Vara Cível de Piracicaba-SP
Requerente: Fundação Mário Dedini.
Pedido de Providências.

MM. Juiz

Em atenção à remessa dos presentes autos a este Registro de Imóveis, tem-se a honra de informar a Vossa Excelência o quanto segue:

I – TÍTULO OBJETO DO DISSENSO

Trata-se de pedido de averbação de transformação de associação em fundação, deduzido por Dedini Serviço Social, instruído com a ata da assembléia geral extraordinária da entidade realizada no dia 23.12.2004 e escritura pública lavrada nas notas do 3° Tabelião desta comarca, no dia 07.01.2005, às f. 052 do Livro 511.

Referido título, tendo sido apresentado para averbação no Registro lavrado sob o n. 194, no Livro A deste Registro Civil das Pessoas Jurídicas, foi regularmente Prenotado sob o n. 9.535, no dia 14.01.2005, qualificado negativamente e devolvido à parte interessada consoante a nota de devolução formalizada no dia 31 de janeiro do mesmo ano.

II – PRELIMINARMENTE

II.a – Da inadequação do procedimento

De início, peço vênia a Vossa Excelência para deixar assentado nestes autos o quanto segue, face ao teor da petição de f. 02/03.

O ato de alteração estatutária, (no caso, transformação), de pessoa jurídica de direito privado, é escriturado no registro competente em forma de *averbação*, como tem ciência a requerente, pelo que corretamente requerido por meio do documento de f. 20.

Conforme exaustiva e reiteradamente decidido pelo Colendo Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, o procedimento adequado para dirimir o dissenso entre o interessado e o registrador nos atos de *averbação* é o *recurso administrativo*, regulado pelo art. 246 do Código Judiciário do Estado e *não* o de *dúvida*, previsto nos arts. 198 e seguintes da Lei Registrária (Lei 6.015/73), aplicável única e tão-somente aos casos de *registro em sentido estrito*.

Tal informação já fora veiculada por este registrador nos Autos 516/2004 desse d. Juízo, em cujo feito a requerente também se acha patrocinada pelo culto Advogado Dr. Olenio Francisco Sacconi, tendo sido colacionado naquela oportunidade parecer do estudioso magistrado Dr. Francisco Eduardo Loureiro, exarado nos autos do Processo CG 283/92, cujos termos, em virtude da dificuldade de assimilação e interpretação, faz-se necessário repisar:

"Inicialmente, é bom ressaltar que o exame do presente caso é da competência desta Corregedoria Geral da Justiça. Isso porque, como bem frisado na sentença recorrida, de dúvida não se trata, na ausência de dissenso versando sobre ato de registro em sentido estrito. Em tema de pessoa jurídica, já ficou decidido, por precedente do C. Conselho Superior da Magistratura, que pedido de averbação de alteração contratual recai, em âmbito recursal, na esfera de competência da Corregedoria Geral da Justiça (Ap. Civ. 7.410-0/2 – Capital)".

Nesse sentido, igualmente, frisou o E. Conselho Superior da Magistratura, nos autos da ApCív 57.554-0/0, em que foi relator o Des. Sérgio Nigro Augusto Conceição, que:

"no que tange ao registro civil das pessoas jurídicas, somente se admite o procedimento de dúvida naquelas hipóteses em que o título em exame é, em tese, potencialmente hábil a gerar uma mutação jurídica destinada a conferir existência a um novo ente imaterial. No caso concreto, almejado ato averbatório, não se cogita de registro em sentido estrito, recaindo a competência recursal sobre a Corregedoria Geral da Justiça".

Diz o causídico na sua exordial:

"Seguindo orientação do próprio oficial, expressa nas Observações contidas na Nota de Devolução, a Requerente requereu a suscitação de dúvida perante a própria Serventia como estabelecida no Obs – '3'. Contudo, o Sr. Oficial, através dos serventuários responsáveis pelo setor, em particular Sra. Maria Aparecida E. de Almeida, se recusa a protocolar, sequer, a petição esclarecedora, orien-

tando a Requerente para protocolá-la no Fórum, dirigida a V.Exa. Uma vez mais, pontifica a intransigência do referido Oficial, que sequer se digna a receber o requerimento que ele próprio orienta para ser dirigido à Serventia".

Ora, Excelência, às fls. 05/06 destes autos se encontra encartada a nota devolutiva referida, em cujo rodapé pode ser verificada a sobredita "Obs-3", que fixa:

"Não concordando com os termos desta, queira proceder na forma prevista no art. 198 da Lei 6.015/73 (se o ato for de registro, requerendo suscitação de dúvida perante esta serventia, *e se o ato for de averbação em procedimento administrativo, requerido diretamente na Corregedoria permanente desta Serventia*)" – grifamos.

Vê-se, daí, que a requerente dispunha da informação necessária para percorrer o caminho correto previsto em lei (recurso administrativo, eis que se trata de averbação), parecendo-nos, todavia, que por descuido não observou tal assertiva na íntegra, até porque apenas grifou-a parcialmente às fls. 06.

II.b – Da ilegitimidade de parte

Figura como requerente da presente medida a Fundação Mário Dedini, entretanto, seu ato constitutivo (escritura pública) constitui o próprio título objeto do dissenso, cujo registro é perseguido.

Consequentemente, trata-se de entidade despersonalizada, sem existência real no mundo jurídico, realidade esta que só se efetivará à partir do regular registro no órgão competente, consoante arts. 45 do CC e 119 da Lei Federal 6.015/73.

Importa transcrever, nesse diapasão, parte do *decisium* prolatado pelo E. Conselho Superior da Magistratura, nos autos da ApCív 105-6/1, *in verbis*:

"...razão assiste à I. Procuradoria de Justiça quando aponta a ausência de legitimidade para o recurso, se o interpõe pessoa jurídica despida de personalidade, afinal negado o registro de seus estatutos".

II.c – Necessidade da apresentação do título na via original

Conforme se depreende dos autos, a escritura pública que deu azo à transformação, bem como a ata da assembléia do dia 23.12.2004, foram juntados em forma de *cópia simples*, já estando sedimentado o entendimento no E. Conselho Superior da Magistratura no sentido de que o título deve ser anexado na *via original*.

Vale reproduzir, por exemplo, o julgamento proferido nos autos da ApCív 73868-0/0, da comarca de Americana:

"O recorrente juntou, com o requerimento inicial, em procedimento invertido apenas cópias da escritura pública de compra e venda (fls. 05/07). Este Conselho, já por inúmeras vezes decidiu que o título deve ser apresentado em seu original e não por cópias, ainda que autenticadas (...) Ora, sem a apresentação do título original, não admite a discussão do quanto mais se venha a deduzir nos autos, porque o registro, em hipótese alguma, poderá ser autorizado, nos termos do art. 203, II, da Lei 6.015/73".

II.d – Dos procedimentos em que figura como parte o 2.º Oficial de Registro de Imóveis de Piracicaba

Sem qualquer motivação aparente (pressão, talvez?) ou conexão com o seu pleito, faz o inspirado Advogado menção ao aumento de trabalho de Vossa Excelência, no que tange a distribuição de processos em que figura como parte o 2.º Oficial de Registro de Imóveis de Piracicaba ["*Em 9 anos, 38 processos, dos quais 20 (52,63%) foram gerados em pouco mais de 1 ano e meio de gestão do atual Oficial*"].

No afã de facilitar o trabalho do conspícuo Advogado, passamos a destacar o resultado de cada um dos aludidos feitos e a percentagem de procedência dos mesmos em favor do 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca, o que se faz fundamentalmente em atenção à consciência de atuação profissional deste oficial registrador, que sempre atua de modo a primar pela segurança jurídica que deve imperar nos assentos registrários.

1) Proc. 1.805/2003 (Pedido de retificação de área deferido);
2) Proc. 2.355/2003 (Pedido de retificação de área deferido);
3) Proc. 648/2004 (Pedido de retificação de registro deferido);
4) Proc. 2.356/2003 (Pedido de inserção de área deferido);
5) Proc. 2.509/2003 (Pedido de retificação de registro deferido);
6) Proc. 3.011/2003 (Processo de dúvida inversa – pretensão do requerente indeferida);
7) Proc. 441/2004 (Pedido de retificação de área deferido);
8) Proc. 448/2004 (Pedido de providências – pretensão do requerente indeferida);
9) Proc. 600/2004 (Pedido de providências – desmembramento sucessivo – pretensão do requerente indeferida);
10) Proc. 601/2004 (Pedido de providências – desmembramento sucessivo – pretensão do requerente indeferida);
11) Proc. 971/2004 (Processo de dúvida inversa – pretensão do requerente indeferida – interposto recurso – pendente de julgamento);
12) Proc. 1.072/2004 (Pedido de retificação de registro deferido);
13) Proc. 1.109/2004 (Pedido de providências – pretensão do requerente indeferida);
14) Proc. 1.764/2004 (Pedido de providências – pedido de dispensa de georreferenciamento de imóvel rural – pendente de julgamento);
15) Proc. 897/2004 (Pedido de retificação de registro – pendente de julgamento);
16) Proc. 2.645/2003 (Processo de dúvida inversa – foi determinado o registro);
17) Proc. 2.858/2003 (Pedido de providências – pretensão do requerente indeferida – falta de previsão legal para o registro pretendido);
18) Proc. 1.509/2004 (Pedido de providências – pretensão do requerente deferido – foi determinado o registro);

19) Proc. 516/2004 (Pedido de providências – pretensão do requerente indeferida – interposto recurso – pendente de julgamento);
20) Proc. 1.296/2004 (Pedido de providências – pretensão do requerente indeferida).

Em suma, portanto, tem-se que, dos *20* feitos mencionados pela requerente, existentes entre 07.05.2003 e 29.09.2004, *7* referem-se à *retificação de registro deferidas* (perpetradas por ausência de medidas ou precariedade em descrições de imóveis, p. ex.); *1* trata de *retificação de registro, pendente de julgamento;* e *9* tratam de *pedidos de providências*, sendo que *7* foram indeferidos, ou seja, houve rejeição da pretensão da parte (sendo que em um deles há recurso pendente); *1* foi deferido (com o acolhimento da pretensão da parte), e *1* encontra-se pendente de julgamento em primeira instância. Portanto, quanto aos pedidos de providências requeridos por terceiros, que são aqueles que eventualmente podem decorrer de dissenso entre apresentante e oficial registrador na prática de ato de averbação, chega-se ao percentual de *indeferimento de 77,77%* (em que pese um deles esteja pendente de julgamento em grau de recurso).

Ademais, relativamente aos *processos de dúvida* (ocasionados em virtude de divergência entre apresentante e oficial registrador na prática de ato de registro), que são *3*, tem-se que em 2 deles a pretensão do requerente foi indeferida (havendo recurso pendente com um deles), e em *1* a pretensão do requerente foi acolhida para determinar o registro. Assim, chega-se ao percentual de *indeferimento de 66,66%* (em que pese um deles esteja pendente de julgamento em grau de recurso).

III – Da nota de devolução de f. 05/06

Na nota de devolução de f. 05/06 foram apontadas várias exigências que, no sentir deste oficial, devem ser sanadas para o registro perseguido, a saber, resumidamente:

a) o instituto da transformação *não tem aplicação no que concerne às fundações;*

b) necessidade de se ter a dotação de *bens livres*, contrapondo-se a eles o patrimônio (que inclui ativo e passivo, ocorrendo a assunção pela nova pessoa de direitos e obrigações, em especial de natureza tributária e trabalhista); bem como a necessidade de constar do título a *relação dos bens* que integram a dotação, com a menção de estarem os mesmos livres, mediante apresentação de prova respectiva;

c) necessidade do *consentimento de todos* os associados, conforme arts. 1.114 e 2.033 do CC;

d) apresentação de *certidão expedida pelo FGTS;*

e) apresentação de *ata de eleição e posse* realizada aos 17.12.2003.

III.a – Aplicação do instituto da tranformação às associações

Acerca do tema em testilha, ensina o respeitado jurista José Edwaldo Tavares Borba (Advogado especialista em Direito Empresarial no Rio de Janeiro, Procu-

rador do Estado do Rio de Janeiro, professor da Fundação Getúlio Vargas, Escola da Magistratura, autor de diversas obras jurídicas), *in* "Direito Societário" – Ed. Renovar, 2003 – 9ª Edição, pág. 460:

"O instituto da transformação (art. 220) tem o seu raio de abrangência circunscrito às sociedades: transforma-se uma sociedade em nome coletivo em sociedade limitada, ou em sociedade anônima, ou ainda em qualquer espécie societária".

Com efeito, apesar de não haver vedação legal à transformação em análise, como alega a requerente, a falta de identidade estrutural impede a operação, eis que a associação corresponde a uma união de pessoas, uma corporação, ao passo que, a fundação, um acervo de bens que, por meio de autorização legal, adquire a faculdade de agir no mundo jurídico, não abarcando a figura do associado.

Salienta Silvio De Salvo Venosa que:

"Nas fundações, há de início um patrimônio despersonalizado, destinado a um fim. Ao contrário das sociedades e associações, que são uma reunião de pessoas, uma coletividade, as fundações assentam sua razão de ser no patrimônio para certa finalidade" (*apud Direito Civil*, Atlas, 4ª ed., p. 299).

Pela impossibilidade da pretendida transformação, sustentou também a Promotora de Justiça de Curitiba, Dra. Cibele Cristina Freitas de Resende (*in* As "Fundações e o Novo Código Civil", 2003, *site* www.fundata.org.br/artigos.htm, do Centro de Estudos de Fundações de Interesse Social – CEFEIS), o seguinte:

"Assim, concluímos que as fundações já instituídas – independentemente dos fins já previstos – deverão se adequar às normas do novo Código no que diz respeito tão-somente ao seu funcionamento.

De outro vértice, essa diferenciação quanto às fundações não foi feita claramente em face do art. 2.033, o qual dispõe que, salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, referidas no art. 44 (sociedades, associações, fundações), bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código.

Se considerarmos como atos constitutivos a escritura pública e os estatutos da fundação, como visto, a primeira não pode mais ser alterada, e as normas estatutárias serão passíveis de mudança apenas em algumas hipóteses, dentre as quais não se insere a restrição de finalidades.

Outrossim, há que se considerar que não se aplicam às fundações, os institutos da transformação, da incorporação, cisão total ou fusão. (grifei)

Nessa perspectiva, entendemos que as regras em relação as quais deverão as fundações já constituídas se adequar, dizem respeito às previsões passíveis de serem alteradas e que sejam pertinentes ao seu funcionamento, tais como, os arts. 67 e 68".

Importa reproduzir, também, entendimento do Ministério Público de Minas Gerais no que atina à dúvida em cotejo, que mantém em seu site explicações concernentes ao tema "O que é fundação" (www.mp.mg.gov.br/caots):

"1 – *Uma associação ou sociedade pode se transformar em uma fundação? Não*, a associação pode instituir uma fundação. Pode, inclusive, instituir a fundação

como todo o seu patrimônio e se extinguir, pois *é impossível juridicamente a transformação de um 'grupo de pessoas físicas', em um patrimônio"* (grifei)

Ainda em abono à sobredita tese, é lapidar a conclusão a que chegaram os Procuradores da República Alexandre Espinosa Bravo Barbosa e Elisandra de Oliveira Olimpio, e a Procuradora-Chefe da União Maria José de Oliveira Lima Roque, na petição inicial de Ação Civil Pública distribuída perante a Primeira Vara Federal Cível Especializada da Justiça Federal – Seção Judiciária do Espírito Santo (*in* www.pres.mpf.gov.br/prdc/patpubsocial), que nesta ocasião se reproduz, *data venia*, apenas para fins didáticos:

"Fundação e associação são coisas completamente diferentes. Enquanto na fundação o elemento essencial é o patrimônio destinado à realização de certos fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade, as associações caracterizam-se pela união de determinadas pessoas para atingir certos fins de que elas mesmas beneficiam. Se fosse verdadeira a afirmativa de que não existe fundação por ausência de patrimônio, seria igualmente verdadeira a afirmativa de que não existiria associação por ausência de membros ou associados.

Portanto, a fundação não é uma associação mais um patrimônio, de forma que retirando-se o último restaria a segunda (primeira). Se houvesse nulidade na instituição da pessoa jurídica fundação, nada restaria em seu lugar além de um patrimônio a ser incorporado, na forma da lei ou dos estatutos. Seriam os bens da fundação inexistente, coisas sem dono, insuscetíveis de apropriação por terceiros".

Em que pese a requerente ter se reportado à Resolução Complementar expedida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de modo a enfatizar que este órgão admite a transformação de associação (e outras entidades) em fundação, cremos que tal interpretação se mostra equivocada.

Pois, vejamos, na medida em que o art. 1.º da referida Resolução (fls. 15) consigna que as providências lá fixadas cabem a "*Qualquer interessado que pretender a instituição de uma Fundação ou a alteração estatutária de entidade já existente*", resta claro que o termo "entidade" foi empregado para se referir à única e tão-somente "fundação", visto que, se for conferido ao dispositivo interpretação diversa, chegaríamos ao absurdo de se ter a necessidade de manifestação do *Parquet* em alterações estatutárias efetivadas em quaisquer pessoas jurídicas de direito privado (p.ex.: sociedade anônima, sociedade limitada), o que não foi pretendido pelo legislador constitucional (art. 127,CF/88).

III.b – Necessidade de "bens" livres e ausência da respectiva relação e especialização

Dispõe o *caput* do art. 62 do Estatuto Civil:

"Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de *bens* livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la". (grifamos)

Como é cediço, o conceito de *bens livres* é distinto do de *patrimônio*, notadamente para o fim proposto.

O insigne De Plácido e Silva nos oferece um dos conceitos de *bens livres* (*apud Vocabulário Jurídico*, Forense, 1993):

"...os bens dizem-se livres quando não estão sobrecarregados de qualquer ônus, compromisso ou obrigação. São livres sob qualquer aspecto, não pesando sobre eles qualquer ônus reais ou qualquer direito alheio que possam restringir a ação de seu titular".

No que tange ao vocábulo *patrimônio*, o mesmo autor traça linhas explicativas a respeito de seu significado, interessando-nos, para o presente caso, duas delas, uma com *sentido jurídico* (a qual, aliás, foi seguida pela requerente na transformação levada a cabo), e outra com *sentido restrito*, que da primeira difere e que tem utilização nas fundações, a saber:

"No *sentido jurídico*, seja civil ou comercial, ou mesmo no sentido de Direito Público, patrimônio entende-se o *conjunto de bens, de direitos e obrigações, apreciáveis economicamente*, isto é, em dinheiro, pertencentes a uma pessoa, natural ou jurídica, e constituindo uma universalidade" (grifamos)

De outra parte, De Plácido e Silva consigna que "*em sentido restrito*, é o vocábulo empregado para designar uma *certa massa de bens* a que se deu um destino certo, ou que foi constituída ou composta com uma afetação especial.

É o caso das fundações, cuja personalidade decorre da instituição patrimonial em que foi erigida" (grifamos).

Analisando o tema, o membro do Ministério Público paulista Edson José Rafael, em sua obra *Fundações e Direito – 3º Setor – Melhoramentos*, p. 93, salienta:

"...não nos parece possível criar uma fundação quando o patrimônio do instituidor já esteja comprometido com credores que, assim, ficariam sem as garantias necessárias para o recebimento dos respectivos créditos. Se, por má-fé ou engodo do instituidor, for constituída a fundação, com visível fraude contra credores, podem estes valer-se de ação anulatória, desconstituindo judicialmente aquilo que legalmente não poderia ter nascido".

O saudoso J. M. de Carvalho Santos fixa que:

"Se os bens dotados prejudicam credores ou a legítima de herdeiros, evidente é a nulidade da instituição. Os credores ou os herdeiros necessários poderão pleitear a nulidade em tais casos, porque o que existe, em realidade, é uma liberalidade, que lhes é lesiva dos direitos seus. Os credores podem lançar mão da ação pauliana" (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 8ª ed., Livraria Freitas Bastos, 1958, v. I, p. 405).

A despeito de tais ponderações, da escritura pública de constituição da Fundação Mário Dedini (que reproduz o inteiro teor da Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada no dia 23.12.2004), não há como se aferir se os bens

dotados ostentam o *status* de bens livres como quer o legislador, posto não haver relação e especialização desses bens, como delineado acima.

Ao revés, o ato notarial menciona simplesmente a "*transferência do patrimônio (ativo/passivo)*, conforme o balanço levantado em 30.11.2004" (grifamos).

A "dotação" do patrimônio não discriminado da associação implica na eventual transferência para a fundação também de *obrigações*. Aliás, a própria requerente, às fls. 12, assevera haver "compromissos (obrigações) que não podem sofrer solução de continuidade, como, por exemplo, os inúmeros contratos com planos de saúde, convênios médicos, farmácias, etc.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que: "a existência de qualquer ônus ou encargo, que pese sobre eles (bens), poria em risco a própria existência do ente, na eventualidade de virem a desaparecer, ou de se desfalcarem sensivelmente, frustrando desta sorte a realização dos objetivos" (em *Instituições de Direito Civil*, v. I, Forense, 1978, p. 306). Evidentemente, sempre haveria o risco de as obrigações superarem sobremaneira os bens livres, já que umas e outras não foram discriminadas no instrumento.

Como ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

"para a criação de uma fundação deve o instituidor necessariamente destacar determinada parcela de seu patrimônio pessoal, composta por *bens móveis* (grifamos) ou imóveis especificando-os e atribuindo-lhes determinada finalidade não econômica..." (*Novo Curso de Direito Civil*, v. I, Saraiva, 2002, p. 225).

Cabe trazer à lume, para bem demonstrar o que foi dito, minuta de escritura pública de fundação disponibilizada no site do Ministério Público deste Estado (www.mp.sp.gov.br/caocivel/fundacoes), de onde se extrai a seguinte redação: "resolve criar uma fundação (...) sendo senhor e legítimo possuidor dos seguintes bens móveis (...) encontrando-se os mesmos livres e desembaraçados de quaisquer ônus judiciais ou extrajudiciais e não tendo credores que possam ser prejudicados..."

Por derradeiro, entendemos que a sucessão tributária e trabalhista, previstas nas legislações pertinentes para os casos de transformação, contrapõe-se ao conceito de bens livres mencionado pelo legislador.

Importa salientar, ainda, que o ato notarial em cotejo deixa expresso que "os valores patrimoniais, *supervenientes, apurados* em definitivo, na contabilidade, após a data do fechamento do balanço, *serão*, também, *vertidos para o patrimônio da fundação*" (grifamos), dando margem esta disposição, destarte, à indeterminação de alguns dos bens que integrarão o patrimônio da fundação (*eis que serão apurados em data futura*), o que também vai de encontro ao espírito da lei regente.

Por fim, cumpre destacar à requerente, com a devida vênia de Vossa Excelência, ante a assertiva de fls. 13, que não só os bens imóveis, mas também os bens móveis e direitos, podem ser onerados ou não estarem "livres", de conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

III.c – Ausência de consentimento unânime dos associados

Ainda sob a ótica do novel Código Civil, se se entender possível a transformação almejada, cremos que seja necessário o *consentimento unânime dos associados*, em cumprimento ao disposto no art. 2.033 c/c o art. 1.114 do referido diploma legal.

III.d – Exigibilidade da apresentação de certidão do FGTS e das atas de eleição e posse para registro

Relativamente à exigência da apresentação de certidão correspondente ao FGTS, em nome da associação, a mesma foi encartada às fls. 18 dos autos.

Já no que concerne à exigência para registro das atas de eleição e posse do dia 17.12.2003, as mesmas foram devidamente protocoladas nesta Serventia (fls. 19) e registradas.

IV – OUTROS ÓBICES CONSIDERADOS IMPEDIENTES DA TRANSFORMAÇÃO

Atente-se, ainda, que, com a "transformação", se dá a extinção da associação. De acordo com o estatuto da Dedini Serviço Social, em caso de dissolução, o acervo existente deve ser destinado a uma entidade assistencial local, de fins idênticos ou semelhantes, concluindo-se, portanto, que a destinatária deve ser uma pessoa jurídica já existente. Aliás, esta regra está de acordo com o art. 61 do Estatuto Civil. Frise-se, a transformação não está prevista no estatuto.

V – JUÍZO DE QUALIFICAÇÃO DO OFICIAL REGISTRADOR

Finalmente, à vista da ressalva feita pela requerente às fls. 14, e no afã de se eliminar qualquer dúvida que paire no que atina ao juízo de qualificação do oficial registrador, reproduz-se, *em seu inteiro teor*, a informação consignada no item "4" das "observações" contidas na nota devolutiva de fls. 05/06, a saber: "*nosso interesse é, sempre, acolher para registro os títulos, sendo imperativo legal a formulação de exigências*", destacando-se esta última parte porque, como já decidiu por inúmeras vezes a E. Corregedoria Geral da Justiça deste Estado, a exemplo dos Autos 2.588/2000, "a qualificação registrária não é um simples processo mecânico, chancelador dos atos já praticados, mas parte, isso sim, de uma análise lógica, voltada para perquirição da compatibilidade entre os assentamentos registrários e os títulos causais (judiciais ou extrajudiciais), sempre feita à luz das normas cogentes em vigor".

Segue acostado parecer exarado pelo assessor jurídico da Serventia, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça deste Estado, Dr. Narciso Orlandi Neto.

São essas, MM. Juiz, as informações que, nesta oportunidade, ocorreu-se prestar a esse d. Juízo, permanecendo esta Serventia no aguardo do que Vossa Excelência decidir.

Piracicaba, 22 de março de 2005.

ANTONIO REYNALDO FILHO
Oficial

Nota do Editor: o pedido de providências referente à presente informação foi julgado improcedente pela E. Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, mantendo-se a recusa à averbação pleiteada, conforme Processo CG 494/2006 - Piracicaba - Fundação Mário Dedini - Advogados: Olenio Francisco Sacconi, OAB/SP 25.777 e Noelir Cesta, OAB/SP 34.508

Decisão: Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria e, por seus fundamentos que adoto, recebo a apelação interposta como recurso administrativo, e nego-lhe provimento. Arquivem-se os autos na origem.

Publique-se. São Paulo, 8 de agosto de 2006 - (a) GILBERTO PASSOS DE FREITAS - Corregedor Geral da Justiça (*DOE* de 28.08.2006).

I ÍNDICES

Índice Onomástico

A

A. D. Melamed – 222
A. Fiestas Loza – 179
A. Floristán Imízcoz – 178
A. González Enciso – 178
A. Jonson – 153
A. Menéndez Rexach – 227
A. Pau Pedrón – 216
A. R. Dantas Júnior – 25
A. Rizzardo – 21, 22
A. Sanz Fernández – 188, 189, 190, 191, 201, 223
A. Zurimendi Isla – 164, 175, 206, 208, 209, 210, 212
Acácio Rebouças # 312
Ademar Fioranelli – 60, 61, 297
Aderbal da Cunha Gonçalves – 89
Adilson Abreu Dallari – 46, 47, 326
Adriano De Cupis – 121, 328
Adriano Marrey – 55, 312, 330
Affonso de André – 312
Afonso da Silva – 41
Afrânio de Carvalho – 58, 59, 251, 279, 284, 313, 327, 337
Aguiar Vallim – 57, 311, 312
Alcides de Mendonça Lima – 292, 293
Aldir Passarinho – 355
Aldir Passarinho Jr. – 66
Alexandre Espinosa Bravo Barbosa – 367
Alfredo Migliore – 337
Álvaro Delgado Scheelje – 246
Álvaro Luiz Valery Mirra – 324, 341
Alves Braga – 325, 337
Alvin Toffler – 115
Alzir Felippe Schmitz – 94
Américo Angélico – 107
Amilcar de Castro – 65
Ana Maria Moreira Marchesan – 335
Andrade Junqueira – 312
Andreatta Rizzo – 104
Angel Cristóbal Montes – 328
Antônio Carlos Alves Braga – 268, 315
Antonio Carlos Morais Pucci – 342
Antônio Herman V. Benjamin – 102
Antônio Pádua – 107
Antonio Reynaldo Filho – 361
Araken de Assis – 96, 290
Ari Pargendler – 26, 28, 355
Aristóteles – 116
Arnauld Belleil – 120
Aroldo Viotti – 313
Arruda Alvim – 33
Athos Gusmão Carneiro – 289
Augusto Teixeira de Freitas – 110

B

Barros Monteiro – 294, 313
Beatriz Pereira de Samuel Marques – 11
Belmiro Pedro Welter – 259
Benito Arruñada – 148

Betânia de Moraes Alfonsin – 45, 49
Blanca Rodríguez-Chaves Mimbrero
Bruno Mattos e Silva – 13, 14, 32, 291
Bruno Miragem – 102

C

C. Barrero Rodríguez – 227
C. Jerez Delgado – 190, 200
C. Paz-Ares – 155, 160, 164, 166, 169, 170, 174, 175, 195, 206, 207, 208, 210, 215, 217, 224
C. R. Pardo Núñez #148, 179, 183, 184, 199, 216
Caio Mário da Silva Pereira – 19, 20, 32, 83, 95, 347, 369
Calmom de Passos – 314
Camilla Nucci de Oliveira – 13
Cândido Rangel Dinamarco – 97, 266, 267, 290
Carlos Alberto Menezes Direito – 26, 349
Carlos Ari Sundfeld – 40, 45
Carlos Augusto de Assis – 259, 296
Carlos Ferreira de Almeida – 57
Carlos Maximiliano – 246, 248
Carlos Medeiros Silva – 334
Carlos Roberto Gonçalves – 78
Carpena Amorim – 98
Castro Nunes – 326
Celia Martínez Escribano – 125
Celso Antonio Bandeira de Mello – 326
Celso Antônio Pacheco Fiorillo – 48
Celso Guedes – 104, 106
César Asfor Rocha – 314
Cezar Peluso – 347
Chiovenda – 276
Cibele Cristina Freitas de Resende – 366
Claudia Lima Marques – 102
Cláudio de Mello Tavares – 108
Clayton César Wandscheer – 14
Clóvis Bevilacqua – 54, 88
Clovis Castelo – 108

D

D. C. North – 151
D. M. Kreps – 150
Daniela Gomes – 47
De Plácido e Silva – 368
Décio Antonio Erpen – 245, 282, 292, 309, 310, 311, 330
Décio Miranda – 326
Délcio Balestero Aleixo – 323
Dinio de Santis Garcia – 116, 118
Diógenes Gasparini – 326
Dostoievski – 119

E

E. D. Beomley – 226
E. Feil – 130, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140
E. Sjaastad – 226
Edésio Fernandes – 38, 42, 43, 47, 49
Edgard Antonio Lippman Jr. – 101
Édis Milaré – 327, 335, 336
Edison Valente – 269
Edson José Rafael – 368
Eduardo Augusto Gonçalves Dahas – 12
Eduardo Espínola – 20, 21
Eduardo Moretzsohn de Castro – 342
Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – 243, 245, 248, 262
Eduardo Tonetto Picarelli – 101
Edward Tenner – 115
Eliane M. Meira Rosa – 40
Elisandra de Oliveira Olimpio – 367
Elvino Silva Filho – 311
Enrico Tullio Liebman – 278
Enrique Martín Lopez – 118
Eugenio D'Ors – 116, 118
Eurico de Andrade Azevedo – 323
Evaristo Aragão – 260
Everaldo Augusto Cambler – 16

F

F. A. Sancho Rebullida – 186, 192, 203
F. de Castro y Bravo – 212

F. Gschnitzer – 128, 131, 133, 138, 139
F. J. de Vicente Algueró – 178
F. J. Gómez Gállico – 149
Fátima Vilas Boas Cruz – 312
Felipe Ferreira – 104
Felix Fischer – 122
Fernando Cabral – 100
Fernando P. Méndez González – 146, 148, 151, 179, 191, 216, 218, 219, 241, 245
Fonseca Tavares – 325, 337
Francesco Messineo – 89
Francisco Eduardo Loureiro – 347
Francisco Ventura de Toledo – 245, 255
François Barrière – 83
Friedrich Dessauer – 114
Fustel de Coulanges – 18, 19

G

G. Calabresi – 222
G. Gallego Del Campo – 178
G. Iro – 128, 131, 133, 134
G. Preisl – 130, 134, 139, 140
García Amigo – 156
García Cantero – 156
Gilberto Gomes Bruschi – 259
Gilberto Passos de Freitas – 86, 316, 344, 345, 348
Gustavo Corção – 114, 116

H

H. Böhm – 128
H. de Soto – 227
H. J. Berman – 156, 157, 158, 202
H. Koziol – 131, 133, 134, 140
Hans Magnus Enzensberger – 114
Hely Lopes Meirelles – 321, 323, 326, 332, 341
Heraldo Barbuy – 113
Heraldo Garcia Vitta – 326
Homero Cruz Ribeiro – 47
Humberto de Andrade Junqueira – 312
Humberto Gomes de Barros – 359
Humberto Theodoro Júnior – 15, 33, 64, 250, 253, 265, 268, 272, 291

I

I. Hernando Collazos – 187, 190
Ignace Ramonet – 117
Ilmar Galvão – 99

J

J. A. Chinchilla Peinado – 227
J. Alfaro – 160
J. E. Carreira Alvim – 268, 270
J. G. Stigler – 152
J. Garrigues – 171, 172
J. González Pérez – 227
J. Hirshleifer – 150
J. L. Lacruz Berdejo – 186, 192, 203
J. Ladaria Caldentey – 191
J. M. de Carvalho Santos – 21, 22, 23, 95, 368
J. M. Eizaguirre – 165, 166, 169, 170, 171, 175, 177, 184, 185, 195, 205, 206, 207, 208, 209, 224
J. M. Miquel González – 176, 230
J. V. Gavidia Sánchez – 156, 160
Jacques Chevalier – 116
Janaína Rigo Santin – 38, 47
Jerónimo González – 228
João Magueijo – 118
João Pedro Lamana Paiva – 330
Joaquim Falcão – 245
John Wilkins – 117
Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva – 78
Jorge Almeida – 336
José Afonso da Silva – 41, 44, 326, 327, 331
José Arnaldo da Fonseca – 66
José Carlos Barbosa Moreira – 292
José Carlos de Moraes Salles – 325
José Carlos Moreira Alves – 88, 99
José Cretella Junior – 326
José de Oliveira Ascensão – 328
José de Samuel Marques – 11
José Eduardo Ramos Rodrigues – 335

José Edwaldo Tavares Borba – 365
José Eli Salamacha – 258
José Emmanuel Burle Filho – 323
José Manuel García García – 71, 188, 189, 191, 198, 199, 201, 202, 204, 234
José Maria Chico y Ortiz – 74
José Mário Antonio Cardinale – 88
José Renato Nalini – 56
José Roberto Ferreira Gouvêa – 266
Juan Vallet de Goytisolo – 114
Judith Martins-Costa – 14, 32, 34, 79

K

K. H. Marent – 130, 134, 139, 140
Kioitsi Chicuta – 254, 264, 289

L

L. Bittner – 128, 140
L. Garrido Espa – 160, 161, 162, 163, 164
L. M. De Dios Martinez – 160, 163, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 175, 195, 202
L. Roca-Sastre Muncunill – 189, 192, 193, 201, 202, 203
Lafayette Rodrigues Pereira – 19, 21, 32, 83
Lauro Luiz Gomes Ribeiro – 41, 45
Letícia Marques Osório – 45, 46, 48
Letícia Virgínia Leidens – 47
Lewis Mumford – 113
Liliana Allodi Rossit – 40, 42
Luciana G. Carreira Alvim Cabral – 268, 270
Luís de Macedo – 342
Luis Díez-Picazo – 74, 75, 148, 190, 192, 193, 200, 201, 203, 215, 225
Luís Paulo Aliende Ribeiro – 342
Luiz Fux – 265, 268
Luiz Gallotti – 291
Luiz Henrique de Oliveira Marques – 11
Luiz Rafael Mayer – 331

M

M. Broseta Pont – 167, 171, 173, 174
M. Gómez Perals – 190
M. Hinteregger – 136, 137
M. M. Romitti – 25
M. Peña Bernaldo de Quirós – 189, 190, 191, 192, 193, 202, 203, 225
Madridejos Sarasola – 156
Manuel Alceu Affonso Ferreira – 117
Manuel Pena Bernaldo de Quirós – 68
Marcelo Augusto Santana de Mello – 53, 245, 256, 261
Marcelo Fortes Barbosa Filho – 315, 342
Marcelo Guimarães Rodrigues – 274
Marcelo Terra – 296
Márcia Alvarenga de Oliveira Sobrane – 43
Márcio Martins Bonilha – 63, 268
Márcio Martins Bonilha Filho – 288, 314, 317, 318, 319, 321
Marco Aurélio S. Viana – 88
Maria Helena Leonel Gandolfo – 59
Maria José de Oliveira Lima Roque – 367
Maria Lúcia L. C. de Medeiros – 260
Maria Sylvia Zanella Di Pietro – 326
Marilene Bonzanini Bernardi – 289
Mario Antonio Silveira – 342
Mario Soria – 118
Maurício Balesdent Barreira – 46
Max Scheler – 113
Melhim Namem Chalhub – 15, 16, 18, 21, 82
Menezes Cordeiro – 34
Miguel Maria Serpa Lopes – 89
Miguel Reale – 79, 248

N

N. San Emeterio Martín – 150
Nametala Jorge – 107
Nancy Andrighi – 294
Narciso Orlandi – 370
Narciso Orlandi Neto – 259, 328
Navarro Pérez – 156
Nelson Nery Jr. – 97, 283

Nelson Saule Júnior – 47
Nestor Duarte – 320
Nicolas Negroponte – 123
Nigro Conceição – 268
Núñez Lagos – 203

O

O. Williamson – 151
Odete Medauar – 49
Oldemar Azevedo – 102, 103
Orlando Gomes – 21, 23
Ovídio Baptista da Silva – 245

P

P. Jay – 158
Pablo Stolze Gagliano – 369
Paolo Grossi – 115
Paulo Affonso Leme Machado – 326, 327, 333, 335
Paulo Gustavo Horta – 100
Paulo Nader – 295
Paulo Restiffe Neto – 109
Philadelpho Azevedo – 278
Philipp Heck Grundriss des Sachenrechts – 328
Philippe Breton – 117
Pierre Mounier – 122
Pompeu de Souza – 45
Pontes de Miranda – 19, 314, 335

R

R. Axelrod – 150
R. Cacheaux Sanabria – 161
R. Congost – 181
R. Gimeno-Bayón Cobos – 156, 160, 161, 162, 163, 164
R. M. Roca Sastre – 189, 193, 201, 203
R. Torres Sánchez – 178
R. Welser – 131, 133, 134, 140
R. Wright – 151, 154
Rabindranath Capelo de Souza – 121
Raimundo Lúlio – 117
Raquel Rolnik – 41, 42, 44, 50
Regnoberto M. de Melo Junior – 252
Ricardo Dip – 57, 61, 112, 294, 295, 311, 313, 315
Ricardo Quinto Mattia – 38
Roberto de Mattei – 117
Rodolfo Pamplona Filho – 369
Rogério Gesta Leal – 40, 41, 43
Ronaldo Bretãs C. Dias – 259
Rosa Maria de Andrade Nery – 283
Rui Stoco – 56
Ruy Cerne Lima – 326
Ruy Rosado de Aguiar – 13, 27, 355
Ruy Rosado de Aguiar Júnior – 103

S

S. Pinker – 159
Sálvio de Figueiredo Teixeira – 66, 89, 259
San Tiago Dantas – 26
Sérgio Corrêa da Costa – 116
Sérgio Jacomino – 68, 110, 245, 246, 249, 253, 256, 257, 260, 262, 278, 289, 304, 309
Sergio La China – 97
Sérgio Shimura – 260
Serpa Lopes – 63, 278, 328
Sidney Palharini Júnior – 269, 271, 292
Sílvio de Salvo Venosa – 245, 261
Silvio Rodrigues – 12, 16, 17
Sônia Rabello de Castro – 331, 333, 334
Soriano Neto – 328

T

T. Ascarelli – 161, 166, 171, 183
T. Earle – 153
T. Eggertsson – 152
Teori Albino Zavascki – 66, 290, 292
Teresa Arruda Alvim Wambier – 260
Themistocles Brandão Cavalcanti – 326, 334
Théodore Roszak – 117
Theotônio Negrão – 266
Toshio Mukai – 334

U

Ulrich Beck – 119

Ulysses da Silva – 245, 252, 257, 292, 297, 311
Umberto Eco – 116

V

V. Ehrenberg – 216, 217
Valestan Milhomem da Costa – 251, 256, 300, 304
Valmir Pontes – 329
Vicente de Abreu Amadei – 309, 310, 324, 329
Victor Nunes Leal – 326
Vinicius Konchinski – 256
Vito José Guglielmi – 313
Von Tuhr – 259

W

W. H. Rechberger – 128, 140
W. Poundstone – 150
Walter Ceneviva – 55, 293
Walter D'Agostino – 98
Walter de Almeida Guilherme – 326
Werner Sombart – 115
Wilson de Souza Campos Batalha – 311, 312

Y

Yussef Said Cahali – 258, 290

Índice Alfabético-Remissivo

A

Abstração registral – 212
Ação
- de indenização – 249
- de regresso – 56
- de resolução – 92
- hipotecária – 20
- pauliana – 67
- pendente – 290
- serviana – 20

Acautelamento de bem – 335
Acertamento
- de contas – 102
- de haveres – 101, 105

Acessibilidade registral – 120
Acesso
- à justiça – 97
- à moradia – 39

Acessões – 23
Adjudicação
- compulsória – 90
- dos bens penhorados – 301
- obrigatória – 96

Advogado mandatário comum para ambas as partes – 318
Agentes financeiros – 35
Alienação
- de bem imóvel após ajuizamento de ação em face do vendedor – 349
- de bens após averbamento – 244

Alienação fiduciária – 82, 85
- Contrato – 85
- Contrato – Requisitos – 86
- de bem imóvel em garantia – 85
- de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato – Melhim Namem Chalhub – 82
- em garantia – 88

Ambiente de segurança jurídica – 278
Anotação preventiva – 68
Antecipação
- de tutela – 96
- do momento em que a fraude à execução é presumida – 282

Anticrese – 21
Anulabilidade – 72, 73, 74
Aparência
- jurídica – 208, 209
- registral – 72

Aquisição imobiliária *a non domino* – 73
Arrematação – 301
Arresto – 249, 250
Assembléia Geral – 345
Assentos
- de *inmatriculación* – 75
- de óbito – 319

Assistência judiciária – 271
Associação – 361
Ato averbatório – 269
Ato nulo – 73
Atos
- administrativos – 335
- jurisdicionais – 335
- legislativos – 335
- notariais – Fiscalização – 55

Autofinanciamento – 105
Autorização para lavratura dos assentos de óbito – 319
Averbação – 59, 92, 95, 306, 310, 328
- Cancelamento – 253
- Efeitos – 271
- Requisitos – 285
- à margem do registro – 252
- acautelatória – 270
- cautelar da execução – 269
- da execução no álbum imobiliário – 268
- da matrícula – 279
- da penhora – Ausência – 349

- das restrições de imóveis no entorno dos bens tombados – 332
- de ações executivas – 257
- de mera notícia – 324
- de restrições de bens imóveis do patrimônio cultural – 334
- de usufruto – 251
- do ajuizamento da ação – 304
- do ajuizamento da execução no Registro de Imóveis. Reflexos da alteração do Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006 (A) – Kioitsi Chicuta – 264
- do ajuizamento de ações executivas – 298
- do protesto – 294
- do tombamento – 337
- do tombamento provisório – 330
- enunciativa – 324
- fundada em título – 252
- indevida – 270
- manifestamente indevida – 284
- na matrícula ou transcrição dos imóveis tombados e da vizinhança – 337
- premonitória – 64, 67, 68, 69, 243, 244, 252, 255, 264, 274, 284, 288, 304
- premonitória – Efeitos típicos – 280
- premonitória – Natureza jurídica – 279
- preparatória – 306

B

Banco Nacional de Habitação – 17
Base de dados, registro informático e o acesso à informação registral *versus* direito à privacidade – Ricardo Dip – 112
Bem de família – 83
Benfeitorias – 108
Bens
- de família – 270
- imóveis do patrimônio cultural – 334
- impenhoráveis – 270
- integrantes do patrimônio cultural – 337
- livres – 361

Bite back – 115
Boa-fé – 28, 211, 245
- objetiva – 13, 72, 77, 103, 243, 245, 248
- presumida – 349
- registral – 146

C

Captação de recursos para incorporação imobiliária – 17
Cartas de sesmaria – 58
Caução – 22
Certidão – 79
- do ajuizamento da execução – 305
- do distribuidor – 253

Certidões – 112
- da justiça estadual – 247
- da justiça federal – 247
- de feitos ajuizados – 255
- negativas – 243

Certificado de Recebíveis Imobiliários – 17
Cessão
- de crédito – 156
- de direitos – 87

Cícero – 14, 32
Cidade – 40
- do futuro – 42
- ideal – 42
- ilegal – 43, 44
- real – 44
- sustentável – 44, 48

Cidades – Ocupação – 43
Circulação
- de créditos – 161, 164
- de direito – 168

Civil law – 83
Clandestinismo jurídico – 277
Cláusulas essenciais – 318

Cobrança – 101
– de emolumentos – 271, 321
Código Civil
– art. 7.º – 320
– art. 104, III – 285
– art. 108 – 245
– art. 112 – 88
– art. 113 – 78, 79, 277
– art. 159 – 261
– art. 161 – 245
– art. 166, IV – 285
– art. 166, V – 285
– art. 186 – 285
– art. 187 – 78, 284
– art. 422 – 13, 78, 245
– art. 524 – 46
– art. 586 – 93, 101, 102
– art. 859 – 276
– art. 884 – 104
– art. 1.114 – 370
– art. 1.219 – 108
– art. 1.227 – 59, 307
– art. 1.245 – 59
– art. 1.245, § 1.º – 59, 276
– art. 1.245, § 2.º – 61
– art. 1.246 – 59
– art. 1.247, *caput* – 276
– art. 1.247 – 59
– art. 1.275, II – 346, 347
– art. 1.331 – 346
– art. 1.332 – 347
– art. 1.359 – 89
– art. 1.360 – 89
– art. 1.418 – 90
– art. 1.419 – 31
– art. 1.420 – 29
– art. 1.421 – 24
– art. 1.433, IV – 97
– art. 1.474 – 23, 24
– art. 1.488 – 23, 25, 29
– art. 1.488, § 1.º – 23, 34
– art. 1.488, § 1.º – 34
– art. 2.033 – 370
Lei de Introdução ao Código Civil
– art. 2.º, § 1.º – 300
– art. 2.º, § 2.º – 307
Código de Defesa do Consumidor
– Vide: Lei 8.078/90
Código de Hammurabi – 154
Código de Processo Civil
– art. 94 – 67, 296
– art. 95 – 296
– art. 100, V, *a* – 296
– art. 227 – 100
– art. 228 – 100
– art. 229 – 100
– art. 251 – 260
– art. 263 – 260
– art. 273 – 96
– art. 335 – 267
– art. 461 – 96
– art. 472 – 281
– art. 475-J, *caput* – 292
– art. 475-R – 272
– art. 580 – 305
– art. 584 – 297
– art. 585 – 297
– art. 586 – 305
– art. 591 – 266, 285
– art. 593 – 64, 65, 68, 255, 261, 278, 283, 290, 298
– art. 593, I – 290, 293
– art. 593, II – 66, 70, 249, 259, 266, 290, 292
– art. 600 – 298
– art. 615-A – 64, 67, 69, 244, 278, 288, 297, 304, 305
– art. 615-A, § 1.º – 253, 284
– art. 615-A, § 2.º – 68, 253, 284, 285
– art. 615-A, § 3.º – 255, 271, 292
– art. 615-A, § 4.º – 270
– art. 615-A, § 5.º – 247
– art. 620 – 265, 275
– art. 626 – 283
– art. 650 – 299
– art. 652-A, § 2.º – 299
– art. 655 – 299
– art. 655-B – 299
– art. 659, § 4.º – 65, 66, 67, 69, 250, 251, 253, 267, 268, 283, 291, 292, 299

- art. 659, § 6.º – 286
- art. 669, par. ún. – 299
- art. 685, par. ún. – 289
- art. 685-A – 102
- art. 686 – 301
- art. 689 – 301
- art. 689-A – 286, 301
- art. 689-A, par. ún. – 286
- art. 690 – 301
- art. 698 – 286, 302
- art. 718 – 251, 302
- art. 722, § 1.º – 250, 251, 302, 307
- art. 722, § 3.º – 303
- art. 798 – 294, 313
- art. 870 – 313
- art. 870, I – 310
- art. 1.124-A, § 3.º – 318

Código de Processo Penal
- art. 513 – 57

Código Penal
- art. 312 – 57
- art. 327 – 57

Comércio – 156
Common law – 83
Companhias securitizadoras de créditos imobiliários – 17
Comunicação – 114, 118
Concentração
- da matrícula – 277
- urbana – 41

Concessão de crédito – 102
Concurso de credores – 286
Condephaat – 333
Condição
- resolutiva – 89
- suspensiva – 88

Condomínio – 16, 345
Condomínios fechados – 42
Conflitos judiciais – 268
Conselho Nacional da Justiça – 56
- Resolução 35 – art. 36 – 318

Conservação
- das situações jurídicas – 115
- de ambiente de segurança jurídica – 278
- documentária – 115
- registrária – 115

Consolidação da propriedade – 94, 102
Consórcio – 105
Constituição
- de direito – 169
- de direito real – 302

Constituição Federal
- art. 5.º, *caput* – 48
- art. 5.º – 48
- art. 5.º, II – 32, 293
- art. 5.º, XXII – 46, 60
- art. 5.º, XXIII – 46, 62
- art. 5.º, XXXIII – 269
- art. 5.º, XXXIV – 122
- art. 5.º, XXXV – 97
- art. 5.º, LIV – 97
- art. 5.º, LV – 97
- art. 5.º, LXXVIII – 264, 275
- art. 6.º – 48
- art. 7.º – 48
- art. 37, § 6.º – 56
- art. 66, § 2.º – 251
- art. 103-B, § 4.º, III – 56
- art. 156, II – 85
- art. 182 – 39, 44, 47, 50
- art. 182, § 2.º – 47
- art. 183 – 39, 44, 50
- art. 216, *caput* – 325
- art. 216, I – 325
- art. 216, II – 325
- art. 216, III – 325
- art. 216, IV – 325
- art. 216, V – 325
- art. 216, § 1.º – 335
- art. 216, § 5.º – 335
- art. 225 – 48, 62
- art. 236, *caput* – 123, 341
- art. 236 – 55, 280
- art. 236, § 1.º – 341
- art. 236, § 2.º – 341
- art. 236, § 3.º – 341

Emenda Constitucional
- 45/2004 – 56, 264, 275

Construção

- coletiva – 48
- por administração – 15
- por preço de custo – 15

Construtor – 15, 16
Construtoras – 35
Contraditório – 97
Contratação privada – 60
Contrato
- acessório – 91
- autônomo – 91
- de alienação fiduciária – 85
- de alienação fiduciária – Registro – 87
- de alienação fiduciária em garantia – 88
- de concessão de crédito – 102
- de entrega – 206, 207
- de gaveta – 27, 28
- de incorporação imobiliária – 16
- de mútuo – 88

Contribuições condominiais – 345
Controle urbanístico – 44
Convivente sobrevivente – 317
Corretor de imóveis – 15
Costes de transacción – 152
Crédito – 156
- com garantia real – 18

Credor hipotecário – 13, 25
Credor-fiduciário – 94
Crescimento econômico – 48

D

Dação
- da segurança jurídica – 121
- em pagamento – 93

Decretos
- 3.995/41 – 15
- 4.857/1939 – 312
- 18.542/1928 – 58
- 23.569/33 – 15
- 93.240/86 – 70, 248, 259
- art. 1.°, IV – 293

Decretos-leis
- 25/1937 – 326
- art. 10, par. ún. – 330
- art. 13 – 327, 330
- art. 22 – 331
- 57/38 – art. 11, g – 25
- 58/1937 – 280
- 70/66 – 97, 98
- art. 43 – 31
- art. 44 – 31
- 745/69 – 92
- 911/69 – 104
- 2.291/86 – 17
- 8.620/46 – 15

Declaração
- de pobreza – 318
- unilateral de existência de união estável – 317

Delegação do oficial – 55
Deliberação da Assembléia Geral – 345
Demanda em curso – 290
Depósito de documentos – 135
Desapropriação – 325
Desenvolvimento
- econômico – 43
- sustentável – 38, 43
- urbano – 44

Desigualdade social – 40
Desmembramento – 321
Devedor hipotecário – 32
Devido processo legal – 94
Dicionário – 116
Dificuldade na identificação das vítimas – 319
Dignidade da pessoa humana – 48
Direito
- a documento – 164
- alternativo – 26
- comunitário – 325
- da segurança do tráfico jurídico – 218
- de aquisição sob condição suspensiva – 91
- de certidão – 122
- de preferência – 21
- de privacidade – 112
- de propriedade – 18, 46, 59, 63, 226, 231

- de propriedade – Renúncia – 347
- de publicidade – 112
- de reserva – 121
- de seqüela – 32
- incorporado – 174
- pessoal – 21
- real – 21
- real de garantia – 12, 21
- urbanístico e Estatuto das Cidades – Janaína Rigo Santin e Ricardo Quinto Mattia – 38

Direitos
- de propriedade – 149
- do fiduciário e do fiduciante – 88
- reais – 78
- reais inscritos – 193

Documento para a averbação do tombamento – 337
Domicílio do devedor – 67
Dupla matriculação – 75

E

Eficácia
- da qualificação tabular – 286
- declarativa – 283
- *erga omnes* do domínio – 225

Emissão cambiária – 224
Emolumentos – 321
Empreendimentos imobiliários – 32
Empresa imobiliária – 15
Empresário – 15
Empréstimo – 91
Enfiteuse – 85
Engenharia inversa – 159
Entorno de bens tombados – 324, 332
Esbulho – 106, 108
Escritura – 153
- pública de inventário e partilha – 317
- pública de renúncia de imóvel integrante de condomínio – 345
- pública de separação consensual – 318

Espaço público – 39
Especulação imobiliária – 46
Estatuto das Cidades – 38
Execução – 267, 275
- da hipoteca – 34
- de contrato – 153
- de título extrajudicial – 272
- judicial de crédito hipotecário – 95

Exercício do direito – 167
Existência de união estável – 317
Expressão – 114
- fragmentária da realidade – 118

Expropriação de bens – 289
- do direito de propriedade – 300

F

Falência – 110
Fé pública – 170
- da inscrição – 276
- registral – 71, 125, 135, 138
- registral – Limites – 74
- registral de documentos – 142

Fetichismo do processo – 282
Fidúcia – 84
Financiamento – 12, 17
- da incorporadora – 90

Fólio real – 276
Fraude
- à execução – 277, 278, 282, 290, 292, 298, 304, 349
- contra credores – 67, 290
- de execução – 53, 64, 65, 66, 67, 255, 266, 289
- de execução – Reconhecimento em processo de conhecimento – 70
- de execução, publicidade registrária e terceiro adquirente: a Lei 11.382/2006 é um novo marco nesta relação? – Francisco Ventura de Toledo – 255

Função social
- da cidade – 38, 39, 45, 47
- da propriedade – 62, 115
- da propriedade urbana – 45, 48

- do contrato – 33
- do domínio – 115

Fundação – 361

G

Garantia
- hipotecária – 24
- real – 19, 20

Geração e conservação de ambiente de segurança jurídica – 278
GPS – Sistema de Posicionamento Global – 118
Gratuidade – Suficiência da declaração de pobreza – 318
Guarda – 114

H

Habitações populares – 39
Habite-se – 15
Hauptbuch – 125, 128
Hipertextualização – 118
Hipoteca – 11, 18, 20, 189
- Caráter acessório – 21
- Definição e características – 21
- Fracionamento – 25
- Indivisibilidade – 22
- Origem histórica – 18
- Substituição – 31
- de bens móveis – 20
- viciada – 27

Honestidade pública – 79

I

Identificação das vítimas – 319
Ilegalidade urbana – 48
Imóveis
- no entorno dos bens tombados – 332
- rurais – 61
- tombados e da vizinhança – 337

Imóvel
- foreiro – 94
- hipotecado – 23
- integrante de condomínio – 345

Imposto de transmissão *inter vivos* – 85, 94
Inadimplemento – 102
Incorporação
- do direito ao documento – 166
- imobiliária – 12, 14, 84
- registral – 186

Incorporador – 15, 16
Inexatidão registral – 73
Informatização – 112
Inoponibilidade – 258, 280
Inovações da Lei 11.382, de 2006 e seus reflexos no registro de imóveis (As) – Marcelo Guimarães Rodrigues – 274
Inscrição – 59, 229, 276
- da penhora – 66
- preventiva – 283
- registral – 149

Inscripción como titulo valor o el valor de la inscripción como título (La) – Fernando P. Méndez González – 146
Insegurança
- jurídica – 282
- organizada – 119

Insolvência – 163, 249, 256, 290
Interdito – 106
Interesses concorrentes – 227
Internet – 247, 262, 263, 286
Intervenção urbanística – 44
Inventário – 317
Inversão do ônus de prova – 280
IPTU – 322
ITBI – 85

J

Jogo de azar – 183
Justiça social – 43, 48

L

Laudêmio – 85, 94
Lavratura
- de atos notariais – 249
- dos assentos de óbito – 319

Legitimação – 170

- extraordinária – 191
- registral – 186

Lei 11.382/2006 e o Registro de Imóveis (A) – Valestan Milhomem da Costa – 304

Leis
- 601/1850 – 58
- 1.060/50 – 271
- 1.237/1864 – 58
- 4.116/62 – 15
- 4.380/64 – 17
- 4.591/64 – 27, 28, 32, 35
- art. 12, § 5.º – 345, 346
- art. 28, parágrafo único – 15
- art. 31-A – 84
- art. 31-B – 84
- art. 31-C – 84
- art. 31-D – 84
- art. 31-E – 84
- art. 31-F – 84
- art. 32 – 15
- art. 32, *c* – 25
- art. 37 – 25
- art. 44 – 15
- art. 63 – 97
- art. 66, II – 25
- 4.827/1924 – 58
- 4.864/65 – 29, 31
- art. 22 – 29
- art. 23 – 29
- 5.741/71 – 95, 96
- 6.015/73 – 59
- art. 1.º – 280, 281
- art. 16, item 2.º – 122
- art. 17 – 122
- art. 88 – 320
- art. 167 – 59, 64, 79, 267, 313
- art. 167, I – 280, 281, 282
- art. 167, I, 5 – 250, 284, 300, 307
- art. 167, I, 7 – 250, 303
- art. 167, I, 21 – 87, 248, 267, 293
- art. 167, II – 280, 281, 329
- art. 169, *caput* – 293
- art. 169 – 79, 280, 281, 282, 284
- art. 172 – 284
- art. 197 – 285
- art. 214, § 5.º – 77, 245
- art. 221 – 252, 254
- art. 221, IV – 271
- art. 229 – 285
- art. 230 – 280, 285
- art. 235, par. ún. – 280
- art. 239 – 254
- art. 240 – 257, 267, 282, 306, 307
- art. 246, *caput* – 280, 329
- art. 246 – 246, 328
- art. 246, § 1.º – 69, 285
- art. 247 – 280
- art. 250 – 253
- art. 250, I – 68
- art. 250, III – 285
- art. 259 – 68
- art. 277 – 61
- 6.024/74
- art. 36 – 247
- art. 37 – 247
- art. 38 – 247
- 6.766/79
- art. 18, IV, *c* – 25
- art. 50, III – 25
- 7.433/85 – 70, 248, 259, 281, 293
- art. 1.º, § 2.º – 248
- 8.004/90 – 270
- 8.078/90
- art. 4.º, III – 277
- art. 51 – 102
- art. 51, VIII – 26, 27, 28
- art. 53 – 102, 103, 104
- 8.935/94
- art. 1.º – 57, 280
- art. 3.º – 55
- art. 15 – 55
- art. 22 – 56
- art. 37 – 55
- 8.953/94 – 66, 277
- 9.514/97 – 17, 82, 84

- art. 2.º – 17
- art. 6.º – 17
- art. 22 – 85, 86
- art. 22, § 1.º – 107
- art. 22, § 1.º, I – 85
- art. 22, § 1.º, II – 85
- art. 22, § 1.º, III – 85
- art. 22, § 1.º, IV – 85
- art. 22, § 2.º – 85
- art. 23 – 86
- art. 23, parágrafo único – 87
- art. 24 – 86
- art. 24, VI – 94
- art. 25, § 2.º – 91
- art. 26 – 91, 93, 97
- art. 26, § 4.º – 100, 102
- art. 26, § 7.º – 85, 102
- art. 27 – 91, 93, 97
- art. 27, § 4.º – 108
- art. 27, § 5.º – 108
- art. 27, § 6.º – 105, 108
- art. 27, § 8.º – 87
- art. 28 – 87
- art. 29 – 87
- art. 30 – 106
- art. 32 – 17
- art. 38 – 86
- 9.534/97 – 342
- 10.144/2002 – 277
- 10.257/2001 – 45, 50
- art. 2.º – 45
- art. 39 – 47
- art. 4.º – 49
- art. 40 – 47
- art. 41 – 47
- art. 42 – 47
- 10.267/2001 – 276
- 10.444/2002 – 65, 67, 300
- 10.931/2004 – 56, 77, 84, 104
- art. 51 – 85
- art. 53 – 84
- 11.101/2005 – 111
- art. 49 – 111
- art. 119 – 111
- 11.232/2005 – 265
- 11.382/2006 – 64, 67, 69, 243, 244, 251, 255, 264, 274, 275, 288, 297, 304
- art. 7.º – 307
- 11.441/2007 – 318
- 11.481/2007 – 85

Lei das Doze Tábuas – 19
Leilão do imóvel em face do princípio do devido processo legal – 94
Lesão de direito – 98
Letra de câmbio – 155, 159, 210
Leviatã – 120
Limitação
- administrativa – 326
- geral – 326

Linguagem – 118
Livro do Tombo – 334
Locação – 299
Loteamento – 321
Luces y sombras de la fe pública registral en el Derecho Austríaco – Celia Martínez Escribano – 125

M

Má-fé
- do adquirente – 256
- nas transações imobiliárias – 288

Mandato com poderes especiais – 318
Matrícula – 59, 249, 277
Meação do cônjuge – 299
Medida preventiva da fraude à execução – 304
Mercado competitivo – 216
Migração – 39
Moradia – 39
Morte presumida – 319

N

Negligência
- do credor – 292
- do terceiro – 292

Negócio
- de execução continuada – 16
- jurídico complexo – 14

Negócios imobiliários – 84

Net-economia – 122
Norma de ordem pública cogente – 248
Normas urbanísticas – 39
Notificação – 98
– pessoal – 94
Notoriedade da insolvência – 261
Nulidade – 72, 73, 74
– registrária de pleno direito – 77

O

Óbito – 319
Obrigação
– cambiária – 206, 207
– de consultar documentos – 141
– de lealdade – 78
– incorporada no título – 205
– *propter rem* – 326
Omissão do credor – 284
Ônus – 306
– ocultos – 146
– real – 23, 25, 249
Opacidade do registro – 277
Oponibilidade – 280

P

Parcelamento de solo – 321
Partilha – 317
Patrimônio
– cultural – 324, 334, 337
– de afetação – 83, 84
Peculato – 57
Penhor – 12, 21
Penhora – 65, 243, 250, 284, 299, 304, 349
– Ausência de intimação do cônjuge – 268
– Averbação – 69
– dos direitos do fiduciante – 109
– dos direitos do fiduciário – 109
– eletrônica – 285
– em bem indivisível – 299
– no processo de execução – 267
– *on line* – 276
Perda de delegação – 55
Perdão da dívida do devedor-fiduciante – 105
Pessoas jurídicas – 361
Planejamento urbano – 41
Plano Diretor – 47
Pobreza – 318
Poder local – 38
Poietização jurídica – 113
Política
– de desenvolvimento urbano – 44, 45
– urbana – 39, 45
– urbana – Instrumentos – 48
População – 41
Posse jurídica – 20
Prédio coletivo – 15
Premonição de riscos – 280, 283
Prerrogativa do exeqüente – 269
Prescrição aquisitiva – 76
Preservação
– de bem – 334
– de bens integrantes do patrimônio cultural – 337
Presunção
– absoluta – 65
– de fraude – 256
– de fraude à execução – 244
– de má-fé nas transações imobiliárias? – Marco Antonio Botto Muscari – 288
– de titularidade – 191
– relativa – 61, 271, 280
– relativa em benefício do credor – 258
Princípio
– absoluto da fé pública da inscrição – 276
– da ampla defesa – 99
– da boa-fé objetiva – 33, 69, 77, 277
– da concentração – 70, 330
– da concentração da matrícula – 277
– da continuidade – 58, 271
– da eficácia relativa dos contratos – 229
– da especialidade jurídica – 252
– da fé-pública registral – 53, 71

- da imputação – 209
- da inoponibilidade – 196
- da inscrição – 125, 130
- da legalidade – 76
- da legitimação – 53
- da legitimidade – 63
- da publicidade – 209
- de vedação do enriquecimento sem causa – 103, 104
- do consentimento – 215
- do contraditório – 99
- do devido processo legal – 94, 99
- do direito de ação – 98

Princípios
- jurídicos – 117
- registrários – 53

Privacidade – 120
Procedimento registral – 224
- Necessidade – 225

Processo de execução – 244, 265, 297
Procuração – Uso indevido – 27
Promessa de compra e venda – 35, 90
Propriedade – 60
- fiduciária – 83
- fiduciária em garantia – 85

Propriedades normativas – 170
Proteção
- ambiental – 43, 48
- da confiança de terceiro – 208
- do adquirente de boa-fé – 222
- do patrimônio cultural – 337
- jurídico-obrigacional – 172
- jurídico-obrigacional do adquirente – 193
- jurídico-real do adquirente – 197

Protesto contra alienação de bens – 310
- Acesso ao Registro franqueado – Sérgio Jacomino – 309

Prova da titularidade do direito – 183
Provimento CGJ 20/2007 – 310
Publicidade – 120, 280, 306, 310, 324
- da execução – 298
- do mero ajuizamento da execução – 267
- registral – 246
- registral imobiliária – 249
- registral imobiliária do tombamento – 327
- registrária – 67, 79

Publicidade-notícia – 68

Q

Qualificação
- registraria – 61
- registrária no direito espanhol – 76
- tabular – 286

R

Recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006 e o Registro de Imóveis. Dispositivos relativos ao Registro Imobiliário e requisitos formais para a realização dos atos respectivos (As) – Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – 243

Reconhecimento de firma em requerimento de parcelamento de solo – 321
Recuperação de empresa – 110
Recursos informáticos – 113, 114
Reforma
- da execução – 290
- do sistema registral – 183
- urbana – 39

Registrador
- Fiscalização – 56
- Funções – 61
- Responsabilidade – 56
- Responsabilidade criminal – 57

Registrador imobiliário em face da Lei 11.382, de 2006 (O) – Ulysses da Silva – 297

Registro civil de pessoas jurídicas. Transformação de associação em fundação. Impossibili-

dade. Ausência de previsão legal. Ausência de bens livres – Antonio Reynaldo Filho – 361
Registro de Imóveis e o princípio da fé-pública registral (O) – Marcelo Augusto Santana de Melo – 53
Registro – 59, 277, 306
- Retificação – 56
- civil das pessoas naturais – 319
- da citação – 260
- da penhora – 259, 267
- da penhora – 304
- da propriedade – 155
- da propriedade austríaco – 125
- de atos acautelatórios – 279
- de direitos – 60, 146
- de documentos – 60
- de Imóveis – 53, 60, 82, 112, 114, 146, 243, 255, 264, 274, 288, 297, 304, 324
- de imóveis – Fiscalização tributária – 62
- de Imóveis – Funções – 59
- de Imóveis – Natureza jurídica – 55
- do Vigário – 58
- em sentido estrito – 251
- fundiário – 276
- imobiliário – 278, 283
- público – Definição – 57
- Torrens – 61

Registros eletrônicos – 115
Regras inerentes ao Registro Imobiliário – 244
Reintegração de posse – 96, 104, 106
Renúncia de imóvel integrante de condomínio – 345
Requerimento de parcelamento de solo – 321
Responsabilidade
- de terceiro – 266
- patrimonial – 266, 289
- por confiança – 209
- técnica de sub-rogação – 266

Restituição de quantias pagas – 108
Restrição individual – 326
Restrições de bens imóveis do patrimônio cultural – 334
Retificação de registro – 56
Revenda – 19
Reversão – 95
Rumos da hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça (Os) – Beatriz Pereira de Samuel Marques, Luiz Henrique de Oliveira Marques e José de Samuel Marques – 11

S

Sanção por omissão do credor – 284
Securitização de créditos imobiliários – 84
Sede jurisdicional – 317
Segregação espacial – 43
Segurança
- do juízo – 265
- do tráfico jurídico – 218, 219
- jurídica – 54, 120, 146, 268, 278, 326
- jurídica dos domínios – 115
- jurídica gerada pelo registro – 63
- registral – 79

Separação consensual – 318
Seqüestro de bens – 250
Serviços
- bancários – 14
- notariais e de registro – Atuação como correspondentes bancários – 340

Servidão
- administrativa – 326
- pública – 326

Sesmarias – 58
Simbiose informática-registro – 113
Sinal – 114, 116
Sinalização – Dissonância – 117
Sistema
- de publicidade da averbação – 272
- Financeiro de Habitação – 13, 17

- Financeiro Imobiliário – 17
Sistemas de transmissão de propriedade – 59
Sistematização urbanística – 44
Situação objetiva de aparência – 210
Sub-rogação – 266
Súmula vinculante – 314
Superior Tribunal de Justiça
- Súmulas
- 239 – 90
- 308 – 11, 14, 25, 30

T

Tabelião
- Fiscalização – 56
- Responsabilidade – 56
- Responsabilidade criminal – 57

Taxas de juros – 14
Tecnologia
- da informação – 155
- jurídica – 155

Tecnologias institucionais – 236
Teoria da aparência jurídica – 208
Terceiro adquirente – 192
- de boa-fé – 245, 288

Terceiro de boa-fé – 66, 77, 199, 276
Termo de quitação – 90, 92, 109
Terrorismo jurídico – 117
Titular registral – 187
Titularidade
- fiduciária – 83
- real – 191

Título
- de eficácia *erga omnes* – 233
- passível de averbação na matrícula ou transcrição dos imóveis tombados e da vizinhança – 337

Títulos de fé pública – 173
Tombamento
- Natureza jurídica – 326
- Publicidade registral imobiliária – 327
- definitivo – 337
- e imóveis da vizinhança – 337
- provisório – 324, 327
- provisório – Averbação – 330

Torre de Babel – 116, 119
Tráfico jurídico-imobiliário – 309
Transações imobiliárias – 279, 288
Transcrição – 59
- dos imóveis tombados e da vizinhança – 337

Transformação de associação em fundação – 361
Transmissão
- cambiária – 208
- da propriedade imobiliária – 79
- de direitos de créditos – 159
- de propriedade – 54
- fiduciária – 83
- imobiliária – 177

Trato sucessivo – 77
Trust – 83
Tutela do terceiro de boa-fé – 276, 277

U

União estável – 317
Unidades imobiliárias – Comercialização – 86
Urbanificação – 41
Urbanismo – 41, 43, 113
Urbanização – 38, 40, 41
Urkundensammlung – 129
Usucapião – 75, 77
- tabular – 77

Usufruto – 302
- judicial – 243, 250

V

Venire contra factum proprium – 35
Vida privada – 121
Vítimas do vôo JJ 3054 da TAM – 319
Vizinhança – 337

Normas de Publicação para Autores

1. Os trabalhos encaminhados para publicação nos periódicos ou em outro repositório, em qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica, editados pela Editora Revista dos Tribunais *deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local*. Uma vez publicados pela Editora, estes trabalhos consideram-se licenciados para a Editora Revista dos Tribunais com exclusividade, pelo prazo de duração dos direitos patrimoniais do autor. Os trabalhos também poderão ser publicados em outros lugares desde que após autorização prévia e expressa da Editora Revista dos Tribunais, citada a publicação original como fonte, constando o nome da editora, a cidade, o ano de publicação, título e volume do periódico e respectivas páginas.

2. Os trabalhos podem ser enviados preferencialmente pelo correio eletrônico, para o endereço editorial.revista@rt.com.br, ou ainda, por via postal, em arquivos gravados em disquetes de 3,5 polegadas (Recomendamos a utilização do processador de texto *Microsoft Word 97*. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF (*Rich Text Format*), que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto), obrigatoriamente acompanhados de prova impressa para a Editora Revista dos Tribunais, aos cuidados do Editorial de Periódicos, na Rua do Bosque, 820, Barra Funda, São Paulo, SP (CEP 01136-000).

3. Não há um número de páginas pré-determinado para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. 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 determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

4. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, fax e *e-mail*, relação da produção intelectual anterior e declaração de ineditismo (a autorização de publicação será solicitada em caso de aprovação do artigo).

5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*.

6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira (inglês, francês, alemão, italiano ou espanhol), e de um *Sumário*, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos.

7. Deverão ser destacadas as palavras-chave limitadas ao número de 05 (cinco) (em português e em outra língua estrangeira) (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. **Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha.** Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

9. Não será prestada nenhuma remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos em nossas revistas ou qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica (Internet, CDRom, e-book etc.). Em contrapartida, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado ou do produto digital quando contido em suporte físico.

10. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

11. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Diretivo da Revista. Todos os trabalhos serão primeiramente lidos pelos coordenadores da Revista que os distribuirão, conforme a matéria, para os conselheiros ou ainda para pesquisadores que não sejam conselheiros da Revista mas tenham reconhecida produção científica na área. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-lo e reencaminhá-lo para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise dos trabalhos. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

Contrato e racionalidade

Marcos Cáprio F. S.
Mestre em Sociologia pela UFRGS. Advogado.

Sumário: 1. Introdução – 2. A racionalidade jurídica e o contexto atual do direito privado: 2.1. A matriz weberiana; 2.2. Reflexões contemporâneas – 3. A mudança paradigmática no direito privado brasileiro – 4. A pesquisa empírica: o caso do SFH – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

Resumo: O presente artigo é fruto de pesquisa empírica levada a cabo junto aos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, especificamente em matéria contratual. Aqui, trago as conclusões obtidas no âmbito dos contratos abrangidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Delimitei a racionalidade jurídica nutrida pelos desembargadores de referido Tribunal ao procederem às tomadas de decisões neste tema. Após precisar o conceito central deste trabalho (racionalidade), exponho e analiso os dados obtidos junto aos acórdãos coletados, promovendo uma classificação dos atores jurídicos consentâneo o teor argumentativo invocado na fundamentação dos votos, ocasião em que a nova teoria dos contratos passa a ser contextualizada em meio a um processo de transformações pelas quais vem passando o direito privado como um todo.

Abstract: The present article is a result of empiric research mode next to judgements of Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, specifically in contractual subject. Here, I bring the conclusions got among the contracts embroced by the Sistema Financeiro de Habitação. I delimited the juridical racionality sustained by magistrates of the abovementioned Tribunal when they took decisions on this matter. After precising the main concept of this work (racionality), I expose and analyse data got next to judgements collected, promoting a classification of the juridical actors according to the armentative contents evoked in the fundamentation of votes, occasion where the new theory of contracts starts to be contextualized in a process of transformations by which private law is passing as a whole.

Palavras-chave: Cláusulas gerais – Juros – Revisão contratual – Racionalidade.

Keywords: General clauses – Interest – Contractual review – Racionality – Rematerialization.

modelo

1. Introdução

nonononononononononononononononononononononononononononononono-nonononononononononononononononononononononononononononononono-nonononononononononononononononono

2. Bibliografia (exemplos fonte: livro, periódico, jornal, e internet)

OLIVEIRA, José Antonio. Verdade real. In: STOCO, Rui (coord.). *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 5, t. II.

SILVA, José Augusto da. Ação declaratória. *Revista de Direito Privado* 30/12. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, José Augusto da. E o Brasil, como vai? *Folha de S. Paulo*, Cad. Mundo, 24 jan 2004.

SILVA, José Augusto da. Ação incidental. www.jusnavigandi.com. Acesso em 25 maio 2004.

63 - ANO 30 - JULHO-DEZEMBRO DE 2007

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Repositório de jurisprudência autorizado pelo TRF da 5.ª Região.

Hipoteca – Direito Urbanístico e Estatuto das Cidades – Princípio da fé-pública registral – Alienação fiduciária de bens imóveis – Lei 11.382/2006 – Fraude de execução, publicidade registrária e terceiro adquirente – Presunção de má-fé nas transações imobiliárias – Protesto contra alienação de bens – Registro civil de pessoas jurídicas.

IRIB
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

ISSN 1413-4543

2140070063 00063

9 771413 454001

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS