IRIB

REVISTA DE

DIREITO IMOBILIÁRIO

Nº 49 ANO 23 JULHO-DEZEMBRO DE 2000

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1413-4543

IRIB

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

49

Ano 23 • julho-dezembro de 2000

Publicação oficial do
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

IRIB Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

Semestral • Ano 23 • n. 49 • julho-dezembro de 2000

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores

© *Edição e distribuição da*

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 01 • Caixa Postal 678
Tel. (11) 3115-2433 • Fax (11) 3106-3772
CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
e-mail: editorial@rt.com.br

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda. ME., Rua Olímpio José Borges, 124, Campinas, São Paulo, SP, Brasil, CEP 04416-130 – *Impressão:* IBS - Indústria Brasileira de Software e Informática Ltda., Av. Robert Bosh, 1.777 - Rodovia Campinas Monte Mór, Campinas, SP

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

COLABORADORES 7

APRESENTAÇÃO 9

1. DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

1.1 Sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores – FLAUZILINO ARAUJO DOS SANTOS 11

1.2 Enfiteuse – MARCELO TERRA 31

1.3 A autonomia registral e o princípio da concentração – DÉCIO ANTÔNIO ERPEN e JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA 46

1.4 O registro de imóveis, os títulos judiciais e as ordens judiciais – MARCELO FORTES BARBOSA FILHO 53

1.5 A sucessão no parcelamento do solo urbano (o art. 29 da Lei 6.766, de 1979) – HÉLIO LOBO JR. 60

1.6 A importância da classificação tradicional das ações e o registro de imóveis – EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO 71

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor – RODRIGO AZEVEDO TOSCANO DE BRITO 81

2.2 Os aforamentos em terras públicas e a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. (A necessidade de alteração da Lei 9.514/97) – FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA 111

2.3 Compromisso de compra e venda de imóvel – Hipótese de aplicação do art. 924 do Código Civil – MARCELO TEIXEIRA 124

2.4 Certificados digitais, chaves públicas e assinaturas. O que são, como funcionam e como não funcionam – PEDRO ANTONIO DOURADO DE REZENDE 129

3. DOUTRINA INTERNACIONAL

3.1 Convênio técnico e científico celebrado entre Irib, Anoreg-BR e Colégio de Registradores da Propriedade e Mercantis da Espanha

3.1.1 En torno a la publicidad registral inmobiliaria – JOSÉ MARIA MARTÍNEZ SANTIAGO 143

3.1.2 El derecho a la información registral y el derecho constitucional de información – JESÚS LÓPEZ MEDEL 196

4. MEMÓRIA DO DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

4.1 Apresentação – SÉRGIO JACOMINO 231

4.2 Decreto 482, de 14 de novembro de 1846 – Estabelece o Regulamento para o Registro geral das hypothecas 234

5. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Seleção e organização: SÉRGIO JACOMINO

5.1 Supremo Tribunal Federal

5.1.1 Cédula industrial. Penhora do bem – Min. MARCO AURÉLIO 239

5.2 Superior Tribunal de Justiça

5.2.1 Execução hipotecária. Ausência de citação do cônjuge. Nulidade – Min. GARCIA VIEIRA 240

5.2.2 Loteamento clandestino. Comercialização de imóveis. Prisão preventiva. Ordem pública. Garantia – Min. FERNANDO GONÇALVES 243

5.2.3 Indisponibilidade do patrimônio de pessoas alheias à relação processual. Nulidade da sentença. Ineficácia. Mandado de segurança. Recurso de terceiro prejudicado. Pendência de recurso com efeito suspensivo – Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS . 244

5.2.4 Divisão de coisa comum. Módulo rural – Min. ARI PARGENDLER 246

5.2.5 Ação de usucapião. Nulidades. Outorga uxória. Suprimento da inicial, após a citação – Min. ARI PARGENDLER 249

5.2.6 Penhora. Inexistência de registro. Embargos de terceiro. Fraude de execução. Adquirente de boa-fé – Min. BARROS MONTEIRO 253

5.2.7 Divórcio. Partilha de bens. Meação reivindicada pelo marido em bens havidos pela mulher após longa separação de fato – Min. BARROS MONTEIRO 257

5.2.8 Condomínio. Direito de preferência – Min. COSTA LEITE 259

5.2.9 Compromisso de compra e venda de imóvel. Perda de parte das prestações pagas. Código de Defesa do Consumidor – Min. CESAR ASFOR ROCHA 264

5.2.10 Registro de imóveis. Averbação da transformação societária da alienante. Despesas cartorárias. Responsabilidade. Interessado. Art. 217 da Lei 6.015/73. Possibilidade de convenção em contrário – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA 267

5.2.11 Usucapião. Domínio útil referente a bem público. Imóvel que anteriormente já era foreiro. Admissibilidade – Min. BARROS MONTEIRO 269

5.2.12 Penhora. Fraude de execução. Ausência de gravame no registro de imóvel. Prova da ciência. Sistema anterior à Lei 8.953/94. Ônus do credor – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA 271

5.2.13 Penhora. Registro. Fraude de execução. Art. 593, II, do CPC – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO 274

5.2.14 Contrato de compra e venda de bem imóvel. Cláusula de tolerância sobre as dimensões. Art. 1.136 do CC. Código de Defesa do Consumidor. Ação civil pública – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO 276

5.2.15 Execução. Bens do devedor. Bens não localizados – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO 278

5.2.16 Concubinato. Partilha. Bens comuns. Embargos de declaração – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR 280

5.2.17 Penhora. Registro. Fraude de execução. Art. 659, § 4.°, do CPC – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA 282

5.2.18 Cédula de crédito industrial. Desaparecimento da garantia. Concordata. Crédito quirografário – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR 286

5.2.19 Ação de anulação de arrematação. Imóvel dado em pagamento por escritura registrada quando não havia transcrição de qualquer ato de constrição sobre o imóvel. Fraude de execução não caracterizada. Art. 659, § 4.°, do CPC – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA 290

5.2.20 Bem indivisível. Alienação judicial. Separação judicial. Partilha (falta) – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR 294

5.2.21 Contrato de mútuo. Execução. Penhora. Ausência de intimação da mulher do executado. Nulidade – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO 296

5.2.22 Execução fiscal. Cédula de crédito comercial. Penhora. Possibilidade – Min. GARCIA VIEIRA 298

6. JURISPRUDÊNCIA REGISTRAL IMOBILIÁRIA

Seleção e organização: ADEMAR FIORANELLI

6.1 Conselho Superior da Magistratura de São Paulo

6.1.1 Imóvel rural. Aquisição originária. Usucapião. Módulo rural de 1,5860 ha – Corregedor LUÍS DE MACEDO 301

6.1.2 Condomínio. Capacidade. Adjudicação – Corregedor LUÍS DE MACEDO 303

6.1.3 Escritura pública de permuta. Recusa ao registro. Alegado domínio da Municipalidade. Ausência de inscrição. Insubsistência de disponibilidade sobre eventual direito real – Corregedor LUÍS DE MACEDO 305

6.1.4 Registro de penhora. Imóvel rural. Desnecessidade de comprovação do pagamento dos ITRs – Corregedor LUÍS DE MACEDO 307

6.1.5 Penhora. Proprietário que figura na transcrição como casado, sem identificação da mulher e menção ao regime matrimonial de bens. Imóvel rural – Corregedor LUÍS DE MACEDO 308

6.1.6 Mandado de penhora. Registro pretendido. Execução trabalhista. Bem imóvel objeto de antecedentes penhoras em ações de execução movidas pela Fazenda Nacional. Interpretação da Lei 8.212/91 – Corregedor LUÍS DE MACEDO 310

6.2 Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo

6.2.1 Loteamento. Impugnação ao registro por terceiro fundada em inobservância às normas urbanísticas. Questão jurídica controvertida. Alegação de que as ruas projetadas não observam a largura mínima prevista em lei local. Desacolhimento. Projeto aprovado pela Prefeitura e pela Câmara Municipal. Previsão no ato de aprovação de uma nova zona urbana. Previsão em lei local de faixa entre a zona industrial e outra, de determinada largura, destinada ao plantio de árvores. Projeto de loteamento que, em tal faixa, revela a existência de vias largas destinadas à circulação de veículos automotores. Inadmissibilidade – Corregedor LUÍS DE MACEDO 312

6.2.2 Registro de imóveis. Averbação de caução imobiliária prevista em locação – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI 321

6.2.3 Parcelamento do solo. Recepção e arquivamento, pelo oficial de registro de imóveis, de ofício expedido pelo Ministério Público com notícia da instauração de procedimento ou ação que versa sobre irregularidade no parcelamento. Inclusão dessa informação nas certidões imobiliárias referentes aos registros correspondentes. Possibilidade – Corregedor LUÍS DE MACEDO 322

6.3 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

6.3.1 Registro público. Retificação de área de domínio público, recebida em doação por Prefeitura Municipal antes do Código Civil, com conseqüente pedido de abertura de matrícula – Des. J. ROBERTO BEDRAN 324

6.3.2 Loteamento. Zona urbana. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Obras de infra-estrutura. Implantação da rede de esgoto. Obrigação do loteador – Des. CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ 325

6.4 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo – Capital

6.4.1 Direito sucessório. Testamento. Cláusulas restritivas de domínio. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade – Juiz OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO 327

6.4.2 Execução hipotecária. Penhora. Falta de intimação de co-devedor. Acesso da carta de arrematação obstado – Juiz OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO 328

6.4.3 Cláusulas restritivas de domínio. Cancelamento. Renúncia de usufruto. Doação. Pré-morte de um doador – Juiz OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO 330

6.4.4 Permuta. Cláusulas restritivas de domínio – Juiz OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO 332

6.4.5 Compra e venda. Certidão negativa de débitos do INSS e da Receita Federal – Juiz OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO ... 335

6.4.6 Caução. Averbação. Locação. Indisponibilidade – Juiz OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO 337

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 339

COLABORADORES

ADEMAR FIORANELLI

7.º Registrador de São Paulo.

DÉCIO ANTÔNIO ERPEN

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor e Conferencista de Direito Notarial e Registral.

EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

FLAUZILINO ARAUJO DOS SANTOS

1.º Registrador de São Paulo. Mestrando em Direito Civil.

FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA

Doutor em Direito. Professor de Direito Civil na Universidade de Brasília. Advogado.

HÉLIO LOBO JR.

Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

JESÚS LÓPEZ MEDEL

Registrador de la Propiedad.

JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA

Registrador Público.

JOSÉ MARIA MARTÍNEZ SANTIAGO

Registrador de la Propiedad.

MARCELO FORTES BARBOSA FILHO

Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo.

MARCELO TEIXEIRA

Advogado em São Paulo.

MARCELO TERRA

Advogado em São Paulo.

PEDRO ANTONIO DOURADO DE REZENDE

Professor de Ciência da Computação na Universidade de Brasília.

RODRIGO AZEVEDO TOSCANO DE BRITO

Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de João Pessoa. Professor de Direito Civil. Advogado.

SÉRGIO JACOMINO

Registrador. Professor de Direito Civil.

APRESENTAÇÃO

Com muito gosto apresento aos colegas registradores prediais brasileiros e demais estudiosos do direito registral a *Revista* 49, compreendendo o período de agosto a dezembro de 2000.

Dando seguimento ao nosso projeto editorial, publicamos seções destacadas para o direito registral imobiliário, doutrina nacional e internacional, além da memória do direito registral imobiliário brasileiro. Acompanhando a parte de doutrina e estudos, segue-se a jurisprudência dos tribunais, seção já tradicional em nossa *Revista*.

De um lado, pretende-se a afirmação de um ramo específico e especializado do direito – o registral imobiliário com todas suas particularidades, idiossincrasias e linguagem que ainda parece oclusa aos demais operadores do direito. O incentivo ao estudo, a difusão de textos clássicos e o intercâmbio técnico e científico, fazem parte dessa estratégia de fomento e divulgação que se consolida na publicação regular desta *Revista*.

Por outro lado, a necessidade imperativa de joeiramento de informações técnicas e profissionais, com seleção acurada de jurisprudência, ementação e verbetação rigorosas, fazendo frente à explosão de informações que os sistemas informatizados propiciam, levou-nos a convidar o registrador paulistano, Ademar Fioranelli, a selecionar e organizar a jurisprudência específica dessa área do direito a que acima aludi.

O resultado desse trabalho o leitor tem agora em mãos.

No limiar de um novo milênio, auguro a todos os registradores brasileiros tempos de valorização institucional e profissional, em que as atividades registrais e tabelioas, emergindo incólume do cerco de uma crítica obtusa e injusta, possam frutificar em prol da sociedade brasileira, tão carente de mecanismos eficientes de segurança jurídica.

Franca, verão de 2000.

LINCOLN BUENO ALVES

Presidente

1. DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

1.1

SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES[1]

FLAUZILINO ARAUJO DOS SANTOS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Evolução histórica – 3. O caráter de servidor público dos notários e registradores – 4. A fixação da responsabilidade civil do Estado – 5. Conclusões.

1. Introdução

A responsabilização civil, outrora circunscrita a campos de interesses privados, na esteira da ampliação dos conceitos de cidadania e dos direitos do consumidor, alargou sua aplicabilidade dentro dos direitos público e privado. Fala-se então em responsabilidades civis, contratual e extracontratual, aérea, marítima e terrestre, individual e coletiva, social e ambiental, nacional e internacional. Hoje indeniza-se até o dano não patrimonial – dano moral, antigamente não conversível em dinheiro.

O dano moral atinge bens da personalidade, tais como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: intimidade, imagem, bom nome, privacidade, a integridade da esfera íntima. Tutela-se, aí, o interesse da pessoa humana de guardar só para si, ou para restrito círculo de pessoas, os variadíssimos aspectos da sua vida privada: convicções religiosas, filosóficas, políticas, sentimentos, relações afetivas,

(1) A responsabilidade dos notários e registradores pode ser dividida em três classes: 1.ª – responsabilidade administrativa, a qual pode dar lugar a medidas disciplinares, sujeitos os mesmos à fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário, embora conservando sua independência como profissional do direito; 2.ª – responsabilidade penal, nos casos em que o ato irregular constitui um delito previsto em lei; 3.ª – responsabilidade civil, no caso de danos e prejuízos causados à Administração Pública ou a particulares, por mau desempenho de suas funções ou pela falta de observância das leis e normas que informam a atividade notarial e registral em seus múltiplos aspectos (leis fiscais, ambientais etc.). Neste estudo, didaticamente apresento os motivos que me convenceram que a responsabilidade por atos de notários e registradores é objetivamente do Poder Público. Certo estou, porém, que esta tese contraria estudos e opiniões de respeitados juristas, aos quais rendo meus respeitos, máxime quando ainda não temos pronunciamento dos tribunais superiores para casos ocorridos sob a égide da Lei 8.935/94.

aspirações, hábitos, gostos, estado de saúde, situação econômica, financeira etc. O dano moral é cumulável com o dano material.[2]

Alguns princípios da responsabilidade civil ganharam *status* de norma constitucional após a Carta de 1988, sem se falar no enriquecimento que lhe trouxe a edição da Lei 8.078, de 11.09.1990 – CDC, que regula todas as relações de consumo em seus múltiplos aspectos.

Por força de rudimentos de vastíssima doutrina e abundante jurisprudência afirma-se que notários e registradores estão sujeitos à responsabilidade civil. Indiscutível. A controvérsia porém reside no desdobramento do tema:

1. *Qual é o caráter dessa responsabilidade?*
2. *Qual o seu fundamento doutrinário?*
3. *Qual tem sido o balizamento estabelecido pela jurisprudência?*

2. Evolução histórica

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988 os titulares e funcionários das serventias extrajudiciais eram considerados tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, como "servidores públicos".

Para regulamentar as atividades dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, foi prevista pelo constituinte de 1988 a elaboração de uma lei, consoante o art. 236 da CF, que assim dispõe:

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

§ 1.º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2.º Lei Federal estabelecerá normais gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3.º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção por mais de seis meses".

Estabeleceu-se, então, a partir da novel Constituição, a polêmica sobre a natureza e alcance da privatização dos serviços notariais e de registro, notadamente se os delegados desses serviços eram ou não servidores públicos, com as conseqüentes implicações:

– *responsabilização objetiva ou subjetiva;*[3]

(2) Sérgio Cavaleri Filho. *Programa de responsabilidade civil.* São Paulo : Malheiros, 1996. p. 73.

(3) Walter Ceneviva, *Lei dos notários e registradores comentada*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 115, explica que "as teorias sobre a responsabilização dos agentes de ilícitos civis fazem

– *aposentadoria compulsória por implemento de idade; e,*

– *sujeição aos crimes que somente podem ser cometidos por funcionário público.*

Após tormentoso processo legislativo, foi editada a Lei Federal 8.935, de 18.11.1994, que regulamentou o citado art. 236, dispondo sobre os serviços notariais e de registro. Essa lei trouxe uma certa desvinculação estrutural das serventias em relação ao Poder Público e aparentemente criou um novo estatuto para o notário e o registrador, com total liberdade no gerenciamento financeiro e administrativo dos serviços, fornecendo, assim, mais combustível para a discussão do tema.

Assim é que muitas liminares foram concedidas, por magistrados de escol, para impedir a edição de atos declaratórios de aposentadorias compulsórias, fundadas na argumentação de impetrantes que desejavam a permanência no cargo após completarem setenta anos de idade, os quais entenderam que com a privatização dos serviços, os tabeliães e oficiais de registro eram meros concessionários do serviço público, como as funerárias e empresas de transporte coletivo, já não mais servidores públicos. Aliás, não poucos tomaram como arrimo a doutrina segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:[4]

"Como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236 da Constituição), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos mas pelos terceiros usuários do serviço".

Enquanto deputado federal, Regis Fernandes de Oliveira, em Parecer de 10.08.1996 proferido na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, reafirma voto pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e no mérito pela aprovação do Projeto de Lei 1.536-B, de 1996,[5]

outra distinção entre a *responsabilidade objetiva* (baseada no risco) e a *subjetiva* (baseada na culpa ou dolo). A responsabilidade do Estado por atos ou fatos de seus agentes ou servidores é objetiva, isto é, decorre da própria atividade estatal. Caracteriza-se, desde que ocorrido o dano e estabelecida a relação de causa e efeito entre o ato do agente ou servidor público e seu resultado". Na responsabilidade subjetiva, esclarece o autor "a vítima tem de provar que o prejuízo resultou de culpa ou dolo do agente, ou seja, se este atuou com imperícia, negligência ou imprudência, ou ainda, se quis o resultado ilícito".

(4) Maria Sylvia Zanela Di Pietro. *Direito administrativo.* 8. ed. São Paulo : Atlas, 1997. p. 356.

(5) Trata-se de projeto de iniciativa do deputado Magno Bacelar, já aprovado na Câmara dos Deputados, atualmente no Senado Federal (PL 086/96), aguardando inclusão na ordem do dia. Esse Projeto de Lei, embora flagrantemente inconstitucional, como consta do voto vencido do deputado José Genoino, pretende dar interpretação (?) à Lei 8.935/94. Na justificativa o autor assinala que aos notários e registradores são aplicadas as normas comuns a todos os trabalhadores da iniciativa privada. Com igual argumento foi incluído texto que atende ao mesmo objetivo, no Projeto de Reforma Administrativa que tramita no Congresso Nacional. Curiosamente, e como não poderia ser diferente, logo que o projeto

de autoria do referido deputado Magno Bacelar, cujo projeto pretende excluir notários e registradores da aposentadoria compulsória por implemento de idade (art. 40, II, CF), do qual destaco trecho:

"O fato de os serviços notariais e de registro serem de caráter público não quer dizer que seus titulares sejam funcionários públicos ou devam ser tratados como tal. Tanto é assim que eles respondem civilmente pelos danos que causarem a terceiros (art. 22 da Lei 8.935/94), diversamente do que acontece em relação ao servidor público, por cujos atos reponde diretamente o próprio Estado (art. 37, § 6.°, da CF). Também o serviço de transporte coletivo é público e constitucionalmente considerado como essencial nos municípios (art. 30, V). Nem por isso concessionários ou permissionários são tratados como servidores ou assemelhados. Tantos estes como os notários e oficiais de registro são agentes delegados ...".

Em que pese o brilhantismo de raciocínio e a autoridade dos afamados juristas e de outros não menos renomados que esposam a mesma tese, felizmente não foi esse o caminho seguido por outros importantes doutrinadores e pela jurisprudência de nossos tribunais.

Em sentença prolatada em 11.12.1995 pelo Juiz de Direito da 8.ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, Paulo Magalhães da Costa Coelho, no Processo 112.112/95 (*DOE* 25.01.1996), ficou consignado o seguinte:

"Não há que confundir, por outro lado, como comumente tem-se feito em respeitados estudos e pareceres, mas que nesse aspecto eivam-se de equívoco a atividade pública do serventuário, como sendo mera concessão.

É evidente que o Estado pode delegar algumas funções que lhe são cometidas constitucionalmente. Mas não pode delegar, à evidência, os serviços de caráter eminentemente público, como o de segurança e de prestação da justiça, atividades essenciais e típicas do Estado.

De outro lado, o Estado não delega seu poder de império, sua soberania e, no que particularmente interessa, a fé pública dos atos que dele emana.

Aliás, o já citado Juiz Milton Pereira, no voto já consignado, lembra, com inteira pertinência que não se compreende, no Direito brasileiro, concessão de serviço da administração da justiça, embora no foro extrajudicial.[6]

É tão evidente esta questão – porque a concessão pode ser rescindida pelo Poder Público e o serventuário exige cargo público de caráter permanente e só

foi lido na Câmara dos Deputados, as duas primeiras emendas apresentadas tratavam, de forma sub-reptícia, da descaracterização dos titulares de serventias notariais e registrais como servidores públicos, para o efeito de não incidir sobre os mesmos as regras da aposentação compulsória, aplicáveis a todos os servidores públicos por comando constitucional (art. 40, II, CF), eternizando-se assim em seus cargos. Trata-se da Emenda 01 de autoria do deputado Genésio Bernardino e da Emenda 02, de autoria do deputado Jarbas Lima. Essas emendas foram aglutinadas e constam do texto aprovado em primeiro turno.

[6] Refere-se ao voto do eminente Min. Milton Pereira do STJ, *RDA* 191/148.

poderá ser demitido pela prática de falta grave, conforme lei a que se sujeitam todos os funcionários públicos".[7]

De lembrar o brilhante estudo levado a efeito pelo Juiz Rui Stocco, publicado na *RT* 714, cuja leitura é imprescindível para compreensão do tema, onde o autor demonstra, com sólida fundamentação, que não obstante o caráter privado do exercício dos serviços, os notários e registradores permanecem no *status* de servidores públicos, concluindo que a admissão da responsabilidade objetiva dos serventuários importaria em ofensa ao princípio da isonomia.

Em monografia apresentada no XXII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Cuiabá, MT, agosto de 1995, o advogado Gilberto Valente da Silva, profundo estudioso da matéria, embora entendendo que a Lei 8.935/94 indicou a responsabilidade objetiva dos notários e oficiais de registro, assim observou:

"Parece, portanto, que a maior preocupação do legislador foi a de cuidar da organização administrativa desses serviços, de forma a que, em todo o País, se obedeçam aos mesmos regramentos, evitando-se a disparidade até então existente, conseqüência da diversidade das leis de organização judiciária de cada uma das unidades da Federação".

Corretíssimo. *A Constituição promulgada em 1988 apenas consagrou dentro do princípio federativo que em todo o território nacional os serviços notariais e de registro seriam exercidos em caráter privado*, por delegação do Poder Público, já que em algumas unidades da federação os serviços eram exercidos em caráter privado e em outras diretamente pelo próprio Estado. Ainda se discutia, no âmbito da esfera estadual, a oficialização das serventias extrajudiciais, discussão esta cessada ante o art. 236 da Carta Magna. Permanecem, assim, as serventias notariais e registrárias, na autorizada opinião de Walter Ceneviva, como "órgãos aos quais o Estado incumbe, para alcançar os efeitos previstos em lei, de atividade de ordem pública".[8]

"Consoante já acentuei em outra oportunidade", sustenta com autoridade o Juiz José Renato Nalini, "a delegação apenas restou explicitada na Lei Fundamental. Continuam os notários exercentes de função pública. E é simples concluir que, não fora pública a função exercida, e não haveria necessidade de delegação. A alternativa do constituinte foi consagrar a *delegação*, exercitação de um poder próprio à autoridade Estatal, transferido a outra pessoa, como norma de exceção".[9]

Lembra ainda o mesmo autor que "a explicitação constitucional da *natureza delegada* não é novidade entre nós".[10]

(7) *Revista de Direito Imobiliário* 37/224, jan./abr. 1996.

(8) Walter Ceneviva. Op. cit., p. 7.

(9) José Renato Nalini; Ricardo Henry Marques Dip. *Registro de imóveis e notas – Responsabilidade civil e disciplinar.* São Paulo : RT, 1997. p. 82.

(10) Idem, ibidem.

Com efeito, a interpretação lógica dos acontecimentos históricos vai nos levar à convicção de que desde tempos passados os serviços notariais e de registros são prestados por terceiros, na condição de delegados do Poder Público. É pois oportuno lembrar a lição de De Falco, citada por João Mendes Júnior, em sua obra centenária "Orgams da fé pública", publicada em 1897 na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* e agora reeditada pelo Irib – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, onde assinala:

"Até a metade do século XIII não se acham notários com a qualidade de officiaes publicos; mas ás vezes, o officio de notario via-se confundido com o de juiz, por força das tradições historicas que, até aquelle tempo, tinham tornado necessário o ministerio do magistrado para dar caracter publico ao acto notariado. Entretanto, os juízes, pela multiplicidade dos actos que deviam cumprir como notários, começaram a delegar essas funcções aos seus escrivães e chancelleres, os quaes pouco a pouco foram se tornando peritissimos na sciencia das fórmas e constituiram uma classe de officiaes publicos separada e independente. Operou-se, então, uma mudança substancial no caracter e na indole do officio notarial: o ministerio dos notários não foi mais uma emanação da autoridade judiciaria, como nos primeiros tempos o tinha sido da autoridade sacerdotal, mas tornou-se uma delegação immediata do poder soberano. Os notarios foram os delegados directos e especiais do governo, para tornar executorios os actos e contractos a que as partes devessem ou quizessem imprimir o caracter de autenticidade proprio dos actos de autoridade pública".[11]

Do Direito lusitano que vigorou entre nós, é de importância histórica para se compreender que as atividades notariais e registrais sempre estiveram afetas ao Estado, e inclusive que a delegação dos serviços notariais competia exclusivamente ao Rei, conforme disposições expressas das Ordenações do Reino:

"Crear de novo Tabelliados a Nós sómente pertence, e não a outrem; por tanto defendemos, que pessoa alguma, de qualquer dignidade, estado e condição que terra, ou terras que de Nós tiver" (Livro II, tít. XLV, § 15).[12]

Apenas acompanhando a evolução do direito é que se sucederam alterações das denominações dos ofícios de registros e de notas e de seus encarregados; porém, estes sempre praticaram nas atribuições de seus cargos e no uso das prerrogativas que lhe foram outorgadas, atos dotados de fé pública.[13]

E quem tem fé pública senão o Estado? Existe fé pública se o agente não exerce função pública?

(11) *Revista de Direito Imobiliário* 40/18, jan./abr. 1997.

(12) Cf. Wilson de Souza Campos Batalha. *Comentários à lei de registros públicos*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. vol. I, p. 11.

(13) Cf. De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, 13. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, verbete: *Fé Pública* é a confiança que se deve ter a respeito dos documentos emanados de autoridades públicas ou de serventuários da Justiça, em virtude da função ou ofício exercido. A fé pública se funda, pois, na presunção legal de autenticidade dada aos atos praticados pelas pessoas que exercem cargo ou ofício público.

Informam a matéria o Dec. 370, de 02.05.1890, que regulamentou o Dec. 169-A, de 19.01.1890 do governo provisório, em substituição à Lei 1.237, de 24.09.1864, que permaneceu em vigor até 1917, quando entrou em vigor o Código Civil.

Lembra J. do Amaral Gurgel, que "promulgado o Código Civil, expediu o Poder Executivo o Dec. 12.343, de 03.01.1917, que regulamentou provisoriamente a matéria relativa a registros públicos. No Congresso Nacional, o assunto foi tratado largamente, sendo apresentado no mesmo ano em que o Código entrava em vigor um projeto de lei, que teve uma marcha de sete anos, vindo afinal a ser convertido na Lei 4.827, de 07.02.1924".[14] Essa lei, em seu art. 11.b, autorizou o Presidente da República a expedir novo regulamento para execução do Dec. 169-A, de 19.01.1890, observando as modificações introduzidas pelo Código Civil. E, quase cinco anos após, ou seja, em 24.12.1928, foi baixado o Dec. 18.542, o famoso regulamento elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo eminente Philadelpho Azevedo. Este saudoso jurista incluiu no Regulamento 18.542/28, no capítulo III que trata da nomeação e dos direitos dos oficiais de registros, os seguintes preceitos:

"Art. 312. Ao exercício precederá a autorização dada pelo juiz do alistamento eleitoral e publicada no *Diário Official*, desde que o serventuário prove:

a) ter feito no Thesouro Nacional a caução de 20 contos de réis em dinheiro ou apólices federaes ou municipaes do Districto Federal".

"Art. 343. A caução de que trata o art. 312 ficará vinculada com direito de prelação:

I, ao ressarcimento dos damnos occasionados pelo serventuário, no exercício de suas funcções;

II, ao pagamento de quaesquer multas ou encargos legaes".

No capítulo VI de referido decreto, que trata da responsabilidade dos registradores, o art. 37 que teve origem no art. 98 do Dec. 370, de 1890, assim dispunha:

"Art. 37. Além dos casos expressamente consignados, os officiaes serão civilmente responsáveis por todos os prejuizos que, por culpa ou dolo, causarem os seus prepostos e substitutos, estes quando de sua indicação, aos interessados no registro.

Paragrapho unico. A responsabilidade civil independerá da criminal, pelos delictos que praticarem".

Pela simples leitura desses dispositivos, verifica-se que acompanhavam a tendência da responsabilização civil do Estado,[15] constante da Constituição Republi-

[14] J. do Amaral Gurgel. *Registros públicos*. Livraria Acadêmica, 1929. p. 7.

[15] Cf. Yussef Said Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*, 2. ed., Malheiros, 1996, p. 28, o princípio da responsabilidade civil do Estado jamais foi posto em dúvida no Direito brasileiro. Cita obra de Amaro Cavalcanti, editada em 1905, como "a expressão mais eloqüente de que aquela responsabilidade sempre foi reconhecida em nossos hábitos

cana de 1891, que em seu art. 82 dispunha que "os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelas obras e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos", ampliada pelo Código Civil de 1916, que assim dispôs no art. 15:

"Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".

Já antes, a Constituição do Império (1824), em seu art. 178, n. 29, estabelecia que: "Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos".

Qual a importância desse conhecimento histórico?

Ensina Aguiar Vallim que "o respeito à tradição é um dos elos comuns ao Direito e à Igreja, e toda vez que se procurar romper ostensivamente uma praxe ou um costume, já arraigados, há uma espécie de desintegração em cadeia, impondo-se, assim, uma revisão de conceitos tradicionais."[16]

Pois bem. O regulamento subseqüente foi o Dec. 4.857, de 09.11.1939, alterado pelo Dec. 5.318 de 29.02.1940 e que também dispôs expressamente sobre a responsabilidade dos notários e registradores, em reprodução ao art. 37 do Dec. 18.542, de 1928, apenas explicitando a responsabilidade pessoal do oficial:

"Art. 37. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais serão civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, por culpa ou dolo, causarem, pessoalmente, ou por seus prepostos e substitutos, estes quando de sua indicação, aos interessados no registro.

Parágrafo único. A responsabilidade civil independerá da criminal, pelos delitos que praticarem".

Esse decreto foi baixado sob a égide da Constituição de 1934, que no art. 171, dispunha que os funcionários públicos seriam responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos. E nos §§ 1.° e 2.°, prescrevia que, "na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte. Exe-

jurisprudenciais no início da República". Também Sérgio Cavalieri Filho, *Programa* ... cit., p. 152, esclarece que os dispositivos constantes da Constituição Imperial e da Constituição Republicana, jamais foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradores apenas da responsabilidade pessoal do funcionário. Segundo o autor, entendia-se haver solidariedade do Estado com relação aos atos de seus agentes.

(16) João Rabello de Aguiar Vallim. *Direito imobiliário brasileiro.* 2. ed. São Paulo : RT, 1984. p. 71.

cutada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado".

A Constituição de 1946, que adotou o princípio da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos lesivos de seus funcionários, foi clara em seu art. 194: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros". "Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".

Mesmo originária do regime militar autoritário, a Constituição de 1967 seguiu a mesma linha, dispondo de maneira ainda mais incisiva, no art. 105 (repetido no art. 107 da Emenda Constitucional de 1969): "As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros". "Parágrafo único: Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

No dia 21.10.1969, foi publicado o Dec.-lei 1.000, dispondo sobre a execução dos serviços concernentes aos registros públicos, a vigorar decorridos sessenta dias de sua publicação. Esse decreto causou tantos descontentamentos na comunidade jurídica, que não chegou a entrar em vigor na data aprazada, e assim tantos foram os decretos prorrogando o início de sua vigência, que ele jamais chegou a entrar em execução, até que a Lei 6.015 de 31.12.1973, alterada pela Lei 6.216, de 30.06.1975, reformulou completamente toda a matéria e entrou em vigor no dia 1.°.01.1976.

Concernente à responsabilidade dos oficiais de registros, destaca-se na atual Lei de Registros Públicos, o art. 28, que foi a repetição do diploma anterior e que assim dispõe:

"Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

Parágrafo único. A responsabilidade civil independe da criminal pelos delitos que cometerem".

A Constituição de 1988 foi mais explícita ao fixar o critério da responsabilidade civil na prestação de serviço público, expurgando do texto constitucional o termo *funcionário*, que tanto questionamento ensejou no regime anterior, já que no sentido técnico *funcionário* é somente aquele que ocupa cargo público sujeito ao regime estatutário. *O constituinte utilizou o vocábulo* agente, *deixando claro que a responsabilidade do Estado sempre subsistirá,* ainda que se trate de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura, conforme dispõe art. 37, § 6.°:

"Art. 37. (...)

§ 6.° As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade,

causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o funcionário responsável nos casos de dolo ou culpa".

Sustenta-se que os prepostos contratados pelo delegado sob o regime da CLT são agentes públicos. Ensina Lafayette Pondé que "seria um contra-senso que, em um mesmo serviço – setor específico de atuação do Estado – os poderes fossem exercidos de modo diferente, senão contraditório, por seus próprios agentes, todos afinal admitidos somente para servi-lo. A aplicação da legislação trabalhista é, pois, condicionada à natureza mesma do serviço público, do que o contratado é mero instrumento de ação. A posição deste é uma posição de agente público e sua relação é relação de serviço público. Seus atos são atos administrativos, posto possam também ser atos de direito privado, como ocorre com qualquer outro órgão público em razão de sua competência específica".[17]

Acrescente-se ser inadmissível tratamento desigual de funcionários de uma mesma categoria, visto que todos são iguais perante a função pública, corolário necessário da igualdade perante a lei, qualquer que seja, pois, o seu título de admissão ou o regime de sua investidura.

Ensina Helly Lopes Meirelles que "para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa."[18]

No que pertine ainda à responsabilidade civil dos notários e registradores, temos como última disposição legal o art. 22 da Lei 8.935 de 18.11.1994, sobre a qual vamos por um pouco nos deter e que assim dispõe:

"Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos".

Antes porém, mister se faz saber se esses delegados do Poder Público (notários e oficiais de registro) são ou não considerados servidores públicos, ou agentes públicos, à luz do que dispõe a Carta Maior. É precisamente desta definição que poderá ser conhecido o limite da responsabilidade civil do notário e do registrador.

3. O caráter de servidor público dos notários e registradores

A jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, por muitas vezes, logo após a promulgação da Constituição de 1988, e também após a edição da Lei 8.935/94, tem sustentado a condição de servidor público dos titulares dos serviços de notas e de registro.

(17) Lafayete Pondé. *Estudos de direito administrativo.* Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 286-287.

(18) Helly Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro.* 21. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 565.

O v. acórdão da 5.ª Câmara Civil no MS 122.733-1, de que foi relator o eminente Des. Márcio Martins Bonilha, salienta que "o serventuário de cartório não oficializado ocupa cargo público criado por lei, em número determinado e provido por concurso, nada justificando submeter-se seu exercício à disciplina de direito privado, diante do induvidoso caráter de função pública, mesmo por delegação".

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça pode ser verificado, dentre outros, no v. aresto assim ementado:

"Aos serventuários dos cartórios extrajudiciais aplica-se o art. 40, II, da CF, que determina a aposentadoria compulsória, vez que continuam na condição de servidores públicos. Precedentes. Recurso não conhecido" (REsp 8.195-0/SP, 2.ª T., j. 21.09.1994, rel. Min. Américo Luz, *DJU* 24.10.1994, *RT* 714/246).

O caráter público do serviço prestado pelas serventias extrajudiciais tem sido reiteradamente ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE 189.736-8-SP – *DJU* 27.09.1996, pela 1.ª T. do STF, em que foi relator o Min. Moreira Alves, referindo-se aos titulares das serventias de notas e registros realçou que "os titulares dessas serventias são servidores públicos em sentido amplo." Desse mesmo julgamento, destaco trechos do voto proferido pelo eminente Min. José Celso de Mello Filho:

"Tenho para mim, na linha do longo voto que proferi no julgamento plenário do RE 178.236-RJ, que os tabeliães e os oficiais registradores qualificam-se, juridicamente, à luz do art. 236 da CF, como servidores públicos, e, precisamente por ostentarem essa específica condição funcional, submetem-se, enquanto serventuários extrajudiciais, ao regime constitucional da aposentação por implemento de idade (setenta anos).

Os tabeliães e os oficiais registradores – que são órgãos da fé pública instituídos pelo Estado e que desempenham atividade essencialmente revestida de estatalidade – dependem, para efeito de ingresso na atividade notarial e de registro, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, além de estarem sujeitos a concurso de remoção, sempre que o preenchimento da Serventia autorizar essa modalidade de investidura (CF, art. 236, § 3.º)".

Segue o Ilustre Ministro em seu expressivo voto, em que chama a atenção pela erudição, citando magistérios autorizados da doutrina pátria, para assim concluir:

"Afigura-se-me inquestionável que as Serventias extrajudiciais constituem instituições de direito público, organizadas pelo Estado, em ordem a preservar a segurança das situações jurídicas individuais.

Os tabeliães e os oficiais registradores, nesse contexto – e no desempenho de seu ofício público –, dispõem de uma prerrogativa singular, ínsita à própria e suprema autoridade do Estado, consistente no exercício do poder certificante, destinado a atestar a veracidade e a legitimidade de determinados fatos e atos jurídicos.

Essa circunstância só faz acentuar a estatalidade que qualifica as atribuições dos Serventuários extrajudiciais, como enfatizou João Mendes Júnior, em obra clássica (*Órgãos da fé pública*, 2. ed., Saraiva, 1963)".

A conclusão do Ilustre Presidente do Supremo Tribunal Federal é que "os serventuários extrajudiciais, portanto, exercem função eminentemente pública e, considerados os elementos que emergem da norma inscrita no art. 236 da Carta Política, são suscetíveis, no plano estritamente jurídico-administrativo, de qualificação formal como servidores públicos, na linha do próprio entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 68/283, *RTJ* 126/550, *RDA* 54/281), reiterado no recente julgamento, pelo Plenário desta Corte, do RE 178.236/RJ, rel. Min. Octávio Gallotti".

À evidência, portanto, que o notário e o oficial de registro não exercem funções privadas, porém públicas, com destaque que a função não é exercida em seus próprios nomes, mas no do Estado através da delegação[19] que lhes é conferida na forma da lei, o que os insere na categoria de servidores públicos.

4. A fixação da responsabilidade civil do Estado

Pela posição jurídica que ocupam no serviço público, os atos do notário e do oficial de registro, são considerados atos do Estado, precisamente por exercerem esses agentes, poderes e atividades inerentes ao próprio Estado, no atendimento dos interesses da comunidade.

Esses atos são normatizados pelo Poder Público e fiscalizados pelo Poder Judiciário. Muitos deles, antes mesmo de serem praticados, são reexaminados pelo próprio órgão censório, através das Corregedorias Permanente e Geral, sujeitando-se o notário ou registrador à prática de ato, mesmo que por sua convicção jurídica entenda não ser ato acessível a seu ofício, ou contrário às normas jurídicas vigentes, *v.g.* no caso da dúvida do art. 198 da Lei 6.015, de 31.12.1973, julgada improcedente.

Pode ocorrer que os atos irregulares sejam realizados pelo agente em cumprimento a leis, regulamentos ou decisões, e sua execução tenha dado lugar a prejuízos aos particulares. Pode também ocorrer que o ato seja executado em cumprimento a ordens superiores.

[19] Cf. Lafayette Pondé, op. cit., p. 137, "a delegação é ainda hoje um dos mais complexos temas da doutrina jurídica. Dela já se disse que ninguém sabe ao certo o que é: '*che cosa siano con precione l'avocazione e la delegazione, nessum potrebbe però dire*'" (M. S. Gianini, *Corso de diritto amministrativo*, 1965, vol. 2, p. 335; *Diritto amministrativo*, 1970, vol. 1, p. 302). Não falta, aliás, quem desconfie até mesmo da sua existência, como instituto jurídico: "*se potrebbe ripetere per la delegazione amministrativa quello che Santi Romano scriveva per il concetto di organo i che tutto in essa é incerto perfino l'esistenza stessa dell'instituto*" (G. Colzi, *Novissimo digesto italiano*, verbete: Delegazione amministrativa, n. 1). Tomados da mesma dúvida, outros confessam sua perplexidade, quando não têm as delegações como um dos mais obscuros problemas do direito administrativo.

Em princípio, parece ser inadmissível, porquanto o subalterno não deve converter-se em mero executor, se as ordens foram dadas contra a lei, porém, estão o notário e o registrador desprovidos de desenvolver essa interpretação individual, por força de hierarquia administrativa exercida pelo Juízo competente.

Acolhido tal conceito, eis ainda a pergunta: O art. 22 da Lei 8.935/94 alterou disposições legais pretéritas, fixando a responsabilidade objetiva dos notários e registradores?

"Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos".

A despeito de vozes respeitáveis que se levantaram em sentido contrário,[20] *prevalece a responsabilidade objetiva do Estado sobre os atos praticados pelos notários e registradores, cuja pedra angular é o § 6.º do art. 37 da Constituição da República, permanecendo os mesmos na esfera da responsabilidade subjetiva.*

A noção de agente público ultrapassa a da lei infraconstitucional e toma a mesma amplitude do art. 327 do CP: "Quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública".

Segundo o magistério autorizado de Walter Ceneviva, "a dupla condição de agente público e de atuante em caráter privado suscita a persistência da responsabilidade do Estado pelos danos causados, como decorrência do disposto no art. 37, § 6.º, da Constituição".[21]

O mencionado § 6.º da norma constitucional, como esclarece o mesmo Walter Ceneviva, "determina a responsabilidade tanto das pessoas jurídicas de direito público, quanto das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços

(20) Cf. Yussef Said Cahali, op. cit., p. 372, "está afirmada, agora, a responsabilidade objetiva dos notários e oficiais de registro, aconselhando, entretanto, prudência na aplicação desses princípios". A opinião do Juiz José Renato Nalini, op. cit., p. 93-94, de leitura obrigatória para aprofundamento do tema, é que "em tese, o notário ou registrador *sempre terá responsabilidade que independe de culpa pessoal, mas pela culpa na má execução do serviço, aproximada à responsabilidade objetiva*". Assinala que "a conclusão de que o delegado é civilmente responsável sem que se perquira de dolo ou culpa é, segundo meu atual entendimento, a conseqüência mais nítida de uma explicitação constitucional da *delegação*, forma de ato administrativo complexo encontrada pelo sistema normativo para permitir atuação pública em caráter privado". Em outra oportunidade o mesmo autor, considerando, inclusive, que o Estado ainda percebe parcela considerável dos emolumentos pagos pelo destinatário do serviço, afirmou que "o poder delegante não se exime de toda a responsabilidade, pelo mero fato de haver delegado função que lhe incumbia. À jurisprudência posterior caberá delimitar essa responsabilidade, considerando-a subsidiária – ou supletiva – em lugar de tê-la como direta e simultânea à do delegado" (in *Serviços notariais e de registro – Teses apresentadas no 1.º Simpósio Nacional de Serviços Notariais e Registrais*, São Paulo, 11 a 13.09.1996, Anoreg-SP, p. 254).

(21) Walter Ceneviva. Op. cit., p. 116.

públicos. Os notários e os registradores estão neste caso. O particular que trate com eles se vincula por regras de direito público, enquanto delegados da Administração. Assim, a responsabilidade direta, a ser aferida segundo a teoria objetiva, ainda é do Estado, cabendo regresso contra os titulares das serventias indicadas".[22]

Ensina o Prof. Lafayette Pondé que "a responsabilidade civil do Estado é uma condição de segurança da ordem jurídica em face do serviço público, de cujo funcionamento não deve resultar lesão a nenhum bem juridicamente protegido." Este, aliás, observa o mestre, "é um princípio conceitual do chamado Estado de Direito: as lesões jurídicas provocam sanções correspondentes, entre as quais a indenização equivalente ao dano causado; e, se a lesão é obra do próprio Estado, cujo dever primário é submeter sua atuação e seus órgãos à disciplina de norma jurídica, não escapa ele à obrigação de restaurar a legalidade e reparar os efeitos do seu ato lesivo".[23]

Afranio Carvalho registrou que "o Estado se acha exposto a responder por danos sofridos pela culpa do registrador, embora possa depois voltar-se regressivamente contra este. Todavia, o registrador nem sempre possui um patrimônio capaz de suportar a responsabilidade que o Estado é levado a assumir em seu lugar. Daí tornar-se aconselhável facultar ao Estado exigir do registrador o seguro de responsabilidade para cobertura do risco de prejuízo que decorre de qualquer ato registral, consista este numa inscrição, num cancelamento ou numa certidão".[24]

Em qualquer caso, evidenciado o prejuízo, é certo que à vítima da lesão perpetrada por ato ou omissão de notário ou oficial de registro, caberá a opção de escolher demandar contra a Fazenda do Estado ou o próprio delegado. Escolhido este, deverá provar ter o mesmo agido no cumprimento das obrigações que a lei lhe impõe, com dolo ou culpa, mesmo levíssima.[25]

Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar a ApCív 228.034-1/1 da Comarca de Araras, modificou sentença que eximia de responsabilidade civil tabelião que lavrara procuração com base em documentos de identidades falsos (Carteira de Identidade e CIC), condenando-o a pagar o valor do imóvel aos adquirentes do mesmo desapossado, decretada que fora a nulidade da transmissão. Constava da indigitada procuração *que* "o outorgante foi reconhecido como sendo o próprio por mim, Escrivão, através dos documentos que me exibiu, do que dou fé, o qual dispensa, expressamente a presença das testemunhas instrumentárias ..."

No v. acórdão de 08.06.1995, já transitado em julgado, em que foi relator o eminente Des. Testa Marchi, em que se reconheceu que por mais cauteloso que foi o tabelionato, não foi o bastante para evitar que a fraude se perpetrasse, ficou

(22) Walter Ceneviva. Op. cit., p. 119.

(23) Lafayete Pondé. Op. cit., p. 313.

(24) Afrânio de Carvalho. *Registro de imóveis.* p. 436

(25) Cf. J. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. 21, p. 330, "leve ou levíssima, a culpa dá lugar à responsabilidade e obriga o oficial à reparação do dano

consignado o seguinte: "É que, em se tratando de ação de responsabilidade civil, resultante de ato notarial, *a mais ligeira culpa produz a obrigação de indenizar*, respondendo o tabelião perante aquele que perdeu o imóvel adquirido, pelo qual o criminoso, mediante artifício, conseguiu lavrar instrumento procuratório, passando-se pelo vero proprietário, utilizando-se de documentos falsos. Somente mediante prova de que o adquirente também tenha concorrido para o ilícito é que se livraria o notário".[26]

A propósito é bom lembrar aos senhores tabeliães que não dispõem de recursos técnicos para analisar, de imediato, se documentos são falsos ou verdadeiros, que participem e façam seus prepostos participarem dos cursos de grafotécnica e documentação patrocinados pelo Colégio Notarial do Brasil; que adquiram equipamentos que facilitem o exame da autenticidade de cédulas de identidade e respectivas numerações – Registro Geral (RG) e do Cadastro de Pessoa Física (CPF/MF), bem como de outros documentos. Outrossim, que da redação de atos notariais constem que as partes são conhecidas entre si, como os próprios de que trata o ato, ao invés de assumirem exclusivamente a responsabilidade pela identificação de contratantes desconhecidos.

Adverte José de Aguiar Dias que "a fertilidade de recursos do estelionatário se revela com freqüência por ardis contra os quais precisam estar prevenidos os tabeliães, para que não incidam em responsabilidade, por si ou seus prepostos".[27]

Negar a responsabilidade objetiva do Estado com relação aos atos praticados pelos notários e registradores, cujos atos, permito-me repetir, praticam eles, não em seus próprios nomes, mas no do Estado, por força da delegação que lhes é conferida na forma da lei, constitui-se num retrocesso histórico à irresponsabilidade do Estado. É andar na contramão da história.

Não existe mais lugar no direito moderno para as tão conhecidas expressões: "O Rei não erra" (*The king can do no wrong*), "O Estado sou eu" (*L'État c'est moi*) etc. A própria lógica encarregou-se de conduzir a doutrina, a jurisprudência e a produção legislativa em direção aos direitos do cidadão, este sim, razão da existência do Estado. A irresponsabilidade do Estado, salienta José de Aguiar Dias, "é possível dizê-lo com absoluta segurança, é doutrina destinada a desaparecer".[28]

Anota o Prof. Elcio Trujillo que "em tempos atuais, a responsabilidade desse sujeito de direito é aceita universalmente, consenso expressado pela doutrina, jurisprudência e legislação dos povos civilizados".[29]

A globalização indica a tendência universal para ampliação do campo da responsabilidade civil do Poder Público, baseada na moderna teoria do risco so-

resultante".

(26) Jornal *Anoreg Novos Tempos II*, ano III, n. 9, p. 149.

(27) José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. vol. I, p. 306.

(28) Idem, ibidem, vol. II, p. 558.

cial, como resposta inadiável aos reclamos difusos ou coletivos de um novo tempo, marcado pelo limiar do terceiro milênio, em que a comunidade, emigrando para o amadurecimento da concepção de cidadania e de consciência política, já vencida a timidez e com um alto grau de persistência, exige padrões ideais de comportamento social compatíveis com suas aspirações, direitos e garantias fundamentais.

Com o monopólio estatal dos serviços notariais e de registros públicos, o Estado tem o dever de selecionar com exação os candidatos à delegação dos serviços, através de exames rigorosos de provas e títulos, não permitindo que qualquer serventia fique vaga por mais de seis meses sem abertura de concurso.

Parece saltar aos olhos que a responsabilidade civil em relação aos serviços vagos e aos serviços sob intervenções das Corregedorias Permanentes ou Geral, cujos responsáveis pelos expedientes são pessoas da confiança dos respectivos Corregedores, os quais não ostentam sequer o *status* de "interino", é direta e objetivamente do Estado. Nos primeiros (serviços vagos) depreende-se que o Poder Público delegante manteve a titularidade dos serviços, tanto que pode, por isso, a qualquer tempo, cessar a designação precária, de acordo com a conveniência dos serviços.

Em Parecer de 04.08.1997 proferido no Processo CG 2.537/96 – Capital, aprovado pelo Corregedor-Geral da Justiça (*DOJ* de 19.09.1997, p. 39), o Juiz Auxiliar da Corregedoria, doutor Francisco Eduardo Loureiro, consignou o seguinte: "É bom lembrar, mais, que a delegação se extingue em razão das causas elencadas no art. 39 da Lei 8.935/94 (morte, aposentadoria, invalidez, renúncia e perda) e, assim ocorrendo, o serviço delegado *reverte* ao Poder Público delegante (cf. Helly Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 16. ed., p. 333-334)".

Esclarece ainda o eminente parecerista: "Evidente, portanto, que a designação do responsável pelo expediente da serventia vaga subordina-se à supremacia do interesse público."

Se a Administração escolheu mal aquele a quem cometeu a execução de seus serviços – provisória ou em caráter efetivo, ou não fiscalizou devidamente a execução desses serviços, de sorte que o serviço não funcionou, ou funcionou mal, deve o Estado responder diretamente pelos danos causados a terceiros. Ademais, foi uma opção da Administração não exigir do delegado a prestação de uma caução, ou a aquisição de uma apólice de seguro de responsabilidade civil, para cobrir eventuais prejuízos aos usuários, preferindo o risco, e por isso deve responder pelo risco assumido.

De outra sorte, obrigaria o potencial consumidor de um serviço notarial ou registral, a cercar-se de cautelas em relação ao tabelião ou oficial de registro; se este tem ou não patrimônio suficiente para suportar eventual ressarcimento, caso o ato pretendido seja eivado de nulidade, ou por outra forma venha o oficial delegado, por sua ação ou omissão, causar lesão ao direito do interessado.

Parece necessário ser lembrado que ao usuário é dado o direito de escolher um tabelião de notas de sua confiança, porém, quanto aos demais atos notariais e registrais – atos de protestos e de registros públicos, por serem atos privativos de

determinadas serventias, visto que as leis de organização judiciária de cada unidade da federação e do Distrito Federal delimitam a competência e a zona territorial de cada serventia –, não resta alternativa ao interessado, senão solicitá-los perante o cartório competente.

Deixaria o Estado esse cidadão ao desamparo? Quererá a Administração, depois do usuário ter percorrido um caminho que vai do processo de conhecimento à execução, e neste, conhecida a insolvência do tabelião ou registrador, constrangê-lo a percorrer a mesma *via crucis* contra o Estado? A negativa para ambas questões se impõe, por força dos *princípios publicísticos*.

Para concluir este estudo proponho as seguintes indagações que serão analisadas dentro dos princípios já expendidos:

1. O que dizer da responsabilidade civil do oficial no cumprimento de despachos, decisões e mandados judiciais?

A responsabilidade é do Estado-Juiz e deve ser resolvida dentro da doutrina constitucional contemporânea, baseada na teoria do risco social absoluto.

Embora a jurisprudência do C. Conselho Superior da Magistratura e da E. Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo seja reiteradamente no sentido de que os títulos judiciais dependem de qualificação formal para acesso ao Registro, é certo que evolui a tendência de distinguir dentre estes, os títulos judiciais propriamente ditos, para o efetivo cumprimento das decisões jurisdicionais irrecorríveis.

2. Quando o oficial cumpre normas e decisões administrativas oriundas da Corregedoria (Permanente ou Geral), mesmo que indiquem a abstenção ou a prática de atos sabidamente lesivos a interesses de terceiros juridicamente tutelados, suportará o ressarcimento de eventual prejuízo causado?

Saliente-se em primeiro que, dentre os deveres do notário e do registrador, constantes do capítulo V da Lei 8.935/94, está o de "observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente" (art. 30, XIV), definindo como infração disciplinar passível de penalidades, "a inobservância das prescrições legais ou normativas", aliás, a primeira do rol (art. 31, I), o que tem sugerido a aplicação da pena de perda da delegação em vários casos.

Dentro desse contexto, afigura-se inquestionável estar o notário ou registrador agindo sob o império do Poder Público, dentro dos limites e da forma prevista na lei.

3. O que dizer da responsabilidade civil do delegado, por atos praticados por prepostos que são mantidos no serviço por imposição do Estado?

Qual o alcance da responsabilidade civil do delegado por atos praticados por prepostos que são mantidos no serviço por decisão administrativa do juízo competente ou em virtude de concessão de medida liminar ou de sentença judicial?

É sabido que os antigos escreventes e auxiliares regidos pelo regime estatutário gozam da estabilidade constitucional em seus cargos. Outros gozam da estabilidade sindical. Mesmo que a juízo subjetivo do oficial, esses funcionários repre-

sentem potencial dano para o serviço, nenhuma atitude poderá tomar o oficial, no sentido de afastá-los preventivamente de suas atividades, a não ser diante de um caso concreto, mediante o devido processo administrativo ou judicial.

Por outro lado, existem casos concretos de funcionários que foram formalmente afastados em sede administrativa mediante regular processo e reintegrados ao serviço por medidas jurisdicionais.

Tenho que, salvo a culpa *in vigilando*, nenhuma outra obrigação restará ao delegado em relação a atos praticados por prepostos nessas condições. Não poderá ser invocada a falta de vigilância na escolha, a culpa *in eligendo*, para responsabilizar o notário ou registrador pelos atos praticados por esse funcionário que não foi por ele escolhido, indicado ou mantido, senão pela própria Administração Pública.

4. O Notário ou Registrador que assume uma nova Serventia é responsável pelos passivos trabalhista e tributário?

Face ao caráter personalíssimo da delegação, deflui, por conseqüente lógico, que a responsabilidade pelos encargos sociais e fiscais pretéritos remanesce no passivo como responsabilidade pessoal de pessoa física, que ao tempo da prática de tais atos exercia o comando da serventia.

Com rigorosa exatidão pode repetir-se que se a Administração escolheu mal aquele a quem cometeu a execução de seus serviços – provisória ou em caráter efetivo, ou não fiscalizou devidamente o cumprimento dos encargos, *deve o Estado responder diretamente pela satisfação dos encargos trabalhistas e fiscais*, valendo-se ao depois do direito de regresso para o ressarcimento do erário público. Ademais, repita-se, foi uma opção do Poder Público delegante não ter exigido do delegado do serviço notarial ou registral a prestação de uma caução, ou a aquisição de uma apólice de seguro, preferindo o risco.

Por outro lado, parece ser lícito que os prepostos contratados pelo notário ou registrador para auxiliá-lo no desempenho de suas funções, devem ser desligados da serventia por ocasião da extinção da delegação. É que esses funcionários foram contratados na forma do art. 20 da Lei 8.935/94 para servirem àquele titular, o qual, aliás, poderia diretamente prestar os serviços que lhe foram delegados, sem o concurso de auxiliares ou prepostos.

Parece claro que a contratação de prepostos é inerente ao caráter personalíssimo da delegação, devendo, por isso, ser pessoalmente cumprida até final pelo delegado ou seus herdeiros.

5. Conclusões

1. Os delegados dos serviços de notas e de registros – tabeliães e oficiais de registro, embora desempenhem atividades de caráter privado por delegação do Poder Público, guardam a qualificação de servidores públicos.

2. Não descaracterizada a natureza jurídico-administrativa da função pública, seus atos são atos do Estado, o qual detém o monopólio dos serviços notariais

e de registro, e responde objetivamente pelos danos que seus delegados venham a causar a terceiros, permanecendo estes na esfera da responsabilidade subjetiva.

3. Se a Administração escolheu mal aquele a quem cometeu a execução de seus serviços, ou não fiscalizou devidamente sua execução, de sorte que o serviço não funcionou ou funcionou mal, deve o Estado responder diretamente pelos danos causados a terceiros. Ademais, foi uma opção da Administração não exigir do delegado do serviço público a prestação de uma caução, ou a aquisição de uma apólice de seguro de responsabilidade civil, para cobrir eventuais prejuízos aos usuários, preferindo o risco.

4. Nos termos do art. 22 da Lei 8.935/94 e do art. 37 da CF, os notários e registradores responderão, por via de regresso, pelos danos que eles ou seus prepostos causarem a terceiros, nos casos de dolo ou culpa, assegurando-se-lhes o direito de ação regressiva contra o funcionário causador direto do prejuízo.

5. O notário e o registrador não respondem pelos prejuízos causados a terceiros, nem mesmo via regresso, nos seguintes casos:

a) abstenção ou prática de atos em virtude de normas jurídicas emanadas da autoridade competente e de decisões judiciais, ou decisões administrativas oriundas da Corregedoria Permanente ou Geral;

b) danos causados por prepostos mantidos nessa condição por imposição do Poder Público (estabilidade por tempo de serviço ou sindical), ou prepostos reintegrados e/ou mantidos na serventia por medida jurisdicional, salvo por culpa *in vigilando*. Excepciona-se para o efeito de afastar a culpa *in vigilando*, o fato desses funcionários não terem sido escolhidos, nem mantidos pelo delegado.

6. Se a ação do prejudicado for endereçada contra o notário ou oficial de registro, a ele caberá provar a culpa ou dolo do delegado ou seus prepostos, mesmo levíssima.

7. Leve ou levíssima, a culpa dá lugar à responsabilidade e obriga o oficial à reparação do dano resultante de sua atividade ou omissão.

8. Nas serventias vagas e nas serventias sob intervenções das Corregedorias Permanentes e da E. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado, indiscutível ser a responsabilidade objetiva do Estado, visto que respondem pelo expediente funcionários da confiança da Administração. Nas primeiras, inclusive, enquanto não houver a delegação dos serviços a candidato habilitado em concurso público de provas e títulos, detém o Poder Público delegante a titularidade dos serviços a ele *revertidos* em virtude da vacância.

9. Face ao caráter personalíssimo da delegação, deflui por conseqüente lógico que a responsabilidade pelos encargos sociais e fiscais pretéritos, permanece no passivo do ex-delegado ou de seu espólio, devendo o Estado responder diretamente pela satisfação dos encargos trabalhistas, valendo-se ao depois do direito de regresso para o ressarcimento do erário público. Ademais, repita-se, foi uma opção do Poder Público delegante não ter exigido do delegado do serviço notarial ou registral a prestação de uma caução, ou a aquisição de uma apólice de seguro, preferindo o risco.

10. É lícito que os prepostos contratados pelo notário ou registrador para auxiliá-lo no desempenho de suas funções, sejam desligados da serventia por ocasião da extinção da delegação. Esses funcionários foram contratados pelo delegado no uso da faculdade prevista no art. 20 da Lei 8.935/94, para o servir, o qual, aliás, poderia diretamente prestar os serviços que lhe foram delegados, sem o concurso de auxiliares ou prepostos. A contratação de prepostos é de caráter pessoal e inerente à delegação, devendo, por isso, o notário ou registrador que assumiu o encargo, cumpri-lo até final.

11. Não há responsabilidade objetiva onde não há texto legal expresso.

1. DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

1.2

ENFITEUSE

MARCELO TERRA*

SUMÁRIO: 1. A propósito de Vitória e também da Enfiteuse – 2. Enfiteuse – 3. Terrenos de marinha – 4. Terrenos alodiais – 5. Parcelamento do solo em terrenos de marinha – 6. Incorporação imobiliária em terrenos de marinha – 7. Princípio da unitariedade da matrícula – 8. Um precedente a favor do princípio da unitariedade matricial – 9. Agora, alguns casos práticos – 10. O direito comparado. A Espanha – 11. O sistema registral com fundamento na matrícula – 12. Em conclusão – Bibliografia.

1. A propósito de Vitória e também da enfiteuse

Mais uma vez estamos em Vitória,[1] no belo Espírito Santo, para novos estudos e novos encontros! Assim que recebi o sempre esperado *Boletim do Irib* com a programação deste ano e ali vi inserto o tema "Enfiteuse", senti que era chegado o momento de trazer a lume algumas idéias a "propósito da enfiteuse".

E por que este título "a propósito da enfiteuse"? A razão é por demais singela. A declarada intenção é a de expor pensamentos específicos quanto ao fenômeno do instituto da enfiteuse, aforamento, aprazamento e seus efeitos no tão falado e aceito "princípio da unitariedade da matrícula". Eis, então, a razão e a motivação deste pequeno trabalho: provocar debates, reflexões, até mesmo para chegarmos à conclusão de que o princípio da unitariedade da matrícula é absolutamente inexpugnável ou, quem sabe, para iniciarmos uma revisão de seus anteriores estudos.

Por ter nascido e sido criado em cidade litorânea (Santos, São Paulo) e oriundo de família com vários advogados (pai, tios, irmãs e esposa), desde pequeno ouço comentários jurídicos e sociais a respeito de terreno de marinha, esse desconhecido. Em minha vida profissional, por diversas vezes defrontei-me com operações imobiliárias envolvendo os "tais terrenos de marinha" e delas sempre re-

(*) Contribuição aos estudos do XXVII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil – Vitória – ES – de 07 a 11.08.2000.

(1) Tenho especial carinho pelo Encontro de Vitória; foi no Conclave, aqui anteriormente realizado em 1988, que participei pela primeira vez das Reuniões do Irib. Desde então, a fortuna propiciou-me a presença em todos os Encontros anuais, a concretização de amizades, o incremento imensurável de conhecimentos técnicos e de experiência de vida. Agradeço, assim, novamente a acolhida que me é dada pela Diretoria do Irib e por todos os seus associados.

sultava grande perplexidade quanto à absoluta incongruência da situação registrária (seguindo, na maioria das ocasiões, princípios ortodoxos) e situação da real.

Um dos aspectos que sempre me intrigou refere-se à realização de incorporações imobiliárias[2] em terrenos de marinha e, principalmente, em imóveis compostos: parte de terrenos de marinha e parte de alodiais. No regime da antiga Lei de Registros Públicos, a inscrição de incorporação imobiliária, cuja base física, era o imóvel misto, não se suscitava esta questão. Mas, com o advento do sistema registral imobiliário brasileiro, fundamentado na matrícula, esta problemática assume ares de fosso intransponível.

Antecipadamente, lanço as seguintes indagações, que nortearão a elaboração do presente estudo:

a) é possível a unificação de dois terrenos contíguos de proprietários diferentes?

b) é possível o registro de uma só incorporação imobiliária em dois ou mais imóveis de diferentes proprietários?

c) é possível o registro de uma só incorporação imobiliária em dois ou mais imóveis não contíguos?

d) é possível que a matrícula objetive um imóvel parte enfitêutico (sendo ou não terreno de marinha) e parte alodial? Acrescente-se, aqui, a possibilidade de serem dois ou mais os senhorios, cada qual detendo imóvel (domínio útil) de um bem destacado e diferente do outro;

e) sendo positiva a resposta ao quesito anterior, poder-se-á afirmar que a unitariedade matricial diz respeito à destinação dos imóveis que compõem o todo e não à homogeneidade dominial? Ou que esta hipótese representa simplesmente uma exceção à regra geral?

Pois bem, colocadas as premissas inicio o desenvolvimento de seu conteúdo, que passa necessariamente pela lembrança e fixação de alguns gerais conceitos.

2. Enfiteuse

O Código Civil elenca (art. 674) como direitos reais sobre coisas alheias a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, as rendas expressamente constituídas sobre imóveis, o penhor, a anticrese e a hipoteca. Alguns são direitos de garantia, outros de gozo e fruição. Não é por acaso que o rol do art. 674 por ela se inicia, pelo fato reconhecido que a enfiteuse é o direito real sobre coisa alheia que mais se aproxima do direito de propriedade.

Dá-se a enfiteuse (art. 678), "(...) aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio

(2) Outra vez o assunto "incorporação imobiliária" tem presença em meus estudos.

útil do imóvel, pagando a pessoa que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro anual, certo e invariável".[3]

Após lembrar que nos direitos reais de usufruto, uso e habitação, hipoteca, penhor e anticrese se vê seu caráter fragmentário e parcelar, o que permite sua coexistência sem ofensa uns dos outros e do domínio, que restringem e limitam, Lacerda de Almeida,[4] com apoio em Seuffert, diz inicialmente que a enfiteuse "(...) é uma limitação geral e completa, e tão completa que obriga a considerá-la direito real *sui generis*: o enfiteuta tem todos os direitos inerentes ao domínio, menos o domínio", para, logo em seguida, salientar que a enfiteuse, como direito amplo e extensíssimo, tira à propriedade[5] "(...) todos os direitos que a compõem e deixa ao proprietário apenas alguns sinais exteriores da permanência do seu domínio, o nome ou o predicado de dono e a expectativa de reintegrá-lo, readquirindo os direitos que dele andavam destacados".

Exatamente por caberem tantos poderes ao enfiteuta, o seu direito[6-7-8] "(...) se denomina domínio útil, importa dizer: são-lhe atribuídos os direitos de usufruir o bem de modo mais completo, o de aliená-lo e o de transmiti-lo por sucessão hereditária. O senhorio tem o domínio direto, que recai sobre a substância do imóvel, abstraindo das suas utilidades, as quais são objeto do direito do enfiteuta".

3. Terrenos de marinha

O Código Civil regula a enfiteuse de bens particulares, pertencentes a pessoas naturais ou jurídicas; a dos terrenos de marinha sempre se regrou por leis especiais, ainda que se lhe aplicassem em caráter subsidiário preceitos do direito comum; esta é a disposição da segunda parte do art. 694 do CC.[9-10]

(3) José Serpa Santa Maria aponta que a definição dada pelo Código Civil merece certo reparo, quando alude à existência de um domínio útil, ao lado de outro domínio, que ficaria reservado ao verdadeiro proprietário, pois o próprio direito pátrio repele o exercício simultâneo de dois domínios (*Curso de direito civil*, vol. VII, p. 113); tal observação somente reforça a doutrina de que a enfiteuse não configura modalidade de direito de propriedade, pois se o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, o Código Civil deixa claro que o proprietário é o senhorio direto. Se proprietário é, proprietário não pode ser o enfiteuta, porque a propriedade é um *direito exclusivo* (Orlando Gomes, *Direitos reais*, p. 252).

(4) *Direito das cousas*. vol. I, p. 412, especialmente a nota de rodapé n. 1.

(5) Idem, ibidem, p. 413.

(6) Idem, ibidem, p. 279.

(7) Pontes de Miranda afirma que as expressões "domínio útil" e "domínio direto" são reminiscências somente verbais, não correspondendo à natureza do direito real de enfiteuse (*Tratado de direito privado*, p. 66).

(8) No Direito espanhol, Manuel Albaladejo (*Derecho civil*. p. 169) ensina que na enfiteuse ou censo enfitêutico há uma divisão do domínio por atribuição a distintas pessoas de faculdades diferentes que, somadas, recompõem o domínio sobre a totalidade da coisa.

(9) "A dos terrenos de marinha e acrescidos será regulada em lei especial".

(10) Esta opção legislativa pela regência especial encontra justificativa no fato observado por Rosita de Sousa Santos (*Terras de marinha*. p. 58) de que os terrenos de marinha consti-

Atualmente, a legislação básica a respeito de terrenos de marinha[11] é o Dec.-lei 9.760/46, com suas posteriores modificações, principalmente as introduzidas pela Lei 9.636/98. O art. 2.º do Dec.-lei 9.760, assevera serem terrenos de marinha, "(...) em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zonas onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

Art. 3.º São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha".

tuíam "(...) um assunto confuso, e faziam com que autores, que procuraram compilar as determinações que orientavam a tramitação e a solução dos interesses a eles referentes, dissessem com ênfase e acrimônia: Reina o maior caos na insuficiente legislação sobre terrenos de marinha ... Percorrer a legislação sobre o instituto de terrenos de marinha é, sem dúvida, tarefa dificílima ante o verdadeiro caos existente de Alvarás, Circulares, Decisões, Decretos, Instituições, Leis e Ordens". Em tom de fina ironia, Manoel Madruga (*Terrenos de marinha*, vol. I) observa que: "No tempo em que, por um acaso feliz Pedro Álvares Cabral descobriu as terras opulentíssimas desta imensa região americana, os governantes da velha nação portuguesa, obedecendo à tendência bizarra da alma irriquieta e sonhadora, que tão brilhantemente fazia o galhardo apanágio da raça, esmerilhavam acontecimentos e fatos para regulamentá-los ou defini-los ao curioso sabor do espírito aventureiro da época" (p. 3-4). É claro, prossegue Manoel Madruga, que, absorvidos por tão sedutoras "(...) preocupações, o governo português não desceria aos trabalhos e aos cuidados de doutrinar superiormente com relação aos assuntos que dissessem respeito a interesses vitais do País e de suas respectivas colônias (...)" (p. 7), destacando-se, entre estes assuntos vitais, os terrenos de marinha, deixados à margem de um salutar regramento.

(11) Extremamente importante a leitura do trabalho do advogado Albany Castro Barros (*Enfiteuse – Necessidade de sua abolição*), que aponta a preocupação da Coroa portuguesa, durante o período colonial, com a "defesa da praça", como originadora da doutrina de segurança nacional sempre invocada para justificar a permanência dos terrenos de marinha na propriedade privada da União, fato hoje que não suporta a menor análise em razão dos meios modernos de fazer guerra, capazes de transpor os mais seguros obstáculos (p. 50-51). Considerando que a falsa argumentação da defesa nacional não poderia subsistir por toda a vida, Albany Castro Barros lembra (p. 55) que "(...) começaram os tecnocratas a pensar no auferimento de maiores rendas através da enfiteuse dos prédios nacionais. Quando falta a um governo a imaginação necessária para produção de riqueza através do trabalho, da indústria, da pesquisa, e de tantos outros meios válidos, é natural que seus artífices recorram aos tradicionais métodos feudais de auferimento de rendas, através do trabalho e da criação dos que realmente contribuem para a grandeza da Nação".

4. Terrenos alodiais

Terrenos alodiais é expressão "(...) que tem o mesmo sentido de terras alodiais, isto é, de terras que se mostram livres e isentas de quaisquer encargos, ou ônus, como aforamento, ou enfiteuse".[12]

Por esta razão, quando se determina a qualidade alodial[13] "(...) do terreno, entende-se que é aquele que não está sujeito ao pagamento de qualquer foro ou laudêmio, tendo o proprietário domínio pleno sobre ele, pelo que está livre de qualquer outro senhor. Indica, pois, o terreno ou imóvel que não está sujeito a enfiteuse.

Em relação aos terrenos marginais ou adjacentes aos terrenos de marinha, alodial serve para indicar o terreno firme e de formação antiga, que se avizinha do terreno de marinha. O terreno alodial é sempre de propriedade privada; o terreno de marinha pertence ao Estado e está sujeito ao aforamento para que o use o particular".

5. Parcelamento do solo em terrenos de marinha

Se a gleba for objeto de enfiteuse, aprazamento ou aforamento, sua divisão depende do consentimento do senhorio; é a regra da segunda parte do art. 681 do CC. Por sua vez, o § 6.º do art. 3.º do Dec.-lei 9.760/46, com sua redação modificada pelo art. 32 da Lei 9.636/98, estabelece ser "(...) vedado o loteamento ou o desmembramento de áreas objeto de ocupação sem preferência ao aforamento, nos termos dos arts. 105 e 215 do Dec.-lei 9.760, de 1946, exceto quando:

a) realizado pela própria União, em razão do interesse público;

b) solicitado pelo próprio ocupante, comprovada a existência de benfeitoria suficiente para caracterizar, nos termos da legislação vigente, o aproveitamento efetivo e independente da parcela a ser desmembrada".

Gilberto Passos de Freitas,[14] examinando os requisitos do parcelamento (loteamento ou desmembramento) em terrenos de marinha, leciona que, além do cumprimento das exigências previstas na Lei 6.766/79, requisitos outros devem ser observados, entre eles a anuência da União. E, com apoio em doutrina de Diógenes Gasparini, afirma não haver transferência das vias públicas, áreas verdes, de lazer e institucionais ao domínio do Município, que passa a ser, única e exclusivamente, seu foreiro, por transmissão automática sem pagamento de laudêmio e dispensado o Município de pagamento do foro anual respectivo.

6. Incorporação imobiliária em terrenos de marinha

Não localizei em qualquer texto legal referência aos requisitos formais e substanciais para a instituição do condomínio de edifício dividido em unidades autô-

[12] Vocábulo "Terrenos alodiais", De Plácido e Silva (*Vocabulário jurídico*, vol. II, p. 1544).

[13] Vocábulo "Alodial", De Plácido e Silva (op. cit., vol. I, p. 109).

[14] "Loteamento em terreno de marinha", p. 42.

nomas, subordinado à Lei 4.591/64 em terrenos de marinha. Em doutrina, há a observação de Rosita de Sousa Santos[15] no sentido de que se o foreiro constrói um prédio de apartamentos e passa a vendê-los por unidade, para o Serviço de Patrimônio da União cada unidade vendida representa um aforamento novo e, no momento da regularização da nova situação, o cálculo é feito sobre a avaliação da fração ideal, mais a benfeitoria construída. Para o foreiro originário, o valor do foro é diminuído em proporção à fração ideal vendida. Se esse foreiro se desfizer de todas as unidades construídas, o aforamento primitivo se extingue.

Há, também, a sempre interessante e prática colocação do Tabelião Antonio Albergaria Pereira,[16] interpretando a locução "título de propriedade" constante da letra *a* do art. 32 da Lei 4.591/64 e questionando se, apesar de não ser proprietário, nem titular de direitos reais de aquisição, o enfiteuta pode assumir a iniciativa e responsabilidade de uma incorporação imobiliária, exatamente porque a lei especifica título de propriedade do terreno, e o título enfitêutico não o é de propriedade, mas sim título de um direito real sobre imóvel alheio.

O C. Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo já afirmou ser possível o registro de memorial de incorporação em terrenos de marinha, mas exigindo que haja contrato de aforamento ou enfiteuse, e não a simples ocupação. Em caso ocorrido na comarca litorânea de Itanhaém, no Estado de São Paulo, manteve a recusa de registro de memorial de incorporação, pois o projeto de construção abrangia parte de marinha, objeto de mera ocupação,[17] até porque[18] "(...) com a ocupação, confere-se à recorrente apenas o direito de preferência, evidentemente não inscritível no fólio predial".

7. Princípio da unitariedade da matrícula

A Lei Registrária (6.015/73) disciplina que: "cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta lei" (inc. I, § 1.º, art. 176), e que: "Todo imóvel objeto de título a ser registrado deve estar matriculado no Livro n. 2 – Registro Geral – obedecido o disposto no art. 176" (art. 227).

(15) Op. cit., p. 106.

(16) "Boletim cartorário" ...

(17) ApCív 13.091-0/4 – Itanhaém. O parecer, da lavra do Juiz de Direito Auxiliar da Corregedoria, Geraldo Pinheiro Franco, e o acórdão subscrito pelo Des. Onei Raphael, Corregedor-Geral da Justiça e relator, e pelos Des. Aniceto Aliende e Odyr Porto encontram-se publicados no *DOE* – Poder Judiciário, de 02.12.1991, Caderno 1, p. 45 (cópia em meu particular arquivo, JE/3.769). O *Boletim do Irib* 211 (dez. 1994) estampa resposta de Gilberto Valente da Silva: "(...) o direito à ocupação de terreno é pessoal, não gerando nenhum vínculo imobiliário" Vide *RDI* 29/149 (N.R.).

(18) EDcl 25.743-0/5.01 – Caraguatatuba. O acórdão subscrito pelo Des. Alves Braga, Corregedor-Geral da Justiça e relator, e pelos Des. José Alberto Weiss de Andrade e Yussef Cahali encontra-se publicado no *DOE* – Poder Judiciário, de 06.12.1995, Caderno 1, p. 47 (cópia em meu particular arquivo, JE/6.238).

Discorrendo a respeito de controvérsia surgida nos debates, por ocasião do XIII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Ricardo Dip,[19] posicionando-se a favor da corrente dominante, ensina que a unitariedade exige que: "(...) a matriz abranja a integralidade do imóvel, e que a cada imóvel corresponda única matrícula. A agregação de prédios contíguos (fusão e unificação, arts. 234 e 235 da LRP) supõe a unidade social ou econômica do todo, formado com a anexação dos imóveis antes autônomos (...)".

Em decorrência desse princípio afirma-se que:

a) a matrícula deve objetivar um só imóvel;

b) cada imóvel somente pode estar em uma única matrícula.

Evidentemente, se dois ou mais imóveis contíguos, pertencentes ao mesmo "(...) proprietário, constarem de matrículas autônomas, pode ele requerer a fusão destas em uma só, de novo número, encerrando-se as primitivas" (art. 234).

Portanto, são dois os requisitos para fusão de matrículas de imóveis distintos:

a) sua contigüidade, devendo existir um ponto de tangência entre os imóveis unificandos;

b) que os proprietários de um imóvel sejam os mesmos do outro.[20]

Qual o conceito de imóvel e de contigüidade para fins de observância do falado princípio da unitariedade matricial? Dentro de um contexto tradicional e prevalecente, imóvel é caracterizado por sua unidade física, e contigüidade por sua continuidade descritiva, sem interrupção por vias públicas ou por outros imóveis de terceiros (públicos ou particulares).

8. Um precedente a favor do princípio da unitariedade matricial

O Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo teve a oportunidade de julgar recurso de apelação[21] em procedimento de dúvida, originado da Comarca de São Sebastião. O caso fático é bastante curioso, merecendo uma reflexão mais acurada.

(19) "Da unitariedade matricial", p. 53. Vide *RDI* 17/18-51 (N.R.).

(20) A jurisprudência administrativa da 1.ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo acrescenta um terceiro requisito: o da homogeneidade dominial, exigindo que os percentuais de cada condômino sejam exatamente os mesmos em cada imóvel unificando. Confira-se, a título de exemplo, a decisão proferida no Processo de retificação de área 1.081/92 (*DOE* – Poder Judiciário, Caderno 2, 02.05.1997, p. 226, cópia em meu arquivo particular, JE/6.888). Com o devido respeito, não concordo com tal posicionamento, como procurei demonstrar no trabalho "Notas ...".

(21) ApCív 16.062-0/4 – São Sebastião. O parecer, da lavra do Juiz de Direito Auxiliar da Corregedoria, Vito José Guglielmi, e o acórdão subscrito pelo Des. José Alberto Weiss de Andrade, Corregedor-Geral da Justiça e relator, e pelos Des. Odyr Porto e Lair da Silva Loureiro encontram-se publicados no *DOE* – Poder Judiciário, de 26.03.1993, Caderno 1, p. 53 (cópia em meu particular arquivo, JE/4.481). Vide *RDI* 31/115 (N.R.).

O proprietário de dois terrenos descontínuos (separados por uma via pública) obteve a aprovação, pela Municipalidade, do projeto de construção de um empreendimento imobiliário único, destinando um dos imóveis à edificação de um prédio de apartamentos e o outro terreno às vagas de garagem para automóveis, caracterizadas não como unidades autônomas, mas incluídas na área comum das unidades autônomas, apartamentos, localizadas do outro lado da rua.

O requerimento de registro da incorporação imobiliária (uma só incorporação, eis que um só o projeto aprovado) foi obstado, entre outros fundamentos, sob o argumento de o registro da incorporação pressupor a fusão das matrículas, e a fusão exigir a contigüidade física dos imóveis. A dúvida (inversamente suscitada) foi julgada procedente pelo Juiz-Corregedor Permanente, dela apelando o interessado ao Conselho Superior da Magistratura. Propondo se negar provimento ao recurso e, de ofício, julgar prejudicada a dúvida, o Magistrado Vito José Guglielmi discorreu a respeito de tão palpitante tema, dizendo que o condomínio "(...) deve ser instituído e especificado em prédio único, inadmitindo-se sobre imóveis não contíguos".

Não encontrando precedente do Conselho Superior da Magistratura,[22] valeu-se o Ilustre Juiz de antiga decisão da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, de autoria do Juiz Ricardo Dip,[23] para dela extrair a conclusão (a *contrario sensu*) que "(...) uma única incorporação sobre imóveis diversos só se pode deferir se possível a unificação das matrículas, com a fusão dos imóveis".[24]

Apesar de afirmar que "(...) (embora em princípio não seja a idéia de um único condomínio sobre imóveis diversos totalmente repugnante) (...)" o Nobre Magistrado conclui que é impossível "(...) a admissibilidade do registro nessas

(22) A título de mera curiosidade, anoto a existência de antiga decisão da 1.ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, proferida pelo Magistrado Ricardo Henry Marques Dip (Processo 224/89, cópia em meu pessoal arquivo, JE/6.234). A empresa incorporadora, titular de direitos de aquisição de dois imóveis contíguos, viu sua pretensão de unificação dos imóveis para fins de registro, na matrícula única, do memorial de incorporação, sob fundamento de impossibilidade de unificação de imóveis de distintos proprietários. Pediu, então e em caráter alternativo, a abertura de matrícula ou o registro da incorporação nas duas matrículas. Dr. Dip assim decidiu: "Inviável, a termo da legislação vigente, a fusão colimada, por divergência de titularidade tabular dos imóveis objeto, nada obsta a que se proceda ao registro da incorporação em ambas as matrículas, com remissões recíprocas (que, ademais, podem perfazer-se mediante averbamento)".

(23) Processo 285/85; decisão publicada na *Revista de Direito Imobiliário* 16/142, autorizando o registro de uma única incorporação, sendo que antes da unificação dos dois imóveis e fusão das respectivas matrículas, o proprietário houvera aprovado dois projetos de construção, um para cada imóvel pré-unificação; como advogado da empresa incorporadora, sustentei, na ocasião, pela admissibilidade da unificação e do registro de memorial de incorporação único, fundamentado em dois alvarás de construção.

(24) Na Comarca de São Paulo, há precedente do ano de 1986, em que a proprietária de três terrenos distintos e contíguos requereu e obteve o registro de incorporação imobiliária nas três matrículas, sem sua prévia unificação, pois esta dependia de processo judicial de retificação de área (cópia em meu pessoal arquivo, JE/1.500).

condições" pois, com a introdução do sistema do fólio real com o advento da Lei 6.015/73, cada imóvel passou a ser matriculado, de modo que a cada "(...) imóvel corresponde uma matrícula e só se pode referir a um imóvel.

Estabelecido, portanto, o princípio da unitariedade da matrícula (art. 175, par. ún., I, da Lei 6.015/73) não se vê como possa ser registrada a incorporação em matrículas diversas. Ademais, integrante um dos imóveis parte do todo ou área comum, indicar-se-ia numa matrícula, área de imóvel a ela não pertencente".

Como mera curiosidade, lanço a seguinte hipótese: imóvel único, destinado a um só empreendimento, é parcialmente desapropriado; pela expropriação, divide-se em dois, sendo uma parte referente à torre de apartamentos e outra parte (além rua) às quadras poliesportivas. Fisicamente, o imóvel de um passou a dois. E a matrícula? Uma só? Duas? E a unidade econômica e de destinação?

9. Agora, alguns casos práticos

Retornando às observações preliminares, anoto que chegaram a meu conhecimento certidões de escrituras, de transcrições e de matrículas de imóveis constituídos de um todo econômico, embora juridicamente se bipartam em dois imóveis, um da União (terreno de marinha) e outro particular (alodial).

Para fins de ilustração do presente trabalho, peço a licença de transcrever, abaixo, o que consta de algumas dessas certidões:

a) "Área de terreno com .... m², remanescente do imóvel denominado '....', localizada entre os bairros do .... e .... no subdistrito de ...., zona urbana desta ...., limitando-se de um lado com o Oceano Atlântico, de outro lado, com terrenos remanescentes da ...., do outro lado e em curva, com a faixa de servidão constituída sob terrenos da mesma firma e ainda com fundos do .... e finalmente do último lado com a rua ...., *área esta constituída de duas* glebas *designadas pelas letras* a *e* b, assim descritas e caracterizadas: gleba 'A', constituída de *terras próprias*, com .... m², medindo pelo Sul, com a parte da marinha, tendo neste ponto uma forma angular aguda, tendo os seus lados formados pelos segmentos remanescentes da firma mencionada, o qual neste ponto é formado pelo segmento reto ...., com .... m e ...., com .... m, sendo que o último segmento já está voltado para o sentido Noroeste, pelo lado Leste, com terrenos da citada firma, tendo seu limite marcado pelo segmento .... de .... m, que segue em linha reta, para delimitar a parte de marinha; pelo lado Oeste, com terrenos da multi citada firma, tendo o limite formado pelo segmento .... de .... m, que segue em linha reta para delimitar a parte de marinha e tendo este limite também formado, por parte do segmento circular .... de .... m descrito no limite Norte, ... e a gleba 'B', constituída do *domínio útil* de uma área de marinha, inscrita no Censo Imobiliário sob número ...., com .... m², medindo pelo lado Sul, com o Oceano Atlântico, tendo neste ponto, forma angular aguda tendo os seus lados, formado pelos segmentos ...., medindo .... m e .... medindo .... m, pelo lado Norte com terreno próprio, o qual neste ponto é formado por dois segmentos ...., paralelos respectivamente aos segmentos ...., que constituem o lado Sul, medindo o segmento .... m e o segmento ...., ... m, pelo lado Leste, com terrenos da ...., tendo seu limite marcado pelo segmento ....

de .... m como prolongamento do limite da parte própria, pelo lado Oeste, com terrenos da firma citada, tendo o limite formado segmento ...., de .... m como prolongamento do limite da parte própria. As glebas 'A' e 'B' são contíguas nos seus lados .... e ...., os quais são ao mesmo tempo, o limite Sul da gleba 'A' e o limite Norte da gleba 'B'";

b) "Um terreno medindo .... m de frente pelo alinhamento da mencionada Avenida ...., por .... m da frente aos fundos, confrontando de um lado com o edifício de n. .... da referida Avenida, de propriedade de ...., de outro lado, com o prédio n. .... da mesma via pública, e nos fundos com o edifício de n. .... da Rua ...., de propriedade de ...., *compreendendo dito terreno uma área alodial e uma faixa de marinha*, com a área de .... m², constituída pelos lotes n. .... da Avenida ...., dos quais os outorgantes vendedores são legítimos outorgantes, eis que são inscritos no Serviço do Patrimônio da União – Delegacia no Estado de São Paulo sob n. .... e ....";

c) "Um terreno constituído pelos lotes n. .... e .... da Quadra '....' do loteamento denominado ...., no distrito, município e comarca de ...., m e de .... m de frente para a Av. ...., do lado direito de quem da Avenida olha para o terreno, medindo .... m, onde confronta com o lote ...., do lado esquerdo mede .... m, onde confronta com o lote ...., e nos fundos mede .... m, onde confronta com a Rua ...., encerrando a área total de .... m², sendo todas as medidas aproximadas e o *terreno abrangido por faixa de marinha*, sendo a medida na frente para a Av. ...., em linha de dois segmentos, a primeira em curva de .... m e a segunda reta de .... m".

Evidentemente, em um País de dimensão continental como o Brasil e com quase 8.000 Km de terrenos de marinha haverá de existir um sem número de matrículas descrevendo como único imóvel, organicamente considerado, um conjunto misto de terrenos da União e de imóveis de domínio pleno em nome do particular.[25]

A enfiteuse foi parcamente regrada nas leis registrárias (atual e anteriores) ou por esquecimento ou por medo do enfrentamento de tema tão espinhoso. Os imóveis enfitêuticos e os mistos (alodiais) raramente têm sua real situação jurídica nos livros, como bem salientado pelos Registradores Maria Helena Leonel Gandolfo e Lincoln Bueno Alves.[26]

10. O direito comparado. A Espanha

No aludido precedente da Comarca de São Sebastião, o Magistrado Vito José Guglielmi expressamente se refere à doutrina espanhola de Ramon Roca Sastre

(25) A toda evidência, não quero me servir do frágil argumento do "precedente erro", pois sei que o "erro anterior não justifica o presente, nem sua reiteração", como tantas vezes decidiu o C. Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo. O objetivo dessa expressa referência se concentra no chamamento à atenção de um fenômeno negocial que certamente encontra amparo registral em dezenas de situações, muito provavelmente porque a lei registral praticamente não regrou o aforamento, principalmente dos terrenos de marinha, deixado para "lei especial".

(26) "Enfiteuse. Sistemática registral na matrícula". p. 1.

quanto à possibilidade de a unidade imobiliária ser analisada do ponto de vista da unidade econômica e não somente do ângulo da unidade física.

Interessante, pois, uma passagem d'olhos no Direito espanhol.[27] O art. 8.°, da Lei Hipotecária, determina que "Cada finca tendrá, desde que se inscriba por primera vez, um número diferente y correlativo.

(...)

Se inscribirán como uma sola finca bajo un mismo número:

(...)

2.° Toda explotación agrícola, con o sin casa de labor aunque forme una unidad orgânica, aunque esté constituida por predios no colindantes, y las explotaciones industriales que formen um cuerpo de bienes unidos o dependentes entre si".

O registrador Chico y Ortiz,[28] analisando mencionado art. 8.°, salienta que o sistema espanhol está construído sobre a técnica "(...) del folio real, de tal forma que a cada finca desde que ingresa por primera vez en el Registro se le abre un folio registral en el cual van haciéndose constar, mediante assientos sucesivos, todas las vicisitudes que el historial jurídico de la misma va ofreciendo a través de los actos inscribibles".

Após esta lição, Chico y Ortiz lembra[29] que os tempos modernos hão brindado possíveis exceções, nas quais "(...) a finca o el derecho reputado con virtualidad para abrir folio registral puede ser reflejado en forma diversa (...)".

Finca assume dupla significação. Uma em sentido material e outra em sentido registral, conforme ensinado pelo mesmo Chico y Ortiz em outra obra.[30] Materialmente, "(...) la finca no pasa de ser una superficie delimitada que forma una unidad en el tráfico jurídico, estando siempre en el mismo sitio y respondiendo a una determinación geográfica."

No sentido registral, "(...) es finca ... todo lo que abre folio especial ... hay fincas registrales que en la realidad fisica constituyen varias parcelas, separadas por caminos, carreteras, vias férreas o por accidentes naturales, e incluso discontinuas y alejadas unas de otras, pero unificadas por un destino común".

Podem ser consideradas, então, como *fincas funcionales*, na expressão de Emílio Pérez Pérez,[31] exatamente porque para o registro, "la finca no es necesa-

(27) Naquele parecer, o Juiz Vito José Guglielmi bem observou que "(...) admite-se a unidade do registro por expressa autorização legal, presente a unidade econômica, embora verse sobre prédios distintos. Diversa é a situação da lei pátria".

(28) *Derecho hipotecario y su legislación – Complemento al*, p. 169.

(29) Idem, ibidem, p. 170.

(30) *Estudios sobre derecho hipotecario*, tomo I, p. 513.

(31) *Propiedad comunidad y finca registral*. No mesmo sentido a doutrina de Diéz-Picazo e Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol. III, p. 282.

riamente una superficie delimitada por los cuatro puntos cardinales, o individualizada por signos fisicos: al contrario, la cualidad de finca registral la determina una circunstancia puramente formal, como es la de figurar una cosa o un derecho inmueble como objeto de un folio registral: es finca todo lo que abre folio en el Registro. No se exige una unidad local (...)"[32]

Esta necessidade de adaptação de velhos conceitos aos novos tempos se mostra – ainda no Direito espanhol – em outras duas situações exatamente no sentido inverso do até agora desenvolvido, como salientado por Roca Sastre e Roca Sastre Muncunill:[33] garagens ou estacionamento de veículos, em que a inscrição da transmissão da quota-parte indivisa de "(...) finca destinada a garaje o estacionamiento de vehículos, que lleve adscrita el uso de una o más plazas determinadas, podrá practicarse em folio independiente que se abrirá com el número de la finca matriz y el correlativo de cada cuota", e nos casos da chamada multipropriedade, em que se adota o sistema de multiplicidade de "(...) folios, haciéndose constar en el folio u hoja registral del inmueble el régimen de la multipropiedad y abriéndose a cada cuota un folio u hoja en el que constará el período de disfrute que a dicha cuota corresponde".

11. O sistema registral com fundamento na matrícula

Todos reconhecem e afirmam que a grande novidade introduzida no direito positivo brasileiro pela Lei 6.015/73 foi a adoção do sistema fundamentada na matrícula.[34] Quando se alude a imóvel, e segundo doutrina de Afranio de Carvalho,[35] "(...) pressupõe-se a delimitação de um espaço na superfície terrestre, a configuração de um terreno como corpo distinto, vale dizer, a sua descrição e separação, de maneira a ganhar individualidade, em virtude da qual o imóvel não se confunde com nenhum outro semelhante, é a inscrição no registro imobiliário".

Claramente se percebe, então, que a doutrina brasileira ainda se refere à matrícula, como espelho e reflexo do imóvel em sua unidade física, apesar de haver em modelos legislativos estrangeiros o desenvolvimento e o alargamento do conceito.

É chegado, pois, o momento de repensarmos este ponto, admitindo a dualidade "unidade jurídico-registrária" e a "unidade jurídico-física".

(32) Lacruz Berdejo e Sancho Rebuldia. *Derecho inmobiliario registral (Elementos de derecho civil, III bis).* p. 65.

(33) *Derecho hipotecário.* p. 297 e 301.

(34) Não se trata do verdadeiro sistema cadastral, pois lhe faltam as plantas indispensáveis à separação e identificação dos imóveis.

(35) *Registro de imóveis.* p. 369.

Qual o princípio geral que rege o sistema do fólio registral? Hedemann[36] doutrina que a cada "(...) finca indendiente, aunque sólo sea um palmo de terreno, se destina, em Registro de su distrito, una 'hoja registral' propia com la que se puede fijar en cada momento la situación jurídica de la finca (Quién es el propietario? Está gravada?). Esta hoja recibe el nombre de folio real".

Mencionada dicotomia entre unidade física e unidade registral já era asseverada pelo mesmo Hedemann[37] ao anotar que "(...) la palabra 'finca' no es usada siempre em su acepción normal, sino más bien en un sentido juridico formal: una finca es aquello que tiene unidad interna desde el punto de vista juridico".

Recentemente, o C. Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo reiterou[38] esse posicionamento tradicional e ortodoxo, ao julgar que "(...) a expressão 'cada imóvel' significa unidade territorial com continuidade de área, contornos definidos, individualizada de outras glebas.

(...)

Ora, a impossibilidade da fusão das matrículas autônomas de tais glebas evidencia que tais terrenos, com solução de continuidade porque separados por uma estrada municipal, não podem ser englobados em uma única matrícula".

12. Em conclusão

O conceito da unitariedade da matrícula tem sido examinado e aplicado dentro do contexto de uma interpretação mais restritiva da Lei 6.015/73, sempre sob o ponto de vista da identidade entre unidade física e unidade material.[39]

Proponho, "A propósito da enfiteuse", que se faça uma revisão da análise que hoje prevalece. Por que não se admitir que a unitariedade matricial representa um princípio não rígido? Elenco as seguintes exceções para estudo:

a) dois ou mais imóveis, contíguos, de diversos proprietários, sob a mesma folha de registro, desde que destinados à mesma finalidade, mediante comprovação da devida licença ou autorização administrativa;

b) dois ou mais imóveis, não contíguos, do mesmo ou de diversos proprietários, em única matrícula, desde que também destinados à mesma finalidade, mediante comprovação da devida licença ou autorização administrativa;

(36) *Tratado de derecho civil.* vol. II, p. 86.

(37) Idem, ibidem, p. 87.

(38) ApCív 69.063-0/1 – Piedade. O acórdão subscrito pelo Des. Luís de Macedo, Corregedor-Geral da Justiça e relator, e pelos Des. Márcio Martins Bonilha e Alvaro Lazzarini encontra-se publicado no *DOE* – Poder Judiciário, de 1.º.08.2000, Caderno 1, p. 5.

(39) Eu mesmo já sustentei expressamente este ortodoxo ponto de vista no trabalho "A matrícula na incorporação imobiliária", p. 81. Cf. *RDI* 29/73 (N.R.).

c) na multipropriedade (*time sharing*), concomitantemente ao aspecto físico, o imóvel ganha um conceito temporal. Por que não haver matrícula para o "imóvel semana"?[40]

Tais sugestões têm inegável contorno de praticidade, de ordem dos atos de registro e das matrículas, gerando, via de conseqüência, maior segurança em sua análise e conferência. Se chegarmos à conclusão de sua conveniência doutrinária e prática, mas dependente de alteração legislativa, conclamo os participantes do XXVII Encontro, os Registradores brasileiros e a Diretoria do Irib à formação de uma Comissão para estudo e elaboração de anteprojeto de lei a respeito desse tormentoso tema.

Bibliografia

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil.* 8. ed. Barcelona : Bosch, 1994. Tomo III, vol. 2.º.

ALBERGARIA PEREIRA, Antonio. "Boletim cartorário", inserto no *Boletim de Direito Imobiliário* 31, 1.º Decêndio, nov/93.

ALMEIDA, Lacerda de. *Direito das cousas.* Rio de Janeiro : J. Ribeiro dos Santos, 1908. vol. I.

ALVES, Lincoln Bueno. "Enfiteuse. Sistemática registral na matrícula". Boletim cartorário, inserto no *Boletim de Direito Imobiliário* 206, jul. 1994, em co-autoria com Maria Helena Leonel Gandolfo.

BARROS, Albany Castro. *Enfiteuse – Necessidade de sua abolição.* Tese apresentada e aprovada no X Encontro de Advogados de Pernambuco, Recife, out. 1980.

BEVILÁCQUA, Clóvis. *Direito das coisas.* 5. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro : Forense. vol. I.

CARVALHO, Afranio. *Registro de imóveis.* 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

CHICO Y ORTIZ, José Maria. *Derecho hipotecario y su legislación – Complemento al.* Madri : Editorial Montecorvo, 1974.

———. *Estudios sobre derecho hipotecario.* 3. ed. Madri : Marcial Pons, 1994. Tomo I.

(40) Distingue-se o novo direito "(...) da individuação tradicional pela evolução das necessidades sociais, resultando no interesse, só agora emergente, de se recorrer ao fator tempo para caracterizar cada um dos direitos individuais de domínio que se pretende estabelecer". Gustavo Tepedino, *Multipropriedade imobiliária*, p. 97. O Registrador Emérito Elvino Silva Filho (*Questões de condomínio no registro de imóveis*, p. 141), ao examinar o procedimento desse instituto no registro de imóveis, sugere que se observe o critério tradicional: uma matrícula por unidade, e nela "(...) lançados os nomes dos seus respectivos proprietários, com a discriminação da respectiva parte ideal em função do tempo". Em sentido contrário, até mesmo para se evitarem os conhecidos inconvenientes do regime condominial ordinário, é a opção legislativa portuguesa ao regulamentar as "descrições subordinadas" (art. 81.º, do Código de Registo Predial): "1. No caso de constituição de propriedade horizontal ou do direito de habitação periódica, além da descrição genérica do prédio ou do empreendimento turístico, é feita uma descrição distinta para cada fracção autónoma ou unidade de alojamento ou apartamento. 2. As *fracções temporais* do direito de habitação periódica são descritas com subordinação à descrição da unidade de alojamento ou apartamento".

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico.* Rio de Janeiro : Forense, 1961. vols. I e II.

DIÉZ-PICAZO, Luiz. *Sistema de derecho civil.* vol. III. *Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral.* 5. ed. Madri : Tecnos, 1990, em co-autoria com Antonio Gullón.

DIP, Ricardo Henry Marques. "Da unitariedade matricial". *Revista de Direito Imobiliário* 11-18.

FREITAS, Gilberto Passos de. "Loteamento em terreno de marinha". *Revista de Direito Imobiliário* 8.

GANDOLFO, Maria Helena Leonel. "Enfiteuse. Sistemática registral na matrícula". Boletim cartorário, inserto no *Boletim de Direito Imobiliário* 206, jul. 1994, em co-autoria com Lincoln Bueno Alves.

GOMES, Orlando. *Direitos reais.* 10 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.

GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil.* vol. III. *Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral.* 5. ed. Madri : Tecnos, 1990, em co-autoria com Luiz Diéz-Picazo.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de derecho civil.* vol. II (*Derechos reales*). Madri : Revista de Derecho Privado, 1955.

LACRUZ BERDEJO, José Luiz. *Derecho inmobiliario registral (Elementos de derecho civil, III bis).* 2. ed. Barcelona : José Maria Bosch, 1984, em co-autoria com Francisco de Asis Sancho Rebuldia.

MADRUGA, Manoel. *Terrenos de marinha.* Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1928. vol. I.

MARIA, José Serpa Santa. *Curso de direito civil.* vol. VII (*Direitos reais limitados*). Freitas Bastos, 1998.

PÉREZ PÉREZ, Emilio. *Propiedad, comunidad y finca registral.* Madri : Centro de Estudiso Registrales, 1995.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de fireito privado.* 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, reimpressão de 1971. Tomo XVIII.

ROCA SASTRE, Ramón Maria. *Derecho hipotecario.* 6. ed. Barcelona : Bosch, 1968. Tomo II.

———. *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral.* 8. ed. Barcelona : Bosch, 1995, em co-autoria com Luiz Roca Sastre Muncunill. Tomo III.

ROCA SASTRE MUNCUNILL. *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral.* 8. ed. Barcelona : Bosch, 1995, em co-autoria com Ramón Maria Roca Sastre. Tomo III.

SANCHO REBULDIA, Francisco de Asis. *Derecho inmobiliario registral (Elementos de derecho civil, III bis).* 2. ed. Barcelona : José Maria Bosch, 1984, em co-autoria com José Luiz Lacruz Berdejo.

SANTOS, Rosita de Sousa. *Terras de marinha.* Rio de Janeiro : Forense, 1985.

SILVA FILHO, Elvino Silva. "As novas formas da propriedade condominial", integrante da obra *Questões de condomínio no registro de imóveis.* São Paulo : Malheiros, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária.* São Paulo : Saraiva, 1993.

TERRA, Marcelo. "Notas sobre a unificação de imóveis", *Boletim do Irib* 173, out. 1991.

———. "A matrícula na incorporação imobiliária". *Revista de Direito Imobiliário* 29, em co-autoria com Waldyr Walder.

WALDER, Waldyr. "A matrícula na incorporação imobiliária". *Revista de Direito Imobiliário* 29, em co-autoria com Marcelo Terra.

1. DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

1.3

A AUTONOMIA REGISTRAL E O PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO*

DÉCIO ANTÔNIO ERPEN
e
JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Princípio da inscrição – 3. Princípio da qualificação e a presunção *juris tantum* da validade dos atos inscritos – 4. Princípio da concentração – 5. Princípio da publicidade e da ficção legal de conhecimento.

1. Introdução

Deixaram de ser, o Direito Notarial e o Direito Registral, somente meio de prova ou apêndice do Código Civil, isso no Brasil, para se constituírem em ramo autônomo do direito, com várias facetas e com objetivo certo e determinado: *instrumento da segurança jurídica, voltada essa para a paz jurídica.*

Para tanto, paulatinamente, o estudioso nota as tendências que estruturam as mesmas cátedras, agora com o conteúdo de ciência jurídica, também, com objetivo de gerar a *autenticidade,* a *segurança* e a *eficácia dos atos jurídicos.*

As técnicas modernas que podem ser utilizadas colocam tais atividades entre as mais eficientes, acompanhando os progressos da humanidade. Dentre todas destacamos a adoção da *matrícula* para cada imóvel, sem os inconvenientes de mero cadastramento administrativo. Cuida-se a matrícula de verdadeiro *curriculum vitae*; daí por que deve a mesma ser prestigiada.

A trasladação da técnica da *transcrição* não cassou a condição de proprietário com a adoção da *matrícula.* Igualmente, não transformou ninguém em proprietário, quando não o era. Foram unicamente técnicas registrais, agora aprimoradas para que, num relance de olhos, pudesse o cidadão comum saber da situação jurídica da coisa.

Esse desiderato deve ser prestigiado, daí por que devemos adotar o avanço legislativo para transformar num sistema registral, e como tal, completo.

Para exata compreensão da cátedra do chamado Direito Registral, que abarca o Direito Notarial e o Direito Registral, relembramos que temos os seguintes princípios de:

(*) Contribuição ao XXVII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil – Vitória/ES 07 a 11.08.2000.

1 – Prioridade
2 – Especialidade
3 – Disponibilidade
4 – Ficção de conhecimento
5 – Presunção (relativa ou absoluta) da validade dos atos
6 – Trato sucessivo ou continuidade
7 – Sucessividade
8 – Concentração
9 – Eficácia predeterminada
10 – Não sucedaneidade dos órgãos
11 – Rogação ou instância
12 – Não saneamento
13 – Inscrição
14 – Legalidade
15 – Territorialidade
16 – Retificação
17 – Publicidade
18 – Fé pública
19 – Propriedade formal
20 – Oponibilidade

Só a exata compreensão de todos os princípios é que permitirá dar eficácia e gerar-se a cultura da segurança jurídica, porque será investigada toda a estrutura do sistema registral brasileiro, isso de forma racional.

Para tanto, pretendemos pinçar alguns princípios, talvez os menos usados, evitando-se repetição de alguns outros e que são universalmente conhecidos.

Insistimos na importância das quatro colocações que promovemos e que são de extrema valia para todos quantos possuem interesse pelo tema. Iniciamos pelo

2. Princípio da inscrição

A publicidade dos atos fundou-se, inicialmente, mais *por motivos morais* do que em homenagem à segurança jurídica, eis que combatendo a clandestinidade, evitava-se a fraude.

Temos notícia da publicidade desde a *Bíblia Sagrada*, quando Abraão adquiriu um terreno para sepultar Saara, na presença de testemunhas. O *Código de Hamurabi* alude a pedras para fixar os limites. *A Babilônia e a Caldéia* davam

caráter constitutivo à aquisição da publicidade. *Os gregos* já tinham arquivistas, sendo que os prédios hipotecados eram identificados com tabuletas. *Rhodes* não dava valia aos contratos não inscritos.

A Revolução Francesa adotou a inscrição, quando a publicidade natural, porque fugaz, passou a ser substituída.

No Brasil, desde o Registro do Vigário, passou-se a prestigiar a inscrição dos atos.

Poucos são os exemplos, nos negócios jurídicos imobiliários ou naqueles em que a lei defere tratamento especial, onde prevalece a teoria da aparência. Trazemos o caso da posse *ad usucapionem*, *da servidão de trânsito*, desde que contínua e visível, o princípio da *saisina*.

Em se cuidando de móveis, sim, paira sobranceira a teoria da *aparência*. Já, no tocante aos bens imóveis, adota-se a *summa divisio*, ou seja, direitos reais e pessoais, cuja linha divisória está num registro público exitoso.

Paulatinamente, o princípio da inscrição está se impondo como único veículo gerador de segurança jurídica.

De outro lado, os direitos pessoais absolutos dispensam inscrição, em especial quando dizem respeito a direitos sociais. Entre eles, no Brasil, o bem-de-família também dispensa inscrição para fins de oponibilidade.

3. Princípio da qualificação e a presunção *juris tantum* da validade dos atos inscritos

Adota o Brasil, também, o princípio da *qualificação* a cargo dos Oficiais Registradores da respectiva circunscrição territorial. O ato notarial ou o documento relativo a imóvel sofre o rigoroso crivo do registrador, dispensando outros exames.

Diferente está a ocorrer nos países onde a função é meramente arquivadora, oportunidade em que se faz necessária a contratação de advogados e de um seguro, o que onera sobremaneira o negócio jurídico.

O Brasil adotou a *presunção relativa* da validade dos atos, isso em seu Código Civil, que data de 1916, e o fez muito bem, pela simples razão de que os então notários e registradores eram práticos, sem formação jurídica e prestavam-se mais a preencher formulários ou copiadores de fórmulas sacramentais e repetitivas. Poucos tinham conhecimento das conseqüências jurídicas do ato que praticavam. Muitos negócios jurídicos foram anulados pela omissão ou má elaboração de cláusulas.

A solução para reparação de equívocos estava na jurisdição, a cargo de juízes, com formação jurídica. Aí a razão da ação específica de anulação do negócio jurídico, com repercussão no registro imobiliário.

O sistema fundiário não poderia ficar entregue em mãos de pessoas sem formação profissional adequada.

Hoje, com a exigência legal de serem as serventias notariais e registrais preenchidas por pessoas portadoras de diploma de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, pode-se dizer que não mais persistem as restrições de outrora.

A solução está em atribuir-se presunção absoluta de validade aos atos registrais, resguardando-se o Poder Público para eventuais indenizações com a criação de um *Fundo* indenizatório advindo de pequena contribuição em ato registrado. Eventual equívoco seria repassado mediante disseminação no sistema jurídico. Ou do instituto do *seguro*, com o inconveniente de que as seguradoras restarão ricas, em detrimento à oneração dos negócios jurídicos.

É inconcebível que alguém adquira uma propriedade imobiliária, pagando o preço, mediante ato notarial e mediante exame do registrador e, ainda assim, possa o ato ser alvo de ação específica de anulação por defeito intrínseco ou extrínseco. Isso conspira contra a credibilidade da atividade notarial e registral e contra a segurança jurídica almejada.

Os profissionais públicos do direito, outrossim, deveriam prestar uma *caução*, se a remuneração de seus atos se dá pelas partes, com isso não deixando a descoberto eventual indenização.

4. Princípio da concentração

Temos apregoado que, adotando-se o sistema tabular, deve ele ser completo. A matrícula (*folio real*), em substituição às inscrições de cunho pessoal e cronológico, deve ser tão completa que dispense diligências outras, até criar-se a cultura da segurança jurídica.

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.

Assim, a nosso ver, 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. 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.

Cresce, de outro lado, o confisco de áreas utilizadas para cultura de vegetais psicotrópicos, quando, na sentença criminal, são confiscadas as propriedades. Como promover-se a comunicação à comunidade? Um simples edital prestar-se-ia para tal fim?

Pensamos que não, também em homenagem ao princípio da concentração, porque há uma mutação subjetiva do titular do domínio, que passa a ser o Poder Público. Em caso de alienação para outro proprietário, se não inscrito o ato confiscatório, haveria quebra à corrente dos proprietários. Um terceiro de boa-fé poderia ser atingido.

Sabe-se que dois são os órgãos de publicidade: os *específicos* e os *precários*. Nos precários, inclui-se a *Imprensa Oficial* para publicação de atos do governo, incluindo alguns que digam respeito a imóveis. Aí a perplexidade porque, sabe-se, o povo não tem acesso, nem vocação para ler a *Imprensa Oficial*. Mas extrai-se da publicação dos atos, a ficção de conhecimento.

Seria o caso de, quando se referisse a imóveis, fosse tida como necessária a *dupla publicidade* para evitar que se gerem injustiças. Isso o nosso sistema já adotou, isoladamente, é verdade. Não se pode consagrar uma ficção legal como instrumento de injustiças, em especial quando as publicações pela imprensa possuem caráter fugaz: Lê-se – quando se lê –, mas não se armazena; não se arquiva na mente.

Hoje as autoridades financeiras, além do decreto de indisponibilidade, que seria satisfativo, promovem comunicação às Corregedorias da Justiça para ciência dos registradores. Assim, está a admitir que a publicação pela Imprensa Oficial não é satisfatória. Como não o é. Mas, legalmente, o edital teria cunho satisfativo.

Se o registro imobiliário constitui-se no único mecanismo confiável para noticiar-se à comunidade o que lhe pode ser oponível, mister que o mesmo seja completo, ágil, seguro e universal, similar a uma Encíclica Papal: *urbi et orbi*.

Muito interessante seria a conjugação de dados referentes ao bem e a seu titular, daí por que elogiável a exigência legal que manda anotar eventuais inibições ao titular de direitos sobre a coisa. O curador, em caso de interdição, deveria promover, de ofício, as devidas averbações.

Na 2.ª Jornada Ibero-Americana de Derecho Registral, efetivada em Cuba, de 16 a 19 de maio p.p., a delegação brasileira deu especial ênfase ao princípio da concentração, merecendo destaque na relatoria final, onde se fez consignar a seguinte passagem:

"Estudiar la propuesta del Delegado Brasileño con relación al principio de la Concentración de los Actos Administrativos Y Judiciales de manera que estén contenidos en el Folio Real a fin de poseer una verdadera historia de la finca".

5. Princípio da publicidade e da ficção legal de conhecimento

Um dos efeitos da publicidade é gerar a *ficção de conhecimento*. Para chegar-se a esse resultado, dispõem os sistemas legais os órgãos aptos a produzirem os efeitos desejados.

Os meios específicos constituem-se, de regra, em Repartições, Oficinas, Serviços ou Órgãos prefixados em lei, onde são estabelecidas as atribuições e a carga

de eficácia que produzem. Incluem-se entre eles, os Registros Imobiliários, o Registro de Comércio, o Registro de Pessoas Naturais etc. Tal publicidade é denominada passiva, porque, recebendo notícia do fato ou do ato, pelo princípio da inscrição passa ele a ficar disponível à comunidade, que pode solicitar certidões pertinentes. No Brasil, a parte requerente sequer necessita demonstrar legítimo interesse. A comunidade toda possui legitimidade para tal.

A publicidade, outrossim, pode se subdividir em: *a) facultativa*; *b) declaratória*; ou *c) constitutiva*, conforme a carga de eficácia.

Se inscritível o ato, se promovido, regularmente, no órgão específico, pelo registrador competente, gera-se a ficção de conhecimento, com as conseqüências *erga omnes*.

Quando a lei prevê outra modalidade, de regra em sendo impossível a utilização do órgão específico, vale-se de órgão precário de publicidade, também chamado publicidade ativa. Isso ocorre através de editais, avisos, convites à licitação etc. Vale para se noticiar a venda judicial de um bem, ou de uma licitação etc. para certames ou concursos públicos.

Se há previsão legal, seja qual for o órgão, há a ficção de conhecimento.

Muitos confundem a *ficção legal* com as *presunções*. As presunções foram herdadas do Direito Romano Justinianeu ante a inexistência de prova direta, em determinada circunstância. O jurista brasileiro, Caio Mario da Silva Pereira, diz que presunção é:

"a ilação que se tira de um fato certo, para prova de um ato desconhecido. Não é propriamente uma prova, porém um processo lógico por via da qual a mente atinge a uma verdade legal".

Prestam-se as presunções a superar dificuldades para provar certos fatos e para dar estabilidade e economia na aplicação do direito. Sabe-se que tais presunções podem ser absolutas (*juris et de jure*), ou relativas (*juris tantum*). No último caso, possível elidi-las.

Outros dividem-nas em *comuns* e *legais*. Aquelas, de parte do juiz na apreciação da prova, e as legais, prefixadas legalmente.

A ficção, todavia, torna-se necessária à realização formal do direito, o que ocorre ao lado da legislação e da eqüidade.

A ficção é uma invenção do direito, ou seja, uma disposição legal que tem algo como verdade o que, na realidade, inexiste; já a presunção admite como verdadeiro o que provavelmente o é.

A ficção advém da imaginação do legislador, ao passo que a presunção se situa no terreno da probabilidade.

A presunção admite prova em contrário; a ficção, não. Em suma: *enquanto a presunção parte da probabilidade, a ficção parte da imaginação.*

Entre as *ficções legais* destacam-se o conhecimento da lei, a capacidade civil com a maioridade, a categoria de bem imóvel por disposição legal, entre outras.

No caso dos *Registros Públicos há ficção de conhecimento* se o ato foi levado à inscrição ou se foi alvo de publicidade através do órgão competente. Há casos em que o legislador determina o duplo registro, ou seja, através de um órgão específico e, também, de órgão precário de publicidade. Como exemplo, temos a interdição de uma pessoa demente, cuja sentença é inscrita no Registro Civil das Pessoas Naturais e é publicado um edital em jornal da comunidade. Os sistemas jurídicos podem dispor a respeito.

Quando a lei quer retirar a ficção de conhecimento, referentemente a determinadas pessoas, o faz expressivamente. Exemplo disso, é a não ficção de conhecimento para o *credor hipotecário*, quando a coisa hipotecada é vendida em hasta pública, devendo ele ser notificado, pessoalmente. Para ele não se opera a ficção de conhecimento. Para os demais, ela é *erga omnes*.

Respeitadas as definições legais, a carga de eficácia de um ato levado à notícia do público é a mesma, seja qual for o órgão de publicidade, desde que haja previsão legal e cumpra-se o ritual.

Noutras oportunidades, por certo, os demais princípios deverão merecer a atenção dos nobres integrantes do presente Conclave.

1. DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

1.4

O REGISTRO DE IMÓVEIS, OS TÍTULOS JUDICIAIS E AS ORDENS JUDICIAIS

MARCELO FORTES BARBOSA FILHO

SUMÁRIO: 1. As funções do registro de imóveis e os atos judiciais – 2. Os títulos judiciais – 3. As ordens judiciais – 4. Qualificação registrária, títulos judiciais e ordens judiciais – 5. Desqualificação do título judicial e crime de desobediência – 6. Conclusão.

1. As funções do registro de imóveis e os atos judiciais

Os bens imóveis sempre ostentaram uma relevância patrimonial bastante destacada, como um dos principais insumos destinados à produção de outros bens, o bem de capital por excelência, e, numa sociedade essencialmente agropastoril, tal qual a brasileira até o início do século XX, haveriam de ser considerados como o principal repositório de riqueza.

Os direitos sobre bens imóveis eram os demonstrativos do poder econômico de uma pessoa ou de um grupo de pessoas e, ainda que tenhamos suportado a gradual introdução do capitalismo industrial e do financeiro, não se pode negar a sobrevivência de sua relevância.

Surgiu, assim, a necessidade imperiosa de estabelecer um mecanismo capaz de dotar de segurança e total publicidade as mutações jurídico-patrimoniais referentes a tais bens, os imóveis, minimizando o surgimento de litígios e conflitos de interesses.

Nesse contexto, entre meados do século XIX e o final do primeiro quarto do século XX, o registro de imóveis foi criado e aperfeiçoado, para responder a tais reclamos.

De início, a atividade registrária esteve voltada para a proteção e estimulação do crédito, em especial o crédito rural, como decorrências das Leis Imperiais 317, de 21.10.1843, 1.236, de 24.09.1865, e 3.272, de 05.10.1885, que, gradualmente, aboliram as hipotecas privilegiadas, as gerais convencionais e as ocultas, bem como dos Decretos 169-A, de 19.01.1890, e 370, de 02.05.1890, baixados pelo governo republicano provisório e que tornaram obrigatória a inscrição e especialização de todo direito real de garantia incidente sobre bem imóvel, inclusive quando se tratasse de hipoteca judiciária.[1]

(1) Philadelpho Azevedo. *Registros públicos*. 2.ª tiragem. Rio de Janeiro : Almeida Marques, 1929. p.21.

Neste sistema voltado para os direitos reais de garantia e, mais propriamente, para a hipoteca, a transcrição não ostentava valor de prova inquestionável e apenas produzia uma publicidade formal, da qual, inclusive, expressamente, eram deixados de lado os atos judiciais, pois, com respeito a estes, tal como o previsto pelo art. 237 do referido Dec. 370, bastava a publicidade derivada do processo.

Em 1917, com a entrada em vigor do Código Civil, uma nova realidade se concretizou, passando o ato registrário, nomeado de transcrição, à condição de meio de aquisição da propriedade imobiliária, ressalvado seu conteúdo causal, isto é, dependendo sua validade da integridade e aptidão do fundamento jurídico pelo qual uma dada pessoa (sujeito de direito) galgou a posição jurídica apontada pelos assentamentos de um dado registrador.

O texto dos arts. 530, I e 532 deixava clara, então, a concepção de um sistema diferenciado e inovador, de total abrangência, generalizado e centralizado, que acabava por "submetter à inscripção todas as transmissões",[2] mas deixava espaço para a discordância.

A presença de referência incompleta acerca das aquisições derivadas de direito hereditário e documentadas por via do julgamento das partilhas realizadas em inventário, num momento imediatamente posterior, houve de ser superada.

As características fundamentais do novo sistema registrário impregnaram o primeiro diploma legal referente aos registros públicos feito após o advento do Código Civil, a Lei 4.827, de 07.02.1924, que, em seu art. 5.º, incluía, dentre as hipóteses de transcrição, os "julgados nas acções divisórias", as "sentenças, que nos inventários e partilhas, adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas da herança", a "arrematação e adjudicação em hasta publica" e as sentenças de usucapião, além da inscrição das "penhoras, arrestos e sequestros de immoveis", sem que se fizesse referência direta às aquisições derivadas de direito hereditário, consumando simples reprodução do esquema redacional do Código Civil.

Tratava-se de um diploma legal muito rudimentar, cuja forma de aplicação foi detalhada, por meio de regulamentação expedida pelo Poder Executivo, quando do advento do Dec. 18.542, de 24.12.1928. Coube, ao decreto regulamentador, especificar os livros utilizados pelos registradores e suprir omissões da lei federal então vigente, incluindo, em seu art. 231, como documentos a serem transcritos, "os formais de partilha em inventários, conseqüentes a sentença de desquite e nullidade ou annullação de casamento".

Foi, portanto, em decorrência do Código Civil e num momento posterior ao início de sua vigência, no correr da década de 20, que se solidificou um sistema de registro de imóveis dotado dos predicados de generalidade e centralização, capaz de gerar a segurança e a publicidade máximas necessárias ao tráfico imobiliário.

Este sistema, sempre gradualmente, foi se aperfeiçoando, com o advento do Dec. 4.857, de 09.11.1939, e da vigente Lei 6.015, de 31.12.1973, esta última

[2] Virgilio Sá Pereira. *Manual do Código Civil brasileiro*. Org. Paulo de Lacerda, Jacintho Ribeiro dos Santos. Rio de Janeiro, 1924. vol. VIII, p.169-170.

marcada pelo aperfeiçoamento provocado pela introdução do fólio real, formador de um cadastro de bens. Mas, sem dúvida, a atual abrangência do sistema registrário se deveu às concepções semeadas no curso da década de 20, quando se tornou pacífica a necessidade de um ato de registro para a transmissão, entre particulares, de direito real incidente sobre imóvel, qualquer que seja sua causa imediata ou mediata.

A precedente emissão de um ato judicial instrumentalizador de uma mutação jurídico-patrimonial relativa a um bem imóvel não torna despicienda a prática de ato registrário, sem o qual esta mesma mutação não se consumará. O ato de registro é inafastável.

2. Os títulos judiciais

Firmada a premissa relativa à imperiosidade da prática do ato de registro, mesmo diante de um precedente ato emanado do Estado-Juiz, resta uma questão subseqüente: Como estes atos judiciais, capazes de implicar a transmissão ou modificação ou criação de direitos reais incidentes sobre bens imóveis, são transportados para o âmbito dos assentamentos registrários?

Emitida uma decisão judicial, este comando precisa resguardar uma forma de expressão. É preciso instrumentalizá-lo, com o que são produzidos documentos.

Todo documento é uma coisa destinada a manter, permanentemente, a memória acerca do advento de um determinado fato jurídico. Emerge de tal coisa, a partir de sua interpretação, um juízo de existência com respeito a um dado evento produtor da incidência de normas jurídicas.[3] Assim, a decisão judicial, que remanesce como causa mediata da mutação jurídico-patrimonial, resta integrada a um corpo e, a partir de então, pode ser levada ao conhecimento do registrador, na qualidade de destinatário incumbido, finalmente, de concretizá-la.

Tais documentos são, impropriamente, denominados de "títulos".

Em sentido próprio, o vocábulo "título" ganha um sentido de direito material e destina-se a designar a própria causa da operação consumada com o ato registrário, isto é, o fundamento jurídico pelo qual uma dada pessoa assume uma posição diante de um bem imóvel, seu título legitimário.[4]

Num sentido impróprio, o vocábulo "título" é utilizado para designar o instrumento documental, que serve de meio para que reste divulgada a causa e persista a produção de todos os efeitos decorrentes.

Os títulos judiciais, admitida a expressão nesta última versão apresentada, são aqueles documentos emanados do Estado-Juiz e elencados, sem taxatividade, exemplificadamente, nos incs. III (última parte) e IV do art. 221 da Lei 6.015/73.

(3) Natalino Irti. *Norme e fatti*. Milano : Giuffrè, 1984. p. 246-248 e 259-260.

(4) Torquato Castro. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo : Saraiva, 1985. p. 86.

No texto legal, restam incluídos "cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo", além das "sentenças proferidas por tribunais estrangeiros após homologação pelo Supremo Tribunal Federal".

Tais títulos, à semelhança do que ocorre com os chamados títulos não-judiciais ou extrajudiciais, hão de ser levados ao conhecimento do registrador, pois só a consecução do ato de registro poderá, entre particulares, dotar de plena eficácia a decisão judicial antecedente, derivada da declaração da presença de um título legitimário, posicionando um dado sujeito de direito diante de um bem imóvel.

3. As ordens judiciais

As ordens judiciais diferenciam-se dos títulos judiciais.

Todo título judicial resguarda, como antecedente necessário, uma declaração emitida por um órgão do Estado-Juiz e referente à presença de um título legitimário, de direito material, capaz de dar respaldo causal à mutação jurídico-patrimonial a ser operada pelo ato de registro.

Em se tratando de uma ordem judicial, não há semelhante correspondência.

Cuida-se de um 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.

Tais ordens ostentam uma aparência externa idêntica à de um título judicial, mas não ostentam conteúdo semelhante.

As ordens judiciais, geralmente, se instrumentalizam por meio de mandados, um dos títulos judiciais elencados no inc. IV do art. 221 da Lei Federal 6.015/73, porém não estão respaldadas numa declaração relativa à presença de um título legitimário e, por isso, não são aptas, quando consideradas isoladamente, a produzir mutações jurídico-patrimoniais da mesma natureza que as derivadas dos títulos judiciais.

Os atos praticados com suporte em ordens judiciais não são aptos a criar novas situações jurídicas, isto é, a estabelecer novas posições para novos sujeitos de direito. Diante das ordens, isso sim, ocorrem alterações, em geral limitadoras, de situações jurídicas já existentes.

A natureza diferenciada das ordens judiciais deve provocar, portanto, uma diversificação dos procedimentos registrários próprios a tais comandos, quando feita uma comparação com os títulos judiciais.

4. Qualificação registrária, títulos judiciais e ordens judiciais

Adotado um sistema centralizado e generalizado, a partir do que todos os atos de mutação jurídico-patrimonial relativa aos direitos reais incidentes sobre imóveis hão de ser transportados, pelos particulares, para o interior do sistema

registrário para que possam exteriorizar toda sua eficácia, é preciso produzir assentamentos de registro dotados de coerência interna.

Nesse sentido, num primeiro plano, é conferida, ao registrador, como autor dos atos de registro, a responsabilidade pela manutenção da referida coerência interna, a qual só pode ser atingida pela estrita aplicação de princípios atinentes ao funcionamento interno do sistema registrário.

No afã de proteger e resguardar o conteúdo dos atos praticados, o registrador opera o exame qualificador de todos os títulos, confrontando-os com o conjunto de todos os assentamentos disponíveis, sob o crivo da especialidade, da continuidade, da unitariedade, enfim de todos os princípios atinentes à sua atividade específica.

A qualificação corresponde a um juízo lógico e crítico, do qual não podem ser excluídos, para a sobrevivência do sistema adotado entre nós, quaisquer títulos, aqui incluídos os de origem judicial, expedidos por um dos órgãos do Estado-Juiz.

O Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, em variadas oportunidades, vem reiterando que: "o fato de ser apresentado a registro um título de origem judicial não o isenta do exame qualificativo dos requisitos registrários, cabendo ao registrador, como o firmado nas Apelações Cíveis 15.028-0/7, da Comarca de Praia Grande, e 20.745-0/6, da Comarca de Itú, apontar eventual hipótese de incompetência absoluta da autoridade judiciária, aferir a congruência do que se ordena, apurar a presença de formalidades documentais e, finalmente, analisar a existência de eventuais obstáculos registrários. A autoridade da coisa julgada, portanto, não chega a tornar exigível, de maneira absoluta, a efetivação do ato de registro, devendo o título decorrente ser submetido à qualificação registrária com rigorosa observância dos princípios que a regem".[5]

O oficial registrador não pode estar obrigado à prática de atos ilegais, que viole completamente os princípios registrários básicos e torne insegura e descontrolada a escrituração do fólio real. Em seu poder de qualificação, o registrador pode e deve rejeitar a prática de tais atos, verificado óbice implícito aos próprios assentamentos.

Num segundo plano, o registrador analisa todo e qualquer título levado ao seu conhecimento, seja ele judicial ou extrajudicial, a fim de que seja verificada a viabilidade da prática de um ato de registro desejado (registrabilidade), mas sua atuação se restringe, no entanto, à questões relativas a forma e legalidade.

A análise qualificadora deve partir dos aspectos extrínsecos do título, sem questionar e pesquisar seu conteúdo, mas verificando a presença dos requisitos exigidos como necessários à perfeição deste dado título, tal como o previsto pelas normas positivadas.

Os exemplos, dadas as premissas propostas e de conformidade com o julgado citado acima, são variados. Um Juízo Federal ou trabalhista jamais poderá expe-

[5] Ap. 38.661.0/9-00, da Comarca da Capital.

dir um formal de partilha (hipótese de incompetência absoluta da autoridade judiciária); todo mandado judicial não pode deixar de ostentar a assinatura da autoridade judiciária emitente (ausência de formalidade documental); admitidos os direitos reais como típicos, não há como admitir a instituição de um direito real sobre imóvel sem sua antecedente previsão legal, como seria o caso, no Direito brasileiro atual, do direito de superfície (ausência de congruência do que se ordena); não é possível admitir o registro de carta de arrematação, em violação ao princípio da continuidade, quando o titular do domínio é terceiro, diverso do executado e não há decisão judicial específica tendente à declaração ou consumação da invalidade e da ineficácia (existência de obstáculo registrário).

Quanto ao exame específico dos títulos judiciais, por isso, além, é claro, do exame relativo à coerência entre o ato desejado e os assentamentos disponíveis, o registrador não questiona o teor da decisão abrigada pela coisa julgada ou a existência do título legitimário declarado, mas apenas a presença dos requisitos externos necessários ao documento instrumentalizador da decisão emitida por um órgão do Estado-Juiz.

Na qualidade de titular de uma delegação de serviço público, o registrador de imóveis atua na esfera administrativa e, friso, no uso de sua autonomia funcional, analisa a presença dos aspectos extrínsecos necessários a cada título e sua coerência sistemática.

Questionamentos diferenciados são gerados pela emissão de ordens judiciais dirigidas ao registrador.

Em se tratando de ordem judicial, que, por princípio, não provoca mutações em direitos reais incidentes sobre bens imóveis, mas age no sentido de limitar a plenitude do gozo dos predicados derivados de um dado direito real, não se questiona seu conteúdo e não se viabiliza investigação relativa à manutenção da coerência entre a ordem e o conjunto dos assentamentos disponíveis.

O exame qualificador do registrador é mais limitado. As balizas estabelecidas para o exame das ordens judiciais são, substancialmente, mais restritas, se bem que elas existem e vêm gerando, gradualmente, o surgimento de uma normatização administrativa consentânea com suas características específicas, como é o caso, no âmbito do Estado de São Paulo, do Provimento CG 17/99.*

Diante de uma ordem judicial, acredito que só poderá o registrador se recusar a dar cumprimento ao comando recepcionado, quando restar caracterizada hipótese de absoluta impossibilidade, como quando determinada a indisponibilidade de bens daquele que não é titular, de acordo com a tábua, de direito real algum, ou antinomia interna, quando, por exemplo, há contradição intrínseca e o documento instrumentalizador da ordem não corresponda ao seu teor.

(*) Cf., *RDI* 48/76, nota 18 (N.R.).

5. Desqualificação do título judicial e crime de desobediência

Realizado o exame qualificador sobre título judicial, não se questiona, portanto, a viabilidade da recusa do registrador, atuando no âmbito da legalidade formal, deduzindo exigências, sempre materializadas em nota específica.

Em tais hipóteses, jamais restará caracterizado o crime de desobediência, porquanto o tipo correspondente ao art. 330 do CP pressupõe a oposição dolosa e injustificada a uma ordem legal, e tal conjunto de elementos não restará integrado quando rejeitado, em decorrência de óbice registrário, o registro derivado de título judicial.

Na hipótese, não há fato típico.

O registrador de imóveis, titular de uma delegação, estará cumprindo seu mister e restará viável, quando quedar inconformado interessado no registro, a instauração de procedimento de dúvida, como previsto no art. 198 da Lei Federal 6.015/73.

Situação diversa restará não caracterizada diante de ordens judiciais, a não ser que quedar presente o dolo do registrador, que se oponha, sem motivação, ao cumprimento do ordenado.

6. Conclusão

Eram estes os breves apontamentos, que, creio, podem, na atualidade, ser feitos diante do tema apresentado, cabendo-me expressar que as minhas opiniões não podem ser tidas como indiscutíveis e tendentes à unanimidade. As proposições feitas são passíveis de discussão e visam dar seguimento a questionamentos pretéritos.[6]

Diferenciar os títulos judiciais das ordens judiciais explica a heterogeneidade da atividade qualificadora do registrador, a quem o Poder Público atribui o dever de resguardar a integridade dos assentamentos relativos à assunção de direitos reais sobre bens imóveis, sem se furtar ao cumprimento dos comandos emitidos pelo Estado-Juiz.

[6] Cf., sobre o mesmo tema, Marcelo Martins Berthe, "Títulos judiciais e o registro imobiliário", *Revista de Direito Imobiliário* 41/56-63, São Paulo : RT, 1997.

1. DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

1.5

A SUCESSÃO NO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO (O ART. 29 DA LEI 6.766, DE 1979)

HÉLIO LOBO JR.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares: 1.1 Digressões sobre o estudo do parcelamento e a amplitude do tema – 2. Algumas conclusões a respeito da Lei 6.766, de 1979 – 3. O registro do parcelamento – 4. A transitoriedade da incidência: 4.1 A venda dos lotes; o atendimento das regras urbanísticas; 4.2 O projeto e a execução das obras; 4.3 A relação entre o interessado e a municipalidade; 4.4 O juízo de valor pela municipalidade; a responsabilidade pela garantia; 4.5 O juízo de valor pelo delegado de serviços registrais; 4.6 As providências defensivas dos adquirentes – 5. O dispositivo legal analisado – Art. 29 da Lei 6.766, de 1979: 5.1 O objetivo principal; direitos e obrigações do transmitente; os compromissos e promessas; 5.2 Exegese em consonância com a Lei 6.015, de 1973; a unitariedade da matrícula; 5.3 A legislação revogada; o Dec.-lei 58, de 1937; 5.4 A transitoriedade; 5.5 A alienação e a cessão de direitos; o art. 167, I, 20, da Lei 6.015, de 1973; 5.6 A anuência dos adquirentes – 6. Conclusão final.

1. Considerações preliminares

1.1 Digressões sobre o estudo do parcelamento e a amplitude do tema

O parcelamento do solo urbano é um tema que apresenta certa complexidade, principalmente diante da ligação com outros, como, por exemplo, as questões urbanística, registrária e civil, todos contidos na indigitada legislação.

Desponta, pois, já num primeiro plano, sua amplitude, principalmente diante da incursão por outros ramos do direito.

O importante, pois, é compatibilizar os termos da lei que regula o parcelamento do solo urbano com as outras leis, de forma a chegar às conclusões adequadas.

2. Algumas conclusões a respeito da Lei 6.766, de 1979

Em trabalho publicado na *Revista de Direito Imobiliário* 46/76, denominado "Algumas considerações sobre as modificações na Lei 6.766/79", a propósito da edição das alterações pela Lei 9.785, de 20.01.1999, tive a oportunidade de formular algumas conclusões que reputo de fundamental importância para a compreensão e melhor dimensionamento das questões que surgem para a sua interpretação.

São elas:

a) ocorrendo o parcelamento do solo incide a Lei 6.766, de 1979;

b) pouco importa a dispensa administrativa ou o descumprimento, puro e simples, por parte do Delegado de Serviços Registrais quanto ao ato previsto no art. 18, que se convencionou denominar de "registro especial";

c) por outro lado, a incidência é transitória, pois, completado o loteamento, em termos urbanísticos, ou, ainda, vendidos todos os lotes pelo empreendedor, deixa de incidir a legislação;

d) se ocorrer a ausência do registro, a existência de fato do parcelamento já basta para a incidência da lei, como se vê dos arts. 38, 39 e 46.

3. O registro do parcelamento

Nada obstante a afirmação de que a singela existência de fato do parcelamento já basta à incidência da lei, força é convir que a lei atribui relevantes conseqüências ao registro.

A principal é aquela que atribui ao imóvel o estado jurídico-registrário de propriedade parcelada.

Assim: a) os lotes passam a existir autonomamente; e b) há separação das vias públicas e demais espaços livres, que passam a integrar o domínio do Município (art. 22 da Lei 6.766, de 1979).

No mesmo trabalho referido, sobre tal aspecto, ficou ressaltado:

"a) Os lotes passam a existir autonomamente:

Nesse caso, as conseqüências são diversas, pois se cria uma nova realidade jurídico-registrária, com a abertura de matrícula para cada unidade física – lote – desvinculada da anterior que descrevia o todo. Desse modo, se houver, por exemplo, uma desapropriação, o imóvel a ser considerado será o lote, com o seu valor unitário, não se podendo mais falar em toda a gleba. Para quem trabalha no mercado imobiliário fácil é entender a diferença de valor entre um alqueire de terras e os metros quadrados de um lote. Se por exemplo, alguém pretender penhorar o todo, não mais poderá fazê-lo, devendo a constrição incidir sobre cada lote, com o registro na respectiva matrícula. Outro ponto interessante, principalmente quanto ao custo do registro, diz respeito à morte do loteador, quando o registro do formal deverá ser efetuado em cada um dos lotes resultantes do loteamento.

b) Há separação das vias públicas e demais espaços livres, que passam a integrar o domínio do Município (art. 22).

Nesse caso, apesar de alguma divergência quanto ao momento em que as vias públicas e espaços livres passam a integrar o domínio do Município, em face do princípio da destinação, cujo principal ato, de aceitação pelo Poder Público, já implica a transferência de domínio, desde que os bens públicos não estejam sujeitos ao registro imobiliário no cartório competente, o que mais se acentua diante do disposto nos arts. 17 e 23, ambos da Lei 6.766, de 1979, força é convir que,

desprezada a polêmica, o registro do parcelamento altera a própria titularidade das áreas destinadas à municipalidade e, geralmente, não permite qualquer reversão, incidindo, ademais, todas as limitações pertinentes às áreas públicas" (op. cit., p. 79-80).

4. A transitoriedade da incidência

4.1 A venda dos lotes; o atendimento das regras urbanísticas

Dessas conclusões, para o presente trabalho, importa, precipuamente, aquela que afirma a transitoriedade da incidência legal, vale dizer, se completado o loteamento, em termos urbanísticos, com a realização das obras mínimas de infra-estrutura, ou, ainda, se vendidos, por escritura definitiva, todos os lotes, pelo empreendedor, não mais haverá razão para a utilização da lei que regula o parcelamento do solo urbano.

Assim, não se poderá falar em aquisição da propriedade loteada diante de tais circunstâncias, sendo, pois, inaplicável o dispositivo (art. 29 da Lei 6.766, de 1979), embora possam remanescer outras obrigações que envolvam diretamente o parcelador, que, por elas, continuará responsável, como, por exemplo, no caso da existência de obrigações urbanísticas convencionais (art. 45 da Lei 6.766, de 1979).

4.2 O projeto e a execução das obras

Lembre-se que, atualmente, o interessado, antes mesmo de elaborar um projeto de loteamento, deverá pleitear junto à municipalidade definição sobre as diretrizes para o uso do solo, traçados dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamentos urbano e comunitário (art. 6.°), sendo certo que em seguida, orientado pelas diretrizes, apresentará o projeto à municipalidade, acompanhado de cronograma de execução das obras, com a duração máxima de 4 anos, "acompanhado de certidão atualizada da matrícula da gleba, expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis competente, de certidão negativa de tributos municipais e do competente instrumento de garantia" (art. 9.°), quando então o projeto de parcelamento será ou não aprovado (art. 12).

4.3 A relação entre o interessado e a municipalidade

Essa garantia, portanto, relativa à execução das obras mínimas de infra-estrutura, será aprovada ou não pela municipalidade, que verificará, inclusive, a sua efetivação, expedindo, se for o caso, termo de verificação, tudo na forma prevista pelo art. 18, V, da Lei 6.766/79.

Nessa linha de raciocínio, instala-se, com esse procedimento, uma relação entre o interessado e o Poder Público Municipal, com algumas ilações inafastáveis.

4.4 O juízo de valor pela municipalidade; a responsabilidade pela garantia

Em primeiro lugar, a de que compete exclusivamente à municipalidade o juízo de valor sobre a garantia, de forma, inclusive, a assumir o encargo de completar as obras caso seja insuficiente.

O futuro adquirente de lote não poderá, evidentemente, ser responsabilizado por eventual deficiência da municipalidade na apreciação da garantia.

4.5 O juízo de valor pelo delegado de serviços registrais

Não caberá ao registrador qualquer interferência, caso entenda insuficiente a garantia, salvo situações excepcionais, como, por exemplo, quando houver garantia real, instrumentada por contrato particular, ofendendo a forma prevista em lei, ou, ainda, se inexistente a indigitada garantia, entre outras hipóteses.

Diante de eventual impasse, vale dizer, divergência entre a municipalidade e o registrador, prevalecerá a responsabilidade da primeira, caso insista em garantia que posteriormente se revele insuficiente.

Assentada essa responsabilidade subsidiária da municipalidade, verifica-se que esta não mais precisará se preocupar com o parcelador, desde que já dispõe da garantia, e somente poderá fazê-lo se algum fato superveniente a obrigar, podendo tratar, ademais, o negócio jurídico até mesmo de forma autônoma, desvinculado do parcelamento, desde que sempre lhe restará a execução.

De qualquer modo, nada obsta que a municipalidade, caso tenha que executar as obras, por alguma falha ou insuficiência da garantia, acione regressivamente o parcelador, a qualquer tempo, a exemplo das relações jurídicas normais.

Se este (parcelador) houver transmitido direitos e obrigações referentes à propriedade loteada, sem qualquer ressalva, será o adquirente responsável pela garantia, com exclusividade, se a municipalidade anuiu previamente, ou, ainda, juntamente com o transmitente, em caso contrário.

O adquirente da "propriedade loteada", entenda-se, dos direitos e obrigações decorrentes do parcelamento, se obriga perante os compromissários-compradores de forma ampla, conforme o pacto originário, bem como perante o Poder Público Municipal, quanto às exigências impostas, tais como obras mínimas de infra-estrutura e outras.

4.6 As providências defensivas dos adquirentes

Aos adquirentes de lotes restará, sempre, a possibilidade de suspender os pagamentos, nos casos de compras a prazo, ou, então, acionar a Prefeitura para que execute as obras faltantes, se insuficiente a garantia.

Terão, todavia, a obrigação de pagar eventuais prestações restantes ao novo titular dos direitos, sob as penas da lei, caso inocorra o inadimplemento do alienante.

Se dúvidas existirem, diante da alteração da situação originária, poderão valer-se da consignação em pagamento.

Além da questão referente ao instrumento de garantia, algumas considerações são pertinentes quanto à responsabilidade do parcelador pela venda dos lotes.

Sua idoneidade e liquidez do domínio já foram analisadas quando do registro do parcelamento, com a apresentação das certidões pessoais e reais.

Se a alienação for a prazo, inegável a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação com a outorga da escritura definitiva.

Se a vista, nenhuma outra obrigação remanescerá, caso o loteamento já tenha sido completado em termos urbanísticos.

Quando se afirma a transitoriedade da incidência, mister atentar para as peculiaridades da espécie, vale dizer, enquanto não alienado o lote, ainda que por muitos anos, permanece em aberto a incidência da legislação para aquela futura relação jurídica, mesmo que os aspectos urbanísticos referentes ao parcelamento já tenham se completado, com o implemento das obras mínimas de infra-estrutura.

Desse modo, quando for celebrado o compromisso ou, ainda, escritura definitiva do lote, incidirá a lei que regula o parcelamento do solo urbano.

5. O dispositivo legal analisado – Art. 29 da Lei 6.766, de 1979

"Aquele que adquirir a propriedade loteada mediante ato *inter vivos* ou por sucessão *causa mortis*, sucederá o transmitente em todos os seus direitos e obrigações, ficando obrigado a respeitar os compromissos de compra e venda ou as promessas de cessão, em todas as suas cláusulas, sendo nula qualquer disposição em contrário, ressalvado o direito do herdeiro ou legatário de renunciar à herança ou ao legado".

5.1 O objetivo principal; direitos e obrigações do transmitente; os compromissos e promessas

A norma trata, pois, da aquisição da propriedade loteada, por ato *inter vivos* ou por sucessão *causa mortis*.

Há preocupação inicial com os direitos e obrigações do transmitente, que deverão ser respeitados, cominando-se, inclusive, a pena de nulidade às eventuais disposições em sentido contrário.

Ao que parece, a finalidade da lei foi tentar impedir que um loteador, ao se obrigar perante os adquirentes de lotes, pudesse alienar a propriedade loteada e, desse modo, eximir-se das responsabilidades anteriormente assumidas, tais como a plena execução do parcelamento ou o cumprimento dos contratos, conforme as cláusulas previamente conhecidas.

Algumas reflexões, no entanto, precisam ser feitas quanto ao dispositivo.

5.2 *Exegese em consonância com a Lei 6.015, de 1973; a unitariedade da matrícula*

Em primeiro lugar mister salientar que a regra legal ora analisada deve ser entendida sistematicamente, considerando a Lei 6.015, de 1973.

Com efeito, se, por exemplo, após o registro de um loteamento o titular do domínio resolve alienar todos os lotes, para apenas uma só pessoa, poderá fazê-lo normalmente, procedendo-se ao registro de cada negócio jurídico na matrícula correspondente a cada lote, já que, como conseqüência do registro do loteamento, deixou de existir a matrícula da gleba e passaram a existir as dos lotes (art. 176, I, da Lei 6.015/73 – "cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta lei").

Nesse caso, embora tenha alienado todos os lotes, não se pode dizer que o negócio envolveu a "propriedade loteada", de acordo com o sentido que a lei empresta ao termo e diante da sistemática do parcelamento do solo urbano, em consonância com princípios da Lei de Registros Públicos, como se verá.

A questão tem causado perplexidade, diante da locução "propriedade loteada", principalmente pelos custos que acarreta, pois, o registro, em cada matrícula, será dispendioso, ao contrário da singela "averbação" pretendida por muitos, transferindo a área parcelada.

Ora, nos negócios normais de transferência, tanto por ato *inter vivos*, como por sucessão *causa mortis*, nenhuma exceção é contemplada e o sistema é rigorosamente seguido.

Ademais, não se pode olvidar que com o registro, nos moldes do art. 22 da Lei 6.766, de 1979, diversas áreas já passaram ao domínio público e, por isso, inviável falar-se, novamente, na gleba bruta objeto da matrícula originária, anterior ao parcelamento.

Poder-se-ia argumentar que o art. 228 da Lei 6.015, de 1973, estipula que "a matrícula será efetuada por ocasião do primeiro registro a ser lançado na vigência desta lei, mediante os elementos constantes do título apresentado e do registro anterior nele mencionado".

Ora, essa redação não leva, todavia, à conclusão de que somente ocorrendo o ato de registro é que o imóvel passou a existir na forma parcelada, desde que tal subdivisão operou-se antes, no momento em que registrado o loteamento, na forma prevista pelo art. 22 da Lei 6.766, de 1979, tenha ou não ocorrido a alienação de lotes e a necessidade de registro na matrícula resultante.

Inexiste, dentro dessa linha de raciocínio, um momento em que o parcelamento permanece em suspenso, de molde a prevalecer a matrícula anterior, até a ocorrência do primeiro registro.

A alteração se opera com o registro do parcelamento, podendo as matrículas resultantes, que já existem, serem abertas ou não, a critério do registrador, que poderá fazê-lo atendendo às conveniências do serviço ou, ainda, aguardar o primeiro registro.

Eventual pendência quanto à execução do loteamento, se omitida no negócio jurídico referente à venda dos lotes (todos), será de responsabilidade, ainda, do loteador primitivo, que poderá ser acionado pela municipalidade, por ofensas aos seus padrões urbanísticos ou pelo próprio adquirente de lotes.

Essa responsabilidade decorre de lei (confira-se o art. 45 da Lei 6.766, de 1979) e também do instrumento de garantia para a execução das obras.

Este, ou até um terceiro, poderá se obrigar quanto às obras de infra-estrutura mínimas ou aquelas exigidas por legislação municipal.

Se terceiro assumir tais obrigações, a circunstância poderá ser averbada no registro do loteamento, mas nada terá a ver com os lotes e se constituirá em obrigação autônoma, no caso, é evidente, de não adquirir, também, os direitos de compromissário-vendedor.

De qualquer modo, a situação quanto às obras previstas no art. 18, V, da Lei 6.766/79, não sofrerá, presumivelmente, grandes conseqüências, pois, estarão certamente garantidas pelo competente instrumento (art. 18, V, Lei 6.766, de 1979), o qual, diante das recentes modificações à Lei 6.766, de 1979, pela Lei 9.785, de 29.01.1999, já deverá ter sido apresentado perante a própria municipalidade, com o prazo de duração máxima ampliado para 4 anos (art. 9.º).

Se, todavia, o loteador primitivo já houver alienado parte ou a totalidade dos lotes, mediante compromissos particulares registrados, poderá, ainda assim, negociar com seus direitos de compromissário-vendedor, ficando, nesse caso, aquele que vier adquiri-los, responsável pelo cumprimento das obrigações quanto ao contrato e eventuais recebimento de prestações pendentes.

A essa situação é que o art. 29 comporta aplicação, mesmo porque alude, expressamente, a "direitos e obrigações", a "compromissos de compra e venda ou promessas de cessão".

Há exemplos que aludem à alienação de todos os lotes para uma empresa, em ato simulado, à vista, como forma de burlar a Lei 6.766, de 1979, retirando, desse modo, a responsabilidade do empreendedor primitivo, que descumpriria as regras mínimas para a implantação do loteamento, ou, mais especificamente, as obras de infra-estrutura.

Ora, em primeiro lugar, não se pode interpretar sistematicamente um dispositivo com base em exceções, em fraudes ou em atos ilícitos.

É evidente que as fraudes, não raro, conseguem burlar a legislação e, de certa forma, contorná-la.

Nada obstante, no exemplo formulado, bem como em outros análogos, ocorrendo a alienação de todos os lotes a uma pessoa jurídica, esta, pelo sistema vigente e princípio da unitariedade da matrícula, não mais estará negociando com imóvel parcelado, deixando de incidir, quanto às novas alienações, a Lei 6.766, de 1979.

Os adquirentes desses lotes poderiam vir a ser prejudicados, desde que, pelo princípio defendido anteriormente (o da transitoriedade da incidência), não mais

estariam protegidos pela legislação, considerada a relevante circunstância de que não adquiriram imóvel parcelado e sim imóveis já objeto de matrícula própria, fazendo, destarte, incidir, à espécie o Código Civil ou, ainda, as regras referentes aos imóveis não loteados (art. 22 do Dec.-lei 58, de 1937).

De qualquer forma, para as escrituras posteriores, incidirá a Lei 7.433, de 1985, que também exige a apresentação de documentação para verificação da idoneidade do vendedor e liquidez do domínio.

Não é de ser descartada, também, havendo a habitualidade do alienante de imóveis, de molde a configurar atos de comércio, em prática habitual, as regras da legislação protetiva do consumidor.

Assim, não se justifica alargar o campo de incidência da lei, segundo o aspecto temporal, apenas sob a presunção de simulação ou, até, prática de estelionato, pois, para tais situações, a lei prevê sanções específicas.

A eventual suspensão dos pagamentos, prevista na lei que regula o parcelamento do solo urbano, salvo cláusula contratual existente de forma expressa, não poderá ser exercida contra aquele que adquiriu os imóveis do parcelador e os revendeu.

O Ministério Público, ou qualquer interessado, poderá ajuizar ação própria para anular eventual ato simulado, mas, essa possibilidade não autoriza alargar o campo de incidência da lei, considerada a sua aplicação transitória.

Por outro lado, quanto à parte urbanística, conforme já afirmado, a garantia, que presumivelmente foi apresentada, inicialmente junto à municipalidade, e, depois, ao Serviço de Registro de Imóveis, poderá ser singelamente executada, até com a responsabilização da municipalidade. Se o termo de garantia for insuficiente, responderá subsidiariamente a municipalidade, que terá sob sua responsabilidade a execução das obras mínimas de infra-estrutura.

5.3 A legislação revogada; o Dec.-lei 58, de 1937

Nesse ponto, oportuna é a comparação entre o dispositivo examinado – art. 29 da Lei 6.766, de 1979 – e o constante da legislação revogada quanto aos imóveis urbanos, vale dizer, o Dec.-lei 58, de 1937, que, no art. 9.º, tinha a seguinte redação: "O adquirente, por ato *inter vivos*, ainda que em hasta pública, ou por sucessão legítima ou testamentária, da propriedade loteada e inscrita, sub-roga-se nos direitos e obrigações dos alienantes, autores da herança ou testadores, sendo nula qualquer disposição em contrário".

As duas redações dão ênfase à preservação tanto dos direitos, como das obrigações dos alienantes, mas a atual – art. 29 da Lei 6.766/79 –, ao contrário da anterior – art. 9.º, Dec.-lei 58/37 –, menciona, de forma expressa, a obrigação do adquirente em respeitar "os compromissos de compra e venda ou as promessas de cessão, em todas as suas cláusulas, sendo nula qualquer disposição em contrário (...)".

A diferença entre os dois dispositivos deveu-se, certamente, às alterações do sistema registrário, pois, anteriormente havia a transcrição dos imóveis, ao passo que, atualmente, a cada imóvel deve corresponder uma matrícula.

Nessa linha de raciocínio, somente as alienações de direitos de compromissários-vendedores é que repercutiriam diretamente no loteamento, ou melhor dizendo, atingiriam eventuais direitos de adquirentes, que poderiam exigir o cumprimento do contrato junto ao alienante ou seu sucessor, no sentido amplo.

Em se tratando de sucessão *causa mortis*, inegável, também, que os sucessores deverão observar, quanto a tais compromissos e cessões o disposto no dispositivo, ressalvado o direito de renúncia que poderão exercer, na forma da lei civil.

Essa, pois, a exegese que se afigura mais razoável à espécie.

5.4 A transitoriedade

Mais uma vez há que se invocar o princípio referente à transitoriedade dos efeitos decorrentes da lei que regula o parcelamento do solo urbano, pois, enquanto pendentes os negócios sobre os lotes ou, ainda, referentes à execução das obras mínimas de infra-estrutura, aplicável será a regra prevista no art. 29, ao passo que, alienados todos os lotes ou inexistindo pendências quanto às obras, de parcelamento não mais se tratará, desaparecendo a responsabilidade e o próprio interesse do loteador.

5.5 A alienação e a cessão de direitos; o art. 167, I, 20, da Lei 6.015, de 1973

Formule-se, ainda, para ilustrar, o seguinte exemplo: duas pessoas jurídicas são proprietárias de um imóvel e nele providenciaram o registro de um loteamento.

Se, durante o transcorrer do empreendimento, já tiverem alienado 50% dos lotes, mediante compromissos particulares registrados (art. 167, I, n. 20, da Lei 6.015, de 1973) e resolverem que apenas uma das empresas deverá continuar no negócio, cuidarão das providências para a alienação da propriedade loteada, na forma do art. 29 da Lei 6.766, de 1979.

Quanto aos lotes ainda não vendidos aplicar-se-á, conforme dito acima, o princípio geral da lei de registros em vigor, vale dizer, a matrícula anterior não mais existe, pois, restou substituída pelas dos lotes resultantes e, portanto, a inscrição da alienação deverá ser feita em cada uma delas (art. 167, I, 20, da Lei 6.015, de 1973).

Em relação aos lotes já compromissados, registrar-se-á a *cessão de direitos* (art. 167, I, 20, da Lei 6.015, de 1973), na matrícula de cada um deles, pois, em se tratando de compromissos, ainda que inscritos, penderá condição resolutiva, quanto a possível inadimplemento, devendo aquele que adquiriu, na verdade, os direitos de compromissário-vendedor, vale dizer, referentes ao loteador, responder pelas mesmas obrigações originárias, inclusive quanto às obras mínimas de infra-estru-

tura e contratuais, tais como outorga da escritura e eventual cumprimento de restrições urbanísticas convencionais.

Aliás, em se tratando de sucessão *causa mortis*, ocorrendo o falecimento do loteador, o espólio poderá substitui-lo enquanto perdurar o inventário e, após, os herdeiros, conforme os termos do formal de partilha.

Não raro, essa obrigação acaba sendo atribuída a apenas um herdeiro determinado ou à viúva meeira.

Nesse ponto, uma indagação se mostra oportuna.

Quais os direitos que o herdeiro recebe com a herança?

A resposta é simples: aqueles que detinha o falecido.

Se era empresário-loteador, porém pessoa física, transfere exatamente os direitos que possuía.

Não houve, nesse caso, a alienação *inter vivos* e sim a transferência *causa mortis* de todos os direitos, com a possibilidade, inclusive, de renúncia.

Possível, pois, considerar que os herdeiros, ao receberem os direitos que o loteador possuía, conservam a condição de sucessores do loteador primitivo e não a de terceiros adquirentes.

Desse modo, poderiam, inclusive, alterar ou desistir do empreendimento, como se fossem o próprio loteador.

Conforme o jurista Washington de Barros Monteiro, "a sucessão, no questionado ramo do direito civil, tem, pois, como pressuposto, do ponto de vista subjetivo, a morte do autor da herança. Antes desse evento, o titular da relação jurídica é o *de cujus* (abreviatura da expressão *de cujus hereditatis agitur*). Depois dele, o herdeiro torna-se titular, sucedendo ao defunto, tomando-lhe o lugar e convertendo-se assim no sujeito de todas as relações jurídicas, que a este pertenciam. O herdeiro substitui, destarte, o falecido, assumindo-lhe os direitos e obrigações" (*Curso de direito civil – Direito das sucessões.* São Paulo : Saraiva, 1968. p. 1).

O formal de partilha deverá ser registrado nas matrículas dos lotes, respeitado, a todo tempo, o princípio da unitariedade.

O que parece importante frisar é que nem sempre as obrigações do parcelador, como, por exemplo, as referentes às obras de infra-estrutura, serão repassadas aos adquirentes de direitos, podendo ser objeto de negócio jurídico autônomo, que deverão ostentar a preocupação com as responsabilidades por ele – parcelador – assumidas.

No silêncio do contrato, todavia, aquele que adquirir os direitos do loteador, tornando-se compromissário-vendedor, responderá, igualmente, pelos deveres, o que parece lógico.

5.6 A anuência dos adquirentes

A anuência dos compromissários-compradores, quanto à "alienação da propriedade loteada", vale dizer, dos direitos correspondentes, parece desnecessária,

porque, como frisado, o cronograma de obras e o competente instrumento de garantia são apresentados perante a municipalidade e, estando no prazo de sua execução, teoricamente, haverá garantia hábil.

Lembre-se, apenas como argumento, que na transferência decorrente de sucessão *causa mortis*, não há que se falar em qualquer anuência, desde que os herdeiros sucedem o parcelador primitivo, salvo o caso de renúncia, em todos os direitos e obrigações.

Nos negócios normais, as cessões de direitos não precisam ser precedidas de anuência, justamente porque ninguém transfere mais direitos do que possui, aplicando-se, destarte, o mesmo raciocínio na transferência de direitos decorrentes do parcelamento.

Nesse ponto percebe-se, com clareza, a importância do instrumento de garantia para a execução das obras mínimas de infra-estrutura, bem como de sua fiscalização pela municipalidade.

De qualquer modo, parece que a municipalidade deverá anuir nesse negócio jurídico que envolva a garantia e interfira, em tese, com seus padrões urbanísticos.

Em se tratando, porém, de cessão de direitos referentes a contratos de promessa de compra e venda de terrenos loteados (art. 167, I, n. 20, da Lei 6.015/73), o registro de tais atos deverá ser feito na matrícula de cada imóvel, em observância ao princípio da unitariedade.

6. Conclusão final

Diante do exposto, a propriedade loteada somente poderá ser adquirida em obediência aos preceitos da Lei 6.015/73 e, principalmente, ao princípio da unitariedade da matrícula.

1. DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

1.6

A IMPORTÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DAS AÇÕES E O REGISTRO DE IMÓVEIS

EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Classificação das ações segundo o direito processual – 3. Classificação das ações segundo o direito material – 4. Outros critérios de classificação das ações: 4.1 Classificação das ações quanto ao seu objeto; 4.2 Classificação das ações quanto ao seu fim; 4.3 Demais classificações – 5. A classificação das ações, segundo a doutrina civilista e a sua repercussão no registro de imóveis – 6. Conclusão.

1. Introdução

Esta pequena reflexão temática funda-se em questão que, com certa freqüência, apresenta-se na prática judicial acerca dos títulos registráveis aptos para obterem a admissão na tábula registral, especialmente na interpretação do sentido e alcance na norma insculpida no art. 167, I, n. 21 da Lei de Registros Públicos.

O tema da classificação das ações na doutrina processual moderna já comportou grandes controvérsias, mas hoje há divergências menores sobre ele porque veio a prevalecer o critério classificatório segundo o prisma do direito processual, substituindo vantajosamente o antigo sistema baseado na teoria civilista da ação.

As ações podem ser classificadas segundo dois critérios, conforme a perspectiva de direito processual ou material.

Classificar (do latim classe + o sufixo ficar), significa distribuir em classes ou em grupos, segundo um sistema metódico divisionário de um conjunto.

Classificação é, então, a distribuição de um todo por classes. Serve, basicamente, para a compreensão da ação e da sua identificação no correspondente regime legal.

2. Classificação das ações segundo o direito processual

A ação, no seu sentido lato, é a faculdade de pedir-se aos órgãos jurisdicionais do Estado a aplicação da lei ao caso concreto.

A única classificação racional das ações, segundo Chiovenda, é a baseada na natureza do provimento judicial que ela visa obter.

Consoante a doutrina processual prevalente a atuação da lei no processo assume três formas básicas distintas: a cognição, a execução e a conservação de direitos.

Daí o paralelismo da classificação das ações levando em conta a espécie e a natureza da ação no provimento do pedido: ações de conhecimento ou cognição, de execução e ações cautelares que, em verdade, é a classificação mais relevante e sistemática.

Conceitualmente, "as primeiras visam obter do juiz o julgamento da causa, que declare qual dos contendores têm razão, o que se realiza mediante aplicação de regra jurídica concreta resolvendo o caso que ensejou o processo, o que faz-se através de uma sentença; as segundas, as constitutivas, objetivam providências que modifiquem o estado de fato e o tornem conforme à relação jurídica pretendida; as últimas postulam providências para a conservação de um estado de fato, a fim de tornar possível a efetivação de direito a ser pretendido em outra ação".[1]

Complementarmente e tendo em vista os diferentes tipos de sentença almejadas pelo autor, as ações de conhecimento classificam-se como condenatórias, constitutivas e declaratórias.

As ações condenatórias visam impor ao réu uma prestação, como um pagamento, a entrega de coisa, a prática ou abstenção de uma atividade ou comportamento; as constitutivas visam a modificação de um estado jurídico, como *v.g.* a interdição de uma pessoa ou a divisão de um imóvel em condomínio; as declaratórias, também chamadas de meramente declaratória ou de simples apreciação limitam-se a declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, a autenticidade ou falsidade de um documento, ou *v.g.* a inconstitucionalidade de uma lei.

Isto, porém, não torna insignificante o conhecimento de outras tradicionais classificações acionárias, baseadas em critérios de direito material que a lei leva em consideração ao distribuir a competência dos órgãos jurisdicionais bem como de sua utilização na Lei de Registros Públicos.[2]

Aliás, como anotou Frederico Marques, o novo Código de Processo Civil não abandonou esta técnica, dela se utilizando, em vários artigos.[3]

3. Classificação das ações segundo o direito material

A primeira teoria surgida no direito moderno, tentando formular em conceito de ação foi a denominada teoria civilista da ação, a partir da conceituação romana

(1) Celso Agrícola Barbi. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro : Forense, 1975. vol. I, t. I, p. 67-68.

(2) Código de Processo Civil, ações fundadas em direito real sobre imóveis (arts. 95, 592, I, 593, ação em que terceiro reivindica a coisa (art. 70,I) as ações relativas a imóveis (89, I); ação fundada em direito real sobre bens móveis, (art. 94), ações reais imobiliárias (art. 10, par. ún.) entre outros e Lei de Registros Públicos, art. 167, I, n. 21.

(3) *Manual de direito processual civil.* São Paulo : Saraiva, 1974. vol. I, p. 163.

de Celso, de que a ação era o direito de pedir em juízo o que nos é devido "Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, in judicio persequendi" (Livro IV, Título 6.º).

Segundo tal concepção, a ação seria o próprio direito subjetivo material a reagir contra a ameaça ou a sua violação.

Sua característica principal é que a ação liga-se intimamente ao direito que por ela se tutela, com três corolários inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito.

Foi o critério consagrado pelo Código Civil, art. 75:

"A todo direito corresponde uma ação, que o assegura".

Nesse contexto surgiram, então, as tradicionais classificações de ação, de maneira muito variada, quanto à sua natureza, extensão, objeto, ao seu fim e à sua transmissibilidade.

As ações consideradas como sinônimo de direito deduzido ou a deduzir em juízo – podem ser classificadas quanto à sua natureza, extensão, objeto, ao seu fim e à sua transmissibilidade.

Segundo as indicações dos nossos antigos processualistas, especialmente Gabriel Rezende Filho, no seu clássico livro *Direito processual civil*[4] tal classificação faz-se:

– quanto à sua natureza, as ações dividem-se em patrimoniais e não-patrimoniais;

– em relação ao seu objeto, as ações são mobiliárias e imobiliárias;

– quanto à extensão de seu objeto, as ações são principais, acessórias, preparatórias, preventivas e incidentes;

– relativamente ao seu fim, as ações dividem-se em reipersecutórias, penais e mistas;

– quanto à sua transmissibilidade, são transmissíveis e intransmissíveis.

É de utilidade que se precise o sentido e alcance de cada uma delas.

As ações patrimoniais visam a defesa de um direito real ou obrigacional.

As ações não-patrimoniais visam a defesa de um direito concernente ao estado da pessoa.

As patrimoniais, por sua vez, dividem-se em ações reais e pessoais.

As não-patrimoniais denominam-se, tecnicamente, ações prejudiciais.

Existiam, ainda, as ações prejudiciais que se destinavam à defesa do estado da pessoa e deveriam ser intentadas antes das ações principais como pressuposto

(4) São Paulo : Saraiva. vol. 1, p. 161-162.

para o conhecimento de um direito, *v.g.*, como a ação de alimentos em que deveria primeiramente o interessado provar a sua condição de filho.

Do ponto de vista do direito material, a maior e mais importante classificação das ações é a que versa sobre as denominadas reais e pessoais, também chamadas obrigacionais.

As ações reais são as que se fundam no direito de propriedade ou em direito real sobre coisa alheia (*jus in re propria* ou *jus in re aliena*): buscam fazer exercitar um direito real.

As ações pessoais objetivam assegurar o cumprimento de uma obrigação oriunda de um contrato, tendo por fundamento um direito pessoal, obrigacional ou de crédito.

Como prelecionava João Monteiro, no seu clássico livro *Teoria do processo civil*:

"as ações pessoais e as reais reciprocamente se discriminam em que, nas primeiras, domina o pressuposto da preexistência de certa pessoa obrigada: a obrigação gera a ação; nas segundas, a pretensão existe sem dependência de ato ou fato de pessoa previamente determinada: a ação, só porque a pretensão existe, gera no réu a obrigação de dar o que se lhe pede. A ação pessoal só pode ser movida contra quem preentrou na formação da relação de direito ou seus sucessores; a ação real pode-o ser contra quem estiver no momento violando o direito do autor".

"Mais sinteticamente, a ação pessoal inere à pessoa obrigada, e só contra esta é exeqüível; a ação real inere à coisa reclamada e se exerce contra qualquer detentor, *adversus omnes*".

No rol destas ações podem ser citadas, entre outras, as de reivindicação, as enfitêuticas, as de servidão, confessória e negatória, as de usufruto, as de uso, as de habitação, as de renda expressamente constituídas sobre imóveis, as hipotecárias, as pignoratícias, as anticréticas, em paralelismo com os direitos reais sobre a coisa alheia e aos direitos reais de garantia (Código Civil, arts. 674 e 755).

4. Outros critérios de classificação das ações

4.1 Classificação das ações quanto ao seu objeto

Quanto ao seu objeto as ações podem ser mobiliárias e imobiliárias, segundo versem sobre bens móveis ou imóveis; entre as primeiras estão *v.g.* as que se pede a entrega de um bem móvel; entre as segundas, as que versem sobre a reivindicação de um imóvel, as possessórias sobre imóveis e as ações de despejo.

Segundo os arts. 44, I e 48, I e II, respectivamente, do CC, são imobiliárias as ações que garantem os direitos reais sobre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e mobiliárias as ações que garantem os direitos reais sobre objetos móveis e as que asseguram os direitos de obrigações.

Esta classificação tem interesse prático.

Em primeiro lugar, as ações mobiliárias devem ser propostas no foro geral, isto é, no foro do domicílio do réu, ao passo que as imobiliárias, em regra, intentam-se no foro da situação da coisa.

Ademais, as ações mobiliárias podem ser propostas pelo marido sem o consentimento da mulher.

As ações imobiliárias, porém, só podem ser intentadas pelo marido com o consentimento do cônjuge e, sendo réu o marido, deve ser citada também a sua mulher e vice-versa, sob pena de nulidade do processo.

Assim para se identificar se uma ação é pessoal ou real costuma-se formular a pergunta "*cur debetur*?"(porque se deve); para indagar-se se uma ação é mobiliária ou imobiliária costuma-se formular outra pergunta: "*an quid debetur*?" (o que se deve?).

Alguns exemplos que mostram o interesse prático dessas perguntas.

1.° Ação pela qual se pede a restituição de automóvel dado em locação. *Cur debetur?* com fundamento no contrato de locação; logo, ação pessoal. *An quid debetur?* Um automóvel; logo, ação mobiliária.

2.° Ação de despejo. *Cur debetur?* Com fundamento no contrato de locação; logo, ação pessoal. *An quid debetur?* Um imóvel; logo, ação imobiliária.

3.° Ação de reivindicação de um automóvel. *Cur debetur?* Com fundamento no domínio; logo, ação real. *An quid debetur?* Um automóvel; logo, ação mobiliária.

4.° Ação de reivindicação de um imóvel. *Cur debetur?* Com fundamento no domínio; logo, ação real. *An quid debetur?* Um imóvel; logo, ação imobiliária.

4.2 Classificação das ações quanto ao seu fim

Quanto ao seu fim as ações são reipersecutórias, penais e mistas.

É uma classificação tradicional – sem maior alcance prático – salvo as primeiras que tem relevância em relação ao Registro de Imóveis. Tal classificação remonta ao direito romano e que foi aceita e difundida pelos praxistas reinóis e brasileiros.[5]

São reipersecutórias (*rei persecutio*) as pelas quais se pede o que é nosso ou nos é devido e está fora do nosso patrimônio. São, de ordinário, todas as ações condenatórias. Assim, as ações de reivindicações, de indenização, de despejo.

[5] O praxismo é doutrina dos práticos, dos que escrevem sobre o direito prático, sobre as praxes forenses, com pouca sistematização doutrinária.

O praxismo é a soma de regras instituídas pelos usos e costumes para a prática ou execução de atos forenses, autorizados pela leis processuais ou não contrária a elas. De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro : Forense. vol. III, p. 1192.

Penais são as ações que visam penas previstas no contrato ou pela lei. Assim, a ação pela qual o senhorio pede seja o enfiteuta declarado em comisso e extinta a enfiteuse, por falta de pagamento dos foros (CC, art. 692, n. 2).

Mistas são as ações a um tempo repersecutórias e penais. Exemplo típico a ação de sonegados (CC, arts. 1.780, 1.781 e 1.783), pela qual se pede que o inventariante, ou herdeiro, que ocultou bens do espólio, os devolva ou o seu valor, com a cominação das penas que a lei prescreve; perda do direito sobre ditos bens e a de destituição do inventariante, quando for ele o sonegador.

4.3 Demais classificações

Também há, ainda, outras múltiplas classificações de ações que poderiam ser lembradas: quanto ao procedimento comum (ordinárias e sumárias) e especial; transmissíveis e intransmissíveis; principais, acessórias, preparatórias, preventivas e incidentes mas que são de escasso interesse prático, salvo quanto à relativa classificação das ações em petitórias e possessórias, de largo e generalizado uso nas doutrinas civilista e processual, segundo se pretenda buscar judicialmente o reconhecimento de domínio e posse sobre a coisa.

João Monteiro assinalou, percucientemente, que tal divisão tem importância científica quando se trata de saber-se se nas ações possessórias é lícito ao réu defender-se com a invocação de exceção de domínio.[6]

Mas, quanto a este tema, adverte Eduardo Couture no seu *Fundamentos de derecho procesal civil*, tais denominações mais se ajustam à classificação de processos e não de ações.[7]

5. A classificação das ações, segundo a doutrina civilista e a sua repercussão no registro de imóveis

O Registro Imobiliário, na precisa definição de Wieland, é constituído pelo conjunto de registros e atos, praticados por um funcionário público que permite ser apercebida a situação jurídica dos imóveis sob o ponto de vista dos direitos reais que o gravam.[8]

Sua finalidade básica é de refletir as modificações por que passa a propriedade imobiliária, dando através de mecanismo adequado, dotado de ampla publicidade, a estrutura de sua substância, com as eventuais limitações que o cercam, facilitando o seu conhecimento, propiciando a sua circulação e segurança.

Nem todas as ações propostas sobre um determinado bem podem ingressar no registro público.

(6) *Teoria do processo civil.* Borsoi, 1956. p. 97, nota 1.

(7) Buenos Aires : Depalma, 1974. p. 85.

(8) *Les droits réels dans le Code Civil suisse.* Paris : M. Giard & É Briere, 1914.

Como ensina Afrânio de Carvalho, com amparo em Martin Wolff e J. W. Hedeman, "o registro não é o desaguadouro comum de todos e quaisquer títulos, senão daqueles que confiram uma posição jurídico-real e sejam previstos como registráveis".[9]

"A enumeração dos direitos registráveis na Lei de Registros Públicos é taxativa e não exemplificativa (art. 167). Dessa maneira, não são recebíveis os títulos que se achem fora desta enumeração, porquanto o registro nada lhe acrescenta de útil. Neste particular, a regra dominante é a de que não é inscritível nenhum direito que, mediante a inscrição, não se torne mais eficaz do quem sem ela".

"Nele existe limite à registrabilidade porquanto no Registro de Imóveis só podem ingressar os títulos que estejam previstos legalmente. Inexistente tal previsão legal a inscrição não pode ser feita".[10]

Walter Ceneviva assinala a dificuldade prática ocorrente quando se questiona sobre a natureza de ações para enquadrá-las no grupo das "reais ou pessoais reipersecutórias relativas a imóvel", destacando que o critério fundamental é o de referir-se a ação ao imóvel e que nela se questione domínio ou direito a este referente.[11]

Conforme dispõe o art. 167, I, n. 21 da Lei de Registros Públicos na tábula registral serão feitos os lançamentos, sob a denominação de *registros*, das citações reais ou pessoais reipersecutórias relativas a imóveis.

Trata-se de modalidade de inscrição preventiva que, segundo Afrânio de Carvalho, "exerce nitidamente uma função de garantia do direito e previne terceiros do risco de fazer com imóvel sobre o qual recaia o direito garantido" (*O registro de imóveis*. Rio de Janeiro : Forense, 1982. p. 176).

"A inscrição preventiva é condicional, por depender da eventualidade de que o direito que provisoriamente assegura adquira firmeza, pela constituição da hipoteca ou pelo êxito da ação, ficando sujeita a cancelamento, se frustrar o empréstimo hipotecário ou for adverso o julgamento final da ação. A sua eficácia é limitada, pois não tem força para obstar qualquer ato se disposição do titular do imóvel atingido por ela, mas apenas para inquinar de má-fé o respectivo adquirente, servindo de prova preconstituída da sua fraude. Se a penhora estiver inscrita, mas, a despeito dela, o imóvel for vendido, não precisará o exeqüente preocupar-se em fazer a prova da fraude contra o seu crédito, porquanto para isso bastará a inscrição daquele ato judicial (Lei 6.015, de 1973, art. 240)" (op. cit., p. 178).

Tal modalidade de inscrição visa, sobretudo, a proteção de terceiros de boa-fé dos riscos da evicção de direito, bem assim como o próprio promovente da ação real ou reipersecutória, na eventualidade da alienação da coisa pelo demandado, no curso da lide, da qual poderia resultar o questionamento quanto à validade e eficácia da sentença em relação a terceiros de boa-fé.

(9) *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro : Forense, 1976. p. 263.

(10) Idem, ibidem.

(11) *Lei de registros públicos comentada*. 8. ed. São Paulo : Saraiva. p. 296.

Questão que vem se apresentando com freqüência nos pretórios é o uso indiscriminado de quaisquer tipos de ação, sem as características de direito real ou ações pessoais reipersecutórias, as quais foram vistas conceitualmente linhas atrás, para sua utilização como medida preventiva de âmbito registral.

Assinale-se por outro lado, existir certa dificuldade de se precisar exatamente a sua natureza, se real ou pessoal reipersecutória porque, às vezes, não é simples de aperceber o seu sentido e alcance.

Maria Helena Diniz explicita, com rigor conceitual, o que são ações pessoais reipersecutórias sobre imóveis. Tais ações são aquelas "derivadas de uma relação obrigacional decorrente de negócio jurídico, de declaração unilateral de vontade ou de ato ilícito, mas o registro será feito porque a demanda se refere a imóvel, por ter sido objetivo a obtenção de um bem de raiz em conseqüência de obrigação assumida pelo réu.[12]

Não basta que se denomine a certos tipos de ações com o rótulo de reais ou pessoais reipersecutórias para que passem a ostentar suas características e possam produzir os seus efeitos.

É prática que vem tornando-se usual alguém, v.g, possuindo mero direito pessoal à aquisição de uma coisa para, com tal título, tentar proceder a inscrição da citação de uma ação proposta com fundamento no registro de propriedade paralisando ou dificultando o atual proprietário de utilizar o seu bem, de forma plena, eis que consoante o disposto no art. 859 do CC, presumem-se pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se a inscreveu ou transcreveu.

Também a propositura de ações congêneres vem tornando-se comuns em relação a áreas dos Municípios de Angra dos Reis e Parati, na zona litorânea e no valorizado bairro da Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, face à sua formação fundiária imperfeita, invocando-se, freqüentemente, pretensos direitos advindos de *Cartas de Sesmarias* sem validade, com caducidade manifesta.

A 10.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, recentemente entendeu, de forma incidental, não deferir o registro da citação feita em ação oriunda de relação contratual envolvendo promessa de cessão de direitos hereditários sobre imóvel, mantendo despacho do Juiz de primeiro grau que mandara cancelar a sua inscrição no Registro de Imóveis porque os agravantes não eram titulares do direito real![13]

Recorde-se, por oportuno, que a citação é o ato de comunicação processual pela qual se chama a Juízo o réu ou o interessado para se defender e que é indispensável para a validade do processo.

Da citação válida decorrem importantes conseqüências processuais: torna prevento o Juízo, induz litispendência, torna a coisa litigiosa e, finalmente, interrompe a prescrição (CPC, arts. 213, 214 e 219).

(12) *O sistema de registro de imóveis*. São Paulo : Saraiva, 1992. p. 181.

(13) Agravo 3.446/98, ac. unânime, rel. o Des. João Nicolau Spyrides.

As citações devem ser inscritas no Livro 2, do Registro Geral do Cartório Registral, correspondente ao local de situação do imóvel (art. 169 da Lei de Registros Públicos), na respectiva matrícula, individualizadora e caracterizadora do imóvel, para estremá-los de dúvidas com relação a outro.

Para maior segurança de atos negociais, os interessados deverão requerer ao Cartório de Distribuição da certidão negativa de ações.

Como esclarece Maria Helena Diniz, no seu *Sistema de Registros de Imóveis*, 2. ed., São Paulo : Saraiva, p. 180:

"Visa a ação real tutelar em direito real. A ação real é a decorrente do *jus in re*, competindo, portanto, sua promoção àquele que é o titular do direito real contra quem não o quer reconhecer, detendo injustamente a coisa sobre a qual recai aquele direito. Essa ação tem por escopo a proteção do domínio e dos demais direitos reais limitados *jus in re aliena*; dentre elas, podemos citar: a reivindicatória, a negatória, a de manutenção e a de reintegração de posse, a de usucapião, a para reconhecer um usufruto, a hipotecária, a confessória para reconhecer servidão etc., terá sempre por objeto a coisa ou algum direito real sobre imóvel (hipoteca, penhor, anticrese, enfiteuse, uso, usufruto, servidão etc.).

Se for proposta judicialmente uma ação real relacionada a um imóvel ou a direito real sobre imóvel alheio, desde que não caiba fazer penhora, arresto ou seqüestro, a citação do réu poderá ser levada a assento no Registro Imobiliário (Lei 6.015/73, art. 167, I, n. 21), no Livro 2".

6. Conclusão

Tais considerações permitem concluir pela utilidade do conhecimento da teoria geral da classificação das ações, sob o prisma civilístico, permitindo ao intérprete e aos operadores de direito o domínio dos conceitos pertinentes para a sua aplicação em casos concretos, bem como dos critérios gerais usados na legislação processual civil para a fixação de competência territorial para os seus julgamentos.

Enseja, também, com relação ao registro público imobiliário, a apreciação com segurança dos pedidos para que as citações pretendidas sejam aptas a ingressar no álbum registral, através das matrículas, produzindo os saudáveis efeitos preventivos visados pela lei e dando ao tráfico da propriedade imobiliária, transparência, segurança, certeza e publicidade, que é o apanágio de um bom sistema registral.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

RODRIGO AZEVEDO TOSCANO DE BRITO

SUMÁRIO: 1. Noções introdutórias – 2. Os elementos subjetivo e objetivo da relação jurídica incorporativa em face do Código de Defesa do Consumidor: 2.1 Os sujeitos da relação jurídica incorporativa e relação de consumo: 2.1.1 O incorporador como fornecedor; 2.1.2 O adquirente da unidade autônoma como consumidor; 2.2 O objeto da relação jurídica incorporativa e relação de consumo – 3. Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária: 3.1 Aspectos gerais; 3.2 Cláusula autorizando o incorporador a alterar o projeto apresentado ao adquirente; 3.3 Cláusula translativa dos riscos do empreendimento do incorporador para os adquirentes das unidades autônomas; 3.4 Cláusula resolutiva nos contratos por adesão e o Código de Defesa do Consumidor; 3.5 Cláusula determinante da perda total ou parcial das prestações pagas pelo adquirente da unidade autônoma; 3.6 Cláusula penal compensatória pelo atraso da entrega da obra pelo incorporador – 4. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: O presente artigo objetiva o estudo de cláusulas abusivas que normalmente estão presentes nos contratos de incorporação imobiliária. Com efeito, a natureza adesiva do contrato aqui ressaltado cria um ambiente de fácil inserção de cláusulas que deixam o comprador-consumidor de imóvel em construção em desvantagem exagerada. Nesse sentido, o artigo enfoca a cláusula que autoriza o incorporador a alterar o projeto apresentado ao adquirente, a cláusula translativa dos riscos do empreendimento do incorporador para os adquirentes das unidades autônomas, a cláusula resolutiva nos contratos por adesão, a cláusula que determina a perda total ou parcial das prestações pagas pelo adquirente da unidade autônoma e a legalidade da cláusula penal compensatória pelo atraso da entrega da obra pelo incorporador.

Palavras-chave: Contrato. Cláusulas abusivas. Incorporação imobiliária. Código de Defesa do Consumidor.

1. Noções introdutórias

Levando-se em consideração a natureza adesiva do contrato de incorporação imobiliária – o que normalmente acontece, tendo-se em vista as características peculiares desse contrato – torna-se fácil visualizar a constituição de um ambiente propício à inserção de cláusulas, ditas, abusivas, ou seja, daquelas que deixam o consumidor-comprador da unidade autônoma em desvantagem exagerada.

Nestas linhas, pretende-se analisar as cláusulas abusivas comumente observadas nos contratos de incorporação imobiliária, fazendo-se o cotejo necessário para uma melhor compreensão da problemática envolvida, com as normas pertinentes encontradas no Código de Defesa do Consumidor.

Antes de se passar para a análise das cláusulas propriamente, mister se faz um estudo sobre o contrato aqui destacado caracterizado como sendo de consumo. Com efeito, far-se-á, de início, um paralelo entre os elementos constitutivos da relação jurídica incorporativa e os caracteres da relação jurídica de consumo, com o fito de se demonstrar que há relação de consumo na incorporação imobiliária.

Nesse teor de idéias, verificadas as situações nas quais se podem vislumbrar a aplicação do estatuto consumerista, partir-se-á para a análise das cláusulas que se pretende estudar. Na verdade, não se propõe aqui um estudo exaustivo das cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária, como não poderia ser diferente, em face das múltiplas possibilidades que se apresentam. Objetiva-se, de fato, o estudo daquilo que normalmente é verificado em face das normas específicas do art. 51 *et seq.* do CDC.

2. Os elementos subjetivo e objetivo da relação jurídica incorporativa em face do Código de Defesa do Consumidor

2.1 Os sujeitos da relação jurídica incorporativa e relação de consumo

2.1.1 O incorporador como fornecedor

Não é tarefa difícil visualizar na figura do incorporador o fornecedor, nos moldes previstos pelo art. 3.º do CDC. Para que se possa mostrar com nitidez esta situação, é importante destacar a regra contida naquele dispositivo. Assim, tem-se o seguinte: "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

É certo que o Código de Defesa do Consumidor não se preocupou em inserir no conceito de fornecedor a figura do incorporador. Na verdade, pela própria denominação utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor para fornecedor, em detrimento de outras como empresário, produtor, comerciante, industrial, como se vê em outras legislações,[1] a preocupação foi a de trazer um conceito abrangente, capaz de abarcar todos aqueles que proporcionem a oferta de bens e serviços no mercado de consumo, como ressalta José Geraldo Brito Filomeno.[2]

(1) Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim destaca, por exemplo, que "tanto na lei sueca quanto na norueguesa a expressão empresário é usada em sentido amplo, pouco importando se sua atividade tem fins lucrativos ou não (...)" ("O conceito jurídico de consumidor". *RT* 628/74. São Paulo, fev. 1988).

(2) *Manual de direitos do consumidor*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1999. p. 42.

Portanto, como se trata de um conceito abrangente, a figura do incorporador está ali compreendida, sem embargo. Para uma melhor sedimentação dessa afirmação, não se pode esquecer que o incorporador não pode ser analisado isoladamente como um corretor, ou como um mandatário, ou gestor de negócios apenas. Como visto no momento oportuno, ele é muito mais que isso, uma vez que nele se congrega um pouco de cada uma dessas atividades, é o grande idealizador do projeto, o propulsor do investimento.

Forçoso é reconhecer que o incorporador, diante dessa multiplicidade de funções que exerce para dar seguimento ao empreendimento por ele idealizado, acaba desenvolvendo quase todas as atividades referidas na segunda parte do art. 3.º do CDC. Com efeito, é ele quem realiza a produção das unidades autônomas, quem planeja a montagem da incorporação, quem cria o produto imobiliário, quem promove a construção da edificação visando o produto final – a unidade condominial autônoma – objeto de comercialização, em edificações a serem construídas ou em construção (art. 29 da LCI).[3-*]

Vale lembrar que o incorporador, conforme se depreende do art. 29 da LCI, pode ser pessoa física ou jurídica, comerciante ou não que, embora não efetue a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno. Assim o faz, objetivando a vinculação destas às unidades autônomas em edificações a serem construídas ou em construção sob o regime da propriedade horizontal.

Esse conceito não se afasta da noção de fornecedor contida no art. 3.º do CDC, o qual também faz referência à pessoa fisica ou jurídica, de tal modo que se deve atentar para o fato de que o incorporador será tido como fornecedor, independentemente de ser pessoa física ou jurídica, a partir do momento que passa a exercer, de forma organizada, a atividade contida no conceito do art. 29 da LCI. Vale dizer, será fornecedor, aquele incorporador que realiza a incorporação de maneira profissional. Diz-se isto para que fique claro que a pessoa que transfere a propriedade imobiliária, eventualmente, à outra, não pode ser considerada fornecedora.

2.1.2 O adquirente da unidade autônoma como consumidor

É importante lembrar, aqui, um dos principais fatores que deram origem à Lei 4.591/64. Como visto no capítulo específico sobre o assunto, uma atividade começou a chamar a atenção de investidores, no Brasil, na primeira metade do século XX, qual seja, a construção de edifícios e a posterior comercialização das unidades autônomas. Sem nenhuma regulamentação legal sobre o assunto, utilizou-se do contrato de empreitada para a construção do prédio e, muitas vezes, o que se via, de fato, era a "invenção" do lançamento da incorporação imobiliária, sem que depois fosse levada adiante, prejudicando os adquirentes de boa-fé, principalmente nas capitais mais desenvolvidas, como Rio de Janeiro e São Paulo.

(3) Cf. Everaldo Augusto Cambler. "Responsabilidade civil na incorporação imobiliária". Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997. p. 35.

(*) LCI – Lei de Condomínios e Incorporações, Lei 4.591/64 (N.R.).

Deveras, a Lei 4.591/64 surgiu para regulamentar a atividade incorporativa, assim como os contratos de incorporação imobiliária, que passaram a existir em maior número. Mas, não se pode negar que o ponto nodal da LCI foi o de assegurar o direito dos compradores de unidades autônomas em construção ou a serem construídas. Com efeito, apesar de algumas imperfeições apontadas pela doutrina especializada, inclusive por Caio Mário da Silva Pereira, que critica algumas alterações que o projeto de lei sofreu no Congresso, a LCI cumpriu, inicialmente, seu papel. Porém, com o desenvolvimento regular das atividades produtivas, com o descompasso econômico entre o detentor do capital e a parte que necessita da unidade imobiliária, seja para moradia, seja para destinação comercial, a LCI foi, na dicção de Biasi Ruggiero, sendo minada e, com o Código de Defesa do Consumidor, algumas dessas minas foram desarmadas.[4]

Diante disso, além de estar protegido pelas normas especiais sobre incorporação imobiliária, o comprador da unidade condominial autônoma pode ser protegido, em várias situações, pelas normas do Código de Defesa do Consumidor. Observa-se que não se está afirmando que em todas as situações o comprador é protegido, pois não resta dúvida que há momentos em que o comprador não se caracteriza como consumidor.

Antes, é importante trazer a lume novamente o conceito de consumidor observado no art. 2.°, *caput*, do CDC. Encontra-se naquele dispositivo o seguinte: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Não é necessário indagar, portanto, quem é o consumidor na relação jurídica incorporativa, uma vez que está clara a inserção, no conceito legal, do adquirente da unidade condominial autônoma.

No entanto, algumas considerações precisam ser feitas quanto à caracterização do adquirente da unidade autônoma como consumidor. Em primeiro lugar, o adquirente deve comprar o imóvel em construção ou a ser construído para o seu uso pessoal ou para terceiros, como, por exemplo, para os filhos. Na verdade, o que deve caracterizar o comprador da unidade como consumidor é o fato de ser ele, ou o terceiro para quem compra, o destinatário final fático da unidade.[5] Nessa ordem de idéias, aquele que compra a unidade autônoma para revenda, não pode ser considerado consumidor, de vez que não está, nessa ocasião, situado no término da cadeia de consumo, como pede, claramente, a regra do art. 2.°, *caput*, do CDC.

Além de ser o destinatário final da unidade autônoma, o adquirente deve se apresentar como parte vulnerável na relação. Com efeito, o art. 4.° do CDC, embora

(4) Biasi Ruggiero. "Há relação de consumo na incorporação imobiliária". *Tribuna do Direito* 73/2, mai. 1999. O autor também ressalta que o Código de Defesa do Consumidor despertou princípios que já existiam quanto à incorporação, tais como a boa-fé, a lealdade, a cognoscibilidade e a potestatividade.

(5) Nesse sentido, cf. Everaldo Augusto Cambler, op. cit., p. 37; Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim, op. cit., p. 72; Josimar Santos Rosa, *Relações de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores*, São Paulo, Atlas, 1995, p. 26.

já esteja inserido no Capítulo II, que trata da Política Nacional de Relações de Consumo, também traça elementos caracterizadores do conceito de consumidor e ali ressalta que devem ser observados alguns princípios, tais como o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Não resta dúvida de que o comprador eventual seja vulnerável no mercado de consumo imobiliário.

Para tornar mais clara a idéia de vulnerabilidade do consumidor, convém mencionar a observação de Newton de Lucca sobre o assunto. Para ele, "são três as maiores vulnerabilidades do consumidor: a publicidade enganosa, as cláusulas contratuais abusivas e os preços abusivos".[6]

Por se tratar de uma negociação mais ponderada, pelo preço e peso que representa no bolso do consumidor a compra da unidade imobiliária, é pouco provável que se possa falar em preço abusivo no mercado imobiliário, até mesmo pela oferta e variedade de opções à disposição do consumidor nesse mercado. Há que se notar, no entanto, que não se deve confundir preço abusivo com cláusula abusiva de correção das prestações relativas ao imóvel, o que se verifica com freqüência.

Quanto às outras duas vulnerabilidades comuns dos consumidores, não resta dúvida de que os adquirentes de unidades autônomas estão a elas sujeitos. É fácil, por exemplo, deparar-se com a publicidade enganosa. Os incorporadores, a cada dia, buscam mais a mídia eletrônica ou convencional para difundir os empreendimentos imobiliários lançados ou a lançar.

Da mesma forma, por se tratar de um contrato de adesão, na grande maioria das vezes, é comum também o comprador da unidade se ver diante de uma série de cláusulas abusivas, as quais devem ser repelidas, ainda que o contrato, eventualmente, não tenha natureza adesiva. Esse, inclusive, um dos temas que mais tem ocupado os tribunais atualmente, sobre o qual se fará referência mais adiante.

Roberto Senise Lisboa explicita que, "embora o consumidor sempre seja considerado vulnerável nas relações de consumo, pode vir a ser, ainda, tido como consumidor hipossuficiente, se declarado como tal pelo juiz, para inversão do ônus da prova (art. 6.°, VIII, do CDC)".[7] Assim, o consumidor pode ser também, econômica e tecnicamente, hipossuficiente.

Aproveitando a oportunidade de se falar na hipossuficiência do consumidor, cabe ressaltar algumas situações em que não se pode vislumbrar, efetivamente, o consumidor imobiliário. É o caso, por exemplo, daquele que não compra o imóvel como destinatário final, mas, sim, para revenda; ou de uma empresa construtora que adquire um imóvel fora de sua sede para que seus funcionários mais graduados possam dele se utilizar nas viagens de negócio, uma vez que não se vê a possibilidade de vulnerabilidade daquela empresa.[8]

(6) Newton de Lucca. *Direitos do consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas*. São Paulo : RT, 1995. p. 42.

(7) Roberto Senise Lisboa. *Relações de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 1999. p. 18.

(8) Everaldo Augusto Cambler. Op. cit., p. 37.

Entretanto, é cediço se ressaltar que o consumidor imobiliário tanto pode ser pessoa física como jurídica, conforme se depreende do próprio conceito de consumidor. O ponto mais importante, como se destacou, é o elemento teleológico, vale dizer, o adquirente da unidade imobiliária deve comprá-la como seu destinatário final. É possível que uma pessoa jurídica seja considerada vulnerável e hipossuficiente. Com efeito, uma pessoa jurídica especializada em equipamentos médicos, por exemplo, que compra, como se destacou no exemplo supra, um imóvel fora da sua sede para que seus funcionários mais graduados possam dele se utilizar nas viagens de negócio, é claro que é tecnicamente hipossuficiente, embora talvez não o seja economicamente. Ainda assim, pode buscar guarida nas regras consumeristas. Entra em cena aqui a conclusão a que José Geraldo Brito Filomeno chegou na discussão da caracterização da pessoa jurídica como consumidora. Com efeito, o autor entende ser mais racional sejam consideradas as pessoas jurídicas, para fins do art. 2.°, *caput*, do CDC, equiparadas aos consumidores hipossuficientes.

O art. 4.°, III, releva, ainda, dois princípios, aos quais se deve dar atenção: o da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, ou seja, o interesse de um não pode se sobrepor ao interesse do outro, de forma que haja equilíbrio na relação de consumo; e o da compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF/88), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Talvez, a partir dos princípios supra destacados, esteja assentado um dos principais fundamentos das relações modernas. De fato, não se pode admitir uma ditadura do consumidor, assim como também não se poderia continuar assistindo aos incessantes abusos praticados pelos fornecedores, notadamente no ramo imobiliário. A Constituição Federal e as regras de direito do consumidor pretendem o equilíbrio entre as duas partes, de forma a não prejudicar, por exemplo, no caso em análise, a importante indústria da construção civil nem o consumidor dessa atividade. Este é, sem embargo, o grande desafio das relações modernas.

Infere-se do que foi expendido que será consumidor imobiliário o adquirente da unidade autônoma, seja pessoa física ou jurídica, caracterizado como destinatário final e fático da unidade, sempre vulnerável e, na maioria das vezes, hipossuficiente em relação ao mercado de consumo imobiliário.

Deve-se ressaltar, por último, que a jurisprudência tem caminhado no sentido de caracterizar o incorporador e o adquirente da unidade autônoma como partes nas relações de consumo; nesse sentido, é cristalino o julgado da Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.[9]

[9] Assim se encontra redigida a ementa: "O incorporador, em face do conceito claro e objetivo constante do art. 3.°, § 1.°, do CDC, é um fornecedor de produtos, pois quando vende e constrói unidades imobiliárias assume uma obrigação de dar coisa certa, e isso é a própria essência do conceito de produtos. E quando essa obrigação é assumida com alguém que se coloca no último elo do ciclo produtivo, alguém que adquire essa unidade para dela

2.2 *O objeto da relação jurídica incorporativa e relação de consumo*

No passo anterior, estudaram-se os sujeitos da relação jurídica incorporativa que podem, na conformidade do expendido supra, serem vistos como participantes de uma relação de consumo. Assim, pode-se dizer que o incorporador pode ser tido como fornecedor e o adquirente da unidade autônoma pode ser visto como consumidor. Cumpre, agora, verificar se a unidade autônoma pode ser vista como produto, conforme se prevê no art. 3.°, § 1.°, do CDC.

Cumpre lembrar que, para se ter uma relação de consumo, mister se faz a presença dos seguintes elementos: o fornecedor, o consumidor, o produto ou serviço.

Quanto aos sujeitos da relação incorporativa, não resta dúvida quanto à possibilidade de sua caracterização como fornecedor e consumidor. Em relação à unidade imobiliária autônoma, objeto mediato da relação, também não se encontra grande dificuldade, em face da norma do art. 3.°, § 1.°, do CDC.

Com efeito, aquele dispositivo é claro ao determinar que "produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial". Daí se infere, portanto, que a unidade autônoma é caracterizada como produto, uma vez que o dispositivo ali insere qualquer bem, inclusive os imóveis. Segundo Roberto Senise Lisboa, analisando-se a fundo o mencionado dispositivo, o legislador, de fato, quis abranger ao máximo o alcance do significado de produto, de forma que não importa se a coisa adquirida pelo consumidor é bem móvel, semovente ou imóvel, nem mesmo se é natural ou industrial, autônomo ou incorporado. Para esse, é importante, na verdade, que o bem tenha sido colocado em circulação no mercado de consumo.[10]

É exatamente o que faz o incorporador ao lançar um empreendimento imobiliário. Depois de cumprir com as formalidades exigidas, faz a oferta ao público da fração ideal do terreno a ser vinculada à unidade autônoma ao final da construção, colocando, com isso, seu produto no mercado imobiliário de consumo.

Várias são as críticas no sentido de que não se pode considerar o bem imóvel como produto. Mas, Everaldo Augusto Cambler sublinha que a habitação é uma necessidade básica, um produto de difícil aquisição para o consumidor. Diante disso, o legislador resolveu incluir os bens imobiliários dentre aqueles que podem ser alcançados pelo Código de Defesa do Consumidor.[11]

Analisando-se cuidadosamente a situação, vê-se que o legislador não caminhou no sentido errado. De fato, como já se ponderou, o mercado imobiliário de venda de unidades autônomas, por exemplo, embora não seja a regra, é bastante

fazer sua residência e da sua família, está fechada a relação de consumo, tornando-se impositiva a disciplina do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas são de ordem pública. Sendo assim, nenhuma das partes – quer o incorporador quer o comprador – pode invocar em seu favor cláusulas contratuais que, à luz do Código de Defesa do Consumidor, são abusivas e nulas de pleno direito". J. 19.03.1998, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho (*Revista de Direito do Consumidor* 30/128, São Paulo, 1999).

(10) Roberto Senise Lisboa. Op. cit., p. 23.

(11) Everaldo Augusto Cambler. Op. cit., p. 38.

propenso a situações prejudiciais ao adquirente da unidade, de maneira que a inserção do bem imóvel como produto da relação de consumo aparece no sentido de desativar as minas, já referidas, que passaram a ser colocados nesse mercado à medida em que a Lei 4.591/64 distanciou-se da nova realidade do comércio imobiliário. A forma de aquisição da propriedade imóvel por meio de incorporação imobiliária é largamente utilizada no Brasil, principalmente pela classe média, a qual, não podendo desembolsar de uma só vez a quantia relativa ao pagamento total da unidade, prefere pagar lentamente, acompanhando o curso da construção da edificação e, muitas vezes, ainda depois que esta tem fim. Dessa forma, o argumento supra ressaltado por Everaldo Augusto Cambler de que se trata de um bem de difícil aquisição deve ser levado em conta, corroborando o acerto do legislador em inserir no § 1.º do art. 3.º do CDC, os bens imóveis como produto.

Forçoso é reconhecer, portanto, que há relação de consumo na incorporação imobiliária.[12] Dessa forma, não se pode negar que, diante da configuração do incorporador como fornecedor, do adquirente como consumidor e da unidade autônoma como produto, o contrato de incorporação imobiliária é de consumo. Caminha nessa direção Rogério Ferraz Donnini, o qual ressalta que "se alguém adquire um imóvel, mediante instrumento particular de compromisso de compra e venda, diretamente da construtora, como destinatário final, caracterizada está a relação de consumo, tendo aplicação plena as normas do Código de Defesa do Consumidor".[13]

Diante da constatação de que o contrato de incorporação imobiliária, por todos os motivos apresentados, pode-se delinear como contrato de consumo, cumpre analisar, agora, as cláusulas abusivas comumente nele observadas em face do Código de Defesa do Consumidor.

3. Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária

3.1 Aspectos gerais

Na caracterização da incorporação imobiliária como relação de consumo, quatro pontos fundamentais, pelo menos, devem ser observados, quais sejam, a

(12) A Conclusão 1, aprovada por unanimidade no Painel II (Serviços imobiliários, educacionais, de transporte e turismo, item 2.2. – Incorporações e construções), no 4.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Gramado (RS), em março de 1998, contém os seguintes termos: "O contrato de incorporação, embora regido pelas normas e princípios que lhe são próprios (Lei 4.591/64), fica também subordinado à disciplina do Código de Defesa do Consumidor sempre que as unidades imobiliárias forem destinadas ao usuário final" (Jacira Xavier de Sá. "A cláusula de decaimento e o Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor* 31/56, jul./set. 1999).

(13) Rogério Ferraz Donnini. *A revisão das contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 140. O autor em seguida completa o raciocínio, explicando que se há uma "venda entre uma construtora, na condição de vendedora, e a empresa incorporadora, como compradora, tendo esta o intuito de revender esse bem, não está configurada a relação de consumo, visto que a incorporadora não se molda à definição de consumidor (...)" (Ibidem, mesma página).

qualidade de fornecedor do incorporador, a qualidade de consumidor do adquirente da unidade autônoma, esta como produto e a natureza adesiva do contrato de incorporação imobiliária. Certamente que o fato de aparecer na maioria das vezes como contrato por adesão, não quer significar que, só por isso, seja de consumo e deva estar protegido pelas normas do Código de Defesa do Consumidor. Mas, não se pode esconder que, normalmente, os contratos de consumo aparecem com natureza adesiva, por ser esta uma forma peculiar dos contratos de massa e inegavelmente a incorporação imobiliária tem essa característica.

Na verdade, não se pode perder de vista a regra do art. 6.º, IV, do CDC, inserida no capítulo atinente aos direitos básicos do consumidor. Dali se infere que a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, os métodos comerciais coercitivos ou desleais, e as práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços, são alguns dos direitos básicos do consumidor.

Destaca-se dali, portanto, o direito básico do consumidor de ser protegido contra cláusulas abusivas, o que se pretende mostrar, aqui, levando-se em consideração o adquirente da unidade imobiliária, que já conta com uma série de proteções nesse sentido, através da Lei 4.591/64.

A proteção contra essas cláusulas é direito básico do consumidor, em qualquer situação. Deveras, não se pode confundir, nem se fazer conexão entre o contrato por adesão e a cláusula abusiva. Com efeito, esta não depende daquele para existir. Como visto no momento próprio, alhures, as cláusulas abusivas podem estar inseridas naqueles contratos de "comum acordo", assim como podem estar inseridas nos contratos por adesão. É bem verdade, entretanto, que nesse encontra ambiente mais propício para a sua fixação, tendo em vista que as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo; ou aprovadas pela autoridade competente, restando ao consumidor aceitá-las ou não.

Contudo, as cláusulas abusivas devem ser repelidas de qualquer forma de contratação, tanto é assim que o legislador, em 1990, estabeleceu o regramento das cláusulas abusivas em seção apartada da dos contratos por adesão, a fim de se evitar interpretação restritiva.

No caso específico do contrato de incorporação, é comum o incorporador já dispor de todas as condições, que deve apresentar aos adquirentes de unidades autônomas, de forma que é plenamente justificável um estudo sobre o tema, levando-se em conta a LCI e o CDC.

Antes ainda de se observar qualquer ponto mais específico sobre a incorporação, mister se faz registrar mais uma vez o sistema de nulidade das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. Deve-se lembrar que o diploma consumerista não velejou na mesma direção do Código Civil, de forma que, na dicção do Código de Defesa do Consumidor, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais abusivas. Além desse aspecto, também merece realce, mais uma vez, o caráter exemplificativo e não taxativo dos incisos do art. 51 do CDC, os quais tratam de uma série de cláusulas consideradas abusivas. Dessa forma, principalmente quando se fala em contrato de incorporação imobiliária, normalmente

bastante complexo, qualquer cláusula que vá de encontro à manutenção do equilíbrio contratual, vale dizer, que notoriamente é desfavorável à parte mais fraca na relação contratual[14] – o adquirente da unidade autônoma – deve ser reconhecida como abusiva.

Embora, como já demasiadamente afirmado, as cláusulas abusivas possam ser detectadas em qualquer forma de contratação, não se pode negar que os aspectos que circundam a incorporação imobiliária ajudam para que ela seja contratada.[15]

Nesse sentido, a própria regra do art. 67 da LCI corrobora para que haja contrato por adesão, porquanto faz alusão a uma parte do contrato que pode consignar, exclusivamente, as cláusulas, termos ou condições variáveis e específicas e outra composta pelo contrato-padrão, vale dizer, aquela parte que contém as cláusulas comuns a todos os adquirentes. Diante disso, além dessas cláusulas terem de se amoldar à regra do art. 46 do CDC, devem, igualmente, não afrontar o art. 51, do diploma consumerista.[16]

Baseado nesses aspectos, nos passos seguintes pretende-se fazer a análise de algumas cláusulas contratuais da incorporação, que podem ser consideradas abusivas, e como se dá o seu controle. Na verdade, trata-se de uma análise exemplificativa, vez que há inúmeras possibilidades de cláusulas abusivas nessas contratações, como já se afirmou.

3.2 Cláusula autorizando o incorporador a alterar o projeto apresentado ao adquirente

Embora a Lei 4.591/64 já tratasse desse assunto, observa-se, em alguns contratos de incorporação, cláusula estabelecendo que o incorporador poderá modificar, unilateralmente, o projeto da edificação em cumprimento de exigências dos poderes públicos, ou em conseqüência de imposições técnicas supervenientes, podendo, assim, executar serviços não previstos expressamente ou deixar de executar outros.

Para que se possa entender o mecanismo envolvido nessa situação, cumpre dividir a incorporação imobiliária, didaticamente, em dois ângulos de observa-

(14) Nelson Nery Junior. "Da proteção contratual". *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. rev. e atual. até out. 1997. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998. Capítulo VI, p. 400.

(15) Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho comenta que "(...) são reputadas abusivas, entre outras, cláusulas que estabelecem reajustes aleatórios nos contratos de compra e venda de imóveis, ou com base em índices a serem escolhidos pelo incorporador; prazo impreciso para entrega da obra ou a sua prorrogação injustificável; a perda total das prestações pagas a favor do credor que, em razão do inadimplemento do consumidor, pleitear a rescisão do contrato e a retomada do imóvel" ("A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor* 26/232, São Paulo, abr./jun. 1998).

(16) Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., rev. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999. p. 205.

ção, quais sejam, o da atividade incorporativa e o do negócio jurídico incorporativo. Para que se chegue ao ponto fulcral da questão aqui analisada, voltada para uma cláusula propriamente do contrato de incorporação, é importante lembrar que tanto este como a atividade incorporativa estão sujeitos a uma série de formalidades que devem ser levadas a cabo no Registro Imobiliário.

Dessas formalidades, a que deve chamar a atenção diz respeito, ainda, à atividade incorporativa. Assim, o incorporador somente poderá negociar unidades autônomas após ter arquivado, no registro de imóveis competente, os documentos relacionados no art. 32 da LCI além de outros exigidos pela própria lei e demais leis esparsas pertinentes. Só depois de providenciar o registro desses documentos, pode o incorporador negociar, vale dizer, celebrar ou prometer celebrar contrato de incorporação imobiliária com os adquirentes.

Ora, para a segurança dos adquirentes, uma vez arquivados os documentos, um dos quais versa sobre as especificações da obra projetada, não se há falar em sua modificação.[17] Só há possibilidade de modificação daqueles documentos se se observarem as seguintes condições: a) se o incorporador não tiver celebrado com nenhum comprador ou compromissário-comprador a venda de fração ideal vinculada a qualquer unidade, pois se assim o tiver feito, estará vinculado ao que ofertou; b) deve haver a averbação da modificação do projeto junto ao registro imobiliário, logicamente, antes do primeiro contrato ser celebrado; c) se realizou qualquer tipo de publicidade sobre o empreendimento, deverá alterá-la, informando de maneira clara e objetiva o que foi modificado.

O art. 43, IV, da LCI, já se preocupava com a possibilidade de inserção de cláusula que viesse a autorizar modificação unilateral do projeto por parte do incorporador. Nesse sentido, proíbe-se, ali, que o incorporador altere o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modifique as especificações ou desvie-se do plano da construção, a não ser que haja autorização unânime dos interessados ou exigência legal.

Dessa forma, cláusula que nomeie o incorporador ou qualquer outra pessoa, principalmente as interessadas na obra, para autorizar a modificação do projeto arquitetônico da edificação ou da unidade autônoma, deve ser considerada nula de pleno direito, em face da regra do art. 43, IV, da LCI e dos princípios protetivos do consumidor.

A cláusula prevendo a possibilidade de modificação do projeto pode até estar inserida no contrato de incorporação, mas não na forma de mandato. Com efeito, para que o incorporador possa realizar a alteração, deve contar, antes,

[17] Vale notar que a impossibilidade de alteração do projeto não é absoluta. A lei prevê que a alteração é possível desde que haja autorização unânime dos interessados ou por exigência legal (art. 43, IV, da LCI). No segundo caso, cabe uma ressalva: se, por determinação de autoridade administrativa, o incorporador tiver de modificar o projeto porque não observou norma específica em sua elaboração, deve reparação às partes interessadas, pois caberia a ele, incorporador, saber das limitações legais. Trata-se do que se pode chamar de responsabilidade ética-profissional do incorporador.

com a anuência unânime dos interessados na modificação ou estar cumprindo exigência legal.

Ainda quanto à possibilidade de modificação em cumprimento de ordem legal, já se acentuou que, se por determinação de autoridade administrativa, por exemplo, o incorporador tiver de modificar o projeto porque não observou norma específica em sua elaboração ou na fase de execução, o que pode ser mais comum, deve-se reparação às partes interessadas. De fato, caberia a ele, incorporador, como profissional da área da construção civil, saber escolher os profissionais que vão trabalhar na execução do projeto, os quais, por sua vez, devem saber das limitações legais a que estava sujeito o empreendimento.

Vale ressaltar, portanto, a impossibilidade de se impor representante para o consumidor, assim como é vedado também, pela regra do art. 51, XIII, do CDC, qualquer cláusula que autorize o incorporador a modificar unilateralmente o conteúdo ou qualidade do contrato, após sua celebração, sob pena de nulidade absoluta. Dessa forma, vale lembrar que aqueles documentos que são obrigatoriamente arquivados pelo incorporador no Registro de Imóveis (art. 32 da LCI), os quais ficam fazendo parte integrante do contrato celebrado a respeito das unidades condominiais, não podem ser modificados unilateralmente, em princípio pelo menos, ainda que haja existência de autorização ou mandato previamente estabelecido.[18]

3.3 Cláusula translativa dos riscos do empreendimento do incorporador para os adquirentes das unidades autônomas

Para que se possa elucidar com propriedade o que ocorre com os contratos em que estão inseridas as cláusulas que indiretamente transferem os riscos e a responsabilidade do empreendimento para o adquirente da unidade autônoma, faz-se mister uma rápida análise da regra do art. 29 da LCI.

Consoante o disposto naquele artigo, o incorporador tem o dever de coordenar e levar a termo a incorporação e se responsabilizar, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, a unidade autônoma, a qual será vinculada à fração ideal do terreno. Nesse sentido, não resta dúvida, principalmente se se levar em conta a idéia de responsabilidade objetiva contida no Código de Defesa do Consumidor, de que o incorporador responde civilmente pela execução da incorporação.

O que se verifica, portanto, é a possibilidade do incorporador se tangenciar de sua responsabilidade, inserindo no contrato de promessa de compra e venda uma cláusula com tal finalidade. Nesse sentido, o incorporador pode pactuar que a inadimplência de mais de 30% dos promissórios compradores pode gerar atraso no cronograma da construção, e, se isso ocorrer, ele está autorizado a não observar o prazo de entrega da obra.

[18] Em sentido contrário, Everaldo Augusto Cambler, op. cit., p. 19.

Dessa forma, o incorporador está transferindo sua responsabilidade para os promissórios compradores, ou seja, se a obra não for cumprida no prazo, é por mero desinteresse dos adquirentes. Assim, o incorporador em nada contribuiria para o atraso nas obras, tendo em vista que, diante da estipulação contratual, aquele evento depende da vontade dos adquirentes.[19]

Não se pode negar que um dos principais problemas da incorporação imobiliária, além de outros mais sérios, é o atraso na entrega da obra. São vários os motivos que levam isso a acontecer, mas o que se observa, com mais freqüência, é a desorganização financeira de determinadas empresas incorporadoras, muitas vezes envolvidas com vários empreendimentos simultaneamente. Mas, não se pode negar, igualmente, que a inadimplência dos adquirentes das unidades autônomas tem forte influência nessa situação. O legislador, em 1964, já estava preocupado com isso, tanto é assim que previu, através da regra do art. 63, § 1.°, a possibilidade de leilão da unidade autônoma do adquirente inadimplente, na forma do *caput* do referido artigo.

Porém, ainda que a inadimplência dos promissários compradores seja um problema cotidiano na vida do incorporador, isso não pode ensejar o tipo de cláusula aqui discutida, qual seja, a que transfere para os adquirentes a responsabilidade de entrega do empreendimento na data aprazada.

Indiscutivelmente, a cláusula é abusiva e deve ser fulminada pela nulidade de pleno direito prevista no *caput* do art. 51 do CDC. Aliás, ali se encontra o ponto fulcral da afirmação feita aqui. As regras dos incs. I e IV não deixam nenhuma dúvida a esse respeito. Assim, a primeira parte do inc. I é cristalina e se adapta à situação aqui focalizada como uma luva, ou seja, é abusiva a cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços. Além disso, tendo em vista que o adquirente é normalmente a parte mais fraca na relação de consumo, não resta dúvida de que a cláusula aqui estudada acentua ainda mais o desequilíbrio da relação, vale dizer, estabelece obrigação considerada iníqua, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, repelida, por completo, pela regra do inc. IV do art. 51 do CDC.

Mas, ainda o § 1.° do art. 51, traz outros subsídios capazes de ajudar na confirmação da abusividade da cláusula focalizada. Com efeito, não se pode permitir cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada e o § 1.° do art. 51, presume exagerada, apenas exemplificativamente, a vantagem que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence e a que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual.

Resta evidente, portanto, que em face das regras do Código de Defesa do Consumidor, aqui suscitadas, é abusiva e conseqüentemente nula, a cláusula con-

[19] Deve-se considerar, aqui, a incorporação imobiliária em que o contrato de construção se dá por empreitada, pois sendo a construção por administração, não se aplica, a princípio, o mesmo raciocínio.

tratual que transfere o risco próprio do empreendimento do incorporador ao promitente comprador. Assim, independentemente do percentual de adquirentes que deixem de pagar as prestações devidas ao incorporador, este tem obrigação de concluir o convencionado, de forma que estipulações como a que se relatou aqui serão sempre repelidas dos contratos de incorporação imobiliária.

A respeito do assunto, o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, decidiu que é nula a cláusula que transfere a responsabilidade do cumprimento da obra no tempo convencionado para os adquirentes.[20]

3.4 Cláusula resolutiva nos contratos por adesão e o Código de Defesa do Consumidor

O que se objetiva observar agora é a inserção da cláusula resolutiva no contrato de incorporação imobiliária, em face da regra do art. 54, § 2.°, do CDC. Preambularmente, deve-se frisar que a base de raciocínio da cláusula resolutiva está contida no art. 1.092, par. ún., do CC. Com efeito, o mencionado artigo do Diploma Civil, que diz respeito aos contratos bilaterais, prevê, no parágrafo único, o seguinte: "A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos".

Daí se infere a cláusula resolutiva tácita, vale dizer, há uma presunção legal no sentido de que as partes tenham inserido no contrato uma cláusula dispondo que a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.

Forçoso é notar que há possibilidade, no Direito brasileiro, de se ter cláusula resolutiva tácita e expressa. A diferença que se pode vislumbrar entre ambas é que, para haver rescisão do contrato com a cláusula resolutiva tácita, mister se faz o pronunciamento judicial, enquanto que, se houver cláusula resolutiva expressa, o contrato rescindir-se-á automaticamente.

A Lei 4.591/64 também faz menção à cláusula resolutiva. Isto em duas ocasiões: no art. 41 e parágrafos e no art. 63. Quanto ao primeiro dispositivo, pode-se dizer que o legislador, ainda que se utilize da expressão "poder-se-á estipular", não exclui a possibilidade de cláusula resolutiva tácita no contrato de incorporação.

(20) O Superior Tribunal de Justiça confirmou o acórdão assim ementado: "Ofende os princípios fundamentais do sistema que regula o contrato de incorporação a cláusula contratual que transfere o risco próprio do empreendimento do incorporador ao promitente comprador e assim atenua a responsabilidade daquele, cria desvantagem exagerada para este e ofende o equilíbrio contratual. Conseqüente nulidade". O Min. Carlos Alberto Menezes Direito destaca outro trecho claro do acórdão mantido, quando ressalta o seguinte: "(...) é manifestamente nula essa estipulação contratual uma vez que, contrariando o sistema legal, transfere o risco do empreendimento do incorporador para os promitentes compradores e, assim, é abusiva e conseqüentemente nula a teor do art. 51, I e IV, § 1.°, I e II, do CDC" (*Boletim Eletrônico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil* 172, de 22.02.2000).

Quanto ao segundo dispositivo, traz à baila a possibilidade de inserção de cláusula resolutiva nos contratos de incorporação, vale dizer, de cláusula resolutiva expressa. É possível se estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de três prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando for o caso, depois de prévia notificação com o prazo de dez dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nele se fixar, ou que na falta de pagamento pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada.

Vê-se, portanto, a possibilidade de se inserir no contrato de incorporação imobiliária a cláusula resolutiva expressa, sem prejuízo de outras cláusulas de caráter penal para o comprador do imóvel. Na análise que se procedeu de alguns contratos já firmados entre incorporador e adquirente de unidade autônoma, verificou-se que a cláusula resolutiva, na maioria das vezes, alargava o prazo, em benefício do adquirente, para a purgação da mora. Assim, embora o dispositivo faça menção ao prazo de 10 dias a partir da notificação, que pode ser extrajudicial, vale dizer, realizada através do Serviço de Registro de Títulos e Documentos, encontra-se nas cláusulas resolutivas o prazo de 15 dias, em face do disposto no art. 1.°, do Dec.-lei 745/69, o qual dispõe, na verdade, sobre os contratos a que se refere o art. 22, do Dec.-lei 58/37.[21]

Também se deve verificar que, na falta de pagamento do adquirente, respondem pelo débito o direito à respectiva fração ideal de terreno e a parte construída adicionada, se o contrato não dispuser de outra forma.

Analisando as regras da Lei de Condomínio e Incorporações que tratam da cláusula resolutiva, verifica-se que há um certo descompasso em relação ao que se tem estipulado no art. 54, § 2.°, do CDC. Com efeito, o dispositivo consumerista dispõe: "Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2.° do artigo anterior".

Sendo os contratos de incorporação imobiliária por adesão,[22] há possibilidade de inserção da cláusula resolutiva, assim como prevêem os artigos pertinentes à matéria na LCI e o próprio § 2.° do art. 54 do CDC. Porém, deve-se observar que nessas circunstâncias só se pode inserir cláusula resolutiva alternativa, vale dizer, o incorporador – estipulante – deve deixar à escolha do adquirente a decisão entre a resolução ou manutenção do contrato.

(21) Elvino Silva Filho explica que "o art. 3.° do Dec.-lei 271, de 28.02.1967, equiparou o loteador ao incorporador, e evidentemente este àquele, e os compradores de lote aos condôminos e as obras de infra-estrutura à construção do edifício. Se ambos são equiparados, aplicam-se aos incorporadores, no que lhes couber, os preceitos do Dec.-lei 58, de 10.12.1937 e seu regulamento, Dec. 3.079, de 15.09.1938 os quais estão plenamente vigentes (art. 10 do Dec.-lei 271/67)" (*Questões de condomínio no registro de imóveis*. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 188).

(22) Não se pode perder de vista que o § 2.° do art. 54 do CDC refere-se apenas aos contratos por adesão.

Nelson Nery Junior ressalta que a estipulação da possibilidade de resolução alternativa é um direito do consumidor.[23] Assim, será abusiva a cláusula que implique renúncia, direta ou indireta do adquirente da unidade autônoma, ao direito previsto no art. 54, § 2.°. Esta é a determinação do art. 51, IV e § 1.°, ou seja, não podem constar no contrato cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade e cláusulas que impliquem renúncia ou disposição de direitos.

Vê-se, destarte, que na estipulação da cláusula resolutiva alternativa, devem-se observar os princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. Dentre esses, podem-se ressaltar os princípios da boa-fé, do equilíbrio nas relações de consumo e o da proporcionalidade.

3.5 Cláusula determinante da perda total ou parcial das prestações pagas pelo adquirente da unidade autônoma

Cabe agora proceder à análise de um dos pontos que, atualmente, têm mais ocupado os tribunais: o da cláusula de decaimento, cuja proibição está prevista na regra do art. 53 do CDC, mas que, insistentemente, é inserida nos contratos de incorporação imobiliária. Como visto, nada impede a inserção de cláusula resolutiva nos contratos de incorporação, porém, além de ter que se observar a regra do art. 54, § 2.°, quando for o caso, a resolução também não pode prever cláusula de decaimento.

Mas, o que vem a ser cláusula de decaimento? A legislação não se preocupa em conceituá-la. Por isso, recorre-se à doutrina, observando-se que se trata da cláusula que prevê, em caso de inadimplemento do devedor, a perda das quantias já pagas, conforme o estipulado na contratação.[24]

O tema concernente à cláusula de decaimento passa, inevitavelmente, pela noção da função social do contrato. Hodiernamente, não se pode olvidar que se deve seguir uma linha na qual estejam os parâmetros capazes de coibir qualquer desigualdade dentro da relação contratual. Portanto, quando se está diante de uma cláusula que prevê a perda das quantias pagas, por parte do devedor, ainda que se tenha de considerar todos os princípios contratuais envolvidos, não se pode perder de vista a finalidade que deve alcançar o contrato: o equilíbrio entre as partes, evitando dano exagerado a um dos contratantes.

As maiores discussões relativas aos contratos de incorporação imobiliária giram em torno do aspecto econômico, sem embargo. Diante de uma análise jurisprudencial, a qual ainda será objeto de abordagem, verificou-se que o debate

(23) Nelson Nery Junior. Op. cit., p. 456.

(24) Nesse sentido, cf. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1956, vol. 13, p. 277; Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, RT, 1998, p. 475 *et seq.*; Jacira Xavier de Sá, op. cit., p. 50.

judicial sobre os contratos de incorporação imobiliária passam, normalmente, por duas situações: de um lado, o pedido dos adquirentes da unidade autônoma de rescindir o contrato com fundamento na teoria da imprevisão, diante da impossibilidade de continuar pagando as prestações subseqüentes, tendo em vista o achatamento salarial em face de repercussão inflacionária;[25] de outro lado, o pedido dos vendedores, incorporadores imobiliários, sustentando não se aplicar a teoria da imprevisão e, conseqüentemente, pregando a validade da cláusula de decaimento, em face do princípio da obrigatoriedade dos contratos.[26] Com efeito, assim aparecem as discussões judiciais levadas a cabo entre os adquirentes das unidades autônomas e os incorporadores.

Para que se possa solucionar tal conflito entre as partes envolvidas no contrato de incorporação, faz-se mister ter em mente as noções de eqüidade e função social do contrato. Deveras, se de uma parte deve-se observar o princípio da obrigatoriedade dos contratos, como meio, inclusive, de se assegurar a estabilidade social, de outra, há também a preocupação de se manter o equilíbrio contratual, protegendo a parte mais fraca na relação, evitando que perca as quantias já pagas ao vendedor do imóvel em construção.

Preocupado com a repercussão patrimonial diante da inserção da cláusula de decaimento nos contratos, o Código de Defesa do Consumidor tratou do assunto no art. 53. Prevê, então, o seguinte: "Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e retomada do produto alienado".

Não resta nenhuma dúvida de que o legislador também teve em mente a proteção dos compradores de imóveis, vale dizer, a norma incide normalmente sobre os contratos imobiliários, como se observa em sua própria dicção. Aliás, deve-se destacar que o caminho do legislador não foi tão árduo para chegar à redação desse dispositivo. Com efeito, ele é fruto de reiteradas decisões, as quais, ainda que diante da inexistência de norma específica determinando a impossibilidade da cláusula de decaimento, já vinham regulando o equilíbrio contratual nesse sentido, através da norma do art. 924 do CC, que prevê o seguinte: "Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento".

[25] Para Caio Mário da Silva Pereira, "(...) a dicotomia salário inflação não poderá servir de fundamento para a resolução dos contratos sob o fundamento da teoria da imprevisão". Conforme explicita, "o fator 'inflação' jamais poderá ser apontado como elemento 'imprevisto' na composição do preço final, ou mesmo das prestações" ("Código de Defesa do Consumidor e as incorporações imobiliárias", *RT* 712/107. São Paulo : RT, fev. 1995).

[26] Nesse sentido, interessante artigo sobre o assunto, de Mário Machado Vieira Netto, juiz de direito no Distrito Federal, que faz um relato sobre os casos mais comuns envolvendo o tema aqui estudado ("A teoria da imprevisão e a rescisão de promessas de compra e venda de imóveis. A nulidade da cláusula de perda das prestações pagas". *RT* 689/106-113. São Paulo : RT, mar. 1993).

Vê-se, igualmente, que o legislador deu um tratamento especial à proibição da cláusula de decaimento, ou seja, o fez num artigo específico, separado do rol encontrado no art. 51. Destarte, a cláusula que estabelecer a perda total das prestações pagas em benefício do credor será abusiva e, conseqüentemente, nula de pleno direito, ou seja, acompanha o mesmo regime de nulidade do art. 51 do CDC.

O tema concernente à abusividade da cláusula de decaimento, diante de sua importância, vem sendo tratado nos congressos de direito do consumidor. No II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em 1994, a Conclusão 10 está assim escrita: "A cláusula que permite a retenção de prestações pagas é abusiva, nos termos do art. 53, *caput*, do CDC, e configura fraude à lei".[27]

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça também tem procurado ressaltar a impossibilidade de se inserir a cláusula de decaimento. Nesse sentido, pode-se destacar os números 5 e 13, da Portaria 4, de 13.03.1998, a qual divulga, em aditamento ao elenco do art. 51 do CDC, cláusulas abusivas que, dentre outras, são consideradas nulas de pleno direito. Nesse sentido, incluem-se as cláusulas que "estabeleçam a perda total ou desproporcionada das prestações pagas pelo consumidor, em benefício do credor, que, em razão de desistência ou inadimplemento, pleitear a resilição ou resolução do contrato, ressalvada a cobrança judicial de perdas e danos comprovadamente sofridos" ou "estabeleçam a devolução de prestações pagas, sem que os valores sejam corrigidos monetariamente".

No caso específico do contrato de incorporação imobiliária, a cláusula de decaimento deve ser completamente afastada. Na verdade, esse tipo de cláusula traz vantagem excessiva para o incorporador, uma vez que assegura-lhe dupla vantagem, ou seja, além de ficar com a propriedade do imóvel, o qual certamente, por sua própria atividade, vai vendê-lo novamente, fica também com a propriedade do dinheiro que o financiou. Com isso, deixa o promitente-comprador, na maioria das vezes, sequer imitido na posse do imóvel, sem nada.[28]

De fato, a tolerância em relação à cláusula de decaimento afronta inclusive os princípios gerais do direito das obrigações, uma vez que não se permite o enriquecimento sem causa, o que acaba acontecendo, como se pode observar, caso se mantenha a cláusula. Tanto é assim que, ainda que antes da regra do art. 53 que proíbe cláusula que estabeleça a perda total das prestações pagas em benefício do credor, a jurisprudência vinha se guiando pela norma do art. 924, já destacada, e pelo argumento da impossibilidade de enriquecimento sem causa.[29]

(27) Jacira Xavier de Sá. Op. cit., p. 52.

(28) Cláudia Lima Marques. Op. cit., p. 482.

(29) Assim decidiu a 4.ª T. do STJ, no REsp 43.544/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 09.12.1996: "Ementa: 1. Mesmo celebrado o contrato (promessa de compra e venda) antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, o que impunha considerar eficaz previsão contratual de perda das quantias pagas pelo promissário adquirente, pode o juiz, autorizado pelo disposto no art. 924 do CC, reduzi-lo a patamar justo, com o fito de evitar enriquecimento sem causa que de sua imposição integral adviria à promitente-vendedora.

Não faltam artifícios, no entanto, por parte das incorporadoras, no sentido de burlar a regra do art. 53 do CDC. Com efeito, deve-se observar que na dicção do artigo faz-se menção à "perda total das prestações pagas", vale dizer, as cláusulas que estabeleçam a perda de parte das prestações pagas não contrariariam, em princípio, a regra do artigo. Baseada nesse raciocínio é que se observa em vários contratos de incorporação cláusula prevendo o seguinte: "A falta de pagamento de três parcelas de vencimentos mensais e consecutivos ou qualquer uma delas no prazo superior a 90 dias, implicará na resolução desta promessa de compra e venda, conforme dispõe o art. 119, par. ún., do CC, caso em que o comprador perderá em favor do vendedor do preço reajustado do contrato, parte das parcelas pagas até a data do inadimplemento, como pena convencional nos seguintes termos, calculados cumulativamente: a) se tiver pago até 10% do preço atualizado do contrato receberá em devolução 10% da quantia paga; b) do que exceder de 10% e até 50% do preço atualizado deste contrato receberá em devolução 20% da quantia paga; c) do que exceder de 50% e até 100% do preço atualizado deste contrato receberá em devolução 30% da quantia já paga".

Ora, essa é uma flagrante tentativa de burlar a lei. É certo que o CDC proíbe a perda do total das prestações pagas, entretanto, pelos mesmos motivos anteriores à vigência do art. 53 do CDC, deve-se repelir esse tipo de cláusula, que deve ser nula de pleno direito. Aliás, Cláudia Lima Marques[30] já advertiu quanto ao perigo dessa interpretação do art. 53, dizendo que melhor seria começar fazendo o estudo da cláusula de decaimento pela cláusula geral do art. 51, IV. Este dispositivo, vale lembrar, determina que são nulas de pleno direito as cláusulas que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade".

Assim, embora a regra específica do art. 53 diga respeito à perda total das prestações pagas, a solução para se afastar a validade de cláusulas redigidas da forma supra destacada, deve ser encontrada a partir da cláusula geral do art. 51, IV, do CDC. Nesse teor de idéias, deve-se atentar para o princípio da boa-fé na elaboração do contrato o que, diga-se de passagem, parece não existir diante daquela redação, e para a presença de obrigações iguais e não abusivas para ambas as partes. Vê-se, assim, que a cláusula aqui estudada não atende ao preceito do art. 51, IV, motivo pelo qual deve-se sustentar que é nula de pleno direito, ainda que não preveja a perda total das prestações pagas.

A Conclusão 11, do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, em 1994, cuidou do assunto, e se encontra assim redigida: "Nos contratos imobiliários é abusiva a cláusula que fixa percentual de retenção dos valores pagos na hipótese de resolução, devendo o eventual prejuízo ser apurado caso a caso".[31]

Circunstâncias específicas do caso impõem a perda de 25% (vinte e cinco por cento) do que foi pago pelos compradores" (*Revista de Direito do Consumidor* 26/250, São Paulo, 1998).

(30) Op. cit., p. 480.

(31) Jacira Xavier de Sá. Op. cit., p. 57.

Infere-se daí que não se quer sustentar a devolução total por parte da incorporadora das quantias recebidas pelos promissários-compradores. Afinal, trata-se de um caso em que não foi a incorporadora quem motivou a resolução do contrato, mas sim o adquirente, de forma que este também deve perder algo. O que se quer frisar é a necessidade de se manter o equilíbrio contratual das partes, pois os percentuais desejados pelas incorporadoras nos contratos atuais longe estão desse ideal, e daí a necessidade da concreção do juiz, fulcrado em normas de ordem pública, como as de defesa do consumidor. Na verdade, a Conclusão 11, do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor é inteligente quando, na última parte, ressalva que o prejuízo deve ser apurado caso a caso, concluindo-se daí a total impossibilidade de uma tabela, como visto, prevendo a perda de maior ou menor quantia, dependendo do *quantum* já pago.[32]

É certo que quando se está tratando dessa questão da proteção do consumidor, parece se querer afirmar a todo custo que há uma ditadura do consumidor, como aliás foi debatido no Congresso Nacional durante a tramitação do projeto, quando alguns empresários chegaram a dizer que seria o fim das empresas no Brasil. Na verdade, dez anos se passaram e isso não se verificou. Deseja-se com isso dizer que não é exagerada a proteção por parte do consumidor. Observe-se apenas um dos aspectos do caso específico aqui tratado, ou seja, o profissionalismo dos incorporadores em face de um eventual comprador de um imóvel em construção. É claro que aquele está em melhores condições de proteger seus interesses, de forma que seria desvantajoso para o consumidor se o legislador não cuidasse em criar mecanismos de intervenção na economia contratual protegendo os interesses da parte mais fraca.

Não é difícil se demonstrar o profissionalismo dos incorporadores, não só do ponto de vista técnico, voltado para a construção civil, mas também do jurídico. Via de regra, estão juridicamente bem assistidos, de forma que, desde a elaboração do contrato por adesão, já começam a infringir normas de defesa do consumidor, como visto. Mas, além disso, também são litigantes assíduos, de forma que já têm um padrão de comportamento favorável ao seu interesse.

Quanto a esse aspecto judicial, Mário Machado Vieira Netto[33] realizou um estudo sobre o comportamento padrão das empresas incorporadoras, principalmente daquelas que têm uma fatia maior do mercado imobiliário. O magistrado do Distrito Federal observou, primeiramente, que tais empresas, diante do pedido de rescisão contratual do adquirente do imóvel por impossibilidade de continuar pagando as prestações contratadas com reajustes, poderiam reconvir, alegando o

(32) Nesse sentido, merece realce o julgado do TJRJ, Ap. 4.544/98, j. 08.09.1998, rel. Des. Luiz Fux: "Ementa: Nos termos dos arts. 51 e 53, da Lei 8.078/90, é abusiva e, portanto, nula a cláusula de contrato de compromisso de compra e venda que, em casos de rescisão do contrato pelo inadimplemento do compromissário-comprador, prevê a devolução de parte ínfima das parcelas até então pagas. Deve o juiz, em tais hipóteses, como lhe faculta o art. 924 do CC, intervir no domínio econômico das partes, reduzindo o valor da cláusula penal como forma de equacionar a relação entre os contratantes" (*RT* 765/335).

(33) Op. cit., p. 110-111.

inadimplemento da parte autora. Assim, poderiam pedir em seu benefício a rescisão do contrato, com a aplicação das cláusulas contratuais que prevêem a perda de todas as prestações pagas.

No entanto, sistematicamente, não agem dessa forma, de maneira consciente, na verdade. A estratégia adotada é a seguinte: primeiro, todos os contratos contêm cláusula resolutiva expressa, portanto, não precisa de interpelação judicial para se declarar sua rescisão, uma vez que esta opera em sede contratual; segundo, a cláusula resolutiva, como visto, prevê que o compromisso ficará rescindido de pleno direito, independentemente de qualquer aviso ou interpelação judicial, na falta de pagamento do débito do adquirente, após o transcurso do prazo determinado, normalmente de 15 dias, como já ressaltado; terceiro, passado esse prazo, o incorporador promove a transferência dos direitos do adquirente para terceiros, autorizada pela própria legislação (art. 63 e parágrafos da LCI).

A abusividade da cláusula que prevê tal procedimento aparece a partir desse último momento. Como as incorporadoras sabem que a tendência jurisprudencial é no sentido de se decretar a nulidade da cláusula de perda das prestações pagas ou, na melhor das hipóteses, decretam a sua redução proporcional, não levantam a matéria em sede de reconvenção, preferindo se sustentar nas cláusulas contratuais supra analisadas, transferem os direitos relativos à unidade imóvel e, pior, não devolvem o dinheiro ao comprador. Não resta dúvida de que isso caracteriza uma situação desvantajosa para o comprador, a qual deve ser totalmente repudiada, ensejando o direito à devolução das quantias pagas ao comprador, descontando-se um percentual justo, auferido caso a caso.

Mário Machado Vieira Netto[34] também explica que essas cláusulas inseridas cotidianamente nos contratos de incorporação imobiliária não são simples e lícitas cláusulas penais compensatórias. Isso por um simples motivo: a cláusula penal deve ser proporcional, ou seja, quanto maior tenha sido o adimplemento da obrigação, menor seja o valor perdido. Verifica-se, entretanto, na cláusula aqui estudada, que quanto maior o adimplemento da obrigação, maior a perda, uma vez que o comprador pode até perder tudo.

Considerando-se o exposto até aqui, não resta dúvida de que a cláusula de decaimento deve ser completamente repelida de qualquer contrato, inclusive do de incorporação imobiliária. A discussão, no entanto, deve se transferir para a extensão da perda por parte do comprador. Isso porque não se pode olvidar que é o adquirente quem dá motivo à rescisão contratual, e diante da necessidade de manter-se coerente com o princípio da obrigatoriedade da convenção, é viável que ele sofra uma sanção civil, no entanto, justa.[35] Não se pode perder de vista, igualmente,

(34) Ibidem, p. 111.

(35) Embora exista, efetivamente, cláusula, no contrato de incorporação, prevendo sua irrevogabilidade e irretratabilidade, mister se ressaltar a relativização do princípio da obrigatoriedade, diante das normas de ordem pública que se encontram presentes entre nós, notadamente as do Código de Defesa do Consumidor (art. 6.º, V).

que os valores das parcelas pagas a serem devolvidos devem ser corrigidos a partir de cada desembolso, além de serem pagos de uma só vez pela incorporadora.[36]

O argumento da teoria da imprevisão levantado pelos adquirentes de imóveis em construção, no sentido de que o achatamento salarial, a perda do poder de compra em face da inflação é uma situação nova, a qual alterou substancialmente o ambiente objetivo do contrato e o transformou excessivamente oneroso para uma das partes, não tem recebido guarida no âmbito jurisprudencial. Mas, nem por isso, a questão deixa de ser relevada, uma vez que a pretensão real do adquirente é no sentido de rescindir o contrato por impossibilidade de continuar suportando o pagamento das prestações contratadas com reajustes.[37]

Nesse momento, entretanto, é importante parar para analisar, também, a outra face da rescisão desses contratos. Como adverte Waldirio Bulgarelli, cada situação deve ser examinada de acordo com suas peculiaridades. Para ele, se assim não for, "pode ocorrer que alguns adiram à incorporação e, se o mercado não for favorável para a atividade imobiliária, exijam a restituição do que pagaram, com juros e correção monetária, tal como se a aplicação tivesse sido feita em caderneta de poupança".[38]

Outro ponto que deve ser destacado, no que tange à devolução das quantias pagas, é o que se refere ao uso do imóvel pelo promissário-comprador. Sabe-se que o pagamento das prestações pode começar ainda quando o imóvel encontra-se em construção, o que normalmente ocorre, e se estender durante algum tempo depois que o adquirente toma posse do imóvel. Nesse caso, um ponto deve ser relevado. Com efeito, não parece justo que se determine a devolução das quantias pagas pelo promissário-comprador, sem descontar o desgaste natural do uso do imóvel e as vantagens que dele tirou durante o tempo em que o ocupou. Logicamente, esse raciocínio só poderá ser levado adiante depois que o imóvel for entregue ao adquirente, pois, antes disso, não há que se falar em descontar o desgaste nem a deterioração do bem, até porque, certamente será vendido pelo incorporador.[39]

Duas situações relativas a esse assunto devem ser ainda relevadas. A primeira, diz respeito ao contrato de incorporação que prevê a construção da

(36) Nesse sentido, cf. julgado do TJDF, Ap. 38.474/95, 3.ª T., de 06.10.1997, rel. Des. Sérgio Bittencourt (*RT* 753/312). Quanto aos juros de mora, veleja no sentido correto o julgador ao determinar que eles não são devidos pela incorporadora, uma vez que ela, no caso em análise, não deu causa à rescisão nem incorreu em mora. De fato, nos casos aqui analisados são os adquirentes, normalmente, por não poder arcar com as prestações futuras da contratação, que pedem a rescisão contratual. Assim, se os adquirentes dão causa à rescisão do negócio em função de seu inadimplemento, não podem pleitear a incidência de juros de mora sobre as quantias devidas.

(37) Não se pode olvidar, hoje, a possibilidade de se suscitar a lesão objetiva e a teoria da quebra da base do negócio, previstas no art. 6.º, V, do CDC.

(38) Waldirio Bulgarelli. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1999. p. 50-51.

(39) Nesse sentido, ver julgado destacado por Waldírio Bulgarelli (op. cit. supra, p. 51).

edificação pelo regime de administração ou "a preço de custo", a segunda diz respeito ao direito de arrependimento pactuado pelo adquirente, com base no art. 1.095 do CC.

A primeira situação constitui-se, normalmente, pelo pedido do adquirente da unidade autônoma de devolução das quantias já pagas à incorporadora, com base nas regras de proteção do consumidor. Ocorre que, quando o contrato de construção se dá pelo regime de administração, o incorporador, de fato, não é o devedor das prestações já pagas e, por isso, não pode figurar no pólo passivo em eventual demanda judicial.

Com efeito, a regra do art. 58 da LCI é clara nesse sentido ao preceituar: "Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado 'a preço de custo', será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral da obra (...)".

Daí se infere que o incorporador de fato não receberá quantia do adquirente, mas ficará apenas com um percentual convencionado, ou seja, não é o destinatário final das prestações. Assim, se a obra não for entregue no prazo convencionado, sem que o incorporador tenha concorrido para isso, vale dizer, retardou-se a obra porque os adquirentes atrasaram o pagamento das prestações, estes não podem reclamar a devolução das quantias pagas. Não se pode esquecer que isto só ocorre quando se tratar de regime de construção por administração, pois se o incorporador se comprometer a entregar a unidade a prazo e preço certos, não se há de falar nessa possibilidade, conforme já estudado.

Um interessante julgado da 6.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[40] discutiu a matéria que, pelos fundamentos apresentados, deve ser cuidadosamente analisado.

O adquirente de uma das unidades autônomas ingressou com uma ação pedindo a rescisão do contrato de promessa de cessão de fração ideal, incorporação e construção a preço de custo ou simples administração com base no art. 43, II, da LCI. Esse dispositivo estabelece que o incorporador responde civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa. Mas, deve-se atentar desde logo para o fato de que o art. 43, II, não pode ser aplicado à espécie, porque no *caput* observa-se que isso só poderá ocorrer quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo ou preço certos, o que é incompatível com o regime de construção por administração, uma vez que o incorporador depende do pagamento das prestações por parte dos adquirentes. Estes, sim, são os verdadeiros responsáveis pelo pagamento do custo integral da obra (art. 58 da LCI).

[40] "Incorporação imobiliária. Contrato de construção por administração a preço de custo ou simples administração. Rescisão contratual, com devolução das parcelas pagas, fundada no atraso das obras. Inadmissibilidade se a construtora não deu causa voluntariamente à demora na conclusão do empreendimento" (*RT* 763/204).

Logicamente, a construtora não pode ter voluntariamente dado causa à demora na conclusão do empreendimento. Entretanto, se isso ocorrer, deve-se executar a cláusula contratual que preveja essa situação ou, ainda que essa não exista, o incorporador deverá reparar os danos eventualmente sofridos pelos adquirentes da unidade no regime de administração, pois, por se tratar de uma relação de consumo, tem responsabilidade objetiva, de forma que se a culpa pelo atraso na entrega da obra for do incorporador, o adquirente não pode ficar à mercê dessa discussão, cabendo imediata reparação por perdas e danos. Cabe ao incorporador, depois, entrar regressivamente contra o construtor.

Mas, o que chama a atenção no julgado, é que o autor alega que o empreendimento imobiliário que lhes foi apresentado demonstrou-se vantajoso, mas jamais fora esclarecido ou pactuado tratar-se de construção a preço de custo ou por simples administração.

No decorrer da ação ficou provado que o comprador tinha condições de saber que se tratava de um contrato de construção por administração, até porque fazia parte da comissão de representantes dos adquirentes e tinha conhecimento da situação financeira da obra e dos demais participantes do grupo. Mas, desse julgado deve ser tirada uma lição pertinente, quanto a esse último aspecto, qual seja, o da informação adequada ao consumidor. Toda a tese do adquirente teria sido aceita se tivesse conseguido provar que não foi informado corretamente sobre o empreendimento, uma vez que é dever do fornecedor esclarecer o conteúdo do contrato, antes de sua celebração, conforme se depreende do art. 46 do CDC.

Quanto à questão da devolução das quantias pagas nos casos de contrato de incorporação, em que a construção da edificação se dará sob o regime de administração, não cabe efetivamente a devolução, se a construtora voluntariamente não deu causa à demora na conclusão do empreendimento.

Assim tem sido o entendimento predominante no Tribunal de Justiça de São Paulo, vale dizer, contratada a construção pelo regime de preço de custo, o ritmo e conclusão da obra dependerão dos recursos fornecidos pelos condôminos, os quais se obrigam pelo seu custo integral. Portanto, como não se há falar em desequilíbrio contratual, e como o incorporador não é o destinatário das prestações pagas, uma vez que essas são utilizadas para dar prosseguimento à obra, falta legitimidade passiva *ad causam*, não vingando o pedido de rescisão do contrato com restituição das prestações pagas, com base no art. 53 do CDC, diferentemente do que se viu em situações diversas, passos atrás.[41]

A segunda situação a ser tratada diz respeito ao direito de arrependimento do adquirente da unidade autônoma. Como visto alhures, o art. 49 do CDC prevê

[41] Assim já decidiu a 1.ª Câmara de Direito Privado do TJSP: "Ementa: Tratando-se de incorporação imobiliária, é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação que visa a rescisão contratual e a devolução de quantias pagas de contrato de promessa de compra e venda de unidade condominial em construção, sob o regime de administração, a incorporadora do negócio, por não ser a destinatária das prestações da evença a teor do art. 58 da Lei 4.591/64" (*RT* 756/215).

expressamente a possibilidade do consumidor se arrepender do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço. Entretanto, o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor enfatiza que esse direito de arrependimento poderá ser exercido sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Dessa forma, não há como adaptar essa regra às contratações imobiliárias, as quais, normalmente, não ocorrem dessa forma.[42]

Mas, é comum perguntar-se sobre a relação que há entre o art. 53 do CDC e os arts. 1.094 e 1.095 do CC, que tratam das arras. Estas, podem ser: a) confirmatórias (art. 1.094 do CC), ou seja, o sinal ou arras dado por um dos contratantes que firma a presunção de acordo final, e torna obrigatório o contrato; ou b) penitenciais (art. 1.095 do CC), vale dizer, as partes podem estipular o direito de se arrepender, embora se esteja diante da presunção do art. 1.094. Nesse caso, deve-se seguir a seguinte regra: se o arrependido for quem as deu, o comprador do bem, perde-las-á em proveito do outro, vendedor; se o arrependido for quem as recebeu, deverá restituí-las em dobro.

Essa é uma tradicional cláusula dos contratos imobiliários e, por isso, merece uma atenção especial sobre seu alcance, diante da regra do art. 53 do CDC. Realmente, o que não se pode inserir no contrato, conforme o estudo aqui realizado, é a cláusula de decaimento, determinante da perda total ou mesmo parcial, em certos limites, das quantias pagas pelo comprador. Reversamente, nada impede que, no contrato de incorporação imobiliária, conste a cláusula de arras penitenciais. Assim, é possível que o adquirente da unidade autônoma se arrependa do negócio realizado. Nesse caso, terá direito à restituição das quantias pagas, devidamente corrigidas, mas perderá o valor total pago a título de sinal por ter pactuado a cláusula de arrependimento, nos termos do art. 1.095 do CC.

A jurisprudência tem velejado nesse sentido, determinando que o arrependimento por parte do comprador de imóvel acarreta tão-somente a perda do sinal e não das quantias pagas por conta do preço do imóvel, tendo em vista as regras dos arts. 51 e 53 do CDC.[43] Embora esse entendimento possa funcionar como regra, é importante se ter em mente que se o sinal dado como início de pagamento for vultoso em relação ao preço total do bem, nada impede que se apliquem as regras

[42] Caio Mário da Silva Pereira aduz que enquanto se admite que o consumidor "de um bem simples e de uso imediato possa arrepender-se do contrato no prazo de 7 dias, não é curial que, na aquisição de uma unidade imobiliária, cuja construção acompanhou por período que normalmente varia de vinte a trinta meses (se não mais) possa arrepender-se do contrato no lapso de 7 dias a contar da sua entrega, como se se tratasse da encomenda de um móvel de apreciação instantânea" ("Código ... cit., p. 105).

[43] *Revista de Direito do Consumidor* 28/170, 1998. O TJDF também já decidiu nessa linha: "Ementa: A rescisão do compromisso de compra e venda decorrente do inadimplemento contratual do adquirente do imóvel em incorporação não acarreta a perda das parcelas pagas pelo mesmo, mas somente a perda do sinal, na forma do art. 1.095, do CC" (*RT* 753/312).

do Código de Defesa do Consumidor à espécie, de maneira que, apesar de estipulado que o adquirente arrependido possa perder o valor total das arras, seja possível se rever um percentual do valor dado a título de sinal, de forma a não ficar excessivamente oneroso para o adquirente.

Uma outra situação, ainda, ressalta aos olhos. Trata-se da tônica dos pedidos de rescisão contratual advirem dos adquirentes, quase sempre. Os motivos que levam a essa realidade já foram analisados, tais como: achatamento salarial e conseqüente impossibilidade de se continuar pagando as prestações, atraso na entrega do edifício por parte do incorporador, entre outros. Mas, o que chama a atenção é que a regra do art. 53 determina que são nulas as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. Vê-se, assim, que o Código de Defesa do Consumidor refere-se ao pedido de rescisão contratual do credor e não do devedor, ou seja, o adquirente da unidade em construção, no caso em análise. Não obstante a regra do art. 53 do CDC referir-se ao credor, a jurisprudência vem admitindo o pedido de rescisão por parte do devedor, como se pôde notar nos diversos julgados aqui destacados.

Caminham certo os julgadores, pois como já advertiu Cláudia Lima Marques, a interpretação das cláusulas que determinem a perda total ou parcial do valor já pago pelo adquirente ao incorporador, deve seguir a cláusula geral do art. 51, IV, do CDC, ainda que a norma do art. 53 seja específica. Dessa forma, nada impede que o devedor peça a rescisão contratual.

Após todo o círculo percorrido neste item, tentando observar os assuntos pertinentes ao tema aqui tratado, cabe voltar ao ponto inicial, fechando a caminhada, vale dizer, à função social do contrato ressaltada nas primeiras linhas. Com efeito, o que o legislador e os julgadores, quando são chamados a apreciar o caso, querem, diante da rescisão contratual e a respectiva devolução de boa parte do que já foi pago, é equilibrar a relação contratual, tendo em vista o espírito igualitário que anima o princípio da função social do contrato. Assim, se por um lado determina que o comprador não pode perder nem o total nem grande parte do que pagou ao incorporador, por outro prescreve que o credor receberá o imóvel alienado de volta podendo vendê-lo, de forma que não sofrerá qualquer prejuízo.[44] Na verdade, é isto que se deve buscar nas relações contratuais modernas, de forma que se evite ali a "ditadura" de uma das partes, prejudicial de qualquer forma para a contratação.

[44] Esta é a opinião de Carlos Alberto Goulart Ferreira quando faz o seguinte comentário sobre a regra do art. 53 do CDC: "Este dispositivo revela a função social do contrato, porque garante-se ao devedor, prejudicado por sua inadimplência, a devolução daquilo que desembolsou e a restauração de seu patrimônio". Para o autor, com isso, "o contratante se sente numa posição confortável, ao saber que, se ficar inadimplente, poderá receber de volta o que despendeu". Por outro lado, segundo ele, "o credor receberá o produto alienado de volta e poderá vendê-lo, de maneira que não sofrerá qualquer prejuízo" ("Equilíbrio contratual". *Direito civil constitucional*. Coord. Renan Lotufo. São Paulo : Max Limonad, 1999. p. 119).

A propósito, por fim, do que se tem decidido sobre o percentual que deve ser devolvido ao adquirente, verifica-se que, em média, determina-se que o incorporador retenha apenas 10% do valor pago pelo adquirente. Entretanto, longe está de se estabelecer uma regra geral para esses casos, uma vez que cada situação deve ser analisada separadamente, de forma que é possível, como se viu, a retenção de percentuais maiores pelos incorporadores, porém tendo sempre em vista a eqüidade, a boa-fé e a função social do contrato.

3.6 Cláusula penal compensatória pelo atraso da entrega da obra pelo incorporador

Considerando-se os corriqueiros atrasos dos incorporadores na entrega da obra, no prazo prometido, a inserção da cláusula penal compensatória aparece revestida de grande importância para o adquirente consumidor.

A cláusula penal é um pacto acessório, pelo qual as partes convencionam, expressamente, que o devedor que incorrer em mora ou inadimplemento de uma dada prestação, estará sujeito ao pagamento de uma multa.[45]

Infere-se daí que a cláusula penal tem como um dos objetivos incentivar o cumprimento integral da obrigação e servir de cálculo da indenização para o caso de inadimplemento absoluto. Nesse aspecto, diz-se que a cláusula penal é compensatória, como nos ensina Sílvio Rodrigues.[46]

Convém salientar que, algumas vezes, os prejuízos provenientes do inadimplemento de uma parte é maior do que o montante estabelecido na cláusula penal compensatória. Isto ocorre, notadamente, quando a multa é estabelecida utilizando-se de má-fé, vale dizer, em patamares tão irrisórios que não chegariam a cumprir com seu objetivo, qual seja, o de incentivar o cumprimento integral da prestação.

Tendo-se em vista que o contrato de incorporação tem natureza adesiva, o incorporador, na elaboração do contrato-padrão, insere a cláusula penal compensatória para os casos de não entrega da obra no prazo fixado. Ocorre que a pena estabelecida é irrisória e, nesse sentido, coloca o adquirente-consumidor em desvantagem exagerada, além de ser uma cláusula incompatível com a boa-fé e com a eqüidade. De fato, enquanto o incorporador tem a obrigação de pagar uma multa reduzida por dia de atraso na entrega, o adquirente fica sem receber o imóvel.

Não resta dúvida, tendo em vista o fundamento do instituto, de que a cláusula penal compensatória fixada com multa insignificante, mostra-se excessivamente onerosa para o consumidor. Deveras, na constatação dessa situação, deve ser declarada nula de pleno direito por ser cláusula abusiva, nos termos do art. 51, IV e § 1.°, III, do CDC. Além da declaração de nulidade, o magistrado deve arbitrar o

[45] Arnoldo Wald. *Obrigações e contratos*. 13. ed. São Paulo : RT, 1998. p. 158.

[46] *Direito civil: parte geral das obrigações*. 28. ed. São Paulo : Saraiva, 2000. vol. 2, p. 90.

correto valor das perdas e danos experimentados pelo consumidor, conforme aduz Everaldo Augusto Cambler.[47]

É preciso destacar igualmente que, em face do atraso da entrega da obra, havendo lesão a dano moral por parte do comprador-consumidor de imóvel em construção, este deve ser devidamente reparado. Nesse sentido, cumpre sublinhar as palavras de Eduardo Carlos Bianca Bittar, quando aduz que "uma das flagrantes hipóteses de proteção da personalidade, fragilizada nas relações de consumo, é a da reparação civil por danos morais, legalmente acolhida no âmbito dos direitos do consumidor".[48]

Não se pode olvidar, finalmente, que outras cláusulas comuns nos contratos de incorporação imobiliária são abusivas e, conseqüentemente, nulas de pleno direto. Exemplificativamente, pode-se citar, ainda, a cláusula que prevê prazo impreciso para a entrega da obra, a que prevê a perda do direito às benfeitorias e a que prevê a aplicação da "tabela *price*".

4. Conclusões

Considerando-se os aspectos aqui ressaltados, têm-se por firmadas as seguintes conclusões:

a) O incorporador, diante da multiplicidade de funções que exerce para dar seguimento ao empreendimento por ele idealizado, desenvolve quase todas as atividades referidas na segunda parte do art. 3.° do CDC. Assim, é ele quem realiza a produção das unidades autônomas, quem planeja a montagem da incorporação, quem cria o produto imobiliário, quem promove a construção da edificação visando o produto final objeto de comercialização em edificações a serem construídas ou em construção.

b) É consumidor imobiliário o adquirente da unidade autônoma, seja pessoa física ou jurídica, caracterizado como destinatário final e fático da unidade, sempre vulnerável e, na maioria das vezes, hipossuficiente em relação ao mercado de consumo imobiliário.

c) A unidade autônoma é caracterizada como produto, uma vez que o dispositivo consumerista refere-se a qualquer bem, inclusive os imóveis.

d) Há relação de consumo na incorporação imobiliária.

e) A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, os métodos comerciais coercitivos ou desleais, e as práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços, são direitos básicos do consumidor.

f) Cláusula que nomeie o incorporador ou qualquer outra pessoa, principalmente as interessadas na obra, para autorizar a modificação do projeto arquite-

[47] Op. cit., p. 186.

[48] "Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações". *Revista de Direito do Consumidor* 33/182-190, São Paulo, jan./mar. 2000.

tônico da edificação ou da unidade autônoma, deve ser considerada nula de pleno direito.

g) É abusiva a cláusula contratual que transfere o risco próprio do empreendimento do incorporador ao promitente comprador. Assim, independentemente do percentual de adquirentes que deixem de pagar as prestações devidas ao incorporador, este tem obrigação de concluir o convencionado.

h) Nos contratos por adesão, como ocorre quase sempre no contrato de incorporação imobiliária, só se pode inserir cláusula resolutiva alternativa.

i) É igualmente abusiva a cláusula determinante da perda total ou parcial das prestações pagas pelo adquirente da unidade autônoma. Diante da rescisão do contrato e a respectiva devolução de boa parte do que já foi pago, o que se pretende é equilibrar a relação contratual, tendo em vista o espírito igualitário que move o princípio da função social do contrato, hodiernamente. Se por um lado se determina que o comprador não pode perder nem o total nem grande parte do que pagou ao incorporador, por outro prescreve que o credor receberá o imóvel alienado de volta podendo vendê-lo, de forma que não sofrerá qualquer prejuízo.

j) A cláusula penal compensatória fixada com multa insignificante é excessivamente onerosa para o consumidor, de tal sorte que, na constatação dessa situação, ela deve ser declarada nula de pleno direito, com base nos termos do art. 51, IV e § 1.°, III, do CDC.

Bibliografia

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. "O conceito jurídico de consumidor". *RT* 628. São Paulo : RT, fev. 1988.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. "Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações". *Revista de Direito do Consumidor* 33, jan.-mar. 2000.

BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., rev. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

BULGARELLI, Waldírio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1999.

CAMBLER, Everaldo Augusto. "Responsabilidade civil na incorporação imobiliária". Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. "A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor* 26, São Paulo, abr./jun. 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 1999. vol. 2.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo : Saraiva, 1999.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. "Equilíbrio contratual". In: LOTUFO, Renan, Coord. *Direito civil constitucional*. São Paulo : Max Limonad, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Relações de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 1999.

LUCCA, Newton de. *Direitos do consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas*. São Paulo : RT, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : RT, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. "Da proteção contratual". In: GRINOVER, Ada Pelegrini *et al. Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. rev. e atual. até out. 1997. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998. Capítulo VI.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro : Forense, 1994.

———. "Código de Defesa do Consumidor e incorporação imobiliária". *RT* 712. São Paulo : RT, fev. 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1956. vol. 13.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 28. ed. São Paulo : Saraiva, 2000. vol. 2.

ROSA, Josimar Santos. *Relações de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores*. São Paulo : Atlas, 1995. p. 26.

RUGGIERO, Biasi. "Há relação de consumo na incorporação imobiliária". *Tribuna do Direito* 73. São Paulo, mai. 1999.

SÁ, Jacira Xavier de. "A cláusula de decaimento e o Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor* 31. jul./set. 1999.

SILVA FILHO, Elvino. *Questões de condomínio no registro de imóveis*. São Paulo : Malheiros, 1999.

VIEIRA NETTO, Mário Machado. "A teoria da imprevisão e a rescisão de promessas de compra e venda de imóveis. A nulidade da cláusula de perda das prestações pagas". *RT* 689. São Paulo : RT, mar. 1993.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 13. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo : RT, 1998.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

OS AFORAMENTOS EM TERRAS PÚBLICAS E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE COISA IMÓVEL

(A necessidade de alteração da Lei 9.514/97)*

FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A evolução do instituto – 3. A enfiteuse no Código Civil – 4. Os terrenos de marinha e seus acrescidos – Uma análise comparativa com a enfiteuse comum – 5. A impossibilidade de contratação da alienação fiduciária de coisa imóvel em imóveis aforados.

1. Introdução

A enfiteuse é um dos institutos jurídicos mais curiosos no Direito brasileiro. Possui um arcabouço arcaico que remonta aos primeiros períodos da época de Roma. Atravessou toda nossa história, superando por diversas vezes a tentativa de sua extinção e, quando menos se espera, tal como a ave fênix, renasce das cinzas para ocupar um papel relevante no ordenamento jurídico nacional. Assim, novamente temos que concordar com o jurista espanhol José Maria Chico y Ortiz que ao comentar essa enorme capacidade da enfiteuse de perpetuar-se ao longo dos séculos, chamou-a de "endiablada figura".

Se, por um lado, existe expressa menção no texto constitucional – art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – com finalidade de permitir a extinção das enfiteuses privadas, sua sobrevivência é assegurada nas concessões do Estado, onde é indispensável a conservação da terra pública.

Assim, revelam-se atuais os ensinamentos do meu mestre Prof. José Luis de Los Mozos quando enfatiza que:

"La propiedad es un concepto central del derecho civil, entendido este como no puede ser por menos, en cuanto ordenamiento fundamental o nuclear de la persona humana, por mas que en su auxilio venga ahora el Derecho constitucional, para integrar la garantia de su efectividad. Concepto de propiedad que, por lo demás, se desarrolla primordialmente en las relaciones de las personas con los bienes, y, en general, con el ejercicio de su actividad económica a la que situe de punto de referencia. Ahora bien, por esto mismo, y por ser un concepto central no se agota en este tipo de referencias y hay que tomarle en cuenta, también, respecto

(*) Contribuição aos estudos do XXVII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil. Vitória – ES, agosto 2000.

de todo tipo de relaciones patrimoniales, no solo las llamadas jurídico reales, sino también en las personales o de obligación, así como en las familiares y las sucesorias. Lo que tiene pleno sentido ya que, como concepto, no solo ocupa un lugar eminente, junto con la autonomia privada, en el nucleo central de todo el sistema de Derecho privado, sino que, como hemos anticipado, aparece, constantemente, iradiandose y proyectandose sobre qualquier tipo de actividad econômica, siempre que en respecto de elle se lleve a cabo una valoración jurídica".[1]

A respeito das enfiteuses privadas, em outro estudo[2] concluímos por sua paulatina extinção. Contudo, nos aforamentos públicos permanece viva e ressurge com vigor – merecendo tratamento legislativo adequado – ao observarmos sua importância para a constituição do novo, porém ainda não totalmente utilizado, direito real de garantia imobiliária que é a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

A razão para esta conclusão é bastante simples. A Lei 9.514/97, que introduziu em nosso ordenamento jurídico a nova garantia fiduciária imobiliária, deixou de considerar a sua constituição em bens públicos, especialmente nos terrenos de marinha e seus acrescidos, nos exatos termos do Dec.-lei 9.760, de 05.09.1946 e suas modificações posteriores.

Com isto, fica impedida a utilização desta nova garantia real nestes imóveis, diminuindo sensivelmente a sua aplicação no cotidiano. Acresce salientar que a finalidade da propriedade fiduciária imobiliária está estritamente vinculada a operações imobiliárias de valores consideráveis e que, os imóveis em terreno de marinha e seus acrescidos se enquadram perfeitamente nesta modalidade. Sendo assim, é necessária uma modificação na Lei 9.514/97, de modo a permitir a contratação da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel como acessório das transações imobiliárias sobre estes bens.

Se, por um lado avançamos na principal conclusão deste estudo, para melhor situarmos o instituto da enfiteuse ou aforamento em terras públicas, principalmente nos terrenos de marinha e seus acrescidos, torna-se indispensável conhecer a figura com sua evolução no campo do direito privado.

2. A evolução do instituto

O surgimento da enfiteuse é polêmico. Não se sabe se sua origem é grega ou romana, porque existem vestígios do aparecimento de direitos semelhantes, na mesma época, nas duas civilizações. Entretanto, a palavra "enfiteuse" tem origem grega. Sua estrutura em nosso direito, no entanto, inquestionavelmente faz com que a enfiteuse venha do Direito romano.

(1) José Luis de Los Mozos. "La formación del concepto de propiedad que acoje el Código Civil". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 609/581-582. Monográfico del V Centenario del Descobrimiento de América, Madri, 1992.

(2) O nosso "O perfil atual da enfiteuse", *Revista de Direito Imobiliário* 31/87-101, São Paulo, 1991.

Presente desde os remotos tempos de Roma, a enfiteuse tem por base a exploração de grandes parcelas de terras incultas por terceiro, que pela relação jurídica entabulada passa a dever uma prestação anual ao proprietário da terra, em função da sua utilização. Essa relação eminentemente econômica permitia que um detentor de grande extensão de terras possibilitasse seu cultivo, sem, contudo, deixar de ser proprietário dela.

A sociedade italiana em tempos remotos, como bem aponta Fustel de Coulànges em *A cidade antiga*, tinha como alicerces a religião doméstica, a família e o direito de propriedade. Esses fundamentos eram inseparáveis, sendo as terras consideradas inalienáveis, até mesmo por razões de dívidas, pois "será bem mais fácil escravizar o homem do que tirar-lhe um direito de propriedade, que pertence mais à família que a ele próprio".

É certo que essa idéia de um direito de propriedade perpétuo, transmissível por gerações dentro de uma mesma família, configurando um verdadeiro *plena in re potestas* persiste até hoje. Daí, sem dúvida alguma, a capacidade da enfiteuse em permanecer desde os tempos de Roma, a partir da época do Imperador Justiniano, praticamente com as mesmas características e resistindo a qualquer tentativa de erradicação.

Em Roma, a enfiteuse é resultado de uma intensa evolução. No princípio, quando as terras somente pertenciam ao Estado, eram comuns as concessões de *ager vectigalis*, destinado às terras cultivadas. Esse contrato de arrendamento inicialmente era temporário, normalmente por cinco anos. Posteriormente, ganhando o contrato o caráter de *ad longus tempus*, de perpetuidade, além da transmissibilidade aos herdeiros, o instituto difunde-se profundamente, a ponto de o Pretor conceder-lhe uma *actio in rem* de forma a melhor proteger os arrendatários. Das terras públicas, esses arrendamentos passam a ser também realizados entre particulares, com o surgimento do *ager privatus*. A evolução encontra, também, a necessidade de cultivo de terras improdutivas, com a expansão das pequenas propriedades.

No período do Imperador Justiniano ocorre a fusão dos dois institutos, desaguando na formação da enfiteuse. As concessões de *ager vectigalis* perpétuas e protegidas por uma ação real passam a ter, de igual maneira, a obrigação do arrendatário de pagar *canon* anual, que correspondia à contraprestação pela utilização das terras. Já no Código de Zenon, a enfiteuse sendo encarada como contrato, toma forma e natureza, distinguindo-se das demais contratações.

Recebe, como outra característica, a possibilidade do pagamento da pensão, parte em dinheiro e parte *in natura*.[3]

(3) Sobre a evolução histórica da enfiteuse, veja-se, principalmente, Paul Ourliac e J. Malafosse, *Histoire du droit privé*, Paris, Press Universitaire de France, 1971, tome II, n. 41; Lobão, *Tractado prático e crítico de todo o direito emphyteutico conforme a legislação e costumes deste reino e uso actual das nações*, por Manuel de Almeida Sousa de Lobão, Lisboa, Régia impressão, 1828, tomo I, p. 4 *et seq.*; Miguel Maria Serpa Lopes, *A enfiteuse – Sua natureza jurídica e seu futuro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, p. 7 *et seq.*; Francisco

Continuando sua evolução, o instituto jurídico da enfiteuse chega ao direito medieval conservando praticamente todos os seus elementos, muito embora nesse período tenham existido direitos semelhantes, como as concessões de "livello" e de "precário". Nessa época, criam-se duas importantes formas de enfiteuse, que passaram a ser usadas diuturnamente no Direito português e depois no Direito brasileiro, que são a enfiteuse laica e a eclesiástica. Surge então a divisibilidade do domínio, em domínio direto e domínio útil, obra dos conciliadores, contorno que permitiu a introdução do direito em alguns povos germânicos.[4]

Já no Direito francês, a enfiteuse nunca foi recepcionada por legislação, sendo sempre uma criação da jurisprudência. O Código Civil francês não trata da "emphyteóse", direito inerente somente ao cultivo de terras.[5]

No antigo Direito português, Lobão registra a enfiteuse desde o século X, com características muito semelhantes ao Direito romano:

"Pois que, já no meio do século X, havia neste Reino prazos essencialmente taes, que se chamavam Encomunhas ou Incomunhas, como se refere Fr. Joaquim de Sancta Rosa de Viterbo no Elucidário verbo encomunhas ibi: 'Assim chamavam aos foros e rendas que os Casaes, quintas e outras quaesquer fazendas de raiz se recibião. Estas erão commuhas entre os Colonos e o Direito Senhorio, mediante o Emfiteuze: de sorte que o Enfiteuta ou Colono as não podia vender, ou por qualquer modo alienar, ou mal parar, mas antes as devia melhorar cada vez mais, e mais. ... Acha-se em Pendurada um Contracto de 1112, pelo qual se obrigam os Contrahentes pagar ao Mosteiro a 6.ª parte do fructo de certas herdades ... sob pena de as perderem. Era pois incommunhar: o mesmo que emprazar, ou mais propriamente afforar, e Encomunhas, ou Incomuniados os foros, ou pensões que os prazos pagavam".

Cavalcante Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 3. ed., São Paulo, RT, 1983, tomo XVII, p. 62-63.

(4) Os conciliadores no Direito germânico exploraram, também, instituições e disciplinas que não tinham tratamento no Direito romano ou eram tratadas superficialmente, dentre elas o direito de utilização da terra. Assim, totalmente afastados do *Corpus Juris Civile* houve a criação da divisão do domínio em *dominium directum* e *dominium utile*. Cf. Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, trad. portuguesa por A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 82-83. Embora Serpa Lopes, op. cit., p. 15, enfatize que a divisão de domínio foi importante para a Alemanha, Martin Wolff pondera que a enfiteuse nunca teve grande acolhida no Direito alemão. No Direito germânico feudal são esparsas as disposições sobre os arrendamentos hereditários, existindo unicamente nas legislações territoriais de Meckenburgo, Lubeck, Turíngia, Lippe e em parte da Prússia. Nessas leis aparece ora como direito real sobre coisa alheia, ora como subpropriedade. A enfiteuse nunca teve acolhida no Código Civil alemão (BGB). Martin Wolff e Ludwig Raiser, *Tratado de derecho civil*, de Enneccerus, Kipp y Wolff, trad. espanhola por Peres Gonzales y Alguer, 3. ed., Barcelona, Bosch, 1971, tomo III, vol. 2.°, p. 12-13.

(5) A primeira lei moderna sobre a enfiteuse na França é de 1920. Posteriormente o "Bail Emphytéotique" foi incorporado ao Código Rural, em seus arts. 937-980. Destinada ao cultivo de terras, essa concessão dura um mínimo de 18 anos e o máximo de 99 anos, podendo ser renovada, mas não admite a tácita recondução. Vid. Alex Weill, *Droit civil les biens*, par François Terré *et* Phillippe Simler, troisiéme ed., Paris, Dalloz, 1985, p. 808-810.

"Dos seculos XII e XIII, tenho visto muitas Cartas de Povoação, e Foraes, em que os Mosteiros, e os Grandes do Reino dimitião a Povoadores tractos de terras para as cultivarem, reservando para si certas quotas de fructos, ou certos foros, direitos e direituras, parte dos preços das vendas que fizessem etc., o que essencialmente era Enfiteuze, muito antes dos tempos d'El Rei D. João I, e antes de introduzido neste Reino o Direito romano: Havia porém, entre o emprazamento, e o Afforamento a differença, que expoem o citado Elucidar: Verb. Emprazamento ibi".[6]

No Direito brasileiro, a enfiteuse é recepcionada através das Ordenações Filipinas, em seu Livro 4, Título 38, como enfiteuse vitalícia, ou por três vidas. Nesta, suas principais características eram obrigatoriedade do pagamento do foro ou pensão pela utilização das terras, bem como o pagamento do laudêmio em caso de alienação onerosa, conhecido como quarentena: "Tomando huma pessoa alguma herdade, vinha, casa ou olival, ou outra possessão para si, e para certas pessoas, huma que ele nomear, e que a nomeada possa nomear outra e assim dahi em diante, se em sua vida nomear alguma pessoa que venha o foro ...".[7]

No século passado, Teixeira de Freitas, em sua Consolidação das Leis Civis, ao analisar os aforamentos, aponta características do instituto que se assemelham aos seus modernos contornos.

Primeiramente, a obrigatoriedade de escritura pública para a sua constituição válida. Ensina que desde as Ordenações Filipinas o instrumento público é da essência do contrato. Por outro lado, admite a enfiteuse sobre duas espécies de propriedades: os terrenos edificáveis e as terras incultas. Aqui faz a diferença entre o contrato de enfiteuse e o de locação ou arrendamento. Caso exista uma edificação prévia ou a terra já tenha sido cultivada, o contrato é de locação e não enfitêutico. Pondera que a locação não modifica o domínio, não havendo sua divisão em direto e útil.

O autor da Consolidação das Leis Civis aponta duas espécies de aforamento: o perpétuo e o vitalício. O aforamento perpétuo, o único existente no País, é hereditário, enquanto que no vitalício – remanescente do Direito filipino – poderia haver escolha do sucessor, em vida ou pela morte.

Pelo enfiteuta existia a obrigação de pagar o foro, sempre em dinheiro, e, no caso de alienação a título oneroso da enfiteuse, era devido o laudêmio ao senhorio, de acordo com o estabelecido no contrato ou na proporção de 2,5% (dois e meio por cento), calculado sobre o valor do imóvel.[8]

Com esse perfil, a enfiteuse chegou ao nosso Código Civil, sendo considerada um direito real na coisa alheia.

(6) Op. cit., p. 2-3.

(7) Ordenações Phillipinas, Livro IV, Colleção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal, parte II da Legislação Moderna, tomo III, Coimbra : Real Imprensa da Universidade, 1790. p. 58.

(8) Augusto Teixeira de Freitas. *Consolidação das leis civis*. Comentários aos arts. 605 a 649. 3. ed. Rio de Janeiro : B. L. Garnier, 1876. p. 412-433.

Entretanto, nos últimos anos, a idéia de extinção do instituto jurídico da enfiteuse ganha corpo. No Direito alienígena, poucas legislações ainda a contemplam, como é o caso das legislações italiana e francesa, mas somente para imóveis rurais. No Brasil, sobretudo em virtude do direito adquirido, o movimento em prol da supressão do instituto é lento e gradual. Começa com a possibilidade do resgate da enfiteuse, que alterou o Código Civil através da Lei 2.437, de 07.03.1955, tendo o atual art. 693 do CC redação emprestada pela Lei 5.827, de 23.11.1972. Essa alteração, por si só, fez com que o direito real perdesse uma de suas principais características remanescentes desde o Direito justinianeu – a perpetuidade.

Em 1943 o governo federal se dispôs a estudar a extinção da enfiteuse, sendo elaborado anteprojeto de lei – por uma comissão integrada pelos juristas e Ministros Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães. A idéia não sobreviveu a determinadas divergências, principalmente no que respeita à larga utilização do instituto até aqueles anos, criando direitos adquiridos, e o valor devido pelo resgate, calculado à época em 4%, o que foi considerado excessivo para muitos estudiosos. Com o advento da Constituição Federal de 1946, o Dep. Hermes Lima apresentou projeto de lei que se fundamentava no estudo da comissão governamental.

Já no anteprojeto de Código Civil do Prof. Orlando Gomes, realizado em 1963, novamente existe a tentativa de se acabar com a enfiteuse. Só que esse anteprojeto foi sensível ao direito adquirido, aliás, matéria de direito constitucional e não de direito civil. Optou-se por um meio-termo. Reconhecendo a necessidade de continuar a regulamentação do direito, Orlando Gomes elencou a enfiteuse entre os direitos reais sobre coisas alheias. Mas, por outro lado, proibiu a constituição de novos aforamentos e previu a possibilidade de majoração do foro, como permite a legislação italiana, caso haja a alienação do domínio útil a título oneroso.

Finalmente, no Projeto de Código Civil que atualmente tramita no Congresso Nacional, a enfiteuse não faz parte dos direitos reais nas coisas alheias, sendo substituída pelo direito de superfície. Também são proibidas as constituições de novas enfiteuses e subenfiteuses, deixando a regulamentação das já existentes ao Código Civil de 1916 e leis posteriores.

Nos dias atuais, por um lado, é muito difícil existir a constituição de novas enfiteuses privadas. Dois fatores são preponderantes para a escolha de outros direitos reais: o baixo valor da pensão anual – que deve ser módica, certa e invariável –, e a obrigatoriedade do pagamento do laudêmio ao senhorio, nos casos de transferência onerosa do domínio direto. Estes dois pontos formam a pedra angular do desenvolvimento da enfiteuse na jurisprudência recente, principalmente do Supremo Tribunal Federal.

3. A enfiteuse no Código Civil

A natureza jurídica da enfiteuse é controvertida. Não é cabível neste estudo discorrer sobre este tema,[9] mas somente apontaremos as principais correntes que

[9] Profunda análise sobre a controvérsia é desenvolvida por Serpa Lopes, op. cit., p. 23-57, à qual remetemos o leitor.

existem para justificar esse direito: a) direito real sobre coisa alheia; b) teoria do domínio dividido, entre domínio direto e domínio útil; e c) negação ao senhorio de qualquer direito dominical.

Nosso ordenamento jurídico, ao colocar a enfiteuse entre os direitos reais sobre coisas alheias, elencando-a no art. 674 do CC, nitidamente escolheu a primeira das teorias. Sem embargo, utiliza-se das expressões domínio direto e domínio útil. Mas não o faz com o fundamento dos glosadores e dos conciliadores germânicos, e sim, como diz Serpa Lopes, como "uma simples metáfora, sem valor representativo de um domínio no sentido jurídico da palavra".[10]

No art. 678 do CC existe uma fusão de determinadas terminologias e conceitos, para definir a enfiteuse: "Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato *entre vivos*, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro anual, certo e invariável".

Assim, unem-se em um só conceito, o de enfiteuse, termos que antigamente puderam significar direitos distintos, tais como aforamento, ou emprazamento. É certo que se a palavra enfiteuse tem origem grega, aforamento, que vem de foral ou foro, possui origem portuguesa. O mesmo ocorre com emprazamento, que vem de prazo, que era o prédio ou a propriedade imóvel que teve seu domínio desmembrado. Atualmente, todas essas expressões podem ser tomadas como sinônimo.[11]

A contratação da enfiteuse pode ocorrer de duas formas: a) por ato *entre vivos*, isto é, mediante um contrato; e b) por disposição de última vontade, através de testamento. Deixa de existir, portanto, a constituição pela presunção, como existia no direito antigo, a que se refere Lobão. Por outro lado, é modo de adquirir a usucapião, muito embora essa forma de aquisição não seja muito freqüente, já que se existe a possibilidade do sujeito em usucapir a propriedade plena, não há motivos para que a prescrição se restrinja a somente alguns atributos do domínio.

Pela contratação passam a existir dois sujeitos: o enfiteuta, que adquire o direito, sendo-lhe transferidos o *jus utendi*, o *jus fruendi* e parte do *jus disponendi*, mediante a obrigação de pagar uma pensão anual, também dita foro, que deve ser módica e irreajustável; e o senhorio, que é o proprietário do imóvel sobre o qual a enfiteuse é constituída, que permanece somente com uma parte do *jus disponendi*.

(10) Op. cit., p. 56-57.

(11) Orlando Gomes, atento aos distintos significados, ensina que, "antes do Código Civil, a confusão entre a enfiteuse e arrendamento perdurava no Direito pátrio, a despeito da existência de tais regras interpretativas, uma vez que nem estas nem a doutrina, proporcionavam seguro critério distintivo. Firmara-se, contudo, a norma decorrente dos costumes, de que os aforamentos eram perpétuos. Apesar de admitida nas leis, a enfiteuse temporária não perdurou em nosso País. Só a enfiteuse perpétua, pura, também chamada *fateosím*, esteve em uso" – cf. "Enfiteuse e aforamento", *Questões de direito civil*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 167; V., também, do mesmo autor, "A enfiteuse antes e depois do Código Civil", *Escritos menores*, São Paulo, Saraiva, 1981, p. 117 *et seq.*

Com essa separação dos atributos da propriedade, pode-se dizer que o principal beneficiário com a contratação – ou mesmo o único beneficiário – é o enfiteuta, já que a contrapartida oferecida ao senhorio é nula, porque o foro deve ser irrisório e irreajustável.

No art. 679 do CC, fica clara a diferença entre a enfiteuse e o arrendamento: "O contrato de enfiteuse é perpétuo. A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento, e como tal se rege".

Esse dispositivo põe um ponto final em qualquer controvérsia acerca da duração da enfiteuse. Não existe enfiteuse por prazo determinado. Os contratos por tempo determinado são de locação, que, diferentemente, não é direito real. Inexiste no Direito brasileiro a previsão do Direito francês de se contratar a enfiteuse por tempo determinado – no mínimo por 18 anos e no máximo por 99 anos. Também inexiste aquela possibilidade inserida no Codice Civile do Direito italiano, que em seu art. 958 prevê duas espécies de enfiteuse: a perpétua e a temporal, que nunca podem ser inferiores a 20 anos.

Como conseqüência da regra do art. 679, há uma limitação no objeto da enfiteuse. O direito só pode ser instituído em terrenos que nunca foram cultivados ou aqueles que se destinam à edificação, conforme dispõe o art. 680. Com o advento do Código Civil, os imóveis já explorados só podem ser objetos de arrendamento. Por outro lado, a utilização por parte do enfiteuta deve ser a de um verdadeiro proprietário, motivo pelo qual a ele é defeso destruir o imóvel.

Por ser um direito antigo, que permaneceu praticamente imutável ao longo dos tempos, podemos buscar seu conceito nos clássicos. Assim Lafayette define: "A enfiteuse é o direito real de tirar da coisa alheia todas as utilidades e vantagens que ela encerra, e de empregá-la nos misteres a que por sua natureza se presta, sem destruir-lhe a sua substância, e com a obrigação de pagar ao proprietário certa renda anual".[12]

4. Os terrenos de marinha e seus acrescidos – Uma análise comparativa com a enfiteuse comum

Diante da necessidade de regulamentar de uma forma mais atual a utilização das terras públicas por particulares, em 05.09.1946 foi editado o Dec.-lei 9.760 que, dentre outras matérias, conceituou os terrenos de marinha e seus acrescidos, bem como determinou a forma de realização dos aforamentos destes bens.

Terrenos de marinha, por definição do art. 2.º deste diploma legal são aqueles "em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar médio de 1831: a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; e b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés".

[12] Lafayette Rodrigues Pereira. *Direito das coisas*. vol. 2. *Histórica*. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1977. p. 456.

Ou seja, são as orlas marítimas, as margens dos rios navegáveis, dos lagos e lagoas, bem como das ilhas onde existam variações das marés de pelo menos cinco centímetros, considerando-se o nível das águas em qualquer época do ano. Sendo assim, os terrenos adjacentes às águas embora navegáveis que não sofram variação das marés não são terrenos de marinha.

Como para a caracterização dos terrenos de marinha tomou-se por parâmetro a variação das marés no ano de 1831 e, desde então, as orlas e margens sofreram alterações naturais ou por obra humana, o mesmo decreto-lei lança mão do conceito dos terrenos acrescidos de marinha como sendo "os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha".

Portanto, importa considerar a utilização dos bens imóveis da União tanto nos terrenos de marinha quanto nos seus acrescidos.

Dentre as diversas modalidades de utilização dos bens imóveis da União que permite o art. 64 do Dec.-lei 9.760/46, temos os aforamentos. Estes são constituídos quando coexistir a conveniência de radicar-se o indivíduo ao solo e a manter-se o vínculo da propriedade pública. Havendo, com isto, nítida divisão de domínio entre domínio direto e domínio útil, tal qual a enfiteuse particular.

Os aforamentos possibilitam que os terrenos de marinha e seus acrescidos possam ter sua utilização concedida a particulares, permanecendo o Poder Público com uma parte de sua dominialidade. Assim sendo, com a constituição dos foros o particular passa a ter direitos semelhantes ao dos enfiteutas do direito privado, podendo usar, gozar, fruir e remanesce com uma parcela do direito de disposição do bem. Enquanto que o Estado permanece com o restante da parcela de disposição sobre o mesmo, que não foi objeto da contratação.

Em sua essência o regime de concessão dos terrenos de marinha e seus acrescidos possuem características bem semelhantes as das enfiteuses privadas. Porém, dada a contínua atualização dos textos legislativos sobre a matéria, retirou-se destas concessões os principais obstáculos às novas contratações que ainda persistem na regulamentação entre os particulares: a contratação somente em imóveis destinados à construção ou plantação, a perpetuidade e a imutabilidade do valor do foro, além deste ser módico e certo.

O art. 99 do citado diploma legal, em seu parágrafo único faz a previsão da possibilidade de os aforamentos serem constituídos em imóveis construídos ou a construir, bem como possibilita sua contratação em imóveis já fracionados em unidades autônomas, ou seja, em edifícios.

Esta diferença da enfiteuse dita comum é de grande importância nos dias atuais. Enquanto que nestas a contratação só pode ter como objeto imóveis destinados à realização de edificações e plantações, conforme determina o art. 680 do CC, naquelas é possível o aforamento em imóveis a construir e já construídos, inclusive os divididos em planos horizontais, como é o caso dos condomínios em edifícios. De igual maneira, o entendimento do art. 99 antes referido leva à consideração da contratação em um imóvel já construído em que se deseje realizar uma demolição para depois ser reerguida a edificação.

Todas estas possibilidades multifacetárias são corroboradas com a previsão da divisão do aforamento em tantas quantas forem as novas unidades autônomas de uma edificação.

Muito embora não seja estabelecido um prazo para a concessão dos aforamentos – o que leva à conclusão acerca de sua perpetuidade tal como na enfiteuse entre particulares – o art. 103 do texto citado realiza a previsão de sua extinção. Temos assim, como forma de extinção dos aforamentos o inadimplemento contratual, o acordo entre as partes, o ato do Presidente da República por indicação do Ministro da Fazenda e a remissão do foro. Estas possibilidades, em nosso entendimento, retira dos aforamentos o caráter de concessão perpétua, sendo bem mais uma contratação por prazo indeterminado.

Este caráter de temporalidade – no sentido inverso da perpetuidade, porém *ad longo tempus* – permite que as concessões de aforamento sejam extremamente vantajosas para o Poder Público naqueles imóveis onde não exista interesse em sua ocupação para o desenvolvimento de uma atividade estatal.

Para os aforamentos em imóveis da União, o ordenamento jurídico faz a previsão da atualização da contraprestação anual, conhecida por pensão, foro ou *canon* periódico. O Dec.-lei 2.398, de 21.12.1987, com a redação determinada pelo Dec.-lei 2.422 de 30.03.1988, em seu art. 1.°, estabelece a regra de reajuste das taxas de ocupação ou foros. Realiza a seguinte distinção: os aforamentos efetuados até 30.09.1988 estão sujeitos à taxa anual de 2% (dois por cento) calculada sobre o valor do domínio pleno do imóvel, enquanto que os aforamentos concedidos após esta data sujeitam-se à taxa de 5% (cinco por cento).

Desta forma, os aforamentos em terrenos de marinha não estão sujeitos a imutabilidade, modicidade e certeza do foro que impedem novas contratações de enfiteuses privadas, como já decidiu por diversas vezes o Supremo Tribunal Federal.[13] Novamente temos uma superioridade dos aforamentos em imóveis públicos frente às enfiteuses particulares. Enquanto nestes, quer por definição legal, quer por construção jurisprudencial, o foro é módico, certo e invariável, naqueles – em perfeita adequação aos tempos modernos e à cultura inflacionária predominante no País – seu valor anual é expresso em percentual, permitindo uma atualização constante, tornando-os por via de conseqüência, atrativa sua contratação para o Poder Público.

No mesmo sentido, os aforamentos podem ser transferidos a título oneroso, mediante o pagamento de um laudêmio calculado à razão de 5% (cinco por cento) tendo por base o valor da propriedade do terreno e das benfeitorias que a ele foram acrescentadas por ocasião da transmissão da propriedade. Este recolhimento para o Poder Público deve ocorrer com anterioridade à lavratura da escritura pública ou antes de efetuado o registro do título translativo de domínio. Quanto às transmissões a título gratuito, não há o recolhimento de laudêmio.

Uma vez mais se compararmos o valor do laudêmio nos aforamentos públicos com o das enfiteuses privadas podemos notar que o preço devido naquelas

(13) A este respeito remetemos o leitor ao nosso estudo anteriormente citado.

contratações são, por regra geral, o dobro das pactuadas nas contratações desenvolvidas unicamente entre particulares.

Valendo-nos unicamente da técnica microcomparativa, impende salientar que nitidamente existe uma superioridade dos aforamentos em imóveis da União, ao cotejá-los com as enfiteuses particulares.

A análise até aqui realizada revela uma melhor adequação dos aforamentos em imóveis públicos frente à enfiteuse prevista no Código Civil, tendo em vista a modernidade legislativa daquele instituto e a estagnação experimentada por este direito real sobre coisa alheia. Isto se deve à necessidade de arrecadação do Estado, que podemos defini-lo como "Estado taxeiro" tomando emprestada a definição do tributarista Sacha Calmon, deixando de lado e a sua própria sorte a problemática da arrecadação do particular.

O crescente número de aforamentos em imóveis da União, principalmente nos terrenos de marinha e seus acrescidos, torna este grupo de bens imóveis um campo extremamente fértil para a utilização da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel e a constituição da propriedade fiduciária imobiliária em um bem aforado.

5. A impossibilidade de contratação da alienação fiduciária de coisa imóvel em imóveis aforados

Nos últimos anos, tendo em vista as dificuldades de utilização das garantias reais que podemos chamar de tradicionais, foi introduzida em nosso ordenamento jurídico a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. Dentre outras razões, esta nova garantia real visa suprir uma lacuna deixada no mercado imobiliário quando a hipoteca passa a ser um direito real de pouca utilização, principalmente pelas empresas financiadoras, tendo em vista a dificuldade de recuperação dos créditos imobiliários.[14]

Esta nova modalidade de propriedade fiduciária – a propriedade fiduciária com escopo de garantia – foi inserida no ordenamento jurídico com sensíveis vantagens frente aos demais direitos reais de garantia, fundamentalmente porque em caso de inadimplemento do devedor fiduciário, o credor fiduciante possui um mecanismo mais ágil para a recuperação de seu crédito, até então inexistente. Inclusive pode lançar mão de um procedimento extrajudicial para levar à efeito esta recuperação creditícia, sendo esta, sem dúvida alguma, sua principal distinção e vantagem com relação as demais direitos reais de garantia.

Inserida na legislação do Sistema de Financiamento Imobiliário – Lei 9.514/97 –, que busca entre outras coisas, a formação de um mercado secundário de títulos creditícios, até o presente momento a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel não vem sendo utilizada em escala de mercado. Uma destas razões deve-se ao fato do elevado número de imóveis concedidos em aforamento,

(14) O nosso *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*, 1. ed., 2.ª tir., Curitiba, Juruá, 2000, principalmente os capítulos 1 e 2.

vez que, ao contrário dos financiamentos tradicionais, a propriedade fiduciária com escopo de garantia tem como um dos principais campos de atuação os financiamentos de imóveis cujos valores não estão abrangidos pelo Sistema Financeiro da Habitação. Ou seja, destina-se a financiamentos de valores financeiros mais altos e com prazo de duração inferiores àqueles até então existentes. Dentre estes imóveis, encontramos os terrenos de marinha e seus acrescidos. Vale recordar o tamanho de nossa costa marítima, o número de rios e lagos que sofrem influência das marés, bem como a importância de nossas ilhas oceânicas.

A alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel deixou de considerar a possibilidade de contratação desta garantia real em imóveis aforados. Em estudo detido sobre o tema, consideramos a possibilidade de contratação da propriedade fiduciária nas enfiteuses particulares, onde a perpetuidade do instituto favorece de sobremaneira esta forma de garantia.[15] Contudo, a legislação em vigor não permite a contratação tendo por objeto os imóveis da União e, principalmente, os terrenos de marinha e seus acrescidos. Portanto, é necessária uma alteração na Lei 9.514/97 destinada a possibilitar a contratação da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel tendo por objeto os bens integrantes do patrimônio da União.

Poder-se-ia entender que a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel teria a possibilidade de contratação sobre bens pertencentes à União, guardando como semelhança as enfiteuses privadas. Contudo, dadas as diferenças antes apontadas entre os dois institutos jurídicos – principalmente a perpetuidade e a possibilidade de alteração do valor do foro – fazem com que, para a contratação em imóveis públicos haja a dependência de uma manifestação legislativa.

A contratação desta nova garantia real estaria vinculada ao prazo de concessão do aforamento inicial, podendo ter como forma de sua extinção, mesmo antecipada, as mesmas previstas para o aforamento. Isto por ser a propriedade fiduciária com escopo de garantia um direito real acessório e, com isto, segue o destino do bem principal.

Do mesmo modo que na contratação da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel que podemos denominar de comum, a instrumentalização em um imóvel aforado, principalmente nos terrenos de marinha e seus acrescidos, pode ser efetivada tanto por escritura pública quanto por documento particular.

Seria incorreto pensar em pagamento de laudêmio ou foro quando da contratação da alienação fiduciária em garantia, uma vez que estes são devidos quando da alienação da propriedade plena. Muito embora o credor fiduciante passe a ter a propriedade resolúvel do bem, esta somente é concedida com escopo de garantia, tendo em vista o fenômeno da compressão dos direitos reais que está presente nesta forma de propriedade fiduciária. De igual maneira, é sempre importante se ter em consideração que na previsibilidade contratual – os contratos existem para serem cumpridos – quando do adimplemento da obrigação principal pelo devedor fiduciário, que usualmente é o pagamento de empréstimo concedi-

[15] Op. ult. cit., p. 97-98.

do, a propriedade do bem retorna para este com todos os seus atributos, em virtude da elasticidade dos direitos reais.

Somente em caso de inadimplemento da obrigação principal por parte do devedor fiduciário, quando da consolidação da propriedade plena na pessoa do credor fiduciante, nos exatos termos do art. 26 da Lei 9.514/97, será devido o laudêmio para a União. Porque somente neste momento existe o ato alienativo propriamente dito em toda sua extensão, quando aí sim se pode falar em propriedade plena, conseguida através da descompressão do direito real.

O foro é sempre devido pelo titular do domínio útil do imóvel. Sendo assim, durante todo o tempo em que o imóvel estiver sujeito ao regime fiduciário com escopo de garantia, o devedor fiduciário, que possui o domínio útil do mesmo em face do desmembramento do domínio previsto no par. ún. do art. 23 deste diploma legal, será responsável por seu recolhimento.

Em síntese, no momento da aquisição de um imóvel garantido com alienação fiduciária de coisa imóvel, o devedor fiduciário deverá recolher o laudêmio à razão de 5% (cinco por cento) do valor da propriedade plena e suas benfeitorias, passando a ser o responsável pelo pagamento dos foros devidos durante todo o tempo que perdurar a propriedade fiduciária com escopo de garantia. Somente se existir inadimplemento da obrigação principal, com a conseqüente consolidação da propriedade plena em favor do credor fiduciante, deverá haver o recolhimento de novo laudêmio, no mesmo percentual. A regra é idêntica à prevista para o recolhimento do imposto de transmissão de bens imóveis nestas contratações. Não há, com isto, que se falar em duplo recolhimento de laudêmio, o que oneraria de sobremaneira a operação de financiamento de constituição da propriedade fiduciária com escopo de garantia.

Caso a contratação recaia sobre um imóvel que já integre o patrimônio do devedor fiduciário, obviamente também não será devido o laudêmio pela constituição da propriedade fiduciária.

A alteração na Lei 9.514/97 é imperiosa, devendo ser considerada toda a regulamentação existente na atualidade com respeito aos aforamentos de imóveis da União. Somente assim será permitida, por exemplo, a incorporação imobiliária ou até mesmo a simples construção residencial levada à efeito com financiamento contratado com alienação fiduciária em garantia, como única forma de possibilitar o surgimento da propriedade fiduciária em imóveis da União, tais como, os terrenos de marinha e seus acrescidos.

Esta falha legislativa é de fácil correção, necessitando apenas de vontade política, principalmente na atualidade, quando o governo federal, desejoso em incrementar a construção civil valendo-se da alienação fiduciária imobiliária, tem nesta lacuna legislativa o principal obstáculo.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.3

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – Hipótese de aplicação do art. 924 do Código Civil

MARCELO TEIXEIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Cláusula penal: 2.1 Cláusula penal: moratória e compensatória; 2.2 O art. 924 do CC; 2.3 art. 53 do CDC – 3. Da aplicação do art. 924 do CC – 4. Conclusão.

1. Introdução

Indefinida remanesce, até então, a questão referente aos valores a serem retidos, pelo vendedor, no processo judicial no qual se pleiteia, por culpa do adquirente, a resolução do negócio.

Tem-se presenciado as mais diversas posições, adotando o Judiciário pátrio, ao enfrentar a questão, ora posicionamento liberal, ora postura formal.

Várias são, porém, as decisões que se baseiam na regra consagrada no art. 924 do CC, para que, com base na mesma, reste mitigada a disposição avençada na cláusula penal contratual.

Amparado em tal orientação legal, por vezes – e não são poucas – tem o Judiciário diminuído o percentual, contratualmente fixado, que apura o importe a ser retido pelo vendedor.

Alega-se, como adiante se verá, que o cumprimento parcial da relação negocial, permite ao juiz a revisão do disposto na cláusula penal, adequando-a à realidade fática apresentada.

Parece-nos, todavia, que comentada posição não guarda sintonia com a melhor interpretação do texto salientado, não sendo a hipótese de se falar da aplicação do art. 924 do CC nesses casos.

É o que, adiante-se, pretende-se discutir neste resumido estudo, que alcançará a sua finalidade caso consiga lançar à discussão o tema proposto.

2. Da cláusula penal

Cláusula penal é aquela através da qual "o devedor se vincula a se submeter a uma pena, anteriormente estipulada, se der causa ao descumprimento do contrato".[1]

[1] Sílvio Rodrigues. *Direito civil – Parte geral das obrigações.* 27. ed. revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 1999. vol. 2, p. 82.

Tem, discutido instituto, a finalidade de prefixar os prejuízos que, eventualmente, serão experimentados pela parte prejudicada pelo descumprimento contratual, liberando-a de provar a efetiva existência dos mesmos, nos moldes do art. 924 do CC.

Na condição de obrigação acessória de um contrato principal, bastará ao demandante, em tese, demonstrar o inadimplemento do outro contratante, para que, via de conseqüência, possa-se insistir na observância do avençado na cláusula penal, fazendo prevalecer a pena anteriormente contratada.

Certo é, advirta-se, que a parte que viu o negócio ser desrespeitado pode renunciar ao disposto na cláusula penal, buscando ver reparado seu prejuízo em sede de perdas e danos, nos termos do art. 1.056 do CC.

Nesta hipótese, evidente é que ao demandante caberá o ônus da prova do prejuízo experimentado, bem como de sua extensão, valendo consignar que este valor poderá, inclusive, ser superior ao anteriormente previsto na cláusula penal, inexistindo a possibilidade da parte inadimplente lançar qualquer obstáculo com relação a tal postura.

Repita-se, contudo, por oportuno, que, na hipótese de o demandante basear-se na cláusula penal, dispensado estará de demonstrar o prejuízo, o que inocorre ao se falar em perdas e danos.

Estabelecidos esses parâmetros, passemos à análise das espécies de cláusulas penais, definidas na legislação pátria.

2.1 Cláusula penal: moratória e compensatória

Necessária mostra-se a divisão das hipóteses, que, como se vê do capitulo inserto no Código Civil (Capítulo VII – Título II – Livro III), apresenta aplicações diferenciadas.

Será moratória a cláusula penal, toda vez que "se aplica em virtude de mora do devedor e sem prejuízo da exigência da prestação principal",[2] ou ainda, sempre que "se destinar a garantir apenas o cumprimento de uma cláusula determinada ou a se desencorajar e indenizar o retardamento culposo".[3]

De outra banda, falar-se-á em cláusula penal compensatória quando a mesma "tiver por escopo incentivar o cumprimento integral da obrigação e servir de cálculo da indenização para o caso de inadimplência absoluta".[4]

Percebe-se, da leitura das definições lembradas, que, enquanto a primeira – moratória – refere-se à inexecução parcial da obrigação, a segunda – compensatória – versa sobre o descumprimento total do negócio.

(2) Arnoldo Wald. *Curso de direito civil brasileiro – Obrigações e contratos*. 10. ed. revista, ampliada e atualizada com a colaboração de Semy Glanz. São Paulo : RT, 1992. p. 129.

(3) Sílvio Rodrigues. Op. cit., p. 90.

(4) Idem, ibidem.

Da diferenciação estabelecida, repise-se, resultam algumas conseqüências legais, claramente definidas nos arts. 918 e 919 do CC.

Considerando-se que a cláusula penal moratória está vinculada ao desrespeito a certa condição contratual, certo é que o contratante poderá exigi-la conjuntamente com a satisfação da obrigação, cumulando, assim, os pedidos.

Dessa forma, em não sendo paga determinada prestação referente ao preço, poderá o credor, ao cobrá-la, insistir no lançamento da pena pactuada.

Isto, entretanto, não acontece com a cláusula penal compensatória, que por guardar relação com o eventual prejuízo sofrido pelo contratante, ante ao desrespeito ao contratado, busca ver resolvido o negócio, com a satisfação da pena imposta, que servirá para indenizá-lo. Aqui, insista-se, não pode o demandante, ao mesmo tempo, pleitear o cumprimento da obrigação e a aplicação da cláusula penal compensatória.

Na hipótese ora lançada a debate, evidente que se está a falar em cláusula penal compensatória, visto partir-se da idéia de que o contratante, ante o não recebimento do valor total avençado, pretende ver rescindido o negócio e, ao mesmo tempo, indenizado.

2.2 O art. 924 do CC

Prescreve o art. 924 do CC: "Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento".

A primeira advertência a ser feita, por pertinente, é que o disposto no texto em questão alcança, a um só passo, as cláusulas penais moratórias e compensatórias, valendo restringir-se, ante a limitação imposta neste trabalho, à última situação.

Apurando o julgador que parte da obrigação já foi respeitada, e que há cláusula penal compensatória, previamente ajustada, pode o mesmo, ao se deparar com questão desse naipe, reduzi-la a patamar que entende mais justo, especialmente porque, lembre-se, deve esta, na medida do possível, não se divorciar de sua básica finalidade, qual seja, a de prefixar o prejuízo experimentado pelo contratante que viu o negócio ser desrespeitado.

A postura do julgador, contudo, bem se sabe, não pode ser arbitrária.

Deve ele, em entendendo ser aplicável o texto mencionado, "comparar a parte do contrato que foi executada com a que foi descumprida, para ajustar a cláusula penal a estas duas circunstâncias".[5]

Contudo, como adverte Silvio Rodrigues, e este é o ponto central, a nosso ver, da questão, necessário se faz "considerar se a execução parcial da obrigação, levada a efeito pelo devedor, oferece qualquer vantagem ao credor".

[5] Silvio Rodrigues. Op. cit., p. 94.

2.3 O art. 53 do CDC

Por guardar incontroversa relação com a situação ventilada, faz-se breve parêntese, neste estudo, para que reste estabelecida a amplitude do texto lembrado.

Com a publicação do art. 53 do CDC, findou o legislador por proibir expressamente a cláusula de decaimento. Estipula o texto em questão: "Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado".

De clareza ímpar, veda o dispositivo, tão-somente, estipulação contratual, a título de cláusula penal, que determine a perda total das prestações pagas em caso de inadimplemento contratual, autorizando, via de conseqüência, pacto que preveja a perda parcial do montante desembolsado pelo contratante inadimplente.

Necessário se faz mencionar que com o veto do § 1.º do art. 53 da Lei 8.078/90, a questão remanesceu resumida à proibição consignada, o que, num primeiro momento, suscitou algumas dúvidas.

A partir de então, advirta-se, o que se tem visto com maior freqüência (confesse-se que antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor já imperava tal orientação), é a aplicação do art. 924 do CC, mesmo na hipótese da cláusula penal compensatória estipular a perda parcial das quantias pagas pelo compromissário comprador faltoso.

3. Da aplicação do art. 924 do CC

Considerando-se tudo o que se viu, em especial o estudo que há de ser feito pelo julgador ao aplicar o art. 924 do CC, parece-nos que na hipótese de pedido de resolução do compromisso de compra e venda de imóvel, por culpa do adquirente, não se pode admitir a modificação da cláusula penal compensatória com base no dispositivo mencionado.

Diz-se isto, visto que a questão a ser levantada, ao se cogitar da aplicação do art. 924 do CC, diz respeito a se saber se o vendedor-demandante se beneficiou ou não com o cumprimento parcial da obrigação. Tendo o credor experimentado alguma vantagem, imperioso reconhecer que a estipulação prevista na cláusula penal compensatória pode ser revista judicialmente.

Assim, valendo-se dos exemplos clássicos, respeitado em parte o contrato de locação, tendo o locador recebido alguns dos aluguéis previstos, correto imaginar que o julgador poderá mitigar o rigor da cláusula penal compensatória, na hipótese de se pleitear a rescisão do negócio, por culpa do locatário, exatamente porque, não obstante tenha o mesmo deixado de cumprir integralmente a obrigação, enquanto os contratantes pautaram-se nos termos contratuais, beneficiado foi o locador por ter recebido parte do valor combinado, que, advirta-se, não será devolvido.

Da mesma forma poderá agir o juiz, mencione-se, caso enfrente questão referente ao descumprimento parcial de um contrato de fornecimento de materiais.

Tendo o contratante recebido parte do produto combinado, a cláusula penal compensatória poderá ser revista, considerando-se exatamente esse respeito parcial, no caso, insista-se, de se buscar o fim do negócio.

Idêntica postura, todavia, não pode ocorrer na resolução do compromisso de compra e venda de imóveis.

Resolvida a relação obrigacional, as partes envolvidas retornarão ao estágio anterior à concretização do negócio, devolvendo-se ao proprietário o direito de livremente dispor do bem, cabendo ao adquirente-faltoso, descontado o prejuízo causado pelo inadimplemento, o reembolso do *quantum* já pago, por conta do contrato.

Nenhuma vantagem terá sido, com o cumprimento parcial da obrigação, experimentada, nesta hipótese, pelo promitente vendedor que, em princípio, afastando-se a idéia de indenização, e, considerando-se que as partes retroagem a estágio anterior à assinatura do contrato, terá de devolver o valor pago.

A hipótese reveste-se de características totalmente diversas daquelas mencionadas, a título de ilustração, na correta aplicação de art. 924 do CC.

Ao se falar de desrespeito parcial do contrato de locação, evidente é que, enquanto o negócio restou obedecido, vantagem teve o locador, visto ter recebido, e não ser obrigado a devolver, os aluguéis pagos pelo inquilino.

Na resolução do compromisso de compra e venda, o parcial cumprimento da obrigação, com o pagamento de parte do valor combinado, não pode ser confundido com a hipótese prevista no texto referido, que, antes de mais nada, depende do estudo da existência de vantagem para que possa ser aplicada.

Nesse sentido, insista-se, parece-nos inadequado falar em aplicação do art. 924 de CC na hipótese ventilada, mitigando os contornos da cláusula penal compensatória estipulada pelas partes.

É certo que poderão ser levantadas questões outras no afã de justificar a diminuição de tal pena, tais como a alegada adevisidade do contrato, ou ainda a presença dos princípios que norteiam a relação de consumo, porém, de qualquer sorte, o que não se pode admitir é que, por via indireta, aplique-se o art. 924 do CC, que na verdade depende da apuração de vantagem, inexistente no caso em tela.

4. Conclusão

Diante de tudo o que foi exposto, claro está que a correta interpretação do art. 924 do CC, não permite a sua aplicação às ações que versam sobre a resolução de compromisso de compra e venda de imóvel, por culpa do adquirente.

A inexistência de vantagem, no caso em questão, por conta do vendedor, que na realidade receberá de volta o imóvel, no mais das vezes, diante do uso, desvalorizado, impede a aceitação do entendimento que se tem, constantemente, presenciado.

A revisão da cláusula penal compensatória, assim, não pode estar amparada no texto analisado, sob pena de se oferecer ao art. 924 do CC, interpretação divergente da devida.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.4

CERTIFICADOS DIGITAIS, CHAVES PÚBLICAS E ASSINATURAS

O que são, como funcionam e como não funcionam

PEDRO ANTONIO DOURADO DE REZENDE

SUMÁRIO: 1. A assinatura convencional e a eletrônica – 2. As premissas da autenticação – 3. Os limites da confiança – 4. Como confiar em certificados digitais? – 5. PKI – Infra-estruturas para chaves públicas – 6. Leis sobre assinatura digital e seus riscos – 7. As leis sobre assinatura eletrônica nos EUA.

1. A assinatura convencional e a eletrônica

O que são e como funcionam os certificados digitais?

O que são e como funcionam as chaves públicas?

O que garantem?

Como as assinaturas digitais se comparam às assinaturas de próprio punho?

Estamos todos imersos numa aventura de aculturamento em novas tecnologias da informação. Vários processos nos quais estamos habituados a engajar e confiar, desde cedo em nossas vidas, para a consecução de nossas interações sociais, vêm sendo substituídos por outros que os simulam na virtualidade, antes que tenhamos oportunidade de assimilar as nuanças e riscos inerentes a esta substituição.

Ao simplificar explicações sobre estes temas para alcançar a atenção que o leitor médio dispensa à leitura, autores tendem a cometer incorreções perigosas, e quando buscam apoio em profissionais da área, muitas vezes repassam distorções guiadas por interesses comerciais ou ideológicos, ou mesmo por ingênuo entusiasmo, em matérias que pretendem ser didáticas sobre o tema. Esta série de sete itens tenta contrabalançar esta tendência.

Os primeiros protocolos para autenticação simbólica não triviais foram adotados em jurisprudências comerciais, no final da Idade Média. Eram as letras de câmbio, introduzidas por banqueiros da península italiana. Não é por coincidência que, historicamente, tenham demorado tanto para serem concebidos e assimilados, pois suas nuanças de funcionalidade e premissas de confiabilidade não podem ser comprimidas em contextos intelectuais ou cognitivos limitados.

A correta compreensão das limitações e premissas desses protocolos, e dos riscos e responsabilidades decorrentes, tampouco poderá se dar na pressa e superficialidade comuns à comunicação de massa. Só poderá ser assimilada através de

atenta reflexão. Esta série é dedicada ao leitor que estiver disposto a buscar tal nível de compreensão, sobre as questões acima introduzidas.

A assinatura digital, assim como a convencional, procura oferecer garantias de identificação da autoria do documento à qual é aposta, como também da integridade de seu conteúdo desde o ato de sua assinatura. Serve também para vincular vontade ou anuência do autor ao conteúdo do documento, em contratos. Por isso não se deve assinar papel em branco nem documento rasurado ou não lido, nem se dar credibilidade a documentos assinados que contenham rasura.

Mas esta comparação está ainda incompleta. Precisamos saber a quem, e como, tais garantias são oferecidas, antes de nos deixarmos levar pelas promessas virtuais. Nesse ponto, imprecisões comprometedoras, e mesmo falácias, podem surgir da simplificação. Algumas chegam a mencionar riscos da assinatura convencional ser falsificada ou roubada, e que esses riscos não existiriam para a assinatura digital, quando o contrário seria, pretende-se mostrar, muito mais plausível.

Só teria sentido o "roubo" de assinatura convencional, à caneta e em papel, para reuso. Isto é, sua extração de um documento legítimo para autenticar um outro. O roubo literal produz rasura ou emenda no suporte físico da assinatura reusada – o papel, que a vincula ao conteúdo pretensamente autenticado. Mas, rasuras ou emendas são facilmente detectáveis por inspeção deste suporte. Entretanto, para a assinatura digital não há suporte material, pois o documento eletrônico é apenas uma seqüência binária, que representa símbolos. Além de codificar seu conteúdo, esta seqüência terá que servir também como suporte para sua própria assinatura.

Para documentos eletrônicos, é ingênuo e perigoso pensar no meio magnético como suporte, já que cópias digitais são indistinguíveis de "originais". Sua assinatura digital deverá então ser calculada, a partir da seqüência binária que lhe dá suporte e de uma outra seqüência binária que servirá para identificar o assinante, denominada chave de assinatura. A seqüência de *bits* resultante deste cálculo é então aposta a seu suporte, isto é, concatenada a tal documento. Para eficácia do processo, tal chave precisa ser mantida em sigilo por seu titular, e por isso é também chamada de chave privada. O equivalente ao sigilo da chave privada na assinatura convencional é a exigência legal de que sua impressão seja cursiva, ou seja, de próprio punho. Por isso a reprografia as invalida.

A exigência da caneta e tinta serve, portanto, para impedir falsificações não-cursivas. Impressões cursivas marcam o papel de modo rítmico, irregular, enquanto as reproduções fotográficas e carimbos não, sendo assim distinguíveis da escrita manual. Ampliando-se o sentido literal de roubo tem-se a contrafação, que é a falsificação cursiva de uma assinatura de punho. A contrafação requer conhecimento e reprodução de padrões adquiridos pelo cerebelo do titular da assinatura, o que quase sempre revelará sua inautenticidade numa perícia grafotécnica. Se duas assinaturas são absolutamente idênticas na forma, pelo menos uma delas terá sido produzida por impressão não-cursiva, já que ninguém produz à mão duas assinaturas exatamente iguais. E se duas assinaturas de punho, que pretendam a mesma titularidade, diferirem significativamente em ritmo e forma caligráfica, pelo menos uma será tida como falsa.

A verificação de assinaturas digitais não é, como a convencional, feita apenas por inspeção visual. Primeiro inverte-se o cálculo da assinatura, que deverá produzir a seqüência binária à qual foi aposta, representando o conteúdo por ela autenticado. Para isso o verificador precisa obter do assinante uma outra chave criptográfica, capaz de sempre reverter a operação da chave privada que gera assinaturas. Estas duas chaves formam um par. A verificação se dá pela exatidão desta inversão, que assim atestará a integridade do suporte (o documento) desde o ato da assinatura, e vinculará a mesma titularidade às chaves usadas na assinatura e na verificação, dando suporte à identificação do assinante. Nos próximos artigos, veremos porque a criptografia é essencial ao processo.

2. As premissas da autenticação

O roubo literal de assinaturas de punho é inócuo, mas o roubo de assinaturas digitais poderia, em princípio, ter sucesso, já que uma assinatura digital é apenas uma seqüência de *bits* concatenada ao documento que pretende autenticar. Afinal, recortes ou colagens digitais não deixam marcas ou rasuras. Para neutralizar esta possibilidade é que se deve usar criptografia no cálculo da assinatura digital. Neste caso, uma assinatura digital não terá sucesso para autenticar outros documentos, pois a probabilidade de que a verificação digital resulte exata numa reutilização pode ser ajustada, pela criptografia, para ser tão próxima de nula quanto queiram as partes no protocolo. Isso pode parecer infalsificabilidade à primeira vista, mas há aqui outros detalhes, e também uma premissa de sigilo, que precisam ser examinados.

Para que o titular de um par de chaves tenha garantias de que um verificador não usará sua chave de verificação para fraudar documentos em seu nome, seu par de chaves precisa ter características essenciais: Deve ser proibitivo, para um pretenso verificador, o custo para se deduzir a chave de assinaturas a partir de assinaturas por ela criadas, ou da sua correspondente chave de verificação. Neste caso a chave de verificação, devidamente titulada, pode ser distribuída às claras, sendo por isso chamada de chave pública. Arquivos em formato binário padronizado autenticados, para distribuição de chaves públicas tituladas, são abreviadamente chamados de certificados digitais.

Para a assinatura convencional, o equivalente à titularidade de uma chave pública autenticada é a exigência de que sua verificação seja feita por comparação a um documento de fé pública, tal como o registro para carteira de identidade, um cadastro funcional ou financeiro, ou a assinatura na presença e com o registro de testemunhas. Quem assina ou verifica uma assinatura de punho sabe como sua própria negligência poderá lhe expor à fraude, podendo com isso decidir o equilíbrio aceitável entre risco e conveniência nas suas interações sociais. Mas ao delegar o ato de assinatura e verificação a um ambiente computacional, fica-lhe mais difícil perceber como a negligência, incompetência ou má-fé de quem faz, instala ou gerencia elementos desta nova plataforma de autenticação poderiam lhe expor a embustes antes desconhecidos. Fraudes em documentos de papel decorrem, quase sempre, da imprópria verificação de assinaturas, mas em documentos digitais elas podem ser bem mais sutis.

Sistemas com as características essenciais para assinatura, chamados algoritmos de criptografia assimétrica, são caríssimos. São constituídos de grandes conjuntos de pares de chaves criptográficas e as duas funções de cifragem. Se as funções de cifragem comutarem, ou seja, se cada chave sempre inverter a operação de seu par, uma chave pública poderá ser também usada para estabelecer comunicações sigilosas com seu titular. Dentre os algoritmos assimétricos conhecidos, apenas quatro são hoje satisfatoriamente robustos: RSA, ECC, DSA e Meta-ElGamal. Desses, o DSA é propositadamente não-comutativo e o ECC é uma adaptação do RSA. A descoberta destes algoritmos, no final da década de 70, é considerada tão importante por filósofos da ciência com cultura matemática para entender seu alcance, que alguns deles atribuem a uma passagem bíblica, no capítulo 2 do livro de Apocalipse, uma referência profética a esta descoberta.

Para melhor se entender e comparar a natureza dos processos de assinatura, pode-se traçar paralelos entre a destreza da mão que autentica assinando – a chave privada, e entre a perspicácia do olho que verifica comparando – e a chave pública. Constatamos então que um processo de autenticação baseado em assinatura só será eficaz se quem nele se engajar tiver meios para substanciar duas crenças:

1) Ninguém além do titular de uma chave de assinatura a conhece.

2) Alguém com uma chave de verificação deve poder identificar o titular de suas assinaturas.

Estas são as premissas de confiabilidade dos processos autenticatórios baseados em assinatura. No processo por assinatura de punho existem salvaguardas que nos permitem substanciar tais crenças. Mas para a assinatura digital estas salvaguardas se tornam bem mais sutis e delicadas, como tentará explicar o restante desta série.

Como a chave privada é uma seqüência de *bits*, consideremos a possibilidade de que tal chave seja vazada, isto é, que alguém obtenha uma cópia desta chave. Documentos podem então ser forjados de forma perfeita, como se fossem da autoria de quem é identificado pelas assinaturas produzidas por ela. Aí começam os problemas da assinatura digital. Vazamento não é o mesmo que roubo, pois a chave pode ser copiada sem que seu titular perceba. Já um cerebelo, se roubado, não servirá para assinar papéis, como no caso da chave privada. Cerebelos não podem, ainda, ser copiados. E se algum for roubado, seu titular morreria. A crença na primeira premissa para a assinatura de punho vem do conhecimento atual sobre o corpo humano e suas habilidades.

Mas, na ausência de suporte material, onde a assinatura digital autentica, algo muda. Seria ingênuo transferir, da assinatura de punho para a assinatura digital, a crença na primeira premissa, já que a natureza em cena não é mais a do corpo humano e sim a da psique, tornando possível um tipo de fraude até então incabível: a alegação do titular de um par de chaves, em má-fé, de que sua chave privada foi involuntariamente vazada, para refutar a autoria de assinaturas que o identificam. O titular poderá até alegar que só se deu conta do suposto vazamento após a data no documento cuja assinatura repudia, para se livrar de eventuais responsabilidades por negligência. Por outro lado, que juiz levaria a sério uma alegação de roubo de cérebro por parte de quem deseja contestar um laudo grafotécnico?

Temos dificuldades para enxergar os riscos de fraudes indefectíveis na esfera virtual porque tais fraudes são impensáveis na esfera convencional.

3. Os limites da confiança

Comparemos com um exemplo a funcionalidade de não-repudiação nos dois tipos de assinatura. O projeto de um edifício arquivado numa prefeitura, digamos que seja o do Palace II, contém assinatura do responsável pelo projeto e construção, e seu número de registro no Crea. Identificado o titular deste registro, a assinatura no projeto pode ser verificada contra a assinatura no Crea. Se este titular alegar em juízo que sua assinatura no projeto foi fraudada por desafetos políticos para incriminá-lo, o juiz poderá pedir e acatar o laudo de perícia grafotécnica sobre a autenticidade da assinatura aposta ao projeto, relativo a do registro no Crea.

Se a assinatura for digital, o titular poderá alegar que sua chave privada teria sido copiada de seu computador, sem seu conhecimento e para incriminá-lo. Caso seja hábil na manipulação de seu computador, não haverá perícia técnica possível capaz de, competente e honestamente, desmenti-lo ou inocentá-lo. Como também haverá perícias possíveis capazes de, competente e desonestamente, tanto desmenti-lo como confirmá-lo, através da manipulação posterior e indefectível da mídia magnética apreendida.

Mas o que fazer quando se descobre ou se suspeita que a chave privada foi mesmo comprometida? Certamente seu titular desejará invalidar aquele par de chaves. Mas como avisar a todos que detenham uma copia da sua chave pública, por ele ou por outros distribuída, de que agora tem motivos para não mais querer vincular-se a documentos através daquela chave? Afinal, uma cópia de certificado digital é indistinguível do "original", retendo a mesma funcionalidade deste. Revogar um certificado digital não é tão simples quanto cassar uma carteira de motorista. Para cassá-la o Detran intima seu titular a devolvê-la. E os certificados? Quanto custa tentar revogar todas as cópias de um certificado? Como autenticar as tentativas de revogação, já que a chave autenticadora é a que está comprometida? Qual sua eficácia presumida? Como se distribuem responsabilidades entre verificador e titular, com relação à diligência para se evitar responsabilidades em assinaturas cuja validade seja questionada por tentativas pretéritas de revogação? Podemos ver que as nuanças e premissas da assinatura digital são delicadas.

Minha primeira carteira de motorista tinha as assinaturas de punho do diretor do Detran e a minha, e dizia no timbre: "não plastificar". Era um documento de fé pública. Quando a renovei, a economia de escala havia substituído a assinatura do diretor por sua estampa, tornando mais fácil sua contrafação, então equivalente à falsificação ou roubo do papel timbrado e à fraude eletrônica no banco de dados do Detran para "esquentá-la".

Noutra renovação, um contrato do Detran com uma empresa transformou-a num crachá, onde ambas as assinaturas viraram timbres. Agora é também plausível a repudiação da contrafação pelo suposto titular, caso seja descoberto que sua carteira cassada foi "esquentada".

Crachás não são documentos assinados, como são os contratos e escrituras. São simulacros dos documentos que supostamente lhes deram origem. São indexadores físicos de bancos de dados digitais. Mas, por hábito, os tomamos como documentos assinados e, por fina ironia, a facilidade para suas contrafações nos é apontada como motivo para nos jogarmos depressa nos braços dos computadores. O que não seria em si perigoso, não fosse a presença da índole humana no controle dessas máquinas.

Algumas leis de assinatura digital tentam artificialmente superar tais dificuldades "criando" por decreto a função de não-repudiação do processo autenticatório que legitimam, declarando a responsabilidade completa e total do titular de uma chave privada pela sua guarda (por exemplo a lei do Estado de Utah). Mas aí surge outra classe de problemas com a primeira crença, sobre o sigilo da chave, afetos ao controle dos processos digitais.

Seu par de chaves será gerado por um programa, quase certamente de autoria alheia. E o par será armazenado em alguma mídia óptica ou magnética, já que as chaves são muito longas para serem memorizadas (~1024 *bits* aleatórios). E mesmo que memorizasse sua chave privada, teria que transferi-la ao computador sempre que fosse usá-la. A mídia onde é armazenada e a memória onde será temporariamente alocada, para o cálculo da assinatura em documentos, são manipuladas e gerenciadas por programas, também quase certamente de autoria alheia.

Para se evitarem riscos numa possível promiscuidade, consentida ou não, do ambiente computacional onde tal cálculo será processado, pode-se armazenar a chave privada em um cartão inteligente (*smartcard*), que conterá também um processador para efetuar esses cálculos, com as respectivas instruções. O *smartcard* cria um ambiente computacional dedicado para a chave privada, de onde ela não precisará mais "sair", uma vez lá armazenada.

Mas com a índole humana em cena, a própria tecnologia para testar a qualidade e o correto funcionamento destes cartões pode ser usada para, se o cartão não tiver sido projetado e fabricado com as devidas precauções, deduzir a seqüência binária da chave privada ali armazenada, através da leitura de flutuações na corrente elétrica fornecida ao cartão no momento do cálculo, pela plataforma em contato direto com o cartão, onde estará o documento a ser assinado e onde será aposta sua assinatura.

Como então aceitar tais responsabilidades, caso o titular se sinta impedido de julgar a confiabilidade dos mecanismos de suporte à guarda de sua chave privada? Esta situação é comum, já que as licenças de uso de *software* exigem que este seja aceito como é, eximindo seu produtor de responsabilidades por danos causados ao licenciado no uso. E se o *software* for do proprietário, nem o licenciado nem um perito de sua confiança terão acesso ao código fonte do qual foi produzido, dificultando enormemente a descoberta nele de possíveis falhas, embustes ou engodos, atribuíveis ou não à intenção ou à negligência do seu produtor.

4. Como confiar em certificados digitais?

Sabemos que existem casos passados de engodos, embustes e falhas gritantes em *softwares* sensíveis, que usam autenticação eletrônica. Na nova legislação

americana que pretende uniformizar as licenças de uso de *software* (Ucita), a investigação e divulgação de tais desvios serão criminalizadas. Tudo isso ocorre ao mesmo tempo em que a propaganda da maior empresa do mundo – que produz *software* em regime de quase monopólio e patrocina o esforço por esta uniformização – põe seu fundador e arquiteto-chefe a nos dizer que seus próximos produtos irão "antecipar nossas necessidades". O que fazer? Estas questões nos inquietam, mas fingimos que não são importantes, pois não gostamos do sentimento de insegurança e impotência que a atenção a elas nos provoca.

O uso de chaves assimétricas oferece uma técnica de autenticação digital bem versátil e prática, embora delicada, sendo a técnica digital que melhor se aproxima em funcionalidade da assinatura de punho, mas sem alcançar toda a funcionalidade desta. Ao contrário do que possa parecer numa leitura superficial, esta série de artigos não promove a "tecnofobia" ou o neo-luditismo, nem combate o uso da assinatura digital. É plausível que seu advento tenha sido profetizado há quase 2000 anos. Qualquer outra alternativa para autenticação digital apresenta riscos e limitações sensivelmente mais graves, assunto comentado em <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/biometrica.htm>. É o conhecimento das premissas e nuanças da autenticação digital que precisa ser promovido.

Não parece justificado os tipos de simplificações costuradas para apresentar uma ou outra tecnologia como solução mágica para a segurança virtual e futura. Essas simplificações são perigosas. Muito menos as empulhações acerca da natureza dos riscos das partes envolvidas no seu uso, principalmente quando emanam de quem possa vir a lucrar com tais simplificações. Essas são ainda mais perigosas. A questão que deve ganhar foco não é se, ou para quem, uma tecnologia é boa ou ruim, mas como torná-la compatível com os princípios de liberdade humana, conquistados a duras penas por nossa civilização.

Precisamos saber onde estão os riscos no uso da assinatura digital, ou de qualquer outro procedimento de autenticação eletrônica, para, ponderando as responsabilidades decorrentes, podermos decidir em que situações aceitá-las como alternativa ao processo de assinatura de punho. Ou ao fio de bigode ou a outro mecanismo autenticatório com suporte físico socialmente aceito. Precisamos evitar o cerceamento do direito de decidirmos por nós mesmos em que situações aceitaremos tais riscos, para podermos influir, com nossas escolhas, no controle social de tais riscos, principalmente em serviços facilmente virtualizáveis e monopolizáveis. Precisamos, enfim, evitar o *ciberapartheid*.

As confusões sobre o tema se tornam ainda mais problemáticas quando se começa a falar de certificados digitais. As autoridades certificadoras, auto-proclamadas ou não, não podem gerar crença na primeira premissa da autenticação por assinatura, a saber, no sigilo da chave privada de quem se disponha a usar uma. Não protegem a chave privada de ninguém, exceto a própria. O único serviço coletivo que oferecem é algum tipo de suporte para substanciar crenças na segunda premissa, a saber, sobre como identificar titulares de chaves públicas, usadas para verificação de assinaturas ou para estabelecimento de canais sigilosos.

Suporte; e não certezas! Mas o que elas vendem? Um serviço de autenticação digital de chaves públicas de terceiros, e listagens de revogação de certificados. Assinam digitalmente documentos binários padronizados (em formato x509)

– os chamados certificados digitais de chave pública – contendo a chave pública e o nome de seu titular conforme apresentados, que é então enviado a tal titular para ser por ele redistribuído. Não vendem – por não estar à venda – a confiança em terceiros. Não podem vender a confiança na primeira crença enquanto as complexas questões sobre revogação, como as levantadas neste item e outros, não forem resolvidas, sendo que algumas talvez nem o possam.

Não é correto dizer que a chave privada "só poderá ser lida por quem detiver uma chave pública, como agências estatais ou órgãos regulamentadores", como afirmou um grande jornal (*JB* 06.07.2000). A chave pública que é par de uma chave privada não a lerá, mas permitirá a inversão das operações por ela efetuadas. Chaves públicas não são programas, e sim seqüências aleatórias de *bits*, mas uma chave privada poderá ser lida – e portanto vazada – por qualquer programa que a ela tiver acesso. A afirmação acima parece referir-se a exceções legais à premissa de sigilo de chaves privadas, cuja crença é essencial para a eficácia do procedimento autenticatório nelas baseado. Tais exceções são tentativas estatais de controle sobre o processo de comunicação digital, classificadas na literatura especializada como mecanismos de caução de chaves (*key escrow*).

Houve esforços de aprovação e manutenção, nos EUA e na França respectivamente, de leis sobre caução de chaves privadas. Tais leis geram jurisprudência sobre o direito de se possuir e pôr em uso um par de chaves assimétricas, obrigando quem deseja exercê-lo a abrir mão do sigilo de sua chave privada para alguma autoridade judicial. Tal caução é uma renúncia à única proteção contra fraudes indefectíveis que um algoritmo assimétrico pode oferecer a um titular de chaves, e seria muito perigosa em um estado totalitário, irresponsável ou megalomaníaco. Os EUA não conseguiu ainda aprovar tal lei, e a França a acaba de revogar. O "grande irmão" ainda não foi desta feita, mas é muito perigosa a insinuação de que a caução é necessária para a eficácia dos protocolos de assinatura digital. E é muito inquietante ouvirmos esta insinuação no Brasil.

Pode-se ler sobre o tema em livros de criptografia atualizados, e há até uma associação na indústria de segurança computacional, a *Key Recovery Alliance*, dedicada à promoção das tecnologias de caução de chaves, como alternativa à velha tática de guarda da senha em envelope lacrado no cofre da empresa para o caso do proverbial caminhão atropelar seu titular. A recente falha de segurança no primeiro *software* a se utilizar de criptografia assimétrica na *internet*, o PGP, não tem nada a ver com falta de robustez da criptografia assimétrica, mas com a funcionalidade para caução de chaves que seu atual proprietário, a *Network Associates*, resolveu implementar para satisfazer preferências de grandes companhias e do governo americano, apesar da longa história de oposição do PGP à caução de chaves enquanto era *software* livre (veja http://www.politechbot.com/p-01347.html).

5. PKI – Infra-estruturas para chaves públicas

Imprecisões são comuns em explicações leigas sobre o processo de certificação. São freqüentes as afirmações de que, para ter um par de chaves assimétricas, o *internauta* deve primeiro se cadastrar numa certificadora digital, após o qual passará a contar com uma função a mais em seu *browser*. Não é bem assim. A

geração do seu par de chaves é o primeiro passo, que precisa ser executado em seu próprio ambiente para que a crença na primeira premissa da autenticação por assinatura seja substanciada.

Com o PGP (programa para sigilo e autenticação de correio eletrônico), com certas ferramentas de *groupware* (ex: *Lotus Notes*) e com módulos administrativos de certos tipos de VPN (*Virtual Private Networks*) por exemplo, a geração do par de chaves e a distribuição da chave pública podem ser totalmente controlados pelo titular do par de chaves. É relativamente fácil escrever programas que geram chaves assimétricas e suas funções de cifragem. Vários alunos de computação na UnB já o fizeram.

O que as auto-denominadas autoridades certificadoras (CA) procuram hoje oferecer, valendo-se dos *browsers*, é uma infra-estrutura global para o uso interoperável de chaves criptográficas assimétricas: uma PKI (*Public Key Infrastructure*). No caso dos *browsers*, o processo obedece aos padrões adotados pelo protocolo de segurança neles implementado, o SSL (*Secure Sockets Layer*), já adaptado ao TCP/IP como TSL. Ao pedir um certificado ao *browser*, o usuário gera um par de chaves assimétricas (usando uma função que deveria executar na sua máquina). A chave privada será armazenada no seu disco e a chave pública submetida à certificação pela CA escolhida, juntamente com os dados do titular, conforme irão constar no certificado x509 que a distribuirá. Esta CA assina tal certificado mediante cobrança, devolvendo-o assinado ao *browser*. Apenas certificados assinados são aceitos pelo SSL.

Não é a pessoa quem é cadastrada na CA, mas a chave pública. Posso cadastrar várias chaves públicas em meu nome. Posso cadastrá-las em nome do meu gato. As CAs podem até se esforçar, por um preço adequado, em verificar a identidade civil do titular dos certificados que assina. Mas legalmente se eximem desta responsabilidade, como pode ser lido nas declarações que divulgam a respeito das obrigações e direitos das partes no serviço que vendem. Veja, por exemplo, o *Policy Statement* da Verisign, ou o da Certisign, que no Brasil delega esta responsabilidade aos cartórios de notas e ofícios. Num certificado x509 o titular é apenas uma seqüência de letras, e cabe a quem for usá-lo interpretá-la como identificação de alguém ou de algo. A certificação não garante a identidade de ninguém, mas apenas a integridade léxica de uma chave pública e de um nome, a ela associado no ato de certificação por quem a apresentou.

"O certificado garante que o titular é quem diz ser"; é um figura de linguagem para efeito de *marketing*. Apesar de repetida *ad nauseam* nas simplificações, não pode ser levada a sério; assim como não podemos levar a sério as insinuações nas propagandas de cigarros, bebidas e automóveis. A questão de alguém ser o que diz ser não tem nada a ver com criptografia. A criptografia é constituída de procedimentos sintáticos, e a identificação de uma entidade física ou jurídica é um procedimento semântico, um processo cultural que se torna bem mais complexo no ciberespaço, onde projetamos nossas expectativas e entendimentos para terreno desconhecido e etéreo. Quem é "merhn@aig.com.br"? Quem é "www.amazon.com"? Quem é "encol"? Quem é "ikal"? Quem é "grupoOK"? De que forma cada uma dessas seqüências de letras poderia garantir ser quem diz ser, ontem, hoje ou amanhã?

Certificados assinados por CAs são necessários ao *browser* porque este implementa o SSL. No SSL, uma cadeia de autenticação é percorrida, onde as chaves públicas destas entidades são usadas para verificar assinaturas em certificados, transmitidos ao *browser* no momento da abertura de uma conexão protegida (as que mostram um cadeado fechado na tela). Um certificado enviado ao SSL contém a chave pública para estabelecimento de sigilo com seu titular, ou para verificação de sua assinatura. A integridade do conteúdo deste certificado é verificada pela chave pública da CA que o assinou. Mas quem autentica a chave publica desta CA?

O truque aqui está no fato do *browser* já vir com algumas delas, em certificados auto-assinados. Estes certificados auto-assinados terminam as cadeias de autenticação no SSL, afirmando no protocolo algo como "eu sou um certificado íntegro", apesar de o ambiente onde operam poder não sê-lo, se nele estiver ativo algum troiano ou *backdoor*. Existe no caso deste cenário o risco de um certificado auto-assinado ser introduzido por um troiano para fins de embuste, se a proteção ao ambiente computacional for inadequada. Este é, hoje, o calcanhar-de-aquiles das PKIs que poucos gostam de reconhecer. No SSL a certificação do usuário do *browser* é opcional, mas a normatização de procedimentos ou cartelização de serviços que usam a *internet* poderá exigi-los, antes que as questões sobre riscos e responsabilidades inerentes à guarda de chaves e certificados em seu ambiente de operação sejam devidamente abordadas.

Há uma luta econômica sendo travada sobre o tema, que se desdobra em duas frentes. A primeira delas é pela jurisprudência do direito de se operar na hierarquia de cadeias de autenticação de certificados, em PKIs ou em outras infra-estruturas virtuais para o exercício da confiança. Quanto mais alta a posição na hierarquia, maior a fatia do mercado de venda de certificados ou instrumentos autenticatórios com demanda assegurada. Os certificados possuem prazo de validade, justificado para se atenuar problemas afetos à revogação, e portanto precisam de renovação constante.

Nesta frente a luta se desdobra em batalhas pela imposição de protocolos proprietários, em detrimento de protocolos abertos, visto que os abertos apresentam obstáculos à monopolização de serviços e à imposição de padrões "de mercado". A segunda frente na luta econômica hora em curso sobre o tema concentra-se no dimensionamento do mercado de mecanismos eletrônicos de autenticação.

6. Leis sobre assinatura digital e seus riscos

Quanto mais pessoas e processos forem obrigados a usar certificados digitais ou instrumentos equivalentes, maior o mercado garantido. E para tal age o *lobby* legislativo dos que são "a favor do *e-commerce*". Esta série de itens não busca combater a assinatura digital ou o *e-commerce*, mas divulgar conhecimento sobre o cenário onde surgem. Criptólogos precisam ser interdisciplinares, e ficam assim mais sensíveis a esses assuntos. E alguns sentem-se no dever de alertar a opinião pública sobre o que está em jogo na revolução digital.

Nos EUA a câmara de deputados aprovou (426 votos a 4), e o presidente Bill Clinton promulgou em 30.06.2000, uma lei que valida o uso de "assinaturas ele-

trônicas" em documentos digitais. Esta lei também exige do governo federal empenho pela aprovação de legislação semelhante em outros países. Segundo Lauren Weinstein, moderador do Privacy Forum e membro do comitê para políticas púbicas da Association of Computer Machinery, tal legislação torna substituível a assinatura de punho por praticamente qualquer procedimento que as partes envolvidas resolvam chamar de "assinatura eletrônica", sem nenhuma salvaguarda requerida dos seus mecanismos, em termos de padrões mínimos de funcionalidade autenticatória ou proteção contra embustes e falhas, intencionais ou não.

Ao permiti-las sem critérios, permitirá também que cartéis estabeleçam, por sua própria conta, os níveis de custo indireto com riscos de fraudes, conluios, falhas e limitações a que estarão expostos os usuários de seus serviços e produtos. Nós, usuários comuns, precisamos estar atentos para o fato de que há riscos na virtualização de processos de interação social, e que a usurpação do direito de decidirmos, coletiva ou individualmente, em que casos sua conveniência compensa os riscos, é a verdadeira ameaça desse *lobby* legislativo que busca, em síntese, acelerar e lotear um mercado estratégico. O mercado dos instrumentos de controle da própria virtualização dos processos sociais, cuja regulamentação no Brasil está em discussão no Congresso, em seis propostas para a chamada "lei do comercio eletrônico", cuja aprovação é prometida para este ano.

O mais recente exemplo da perda individual desse direito de escolha ocorre no Brasil, pelo Decreto Presidencial 3.585, de 05.09.2000, que em seu art. 57-A estabelece: "A partir de 1.º.01.2001, os documentos a que se refere este decreto [regulamentado o uso da PKI do governo brasileiro] somente serão recebidos, na Casa Civil da Presidência da República, por meio eletrônico". Para que possa haver controle social sobre os riscos coletivos a que estaremos sendo expostos, nesta urgência pela legitimação de processos digitais, é importante identificarmos aqueles protocolos cuja eficácia e segurança puderam, podem e poderão ser analisados e verificados abertamente, por toda a comunidade que estaria a ele se submetendo.

Das possíveis falácias sobre este tema, a mais nefasta é a de se engajar na crença de que eventuais proibições à análise de protocolos proprietários e secretos possam oferecer ao consumidor alguma proteção ou vantagem duradoura. Esta crença obscurantista promove a verdadeira exclusão social da era digital. A alardeada ameaça dos piratas e *hackers*, onde já foi invocada para este propósito, não pôde ser comprovada, como nos processos contra usuários que promovem o Napster ou o DeCSS. Tais proibições tentam proteger apenas o risco econômico de quem possa se interessar em investir em protocolos proprietários, a partir de uma posição privilegiada no mercado. Ainda mais do que já lhes protegem, hoje, os termos das licenças de uso do *software* de prateleira (veja por exemplo, comentário em artigo disponível em <http://www.law.com/>).

Existe nesta luta um risco grave, inerente à condição humana, perpetuado na crença da suprema sabedoria da mão invisível do mercado. É o risco da legitimação dos protocolos digitais ser guiada por questões de conveniência, antítese da segurança. Nos protocolos de autenticação digital conhecidos, apenas os que empregam a criptografia assimétrica podem oferecer algum grau de não-repúdio aos regimes jurídicos reguladores dos contratos onde forem ser usados. Em todos os

outros, a autenticação se baseia em algum compartilhamento de segredo e a não-repudiação é por isso vazia, pois o verificador estará apto a usar o segredo compartilhado para personificar o assinante, em outros documentos. Criá-la por decreto é arremedar na vida a ficção Orwelliana (veja http://firstmonday.org/issues/issue5_8/mccullagh/index.html).

A única proteção possível para o usuário em relação aos riscos inerentes ao uso de protocolos digitais, está em se evitar que a autoridade para legitimação de sua eficácia ou de sua obrigatoriedade se restrinja ao próprio fabricante e seus parceiros. Em outras palavras, em se evitar que a raposa tome conta do galinheiro. A ocultação da lógica de um protocolo digital não tem nada a ver com sua funcionalidade ou segurança, como pode ser insinuado ao leigo. Não se trata de tecnofobia mas sim de liberdade, e um exemplo pode ajudar a dissipar impressões errôneas sobre as intenções do autor.

O último projeto de graduação em Ciência da Computação na Universidade de Brasília, orientado pelo autor, rendeu ao aluno e seus sócios na empresa que montaram com o produto do projeto, o 1.º prêmio no 1.º concurso nacional e-cobra para planos de negócio em comércio eletrônico no Brasil, em julho deste ano <e-cobra.com.br>. Tendo concorrido com 740 outras empresas, o serviço de editoração eletrônica virtual da *CopyMarket*, que oferece proteções inéditas no mundo a autores de obras literárias, foi concebido e montado sobre protocolos de segurança e em ambiente de desenvolvimento livre e aberto.

Quando a mídia anuncia novos produtos ou serviços afetos à segurança dos processos de informação, prestaria um grande benefício à coletividade se procurasse informar o funcionamento e a natureza dos protocolos subjacentes, ao invés de apenas repetir a linha de promessas alardeadas pelos magos da comunicação encarregados de promovê-los. Propaganda é sempre propaganda, seja de *software*, de cigarros ou de bebidas. É apenas veículo de opinião. Notícia é outra coisa.

7. As leis sobre assinatura eletrônica nos EUA

As batalhas em torno da adoção de padrões para autenticação eletrônica, com força de lei, estão atingindo momento decisivo. O modelo proposto para o ambiente do comércio eletrônico pela Uncitral Electronic Commerce Model Law, busca em seu art. 13, refletindo enorme pressão de forças de mercado, fazer com que o ônus da prova de forja ou de não negligência recaia sobre o titular da assinatura, ao contrário da jurisprudência tradicional em sua quase totalidade. Já a seção 15 do *Electronic Transactions Act* (CWTH) de 1999 rejeita o art. 13 da Uncitral e determina a imputabilidade da assinatura somente perante autorização de seu titular. Qualquer que seja a disposição de uma lei sobre a repudiação, ela será falha nos casos em que a segurança do ambiente onde a assinatura é produzida não puder ser assegurado. E aí surge um abismo.

Um bom retrato deste momento pode ser lido num relatório, elaborado para o Congresso dos EUA pelo serviço de pesquisa de sua famosa Biblioteca, que trata do desenvolvimento tecnológico e de questões legislativas afins. Este relatório define vários conceitos, apropriando-se do termo "assinatura" para descrever

o que, em criptografia, é conhecido como autenticação, isto é, qualquer método de verificação de identidade para fins de controle de acesso a sistemas e autorização de transações eletrônicas- Vários desses métodos, tais como os que se baseiam em senha memorizável (*login*), em senha portável (PIN) ou em senha intransferível e irrevogável (atributo biométrico) são ali citados como exemplos de "assinatura eletrônica".

O uso de chaves assimétricas é citado como sendo um dos vários tipos de assinatura eletrônica. Ali chamada de "assinatura digital", seu uso é explicado para prover não-repudiação e verificação de integridade ao documento eletrônico a que se vincula. Como já foi explicado antes, outros mecanismos não podem prover tais funções por basearem-se em compartilhamento de segredo, mas esse detalhe é ali desconsiderado.

As qualidades de não-repudiação e verificação de integridade, providas em adição à identificação do assinante pela assinatura de punho, fazem dela o único mecanismo autenticatório aceitável para a espécie jurídica do contrato, na tradição do direito. O princípio jurídico da analogia, aplicado à evolução tecnológica, deveria exigir essas mesmas qualidades de um mecanismo equivalente, para os contratos no comércio eletrônico.

A acepção ampliada de "assinatura" ignora as propriedades necessárias para prover não-repudiação e integridade à autenticação, justamente aquelas que, na esfera virtual, definem a criptografia assimétrica. Qual seria então o real motivo para a Biblioteca do Congresso dos EUA apropriar-se do conceito de assinatura, em um sentido dissonante ao princípio da analogia aplicado à sua função contratual, quando a alegada justificativa para isso é a necessidade de sua regulamentação para promover o comércio eletrônico? Podemos encontrar explicações para esta transfiguração semântica do conceito, nas entrelinhas. Não só nas desse relatório, mas também nas dos argumentos de certas empresas interessadas neste processo legislativo.

A criptografia assimétrica é complexa. Para simplificar e desburocratizar o mundo virtual, optaríamos por ignorar o fato de que o compartilhamento do segredo que nos identifica perante um "sistema de computador", com ele mesmo, nos traz riscos. Esta simplificação equipara quaisquer mecanismos de "assinatura eletrônica" e torna a não-repudiação e a verificação de integridade, para fins de resolução de conflitos entre partes contratantes, mero e insignificante detalhe. Afinal, dizem as entrelinhas, computadores não erram nem têm intenções ocultas (programadores, quem sabe), e se a industria de *software* conseguiu amealhar a maior riqueza que a humanidade já viu, certamente é porque só poderá trazer-nos benefícios. Daí a pressão para que a tradição do direito seja abandonada e o ônus da prova de forja ou não negligência seja transferido do verificador para o titular.

Nos EUA, a jurisprudência para regulamentação do comércio é estadual. No momento, 36 dos 50 Estados aprovaram ou discutem a aprovação de 76 leis sobre assinatura eletrônica. Tais leis se enquadram em 3 modelos. Há o modelo "prescritivo", como o da lei de Utah, que regula o uso de assinaturas digitais e o funcionamento de PKIs. Há o modelo "de critérios", como o da Califórnia, que estabelece parâmetros de funcionalidade e confiabilidade para o reconhecimento

legal de mecanismos eletrônicos autenticatórios. E há, finalmente, o modelo "de outorga", como o de Massachussets, que não aborda critérios ou mecanismos, mas delega às partes envolvidas o poder de decidir qual mecanismo pode substituir eletronicamente a assinatura de punho. Das 76 leis, apenas 36 em 20 Estados mencionam chaves assimétricas e PKIs.

Duas leis federais foram recentemente aprovadas nos EUA. O Digital Milenium Commerce Act e o e-Sign, que se sobrepõem às leis estaduais até que os Estados uniformizem suas leis sobre autenticação eletrônica. Ambas seguem o modelo de outorga, sob o argumento de que o modelo prescritivo e o de critérios "engessam a tecnologia" enquanto o de outorga é "tecnologicamente neutro", e de que as forças do mercado melhor poderão escolher a tecnologia "mais adequada" para autenticação eletrônica. Entretanto, o modelo de outorga implicitamente pressupõe um equilíbrio entre as partes na escolha dos mecanismos permitidos, com relação a riscos e conveniências, que pela natureza do processo e da sociedade contemporânea não se dá. Ignora que, na tradição do direito, onde este equilíbrio não ocorre naturalmente cabem códigos regulamentadores de defesa e de conduta das partes.

Os argumentos pelo modelo de outorga são equivalentes aos de que as leis de trânsito estariam engessando o desenvolvimento de navios, submarinos e aviões, por não permitir seu tráfego pelas ruas, ou as leis que regulam venda e porte de armas engessando o desenvolvimento de morteiros, granadas e bazucas, por não permitir sua livre comercialização; ou as leis para o comércio de medicamentos engessando o progresso da medicina, por não permitir a venda de qualquer substância nas farmácias e supermercados. Como se as leis de trânsito, de porte de armas e de controle de drogas devessem ser "tecnologicamente neutras"

Leis sobre autenticação eletrônica não são, nem podem ser, tecnologicamente neutras por um motivo bem simples. Porque a capacidade humana de enganar, mentir, ludibriar, fraudar, explorar e abusar no poder não o é. A gritaria contra o "engessamento" da tecnologia autenticatória por parte dos *lobistas* do modelo de outorga, que parecem nada entender de tecnologia e quererem reinventar rodas no direito, ocorre coincidentemente próximo à expiração da validade da patente do RSA nos EUA, que em 20.09.2000 passou a ser de uso livre.

Um mercado que, através da competição, seleciona seus melhores produtos, é chamado pela teoria econômica de perfeito. Mas ninguém parece se lembrar, em discussões sobre esses temas, das imperfeições de um mercado onde medem forças uma indústria monopolizante e usuários dos seus produtos e serviços cuja necessidade, ela mesma, está tão empenhada e apta a criar. É a "tecnologia globalitária", cuja liberdade pretende-se, com uma presumida aura de sacralidade, mais importante que a do homem. O homem é um animal produtor de símbolos, ou seria o contrário? Nossos legisladores precisam ater-se à importância dessas questões, no processo decisório que dirige o mergulho de nossa sociedade nesta globalização virtualizante; como também dele prestar contas.

3. DOUTRINA INTERNACIONAL

3.1

CONVÊNIO TÉCNICO E CIENTÍFICO CELEBRADO ENTRE IRIB, ANOREG-BR E COLÉGIO DE REGISTRADORES DA PROPRIEDADE E MERCANTIS DA ESPANHA*

3.1.1

EN TORNO A LA PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA**

JOSÉ MARIA MARTÍNEZ SANTIAGO

SUMARIO: I. La publicidad registral inmobiliaria en la historia de la legislación española: 1. Apuntes de publicidad inmobiliaria en nuestro derecho histórico; 2. Fase previa de elaboración legislativa hipotecaria; 3. La publicidad registral inmobiliaria en la Ley Hipotecaria y en el Código Civil; 4. La publicidad registral en las sucesivas reformas hipotecarias; 5. La publicidad registral en la moderna legislación – II. Naturaleza de la publicidad registral inmobiliaria: 1. Publicidad registral; publicidad legal y publicidad fáctica; 2. Concepto de publicidad registral inmobiliaria; 3. Efectos de la publicidad registral inmobiliaria – III. Forma de la publicidad registral inmobiliaria: 1. Publicidad de los registros: el "interés conocido"; 2. Manifestación de la publicidad registral por exhibición de los libros o por nota simple informativa; 3. Publicidad inmobiliaria por certificación registral; 4. Certificaciones registrales especiales; 5. La publicidad formal y la informatización de los Registros de la Propiedad.

I. La publicidad registral inmobiliaria en la historia de la legislación española

La reforma de las leyes que en los diferentes territorios de nuestra nación regulaban la constitución del derecho de propiedad, y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y especialmente la constitución de hipotecas sobre los mismos, se manifestó de capital importancia para el progreso jurídico y revitalización económica de nuestro país.

Las leyes vigentes se hallaban condenadas por la ciencia y por la opinión, porque ni garantizaban suficientemente la propiedad, ni ejercían saludable influencia en la prosperidad pública, ni asentaban en sólidas bases el crédito territorial, ni daban actividad a la circulación de la riqueza, ni moderaban el interés del dinero, ni facilitaban su adquisición a los dueños de la propiedad inmobiliaria, ni daban la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestaban sus capi-

(*) Vide *RDI* 46/272.

(**) Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid.

tales. En esta severa crítica que hemos trasladado literalmente del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, por el que, ante el fracaso de la codificación civil, se mandó redactar una Ley de Hipotecas o de aseguramiento de la propiedad territorial, se recoge perfectamente el espíritu que debería inspirar la nueva legislación hipotecaria y que ya había planteado D. Claudio Antón de Luzuriaga, vocal de la Comisión de Códigos, el 25 de octubre de 1843 al sentar las bases que debían inspirar la reforma de la legislación civil en orden al régimen de la propiedad territorial: "la aseguración o consolidación del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles por medio de la publicidad de todos los derechos relativos a los mismos".

Se empieza entonces a perfilar el concepto de publicidad, para llenar los fines de seguridad jurídica, fomento del crédito territorial, con bajas significativas de los tipos de interés, y en definitiva la finalidad cautelar de evitar los pleitos que la indeterminación y clandestinidad en que los derechos reales inmobiliarios estaban no podían sino generar.

Claro que esta necesidad de publicidad se había sentido tanto en los países que se inspiraron en el llamado sistema germánico como en el latino. Es cierto que el primer antecedente histórico de un Registro Inmobiliario es el de la Ley Prusiana de 1873 en donde se aplican con rigidez los principios de publicidad y especialidad exigiéndose la inscripción del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles para que pudiesen producir efectos, pero un sistema parecido se instauró en Francia con la Ley de 11 de Brumario del año VII de 1798, y aunque los preceptos del Código Civil de 1804 supusieron una evidente regresión del sistema publicitario, al admitirse la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento y mantenerse hipotecas legales tácitas, la verdad es que tanto en Francia como en los países que habían adoptado el Código de Napoleón, una reacción crítica ante un intolerable sistema de clandestinidad forzó a establecer una Legislación con la indispensable publicidad para la seguridad del mercado inmobiliario que generó sistemas como el de Ley de Bélgica de 16 de octubre de 1851, la legislación holandesa, y culminó en la propia Francia con la Ley de Transcripción de 23 de marzo de 1855.[1]

1. Apuntes de publicidad inmobiliaria en nuestro derecho histórico

La publicidad inmobiliaria adopta inicialmente en la historia de nuestra Legislación formas rudimentarias. Aunque algunos investigadores han pretendido atisbar indicios de publicidad inmobiliaria en la "Lex Malacitana" y en nuestro "Fuero Juzgo", en general se admite que fueron los Fueros Municipales los que empezaron a introducir ciertas instituciones de esta publicidad.

Así señalaríamos: la roboración, consistente en la ratificación solemne y pública, en las Iglesias o Concejos de las Ciudades, de las ventas; la notificación por edictos y pregones de ciertas transmisiones a los efectos de ejercitar los retractos

(1) En este sentido Luis Díez Picazo: "Los principios de inspiración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias Españolas". *Leyes hipotecarias y registrales de España*. Madrid, 1989. Tomo 1.

gentilicios; o la insinuación de las donaciones, que sería el precedente más próximo de la publicidad registral, pues si no se llegaba a tomar razón de la donación en el Registro Municipal, no perjudicaba a los acreedores del donante, surgiendo así la figura del tercero que se ampara en la publicidad tabular.

Sin embargo la influencia del Derecho Romano se apodera casi por completo de nuestro Ordenamiento Jurídico en detrimento de las instituciones germánicas. Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá consagran la "traditio" como forma esencial de transmisión de la propiedad, basada en el simple consentimiento de las partes. Este sistema espiritualista ignora no sólo la publicidad registral, sino la simple idea de publicidad inmobiliaria.

Las consecuencias de este imperio de la clandestinidad en las relaciones jurídicas inmobiliarias (dobles ventas, compras de bienes gravados con cargas como libres), no se hacían sentir especialmente hasta comienzos del siglo XVI porque el tráfico jurídico estaba muy limitado territorialmente. Pero las repercusiones del Descubrimiento en la realidad económica española impulsaron medidas tendentes a que aflorasen las cargas ocultas; primero bajo sanción de multa, Cortes de Madrid de 1528, para llegar después a la creación de un "Registro de censos, tributos e hipotecas", Real Pragmática de 1539 (Cortes de Toledo del mismo año con Don Carlos y Doña Juana), que se reitera en las Cortes de Valladolid de 1558 bajo Felipe II.

Por cuanto, y citamos aquí la Novísima Recopilación, Libro X, Título XVI, Ley I que recoge dicha Pragmática, "(...) se excusarían muchos pleitos, sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos e hipotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores; y por quitar los inconvenientes que de esto se siguen, mandamos que en cada ciudad, villa o lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción, haya una persona que tenga un libro, en que se registren todos los contratos de las cualidades susodichas (...)".

Sin embargo estas disposiciones, importantes precedentes de publicidad a través de un Registro Público aun limitadas a la publicidad exclusivamente de las cargas, y que destacan la finalidad cautelar que debería cumplir esta institución, no llegaron a cumplirse. La Pragmática de Felipe V de 1713 dispuso el cumplimiento de las mismas y amplió la publicidad a los contratos de compras, ventas y otros semejantes, como precedente más próximo de un auténtico Registro de la Propiedad. Pero ante la inobservancia de tales disposiciones el Consejo de Castilla encargó a los Fiscales del mismo, los Condes de Floridablanca y Campomanes, una Instrucción detallada sobre organización de los Registros, que dio origen a la Pragmática de Carlos III de 1768. Esta Pragmática, recogida en el Libro X, Título XVI, Ley IV de la Novísima Recopilación, y que fue complementada después con diversas disposiciones, era aplicable a diferencia de las anteriores, a todo el territorio nacional, si bien con importantes excepciones en Cataluña y Navarra.

Los Registros Públicos que regula fueron denominados "Oficios de Hipotecas", y a ellos alude la Ley Hipotecaria como "Contadurías de Hipotecas". Supusieron no sólo la toma de razón en los Libros de las cargas inmobiliarias en un sentido muy amplio, sino también la constancia registral de las ventas de bienes raíces, pero siempre que estuviesen afectos a algún gravamen, lo que indirectamente

fue dando acceso al Registro a las transmisiones inmobiliarias. Sin embargo, los efectos de la toma de razón se restringen sólo a las hipotecas o gravámenes, de modo que los instrumentos constitutivos de dichas cargas, de los que no se hubiere tomado razón, no hacían fe "(...) en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en los mismos".

La Pragmática regula la organización de un verdadero Registro que se llevaría en todos los pueblos, cabezas de partido, a cargo de los Escribanos del Ayuntamiento, imponiendo la necesidad de llevanza en las Escribanías del Ayuntamiento "(...) para facilitar el hallazgo de las cargas y liberaciones, un libro índice o repertorio general, en el cual por las letras del abecedario se vayan asentando los nombres de los imponedores de las hipotecas, o de los pagos, distritos o parroquias en que están situados, y a su continuación el folio del registro donde haya instrumento respecto a la hipoteca, persona, parroquia o territorio de que se trate, de modo que por tres o cuatro medios diferentes se pueda encontrar la noticia de la hipoteca que se busque".

Por último establece en su n. 7.° un apunte de lo que iba a ser la publicidad formal en la Ley Hipotecaria: "Cuando al Oficio de hipotecas se le pidiere alguna apuntación extrajudicial de las cargas que constaren en sus registros, la podrá dar simplemente, o por certificación autorizada, sin necesidad de que intervenga decreto judicial, por ahorrar costas".

Ya en el siglo XIX, las diversas Constituciones españolas desde las Cortes de Cádiz aspiran a un único Código Civil para toda la Monarquía, que abarcaría evidentemente las relaciones jurídicas inmobiliarias y la importante cuestión de su publicidad.

No obstante hay que destacar en el proceso que estamos analizando la creación, Real Decreto de 31 de diciembre de 1829, del "Impuesto de Hipotecas", que posteriormente pasaría a llamarse "De Derechos Reales y Transmisión de Bienes", que produce una interferencia de la legislación fiscal en el funcionamiento de las Contadurías al exigir como requisito previo para la toma de razón el pago del impuesto, precedente inmediato del actual artículo 254 de la Ley Hipotecaria. Parecía que el afán recaudatorio de la Hacienda Pública iba a desnaturalizar una institución esencialmente civil, sin embargo la influencia de esta normativa fiscal sobre el funcionamiento de las Contadurías llegó a ser beneficiosa y sentó las bases de la reforma hipotecaria. En efecto, la realidad económica y social de nuestro país hasta bien entrado el siglo XIX, que es cuando se completa el proceso desamortizador y surge un nuevo espíritu de empresa, había hecho fracasar el funcionamiento de las Contadurías de Hipotecas. Los residuos del régimen feudal, con la amortización de la propiedad en manos de la Iglesia y el Estado, las vinculaciones y mayorazgos, hacían muy limitado el tráfico inmobiliario y habían alejado a los propietarios, una nobleza endeudada, de los libros del Registro.

Las nuevas disposiciones fiscales iban al fin y al cabo a resultar beneficiosas. Por un lado un Real Decreto de 1845 iba a disponer la sujeción al impuesto y su inscripción en el Registro de los actos sujetos en todas las provincias del Reino e islas adyacentes, estableciendo la unidad legislativa en el orden hipotecaria que

ratificaría la Ley Hipotecaria, y que hasta hoy ha resistido al ímpetu de los Derechos Forales consagrándose con la actual reserva constitucional.

Por otro lado iba a generalizar la inscripción del dominio y todas las relaciones jurídicas inmobiliarias sentando las bases del principio de publicidad.

Por último el Registro se organiza tomando como base la finca como unidad hipotecaria, abriéndose folio independiente para cada una de ellas en los libros del mismo. Esta reglamentación del folio real, en cierto modo adjetiva, va a posibilitar la introducción del principio de especialidad, como complemento del de publicidad, y precedente más inmediato de lo que iba a ser el nuevo Registro de la Propiedad.

2. *Fase previa de elaboración legislativa hipotecaria*

El primer proyecto de Código Civil que se ocupó de la materia hipotecaria fue el de 1836 redactado por D. José de Ayuso y Navarro, D. Eugenio de Tapia y D. Tomás María Vizamanos en virtud del encargo que se les dio por Real Orden de 29 de enero de 1834, y que se presentó al Gobierno el 15 de septiembre de 1836. El llamado Proyecto de Cambronero, de 1820, no llegó a tratar la materia de derechos reales.

Este proyecto respondía a una primera fase en la evolución del principio de publicidad en nuestra legislación hipotecaria, en que la preocupación de nuestros codificadores se centraba en la protección de los acreedores hipotecarios, defendiendo sus intereses en orden a la subsistencia de sus derechos de hipoteca frente a la preferencia de rango de otras hipotecas ocultas. Así el Proyecto, consagra los principios de publicidad y especialidad en materia de hipotecas, configurándose la toma de razón de las mismas en un Registro Público como esencial, artículo 1.751, y admitiéndose excepcionalmente tres supuestos de hipotecas tácitas.

Pero dentro del Título 21 dedicado a la prueba de los derechos y obligaciones, regula la existencia de un Registro Público donde se anote cada acto de traslación de propiedad de bienes raíces, que se llevará en cada capital de provincia y en cada cabeza de partido unido al de hipotecas, obligándose a los escribanos ante quienes se hubiere celebrado el contrato a enviar nota de la venta a la persona encargada del Registro Público, y al vendedor en los casos de venta en documento privado, a presentar dicho documento al escribano del lugar para que éste envíe al Registro la referida nota.

Se da por tanto una publicidad a las mutaciones dominicales, y ello aparece como una necesidad interna del sistema para completar la mecánica de protección de los acreedores hipotecarios. Pero esta publicidad llega a ser constitutiva en el caso de las donaciones de inmuebles, artículo 1.591, y se establece el radical efecto, en aras de la seguridad del tráfico, de que el nuevo poseedor que registre o anote su título y pida certificación al encargado del Registro, si ésta es negativa de cargas, quede libre de las mismas, aunque consten en el mismo y salva siempre la responsabilidad del encargado del Registro, artículo 1.785.

La Exposición de Motivos del Proyecto,[2] señala las razones de introducción de la nueva publicidad registral: "Convencida la Comisión de que la libre circulación de la propiedad debe contribuir poderosamente al adelantamiento de nuestra agricultura y al fomento de la industria, ha tratado en este Código de remover en cuanto ha podido los obstáculos o trabas que embarazaban la fácil traslación de los bienes de unas manos a otras ... con estas precauciones los compradores de bienes podrán asegurarse de las cargas que tienen éstos y se evitarán muchos fraudes (...)". Sin duda los miembros de la Comisión recordaban aquí las peticiones de las Cortes de Toledo de 1539 y las de Valladolid de 1555.

Ante el fracaso del Proyecto de Código Civil de 1836, que ni siquiera llegó a ser discutido en las Cortes, la Comisión General de Codificación redactó en 1843, el año de su creación, las bases que en la materia inmobiliaria debían inspirar el nuevo Código. Las bases 50, 51 y 52, de clara influencia germánica, además de recoger los principios de publicidad y especialidad en materia de hipotecas: "No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas y en virtud de toma de razón en el Registro Público", aplicándose esta norma con carácter general a "(...) las cargas que limiten o modifiquen la propiedad (...)", iba a sentar un nuevo principio, profundamente innovador de nuestro derecho; "Para que produzcan efectos los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público (...)".

El nuevo Registro de la Propiedad iba a ser exacto e íntegro, no se iba a limitar a dar publicidad a los derechos reales sino que iba a ser creador de los mismos.

Sin embargo el impulso reformador de Luzuriaga iba a ser apaciguado por los miembros de la sección de lo civil de la Comisión de Códigos, reorganizada por Real Decreto de 11 de septiembre de 1846. García Goyena convencido del valor de nuestro derecho tradicional, y conocedor del Código Napoleónico, pretendía que el dominio se trasmitiese respecto de las partes por el simple consentimiento, y respecto de tercero por la entrega. Luzuriaga, conocedor de los perniciosos efectos que para el progreso jurídico y la vida económica generaba la clandestinidad del dominio y sus cargas, y que ya habían puesto de manifiesto en el vecino país jurisconsultos como Grenier y Troplong, exigía que la traslación del dominio se realizase por la inscripción en el Registro. Al fin se impuso la solución transaccional de Bravo Murillo justificándose en que "(...) no debía hacerse depender la transmisión del dominio de diversos acontecimientos (...)", que originó el artículo 94 del Anteproyecto de los Títulos de las Hipotecas y del Registro, del futuro Código Civil: "Ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces, o constitutivo de cualquier otro derecho real sobre los mismos bienes, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro Público", precedente inmediato del artículo 1.858 del Proyecto de Código Civil de 1851.

[2] Recogida por Juan Francisco Lasso Gaite en su obra "Crónica de la codificación española", *Codificación Civil*, 1970, vol. II.

Este Proyecto sentó las bases de la nueva codificación en materia civil e hipotecaria. Su título XX regulaba la creación de un Registro Público, en cada uno de los distritos señalados en los reglamentos, en que se inscribirían los derechos reales sobre inmuebles situados dentro de la demarcación. La hipoteca debe inscribirse en un Registro Público y solamente desde su inscripción surte efecto frente a tercero (art. 1.876), y ninguno de los títulos sujetos a inscripción ha de surtir efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro Público.

3. *La publicidad registral inmobiliaria en la Ley Hipotecaria y en el Código Civil*

La enérgica oposición de las regiones forales impidió que el Proyecto de 1851 se convirtiese en el Código único de toda la monarquía española. Pero la reforma de la legislación hipotecaria no podía demorarse más. La necesidad de impulsar la riqueza nacional a través del fortalecimiento del crédito territorial, era una necesidad sentida por todos, y que se refleja en el Preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855 al que ya hemos hecho alusión. La urgencia económica del país desarrolla ahora el proceso codificador a través de leyes especiales, y la hipotecaria va a ser desde el principio la prioritaria.

El definitivo proyecto de Ley Hipotecaria se remitió a las Cortes el tres de julio de 1860 siendo Ministro de Gracia y Justicia D. Santiago Fernández Negrete, precedido de una luminosa Exposición de Motivos redactada por D. Pedro Gómez de la Serna que se estimaba como el mejor preámbulo y más autorizado comentario de la ley. Tomando como base todos los trabajos realizados con anterioridad, tras una intensa discusión parlamentaria, fue sancionado como Ley el ocho de febrero de 1861 por la reina Isabel II.

El cúmulo de disposiciones incoherentes que formaban nuestra defectuosa legislación hipotecaria, deducidas unas de los principios del derecho romano, tomadas otras de las instituciones feudales, dejaban paso a una nueva legislación profundamente innovadora y de clara inspiración germánica que habría de ofrecer una propiedad territorial más fija que atrajese los capitales que le son necesarios para su fomento y mejora.

Para ello el único sistema aceptable era "el que tiene por base la publicidad y especialidad de las hipotecas", pero como quiera que todo sistema hipotecario debe apoyarse en la fijeza y seguridad de la propiedad territorial, y si ésta y sus mutaciones dominicales no se registran, desaparecen todas las garantías de los acreedores hipotecarios, la ley después de establecer en su artículo 146 la necesidad de inscripción de las hipotecas voluntarias para que puedan perjudicar a tercero, establece en su artículo 23 el principio de publicidad con carácter general al determinar que los títulos inscribibles, que no lo estén "(...) no podrán perjudicar a tercero".

El Código Civil no fue capaz de absorber en su articulado a la nueva legislación hipotecaria, cuya vigencia, especialidad y rango reconoce, ratificando en su artículo 606 el principio de publicidad registral inmobiliaria: "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", regla que para la doble venta tiene una especial formulación el artículo 1.473, 1.º

Este principio de publicidad a través de la institución registral alcanza su culminación en las inscripciones de hipoteca, donde la inscripción registral es requisito para "(...) queden válidamente constituidas", artículo 1.875.

La reforma hipotecaria se ha consolidado legislativamente, pero el principio de publicidad registral no ha empezado sino a desarrollarse.

4. *La publicidad registral en las sucesivas reformas hipotecarias*

La reforma hipotecaria de 1861, respetuosamente aceptada por el Código Civil, no dio el definitivo paso, que pedían sus precedentes germánicos, hacia la inscripción constitutiva. La publicidad registral se orientó a la protección del tercer adquirente, respetando la tradición romana de nuestro derecho tradicional y conservando la teoría del título y el modo en las relaciones entre las partes contratantes. Pero esto supuso un gran cambio en nuestro ordenamiento jurídico que sintetizaba perfectamente la admirable Exposición de Motivos de nuestra Ley: "Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos, si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción".

La radical innovación de nuestro derecho consistió en fin en la introducción del principio de publicidad en las relaciones jurídicas inmobiliarias, y en que esta publicidad, que para los bienes muebles se amparaba en la figura de la posesión, para los inmuebles sólo podía organizarse a través de la creación de un Registro Público, el Registro de la Propiedad. La publicidad inmobiliaria pasaba a ser "publicidad registral". Así entendió la Exposición de Motivos la publicidad: "Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no se halla inscrita en el registro: en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe".

Corresponde a nuestra Ley Hipotecaria el fundamental mérito de haber introducido en nuestra legislación la figura de la publicidad registral, tanto en su aspecto material, como en su consecuencia inexcusable, la publicidad formal, pues para cumplir sus fines de seguridad jurídica, el Registro debe franquearse "(...) a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos

que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes". Corresponde a nuestro Código Civil el valor de haber respetado la reforma hipotecaria, aun cuando su implantación por lo que tenía de innovadora y de recepción de un derecho extranjero, no fue fácilmente admitida en nuestra vida jurídica. De hecho se había generalizado una corriente desinscribitoria, el Registro era ignorado en la práctica forense, y su estudio producía en nuestra doctrina una cierta "alergia espiritual" por lo que tenía de abstracto e inexplicable. Sin embargo nuestro Código no sólo respetó la eficacia de la inscripción registral frente al tercer adquirente, sino que, como ya vimos, llega a un valor constitutivo de la inscripción en los supuestos de doble venta, artículo 1.473, y constitución de hipotecas voluntarias, artículo 1.875.

Pero ni la Ley Hipotecaria ni el Código Civil llegaron a sentar claramente el inexcusable principio de legitimación registral. El principio de seguridad jurídica imponía la legitimación registral. La publicidad registral debe estar dirigida a servir de advertencia a cuantos intervienen en el tráfico de quién puede disponer de los derechos sobre inmuebles, con independencia de quién pudiera ser el titular civil de los mismos, derogando el principio "nemo dat quod non habet" en beneficio del adquirente de buena fe que se ampara en la misma.

La reforma hipotecaria de 1909 intenta introducir el principio de legitimación pero regula confusamente la cuestión de derecho, que es la legitimación propiamente dicha, con la de hecho, que afecta a la posesión. Así el nuevo artículo 41 en vez de presumir como titular de los derechos reales inmobiliarios al que los tuviese inscritos, lo que hacía era presumir a su favor los efectos que el Código tenía establecido respecto de la posesión, tanto los que eran concedidos en beneficio del propietario como los que se atribuían al poseedor de buena fe.

Antes de la definitiva reforma hipotecaria de 1944 es de destacar el proyecto de ley que se elabora en 1934, siendo Ministro de Justicia el Registrador de la Propiedad D. Vicente Cantos Figuerola, que intenta dar un nuevo giro a la legislación hipotecaria haciendo la inscripción constitutiva. Así la base tercera del proyecto determinaba que "La implantación total de la Ley se ajustará al principio de que sólo podrá constituirse, modificarse, transferirse o extinguirse un derecho real sobre bienes inmuebles, por acto o negocio jurídico, mediante la inscripción en los libros correspondientes".

El influjo doctrinal de Jerónimo González, que había sistematizado nuestro derecho hipotecario en una serie de principios que lo habían difundido y hecho inteligible,[3] o de Ignacio Serrano, que había popularizado las indiscutibles ventajas del Registro de la Propiedad suizo,[4] se hace patente en este proyecto de ley, y se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944: "No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva (...)".

[3] Jeronimo González y Martínez. *Principios hipotecarios*. Madrid, 1931.

[4] Ignacio Serrano y Serrano. *El registro de la propiedad en el Código Civil suizo*. Valladolid, 1934.

No obstante, la reforma de 1944, reconociendo la superioridad del sistema de inscripción constitutiva, no se atrevió a dar este definitivo paso, razones practicas así lo excusaban: "Pero, a pesar de reconocerse plenamente que las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su singular naturaleza, de derecho necesario y que exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si más del sesenta por ciento de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio. No sólo porque quedaría, de hecho, inoperante, con el natural desprestigio de la norma legislativa, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias".

En defensa del legislador hay que alabar sin embargo que proclamó firmemente el principio de legitimación a través de los arts. 24, 25 (que es hoy el párrafo 32 del art. 1) y 97: el Registro se presume exacto y válido, sus asientos quedan bajo la salvaguardia de los tribunales, perteneciendo los derechos reales a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo y estableciéndose un procedimiento especial, artículo 41, para proteger al titular registral contra los que perturben su derecho.

Por otra parte las presunciones *iuris tantum* que la legitimación registral conlleva, se hacen *iuris et de iure* cuando el tercero reúne los requisitos del artículo 34, manteniéndole en su adquisición, amparada en el Registro, frente al titular civil.

La inscripción si bien continúa siendo potestativa, careciendo de eficacia constitutiva, va a ser premisa ineludible para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles. Decir entonces que su eficacia es meramente declarativa, es decir muy poco. Como señala la Exposición de Motivos de la reforma "Si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia".

5. *La publicidad registral en la moderna legislación*

Desde la reforma hipotecaria de 1944, nuestro sistema hipotecario ha sido modificado ampliando el objeto de la publicidad registral y fortaleciendo sus efectos.

En efecto, la Ley Hipotecaria, artículo 1, fijó el ámbito de lo que iba a ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad: "Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos" o aquellos otros en que "se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales". Con más precisión la reforma de 1944, aun conservando esta enumeración de derechos inscribibles en su artículo 2.°, fija el objeto del Registro de la Propiedad en la "inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles". En definitiva, en nuestro Registro se presentan a registración títulos, y ya que la

inscripción carece por regla general de eficacia constitutiva, el Registro si no crea sí publica con efectividad *erga omnes* derechos reales inmobiliarios.

Pero la publicidad registral se va a manifestar en toda su fuerza expansiva en el propio articulado de la ley, permitiendo el acceso al Registro de las resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas, artículo 2, 4.° y de los arrendamientos que reúnan determinados requisitos, artículo 2, 5.°, instituciones éstas que carecen de un contenido real inmobiliario.

Y es que a los beneficios de la publicidad registral se van a acoger no sólo los derechos reales típicos y nominados, sino "(...) cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales", artículo 7 del Reglamento Hipotecario de 1947, que va a regular también la inscripción de figuras tales como el derecho de opción, artículo 14, y los aprovechamientos de aguas públicas, artículo 69.

De hecho, convencida la Administración de las ventajas que la registración de las fincas conlleva, va a impulsar una legislación, que contra el principio general que hace la inscripción registral voluntaria, impone obligatoriamente ésta.

Así, sin ánimo de ser exhaustivo, podemos citar las siguientes disposiciones, que en sus sucesivas reformas han seguido manteniendo el principio de inscripción registral obligatoria:

– El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, Decreto de 27 de mayo de 1955, referente a la inscripción de bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre los mismos, pertenecientes a las provincias o los municipios.

– La Ley de Montes Catalogados de 8 de junio de 1957.

– La Ley de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962 que hace inexcusable la inscripción de las fincas y derechos resultantes de la misma, así como de los posteriores contratos de trascendencia real que tengan por objeto fincas de reemplazo o derechos reales constituidos sobre las mismas.

– La Ley de 23 de abril de 1964 que ordena la inscripción de los bienes del Estado.

– El Decreto de 7 de abril de 1966 que aprueba el Reglamento de Reparcelación del Suelo afectado por planes de ordenación urbana en orden a la inscripción de los acuerdos de reparcelación.

Incluso instituciones privilegiadas en un estado confesional, como era la Iglesia Católica, cuyos templos estaban exceptuados de la inscripción, artículo 5, 4.°, del Reglamento Hipotecario, renunciaron a este privilegio acudiendo a inscribir sus fincas al Registro de la Propiedad.

A medida que nuestro país se desarrolla agrícola e industrialmente, se moviliza nuestra propiedad territorial y se multiplica el crédito que tiene su base en la misma haciendo la inscripción imprescindible en la práctica.

Es más, nuestra doctrina más autorizada desde la publicación de obras como "La prenda agrícola y la hipoteca mobiliaria" de Rafael Ramos (1910), y la "La

publicidad y los bienes muebles" de Leopoldo Alas (1920), se venía decantando por superar la tradicional distinción entre bienes muebles e inmuebles, a los efectos de gozar de los beneficios de la publicidad registral, por otra técnicamente más perfecta que se basaba en distinguir aquellos bienes susceptibles de perfecta identificación registral y por tanto de ser perseguidos por acción real ilimitadamente, de aquellos otros que no lo son.

Así Pascual Marín,[5] ante las nuevas necesidades del tráfico, pedía la extensión de la institución registral a una serie de bienes y situaciones patrimoniales que no terminaban de encajar en los moldes de la legislación vigente: "Se hace preciso la configuración de un ordenamiento registral, susceptible de dotar de garantías publicitarias, esa serie de bienes y situaciones jurídicas patrimoniales que, como la Empresa Mercantil, pueden ser configuradas registralmente como un sistema que reúna determinadas condiciones". Y Angel Sanz en la sede de la Academia Matritense del Notariado (1954), plantea, en orden a una próxima reforma de nuestro derecho, la distinción entre bienes registrables y no registrables de cara a los derechos reales de garantía.

En efecto, el sistema que había fijado el Código Civil siguiendo los precedentes del Proyecto de 1851 y de la Ley Hipotecaria, había configurado los derechos reales de prenda e hipoteca con su limitación respectiva a bienes muebles e inmuebles, y con sus características de desplazamiento y no desplazamiento de la posesión. Pero tal sistema se había manifestado insuficiente para satisfacer las necesidades de la garantía real. La privación al garante de la posesión de la prenda no sólo perjudicaba a éste sino al propio acreedor que veía disminuida la capacidad económica, y por tanto la posibilidad de hacer frente a sus obligaciones, de su deudor. Para salvar estos inconvenientes nuestro legislador vaciló siguiendo dos sistemas diferentes. Así la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 acudió a la ficción de considerar los buques mercantes como bienes inmuebles, en cuyo sentido se debía entender modificado el artículo 585 del Código de Comercio, a los efectos de que pudieran ser hipotecados. Por otro lado desde el Decreto de 22 de septiembre de 1917, diversas disposiciones van a introducir el sistema de la prenda sin desplazamiento como medio de fomentar el crédito agrícola, hasta llegar a la reforma de los arts. 1.863 bis a 1.873 bis del Código Civil por la Ley de 5 de diciembre de 1941, que con carácter general estableció la posibilidad de constituir la prenda sin que tenga lugar el desplazamiento de la posesión de la cosa pignorada.

Estas disposiciones son el inmediato precedente de la Ley de 16 de diciembre de 1954 donde la publicidad registral va a sustituir al desplazamiento de la posesión en todo caso. En efecto, la nueva ley partía de la distinción de bienes susceptibles de identificarse perfectamente, que iban a ser objeto de hipoteca mobiliaria y aquellos de identificación menos perfecta, y por tanto de un derecho de más difícil persecución que deben encajarse en la figura de la prenda, si bien sustituyéndose el desplazamiento de la posesión por la publicidad registral. Y como la determinación de los bienes susceptibles de una y otra forma de garantía no podía

(5) Pascual Marín Pérez. *Introducción al derecho registral*. Madrid, 1947.

dejarse a la libre interpretación, la ley fijaba de forma cerrada como susceptibles de hipoteca mobiliaria: los establecimientos mercantiles, los automóviles y vehículos de motor, vagones y tranvías, las aeronaves, la maquinaria industrial y la propiedad intelectual e industrial, y como susceptibles de prenda registral: los frutos agrícolas, las cosechas, los productos y aprovechamientos forestales, los animales, ciertas máquinas, aperos y productos de las explotaciones agrícolas o ganaderas, las mercaderías y materias primas almacenadas y los cuadros, esculturas, porcelanas, libros y cualesquiera objetos de valor artístico o histórico.

El problema de la publicidad de estas formas de garantía lo resolvió la ley en base a la creación de un Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, a cargo de los Registradores de la Propiedad, o Mercantiles, en cuanto a la hipoteca de aeronaves.

Desde luego que el mejor sistema, y así lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley, hubiera consistido en establecer un sistema de Registro de Propiedad de estos bienes, que al modo de la propiedad inmueble, recogiera toda su historia jurídica, incluso las transmisiones de dominio de los mismos. Pero el legislador mostró su prudencia porque reforma tan radical implicaría un cambio absoluto en nuestro sistema de contratación y por ello se limitó a dar exclusivamente publicidad a las formas de garantía real sobre los mismos, a través de un Registro de gravamenes de carácter jurídico.

Los beneficios del nuevo sistema de publicidad se extendieron posteriormente al derecho de explotación comercial de las películas cinematográficas por Decreto de 31 de diciembre de 1971.

En la misma línea la Ley de 17 de julio de 1965 creó el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, desarrollado por la Orden Ministerial de 8 de julio de 1968 que aprueba la Ordenanza correspondiente a este Registro. Se configura también como un Registro de cargas en el sentido de que no publica titularidades sobre bienes muebles, sino que su publicidad se limita a los efectos de dotar de oponibilidad frente a terceros las reservas de dominio y prohibiciones de disponer que se constituyen en dichos contratos como formas típicas de garantía del precio aplazado.

Por otro lado los derechos que integran el contenido de las llamadas propiedad intelectual e industrial, y sus transmisiones, habían ya sido objeto de la publicidad registral a través de la creación de Registros independientes por la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1979 y el Estatuto de la Propiedad Industrial publicado por Real Orden de 30 de abril de 1930.

En ambos casos nos encontramos con auténticos Registros jurídicos, con instrumentos de publicidad con eficacia sustantiva. En efecto para gozar de los beneficios de la propiedad intelectual es necesario haber inscrito el derecho en el registro, resultando también que si bien no es constitutiva la inscripción en la propiedad industrial, el certificado registral de concesión de una marca constituye una presunción *iuris tantum* de propiedad.

Son además Registros Jurídicos de titularidad de estos derechos y bienes inmateriales, estando excluida del Registro la hipoteca de propiedad intelectual,

forma de garantía que tiene su acomodo en el Registro de Hipoteca Mobiliaria como ya hemos comentado.

No podemos entrar en fin, porque ni hay tiempo ni constituye el objeto de nuestro estudio, en la publicidad de los empresarios y sociedades y de sus documentos contables a través de la institución del Registro Mercantil, cuyo nuevo Reglamento ha sido aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

Baste ahora con decir que todos estos Registros que se han articulado junto al de la Propiedad Inmueble, son verdaderos Registros jurídicos en el sentido de que conceden una eficacia material al contenido que publican. A su lado coexisten el Catastro y otros muchos Registros que son estrictamente administrativos, porque se limitan a archivar datos y suministrar el conocimiento de los mismos a la Administración Pública, sin que atribuyan una especial eficacia al contenido publicado.

Esta uniformidad en cuanto al carácter jurídico y no de simple noticia que confieren estos Registros al contenido publicado, es lo que ha llevado a autores como Manuel Amoros[6] a sugerir, en el campo doctrinal, la elaboración de una teoría general unitaria de la publicidad registral, y en el campo legislativo a promover una Ley Uniforme de los Registros Jurídicos de Bienes tal y como fue estudiada en la Comisión Primera del II Congreso Internacional de Derecho Registral que tuvo lugar en Madrid en 1974.

Por otro lado, la pujante vitalidad que venía adquiriendo la institución de la propiedad horizontal, fijaba una realidad social que el legislador no podía desconocer y que dio lugar a la nueva regulación de la propiedad por pisos que supuso la Ley de 21 de julio de 1960, que más que una reforma de la legalidad vigente hasta entonces, venía a suponer una ordenación *ex novo* de esta forma de propiedad, estableciendo un nuevo sistema con importantes repercusiones en cuanto a la publicidad registral inmobiliaria.

En efecto la Ley, que modifica el Código Civil y los arts. 8 y 107 de la Ley Hipotecaria, va a incorporar la floreciente propiedad urbana al Registro. Al permitir la inscripción separada de las fincas susceptibles de aprovechamiento independiente en las comunidades de propietarios, pisos, locales, garajes, trasteros, se da una necesaria publicidad a esta propiedad en expansión. Pero es que además la publicidad registral se ensancha aquí llegando a los estatutos de estas comunidades, al incluir en la inscripción del edificio matriz "(...) aquellas reglas contenidas en el título y en los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad", artículo 8, 4.° pfo. 2.° de la Ley Hipotecaria. ¿Y por qué no pensar que una futura reforma abarque la publicidad registral de las cuentas de estas comunidades?, de este modo se daría al tercero la posibilidad de un efectivo conocimiento oficial sobre la libertad o gravamen en los gastos de comunidad de las fincas que pretenden adquirir.

Dando un salto en el tiempo la más actual legislación acoge sin trabas los beneficios de la publicidad registral inmobiliaria, baste citar aquí dos reformas de la mayor trascendencia.

[6] Manuel Amorós Guardiola: "Los registros jurídicos de bienes en derecho español". En la obra *Principios y desarrollo legislativo de los registros jurídicos de bienes*. Madrid, 1974.

La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/1994 de 24 de noviembre, que modifica el artículo 2, 5.° de la Ley Hipotecaria admitiendo la inscripción de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos sin ninguna limitación. Lamentar no obstante que el desarrollo reglamentario de esta disposición, Real Decreto 297/1996 de 23 de febrero, merezca a mi juicio una severa crítica, defraudando las expectativas creadas sobre la masiva incorporación de estos contratos a la publicidad registral, al imponer en todo caso una documentación notarial, artículo 2, que va a suponer una importante dificultad económica para la registración de estos títulos.

Por último citar el Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, cuyo articulado se refiere constantemente a la institución registral, acogiendo sin reservas la publicidad registral de las actuaciones urbanísticas en el n. 8 de su artículo 307, que tras un prolijo listado de actos que pueden ser inscritos, declara inscribibles también en el Registro de la Propiedad "cualquier acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución, modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas".

Estamos seguros que el Reglamento de aplicación de esta norma, pendiente aún de aprobación, mantendrá esta filosofía registral porque no debemos olvidar, artículo 285 del Decreto Legislativo de 12 de julio de 1990 de la Generalidad de Cataluña por el que se aprueba la refundición de los textos legales en materia urbanística, que "El Registro de la Propiedad, en su función de instrumento de publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias, ha de reforzar la eficacia de los actos administrativos en materia de urbanismo y ser un medio idóneo de información y garantía de la actividad de la Administración".

La evolución legislativa nos muestra una publicidad registral asentada y ambiciosa que va ensanchando su ámbito más allá del estrictamente inmobiliario, si bien, para no desnaturalizar su función, por un lado mantiene alejado del Registro público el simple y mero hecho de poseer (art. 5 de la LH) aun reconociendo las presunciones posesorias que se derivan del dominio inscrito (arts. 35 y 38, 1.° de la LH), y por otro destaca el contenido económico de la institución no permitiendo la inscripción de los derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles que no son susceptibles de tráfico jurídico.

Pero cualquier reforma legislativa devendría inútil en el orden hipotecario si la propiedad inmueble no accediese al Registro. Convencidos de la bondad de la reforma, de los beneficios que iba a reportar la registración de las fincas, la Comisión que elaboró la Ley Hipotecaria de 1861 llegó a declarar que toda nuestra propiedad inmueble accedería al Registro en el plazo de veinte años. Pero tales previsiones no llegaron a cumplirse. La Exposición de Motivos de la reforma hipotecaria de 1944 reconocía que una gran parte de la propiedad inmueble, un sesenta por ciento, no había sido aun registrada y por tanto abordó una profunda reforma de los medios inmatriculadores. Así iba a suprimir todos los medios inmatriculadores de posesión, reconociendo sólo dos medios de inmatricular fincas, siempre en dominio; el expediente de dominio, cuya tramitación se simplifi-

ca y facilita, y el documento público en los términos que establece el artículo 205 de la Ley. Por otro lado, para determinados bienes cuyo titular era una entidad pública, se reconocía virtualidad inmatriculadora a la certificación expedida por los funcionarios que los administran (art. 206 de la LH).

La corriente inscribitoria va a tomar su definitivo impulso en dos direcciones. En primer lugar, y para la contratación privada, por la reforma del artículo 298 del Reglamento Hipotecario por D. de 17 de marzo de 1959, que va a desarrollar la inmatriculación por título público de adquisición extralimitándose en el desarrollo reglamentario del artículo 205 de la Ley, y facilitándola, en sus plazos y coste económico, de tal modo, que va a arrinconar en la práctica la vigencia de los expedientes judiciales y actas de notoriedad. En segundo lugar, y para la contratación administrativa, se empiezan a dictar normas fuera de la Legislación hipotecaria aplicables a distintos medios de inmatriculación. La lista de disposiciones legales (Ley de Montes, Reglamento de Expropiación Forzosa, Reglamento General de Recaudación etc.) es muy extensa, y sería tedioso el repetirla aquí. Baste como ejemplo significativo, la cita del nuevo artículo 310, n. 5 del Texto Refundido de la Ley del Suelo que concede a los títulos en virtud de los cuales se inscriben los proyectos de compensación y reparcelación la facultad de inmatricular las fincas a que se refieren.

Incorporada la propiedad inmueble al Registro de la Propiedad, ensanchado el ámbito de las relaciones jurídicas inscribibles, todo el edificio hipotecario construido carecería de sentido si nuestra legislación no evolucionase significativamente hacia el fortalecimiento de los efectos de la publicidad registral.

Volveremos sobre esta fundamental cuestión en este mismo trabajo al estudiar la naturaleza de la publicidad registral inmobiliaria, pero no podemos sino adelantar aquí que cualquiera que sea la posición que adoptemos respecto de la eficacia de la publicidad registral inmobiliaria, ya intentemos ver en nuestro ordenamiento indicios de protección germánica o latina, ya militemos en las filas de la doctrina monista o la dualista, no podemos sino condenar y por ello desterrar la idea de que la publicidad registral tiene, frente a las relaciones jurídicas inmobiliarias que constituyen su objeto, una eficacia meramente declarativa, en el sentido de que nada añade a lo publicado.

Como señala Antonio Manzano[7] "La publicidad eleva los derechos a un grado superior de legitimación, porque la protección jurídica de la apariencia que constituye el contenido registral, legalmente formado, supone necesariamente predicar de ese contenido unos efectos Jurídicos propios, inevitablemente superiores a los del derecho que no se ha acogido al control publicitario".

En definitiva, como es de esencia del carácter absoluto de los derechos reales el que puedan hacerse efectivos frente a todos, *erga omnes*, esta oponibilidad la van a hacer efectiva las modernas legislaciones a través de la institución de la publicidad registral inmobiliaria que sustituye las antiguas formas de notoriedad.

[7] Antonio Manzano Solano. *Derecho registral inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*. Madrid, 1991. Tomo 1.

De ahí que al derecho inscrito los modernos ordenamientos le atribuyan facultades de que carecía en su estado extrarregistral.

Los efectos jurídicos que cada sistema particular de publicidad va a atribuir al contenido inscrito, van a variar de acuerdo con la concepción que de la publicidad registral mantenga cada ordenamiento y serán objeto del capítulo siguiente. Baste ahora, para terminar esta primera parte de nuestro discurso, con poner de manifiesto en nuestro derecho una clara tendencia legislativa, que parte con la definición de los principios de legitimación y fe pública registral en la reforma de 1944, a reforzar los efectos de la inscripción.

Así la nueva redacción dada por el Real Decreto 1368/1992 de 13 de noviembre a la regla 2.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, ha venido a modificar sustancialmente el régimen de una de las más claras excepciones que se predicaban en nuestro derecho de la fe pública registral. Hasta la reforma, podía decirse que la publicidad registral no garantizaba plenamente los derechos de los terceros que, confiados en la solvencia que a sus deudores conferían los pronunciamientos registrales, habían prestado primero y anotado sus créditos después para realizarlos. Y ello porque relacionando el artículo 44 de la LH con el artículo 1.923, 4.°, del Código Civil, resultaba que los créditos y actos dispositivos anteriores aunque no figuren inscritos o anotados en el Registro, afectan al anotante, de modo que en cuanto a los mismos no actúan los efectos enervadores de la fe pública registral.

La reforma al declarar que "cuando en virtud de procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ésta", no modifica, en cualquier caso no podía hacerlo por su rango, la norma civil sustantiva. Pero al permitir la cancelación de los asientos registrales del adquirente o titular de crédito preferente anterior, pero con inscripción o anotación retardada, obliga a éstos a acudir a la tercería de dominio primero o al juicio declarativo ordinario después para hacer valer la preferencia establecida por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, mientras que en el régimen anterior la inscripción, aun posterior, del adquirente de la finca iba a vetar el acceso registral de las adjudicaciones derivadas del procedimiento ejecutivo por el juego de los preceptos sustantivos citados en relación con el artículo 20 de la LH.

Ahora bien, todas estas reformas legislativas deben continuar en progreso de nuestro ordenamiento hipotecario. Merece severa crítica el alcance que a la retroacción de la quiebra frente a los terceros hipotecarios confirió la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958. La interpretación que se dio entonces al artículo 878 del Código de Comercio, considerando como único interés digno de protección el de la masa de la quiebra con el efecto de la nulidad radical de las adquisiciones de terceros que reunían los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, nos parece inaceptable. En espera de las anunciadas reformas de las leyes de Suspensión de pagos y Quiebra, la moderna jurisprudencia ha

reconocido la realidad registral. Así se ha considerado que la posible eficacia radical del artículo 878 es susceptible de ser interpretada como relativa cuando el tercero reúne todos los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (S. 12 de marzo de 1993), y que el artículo 34 tiene una virtualidad que no es dable desconocer frente a la retroacción de la quiebra, ya que establece la fe pública registral, principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario (S. 20 de septiembre de 1993).

En un futuro inmediato la nueva Ley de Referencias Catastrales habrá de dar un decisivo paso en la coordinación del Registro de la Propiedad con la institución catastral. Una próxima reforma del Reglamento Hipotecario permitirá la cancelación de los libros registrales de menciones y cargas carentes de efectividad en la realidad jurídica extrarregistral, sin acudir a costosos y dilatorios procedimientos judiciales. Y la corriente inscribitoria se manifestará imparable.

Con nuestra propiedad inmobiliaria inscrita, identificada catastralmente y depurada de cargas y limitaciones, habrán desaparecido las razones que hasta ahora habían impedido al legislador dar el definitivo paso a la inscripción constitutiva.

Terminamos este capítulo alentando al legislador hacia una publicidad registral inmobiliaria de valor constitutivo. Suscribimos desde aquí las tesis en defensa de tal reforma, y sobre las que habremos de volver, que mantiene Antonio Pau,[8] que tras citar autores del prestigio de La Rica, "la libertad para poder prescindir del Registro es inconcebible y funesta ... Equivale a entregar los intereses sociales y los del Estado, e incluso el buen orden jurídico a la irresponsable voluntad de los particulares. Es una concesión indefendible, anárquica, que sólo pudo basarse en la creencia de que todo lo relativo a la propiedad inmobiliaria era de exclusivo interés de los propietarios"; y a Roca Sastre "el Estado no puede desentenderse de adoptar, en los modos de adquirir la propiedad, el medio más adecuado a su naturaleza y a las exigencias actuales", aboga por la necesidad de la inscripción constitutiva en aras de una perfecta coincidencia entre la realidad y el Registro.

II. Naturaleza de la publicidad registral inmobiliaria

La mayor eficacia y energía que es esencia del dominio y demás derechos reales frente a las relaciones puramente obligacionales, hace que en su constitución las legislaciones hayan exigido ciertas formalidades externas, lo que se denomina "modo de adquirir", que faltan en la constitución de los derechos personales basados en el simple consentimiento que recogen los títulos o contratos. En esa sede, en el campo de las relaciones *inter partes* que caracteriza el contenido del vínculo obligacional, rige con plena eficacia normativa la autonomía de la voluntad.

Por el contrario, la misma esencia del derecho real hace inaceptable su relatividad. En efecto, es muy razonable, por su misma naturaleza y lo privado de

[8] Antonio Pau Pedrón: "Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número conmemorativo de los 50 años de la Reforma Hipotecaria de 1944. Madrid, 1995.

su nacimiento, que el derecho personal sólo pueda exigirse y hacerse efectivo en la persona del obligado, pero para que cumplan su función los derechos reales deben ser absolutos, en el sentido de que puedan ejercitarse frente a todos (*erga omnes*). Ello supone su respeto y aceptación por toda la colectividad y hace por tanto necesaria su posibilidad de conocimiento.

Estos conceptos los sintetiza Jerónimo González,[9] quien tras poner de relieve la distinción entre normas coactivas y dispositivas, según sean impuestas por la ley en forma absoluta y obligatoria o en forma hipotética y libre, señala como "(...) el derecho de obligaciones recibe preferentemente su vigor de la voluntad, mientras el de cosas se halla estereotipado en los cuerpos legales, en aquél la voluntad modifica y suple a la ley, en éste solo debiera admitirse su poder arbitrario en términos sumamente restringidos; en el uno entran en primera línea los intereses de acreedor y deudor, el negocio se desenvuelve *inter partes*, en el otro la sociedad entera se halla directamente interesada, el derecho absoluto se ejercita *erga omnes*".

Este esencial principio de orden público que rige en la constitución y desenvolvimiento de los derechos reales, hace que por un lado fuera exigible su perfecta configuración en la ley excluyendo los atípicos, y por otro que se les confiera por el ordenamiento la indispensable publicidad.

El Derecho germánico ha resuelto el problema delimitando perfectamente el número y contenido de los derechos reales inmobiliarios, tesis del *numerus clausus*, e imponiendo su publicidad con carácter constitutivo. La seguridad jurídica en el orden inmobiliario se garantiza por un Registro de la Propiedad exacto e íntegro. Sobran entonces conceptos como el "adquisiciones a non domino" o de "protección de la apariencia", ya que no es que la realidad registral se imponga a la realidad jurídica que vive fuera del Registro, sino que coincide plenamente con ella.

Sin embargo en los que llamaremos sistemas latinos la publicidad registral inmobiliaria no ha llegado a convertirse en un "modo de adquirir" que sustituya a la tradición.

Sea cualquiera la técnica que se adopte lo cierto es que, como ya señalamos, la necesidad de publicidad se ha sentido en todos los ordenamientos, y si para los bienes muebles se ha considerado suficiente su desplazamiento posesorio, en materia inmobiliaria se ha satisfecho a través de un Registro Público, si bien atribuyendo distinta eficacia jurídica al contenido publicado.

1. Publicidad registral; publicidad legal y publicidad fáctica

Hasta aquí hemos sostenido la tesis siguiente: en el orden inmobiliario se hace imprescindible, por elementales razones de seguridad jurídica, una publicidad del dominio y demás derechos reales que la evolución legislativa ha satisfecho a través de la institución del Registro de la Propiedad.

[9] Jerônimo González y Martínez. *Estudios de derecho hipotecario*. Madrid, 1924.

No obstante, que la publicidad inmobiliaria haya de serlo exclusivamente registral no es un principio que debamos considerar absoluto. Y es que esa necesidad de conocimiento efectivo que es esencial para el desenvolvimiento de los derechos reales va a ser cumplida, excepcionalmente, por la ley y la buena fe, haciendo coexistir junto al principio general de publicidad registral inmobiliaria, una publicidad legal y una publicidad de hecho.

Así existen determinadas relaciones jurídicas que no necesitan ser inscritas para que puedan oponerse a terceros, y ello porque su publicidad deriva directamente de la ley.

Podemos citar como supuestos en nuestro derecho: los bienes de dominio y uso público y las servidumbres legales (art. 5 del Reglamento Hipotecario); los retractos legales, ya el de comuneros y colindantes que establece el Código Civil (arts. 1.521 y ss.), como los que regulan las Compilaciones forales; las prohibiciones de disponer o enajenar establecidas por la Ley, de las que existe un amplio repertorio en nuestra legislación civil y foral, que tienen plena eficacia jurídica como verdaderas limitaciones del dominio, sin necesidad de previa inscripción (art. 26, 1.° de la Ley Hipotecaria); y en Aragón el derecho expectante de viudedad en los términos que establece el artículo 76 de su Compilación.

El hecho de que en estos supuestos, de carácter excepcional, la publicidad legal se imponga a la registral, tiene su explicación en lo que se denomina "cognoscibilidad". No importa tanto el conocimiento efectivo de la norma, sino su posibilidad, y esto en materia de publicidad legal se consigue por la publicación de las mismas en Diarios Oficiales como presupuesto de su entrada en vigor (art. 2, 1.°, del Código Civil), del mismo modo que para la publicidad registral va a ser necesario la organización de la llamada publicidad formal. Por ello la ignorancia de esa limitación legal no inscrita no debe impedir su obligado acatamiento (art. 6, 1.°, del Código Civil).

No obstante, en mi criterio, el hecho de que se exceptúen de la inscripción bienes, derechos y limitaciones legales, no debe suponer su exclusión absoluta de la publicidad registral. De hecho cada vez es más frecuente su registración, debiendo interpretarse más bien como una dispensa que como una prohibición de inscripción, y en este sentido cabría dotar de una protección registral añadida al dominio público, a los bienes de la Iglesia Católica, y hacer más eficaces en el tráfico las prohibiciones legales.

Distinto sentido tiene lo que podríamos llamar publicidad fáctica o de hecho, que se basa en el principio de la buena fe en materia hipotecaria. En un ordenamiento inmobiliario como el español, en que no se ha dado el definitivo paso a la inscripción constitutiva, y en el que por regla general los derechos reales nacen con independencia del Registro, es lógico que se planteen supuestos en que la realidad jurídica no coincida con la verdad que proclama el Registro y que esa apariencia registral deba imponerse cediendo el derecho subjetivo ante el principio de seguridad jurídica. Pero se llegarían a consecuencias fraudulentas, y perniciosas para la institución, si no se exigiese la buena fe del que se ampara en la protección registral.

Y es que cuando existe una realidad extrarregistral, el conocimiento de la misma debe prevalecer ante la presunción de veracidad de los asientos registrales. Por ello es de alabar que aun cuando no se introdujo legalmente este requisito para gozar de los beneficios de la fe pública registral hasta la reforma hipotecaria de 1944, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo impuso desde la Sentencia de 11 de enero de 1895 hasta las más recientes (SS 8 y 12 de marzo de 1993).

También corresponde a nuestra jurisprudencia el mérito de fijar el concepto de buena fe en esta materia ante el silencio legal. La buena fe del adquirente supone en definitiva un desconocimiento de los vicios que pueden afectar al derecho del transferente legitimado registralmente y tiene, así SS de 3 de octubre y 22 de noviembre de 1963, un doble aspecto: en el positivo consiste en la creencia por parte del que pretende ampararse en la protección registral de que la persona de quien recibió la finca de que se trata era dueña de ella y podía transmitirle su dominio, y en su sentido negativo, se basa en la ignorancia o desconocimiento de la existencia de inexactitudes registrales o vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenante.

Claro que si condicionásemos la protección registral a la demostración de la buena fe del que se ampara en ella, limitaríamos en gran medida la eficacia de la institución hasta hacerla prácticamente inservible. Al final las presunciones registrales cederían a la práctica de la prueba en los correspondientes juicios declarativos, porque la buena fe es una cuestión de hecho que debe apreciarse por los tribunales de instancia. Volveríamos así al Derecho Romano en donde la soberanía del juez para apreciar las pruebas en juicio hacía innecesario, por ineficaz, un sistema publicitario.

Por ello la Ley, artículo 34, párrafo 2.°, parte de una presunción de buena fe, *iuris tantum*, del tercer adquirente: "la buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro".

Pero cuando indubitadamente pueda demostrarse el conocimiento fáctico de una realidad reconocida por nuestro ordenamiento, aunque no se hubiese acogido a los beneficios de la publicidad registral, ésta debe imponerse al contenido publicado, en aras de un principio de justicia y sin perjuicio de la seguridad jurídica.

Una aplicación de esta publicidad de hecho nos la proporciona reiterada doctrina jurisprudencial en materia de servidumbres aparentes, oponibles a terceros sin necesidad de previa inscripción, porque su realidad parte de hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos. Así, si los signos de una servidumbre son ostensibles e indubitados, su apariencia exterior le atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, surtiendo efecto contra el adquirente del inmueble aunque no resulte del Registro la existencia de la misma (S. 21 diciembre 1970).

2. *Concepto de publicidad registral inmobiliaria*

Como ya vimos en la primera parte de esta exposición, la institución de la publicidad registral inmobiliaria es relativamente reciente en los modernos ordenamientos jurídicos y no nos resulta sencillo llegar a precisar su concepto.

Examinando la doctrina italiana, pionera en los intentos de elaboración de una teoría unitaria de la publicidad, y la moderna doctrina española que empieza a preocuparse por la confección de un concepto de publicidad registral que se echa de menos en nuestras leyes, podemos ir entresacando las notas distintivas de la institución.

Desde luego que tal concepto debe partir, siguiendo a Pugliatti, de la idea de difusión hacia terceros del contenido publicado. Esa difusión es la esencia del fenómeno publicitario. El ordenamiento positivo debe organizar una serie de mecanismos que posibiliten al público el conocimiento de aquellos hechos y actos de contenido jurídico que por su naturaleza deben ser objeto de publicidad. Y en esta línea Corrado define la publicidad como "la declaración señalativa que proviene de órganos públicos y está dirigida a poner de manifiesto la existencia de hechos idóneos para producir modificaciones que pueden interesar a la generalidad de los ciudadanos".

Destacamos de esta doctrina general de la publicidad una serie de notas que nos van a ayudar en la elaboración de nuestro concepto de publicidad registral inmobiliaria.

En primer lugar, la exteriorización o difusión de lo publicado diferencia la publicidad de la forma. Las formalidades han estado siempre presentes desde el Derecho más antiguo en la constitución de los derechos reales. Como señalaba la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria "los romanos, a pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público, y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble". Pero la forma es anterior a la publicidad y está llamada a crear derechos pero no a publicarlos. La forma no es publicidad en el sentido de que supone una exteriorización de la voluntad, ya verbal ya documental, que agota su contenido en la constitución y en su caso perfección de los derechos, pero no va más allá, no contribuye a asegurar el tráfico ni dota de una mayor eficacia al derecho ya constituido. Ya advertía Alfonso de Cossío y Corral[10] la inexactitud que suponía confundir forma y publicidad; "Ordinariamente se concibe la forma como algo añadido al acto y exterior a él; como una envoltura que viene a cubrir la relación jurídica previamente creada, dotándola de nuevos efectos, de que sin ella carecería, y que suelen agruparse bajo la designación común de publicidad de la relación: algo que sin forma permanecería secreto entre las partes, y sólo entre ellas sería eficaz, al recibirla se hace público, puede ser debidamente probado, y llega a alcanzar la plenitud de sus efectos, incluso frente a las personas ajenas a la relación (...)", pero ello no es cierto porque, continúa el autor "(...) toda relación exige para poder constituirse una forma determinada, por sencilla que ésta sea, aunque se trate de una mera manifestación del consentimiento ... porque no toda forma implica necesariamente publicidad ... porque si bien la publicidad puede ser uno de los efectos de la forma, no es el único, ni siquiera el principal".

(10) Alfonso de Cossio y Corral. *Instituciones de derecho hipotecario*. Barcelona, 1956.

En definitiva que la forma tiene su campo en la prueba del acto o contrato, pero no refuerza su eficacia, en el sentido de que es la publicidad la que le hace oponible *erga omnes*.

La *traditio* es forma del negocio, y en nuestro derecho, artículo 609, 2.°, del Código Civil, es forma constitutiva del efecto traslativo de la propiedad, pero ¿va dirigida la *traditio* a dar publicidad frente a todos a esta transmisión de la propiedad? Nada nos parece menos público que la tradición instrumental que regula el artículo 1.462, 2.° de nuestro Código, encerrado el documento público en el secreto del protocolo notarial, y de ahí que, reconozcamos abiertamente la dualidad legislativa entre propiedad inscrita y no inscrita que tan magistralmente expuso Ramón de La Rica y Arenal en su discurso de Ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid en 1962,[11] para convenir con él en que el Código Civil, fiel al título y al modo, rige exclusivamente para la propiedad no inscrita y para la eficacia *inter partes*, y que la Ley Hipotecaria, ajena a la tradición, rige para la propiedad inscrita y para la eficacia *erga omnes*: "(...) el título y el modo de la doctrina civil no bastan para constituir con eficacia *erga omnes* el dominio si se trata de fincas inscritas; ese derecho real, nacido sólo al amparo de la legislación civil, no será esgrimible, ni eficaz frente a un tercero que inscriba su título en el Registro, y por el contrario, con título e inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante ... El mismo Código Civil acepta esta doctrina en su artículo 1.473 relativo a la doble venta".

En el tránsito a la inscripción constitutiva nos parece de gran valor la lógica, sencillez y claridad con que La Rica expone su tesis desterrando de la doctrina el tópico de la inscripción meramente declarativa en nuestro derecho.

Por otra parte, otra nota tipificadora del concepto de publicidad, que es precisamente la que contribuye a definirla como registral, es que la difusión hacia los terceros de su contenido se organiza a través de órganos públicos, y así se explica el nacimiento del Registro de la Propiedad, como institución jurídica destinada a dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario. El concepto de tal institución se recoge en el artículo 1.° de la Ley Hipotecaria que considera al Registro de la Propiedad como una institución en la que existen unos libros, en cuyos asientos bajo la salvaguardia de los tribunales, se inscriben y anotan los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles con los efectos establecidos en la Ley.

Junto a las notas examinadas, publicación de actos organizada a través de un Registro Público, José Manuel García[12] contribuye en nuestra moderna doctrina a completar las notas que configuran el concepto de publicidad registral inmobiliaria.

Así señala que uno de los caracteres que matizan la difusión, esencia de la publicidad, es que se trata de una "exteriorización continuada": "Esto quiere decir

[11] Ramón de La Rica y Arenal. "Realidades y problemas en nuestro derecho registral inmobiliario". Del libro Homenaje a este Autor. Madrid, 1976. Tomo II.

[12] José Manuel García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid, 1998. Tomo 1.

que no es intermitente ni esporádica. Se manifiesta en la publicidad resultante de los libros y asientos registrales, donde constan las titularidades en todo momento hasta que se produce su cancelación".

Esta nota nos permite distinguir la publicidad de la notificación. En efecto la notificación tiene un carácter limitado en el tiempo, da a conocer un acto jurídico durante un plazo determinado, y mientras la publicidad se dirige al tercero en general, la notificación tiene un destinatario determinado.

Sin embargo, aunque sea una institución típica de Derecho Procesal, la notificación tiene también su acomodo en nuestra legislación hipotecaria, siendo complemento de la publicidad registral. Se venían citando, como supuestos de estas notificaciones en nuestro ordenamiento hipotecario, el de los edictos que se publican en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en los supuestos de inmatriculación por título público de adquisición (art. 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento), o aquellos otros que se fijan en los Juzgados con ocasión de determinados procedimientos judiciales regulados en la Ley Hipotecaria, tales como los expedientes de dominio y el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, pero la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal ha dado entrada a la notificación registral en el ámbito de la vía de apremio. Así por un lado el párrafo 2.° del artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga al Registrador "(...) a comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado", y el artículo 1.490 de la misma Ley impone al Registrador una nueva obligación, pues al expedir certificaciones de titularidad y cargas en los procedimientos ejecutivos conforme al artículo 1.489 de la misma Ley, "(...) comunicará a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten en asientos posteriores al del gravamen que se ejecuta, el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el avalúo y la subasta de los bienes si les conviniere", artículo 1.490, párrafo 1.°.

Para descargar a los Juzgados de determinadas funciones no esencialmente jurisdiccionales, en aras de conseguir una más rápida y eficaz Administración de Justicia, se traslada la notificación a la institución registral con carácter general con los importantes efectos que en cuanto a la purga de cargas establece el artículo 175, 2.°, del Reglamento Hipotecario.

Junto a esta nota de "exteriorización continuada", José Manuel García matiza el concepto de publicidad registral; por un lado definiendo su objeto: "la exteriorización de situaciones jurídicas relativas a la propiedad y derechos reales sobre inmuebles", su finalidad: "producir una cognoscibilidad general", y su eficacia: "produce efectos jurídicos sustantivos sobre el contenido publicado".

Por ello podemos, con el citado autor, dar la siguiente definición de publicidad registral inmobiliaria; "la exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general *erga omnes* con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada".

De estos caracteres quiero destacar: la ampliación del objeto de la publicidad registral en el ámbito de los Registros jurídicos a la que ya he tenido ocasión de referirme, el concepto de cognoscibilidad legal del que trataremos en la última

parte de este trabajo relativa a la publicidad formal, y la eficacia de la publicidad registral sobre las situaciones inscritas, pasando a continuación a examinar en nuestro derecho, y en la legislación comparada, los diferentes efectos que cada sistema de publicidad asigna a su contenido.

3. *Efectos de la publicidad registral inmobiliaria*

Es incuestionable que una de las notas que caracterizan el concepto de publicidad registral inmobiliaria es el conferir un valor añadido al contenido publicado. Para Antonio Manzano[13] es, sin lugar a dudas, la nota más importante del concepto: "La publicidad, por sí misma, produce consecuencias de Derecho material, efectos jurídicos, que derivan directamente del hecho publicitario y no del negocio o derechos publicados, pues, de no tener éstos acceso a la vida registral, aquellos efectos jurídicos no se van a producir nunca".

Cuando aparecen los sistemas registrales, superando las etapas de clandestinidad en las diferentes fases de la evolución del Derecho romano y germánico, no es para regular una institución pública, el Registro de la Propiedad, con fines meramente publicitarios, sino para otorgar eficacia sustantiva a las relaciones jurídico inmobiliarias inscritas. Y precisamente el desarrollo de estos sistemas hipotecarios demuestra una clara tendencia legislativa a reforzar la energía que la publicidad registral despliega. De hecho las recomendaciones del Banco Mundial, en orden a la financiación privilegiada de los países en vías de desarrollo, imponen la existencia en estos ordenamientos jurídicos de un sistema registral basado en la existencia de un Registro Jurídico (que denomina también "Catastro legal"), que coexiste con los Registros Físico y Fiscal, y que a diferencia de estos últimos no se debe limitar al archivo de los Títulos, sino que debería ser un Registro de derechos con eficacia sustantiva.

En mi opinión, no existen actualmente sistemas registrales que limiten la eficacia de esta publicidad a la mera declaración de los actos y derechos publicados. La publicidad registral, no nos cansamos de repetirlo, no puede ser meramente "declarativa". Como señala Angel Sanz[14] "inscripción declarativa es aquella que se limita a recoger los elementos jurídicos que dan vida al derecho real sin añadirles un valor especial por sí misma. El derecho real nace y existe fuera del Registro, y las inscripciones que en éste se practican se refieren a derechos reales ya existentes, careciendo de toda eficacia para el nacimiento, existencia y validez del mismo". Este concepto desnaturaliza la publicidad registral, porque es de esencia en esta institución el desarrollar una eficacia sustantiva que mejore la condición del derecho publicado. Precisamente por ello se impone un control de legalidad, la calificación registral, que permita que sólo los actos válidos y jurídicamente perfectos sean objeto de inscripción y desplieguen su plena eficacia en la vida jurídica.

(13) Antonio Manzano Solano. Op. cit.

(14) Angel Sanz Fernández. *Instituciones de derecho hipotecario*. Madrid, 1947. Tomo I.

Por ello todos los sistemas jurídicos, y trataremos de demostrarlo más adelante, atribuyen a la inscripción cierta eficacia, sin que podamos estar de acuerdo con determinados autores que al comentar la legislación vigente en países como Bélgica o Italia, consideran que la institución registral satisface fines de mera publicidad.

Tampoco queremos aquí defender que la fuerza de la publicidad registral llegue a hacer de ésta un valor absoluto y único elemento en la constitución de los derechos reales. De hecho legislaciones germánicas (Sajonia, Hamburgo, Lubeck y Mecklemburgo) otorgaron a la publicidad ese valor constitutivo absoluto, y no sólo frente a terceros sino también con respecto de las partes. Pero el Código Civil alemán limitó esta orientación al exigir la concurrencia de otro elemento, el acuerdo abstracto, que junto a la inscripción debía concurrir en el proceso de creación de estos derechos, y el Código Civil suizo dio un paso más al conciliar el efecto constitutivo de la publicidad registral con la exigencia de un título causal.

Lo que queremos defender es el hecho de que en todos los sistemas legislativos modernos se regula la publicidad inmobiliaria a través de la institución registral, y que esta publicidad registral tiende por su propia esencia a atribuir eficacia material al objeto publicado.

Pero como quiera que esta eficacia es diferente en los distintos ordenamientos jurídicos, la doctrina, tanto la española como extranjera, ha elaborado numerosas clasificaciones de los sistemas hipotecarios.

Así la publicidad puede estar organizada tomando como sujeto de la misma a la persona o como base a las fincas. En los sistemas de publicidad personal los datos están materialmente centralizados alrededor del nombre de los titulares del derecho, mientras que la publicidad real se articula alrededor de los inmuebles y será tanto más eficaz cuanto mejor identificados se encuentren éstos. Pero esta forma de organización de la publicidad registral, en muchos casos mixta, que ofrece el Derecho comparado, no nos interesa aquí tanto como el distinguir los diferentes sistemas según cual sea la eficacia que atribuyan a la publicidad registral.

Considero que la sencillez y claridad exige aquí el estructurar la clasificación en dos grupos de legislaciones, distinguiendo aquellas en que la publicidad registral tiene un valor constitutivo en la existencia de los derechos, de aquellas otras en que esta publicidad desarrolla sus efectos frente a terceros protegiéndoles en el tráfico jurídico al hacerles inoponibles titularidades y cargas no publicadas. En las primeras los derechos reales nacen con la publicidad registral, la inscripción es parte en el proceso hacia su constitución; en las segundas la publicidad registral tiene un contenido básicamente negativo en el sentido de que no está dirigida a crear derechos, ni siquiera a presumir válidos sus contenidos, sino a hacer que no existan en perjuicio de tercero los actos no publicados.

Sin poder entrar ahora a examinar las distintas legislaciones, sí conviene hacer una breve referencia a las leyes vigentes porque, en definitiva, al ser la publicidad registral una construcción legislativa, el examen del derecho extranjero nos va a servir para matizar los efectos de la publicidad registral en nuestro ordenamiento inmobiliario.

Así dentro del primer grupo, ordenamientos que confieren a la publicidad registral un valor constitutivo, podemos señalar:

– En Alemania el párrafo 873 del BGB que establece "Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de un derecho sobre finca, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la modificación del derecho y la inscripción de éste en el Registro, en tanto la ley no prescriba otra cosa".

– En Suiza el artículo 971, 1.º, del Código Civil determina que "Todo derecho cuya constitución se halla legalmente subordinada a una inscripción en el Registro no existe como derecho real más que cuando la inscripción se realiza".

– En Austria el artículo 431 del ABGB dice "Para la adquisición de la propiedad inmueble tiene que inscribirse el negocio de adquisición en los libros públicos, determinados a este efecto".

– En la antigua URSS el artículo 135 del Código Civil de 1922 exigía la inscripción en el Registro para que pudiese surgir la propiedad privada.

– En Brasil el artículo 530 del Código Civil de 1916 establece como modo de adquisición de la propiedad inmueble "(...) la transcripción del título de transferencia en el Registro de Inmuebles".

– Las legislaciones anglosajonas, dentro de las peculiaridades de su sistema legal, también destacan el valor de la publicidad registral. Así, en Australia, en el llamado sistema de Acta Torrens, la inscripción tiene un valor constitutivo, y en Inglaterra la Ley de Registros de Inmuebles de 1925 ofreció el mecanismo registral para garantizar la contratación privada en el orden inmobiliario, con importantes efectos que van más allá de la simple inoponibilidad de lo no registrado, apreciándose una clara influencia del sistema australiano.

Dentro del segundo grupo de legislaciones citaremos:

– Francia, donde la transmisión consensual de la propiedad que recogió el artículo 1.583 del Código Civil de Napoleón de 1804, fue objeto de las más duras críticas, hasta que la publicidad inmobiliaria se organiza por la ley de 1855, reformada un siglo después, para hacer inoponibles los títulos registrales frente a aquellos que no tuvieron acceso al Registro.

– Portugal donde el artículo 4.º del Código de Registro Predial de 1984 establece que "Los actos sujetos a registros, aunque no registrados, pueden ser invocados entre las propias partes o sus herederos", con excepción de la hipoteca, cuya eficacia, aun entre las propias partes, depende de la publicidad registral.

– Italia con un sistema parecido al anterior, ya que mientras la hipoteca "(...) se constituye mediante inscripción en el Registro Inmobiliario", artículo 2.808 del Código Cívil, la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles se constituyen por el simple consentimiento, pudiendo ser objeto de "transcripción" en el Registro inmobiliario. Pero la publicidad registral para que estos actos sean oponibles a terceros hace que la doctrina entienda sus efectos más allá de los meramente declarativos, atribuyendo a su publicidad registral una cierta función constitutiva.

– Argentina donde el artículo 2.505 del Código Civil establece que "la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles ... no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas".

Dentro de este grupo de legislaciones señalamos las de Venezuela, México, Nicaragua, Chile, Puerto Rico, todas con especiales efectos dentro de esta filosofía de inoponibilidad de lo no registrado frente a lo inscrito, y cuyo conocimiento nos ha venido dado en los diferentes Congresos Internacionales de Derecho Registral.

Por último señalar cómo en Estados Unidos de América el sistema de publicidad registral más generalizado es el denominado de "recording", registro de documentos, que convive en algunos estados con el sistema australiano del Acta Torrens, y que tiene como finalidad básica el de que los terceros puedan llegar a conocer a través del Registro la titularidad de su transmitente, dependiendo la eficacia en el tráfico de determinados actos de su registración. Es en este sistema donde la eficacia de la publicidad registral es más limitada, aproximándose más al concepto de "publicidad noticia" que al de "publicidad efecto", y por ello, por la deficiente regulación de la institución, el sistema se completa y encarece a través de los seguros de títulos que emiten las compañías del ramo. Se hace evidente la necesidad de una profunda reforma de este sistema registral, pues en ningún caso las compañías de seguros pueden llenar los fines de seguridad del tráfico jurídico que satisface la institución registral.

En realidad al examinar la legislación norteamericana apreciamos la falta de un verdadero sistema registral, porque no cabe hablar de publicidad registral inmobiliaria cuando ésta carece de efectos. Nos resistimos en efecto a encuadrar el sistema de *recording* dentro del segundo grupo de legislaciones porque, habida cuenta de los numerosos casos de adquirentes que no inscriben su derecho, la jurisprudencia de los Estados, estudiada por Antonio Moro[15] en su importante estudio sobre los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos, se ha visto obligada a introducir serias limitaciones al principio general de inoponibilidad de los contratos no inscritos frente a los inscritos. En este estado de la situación la práctica jurídica norteamericana ha acudido a mecanismos complementarios para la tutela de los derechos inscritos ante la poca fiabilidad de la mal organizada publicidad registral. Estos mecanismos se basan en informes de abogados especializados, una vez consultados los archivos registrales en cuanto a titularidad y cargas, que suministran un confidencial informe sobre la conveniencia o no de adquirir el derecho de que se trate. Pero ante la insuficiencia de tales dictámenes el sistema que ha venido a sustituir al registral, con un coste económico considerablemente mayor y sin las suficientes garantías de protección del tráfico jurídico, ha sido el de la suscripción de pólizas por las compañías de seguros. Un profundo conocedor de esta legislación, como es Puig Brutau, pone de relieve que las compañías aseguradoras operan en este sistema a base de un cálculo matemático del riesgo, con independencia de lo que resulta de la titulación. No se asegura la calidad del título, sino el riesgo que corre el asegurado.

[15] Antonio Moro Serrano. *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos.* Madrid, 1986.

Ante una publicidad registral defectuosa en su objeto y organización, y carente de los efectos sustantivos que predica su esencia, el sistema de seguros ha venido a reemplazar en la realidad jurídica norteamericana la carencia de un verdadero sistema registral. Pero este costoso procedimiento de asegurar los títulos, al ser insuficiente para llenar los fines cautelares y de seguridad jurídica que satisface la publicidad registral en el orden inmobiliario, debe ser objeto de la más severa crítica y sólo me cabe opinar que han sido los intereses económicos de las compañías aseguradoras los que han evitado la implantación de un verdadero sistema registral en las legislaciones federales.

La introducción por la reforma hipotecaria en nuestro país de la publicidad registral inmobiliaria, ha hecho que en nuestra legislación, en frase de Nuñez Lagos, no se conciba para el comprador de un inmueble otro seguro que no sea el de incendios.

En la primera parte de este discurso señalamos cómo la radical innovación que para nuestro derecho supuso la introducción de la publicidad registral por la Ley de 1861, inició una tendencia legislativa y aun jurisprudencial en orden a mejorar la organización de la institución y a reforzar la eficacia de sus efectos, pero esta evolución debe todavía consumarse.

En un principio, la influencia del Derecho alemán y especialmente del prusiano en la primera Ley Hipotecaria, nos llevaría a la eficacia constitutiva de la publicidad registral y este fue el sentido de la base 52 del proyecto de la Comisión General de Codificación de 1843. Pero esta eficacia fue limitada exclusivamente frente a terceros en los sucesivos proyectos que ya estudiamos hasta su formulación legal en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y el artículo 606 de nuestro Código Civil.

Nuestra vigente Ley Hipotecaria de 1944 consolida la publicidad registral fijando los principios de legitimación y fe pública registral, pero sus preceptos en orden a la eficacia de nuestra publicidad registral, han sido interpretados de forma muy diferente por nuestros autores.

Así se ha querido ver en preceptos como el artículo 32, o el mas específico artículo 13, un sistema latino de protección que hace inoponibles los títulos no inscritos frente a terceros que cumplan el exclusivo requisito de haber inscrito sus derechos, y que encuadraría a nuestro sistema dentro de este tipo de legislaciones.

Pero es que la protección registral se completa con la introducción, de claro contenido germánico, de la fe pública registral. En base a este principio, artículo 34 de la Ley, el tercero que reúna determinados requisitos va a mantener una posición inatacable, aunque tal privilegio tenga su causa en la apariencia registral y no concuerde con la realidad jurídica extrarregistral.

Por otro lado la Ley y el Código Civil dotaron a la publicidad registral de fuerza constitutiva en materia de hipoteca, donde la falta de contacto posesorio de esta garantía real iba a ser suplida por la inscripción en el Registro de la Propiedad, pero se mantuvo la tradición con eficacia constitutiva en el proceso de formación del dominio de los demás derechos reales sobre inmuebles.

Nos encontramos así, por un lado con una dualidad legislativa en esta materia, normas de la Ley Hipotecaria y del Código Civil que no es fácil conciliar, y por

otro con diferentes sistemas de protección a terceros dentro de la norma estrictamente hipotecaria, todo lo cual contribuye a que nuestra doctrina científica adopte las más variadas tesis sobre la eficacia sustantiva de la publicidad registral inmobiliaria en nuestro ordenamiento.

En un extremo los autores partiendo de que la inscripción por regla general no es constitutiva, incluso hay quien niega tal efecto a la publicidad registral del derecho de hipoteca, dotan a la inscripción de una eficacia meramente declarativa, en el otro, y esta tendencia nos parece mucho más respetuosa con el concepto que hemos defendido de la publicidad registral, consideran que la inscripción en nuestro régimen hipotecario tiene una cierta eficacia constitutiva.

Nos parece mucho más interesante referirnos a esta última posición doctrinal que representa en definitiva la forma más razonable de entender la publicidad registral inmobiliaria en nuestra vigente legislación.

Así está claro que la publicidad registral va a jugar un papel fundamental en los casos de adquisiciones *a non domino* eficaces por la fe pública del Registro cuando se cumplen los presupuestos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: "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". Aquí la generalidad de nuestra doctrina, y la jurisprudencia, reconoce un cierto valor constitutivo de la publicidad registral que juega en dos momentos: con anterioridad a la adquisición del derecho, ya que posibilita al futuro adquirente la información necesaria sobre quien tiene el poder de disposición sobre el mismo, sin que se imponga una obligación o necesidad de consulta de la publicidad registral para que ésta despliegue sus efectos; en un segundo momento, ya que al inscribir el derecho adquirido, la publicidad registral mejora su condición, convirtiéndole en absoluto al ser oponible *erga omnes*, y dotándole de una posición inatacable.

Como ha reconocido la Sentencia de 7 diciembre 1987 lo que la publicidad registral pregona con presunción *iuris et de iure* es que para el tercero "(...) el Registro ... es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad".

Pero es que además, en la tesis ya aludida de La Rica,[16] la publicidad registral va a tener un efecto general constitutivo tratándose de propiedad que previamente se halla registrada: "en nuestro sistema la inscripción corona o cierra el ciclo de la constitución eficaz del derecho real y en este sentido la inscripción es un factor constitutivo complementario del título y de la tradición".

En esta línea Manuel Villares Picó, que había publicado privadamente en Palencia antes de la reforma de 1944 un divulgador trabajo sobre los efectos de la inscripción en nuestro ordenamiento, se atreve[17] a predicar de la inscripción una

(16) Ramon de La Rica y Arenal. Op. cit.

(17) Manuel Villares Picó. "La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n. 252, Madrid, mayo 1949.

eficacia constitutiva, no sólo en los supuestos de hipoteca, arrendamiento y de opción, sino siempre en cuanto a tercero en la adquisición del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles. "(...) para el tercero su único modo de adquirir la propiedad inmueble es la inscripción, y por ello ésta resulta para él constitutiva, y en este sentido, y así entendido el valor de la inscripción, huelgan todas las sutilezas que se esgrimen al interpretar el artículo 1.473 del Código, diciendo si tiene o no el transferente en la segunda venta, facultad dispositiva, en el caso de que en la primera haya mediado la tradición real o ficta, como se dice en la Sentencia del Supremo de 1 de junio de 1948, cuando lo que sucede realmente es el caso de doble venta y se inscriba una o en caso de títulos opuestos sobre un mismo derecho, es que se ponen en juego dos modos de adquirir, uno relativo y otro absoluto, estando éste en grado preferente para la adquisición. Si hay colisión, la Ley Hipotecaria y el Código Civil establecen categóricamente que la transmisión inscrita excluye a la no inscrita, y no hay necesidad de mirar si en el otorgamiento del título que se inscribió hubo efecto traslacional u obligacional, porque para la adquisición basta que sea título, ya que el modo lo es la inscripción ... En fin que en estos casos de títulos incompatibles no es que haya ni que deje de haber efecto traslacional para el segundo titular o para el titular que inscriba, sino que, lo que sucede es que hay la pena de nulidad o de ineficacia para el que no inscribió, y el premio de la eficacia para el que inscribe; la inscripción hizo cumplir la condición resolutoria a que está afecta la adquisición no inscrita".

Recientemente, José Manuel García[18] tras desterrar el tópico de la inscripción declarativa y señalar los supuestos de eficacia constitutiva de la publicidad registral, adopta una posición que si bien intenta ser más conciliadora con las tesis civilistas, en cuanto que reconoce que los derechos reales nacen antes de ser objeto de publicidad registral, sin embargo al reconocer a ésta una eficacia conformadora de la plena eficacia del derecho real, en cuanto le hace oponible frente a todos, llega a conclusiones muy similares a las de la Rica y Villares Picó; "(...) mantenemos que, aunque la inscripción en nuestro sistema no es constitutiva por regla general, viene a ser constitutiva respecto a 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".

De la cita de doctrina tan autorizada, del panorama legislativo que intente trazar en la primera parte de esta obra, se manifiesta la firme postura de este autor en el sentido de que toda interpretación de los textos legales vigentes lo ha de ser para reforzar la eficacia de la publicidad registral en el tráfico jurídico inmobiliario. Esto debe ser así porque los fines de la publicidad registral inmobiliaria, fines básicos en el progreso económico, social y jurídico de cualquier nación, no llegarían jamás a cumplirse si negásemos a la institución la eficacia material y sustantiva que necesita para lograr sus trascendentales objetivos: la seguridad jurídica, la fijeza de la propiedad territorial, el fomento del crédito hipotecario, la evitación de pleitos y litigios en materia inmobiliaria.

[18] José Manuel García García. Op. cit.

Claro que en el estado actual de nuestra legislación, no podemos sino reconocer que ello supone el que el Registro, frente a terceros, imponga una apariencia que no se ha de corresponder con la realidad extrarregistral reconocida por nuestro Código Civil que ampara la libertad de los particulares a la hora de exteriorizar su voluntad negocial y de acudir a la institución registral. Y esto siempre es perturbador, porque de lo que se trata no es de que el Registro prevalezca frente a la realidad, sino de que coincida con ésta, y esto sólo es posible cuando nuestras leyes establezcan con carácter general, *inter partes* y frente a terceros, el valor constitutivo de la publicidad registral.

Con ocasión de la conmemoración de los cincuenta años de la reforma hipotecaria de 1944, Antonio Pau ha vuelto a recordar la necesidad de esta reforma, destacando las consecuencias negativas que se derivan de la falta de eficacia constitutiva de la publicidad registral: " 1. Queda mermada la utilidad social del Registro. 2. Queda indeterminado, respecto de terceros, el momento en que se producen los cambios de propiedad. 3. Mantiene irresoluble el problema de la base física de los asientos registrales".

Por eso pedimos desde este foro, a nuestros legisladores las necesarias reformas, a nuestros jueces, que, mientras tanto, sigan reconociendo en sus decisiones el valor intrínseco de la publicidad registral inmobiliaria en detrimento de formas y formalidades, y a nuestros registradores que defiendan a ultranza su calificación para impedir que accedan a la protección registral actos nulos y anulables.

No me cabe duda de que ello contribuirá al progreso económico y jurídico de nuestra nación, nuestra propiedad inmueble quedará definitivamente establecida y nuestro crédito hipotecario recibiría un definitivo impulso para llegar, como en los países de nuestro entorno comunitario, a representar un 36 por ciento del Producto Interior Bruto, frente al 18 por ciento que ha supuesto para España en el año 1995 según los datos suministrados por los ministerios de Economía y Justicia de nuestro país.

III. Forma de la publicidad registral inmobiliaria

Para que puedan consumarse los efectos sustantivos que hemos predicado de la publicidad registral inmobiliaria, se hace necesario el establecimiento de los mecanismos legales que posibiliten que el contenido publicado pueda ser conocido por todos. Como señala Jerónimo González,[19] "los fines sociales jurídicos que la fe pública del Registro persigue, no se alcanzarían si no se estableciera para hacer efectiva la notoriedad de las inscripciones, una reglamentación adecuada, adjetiva en cierto modo, que permita a los interesados conocer, sin grandes investigaciones ni gastos, las oficinas donde han de recibir las noticias que buscan y enterarse del contenido de los asientos que puedan afectarles".

Es una publicidad formal, en el sentido de que no va a producir efectos jurídicos materiales, ya que la eficacia de la publicidad registral es independiente de

(19) Jerónimo González y Martínez. Op. cit.

la efectiva consulta de los libros registrales, pues no existe necesidad ni obligación de conocimiento. Ahora bien, si bien no existe en nuestra legislación hipotecaria una norma que presuma el conocimiento del contenido publicado, norma que en cambio sí estableció en sede de Registro mercantil el artículo 2.°, del Reglamento de 14 de diciembre de 1956 que disponía "se presume que el contenido de los libros del registro es conocido por todos (...)", si en cambio rige el principio, que también establecía el precepto antes citado, de "(...) no podrá invocarse su ignorancia". En definitiva, que nadie va a poder prevalerse de no haber tenido conocimiento de una inscripción practicada en el Registro (así art. 970, 3.°, del Código Civil suizo), y por ello, por la misma razón que al determinar nuestro Código Civil que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6, 1.°) posibilita su conocimiento preceptuando la publicación de la misma en el Boletín Oficial del Estado (art. 2.°), se deben articular los procedimientos que permitan que los contenidos publicados sean accesibles al público, con las debidas garantías, el adecuado coste y en el plazo más breve posible.

Para posibilitar el necesario conocimiento de los derechos inmobiliarios inscritos, nuestra Ley Hipotecaria organizó la institución en torno a las fincas, siguiendo los principios de folio real y especialidad. En base al primero el Registro de la Propiedad se llevará abriendo un folio a cada finca en el libro correspondiente, asignando a cada finca un número diferente y correlativo, y practicando todos los asientos relativos a esta finca en dicha hoja sin dejar claros entre los asientos (arts. 8, párrafo 1.° y 243 de la Ley Hipotecaria). Como consecuencia del segundo, para que los derechos reales limitativos, los de garantía y en general cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan (art. 13 de la Ley Hipotecaria).

Por otro lado se estableció una competencia territorial, de modo que la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos a derechos reales sobre inmuebles, deberían hacerse en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles (actual art. 1, 2.° de la Ley). La Exposición de Motivos de la ley consideró en este punto que lo principal era "(...) la facilidad de los que hayan de hacer las inscripciones. Alejar los registros de los que han de acudir a ellos, equivale frecuentemente, y con especialidad cuando es corto el valor de las fincas, a hacerlos inaccesibles". Se respetaba así la competencia territorial de los antiguos oficios de hipotecas que se mandaron establecer "donde hubiera cabeza de jurisdicción".

Se desestimó el concepto de "oficina única", basado en la mejor inspección de las oficinas e idoneidad del personal que las sirve, cuando menor sea su número, filosofía que inspiró el sistema del Acta Torrens implantado en Australia.

Por otro lado, en estas oficinas, la publicidad formal se realizaba por la exhibición de los Registros a las personas con interés en consultarlos o por certificación expedida por los Registradores, únicos documentos con que puede acreditarse en perjuicio de tercero la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o de los derechos reales.

Sin embargo determinados conceptos como el de interés legítimo, competencia exclusivamente territorial a la hora de manifestar la publicidad registral, y el tiempo

y forma de la misma, estimo que han de ser objeto de revisión al no haberse adaptado a las nuevas necesidades que impone el actual tráfico jurídico inmobiliario.

1. Publicidad de los registros: el "interés conocido"

Desde la primera Ley Hipotecaria se viene exigiendo en nuestro ordenamiento un interés conocido para el acceso a la publicidad registral. Así lo establecía el artículo 279 "Los Registros serán públicos para los que tengan interés conocido (...)" y el artículo 280 "Los Registradores pondrán de manifiesto los registros en la parte necesaria a las personas que a su juicio tengan interés en consultarlos (...)".

La Exposición de Motivos empleó el término "interés legítimo" justificando la exigencia para evitar "(...) pesquisas impertinentes que puedan alentar las malas pasiones y convertir en daño de personas determinadas los secretos de su crédito".

No obstante la cuestión no se presentaba pacífica. Bienvenido Oliver[20] pone de manifiesto los debates que en la Comisión encargada de la elaboración del Proyecto de Ley Hipotecaria de 1857 suscitó esta limitación del acceso a la publicidad registral: "El ponente Sr. Cárdenas propuso la redacción de un artículo concebido en los siguientes términos: Los Registros serán públicos para todos, y en su consecuencia se pondrán de manifiesto a las personas que quieran consultarlos. Después de un amplio debate, en el que tomaron parte todos los Vocales, el Presidente sometió a la deliberación la siguiente proposición: ¿Se admitirá la publicidad absoluta de los Registros, o se limitará a los interesados? Puesta a votación quedó desechada la primera parte y aprobada la segunda por cuatro votos contra tres que fueron los Sres. Cárdenas, García Gallardo y Acevedo. Formaron la mayoría el Presidente y los Sres. Ibarra. Lasema y Bayarri".

Por otro lado en la Comisión encargada de la elaboración de las Leyes Hipotecarias de Cuba y Puerto Rico se transcribieron los preceptos citados de la ley española, pero suprimiendo las palabras "a su juicio" para prevenir las arbitrariedades que pudieran cometerse, aunque después en el Reglamento se les facultase a los Registradores para negar la manifestación, posiblemente porque se copiase el artículo 226 del Reglamento de la Península sin apreciar la discordancia.

Ante esta limitación legal, los primeros y muy autorizados comentaristas de nuestra ley, Sres. Galindo y Escosura,[21] criticaron el sistema "porque el hecho de acudir al Registro demuestra que hay interés en saber el estado de la finca ... nos parece preferible la declaración de publicidad de los Registros sin limitación alguna", y la Dirección General de los Registros, en Resolución de 20 de abril de 1876, limita la calificación de los Registradores en esta materia, que sólo estaban autorizados para apreciar el interés de personas y corporaciones, pero no el de los jueces que dirigen el correspondiente mandamiento.

[20] Bienvenido Oliver Esteller. *Derecho inmobiliario español*. Madrid, 1892.

[21] León Galindo y de Vera; Rafael de la Escosura y Escosura. *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*. Madrid, 1880.

Las sucesivas reformas hipotecarias, hasta el actual artículo 221 de la Ley vigente, siguieron manteniendo esta exigencia, estableciendo un recurso de queja ante el órgano judicial competente contra la decisión del Registrador de desestimar el interés conocido, cuya decisión puede a su vez recurrirse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 228 de la Ley Hipotecaria).

Si bien es cierto que la publicidad absoluta no me parece un criterio defendible, de hecho limitaciones de la misma se encuentran en casi todas las modernas legislaciones (así párrafo 12 de la GBO alemana y artículo 970 del Código Civil suizo), sí me parece criticable lo ambiguo de la técnica legislativa. Como señala Buenaventura Camy[22] "la frase 'quienes tengan interés conocido', introduce un elemento repudiable, timorato, casi farisaico, que no ha sido causa del desprestigio de la institución debido a la laxitud de su interpretación ... el interés en la consulta nunca podrá ser ilegítimo, pues a lo sumo podrá darse ese calificativo a la finalidad remota a la que la consulta pueda ir dirigida ... hay que hacer desaparecer esa exigencia".

Y en este sentido, hay que precisar que como quiera que la Ley exige exclusivamente un "interés conocido" bastaría que los Registradores manifestasen sus libros indiscriminadamente pero estableciendo el tipo de control que estimen oportuno sobre la identidad y datos personales de quienes soliciten la manifestación de los libros, de manera que quede en la oficina información suficiente de las personas que cada día hayan examinado dichos libros u obtenido notas simples. Y esto tampoco parece conveniente.

En realidad la limitación de la publicidad debe centrarse más que en el interés, en la finalidad de la consulta. Como establece la Resolución Circular de la DGRN de 12 de junio de 1985 "(...) se considera carentes de interés legítimo a aquellos que a juicio del Registrador pretenden acceder a la información contenida en los libros del Registro con la finalidad de comercializar por cualquier procedimiento la propia información obtenida". Es evidente que la publicidad registral no es susceptible de tráfico jurídico, de ahí que, como se advierte en el Protocolo de colaboración entre la Agencia de Protección de Datos y el Colegio de Registradores de 3 de noviembre de 1994, "los riesgos de manipulación de la información que la publicidad registral contiene se patentizan, de forma directa, en los supuestos de peticiones en masa de información". En estos casos se impone un tratamiento profesional de la información que requiere el análisis de la personalidad del solicitante y recomienda la petición de un escrito firmado que lo identifique y exprese la causa de su petición. Se debe evitar la formación de archivos paralelos, algo que va contra todas las disposiciones legales, porque la publicidad registral por su misma esencia debe ser suministrada por los órganos estatales, y no es algo que esté en el comercio de los particulares.

Una segunda limitación en este campo, impuesta por otro lado por disposiciones como la Ley orgánica 5/1992 de 29 de octubre sobre tratamiento

[22] Buenaventura Camy Sánchez Cañete. *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Pamplona, 1982.

automatizado de los datos de carácter personal y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, es que se debe restringir la publicidad registral a los datos puramente económicos o patrimoniales, sin que quepa manifestar datos como domicilios, incapacidades y en general lo que podríamos denominar "datos sensibles".

Pero con estas precisiones, del mismo modo que he venido a lo largo de este discurso pidiendo para nuestro ordenamiento un Registro de la Propiedad exacto e íntegro, también es necesario que el Registro sea público.

Es más, debemos citar aquí, la importante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de junio de 1994, que ante la denegación de publicidad del patrimonio de un conocido político al ser la petición de información de carácter periodístico, y pedirse para un fin distinto de aquel para el que se creó la institución registral (la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y el fomento del crédito territorial) viene a revocar no sólo la decisión del Registrador, sino la Resolución de la DGRN que confirmó la calificación registral, y ello porque "(...) la función social que caracteriza actualmente a la propiedad hace que ésta no sea ya un asunto privado que pertenezca al área estricta de la intimidad protegida por el artículo 18 de la Constitución, y esto con más sentido hay que afirmarlo en relación con los altos cargos, cuyos intereses no son asuntos privados como se deduce del Real Decreto 220/90 por el que se establece el Registro de intereses de Altos Cargos".

La exigencia del "interés conocido" entra así en colisión con el derecho de información, derecho que ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional con prevalencia frente a los derechos de la personalidad, de ahí que debería tenderse, para un mejor funcionamiento de la publicidad formal, a una presunción de este interés, y ser objeto de calificación la falta del mismo. Esta es la filosofía de la importante Instrucción de 5 de febrero de 1987 de la DGRN sobre Publicidad en los Registros de la Propiedad que señala que "(...) el Registrador podrá dispensar de la justificación del interés a las personas o entidades cuando la obtención de la información registral constituya el objeto específico de sus actividades profesionales o empresariales o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento (entidades y organismos públicos, entidades financieras, profesionales del Derecho, detectives, gestores, agentes de la propiedad inmobiliaria, informadores comerciales, verificadores de fincas y demás profesionales que desempeñen actividades similares)".

Este sentir que para la publicidad del Registro de la Propiedad he manifestado, lo ha sabido recoger en la última reforma el legislador mercantil: "El Registro Mercantil es público y corresponde al Registrador Mercantil el tratamiento profesional del contenido de los asientos registrales, de modo que se haga efectiva su publicidad directa y se garantice, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado. Los Registradores Mercantiles calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de las normas vigentes, en las solicitudes de publicidad en masa o que afecten a los datos personales reseñados en los asientos".

Artículo 12, 1.° y 3.°, del Reglamento de Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996 de 19 de julio.

Idéntica filosofía ha inspirado la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de octubre de 1996, que tras definir los principios por los que ha de regirse la publicidad registral: publicidad directa, publicidad jurídica y protección de datos de carácter personal, establece la prohibición, a efectos de publicidad e información, del acceso directo, por cualquier medio, físico o telemático, a los archivos registrales. Además su artículo 14 impone a los Registradores la obligación de un tratamiento profesional de la publicidad formal, lo cual excluye la manifestación de los datos carentes de trascendencia jurídica e implica que la publicidad formal se exprese con claridad y sencillez, haciendo constar en todo caso el valor jurídico de la información.

2. *Manifestación de la publicidad registral por exhibición de los libros o por nota simple informativa*

En los antiguos Oficios de Hipoteca no se contemplaba la posibilidad de consulta directa de sus libros por los particulares. Así la Pragmática de Carlos III de 1768, a la que ya hemos hecho referencia, si bien admitía la consulta a los particulares, "petición extrajudicial", ésta debería despacharse por escrito, ya "simplemente o por certificación autorizada".

Sin embargo nuestra Ley no respetó aquí el precedente de las Contadurías y articuló la publicidad de los Registros a través de dos medios de conocimiento: la manifestación de los libros del Registro (art. 280 de la Ley y 226 de su Reglamento), y la expedición de certificaciones por los registradores competentes.

La vigente legislación sigue posibilitando la exhibición de los libros (art. 222 de la LH), pero regulando su ejercicio de forma restrictiva: los libros no podrán sacarse de la respectiva oficina (art. 222 del LH), los libros no se pondrán de manifiesto sino durante el tiempo que el Registrador no los necesite para el servicio de la oficina (art. 333 del RH), el particular a quien se le exhiba cuidará bajo su responsabilidad, de la conservación e integridad del libro que examine y no podrá copiar los asientos ni exigir de la oficina otro auxilio que el de la propia manifestación (art. 334 del RH).

Estas limitaciones nos parecen convenientes. Primero, porque la conservación de los libros exige tomar las necesarias precauciones para evitar su daño o manipulación, y en este sentido la Resolución de 4 de abril de 1979 de la DGRN establece que el Registrador podrá sustituir la exhibición de los nuevos libros de hojas móviles del Registro por fotocopia de las hojas correspondientes, sustitución que se estimula por la Resolución de 26 de agosto de 1986. Segundo, porque el tratamiento profesional de la publicidad formal exige un control de estas manifestaciones, para evitar su copia literal, que atentaría contra el contenido económico de la publicidad, y su deficiente interpretación cuando la consulta no la realizan profesionales cualificados.

En este sentido es de destacar lo dispuesto en el apartado 5.° de la Instrucción de 5 de febrero de 1987 de la DGRN. Esta norma, en aplicación de lo dispuesto en

el artículo 332, 2.°, del RH, establece que será el Registrador en cada caso quien determine la forma de manifestación, pudiendo denegar la exhibición del libro y expedir la correspondiente nota simple. Y para los casos de carácter excepcional en que concurran especiales circunstancias que justifiquen la exhibición de los libros, ésta deberá realizarse preferentemente "por fotocopia de los folios que se deseen consultar, que será retirada por el Registrador después de la consulta".

Y la reciente Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996 en su artículo 13 prohibe el acceso directo a los Archivos de los Registradores de la Propiedad, que responderán de su custodia, integridad y conservación.

El tratamiento profesional de la publicidad formal reconduce la manifestación del Registro a la expedición de la llamada "nota simple informativa". Este medio de publicidad del que encontramos precedentes en la legislación comparada, en los oficios de hipotecas y en la propia legislación notarial que autoriza a los notarios a la expedición de "copias simples sin garantía por la transcripción" (art. 250 del Reglamento Notarial), no fue sin embargo establecido por la legislación hipotecaria sino hasta la reforma del Reglamento de 1947, cuyo artículo 334 en su párrafo segundo disponía que "a instancia de parte legítima y a título de manifestación, por escrito, sin garantía, los Registradores podrán facilitar nota simple informativa de los asientos del Registro o de los datos que consten en los mismos".

Sin embargo el uso había impuesto en la práctica registral, aun sin precepto legal o reglamentario en que basarse, la expedición por las oficinas de estas notas informativas. En efecto; la consulta directa de los libros era inútil para los particulares que desconocían la mecánica del Registro y que no podían exigir ningún auxilio al Registrador para su interpretación; era excesiva para los Notarios que deberían personarse en las Oficinas para recabar los datos de titularidad y cargas necesarios para redactar sus escrituras; y no era operativa para la práctica bancaria que no podía basar sus préstamos en meras referencias verbales de los consultantes y que por otro lado no podía esperar los plazos legales que dilataban la expedición de las correspondientes certificaciones.

De ahí que la reforma vino a consagrar una publicidad formal de hecho, que se consolidó legislativamente con la nueva redacción del artículo 332 del Reglamento Hipotecario en su modificación de 17 de marzo de 1959: "La manifestación del Registro ... podrá hacerse ... por nota simple informativa, sin garantía y en virtud de petición verbal o escrita del interesado que indique claramente las fincas o derechos cuyo estado pretende averiguar".

No obstante hemos de destacar aquí el vacío legal en que se encuentra este medio de publicidad. No existen normas legales ni reglamentarias que delimiten su contenido, eficacia, su forma y su plazo de expedición, todo lo cual es muy criticable ya que la evolución económica del país determina cada vez mayores requerimientos de este tipo de publicidad en nuestro Registro.

En cuanto al contenido de estas "notas informativas", parece evidente que su carácter legal de "simple", nos lleva a considerar que deben reflejar en extracto el historial de contenido jurídico y económico de la finca, lo cual concuerda con la

línea general de publicidad en relación que rige en sede de certificaciones (art. 336, 2.°, del RH), y con la norma reglamentaria que prohibe copiar los asientos exhibidos (art. 334 del RH). Por ello merece nuestra crítica la Instrucción de la DGRN de 12 de junio de 1985, refrendada por la Resolución de 27 de agosto de 1986, al permitir que la nota simple informativa consistiese en "fotocopia de los asientos a que se refiere la manifestación". Y ello aunque este carácter general de expedición de notas simples por fotocopia, se modalizase en la Instrucción de Sentencia de febrero de 1987 que restringió el uso de la fotocopia a supuestos excepcionales "(...) cuando por la claridad gráfica y de conceptos de folio u hoja, la comprensión del asiento o asientos no planteen dificultad", exigiendo además que en las fotocopias se advirtiese del valor "meramente informativo" de este medio de publicidad.

Todo ello no nos parece suficiente, aun más cuando la citada Instrucción permite con carácter general que las fotocopias complementen las notas simples expedidas en relación por los Registros. La fotocopia debe desaparecer de la publicidad formal de los Registros, la prohibición legal no se debe hacer esperar, y en este sentido quiero recoger las conclusiones sentadas por la Comisión Nacional de Informática del Colegio de Registradores que indica los siguientes argumentos que deben llevar a la prohibición de la fotocopia como medio de publicidad formal: "a) Es la negación evidente del tratamiento profesional, por parte del Registrador, de la publicidad formal, pues, a menudo, requiere de un intérprete ajeno al Registro para su comprensión; en tal sentido puede afirmarse que es la no publicidad; b) No justifica el precio de la información; c) Puede atentar al derecho a la intimidad de las personas; d) La propia Dirección General, instauradora de esa forma de publicidad, dio marcha atrás en la Instrucción de 5 de febrero de 1987".

La nota simple debe por tanto ser una manifestación por escrito del contenido de los asientos registrales, especificando de forma simple, en relación, la titularidad y cargas de las fincas o derechos que constituyan su objeto.

En cuanto a su forma, estimaba La Rica[23] comentando la reforma reglamentaria, y ante la falta de regulación, que "(...) deberán extenderse en papel común y no precisan la firma del Registrador ... será conveniente, sin embargo, para darles carácter oficial, es decir, para justificar su procedencia, sellarlas con el del Registro. Y también parece, a mi juicio, requisito muy recomendable el de consignar la fecha de su extensión, para evitar equívocos o usos indebidos, a lo que se prestaría su empleo después de transcurrido tiempo desde su expedición, cuando ha podido ya cambiar el estado jurídico de los inmuebles o derechos a que se contraigan". Este sentir lo recogió la DGRN en sus tantas veces citada Instrucción de Sentencia de febrero de 1987, al determinar que "En todo caso, las notas expresarán el número de hojas y la fecha en que se expiden, y llevarán el sello del Registro".

Pero si podemos estar de acuerdo con la Instrucción en cuanto a la forma que debe revestir la "nota simple informativa", nos parece lamentable que, en cuanto a su plazo de expedición, se limite a recomendar que ésta se efectúe "(...) en el plazo más breve posible, que no excederá en ningún caso del establecido en el

[23] Ramon de La Rica y Arenal. *Comentarios al nuevo reglamento hipotecario*. Madrid, 1948.

artículo 236 de la Ley Hipotecaria". Y es que el límite al que se remite la Dirección, cuatro días por finca o derecho, me parece intolerable por cuanto, de ningún modo, se acomoda a los actuales requerimientos sociales y económicos sobre publicidad registral. La publicidad registral en tiempo real es una urgencia social a la que debe atender, sin dilación, la reforma de nuestra legislación hipotecaria. Actualmente el tratamiento informatizado de los datos de índices de fincas y personas con fines publicitarios, habrá de hacer posible esta exigencia en los modernos Registros de la Propiedad de nuestro país.

Por último debemos tratar de la eficacia de este medio de publicidad. El artículo 332 de nuestro Reglamento Hipotecario determina que la nota se expide "sin garantía". El sentido del precepto es contraponer su valor al de las certificaciones, que son el único medio de publicidad que acredita frente a tercero la libertad o gravamen de los bienes inmuebles y derechos reales inscritos (art. 225 de la LH).

Es evidente que ninguna Oficina pública puede actuar sin responsabilidad por sus errores, pero lo que quiere decir la norma aquí es que la nota, como simple manifestación por escrito del contenido del Registro, no tiene eficacia jurídica, y por ello su expedición no conlleva los efectos sustantivos que genera la expedición de una certificación. Así la expedición de una nota simple no va a tener el reflejo registral que se reserva a las certificaciones: su petición, que ni siquiera ha de constar por escrito, no es objeto de presentación en el Libro Diario ni se hace constar en ningún caso al margen de los asientos a que se refiere. Ni goza tampoco de la fuerza cancelatoria de menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, eficacia que a la expedición de certificaciones atribuye el n. 3 del artículo 353 del Reglamento Hipotecario.

De ahí que no podamos estar en absoluto de acuerdo con cierta doctrina, y cierta práctica registral, que atribuye a las informaciones que ha de remitir el Registrador al Notario como requisito previo al otorgamiento de determinadas escrituras (art. 175 Reglamento Notarial), la naturaleza de la nota simple informativa. Estas informaciones son auténticas certificaciones, si bien con especiales notas en cuanto a su contenido, forma, plazo y efectos, y en esta sede han sido recogidas en el artículo 354 del Reglamento Hipotecario.

3. Publicidad inmobiliaria por certificación registral

Cuando los contenidos publicados en los asientos registrales se quieren hacer valer en perjuicio de tercero, no basta la simple manifestación del Registro de la que hemos tratado en el capítulo anterior, sino que es necesario que el Registrador, bajo su responsabilidad, expida un documento fehaciente que acredite frente a terceros la titularidad de una finca, su libertad o gravamen, el hecho de estar o no inmatriculada, en su caso que la hipoteca que se trata de ejecutar judicialmente está vigente y sin cancelar. Este documento público es la certificación registral, único medio de acreditar los contenidos registrales frente a terceros (art. 225 de la Ley Hipotecaria que era el artículo 283 en su primitiva redacción).

Hay que precisar que estos efectos que se atribuyen a la certificación derivan de ser reflejo de los asientos registrales, cuyo cotejo legitima el Registrador con su firma. Por ello cuando las certificaciones no fuesen conformes con los asientos de referencia, se estará a lo que de éstos resulte, así artículo 226 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1.220, párrafo 2.°, del Código Civil, sin perjuicio de que los perjudicados por tal error puedan dirigirse contra el Registrador responsable para resarcir los daños y perjuicios ocasionados (responsabilidad civil que expresamente recoge el art. 296, 5.°, de la LH). Esta limitación de los efectos de la certificación registral no se contemplaba sin embargo en el Proyecto de Código Civil de 1836, cuyo artículo 1.785 disponía que el nuevo poseedor que registre o anote su título y pida certificación al encargado del Registro, si ésta es negativa de cargas, queda libre de las mismas, aunque consten en el mismo y salva siempre la responsabilidad del encargado del Registro.

La ley exige para su expedición, a diferencia de la petición verbal en los casos de manifestación registral, instancia escrita de los interesados y en su caso mandamiento judicial, debiéndose expresar con claridad en ambos casos la especie de certificación, los datos e indicaciones que basten para dar a conocer al Registrador los bienes o personas de que se trate y el período de tiempo a que la certificación deba contraerse (art. 229 LH).

Los documentos judiciales y administrativos solicitando certificación han de presentarse en el Libro Diario, y también las solicitudes de los particulares si éstos lo solicitan, el Registrador lo estima procedente y en cualquier caso si van a provocar algún asiento registral (art. 416, párrafo 3.°, del RH en relación con el art. 420, 1.°, del mismo texto legal). En este último supuesto hay que tener en cuenta que al certificar la libertad o gravamen de las fincas inscritas, el Registrador calificará bajo su responsabilidad determinadas cargas y limitaciones que, aun con reflejo registral, hayan caducado y deban cancelarse con arreglo a la legislación hipotecaria, y que por tanto no hará constar en la certificación debiendo cancelarlas por nota marginal (artículo 353, 3.°, del RH), pero como quiera que al presentarse la solicitud no va a ser posible saber si se van a producir o no estas cancelaciones, estimamos que la presentación de las instancias debería hacerse en todo caso.

Particular referencia debe hacerse a la expedición de certificaciones de cargas en procedimientos ejecutivos, en cuyo caso el Registrador deberá hacer constar por nota marginal el hecho de haberse expedido la certificación, su fecha y el procedimiento a que se refiere (así para el ejecutivo ordinario art. 143, párrafo 2.°, del RH en relación con el art. 1.489 de la LEC, y para el procedimiento judicial sumario regla 4.ª del art. 131 de la LH). Este asiento registral supone un aviso a los posibles terceros de la existencia del procedimiento y de que terminado el mismo pueden ser cancelados los asientos posteriores con carácter general. Pero es que además la reforma de la Ley Procesal por Ley 10/1992 de 30 de abril, obliga a los Registradores, nueva redacción del artículo 1.490 LEC, a comunicar a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten en asientos posteriores al del gravamen que se ejecuta, el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el avalúo y subasta de los bienes, si les conviniere. Se trata en fin de auténticas notificaciones procesales hipotecarias a las que ya hemos aludido al matizar el concepto de publicidad registral.

Conviene destacar, aunque es algo implícito en toda la regulación legal, que los Registradores de la Propiedad son los únicos funcionarios que tienen facultad de certificar lo que resulte de los libros del Registro. Así lo estableció el Reglamento Hipotecario, artículo 335, en la reforma de 1947. Antes la Real Orden de 6 de enero de 1883, en vista del expediente instruido por la queja formulada por un Registrador de la Propiedad contra el Juez del Partido que se había constituido en el Registro para sacar testimonio de diferentes asientos, hubo de declarar improcedente que los Escribanos sacasen testimonio de los asientos, a no estimarlo necesario y ordenarlo el Juez o Tribunal, cuando se ventile la nulidad o falsedad de los mismos o de las certificaciones. En definitiva, y así lo volvió a reiterar la Resolución de 4 de julio de 1930, que los Registradores son los únicos funcionarios provistos de la fe pública registral.

En otro orden de cosas el Real Decreto de 25 de mayo de 1983 atribuyó a los Registradores una función informadora verbal en materias relacionadas con el Registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la soliciten.

Se aprecia perfectamente en estas normas la doble naturaleza de la función registral: como funcionarios públicos los Registradores de la Propiedad son los únicos investidos de fe pública registral, como profesionales del derecho deben realizar una labor de asesoramiento inmobiliario en el ámbito de su competencia territorial.

Las certificaciones pueden referirse a determinados contenidos registrales. Además de los casos de certificaciones especiales, introducidos por las últimas reformas hipotecarias, la Ley desde su primera redacción venía estableciendo distintas clasificaciones. Así, criterio del artículo 223, las certificaciones pueden serlo de asientos de todas clases que existan en el Registro relativos a bienes o a personas que señalen los interesados, de asientos determinados o de no existir asientos de ninguna clase sobre ciertos bienes o a nombre de ciertas personas. Según el tiempo a que se extiendan, pueden abarcar un período determinado o todo el tiempo transcurrido desde la primitiva instalación del Registro de la Propiedad (art. 224 de la LH). Por su objeto, pueden serlo de asientos vigentes o de asientos extinguidos (art. 234 LH), de asientos del Registro o de documentos que los Registradores conserven en su archivo (art. 342 del RH), y de asientos de los libros de inscripciones o del Libro Diario (art. 231 LH).

Por su forma las certificaciones pueden ser literales o en relación según se pidieren: las literales comprenderán íntegramente los asientos a que se refieran, las certificaciones en relación expresarán todas las circunstancias que los asientos contuvieren, necesarias para su validez, las cargas que a la sazón pesen sobre el inmueble o derecho inscrito y cualquier otro punto que el interesado señale o juzgue importante el Registrador (art. 232 de la LH).

La Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 1975 autorizó el uso de la xerocopia, o cualquier otro medio mecánico de reproducción, en la expedición de las certificaciones literales, dictando normas para preservar su autenticidad.

En determinados supuestos la ley exige que la certificación que se expida sea literal; así en el procedimiento judicial sumario, regla 4.ª del artículo 131, o en el

expediente de liberación de cargas, regla 2.ª del artículo 210. Pero fuera de estos casos el Reglamento Hipotecario presume, artículo 336, 2.º, que la certificación ha de expedirse en relación si no expresa la clase solicitada. Esta regla interpretativa, que procede de la reforma de 1947, se hacía necesaria al haberse suprimido en el Reglamento de 1915 el antiguo artículo 233 del Reglamento de 1870 que establecía la regla contraria; había de presumirse que la certificación se solicitaba de forma literal. No sólo estamos de acuerdo con la reforma, pues la certificación literal va en contra del tratamiento profesional de la publicidad en cuanto no exige una interpretación por parte del Registrador, sino que consideramos que es aquí donde el Registrador debe extremar su calificación a la hora de determinar el "interés conocido" del solicitante, pues este tipo de certificaciones, al volcar todo el contenido de los asientos, puede abarcar "datos sensibles" sin contenido económico alguno y atentar contra el derecho a la intimidad de los titulares registrales.

En cuanto al plazo para la expedición de certificaciones, la Ley no distingue entre los diferentes tipos, limitándose a recomendar a los Registradores que las expidan en el más breve plazo de tiempo posible "pero sin que éste pueda exceder nunca del correspondiente a cuatro días por cada finca, cuyas inscripciones, libertad o gravámenes se trate de acreditar" (art. 236 de la LH). Aquí la crítica al precepto no puede ser tan radical como en el caso de la expedición de notas simples. La expedición de la certificación conlleva un proceso que empieza con la presentación de la solicitud en el Libro Diario y que requiere el cotejo por parte del Registrador de los asientos que se interesen (art. 233 de la LH), con la consiguiente calificación en cuanto a la libertad o gravamen de las cargas de las fincas o derechos que se vayan a certificar y en su caso realización de determinadas operaciones registrales y notificaciones procesales.

Aquí por tanto la urgencia económica no debe ser tal que apremie la calificación registral. Sin embargo, para que la publicidad formal no pierda su sentido, es necesario no agotar plazos cuando las certificaciones comprendan varias fincas, y en cualquier caso evitar que el solicitante, defraudado en su espera, acuda al recurso de queja que prevé el artículo 228 de la Ley Hipotecaria, o solicite a los Registradores la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por una certificación librada fuera de plazo (art. 296, n. 5, de la LH).

4. Certificaciones registrales especiales

Las certificaciones, por razón de su objeto, forma o período al que se contraen, pueden ser de diversas clases dependiendo del contenido de la solicitud del peticionario.

Por otra parte la legislación hipotecaria va a imponer a los Registradores de la Propiedad la emisión de determinadas informaciones sobre los contenidos publicados, que por razón de su forma y eficacia, gozan a mi entender del carácter de certificación de carácter especial.

Así, además de las notificaciones procesales a las que nos hemos referido anteriormente, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 30 de abril de 1992 impuso al Registrador la necesidad de comunicar a los órganos judiciales la

existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado (art. 1.453, párrafo 2.°). Este precepto, que generaliza en el ámbito del procedimiento ejecutivo la norma que ya existía en la Ley de Procedimiento Laboral, se va a desarrollar en el párrafo 3.° del artículo 143 del Reglamento Hipotecario que establece que "Los asientos ulteriores a la anotación de un embargo que, en cumplimiento de lo dispuesto en las Leyes, el Registrador debe comunicar al órgano que la ordenó practicar serán los que produzcan la cancelación de la anotación o disminuyan el derecho embargado, así como los practicados en virtud de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos concursales". Aquí la publicidad registral se dinamiza imponiendo al Registrador una labor de información continuada al órgano judicial, previa su calificación de todo aquello que pudiera disminuir la efectividad cautelar de la anotación de embargo que practicó, y sin limitación temporal.

En esta línea de potenciar la labor informadora del Registrador, la reforma del Reglamento Hipotecario de 13 de noviembre de 1992 añadió un párrafo, el tercero, al artículo 434 en los siguientes términos: "Si del Registro resultan cargas o limitaciones anteriores distintas de las expresadas en el título despachado, se hará constar en la nota de despacho el solo dato de que son distintas o de que resultan otras cargas o limitaciones, sin más precisiones; si consta la expedición de la certificación de cargas prevista en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la nota de despacho se hará relación circunstanciada del procedimiento o procedimientos para los que se expidió la certificación".

Esta información, tan necesaria para la seguridad del tráfico jurídico y que usualmente venía siendo realizada por los Registradores antes de la imposición reglamentaria, es una auténtica certificación pues publica el contenido del Registro bajo la fe del Registrador, las notas de despacho de los documentos deben ir firmadas por el Registrador (artículo 434, 5.° RH), si bien de carácter especial por razón de su objeto y forma: la información se refiere exclusivamente al estado de cargas de las fincas o derechos inscritos, y debe limitarse a hacer constar la discordancia del Registro con lo manifestado en el título, salvo el caso particular de que las fincas estuviesen gravadas con anotaciones de embargo con nota marginal de expedición de certificación de cargas, en cuyo caso debe expresamente advertirse al nuevo titular registral del procedimiento para que pueda personarse en autos a los oportunos efectos.

En realidad las certificaciones que llamaremos "especiales", tipificadas así por la reforma reglamentaria llevada a cabo por Real Decreto 21 de diciembre de 1983 que introdujo un epígrafe con esta denominación en el Reglamento Hipotecario, lo van a ser por razón de quién puede solicitarlas, su particular contenido, efectos, plazo de expedición y necesidad por parte del Registro de una actuación activa de información.

Bajo esta denominación la reforma citada incorporó a los tradicionales medios de publicidad formal por certificación, las que iban a tener un carácter continuado (art. 354) y las que añadían un informe del Registrador (art. 355), y como modalidades de las anteriores, la información continuada sin previa certificación (prevista en el apartado 9.° del art. 354), y el informe sin certificación previa (contem-

plado en el apartado 1.º del art. 355). Además la importante reforma del artículo 354 llevada a cabo por Real Decreto 2537/1994 establece una particular certificación con información continuada dentro del ámbito de la colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del trafico jurídico inmobiliario.

El preámbulo del Real Decreto de 1983 consideraba "conveniente potenciar la función del Registrador, por un lado adoptando sistemas en los que la publicidad registral traiga consigo una actuación activa de información por parte del registro, lo que indudablemente supone una mayor comodidad para el destinatario de la publicidad registral y por otro aprovechando el carácter de profesional del Derecho del Registrador para la emisión de informes explicativos de la situación registral de las fincas o derechos inscritos".

Para satisfacer la primera necesidad se regula la certificación con información continuada en el artículo 354 del Reglamento Hipotecario caracterizándola con las siguientes notas.

Se restringe la legitimación para solicitar estas certificaciones, ya que "(...) sólo podrá ser pedida por los titulares registrales de derechos sobre la finca a que la certificación se refiere, sus cónyuges o sus legítimos representantes".

Se establece una forma especial de petición, pues las solicitudes deberán presentarse "(...) por duplicado y expresarán necesariamente: a) El carácter de certificación con información continuada. b) El domicilio donde deban recibirse las notificaciones. c) Si la notificación ha de hacerse telegráficamente o por correo certificado", debiendo presentarse siempre dichas solicitudes en el Libro Diario, y pudiendo solicitarse por correo, en cuyo caso será requisito imprescindible la legitimación notarial de la firma del solicitante.

Por otro lado su objeto se determina específicamente pues "(...) no podrán comprender más de una finca o derecho ni tener por objeto una finca no inmatriculada".

Y en cuanto a sus efectos, se impone al Registrador una actuación activa de información, por cuanto una vez expedida la certificación, el Registrador deberá notificar los asientos de presentación que afecten a la finca de que se trate y se practiquen desde su expedición hasta transcurridos los treinta días naturales siguientes.

Si bien este tipo de certificación no tiene un plazo especial para su expedición, sí se establece que la información continuada ha de efectuarse en tiempo real, ya que el Registrador deberá expedir la notificación correspondiente de todo asiento de presentación que afecte a la finca objeto de certificación "(...) antes de que transcurra el día hábil siguiente", debiendo hacerlo por telégrafo o por correo certificado, según se haya solicitado, considerándose en todo caso bien hecha si se hiciere personalmente al destinatario bajo recibo de éste.

Cabe también solicitar la información continuada sin necesidad de expedir certificación, a petición del solicitante que declara a estos efectos su conocimiento de la situación registral. En este supuesto no se emitirá la certificación, y la información, con el contenido, forma, plazos y efectos ya señalados, se hará constar por diligencia a continuación del duplicado de la solicitud que quede en el Registro.

Merece particular consideración un supuesto especial de certificación con información continuada introducido por el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, al añadir el apartado a) al artículo 354 del Reglamento Hipotecario, y que tuvo sus precedentes en el Real Decreto 1558/1992 y la Orden del Ministerio de Justicia de 2 de agosto de 1993 que vino a derogar.

Las citadas normas trataban de estrechar las relaciones entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para garantizar la seguridad del trafico jurídico, constante preocupación del legislador, y que se intenta conseguir mediante la potenciación de la publicidad registral.

Es indudable, establecía el Preámbulo del primer Decreto, la conveniencia de que las escrituras públicas de enajenación o gravamen de bienes inmuebles reflejen la verdadera situación registral existente en el momento del otorgamiento de aquellas, y por ello se modifica el artículo 175 del Reglamento Notarial imponiendo al Notario la obligación de solicitar del Registro de la Propiedad competente la "información adecuada" antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre los mismos. De esta obligación sólo se le dispensa cuando se trate de actos de liberalidad, cuando el transmitente del bien o constituyente del derecho sea una entidad de derecho público, cualesquiera que fueran su ámbito y naturaleza, y en los casos de renuncia de los adquirentes del bien o beneficiarios del derecho pero siempre que, además, se haga constar la urgencia de la formalización del acto en la escritura que autorice y el Notario estime suficientemente justificada la urgencia alegada y no tenga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente.

Una vez solicitada al Registro la información el Notario deberá otorgar la escritura dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción de la "información registral"; a instancia de la parte interesada remitirá el mismo día del otorgamiento, por telefax o cualquier otro medio, al Registro de la Propiedad competente, comunicación, suscrita y sellada, de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita que dará lugar al correspondiente asiento de presentación; y deberá dejar a disposición del adquirente dentro de los cinco días hábiles siguientes al otorgamiento, copia de cualquier escritura que contenga actos susceptibles de inscripción en el Registro (art. 249 del Reglamento Notarial).

Esta "información registral" que el Registrador va a expedir a petición notarial, tiene a mi juicio el carácter de auténtica certificación. Me sorprende que nuestra doctrina científica, así José María Chico[24] y Antonio Pau,[25] configuren esta información como una "nota simple con información continuada", y que en muchos Registros se haya generalizado la práctica de expedir estas informaciones sin las debidas garantías, en cuanto a cotejo y firma del Registrador, que la certificación conlleva.

Lo cierto es que la naturaleza de certificación registral, de este tipo de información, viene dada cualquiera que sea la interpretación de la norma a que

[24] José María Chico Ortiz. *Estudios de derecho hipotecario*. Madrid, 1994.

[25] Antonio Pau Pedrón. *Manual de derecho registral inmobiliario*. Madrid, 1996.

acudamos. Desde un punto de vista sistemático; porque se introduce por el legislador dentro del epígrafe "certificaciones especiales" y en particular dentro de la regulación que el artículo 354 del Reglamento Hipotecario establece de la certificación con información continuada. Desde el punto de vista histórico: pues si en la Orden de 2 de agosto de 1993 se recogía expresamente el carácter de "nota simple informativa" de este tipo de información, a lo largo de su articulado (arts. 1.°, 4.°, 8.°), esta norma ha venido a ser derogada, y en el Real Decreto de 29 diciembre de 1994 que la sustituye desaparece dicho concepto para ser sustituido por el de "información registral" (la expresión "nota" recogida en el apartado 2.° de la letra a) del art. 354 no tiene un sentido jurídico sino material). Y por último, desde un punto de vista lógico, ya que como vamos a ver a continuación, a esta información registral se le atribuyen unos efectos que desnaturalizan la esencia de la nota simple informativa.

Siendo por tanto certificación, su carácter especial viene configurado por una serie de notas.

En cuanto a su legitimación, deben ser los Notarios los que soliciten este tipo de certificaciones, debiendo hacerlo por escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax, conteniendo la solicitud además del nombre del Notario, su domicilio y número de telefax, la descripción de la finca o fincas con sus datos registrales y situación conocida de cargas, o bien solamente reseña identificadora. La información podrá ser solicitada sin expresión de plazo o para un día determinado dentro de los quince naturales siguientes al de la petición (n. 1.°, 3.° y 4.° del art. 175 del Reglamento Notarial).

Por lo que se refiere a su objeto, la norma es amplia, pudiendo referirse a una o varias fincas, y abarcando la información la descripción, titularidad, cargas, gravámenes y limitaciones de las fincas registrales pedidas (art. 175, 3.°, del RN y 354 a) del RH). El Reglamento Hipotecario delimita un contenido especial para este tipo de información: "(...) se transcribirá la descripción de la finca si sus datos variasen respecto de los de la solicitud de información del Notario y se relacionarán su titular y, sintéticamente, los datos esenciales de las cargas vivas que le afecten; deberá comprender no sólo los datos del folio registral de la finca a la que la solicitud se refiera y el contenido de los asientos de presentación concernientes a ella practicados en el libro diario antes de la remisión, sino también las solicitudes de información respecto de la misma finca recibidas de otros notarios, pendientes de contestación o remitidas en los diez días naturales anteriores".

En cuanto a sus efectos, son los propios de una certificación en lo que respecta a terceros. La información la formaliza el Registrador "(...) bajo su responsabilidad", y requiere el previo examen de los Libros por parte del Registrador que va a calificar el estado de cargas de las fincas interesadas, haciendo constar exclusivamente en su información "(...) las cargas vivas". Es decir, y a diferencia de la nota simple, el Registrador no va a hacer constar todos aquellos derechos que deban cancelarse, o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la legislación hipotecaria.

Además se impone al Registrador una obligación activa de información, impensable en la nota simple: "El Registrador, dentro de los nueve días naturales siguientes al de remisión de la información, deberá comunicar también al Notario,

en el mismo día en que se haya producido, la circunstancia de haberse presentado en el Diario otro u otros títulos que afecten o modifique la información inicial. Idéntica obligación incumbe al Registrador respecto de las solicitudes posteriores de información registral relativas a la misma finca y que, procedentes de otros Notarios, reciba en el plazo indicado".

Por último se establece un plazo especial para su expedición "El Registrador remitirá la información en el plazo más breve posible y siempre dentro de los tres días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud. En el caso de que el número de fincas de las que se pida información o la especial complejidad del historial registral de la finca haga imposible el cumplimiento del citado plazo, el Registrador comunicará al Notario, el mismo día en que reciba la solicitud, la fecha en que se remitirá la información, que deberá estar comprendida dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de aquélla", y para el supuesto de que el Notario hubiese solicitado expresamente la información para un día determinado, "(...) el Registrador la enviará el día señalado con referencia a lo que resulte del cierre del Diario el día inmediatamente anterior".

El sistema de protección del tráfico jurídico, se completa con la posibilidad, a instancia de los interesados, de que los Notarios presenten por telefax, o cualquier medio, al Registrador de la Propiedad competente, comunicación suscrita y sellada de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita, es decir sin esperar los plazos que supone la expedición de copias autorizadas. La presentación se efectúa el mismo día del otorgamiento, incluso se permite fuera de las horas de despacho, en cuyo caso el asiento de presentación se asentará el día hábil siguiente inmediatamente después de la apertura del Diario, caducando el asiento si en el plazo de diez días hábiles siguientes no se presenta en el Registro copia auténtica de la escritura que lo motivó (art. 418, 4.°, del Reglamento Hipotecario).

Ello permite que las copias notariales se presenten en el Registro competente con la mayor celeridad, ganando así la necesaria prioridad, y al incorporar por otro lado la información registral adecuada sobre la titularidad y cargas de los bienes inmuebles que constituyen su objeto, evitará que después de otorgado el documento los adquirentes tengan conocimiento de que no coincide la titularidad del transmitente o que se ha ocultado la existencia de una carga vigente en el Registro. En todo caso, como ya expusimos, en la nota de despacho del título, el Registrador advertirá de la posible discordancia de cargas entre lo expuesto en el título y la realidad registral.

Nos merece la reforma un juicio favorable, y su aplicación indudablemente va a contribuir a evitar la comisión de fraudes en el tráfico inmobiliario sin necesidad de acudir a sistemas más perturbadores, como el de la legislación argentina en donde las certificaciones suministradas por los Registros a los Notarios a los efectos de autorizar negocios jurídicos inmobiliarios, confieren a éstos reserva de prioridad, con los efectos de anotación preventiva y el más radical de cierre registral. Debe pues instarse a los Notarios a que extremen sus advertencias legales en este punto, sin caer en la renuncia a la información registral por urgente necesidad como cláusula de estilo. Por otro lado los Registradores deben dar un tratamiento auténticamente profesional a este medio de publicidad, respetando

escrupulosamente los plazos legales en la expedición de estas informaciones, y asegurando su veracidad mediante su cotejo y firma.

La Estadística a la que hemos tenido acceso del año 1995, que comprende 732 Registros de la Propiedad, habla de un total de 663.655 informaciones solicitadas por las Notarías, y de 383.059 presentaciones de documentos por fax de este origen, de los cuales 68.169 caducaron por la no aportación en los diez días siguientes de la copia de la escritura. Y la tendencia nos debe llevar a generalizar este tipo de información registral, y a reforzar su valor de auténtica certificación.

Por último examinaremos la llamada certificación con informe del Registrador, que regula el artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

En este caso no se exige una especial legitimación, y rigen las normas generales de "petición expresa y por escrito", con la única limitación de que no puede solicitarse el informe cuando se solicite del Registrador una certificación con información continuada, quizá porque en estos casos la variabilidad de la situación registral dificultaría el informe que no se referiría a una situación registral definitiva.

En cuanto a su objeto, por razones prácticas, el Reglamento, como en el caso de la certificación con información continuada, determina que "la solicitud de informe deberá referirse a una finca o derecho".

Su contenido es doble; por un lado el particular de la certificación solicitada, por otro lado, a continuación de la misma, se emite por el Registrador "(...) un breve informe, no vinculante, explicativo de la situación jurídico-registral de la finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral de conformidad con los datos aportados por el solicitante, o bien sobre el alcance de una determinada calificación registral".

El plazo de su expedición es el de diez días, que deberán computarse desde aquel en que se debió certificar, o, en su caso, desde la solicitud del informe, y ello porque cabe solicitar informe sin certificación, bastando en este caso que la solicitud se haga a continuación de una certificación ya expedida.

A pesar de su introducción por la reforma de 21 de diciembre de 1983, se observa en la práctica registral un desconocimiento de este tipo de certificación. Estoy convencido de que la divulgación de estos "informes", y de los horarios de atención al público por parte de los Registradores (RD 25 de mayo de 1983), han de contribuir a potenciar la publicidad formal de los Registros en nuestro ordenamiento. Ya no se trata sólo de reflejar fielmente el contenido de los asientos registrales, sino que el Registrador, como profesional del Derecho que es, debe interpretarlos y ofrecer los medios registrales más adecuados para satisfacer los fines ilícitos que se le propongan.

Y esta labor debe hacerse no sólo a través de estos informes o asesoramientos verbales, sino en general en todas las notas de despacho, o en su caso denegación o suspensión de los documentos presentados, debiendo aquí el Registrador reflejar claramente los contenidos de su calificación registral, sin limitarse a señalar defectos que impidan la inscripción de los títulos sino en su caso ofreciendo los medios para su acceso a la publicidad registral.

Por todo ello esperamos impacientes la reforma del Reglamento orgánico del Colegio Nacional de Registradores, en cuyo Proyecto se recoge con carácter general la facultad de los Registradores de la Propiedad de emitir dictámenes en materias relacionadas con el Registro y, en todo caso, dentro del ámbito de su competencia territorial.

5. *La publicidad formal y la informatización de los Registros de la Propiedad*

El arraigo de la institución registral y su trascendencia en la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, ha hecho que la publicidad formal experimente un considerable aumento y que se multipliquen sus exigencias para adaptarla a los ritmos y necesidades de la sociedad actual.

Por otro lado, como destaca el Preámbulo de la Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996, la importancia de la publicidad registral (no sólo como instrumento jurídico, sino también como medio para facilitar la financiación y el intercambio de bienes y servicios), impone utilizar los progresos en la tecnología de las comunicaciones y su universalización en orden a la información que pueden prestar los Registradores de la Propiedad.

Las actuales demandas llevan a superar el concepto de competencia territorial en esta materia, ya que si es incuestionable el respeto a la exclusividad e independencia del Registrador para expedir sus certificaciones y calificar el "interés conocido" de sus solicitantes, ello no debe impedir que en el ámbito de la publicidad por "nota simple informativa", ésta se pueda solicitar a cualquier Registrador de la Propiedad, cualquiera que sea el lugar de situación de las fincas, siempre que se le faciliten los datos registrales de ellas.

Hay determinadas necesidades sociales que debemos responder, la presentación de documentos ante cualquier Registrador de la Propiedad, sea cual fuera el lugar donde radiquen las fincas, era una necesidad hoy satisfecha por las sucesivas reformas del artículo 418 del Reglamento Hipotecario.

En materia de publicidad formal, había una necesidad cada vez más sentida desde el punto de vista social y de la rapidez y seguridad en el tráfico jurídico, que demandaba el que se pudiese conocer desde cualquier Registro la existencia de titularidades en otros sin tener que acudir a todos ellos.

Esta necesidad había sido sentida antes por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, que por el propio legislador. En 1982, al tomar posesión como Decano, Carlos Hernández Crespo no tardó en darse cuenta de que los viejos y vigentes Libros de Indices eran algo absolutamente contrapuesto a una llevanza ágil, segura y moderna de los Registros. Por otro lado, su contacto con las autoridades públicas le hizo ver la necesidad de crear un Indice, a nivel nacional, de las personas físicas o jurídicas que tuvieran titularidades registrales vigentes, que permitiera conocer el Registro en el que alguna persona figuraba como titular de una finca o derecho. Así en 1983 se puso en marcha un proceso de informatización de los índices de personas de los Registros de la Propiedad, funcionando este servicio de índices prácticamente en todos los Registros de la Propiedad de España a finales de 1984.

En marzo de 1986 el Servicio de Indices se proyectó exteriormente, estando en condiciones de facilitar a los interesados una información centralizada sobre las titularidades registrales de cualquier persona, física o jurídica, en toda España, haciéndose cada vez más numerosas las consultas por parte de Bancos, Magistraturas y Organismos Oficiales. Pero este Servicio Informatizado de Indices, tanto el de cada uno de los Registros como el Central, se había instalado, confeccionado y llevado a la práctica sin que existiera una norma del Ministerio de Justicia que los estableciera. El reconocimiento legal vino dado por la Resolución de 31 de agosto de 1987 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que autoriza a los Registros de la Propiedad la llevanza de Indices de personas y de fincas mediante procedimientos informáticos, disponiendo su apartado 4.°: "Los Registradores, a fin de facilitar la publicidad formal y por consulta del Indice general informatizado, podrán suministrar noticia de la existencia de titularidades registradas en cualquier Registro a favor de personas físicas o jurídicas determinadas, siempre que aprecien interés en el peticionario de tal dato y sin que ello prejuzgue la misma calificación en el Registro o Registros donde haya de obtenerse la exhibición, nota simple o certificación correspondiente".

Esta Resolución constituye el precedente de la reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por el Real Decreto 430/1990 de 30 de marzo, cuya filosofía era la de contribuir a la modernización funcional y tecnológica de las oficinas registrales generalizando la informatización de todos los Registros de la Propiedad.

La nueva norma modifica el artículo 389 del Reglamento ordenando llevar los índices de personas y fincas de los Registros de la Propiedad mediante procedimientos informáticos, debiéndose incorporar los datos anteriores a la implantación de estos índices de forma progresiva dentro del plazo que fije la DGRN. La necesidad de recuperación de los datos o titularidades anteriores a la puesta en marcha de la informatización, era una necesidad que ya puso de relieve la citada Resolución de la DGRN, y que la reforma reglamentaria impone como obligación a los Registradores.

La Resolución de la DGRN establecía un plazo de diez años para la recuperación, remitiéndose el indicado Real Decreto a una determinación posterior de dicho plazo. Por ello la Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996 ha considerado conveniente fijar la fecha del 31 de diciembre de 1998 como aquella en que deberán estar incorporados a los Indices informatizados de los Registradores todos los datos necesarios de las fincas con asientos posteriores a 1950.

Esta recuperación debe hacerse progresivamente, con un ritmo constante que permita el que, en los supuestos de cambio de destino del Registrador, se haya realizado una parte proporcional de la misma que facilite su continuación. Para vigilar esta exigencia, la citada Instrucción establece el adecuado control: en las certificaciones semestrales que conforme al artículo 270 de la Ley deben remitir los Registradores, éstos harán constar bajo su responsabilidad una estimación del número de fincas pendientes de recuperación, del plazo en que se va a completar, y del ritmo, expresado en número de fichas por trimestre, en que se va a llevar a cabo. Copia de esta información se remitirá por los Registradores a su Presidente Territorial.

Esta norma la estimamos necesaria en tanto puede impulsar definitivamente el proceso de recuperación de los archivos registrales históricos, que se inició en 1987. Y esta recuperación es indispensable para la eficacia de nuestra publicidad formal, en cuanto supone el necesario paso en el tránsito a la instalación de bases para los soportes gráficos de nuestras fincas y va a ser un medio útil para la publicidad por vía informatizada.

En efecto, la culminación del proceso de recuperación, no sólo va a ser un presupuesto eficaz de las comunicaciones sino que va a permitir atender, en tiempo real, los requerimientos sociales en materia de publicidad formal, desterrando el uso de la fotocopia de los asientos de la práctica registral.

Por otro lado la reforma del artículo 398 establecía que, el Indice General Informatizado de las fincas y derechos inscritos en todo el territorio nacional, y de sus titulares, será llevado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Con este fin los Registradores suministrarán los datos necesarios para su confección. Los Registros, a fin de facilitar la publicidad formal, por consulta de Indice General informatizado, suministrará noticia de la existencia de titularidades registrales en cualquier Registro a favor de personas físicas o jurídicas determinadas, siempre que exista interés en el peticionario.

En este punto, la Instrucción de 29 de octubre de 1996 va a restringir este tipo de publicidad instrumental, prestada por el Colegio de Registradores, a los Entes Públicos, en virtud del principio de colaboración con las Administraciones Públicas. Esta información se llevará a cabo a través de los Servicios centrales o de las terminales que puedan establecerse en las Presidencias Territoriales. Y van a ser directamente los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los que van a estar obligados a proporcionar esta publicidad instrumental contenida en el Servicio de Indices, a cualquier persona, bajo el principio de libre elección del Registrador y controlando la identificación de la persona que solicita la información y la constancia de la causa por la que se solicita la misma, mediante el archivo de sus solicitudes.

Para suministrar esta publicidad, los Registradores podrán comunicarse con el Servicio de Indices directamente, por vía telemática.

Esta publicidad instrumental proporcionada en base al Servicio de Indices del Colegio de Registradores, ha sido reconocida reglamentaria y jurisprudencialmente, y su eficacia práctica está demostrada por su masiva utilización. Así la estadística suministrada por el Colegio Nacional de Registradores, refleja cómo las consultas a este servicio central de Indices pasaron de 1.200 en 1987, o 19.876 en 1989, a 399.619 en 1993; pero es que este número ha sido casi duplicado el año siguiente, en que se atendieron 658.407 consultas.

Merece destacarse, por último, de la Instrucción de 29 de octubre de 1996, el que, al fin, va a permitir satisfacer una sentida necesidad social en sede de publicidad formal. Esta norma establece una red interna de comunicaciones entre los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, para, que éstos puedan atender la posible solicitud y remisión de notas simples sin atender a rígidos criterios de competencias territoriales.

Así, los Registradores recibirán y apreciarán el interés en la solicitud de información con archivo de la identidad del solicitante, remitiéndola al Registrador que deba proporcionarla. Este, al recibir la petición, apreciará su competencia territorial, comprobará la conformidad de los datos remitidos con los registrales, calificará los asientos del Registro y enviará la información al remitente en el plazo más breve posible y siempre dentro de los plazos legales para la emisión de publicidad. El Registrador que envió la petición, una vez atendida, dará la información como remitida por el Registrador responsable del Archivo donde se encuentra la finca en cuestión.

Además se agiliza el trámite de la rogación de publicidad, al permitir recibir directamente las solicitudes de notas simples por fax, y que los Registradores las remitan por igual vía u otra distinta, o las dejen a disposición de los interesados, previa apreciación del interés del solicitante y archivo de la solicitud.

Con el absoluto respeto a los principios de seguridad jurídica y del derecho fundamental a la intimidad personal, no podemos sino reconocer desde aquí la bondad de la reforma, en tanto viene a establecer las normas por las que debe regularse la colaboración entre los Registradores, de tal suerte, como indica el Preámbulo de la citada Instrucción, "(...) que el ejercicio profesional de la función pública que tienen legalmente atribuida abra una nueva vía de actuación en beneficio, jurídico y económico, de los ciudadanos".

3. DOUTRINA INTERNACIONAL

3.1

CONVÊNIO TÉCNICO E CIENTÍFICO CELEBRADO ENTRE IRIB, ANOREG-BR E COLÉGIO DE REGISTRADORES DA PROPRIEDADE E MERCANTIS DA ESPANHA

3.1.2

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN REGISTRAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE INFORMACIÓN

JESÚS LÓPEZ MEDEL

SUMARIO: 1. Condicionamientos previos y alternativas. Riesgos de desnaturalización de la función. La protección de datos – 2. Antecedentes iusfilosóficos e históricos. Artículos 607 de la LR y 221 del RH – 3. Publicidad registral y realidades sociales. Utilización extrarregistral de la información – 4. Naturaleza de la publicidad registral: "Calificación del *interés conocido*". Ejemplos prácticos – 5. Criterios jurisprudenciales y de la dirección general de los registros y del notariado: Limitación del ámbito. Modernidad: apertura del "santuario registral". Hojas móviles, "identidad de *manifestantes*", "publicidad de encargo". (Instrucción de 12.06.1985) – 6. Nuevas realidades practicas y legislativas: Dinámica y "consumismo registral". Protección jurídico-patrimonial ante las nuevas tecnologías. El derecho de los consumidores – 7. La publicidad registral formal, contrapunto al derecho a la intimidad: Ley de 5 de mayo de 1982 – 8. Experiencias practicas. Jurisprudencia. El "autocontrol informativo". Secreto, intimidad, privacidad y transparencia – 9. Resolución de la dirección general de registros de 22.02.1991: Riesgos de retraimiento o desestimulación registral – 10. Limites constitucionales y reglamentarios. Proporcionalidad, adecuación y determinación. Las modificaciones etc., de 4 de septiembre de 1998, al reglamento hipotecario: Exposición de motivos y artículo nuevo 332. Glosa – 11. Consideraciones finales.

1. Condicionamientos previos y alternativas

En las primeras líneas de este trabajo – recuerdo y homenaje a don Antonio Hernández Gil – no puedo sustraerme unos datos – algunos personales – que pueden ambientar, inicialmente, este estudio, especialmente en lo que han tenido de condicionamientos sociológicos, que, en el fondo, a su vez son alternativas:

Don Antonio – como ya en la Facultad le llamábamos los profesores ayudantes o adjuntos – estuvo en el Tribunal – de lujo – de mi tesis doctoral, "Teoría del Registro de la Propiedad como servicio", junto a Valenzuela Soler, González Oliveros, Luna y don Federico de Castro. Pero fue Hernández Gil quien me hizo

un largo interrogatorio, muy preciso. Era mi primera relación registral con el maestro, quien me marcó la pauta en algunos de los puntos de aquella tesis para su publicación[1] por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Esto valdría para la parte más personal de esta aportación. Quiero añadir otra relación – además de la amistad, acrecida a lo largo de los años –: la visión que tuvo respecto a la inclusión en los textos normativos de una serie de *principios básicos*, que normalmente pululan fueran de la normativa fundamental, o – directamente positiva – de la Constitución.[2]

Este aspecto iusfilosófico – que ya se daba en la propia tesis doctoral – se reencuentra de nuevo al estudiar, en convergencia, el derecho a la información que emana de los libros del Registro, y la tarea del Registrador en un más allá de su función calificadora. (Lo reitero. También, porque ese gran papel de penetración y sentido iusnaturalista de Antonio Hernández Gil, como presidente del Congreso, en la etapa de elaboración de la Constitución, ha sido frecuentemente silenciada en los recuerdos históricos o conmemorativos.)

En esta especie de introducción me voy a extender un poco en este último aspecto. Lo hemos reflejado, hace algún tiempo,[3] al advertir una tendencia – a veces externa, a veces interna – a llevar al Registro funciones, competencias, objetivos, en ocasiones a pretexto de que lo puede absorber, y en otras, solapadamente con el argumento pragmático de una "huida hacia adelante".[4] No nos damos cuenta, de que cuando un órgano – incluso del cuerpo humano – está "supliendo" la función de otro – por las circunstancias que fuesen, como le pasa al hígado respecto al estómago, o la vesícula respecto al hígado, o los pulmones

(1) 1.ª edición, diciembre de 1958 (a través de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*); 2.ª edición especial, septiembre de 1959, y 3.ª, reimpresa en 1991.

(2) Fue en un encuentro en el Valle de los Caídos, poco después de la Constitución, en una reunión convocada, entre otros, por Hernández Gil y Sánchez Agesta. He hecho alusión, a veces extensa, a esa visión de *principios normativos en la Constitución*, y en *valores*, en diversos trabajos míos, de interpretación pragmática constitucional en el mundo de la educación e hipotecario. Entre ellos, *Constitucionalismo y derecho hipotecario*, CNR, 1996; *Preconstitucionalidad en la ejecución hipotecaria*, 1998; "El contencioso normativo y constitucional Iglesia-Estado en la enseñanza religiosa", "Poder Judicial", 1986; "Libertad religiosa y libertad de enseñanza como mandatos constitucionales para su ejecución". "Poder Judicial", 1997; *El principio de seguridad jurídica en la Constitución. Su aplicabilidad al derecho privado*, 1988. Vid. también García Enterría, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, 1984; y Ayuso, "Principios generales, derecho natural y Constitución", en el volumen *Los principios generales del derecho*, 1993, p. 103 y sigs.; y Lucas Verdú, "Dimensión axiológica de la Constitución", *Anales R. A. Ciencias Morales y Políticas*, núm. 74, Madrid, 1997.

(3) En *Filosofía de la institución registral y cambio social*. Congreso Mundial Registral, 1984.

(4) No es lugar para un *desmenuzar el problema*, que hasta la fecha es casuístico. Notificaciones procesales en la ejecución hipotecaria, legalizaciones del libro de actas, registro de datos, registro de condiciones, documentos empresariales o fiscales en los mercantiles, administralización catastral, legislación antológica de consumidores... Se impone una autorreflexión. Invito a ver el trabajo de Chico Ortiz con su gran esfuerzo bibliográfico, *Publicaciones del Centro de Estudios Hipotecarios-BCNR*, núm. 312, junio 1994.

respecto a los bronquios ... o a los jueces, suplidos por los "políticos" o a la inversa etc. – el riesgo que se corre es la desfiguración o desnaturalización de la función, como ya anticipamos. Esto hay que preverlo.[5]

Otra reflexión está – y la cuestión en principio puede observarse como colateral, pero no ajena – en el despliegue desorbitado, inmenso, de los datos, su informatización y su proyección – en una sociedad más informativa – que obliga a su *Protección*. Tuve ocasión de asistir a la presentación del Documento "XX Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos. 1998".[6] Sin acabar de resolver el problema – incluso como definición en cuanto inciden los datos en derechos humanos (sentencia TC, 13 enero de 1998) – y sin disponer de una Ley Orgánica global, la voracidad de la información registral, "su necesidad", su uso y abuso, pueden desbordar los propios cauces previstos o utilizables legalmente.

Finalmente, se da como fenómeno de nuestro tiempo, una intensidad a agrandar o expandir como derecho humano, constitución, la libertad de expresión, la cual, puede suponer – muchas veces – una fuente de información. Y aquí – adelantamos – vendrá el contrapunto del *derecho a la intimidad* – cuestión suscitada ya por nosotros – a contrapelo de la realidad – en una experiencia registral específica, 1985-1995 – y que adelanté[7] en alguna de mis publicaciones. La creciente jurisprudencia constitucional y la mayor o menor réplica en los límites de la información registral hacen difícil un seguro pronunciamiento.

2. Antecedentes iusfilosóficos e históricos. Artículos 607 del C.C. y 221 de la LH

El artículo 18.1 de la *Constitución Española* establece que: "1. Se garantiza el derecho al honor y a la propia intimidad personal y familiar ..." Y a su vez el

(5) Vid. en *Teoría del registro de la propiedad como servicio público*. Nota a la III Edición reimpresa, 1991, p. 6, la referencia al Curso de Verano de El Escorial – Retuerto, Escartín, Laso, Mingarro, Poveda –, acerca de la autocrítica desde dentro del sistema y la desviación institucional hacia otros fines burocrático-administrativos, que comporta la erosión de otros riesgos y responsabilidades. En el tema – hoy de actualidad – de Registro y Catastro, es interesante la cita que César Albiñana, en *El catastro inmobiliario y el registro de la propiedad* (RAF y H. Público, 1991) hace de Federico Silva Muñoz, en 1958, como exposición problemática e intento de abrir nuevos caminos. Salvando siempre la naturaleza propia de ambas instituciones, acercándolas, no yuxtaponiéndolas.

(6) *Agencia de protección de datos*. Madrid, 1999. Asistieron, presididos por el Decano del Colegio de Abogados de Madrid, expertos, políticos y juristas para exponer la problemática – especialmente por Miguel Angel Davara y Fernández López – los riesgos, las alternativas y las necesidades de *equilibrio*, sobre todo para que la invasión *tecnológica* no suponga un efecto perturbador en el *humanismo* y en la *privaticidad*. Dicho documento es, de por sí, importante, también a los efectos del Registro, porque puede llegar un momento – como está ocurriendo en algunos Registros modernos latinoamericanos – en los que la tecnificación del dato – incluso encomendado a "empresas informáticas" – desfigure totalmente la raíz esencial jurídico-calificadora del Registrador como pieza clave del sistema.

(7) *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica*, 1995. Este seguirá siendo básico para nuestra posición.

Título VII de la Ley Hipotecaria, "De la publicidad de los Registros", se inicia con el artículo 221, que textualmente dice: *Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos.* Los posteriores artículos de la LH – 222 a 237 – así como los que lo desarrollan en el RH – también Título VIII, "De la publicidad registral", art. 332 a 335 – son preceptos instrumentales para llevar a cabo el principio general de la publicidad *formal* – no la material – registral. Constituyen un *todo*, y acaso facilitan una interpretación de aquel artículo 221, el cual parecía obsoleto, perdido, consagrado, connatural, "sabido".

No obstante, como consecuencia de la moderna y dinámica situación de la sociedad española – fundamentalmente – y de una serie de actitudes y comportamientos – personales y colectivos –, aquel precepto estuvo llamado a revestir un mayor protagonismo, cuando no a hacer recaer sobre él problemas o cuestiones, en principio, ajenas a su naturaleza estrictamente hipotecaria. Goza ya, hoy, de una literatura jurídica creciente, y se ha dado alguna resolución importante. Como iusfilósofo, en un primer momento, remontémonos hasta las tranquilas aguas de la "filosofía" en las que *idealidad* y *realidad* encuentran su equilibrio. Por ahí va mi reflexión, no obsesionado por el progresismo o clasismo con que, con frecuencia, suelen enmarcarse algunos estudios ante problemas "emergentes" o "nuevos", de signo conflictivo, patológicos – también, aunque menos, en el mundo registral –, o cambiante. Ha habido varios trabajos. Uno desde el ámbito hipotecario, muy preciso, de Plácido Prada Alvarez Buylla.[8]

Con una apostilla a lo que era discurso académico, aunque corta, de César García Arango y Díaz Saavedra, el cual, por cierto, ya alude a la *manipulabilidad de los datos que pudieran obtenerse en el Registro.* Trataremos de ir más allá de la problemática acuciante, o del dogmatismo formal, sin buscar contrapuntos. También apelaré a mi propia experiencia, ceñida en casos concretos y vividos. Y acaso por eso mismo ofrezca la primicia de mis propios interrogantes a los demás, porque comprendo que el tema se ha ensanchado – y no sólo en las interconexiones jurídicas – especialmente en la *práctica y uso de la utilización informatizada* de datos registrales. A veces, sin grado y sin medida. En ocasiones hurtando, a conciencia, el sentido de la pretensión o petición informativa. Filosofía y praxis quisiera poner para un acercamiento a una problemática que no está cerrada, ni mucho menos. Claro que *hay que abrir las ventanas registrales a los nuevos aires sociales, pero sin que se nos lleven los visillos, o las persianas, y sobre todo, que no nos arranquen los marcos mismos que enhebran las ventanas.* Hago esta afirmación de equilibrio, inicial, porque, pese a tanto *cambio, los fines y sentido social y público* de la institución registral, en años de larga corriente desinscribitoria, siguen para mí, vivos y operantes.[9]

[8] *La publicidad registral y el derecho a la intimidad.* Academia Asturiana de Jurisprudencia, 1991. El comentario a ese trabajo del Magistrado T. S. Gimeno Sendra, al que luego aludiremos, es en una Conferencia en 1997, aunque no se aluda al nuestro, anteriormente citado, de 1995. Cito el texto del "Discurso académico", aunque posteriormente se publicó en *RCDI*, 1992.

[9] Vid. en *Principios*, op. cit., p. 213 y sigs. A mi juicio, puede ser inicio de un error histórico el Decreto-ley de la Jefatura del Estado (6, de 16 de abril de 1999, sobre *Medi-*

Ante el artículo 221 de la LH, es bueno volver a recordar, y sobre todo, a valorar, lo que fue una *buena técnica legislativa*, realizada con serenidad, rigor, sin prisas. Es algo que se ha dicho abiertamente del *Código Civil*, pero que se puede también aplicar a las *Leyes Hipotecarias*. Estas – pensamiento de Alonso Martínez[10] – nacieron anticipadamente, por razones múltiples, y en atención a una seguridad de tráfico, gravámenes ocultos, fiscalidad, iniciación del crédito etc. A la Ley Hipotecaria de 1861, le había precedido la normativa sobre las *Oficinas y Contadurías de Hipotecas*, y unos intentos de Catastro, preocupaciones ambas de Carlos III, el cual, llega a España en 1759. Ese artículo 221 de la Ley Hipotecaria no es un "intento" o *descubrimiento* del legislador de 1944. Ni sobre él pudo formular reparos Fernández Cuesta,[11] como defensor del Proyecto de Ley en las Cortes. Así pasó al texto articulado de 1946, con todas las bendiciones del Consejo de Estado, que informó sabiamente sobre la refunción, con los expertos máximos de entonces. *Venía de la Ley Hipotecaria de 1861*, como *artículo* 279, pero su redacción es idéntica. Ante la urgencia y necesidad de una legislación hipotecaria, el *Código Civil* de 1889 tuvo que hacerse esperar. Pero, cuando se aprueba – aún con esa dualidad normativa sobre la que abiertamente hablaron en las sesiones parlamentarias, Bravo Murillo, Arrazola, Oliver, Permanyer – se podía haber optado, por economía normativa, por *no hacer alusión* a este tema de la publicidad registral. Sin embargo – *y esto es significativo* – en el Libro II, Título VIII, quiere dedicar, con la rúbrica "Del Registro de la Propiedad", cuatro artículos, del 605 al 608 del Código Civil. En uno de ellos vuelve a reproducir, con un pequeño matiz, idéntico principio, y textualmente dice: "Artículo 607. 'El Registro de la Propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos'". La única diferencia está en haber añadido aquí "anotados", y no los solamente "inscritos". Como el 608 se remite a la Ley Hipotecaria, no hay ninguna contraindicación, sino *explicitación*. (Aun así la *subordinación* de estos preceptos, el 1537, por ejemplo, es admitida por la doctrina y por la sentencia del TS de 20 de octubre de 1928.)

¿Cómo ha podido servir de norma básica tal precepto 221 de la LH desde 1861, al Código Civil 1889, a la Ley Hipotecaria 1909, y sobre todo a las Leyes vigentes 1944-46, para orientar toda la publicidad formal registral, sin ninguna modificación, pese a tantos cambios y situaciones en los sistemas políticos, sociales, humanos, crediticios, jurídicos?

Lo primero, pues, que hay que afirmar – antes de postular, por emergencias, a veces coyunturales, una modificación o interpretación desmesurada del precepto – es la *buena técnica, el rigor, la moderación* en la formulación del principio. Y

das urgentes de liberación e incremento de la competencia. Vid. también, no obstante, nuestro trabajo, *Ley hipotecaria y ley moral: etica y responsabilidad profesional de los registradores*.

(10) Vid. Alonso Martínez en "El proceso codificador, civil e hipotecario", en *RCDI*, 1992.

(11) Vid. nuestro trababajo, "Fernández Cuesta, jurista, reformista hipotecario. Ministro de Justicia y Académico", en *RCDI*, diciembre de 1964.

en segundo lugar, nos debe hacer pensar que tal *persistencia legislativa*, más que centenaria – parecida fórmula existió para el Registro Mercantil – obedeció a razones técnico-jurídicas, no de pereza legislativa, ni de inoportunidad. Aunque no por eso mismo se quiera desconocer la realidad. Es más, obliga a profundizar en ella para comprobarla en sus justos términos y límites, e incluso para ver *cómo y de qué* manera se la puede comprender mejor, tanto por la dinámica interna registral como por las nuevas dimensiones de la información misma y las medidas de seguridad, no meramente recogidas en nuestra Ley Orgánica al respecto de 1992.[12] Una buena "relectura" – como suele decirse ahora – nos llevará a una mera reconsideración, sino ratificación creadora, pasado el sarampión de la informatización "desmedida".

3. Publicidad registral y realidades sociales. Utilización extrarregistral de la información

Hay que afirmar, pues, que hasta el momento, desde el plano de la doctrina – Roca Sastre, Chico, de la Rica, García y García, Amorós – no se han encontrado razones técnicas o jurídicas para una *modificación* de tal precepto.[13] Su grandeza era servir, *desde su propia naturaleza y esencia*, a los que tengan "interés conocido".

La "servidumbre" consiste en verse sometida a interpretaciones múltiples, las cuales no podían venir de su planteamiento y configuración técnica, sino de los "tipos sujetos" que se acercan al Registro, "los" que *tengan* ... y de los diferentes "supuestos" de *interés*. Y en parte, también de la respuesta y "calificación" – también *actitud* – responsable del Registrador. Como ocurre en el resto de nuestra función.[14]

Es un precepto que, hasta la fecha, no ha tenido grandes controversias, ni doctrinales ni jurisprudenciales, salvo las que aludiremos a continuación. Aunque sea cierto que, por la coyuntura de la sociedad española, constituye, en la práctica, una cuestión, a veces cotidiana, a veces excepcional: *el margen de utilización del Registro para fines extrarregistrables, su grado y medida*. Entraremos en esa materia más adelante. Pero quiero adelantar esta reflexión: no deben ser por sí, los "condicionamientos sociales del cambio", los que desde ellos mismos erosionen excesivamente el *ámbito natural de las instituciones jurídicas*.

(12) Vid. Hansjürgen Garistko de Berlín en "Medidas de seguridad para bases de datos: régimen reglamentario", en la op. cit., *XX Conferencia Internacional*, p. 235 y sigs.

(13) Por excepcional está el trabajo citado de Prada Alvarez Buylla, que lo comentará Sendra Gimeno. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre *Condiciones generales de contratación*, por su Disposición Adicional segunda modifica el 222, el 253 y el 258, pero respeta y mantiene el 221, dentro de la nueva Sección 1.ª, Información registral.

(14) Hay casi siempre una cuestión de actitud en muchos planteamientos jurídicos, como en un plano general expusimos en "Actitudes ante la filosofía social", Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Vid. nuestra obra, *Propiedad inmobiliaria* ..., p. 133 y sigs., sobre la auténtica naturaleza de la función institucional registral.

El cambio deviene por el propio crecimiento y arraigo de la institución como *fruto de ella misma*. Los factores externos deben ser contemplados, desde luego, pero sin llegar a *desbordar, y sobre todo a infrautilizar* sus propias raíces, porque se puede poner en riesgo el sistema civil-hipotecario. A veces, cuando más sobrecogedor sea el "cambio" – ¡cuántos "crímenes" jurídicos se han cometido en tu "nombre"! –, más asentados han de *estar los fundamentos*. Cuanto más alta velocidad de un tren se exija, más potentes han de ser los puentes, los raíles y las vías. No debemos ponernos frenéticos hasta el punto de mover – *al tiempo* – aquellos puentes y las vías, para que así sea más rápida la marcha. (Si vuelve el "canto gregoriano" es porque – sin negar el "cambio" – quiso ser "gregoriano".) Por lo menos habrá de medirse, con prudencia, para ver qué es lo *esencial* (un ejemplo contemporáneo: cuando en virtud de la transición política hubo de "descubrirse" la titularidad patrimonial de las Organizaciones Sindicales preexistentes a 1936, no se conoció mejor instrumento jurídico que el Registro de la Propiedad, el cual permaneció *fiel* al "interés conocido" del vetusto artículo 279 de la LH, luego 221. No han hecho falta normas, ni interpretaciones, para poder ofrecer una información seria y responsable.[15]

Me parece importante esta llamada a la prudencia y a la serenidad, para no agolpar, excesivamente, funciones y cometidos que no nos son propios – como "huidas hacia adelante" – que pueden poner a prueba la competencia y la disponibilidad funcional – como puede ocurrir en materias de orden registral-mercantil –; *certificación* y no legalización de libros de actas de comunidades; utilización de telefax para asientos de presentación, o "manifestaciones" etc., pero que se pueden desviar de lo que es función propia: *calificar y certificar con la responsabilidad* singular en todo el proceso registral. Pudiera ser una salida "en falso", incluso inaplicable en la realidad, o que cayera pronto en desuso, sobre todo cuando se puede confundir, *función* con *instrumentos-fines*, con *medios*. Por ejemplo, la prioridad no la debiera dar, sin más, un fax,[16] porque tendería a erosionar el carácter de *aproximación* y de *cercanía* que la presentación del documento siempre lleva consigo. (Sería casi preferible el "buzón" electrónico que, situado ante el Registro Central de Viena, nos marca la hora y minuto de la presentación.)

He apuntado estos ejemplos reales, vivos, porque me parece que hacer algo es necesario. Desde luego, no cruzarnos de brazos. Pero tampoco calificar, sin más, de "progresistas", las actitudes de "abrir" los registros al mejor postor, en razón de las circunstancias "cambiantes" – aunque sean turbulentas, acaso sean pasajeras –. En último término, nos pueden detectar "fracasos" o *fallos de otras instituciones* ante las que el Registro quiera ser o se le presente como panacea o como pararrayos. Ese es el *riesgo*. Incluso, el criterio en la II Asamblea de Barcelona de 1988, quizá voluntarioso, y desde luego asambleario, ha sido calificado por Prada – dentro de la animosidad con que se tomó – como una forma de

(15) Vid. nuestro trabajo, *Propiedad* ..., cap. V, "Naturaleza del patrimonio sindical", p. 87 y sigs.

(16) Vid. Artículo 296 y sigs. de la Ley Procesal.

"servir" a los dos señores de la *publicidad* y la *intimidad* personal con un lavado de manos a la manera de un Pilatos hipotecario.[17]

La fórmula contemporalizadora, quizá inspirada en la legislación alemana y austríaca, y que incluso ha podido servir de fórmula "práctica", podría ser: *Cuando el titular registral lo solicite – una vez informado al respecto – el Registrador le notificará durante un plazo limitado, los datos de las personas que piden informaciones de su finca, al efecto de que pueda ejercer contra ella las acciones de que se crea asistido en orden a la defensa de la intimidad, protegida por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982.*

Es aconsejable, por tanto, y mientras no haya un cambio normativo sustancial, volver a las fuentes, para desde allí contemplar, no sólo la realidad social, como tal – pues el Registro, por naturaleza, sin ventanilla y sin estrado, está *abierto a la sociedad* – y acercarnos a la *problemática legal*, referente a las incidencias de la Informática, a la de los consumidores, a la libertad de información y al derecho a la intimidad. Salvo mandato judicial, o acatamiento a una legalidad extrahipotecaria.

4. Naturaleza de la publicidad registral

Al apelar a la Historia, habíamos llegado a una significativa conclusión: que el artículo 221 de la actual LH emana de una trayectoria literal, de la "vetusta" Ley de 1861 (art. 279) y sobre todo, subrayar que idéntico precepto pasó al *Código Civil*, y se mantiene en él, con el artículo 607, pese a tantas y tantas modificaciones, algunas de ellas en verdadero torrente hasta el presente.

Conexión con la publicidad material. No puede decirse – también lo apuntábamos – que no concurrieran eventos políticos importantes y desarrollos rústicos y urbanos de gran complejidad: la popularización del crédito, la ordenación rural o concentración parcelaria, ordenación de costas, la multipropiedad ... Sin embargo, el *precepto* se ha mantenido, sin grandes confrontaciones o resoluciones, ni siquiera *instrucciones* – salvo las que luego aludiremos ya en los últimos años –. Cabía aquí preguntarnos: ¿es que entonces no había "usuarios" – o también "usureros" –, ni había prensa libre, no había afectaciones a la intimidad o al honor de las personas? ¿Por qué a estas cuestiones no alcanzan abundantes resoluciones o recursos de queja, o proyectos de modificación? ¿Es que los Registradores, en todo ese tramo centenario, eran excesivamente abiertos o generosos, y los "terceros", menos celosos de sus "intereses conocidos"? Hay que volver, pues, a las fuentes, y lo primero afirmar que la "publicidad guarda íntima conexión con la publicidad material".[18]

(17) Vid. *La publicidad registral* ..., op. cit., p. 4. Y sobre una de las soluciones prácticas a las que se alude a continuación, puede ver nuestra obra, *Modernas orientaciones sobre la institución registral* al hacerse referencia al sistema austriaco.

(18) Vid. Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, IV, Barcelona, 1948, p. 713 y sigs. En la edición actual no se ha alterado significativamente el criterio. Es significativo que la STC de 20.03.1997, sobre *La Ley del Suelo de 1992*, declarase inconstitucionales numerosos artí-

El efecto sustancial-material de la inserción pública de los actos y negocios jurídicos está instrumentado por la *publicidad formal*, para quienes "tengan interés conocido". Pero aquélla – la *material* – no puede desnaturalizarse por la *formal-instrumental*, sino que las circunstancias, sucesos, e incluso las otras esferas radiantes de derechos públicos, no pueden "alterar" su ámbito y *naturaleza* inicial. Es evidente que su raíz es *civil-privada*, y *desde ella* – lo advertiría Jerónimo González – *se cumplen fines sociales y públicos*. No es una fuerza exógena, sino endógena. Parte de que, *desde su esfera esencial*, desde su médula, al *irradiarse*, penetra, realiza, favorece, estimula comportamientos y actitudes, y produce *efectos sociales y públicos*. No a la inversa. De ahí, que la publicidad formal, que sirve a la publicidad material-sustantiva, ha de verse concebida dentro de *la naturaleza de aquélla*, eso sí, instrumentada coherentemente, y si se quiere "fácilmente", "cómodamente", y a *menor costo*, y con rapidez mayor.

A los hipotecaristas clásicos – "progresistas" también en su tiempo – no se les pasó desapercibido el problema, y la cuestión. Indagaron, incluso en las *exposiciones de motivos* para poder interpretar el ámbito y extensión de esa *información*, o "noticia" de datos registrales. En la de 1861 se decía ... "que (el registro) se franquee todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y para decirlo de una vez al que tenga interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes". A renglón seguido, los comentaristas o historiadores – el propio Roca Sastre[19] – llegan a la conclusión de que el sistema adoptado el criterio de publicidad formal no es absoluto, *en el sentido de que no "cualquiera", y por "doquier"* razón, sin interés serio, capricho, pueda consultar los libros. Es publicidad limitada para los que *tengan interés legítimo, apreciado por el Registrador*.

Calificación del interés conocido en las formas de publicidad

Si hay un campo habitual y normal de la función del Registrador, con su responsabilidad, que es la *calificación*, en esta otra apreciación del "interés legítimo" – no furtivo, ni manipulable – encontramos otra gran fuente competencial, también responsable de *calificación*. Así se ha venido cumpliendo, y acaso, por esa misma *dación de confianza* del legislador – en la apreciación del *interés conocido-legítimo* – haya estado el secreto de que el principio de publicidad formal haya ido *desenvolviéndose con gran normalidad* hasta nuestros días. El derecho privado *se manifiesta, se publica, se anuncia*, se "desgarra" de su intimidad estructural o protocolizada, para *darse* y abrirse al público, pero no para algo vanal – en principio – más allá del *propio juego de la relación jurídico-patrimonial-informada*.

culos, y sin embargo se respetasen, sin fisuras, todos los preceptos referentes a la publicidad registral (vid. Corral Dueñas, *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 25, abril 1997, p. 999 a 1.079).

(19) *Derecho hipotecario*. T. I. Barcelona, 1945. *Evolución de la publicidad*. p. 36 y sigs.

No vamos a hacer aquí un análisis de los preceptos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, ya citados, al regularse las formas – sea exhibición, *notas informativas, certificaciones*, u otras. Hay que advertir que opera una coherencia total para la apreciación del *interés conocido* por el Registrador ante una u otra fórmula, con mayor o menor precisión. Incluso, con un requisito explícito para las *certificaciones*, solicitadas por instancia, por quien "tenga interés conocido", *expreso o tácito*. Y siempre con el *potestativo*, "... *podrá* ... – 334 RH – *exhibir, redactar nota, o certificar* ... Aquel profesional habrá de ceñirse a lo que soliciten. No es una biblioteca pública, o una hemeroteca, a elección. Ni tampoco un *arsenal de* "información acumulada", sino que el "servicio" de *información* incluso, además, está sometido a las necesidades del *funcionamiento* del Registro. Esa ha sido la línea regular y normal. Y así se aceptaba en los Registros respecto a lo que, en otros tiempos, llamábamos los "manifestantes".

Recuerdo y cito, dos experiencias gráfico-materiales:

En el Registro de la Propiedad de Reus – 1976-81 – había a la entrada una gran mesa redonda, tras la cual se encontraban los estantes de libros no utilizados por el funcionariado. Casi diariamente venía una persona, contratada por el Ayuntamiento, quien era el primero en acudir, y que daba regularmente notas a su Corporación a efectos fiscales. El mismo buscaba los tomos, indagaba los asientos etc., y hasta, por su experiencia, hacía de "auxiliar" a otras personas menos prácticas. Desde el pupitre del funcionario – el que llevaba el asiento de presentación – se prestaba el asesoramiento o vigilancia precisos, en su caso. La mesa redonda de *manifestantes* – visionada además desde los despachos del Registrador y del sustituto – estaba plenamente ocupada. Eran tiempos de transición política, económica y social: no se hizo uso distinto de lo que era una "información", cada uno estaba en su sitio y si surgió alguna duda, se aclaró. (Aquel "manifestante" habitual era ya el primer "amigo del Registro".)

Otro caso: en los Registros de Zaragoza – años 1981-85 – también había "*salas* de manifestantes"; y un funcionario era el que llevaba y traía los libros, vigilaba y orientaba. Los gestores y agentes – con más habitualidad que en Reus – eran "clásicos" y conocidos. Las peticiones de información notarial no planteaban ninguna duda. Es posible que hubiera algún curioso, o "veterano" de las salas, pero que se quedaba para su propia intimidad y sin exteriorización.

Es cierto que, después, ha habido un aluvión de "información", pero sobre todo una explosión, a borbotones, susceptible de desviarse de la natural *aceptación de presunción del interés conocido*, y de lo que eran sus propios fines. Fundamentalmente cuando ya operan los elementos técnicos – fotocopiadoras, ordenadores – y cuando una "patología" social o "pública" no encuentra siempre cauces normales – en la Justicia, en la Administración etc. – en los sistemas propios de solución y que irrumpen en los Registros de la Propiedad para su "utilización" y hasta su "manipulación".

5. Criterios jurisprudenciales y de la dirección general de los registros y del notariado

Todo cuanto anteriormente se ha dicho, incluso ese *incremento en el interés registral*, es positivo. Y es buena toda reflexión, referida, ya ahora, a la posible – y escasa – criteriología jurisprudencial, o por la vía de resoluciones de la Dirección General. Lo primero que hemos de señalar es que esos artículos – 221 y siguientes de la LH y los correspondientes del RH[20] – no han tenido grandes definiciones o conclusiones dogmáticas, ni aun siquiera la que luego comentaremos más en extenso, de 1991. Como ya apuntamos, se confirma por la Dirección General el carácter *no absoluto de la publicidad registral*. Se ha partido de un *interés conocido* – presumiblemente *legítimo* – no sólo en lo que hay de *exhibición o manifestación*, sino también en "certificaciones". Y para éstas, incluso, se marca claramente el principio de *responsabilidad del Registrador*, artículo 226 LH. Junto a esos dos criterios se perfila claramente la amplitud de la decisión del Registrador para la "calificación-enjuiciamiento" del "interés", acorde con el principio – coherente con el párrafo tercero del art. 1 LH – de que si "los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales", también esas "decisiones" sobre *interés conocido* ante la información, *están* – en forma de recurso de queja – bajo la autoridad judicial.

Limitación del ámbito de la publicidad

Esa *excepcionalidad* y escasez de criterios se presentan, pues, casi como anecdóticas. A veces se ocupan de los *medios instrumentales*, o de las *certificaciones* (RO de 6 de enero de 1883); o sobre *negativas* de aquéllas a petición de actuaciones *fiscales* (Orden y Circular de la Dirección General de Registros de 28 de diciembre de 1892). Más problemática – en su tiempo – fue la sentencia del TS de 16 de abril de 1918, en la que, junto al principio clásico de que "la publicidad formal del Registro se halla limitada por razón de su finalidad al objeto de comprobar la situación de libertad o gravamen de bienes determinados" venía a apuntar – en aquel caso concreto – que "no podía utilizarse con el propósito de procurarse pruebas susceptibles de demostrar la comisión de delitos". (Naturalmente, al margen de la vía judicial.)

Lo que han existido son criterios acerca de la *imperatividad* de las decisiones judiciales o administrativas sobre información o publicidad, llegándose a sostener, con razón, que "los Registradores no pueden calificar el interés de las certificaciones reclamadas por los tribunales con mandamiento (Res. 20 de abril de 1878), o por las autoridades administrativas o fiscales", o militares con jurisdicción (Res. 23 de abril de 1874, 16 de noviembre de 1896), (Com. 18 de marzo de 1899, OC de 15 de octubre de 1926), o de los Gobernadores Civiles a efectos de expropiación – "sin perjuicio de cobrar en su día los honorarios", se decía (RO 28 de diciembre de 1894, y Res. 11 de mayo de 1888). Históricamente ha habido algún caso,

[20] Incluso en la nueva redacción dada al artículo 332 por el Real Decreto 1967/1998, de 4 de septiembre, al modificar determinados preceptos. Lo comentaremos luego.

curioso, que dio lugar a la RO de 6 de enero de 1883, como consecuencia de un recurso de queja de un Registrador en defensa de lo que sería "su fuero registral", por el rechazo de haberse constituido el Juez, acompañado del Actuario y dos Procuradores, para sacar testimonio de asientos en libros: "S. M. el Rey (Q.D.G.) de acuerdo con el dictamen emitido por la Sala de Gobierno del Tribunal, aceptando la propuesta de la Dirección General, se ha servido declarar que sólo los Registradores de la Propiedad tienen facultades para expedir certificaciones ..."

Hay algunas otras Resoluciones – como la de 19 de enero de 1872, seguida por otras ulteriores – en las que suele advertirse, que "demostrado que sea ese interés en consultar los libros del Registro" se dan orientaciones o criterios prácticos, en el doble sentido: obligaciones acerca de la *claridad o precisión* por parte de los peticionarios, o indicaciones a los Registradores para que se atengan a los *términos de la propia petición*.

Buena parte de las Resoluciones se refieren al campo de las *certificaciones* en las que igualmente ha de darse el "interés conocido", y con una *cualificación* singular: que la expedición de certificación opera – por *efectos del art. 353* – como *factor de oficio* para la *cancelación, de cargas o* "purificación" registral. Por tanto, aunque sea un grado más explícito – el de las certificaciones – se resalta así la generalidad de una *publicidad registral limitada*, cuando incluso tenga que producir semejantes efectos "liberadores" o "cancelatorios". Es todo un síntoma, aunque no operase así, tan automáticamente, en la *mera información*.

Como se apunta por García García[21] en sus notas a los preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecarios, la línea general o criterios directivos han estado siempre tamizados por el "interés conocido". Con una suprema *decisión del Registrador*, susceptible de queja ante los Tribunales y con el ámbito de *información* "en lo que fuere necesario".[22]

Modernidad: Apertura del "santuario registral"

Hay un paréntesis hasta la *modernidad* que conviene anotar y admitir: el *populismo* del Registro se ha ido haciendo, poco a poco, por sus propios méritos

[21] *Código de legislación hipotecaria y del registro mercantil.* Madrid, 1986. p. 85 y 332 y sigs.

[22] Ha existido, además, un *respeto* y una *valoración* de los libros del Registro, y una estima tal que, si no como "inalcanzable", sí algo que, al *abrirlos* – sistema clásico de exhibición – imponía "consideración" o "veneración". (Recuerdo de niño, a mi padre, en Daroca – Zaragoza –, administrador de fincas de una familia y amigo del Registrador de la Propiedad de Daroca – auditor del Ejército y Notario, don Miguel Castell, copartícipe con aquél de la Adoración Nocturna – como me contaba, con verdadera unción, sus visitas *al Registro* para conocer el estado de ciertas fincas.

Le parecía un *santuario*, como si los datos obtenidos – incluso asesorado por el señor Registrador – debieran pertenecer a lo que después, doctrinalmente, he podido leer en Albaladejo: una "intimidad civil". Y en general, la publicidad, si bien era *abierta*, nadie podía imaginarse que llegase a poco más allá del tráfico jurídico o de las garantías a

(nosotros mismos, por los años cincuenta, inquietos, hasta habíamos apelado a una "publicidad-propaganda registral", dentro de un horizonte distinto que el que ahora lleva al Colegio de Registradores a editar, dignamente: "Cómo comprar una vivienda en España, paso a paso", 1994 – folleto al que nosotros le hubiéramos quitado el subtítulo y alguna insinuación –. O, "La seguridad del consumidor" en la adquisición del inmueble. Acaso por circunstancias inesperadas, ya durante la revolución de Asturias, 1934, la reconstrucción de los *Registros destruidos* – y hemos conocido, en varios de ellos, alguno de esos efectos – provocaron, instintivamente una revalorización de los Libros del Registro. Pese a que la inscripción era voluntaria, surgió aquella serpiente *demagógica-revolucionaria* de que "quien no tuviera inscrita su finca, se quedaba sin propiedad". (Y en algunos casos hubo sus "listillos".) La información registral en los Registros destruidos, en todo o en parte, pero también para los no afectados, fue creciendo. Y no sólo en Asturias, sino en toda España, se iba tomando conciencia más precisa del "valor" de los libros-asientos del Registro. Y por tanto, surgió una información creciente, generosa y abierta, dentro del "santuario reverencial-registral".[23]

Toda la legislación urbanística que se inicia en los años cincuenta – la de viviendas, la de concentración y ordenación rural, más el crecimiento del crédito – permiten reflexionar más el "interés conocido". Puede parecer que se pierde el tono "sacral" de "conocer", lo que los libros del Registro dicen (y no por mero capricho). Pero, a su vez, había que medir el tono de "protección" para que no desapareciesen libros o algunas de sus hojas foliadas, pulcramente editadas en páginas interlineadas, con su floresta en los márgenes, excelente papel casi apergaminado.

Hojas móviles e identidad de los "manifestantes", "publicidad de encargo"

La modernidad llama a las puertas del Registro por la mecanización, y los libros con las hojas intercambiables. Con lo cual la *exhibición* – como acto "ri-

efectos de créditos y cargas. Ni el "curioso", ni el manipulador podrían ser creíbles (otra cosa, entonces, hubiera supuesto un descrédito, un desestímulo para la inscripción, y hasta su rechazo).

(23) Un caso especial merece recordarse: En la contienda civil – 1936-1939 – se dictaron disposiciones y resoluciones especiales que encajaban siempre con las previstas en el propio Reglamento Hipotecario, como una medida "normal" previsora. Y, por último, otro caso espectacular de apertura al "interés conocido" y de populismo registral, estuvo en la reconstrucción de la ciudad de Santander, cuando su incendio en los años cuarenta, estando de Gobernador Civil un Registrador, Jesús Reguera. Aquí el efecto fue a la inversa: había que partir casi de cero en la realidad física de las fincas destruidas, prácticamente toda la zona del puerto, y la primera interior – paseo de Pereda etc. –. En cambio los libros del Registro no fueron objeto de destrucción. Partiendo de sus datos y *abriéndolos a todos* los que tuvieran "interés conocido", es como – se escribió un libro sobre la reconstrucción registral de Santander – pudo hacerse una operación perfecta entre la *realidad* física, la realidad *jurídico-registral* y el sentido *proyector de futuro*. No sólo en cuanto a *indemnizaciones*, sino en cuanto a *créditos* para la construcción. La fisonomía urbanística de Santander, desde la Plaza de la Porticada hasta la Avenida Reina Victoria con Puerto

tual" – se puede sustituir por *fotocopia* de las hojas móviles (Res. 4 de abril de 1979). Pero los principios estaban ahí. La Resolución de 8 de abril de 1983, en pleno auge del desarrollo económico, urbanístico y local, ya establece dos criterios orientados: uno es la posibilidad – cuando las circunstancias lo aconsejen – de establecer algún tipo de control sobre la *identidad* de los manifestantes, quedando en la oficina una información de los solicitantes. Y la otra medida son "precauciones" (adoptadas) "para que la facilidad del conocimiento del contenido de los asientos del Registro por los legítimamente interesados no se utilice por personas o empresas que, con falsa apariencia de interés legítimo, funcionan como oficina de publicidad inmobiliaria paralelas al Registro, con finalidad de lucro, originando un tráfico, incluso ilegal, de información, que con frecuencia es inexacto, y por ello rechazable, por ser el Registro el instrumento de publicidad que debe ser rectamente utilizado". Y aún se añade en dicha Resolución de 1983: *en consecuencia, cuando el que solicita la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello por quien lo es, deberá acreditar, a satisfacción del Registrador, dicho* "encargo".

Este criterio de 1983 – que no es el de *un ayer*, por ejemplo, el de un 1930 cuando se dio una Resolución de 4 de julio, declarando improcedente que los *secretarios judiciales testimonien en asientos* por sí y ante sí – cercena, o *encauza* el derecho a la información, en cuanto a la "identidad" del solicitante, y en cuanto a la *utilización* no directa, por vía de *gestión*, procuradurías etc. Dando amplias facultades de *apreciación* al Registrador, en cuanto al "interés", a las "circunstancias", y a lo que "en cuanto *fuere necesario y no más*".

La siguiente *Instrucción* – todavía no "aprietan" las normas y exigencias de la Protección de Datos – de dicha Dirección General de 12 de junio de 1985 (*BOE* núm. 146, de 19 de junio), decía lo siguiente:

"El aumento de las operaciones de manifestación de los libros del Registro de la Propiedad y Mercantil, debido al arraigo de la institución registral y a su trascendencia en la seguridad del tráfico, ha supuesto, de una parte, un serio aumento en el riesgo de deterioro o manipulación de los libros exhibidos, y, de otra, como ya indicó este Centro Directivo en la Resolución de 8 de abril de 1983, la aparición de personas o empresas que, con falsa apariencia de interés legítimo, funcionan como oficinas de publicidad inmobiliaria, paralelas al Registro, con finalidad de lucro, y originando un tráfico, incluso ilegal, de información, que con frecuencia es inexacto, y por ello rechazable, por ser el Registro el instrumento de publicidad que debe ser directamente utilizado. A todo ello se une la necesidad de salvaguardar la integridad de la información contenida en los libros y que dicha información sea puesta *sólo a disposición de quien tenga interés legítimo en su conocimiento con la máxima exactitud y rapidez*. Para la consecución de tales fines, y en virtud de las facultades (con corrección de errores, *BOE* num. 160, de 5 de julio) que a este Centro Directivo atribuyen los artículos 259 y 260 de la LH y concordantes de su Reglamento, esta Dirección General ha acordado:

Chico, en buena parte se debe a haber hecho una "utilización correcta del Registro" y sin pleitos.

1.° La manifestación del contenido del Registro se llevará a cabo, preferentemente, *mediante nota simple informativa*. Dicha nota simple podrá consistir en fotocopia de los asientos a que se refiere la manifestación. 2.° La manifestación mediante *exhibición* de los libros se reducirá a aquellos casos en que concurran circunstancias excepcionales que la justifiquen. 3.° Los Registradores, cuando las circunstancias lo aconsejen, establecerán el tipo de control que estimen oportuno sobre la identidad y datos personales de quienes soliciten la manifestación de los libros del Registro, de manera que quede en la oficina la información suficiente de las personas que cada día hayan examinado dichos libros u obtenido notas simples del contenido de aquéllos. 4.° Conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la LH se manifestará el contenido del Registro *sólo a quien tenga interés conocido a juicio del Registrador*. Cuando el que solicite la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello, deberá acreditar a satisfacción del Registrador dicho encargo. Podrá dispensarse de la justificación del encargo a profesionales del Derecho, oficinas públicas y entidades financieras cuando la información que directamente soliciten se refiera a personas o fincas concretas relacionadas con la legítima actividad de tales profesionales, oficinas o entidades. 5.° Se considerarán *carentes de interés* legítimo a aquéllos que, a juicio del Registrador, pretenden acceder a la información contenida en los libros del Registro con la finalidad de comercializar por cualquier procedimiento la propia información obtenida. 6.° La manifestación, mediante nota simple informativa, se llevará a cabo, en el plazo más breve posible, atendidos los datos que se suministran al Registrador y el volumen de la información solicitada, sin que, en ningún caso, dicho plazo pueda exceder del establecido en el artículo 236 de la LH".[24]

6. Nuevas realidades practicas y legislativas

El seguimiento normativo y fáctico que hemos venido haciendo, nos marca un sentido de flexibilidad, de casi *presunción* de interés conocido, y de una facultad "calificadora" y "responsable" del Registrador. Todas las *resoluciones* de la Dirección General de Registros que anteriormente hemos examinado, van en aquel sentido, hasta llegar a la de *4 de abril de 1991* – que sienta una doctrina general – pues, efectivamente, se han producido realidades nuevas, tanto legislativas como sociales:

Dinámica y "consumismo" registral

Del lado del Registro, o afectándole, se ha dado un crecimiento de la titulación, del crédito y otros derechos reales, muy especialmente en la propiedad urbana,

[24] La *Instrucción* transcrita de 1985 y las "orientaciones" de la Dirección General y aun del Colegio de Registradores, necesitarían una decantación y sosiego, lo que con las modificaciones en el Reglamento Hipotecario aparecen, normativamente al menos, más nítidas. Lo comentaremos luego.

tanto por el desarrollismo económico como por las modalidades y variantes, sean la figura del *leasing*, sean las de la *multipropiedad*. *El consumismo* general, no se ha detenido también ante el *consumismo registral* – aunque nosotros discrepamos técnicamente de dicho término –. Han accedido a los libros, espacios, zonas y gentes *nuevas*. Las Leyes de reforma urbanística, no muy bien redactadas, han tenido sesgos "socializantes". En materia de crédito, con cláusulas múltiples, dispersas, con frecuencia usurarias. Se ha llegado, en algunos casos, al fraude inmobiliario, fuertemente limitado por la firmeza del Registro, pese al carácter voluntario de la inscripción, y la no coordinación y fallos del Catastro.[25] Tales realidades – y otras que sería largo enumerar –, a su vez, han tenido respuestas en la mecánica e informática registral. En esto también habrá que buscar cauces, límites, y evitar desbordamientos. Máxime si aquellas leyes urbanísticas – y las de las Comunidades Autónomas – no han tenido un *desarrollo reglamentario correcto*. La OM de 5 de mayo 1994, ha tenido que dar pauta sobre información en préstamos hipotecarios.

De otro lado, en una sociedad democrática, la información juega un papel importante en las pautas y valores jurídicos y han tenido un incremento en el orden económico, social-educativo, político y jurídico. Incluso tras el Tratado de la Unión Europea (Maastricht), el efecto ha sido singular. Algunos de esos fenómenos – especialmente en las áreas mercantil y financiera – como la "corrupción", con vertientes múltiples, especialmente las penales, civiles, sociales y políticas etc. (prácticamente en todo el mundo). El "cuarto poder", la prensa, radio; la competitividad editorial o profesional; el financiamiento opaco de estructuras o acciones político-sociales; la agresividad profesional de "despachos" o "agencias", o "estudios", o los malos entendidos de competitividad administralizada etc., con frecuencia han utilizado o han "llamado" al menos, a las *puertas* de los Registros de la Propiedad. Podíamos preguntarnos si la modificación del artículo 3 del Código Civil, al incorporar la "realidad social" como fuente indirecta de interpretación, pudiera servirnos de una manera precisa para alterar los criterios que en el propio ámbito registral se han venido sosteniendo hasta el momento sobre la publicidad formal. Todo ello, sin perder de vista la fuerza constitucional de los Registros y el juego de *valores* y *principios* – legalidad, seguridad etc, que hemos analizado –.[26]

(25) Hay que partir ya de la Ley 13/1996, y de la Orden de 23 de junio de 1996, sobre procedimiento para cumplimiento de aquélla, en orden al suministro de información – no se habla de "datos" – a la Dirección General del Catastro por notarios y registradores. El tema lo preveíamos en nuestra obra, *Propiedad inmobiliaria* ... Cap. XVII: "Catastro y registro", una glosa del Decreto 03.05.1980, en el que se inician las bases de conexión Registro-Catastro. Otra cosa es *cómo se haya hecho*.

(26) Vid. López-Medel y Bascones, Manuel, *Derechos y libertades en la Europa comunitaria*, Madrid, 1992. Por nuestra parte, vid. "Constitucionalismo y privilegios del Banco Hipotecario", en el *Libro Homenaje a José María Chico*, 1996, como cuestión muy específica. Y sobre la incidencia general que puede ayudar a una sincronización de sistemas educativos y de formación profesional para juristas inmobiliarios. Vid. *Hacia un nuevo derecho a la educación*. Discurso académico contestado por el numerario de la de Doctores, Fraga Iribarne. Madrid, 1995.

Es todo un tema de reflexión que puede ayudar a orientar los criterios sobre la publicidad registral dentro de la modernización de la sociedad, su propia secularización – con problemas de "intimidad familiar", con lo que se quiso mover, por ejemplo, un recurso gubernativo a que luego aludiremos sobre la *no necesidad de acreditar el divorcio* –; con una "patología patrimonial, a veces legislativa, conflictos de interés, especulación, agiotaje, que parezcan temporales, indudablemente afectan el *populismo* registral, animado – a nuestro juicio, desconcertadamente – por los "telefax", que siendo "meros instrumentos" pudieran convertirse en "pseudo funcionales", marcando "prioridades automáticas". No se olvide, además, que los asientos no sólo dan "titulares", sino otros datos, cláusulas, fechas, estado civil, circunstancias familiares etc. Sin contar, en el futuro, con los riesgos de "espionaje o epidemias informáticas" que, con los avances tecnológicos, puede llamar a las puertas de los Registros.

Como el número de supuestos pueden ser múltiples, y a ellos cada Registrador de la Propiedad ha de dar solución con su criterio y su *responsabilidad personal*, me voy a ceñir a los frentes o ámbitos que – para algunos – pueden representar una exigencia, hasta el punto de que se entienda hoy, como obsoleto, ese criterio de *información registral de los artículos 221 de la LH y 607 del Código Civil*. Para otros, llegando incluso a interpretarlos como *derogados o anticonstitucionales*, o *ajenos al boom urbanístico registral*.

Protección jurídico-patrimonial ante las nuevas tecnologías

No cabe duda que los datos del Registro tienen un contenido *patrimonial* que afecta a la titulación, formas – notarios autorizantes, jueces concretos, acuerdos administrativos etc. –. No es sólo, pues, "título y cargas". A veces, singularmente cuando se trata de decisiones complejas administrativas, por ejemplo, las *municipales*, y afectan a planes o *proyectos concretos* que han sido objeto de confrontación, informes técnicos, aprobaciones en Juntas de Compensación por mayorías etc., parece aconsejable hacer en los asientos un "reflejo" sustancial, síntesis "histórica" de los acuerdos o documentos múltiples y "memorias", los cuales hayan podido llevar al Registrador, o le hayan servido, para una calificación concreta, como *circunstancias* que han sido objeto de atención. E incluso para que los *terceros de buena fe* puedan ser *instruidos del expediente* determinado, fuese un Proyecto de Reparcelación o de Compensación urbanística con sus características principales, trayectoria etc.

Las técnicas de la *información*, superando la mera exhibición, realizadas por vía de la *nota-manifestación*, rompen un poco el esquema clásico de "informar en lo necesario", en lo que "fuese preciso". Existe el Registro Central de Datos por la acumulación de fichas que proceden de los Registros en concreto. *¿Siempre habrá de darse fotocopia de los asientos?* ¿Podría en algunos casos – los que el interés normal referente al tráfico jurídico inmobiliario apareciera en principio desbordante – hacerse una limitación de los *datos*, impidiendo que la *fotocopia* no pueda ser utilizada más allá – por ejemplo, como portada de revistas o encarte televisivo – de lo que es la información de un contenido patrimonial? A eso tienden las Instrucciones de la Dirección General y los preceptos reglamentarios nuevos.

Es un tema complejo, y como los riesgos han de preverse, quiero remitirme al sólido estudio, "Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías", de Romero Casabón[27] que abarca una reflexión sobre la protección – también en vía penal – de procesos de datos obtenidos en vía administrativa casi siempre, y lo que el autor llama finalmente "agresiones en el soporte material informático". Esta pauta administrativa – aunque no sea de aplicación estricta al ámbito registral – es también estudiada por el profesor Sarmiento Acosta.[28] Resulta evidente que en el moderno Estado de Derecho, uno de los problemas fundamentales es articular unos mecanismos de control para el equilibrio ponderado "entre *potestades administrativas y derechos* del particular". Es decir, que la hinchazón de nuevas tecnologías, y el "pulpo" de lo "estatal" son dos sumandos que tienen que encontrar *límites y cauces* para distinguir lo instrumental de lo que es fundamental en derechos y libertades.[29]

Aunque las citas y reflexiones han sido vistas desde el ángulo "administrativo", esto confirma la ponderación y la buena configuración de nuestros preceptos sobre la publicidad formal-registral que estamos analizando. A medida que se avance más en esas tecnologías, más exigente será el criterio constitucional (art. 18, 4) sobre la eficacia de una ley que "limite el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

El derecho de los consumidores

Algunos autores, como el propio Prada Alvarez Buylla, y en parte Mezquita del Cacho o García García – entre otros – han hecho alusión a la aplicación de la Ley sobre *Defensa de los Consumidores y Usuarios* de 19 de julio de 1984, como motivación para el derecho a recibir *una información correcta*. También se ha aludido a la afectación de las cláusulas "usuarias" de determinados *préstamos hipotecarios* (recuerdo la OM citada, de 1994, sobre información en materia de préstamos). Puede parecer que la aplicación de aquella Ley, dada la amplitud – y también vaguedad en algunos extremos – supone un *aldabonazo* para la alteración, modificación o interpretación de los artículos 221 de la LH y 607 del Código Civil. La idea y la realidad del "usuario" y "consumidor" del derecho inmobiliario fue "inventada" mucho antes que las figuras de la Ley de 1984, que responde en buena parte a sesgos *ideológicos* o virtuales que no se corresponden con la respuesta coherente y razonable de una Administración abierta, seria y eficiente.

(27) En *Revista del Poder Judicial*, p. 139 y sigs., septiembre 1993.

(28) En la misma *Revista del Poder Judicial*, en el trabajo "Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales", que aporta una buena fuente bibliográfica.

(29) Hay una literatura cada vez más insistente en prever los riesgos de la informatización (vid. *Congreso de Derecho Informático*, Zaragoza, 1989, y el trabajo interesante, aunque se refiera a la vía penal preferentemente, de Herrero Herrero, "Modelos peculiares de estafas por medio de ordenador", *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, p. 117 y sigs., marzo, 1994.

El "tercero registral" era ya – y es – un "consumidor efectivo", un "usuario" plenamente protegido, y no en bagatelas. Mezclar el sesgo del interesado registral, *con el* "usuario" *de la Ley de 1984*, choca con el carácter no administrativo – aunque sea un servicio institucional – de la esfera registral, y distorsiona no sólo la filosofía sino también la *práctica* de la manera de llevar los Registros, y su función. En otro lugar hemos apuntado a esas tareas conexas – tanto en el Notariado, como en los Registradores – de *asesoramiento*, *orientación*, *asistencia*, *práctica*, de manera directa, sin ventanilla, sin "aranceles" por consulta, casi amigable, a veces paternal, sincera, "cuasiconfesional".[30] Es una práctica habitual. No podemos tratar al "usuario" como uno más de la Ley de 1984, sino que, ya desde 1861, se le sitúa *mejor*: como *titular de un derecho de información, no ya* "correcta" *sino veraz*, y que se ha realizado – como hemos visto – con flexibilidad y generosidad. Las "quejas" fueron prácticamente inexistentes, y la vía de resolución gubernativa – ante los Jueces o ante la Dirección General de los Registros – *excepcionales*. En el *Registrador* de la Propiedad se ha dado el "mejor defensor del pueblo hipotecario". Y cuando así no ha sido, no será porque el sistema de información hipotecario-civil-reglamentario, haya sido insuficiente, sino por las limitaciones o talantes humanos de quienes – Registrador y personal auxiliar – servimos en los Registros. Aunque los tiempos cambien, esa ha sido la tónica hasta el presente. (El control de los "honorarios" no es ninguna novedad en la historia registral. No es bueno un montaje de galería.)

Me suena un poco a retórica eso de que los usuarios buscan – Prada Alvarez Buylla – "formar una opinión verdadera o construir un juicio propio y personal que le permita tomar una decisión acertada sobre la cuestión consultada o sobre el producto que debe ser consumido",[31] publicidad registral ..." El tercero que se asoma o que acude al Registro no va a "consumir" un producto, ni una curiosidad, sino lo que es más importante, a *ejercitar*, primero, un *derecho* de información en términos y ámbito de los asientos registrales, y en segundo lugar, apoyarse – al *intervenir* en un negocio jurídico – en la propia publicidad registral para encontrar *seguridad jurídica*, y predisponerla – con la inscripción suya – *hacia los demás*. Por tanto, no se agota "su consumo", la información, ni siquiera al meramente informarse.[32]

Las partes – en un juicio – son algo más que "consumidoras" de Justicia.

(30) Vid. *El notariado y los registros*, Madrid, 1986 (en colaboración con Mezquita del Cacho).

(31) En *La publicidad registral*, op. cit., p. 10. Cabello de los Cobos (Luis María), en "Tratamiento profesional de la publicidad registral". *Libro Homenaje a Rey Portolés*, Madrid, 1998 (p. 635 y sigs.) no alude a esta problemática hipotecaria de fondo. Informa o motiva sobre las *Instrucciones* de 17.02.1998.

(32) Vid. no obstante, Torres Lana, "La garantía en las ventas al consumidor", *Estudios de derecho civil*, Homenaje al profesor doctor Lacruz Berdejo, vol. I, p. 791 y sigs., en el cual para nada se hace referencia al tema registral-hipotecario.

7. La publicidad registral formal, contrapunto al derecho a la intimidad: Ley de 5 de mayo de 1982

Históricamente la problemática del 221 de la LH y 607 del Código Civil no se ha venido planteando con referencia – en un sentido u otro – al derecho a la intimidad o al honor. *Intimidad y honor* han existido siempre, y no se "inventa" ahora. La Constitución Española de 1978, en su artículo 18 – "se *garantizará el derecho ... a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*" –. Y la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, lo proclaman ahora, pese a que ante una sociedad "desacralizada", o "secularizada", o "desmotivadora", puede parecer que se han podido romper los esquemas de esa propia intimidad, con mayor naturalidad.[33] Se ha dado – ya lo anticipábamos –, ciertamente, lo que Albaladejo[34] llamaría una especie de *intimidad civil* como "poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado".

Sobre el derecho a la intimidad y la interferencia que sobre él mismo pesa a raíz del ejercicio de la libertad de información – del que nos ocuparemos luego –, a veces se ha querido tejer una doctrina y un pensamiento en *contrapunto con la publicidad registral*. En unos casos, para tratar de verter – utilizando la argumentación de la intimidad – sobre aquélla, una *fundamentación extrahipotecaria*, o una argumentación *socio-política* en el mundo del Derecho civil. Esa fue – por ejemplo – inicialmente, la base del recurso gubernativo contra la calificación del Registrador José Manuel García García, por el Notario Pérez Mainar, cuando aquél había interpretado la exigencia – por parte del Registrador – de un documento probatorio – sentencia-libro de familia, certificación del Registro Civil – del "divorciado". El Notario había sostenido en su recurso gubernativo, de fecha 02.03.1984, ante el Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, entre otros argumentos, que al "*exigir la exhibición de la sentencia se encarece y dificulta innecesariamente el procedimiento administrativo y se viola la intimidad de las personas*, ya que en dicho documento se publican *hechos que pertenecen a la esfera más privada del individuo y que no deben ser divulgados más allá de los casos estrictamente necesarios*". Sin embargo, la Resolución de la Dirección General de Registros de 20.02.1985, no entró ni aludió al tema de la *intimidad* "constitucional". Aceptó el criterio del Notario autorizante por razones distintas – la escritura, que se refería a un aparcamiento, había sido hecha en Cataluña –, etc., y dejaba al Registrador con facultades acerca de la *forma de redactar el asiento*. No entro en la cuestión, y únicamente anoto el caso como un supuesto excepcional, y quizá único, en que se haya querido utilizar el derecho a la *intimidad* – en aquel supuesto –, como si el Registrador, al leer la sentencia, o el libro de *familia*, "violase" o "descubriese" *una intimidad*. Por el contrario, en realidad, importaba exclusivamente la fehaciencia de esa situación "normal", dentro

(33) Vid. Sarmiento, en *Poder judicial* ..., op. cit., p. 205 y sigs.

(34) En *Derecho civil*, 9.ª edición, Barcelona, 1985, p. 65, tomo I, vol. 2.º.

de la "patología" familiar – en la vía civil-hipotecaria –. (Parecía que citar, por ejemplo, la sentencia de divorcio o la referencia a la *certificación del RC – que era lo que pedía el Registrador – y reflejarla en los libros, fuera motivo de* "curiosidad", quebrantando la intimidad.)

Siguiendo esa línea de distinción de *esferas – la intimidad* que emana de la *Constitución*, y la que *emana del campo civil hipotecario* – tendríamos que recordar que han abundado los civilistas que han prestado atención al tema de la *intimidad* referido a ese ámbito, como el propio Albaladejo, Iglesias Cubría, Fariñas, López Jacoiste, Lacruz, Puig Brutau etc., tratando de buscar el alcance de esa *intimidad personal y familiar*, incluso con respecto a la propia *imagen*. En un estudio muy completo de O'Callaghan, catedrático de Derecho Civil y magistrado, "El Derecho a la intimidad",[35] se hace una aportación doctrinal y jurisprudencial, muy al día, de toda la cuestión, con un punto muy preciso sobre la "delimitación del derecho a la intimidad, sea por ley, usos sociales, interés cultural etc.". Toda la larga cita de recientes sentencias del TC no hacen sino *detectar que no existe un catálogo o recetario minucioso, exhaustivo de la* "intimidad". Gimeno Sendra ha venido investigando sobre el particular, en buena parte en paralelo a nuestras propias reflexiones.[36] Hay un punto – fruto de su experiencia como magistrado del TC, titulado "El derecho a la intimidad: concepto límites constitucionales", que se refiere a las dos esferas, la pública y la privada. Su conclusión es expresiva, aunque global, motivadora y exhortante: "El Registrador de la Propiedad es el guardián de la seguridad jurídica de los legítimos intereses de los terceros y de los derechos fundamentales de los particulares a la intimidad y a recibir información veraz".

A los efectos que interesan a nosotros, no hemos encontrado ningún criterio doctrinal ni jurisprudencial referido a la *publicidad registral formal*, sino a otros campos. Quizá sea curioso – y es el supuesto de mayor aproximación – citar, por analogía, la sentencia de 29 de enero de 1990, sobre inscripciones marginales *referidas a filiación extramatrimonial*. Al final del fundamento 2, se puede leer lo siguiente: "Los derechos del titular de inscripciones del Registro Civil deben de cohonestarse con las que pudieran corresponder a terceros lo que explica que el principio de publicidad formal instaurado en los artículos 6 y 17 de la Ley y Reglamento sobre el Registro Civil respectivamente venga sometido a determinadas limitaciones o restricciones" (esto, pues, es claro en el Registro Civil).

Nosotros lo que hemos querido subrayar es que *no se puede extrapolar*, en un sentido u otro, el tema de la intimidad. Tanto para argumentar sobre una posición cerrada o dogmática sobre la no publicidad registral o "deslegitimar" el interés conocido por el tercero, como para sostener que, dado el carácter *no absoluto* de ese derecho o del de la propia imagen, pudiera *abrirse el Registro sin*

(35) En *Estudios de derecho civil*, Homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo, Barcelona, 1992, vol. I, p. 645 y sigs.

(36) Vid. "La Ley ...", junio 1997, *Boletín de los Registradores*, agosto 1997, y especialmente con su participación para nuestro *Libro-Homenaje*. Madrid, 1999, p. 765 a 789. Es un trabajo del que se habrá de partir para ulteriores estudios.

discriminación. Son dos esferas distintas que tienen tratamientos distintos. Y por todo ello hemos argumentado que, hasta la fecha, a los comentaristas constitucionalistas o analistas, cualificar el tema de la *intimidad* con el de la publicidad formal registral. Cada cosa y cada institución en su sitio. Aunque, como indica el citado Gimeno Sendra,[37] los límites constitucionales deben ser pauta.

8. Experiencias practicas. Jurisprudencia. El "autocontrol" informativo

El artículo 20 de la Constitución Española reconoce y protege el derecho a "comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión". Este derecho a la información es el que se ha destacado por algunos como principio operativo para *forzar una interpretación más plena* – ya Camy hablaba, incluso en su tiempo, de *situación* "anacrónica" lo del artículo 221 y siguientes de la LH para *instar su modificación o derogación*.

No podemos negar la realidad, pero tampoco abandonarnos al torbellino. Y, sobre todo, hemos de ser cuidadosos al advertir cómo en nuestra sociedad democrática formal, a veces el *fallo de otras instituciones propias* pueden hacer bascular hacia la del Registro cuestiones que no le son propias, en principio. Los fallos de los partidos políticos, de la propia Administración, la lentitud de la "Justicia", la ausencia de seguimientos directos parlamentarios, el sectarismo político, la falta de credibilidad, la proliferación de "tertulias de opinión", los intereses competitivos y económicos de la información ..., los métodos de ingeniería financiero-delictiva, la corrupción como síntoma de degradación moral, la falta de credibilidad, la tergiversación de estructuras y comisiones financieras, la utilización de medios públicos para fines personales, incluso en lo que pudieran tener de reservados ... han producido un volcar hacia el Registro una buena parte de la información patrimonial (ya no digamos en materia mercantil-registral). Es fenómeno que *no existe parangón* en toda la legislación hipotecaria europea, ni siquiera en la patología política italiana de los últimos años. Posiblemente aquí se haya dado una *falta de cauce de las otras vías* – Ministerio Fiscal, Tribunales de Cuentas, Tribunales de Competencia, Registros Patrimoniales Parlamentarios, Defensor del Pueblo etc. La petición de información, en torrente, no ha venido siempre por los caminos de la Administración de Justicia, o de la propia Administración, o de otros órganos institucionales, sino por la vía de la información o investigación "especializada". ¿Hasta dónde, a quiénes, de qué manera, puede "interesar", o puede darse tal información? Cada profesional del Derecho Hipotecario puede ofrecer su propia experiencia. Por nuestra parte, y en el distrito hipotecario de Majadahonda, con características especiales de habitabilidad de personas titulares de poder político o financiero cualificados, podría mostrar estos supuestos directos:

El primero fue, de alguna manera, compartido con el cotitular del Registro de Las Rozas, cuando la oficina estaba situada en el mismo local, y por tanto la

[37] En *Registro de la propiedad*, op. cit., p. 776 y sigs.

información era servida indistintamente por personal de ambos Registros: era la "sorpresa", hacia 1987, de encontrarnos un asiento como portada de una revista de opinión importante con dos *fotocopias* de la inscripción de un chalet, cuya titularidad afectaba a determinada persona femenina relacionada con un personaje del Gobierno. La petición había venido por la vía de un gestor, con los datos de la finca, y sin que el funcionario pudiera detectar nada especial. Aquí, por las circunstancias del caso, se podría poner en entredicho forzar la intimidad personal-familiar-patrimonial del chalet, pero además se dio el uso, la "apropiación" de las *fotocopias* del Registro con los asientos *firmados*, como *ilustraciones o imagen*. Hubo reacciones para todos los gustos. Alguno, hasta se alegró ostentosamente de que el Registro sirviera para esos fines "informativo-políticos" que afectaban – en el texto – a la *dignidad íntima* de tal personaje público. Otros rechazaron la idea.

El segundo caso – hacia 1990 – fue más nuestro, o más personal: vinieron unos periodistas de un rotativo de difusión nacional con una lista de nombres concretos para conocer su patrimonio. Entre ellos había algún ministro y otros personajes públicos. Mientras el sustituto les pedía – siguiendo mis consejos – información complementaria sobre la motivación del "interés" y les remitía a los artículos sobre publicidad registral, nosotros llamábamos al Colegio de Registradores para recibir cierta orientación. Sobre la marcha, se nos aconsejó acudir al *asesor de imagen*, el cual, a su vez, nos devolvía la pregunta para que la hiciera a un compañero de Sevilla que había tenido un caso – se me decía – parecido. Hice pasar al despacho a los periodistas – profesión por la que siento respeto, puesto que también la he practicado –; les mostré, no ya las dificultades, sino la *responsabilidad* que habríamos de "compartir"; les advertí del grado de información que pudieran obtener sobre los titulares registrales interesados, y les llevé al convencimiento de que *hiciera la petición, o el Director del periódico o el Presidente o Consejero delegado del rotativo*, con sus *datos personales*, legalización de firmas y *motivo* más o menos genérico de la información solicitada etc. El resultado fue ... que ya no llegó la petición normal. (Debieron desistir. La causa pudo estar en la reflexión sobre "su" responsabilidad.)

El tercer supuesto – 1992 – procedía de dos periodistas – de otro gran rotativo –. Venían bastante "lanzados" y con urgencia para obtener unas informaciones por vía registral ... Se trataba, en concreto, de conseguir *fotocopias* de las fincas de varias personas, en aquel momento ministros del Gobierno – 1992 –. Nuestra primera medida fue llamar al Director del periódico – que había sido, por cierto, jefe del Gabinete de Prensa de un Ministro en el "antiguo régimen", y al que conocía. Como no le encontraba en el periódico, quise confirmar con el Subdirector, si la petición de información de los periodistas X e Y respondía a una necesidad mera y auténticamente informativa. Me respondió que sí. Entonces les exhibimos los libros, pudiendo tomar notas. Pero ellos insistían en las *fotocopias*. Les convencí, entonces, de que hicieran una instancia con todos los datos que necesitasen, y que al día siguiente viniesen. Se les dio la *nota informativa síntesis, o estricta, no las fotocopias*. Se discutió y habló mucho, y la periodista – que dijo haber estudiado Derecho – quedó convencida del papel del Registro, su función y su responsabilidad. Ahora bien: una vez que les dimos los datos, con sus honorarios de 500 pesetas por finca, después de las varias horas de diálogo y conversación,

"practiqué" lo que en los sistemas germánicos de publicidad suele darse: *comunicar, al titular de la finca, la información facilitada a personas cuyo interés conocido – legítimo o no – pudiera verse como dudoso*. Y así la di a los jefes de las Secretarías particulares de los Ministros correspondientes sobre lo que se había interesado, y qué y a *quién* había facilitado la información. (Dos de las secretarias llamaron posteriormente, en nombre de los ministros, para dar las gracias). Después, ya no he sabido si se publicó el reportaje periodístico ...

Y la cuarta experiencia es más elemental, pero no menos significativa: se había dado como cierto, un incremento patrimonial acelerado de determinado político acusado de presunta corrupción. Se había difundido el dato de una finca rústica, sin más, cuando en realidad la adquisición había sido con condición suspensiva, en el fondo, *opción de compra*, que notarialmente ya se había ejercitado, aunque no había llegado al Registro.

He citado estos casos prácticos, y vivos, para que puedan, en su caso, servir a los demás. No sé si en los Registros Mercantiles esta prudencia ha podido ser eficaz. Pero de ello, apunto estas ideas básicas:

a) *que el derecho a la información registral, como publicidad formal, tiene sus propias reglas, y la Constitución, con el derecho a la intimidad y su contrapunto al derecho a la información, no desautoriza los criterios anteriores, ni hay riesgo de inconstitucionalidad, sino que tienen su propio cauce, de queja o de revisión por los Tribunales*;

b) *que el derecho a la información*, aunque se presente a medios de comunicación, no obliga a dar las *fotocopias*, ni la autoriza para la *ilustración gráfica* de sus páginas;

c) que el Registrador *ha de calificar* – como los demás actos y negocios jurídicos para la publicidad material – con arreglo a la *legalidad*, y por tanto se puede sostener hoy la *suficiencia de esas normas* sobre publicidad registral formal, mientras no se modifiquen o alteren las situaciones jurídicas.

Se está viendo, cada vez más, en la doctrina y en la jurisprudencia, que es preciso *poner puertas al monte*. Especialmente cuando la cuestión, ni siquiera en la publicidad de los *Registros Administrativos, es algo decidido*. Con la penetración de la Administración en la vida privada, en unos casos, y en otros, con las exigencias *económicas o sociales*, es lo cierto que, con números, cifras, datos o censos, la "reserva" de lo que algunos llaman "autocontrol de la intimidad" se hace inviable. Me ha llamado la atención – y por eso lo cito con algún detalle – el trabajo de "La intimidad de las personas como límite al derecho de acceso a la documentación administrativa", de Pomed Sánchez.[38] (Ya es interesante que en ninguno de los

[38] En el Libro-Homenaje a González Pérez, *La protección jurídica al ciudadano*, tomo I, p. 753 y sigs. Poveda Díaz en "Función del registro y del registrador en la sociedad actual", *Libro-Homenaje a Rey* (p. 553-563), alude a la calificación y *responsabilidad* del profesional, aunque no entra en esta temática referida a la *información*, parece desprenderse un tono de apertura: *o estar delante de los cambios sociales, o quedarnos en institución obsoleta*. Nosotros creemos que hay una tercera vía: no desnaturalizar al Registro, especialmente en la publicidad formal registral, según textos vigentes. Hay retos y hay riesgos.

tres tomos de tal libro-homenaje con aquel temario específico, haya alusiones a la cuestión de la publicidad registral en ningún sentido, ni abierta, ni restringida.)

Aquel trabajo parte, en efecto, de una tensión entre el *secreto-intimidad, privacidad y transparencia*, como principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos. Analiza el artículo 105.*b*) de la Constitución, como principio de *transparencia*. Alude a supuestos comparados, como el de la Constitución portuguesa de 1976, sobre la toma de datos en *registros mecanográficos* y la finalidad de la información como vía de control de la administración – caso italiano por Ley de 1990, el derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TC –, *preferencias* de una y otra, *veracidad* y siempre, *justos límites*. En algún momento, Pomez Sánchez[39] habla de que el TC ha tratado en determinados supuestos, el derecho a la intimidad como *un derecho blando*, escasamente resistente a la injerencia de terceros. Y ya, más adelante, va explicitando casos ante la Hacienda Pública, el secreto estadístico, confidencialidad de datos médicos y, finalmente, hace un análisis de la Ley Orgánica de 29 de octubre de 1992, sobre regulación del *tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, que desarrolla el derecho fundamental de *intimidad*. En la Exposición de Motivos, por un lado, y en el artículo 18-4 de aquella Ley, se lee que (...) "la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo". Ello es así porque, hasta el presente, estaban defendidas por el espacio y el tiempo ... los cuales operaban como salvaguarda de "lo privado" de la persona. Uno y otro límite han desaparecido hoy (...)" (por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos).

Si esto sucede con los Registros Administrativos puros, ¿cómo no puede sostenerse que los artículos 221 de la LH y 607 del Código Civil, de por sí, representan una anticipada *previsión de autocontrol informativo registral*?

9. Resolución de 22 de febrero de 1991

En el apartado anterior han sido expuestos los grandes temas que, en nuestro tiempo, inciden – desde la sociedad – hacia la institución registral. Los hemos sopesado y medido. Tanto la doctrina como la jurisprudencia del TC, han ido encauzando con cautela – y a veces con contradicción aparente etc. – hasta *dónde llegan* la intimidad, la información y de qué manera una fenomenología, reflejo de "intereses", y con frecuencia, denunciadora de "fracaso de otras instituciones", ha utilizado o pretendido utilizar, la publicidad registral formal sin límite (o con cierta comodidad).

La línea de interpretación de la Dirección General de Registros, la destacamos ahora para acercarnos a las pautas que la Constitución de 1978, y su desarrollo por leyes orgánicas, especialmente sobre los temas de intimidad-información, podrían darse. Prada y Alvarez Buylla, con una argumentación diáfana, pero en buena parte especulativa y voluntariosa, terminaba su discurso académico[40] con

[39] *La protección* ..., op. cit., p. 762.

[40] *La publicidad registral*, op. cit., p. 35 y sigs.

una apelación a argumentos *extrarregistrales*, *sociales y políticos*: "Crear ordenamientos jurídicos sin ficciones ... (que) el interés social del conocimiento supera al interés privado del secreto ... (que) la denuncia de posibles irregularidades en el uso del suelo tampoco es una acción individual, sino social ... (que) el conocimiento de las situaciones patrimoniales de las personas no es un beneficio individual sino sobre todo social, lo mismo que el uso y destino de los fondos públicos es una exigencia pública más que privada, el conocimiento de los patrimonios en orden a una adecuada y justa distribución de las cargas sociales es interés público más que privado, el conocimiento de la distribución de los bienes inmuebles en orden a la planificación y ordenación es finalidad social más que privada, y de igual manera el conocimiento de las fortunas que ejerzan cargos públicos, en cuanto puede servir de medio para controlar el ejercicio del "poder" ... (que) la grandeza del Registro ha consistido en adaptarse, sin modificar sus planteamientos, a las necesidades de cada tiempo histórico (...)"

Sin embargo, con posterioridad a la entrega de ese *Discurso*,[41] Prada y Alvarez Buylla ha de verse obligado a citar un resumen de la de la Resolución de 22 de febrero de 1991. Se le escapa – no lo puede evitar – la contrariedad, porque reconoce que la tesis de la Resolución "difiere" sustancialmente de la de su Discurso ... La cuestión sería importante si no fuera porque la persona cuya intimidad se trata de proteger era un vicepresidente del Gobierno y sobre todo si se considera que el órgano judicial que actuó en la primera instancia no tuvo el mismo parecer que la Administración y sostuvo una postura semejante a la que se defiende en este Discurso. Calificándola luego (en su nota 33) como "postura tradicional, regresiva y casi reaccionaria".

Tesis central: carácter relativo y limitado de la publicidad registral

El lector podrá ver la argumentación de tal Resolución, *cuya tesis* que, en síntesis, es: "no puede desconocerse el carácter relativo y limitado de la publicidad registral en correspondencia con los objetivos específicos de esta institución, cuales son la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y el fomento del crédito territorial, lo que impone el necesario rechazo de todas aquellas pesquisas, encaminadas a la consecución de otros objetivos, pero ajenos al tráfico jurídico".[42]

Aquella Resolución de 1991 es ya posterior a toda la fenomenología de la temática de las técnicas informáticas, de la protección a los consumidores, de buena parte de las sentencias del TC sobre el derecho a la intimidad, y a la libertad de información, y también a los "predicamentos" del cambio social. Tiene, además, la relevancia de ser *clara y específica*, dentro de sus propios *términos hipotecario-registrales*.

[41] *La publicidad* ..., op. cit., p. 3 y 32.

[42] Vid. bibliografía de Ordeig Drero en "El derecho a comunicar libremente información veraz: sin límites", en *Poder judicial*, 1993, p. 269 y sigs.

Me excuso de adjetivaciones en el comentario, puesto que nuestra aportación es más amplia. El criterio de la Dirección General de los Registros puede ser interpretado con diferentes ópticas. Nuestra reflexión no ha ido por el camino de lo preconcebido, aunque de las conclusiones que figuran a continuación podrá verse que, hasta el momento normativo, esa es la *pauta* más segura. Lo que no es óbice para que en otros supuestos, cada Registrador – como nosotros mismos – haya adoptado una decisión específica sobre el alcance del "interés conocido", ese, ante el cual, nuestros funcionarios, discretamente, suelen indagar, y con frecuencia *convencer* ante el "curioso" o el "impertinente", o el "osado", y con fines ajenos.[43]

Riesgos de retraimiento o desestimulación registral

Hago una observación práctica: alguna regla y medida tiene que haber en la información registral. El que haya existido un "boom" inmobiliario – al que había de situársele en sus justos límites y temporalidad – no quiere decir que esa sea la tónica general. Pero anotaría algo más: de situar los datos registrales al "mejor postor", a todos los vientos, como mito de una información pública global, nos podríamos exponer a que el titular registral – salvo el que necesitase un crédito – *se retrajera* de acudir al Registro. De hecho, no pocas figuras de "sociedades anónimas familiares" han ido por ahí. Al titular registral, es decir, aquél que ha hecho uso *voluntario* del Registro, el que ha acudido con su escritura de compraventa o de *herencia* en principio, no se le puede pedir más. No es secreto, desde luego, no es algo protocolizado, "íntimo", pero tampoco es propio que se lleve más allá de la *intención normal del titular registral*, con una "manipulación", o con una "desviación de uso" – a ello tendía algunas de las *Instrucciones* de la Dirección General citadas – fuera del contexto hipotecario.

Es verdad que en esta problemática de la zona "fronteriza" del interés conocido se ha puesto más evidente en estos años de "hinchazón", o "investigación" informativa, en momentos – de un sesgo de "corrupción social" – además detectado por los propios *moralizadores* de la opinión pública. Posiblemente – como antes hemos anticipado – debido a la ausencia de otros mecanismos más acordes con un sistema democrático, como la voz de los intelectuales o juristas, los mecanismos parlamentarios, los instrumentos de indagación jurídica de oficio, y sobre todo la pérdida de valores morales y éticos, desde la educación a los comportamientos de interés. Al Registro se ha acudido, o se "le" ha *utilizado*, algunas veces cara a la galería, como ilustración fotográfica, quizá por los mismos

(43) Aquí, en este punto, nuestro diligente personal de los Registros, en la primera brecha de la "información de mostrador", tendría mucho que decir. Y quizá, con una moraleja: es necesario, y así va ocurriendo, que la persona que atienda a la información sea cada vez de los más *competentes* de la oficina, por el crecimiento de tal servicio, y su interés e importancia complejas. Vid. nuestra ponencia para la Conferencia Internacional de Informática, 1994, sobre *Cómo cerrar la brecha entre lo que aportan los sistemas de información y lo que debieran aportar. Derecho.*

que en otros momentos pusieron en entredicho su función. No se trata de reproche, sino de entender que esta situación ha *de encauzarse, y por tanto la información registral*, aunque cada vez tenga más relevancia, hay que limarla de todas las impurezas o de las *pretensiones espúreas*, y evitar, así, el retraimiento, la duda, el temor que vaya más lejos de aquella voluntad jurídica de situarse en la *publicidad del acto o negocio jurídico*, pero no cara al "progresismo" sino para el *tercero protegible*. En esta línea van nuestras reflexiones, no exhaustivas, ni dogmáticamente anotadas. Más bien como resumen orientador de la reflexión que hemos venido haciendo. No dejándola intocable, porque, teoría y praxis tienen mucho que decir acerca de la publicidad registral formal.

10. Limites constitucionales y reglamentarios

De lo que hemos visto – ya como final – se puede afirmar que no hay una dicotomía, o no debiera haberla, entre el Derecho a la *información registral* – sobre cuya historia, antecedentes y práctica hemos querido ser exhaustivos y casi reiterativos – y el *Derecho Constitucional* de *información*. (Hubiera sido un camino inédito, pero interesante, si la Resolución de 1991 de la Dirección General de Registros hubiera tenido una impugnación o revisión por la vía de un recurso, fuese contencioso-administrativo, civil, o vía TC. Nosotros creemos que la doctrina, ya agotada ahí, es la correcta. Es más, me atrevo a entender – a la vista en especial de la reiterada posición, fijada en 1997-1999 de Gimeno Sendra, que la doctrina constitucional sobre la libertad de información ayuda a entender – como luego veremos – la vigencia del artículo 221 de la LH y 607 del Código Civil (y de los reformados 332 y 334 del RH en su redacción vigente). En efecto:

Hay, evidente, un signo de *ponderación*, siempre que las "libertades estén en conflicto". En realidad la misma redacción del artículo 221 es de suyo prudente, aunque serena y flexible. Pero no se podrá entender nunca derogada o erosionada porque se hayan abierto con mayor claridad las libertades de *expresión o de información*. Concretamente – dice Gimeno Sendra[44] – ha de haber una aplicación del principio de proporcionalidad al conflicto entre la libertad de *información* – en nuestro caso por vía registral – y los derechos de la *personalidad*, en el supuesto de titular protegido registral. No sólo con referencia a los "datos", sino al propio negocio jurídico y sus características, si de lo que se tratase fuese una información al margen de la finalidad esencial – el tráfico jurídico – salvo que se ordenase por mandamiento judicial. Ese margen – no le llamaríamos de "conflicto" sino de *competencia* informativa –, ha de verse en todo caso con ojos de *proporcionalidad*, *adecuación* y *determinación*, que nunca será *matemática*, porque la *dignidad*, el "interés", la *igualdad* (STC 214/1991), así lo aconsejan. Y cuando se trata del derecho a la *intimidad*, *honor* y *propia imagen* – y a ello va la Ley Orgánica de 1982 –, el miramiento debe ser superior, aunque dicha Ley – Lortad – no sea

[44] En "Registro de la propiedad", *Libro-Homenaje* ..., p. 678 y sigs.

aplicable a los Registros de la Propiedad por su naturaleza de "ficheros automatizados de utilidad pública".[45]

El riesgo puede estar sobredimensionado por el mecanismo de "certificaciones" o notas simples con "información continuada". Lo que obliga a medir más – y así se va advirtiendo en sucesivas *instrucciones* de la Dirección General – el ámbito y condicionamiento de la información registral, en buena parte, también, por las propias exigencias constitucionales que hemos visto.

Para nosotros, en este momento, ya no queda duda. Precisamente porque, después de todo el proceso constitucional y jurisprudencial, en la propia Exposición de Motivos – persuasiva, *doctrinaria* y aún "instructiva" – del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, al modificarse determinados artículos del Reglamento Hipotecario – hay una *larga* y *meditada* reflexión como explicación legitimadora –. Allí subyace esta *preocupación*. Con deseos de "acertar" entre lo "antiguo" y lo nuevo-antiguo, transcribo estos párrafos, de aquella Exposición de Motivos, ya en septiembre de 1998:

"La reforma de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de Contratación – un factor más *problemático y delicado y aún discutido*, añadimos nosotros – exige un cambio de redacción de los preceptos reglamentarios relativos a la publicidad formal, información registral y asesoramiento (arts. 332 a 334 y 335), para adecuarlos a aquélla, a la normativa de protección del consumidor y a la legislación de protección de datos de carácter personal".

"La regulación de publicidad formal se hace bajo la premisa de que no puede existir tal publicidad *sin el control profesional* del Registrador, conforme a lo establecido en el artículo 222 de la Ley Hipotecaria. Al mismo tiempo se ordenan, aclaran y sistematizan las normas vigentes sobre aquella materia" ...

"Se potencia la utilización de las más avanzadas técnicas de comunicación, pero respetando los principios inspiradores de la legislación de protección de datos de carácter personal y la norma general contenida en el artículo 4.2 de la Ley 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Se ha tenido así en cuenta el Protocolo de la Agencia de Protección de Datos en materia registral de 3 de noviembre de 1994, y la Directiva 95.46 CE del Parlamento Europeo del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de datos personales y su libre circulación. En este sentido, la reforma del Reglamento Hipotecario y el 12 del Mercantil, se realiza de plena conformidad con la Agencia de Protección de Datos".

No puede ser más explícita la motivación de la reforma, casi con exceso detallada, o como necesitada de presentación pedagógica. Aparentemente – de otro lado – como no muy convencido el reformista de la propia firmeza del 221 de la LH – al que ni siquiera hace referencia, o a la 607 del Código Civil. Parece más

(45) Vid. Cabello de los Cobos, *La protección inmobiliaria del consumidor en la CE*, 1993, y "El tratamiento profesional", ya citado, *Libro Homenaje a Rey Portolés*, 1998 (vid. la Exposición de Motivos de la Lortad).

preocupado por la "Protección de Datos", que será exigencia, pero no causa directa de la modificación registral. Aunque lo que importa es la *explicación* del tema, que en su aspecto reglamentario queda recogido literalmente así:

Artículo (nuevo) 332 del RH

"1. Los Registradores pondrán de manifiesto en la parte necesaria el contenido de los libros del Registro, en cuanto al estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos, a las personas que, a su juicio, *tengan interés* en consultarlos, sin sacar los libros de la oficina, y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación.

2. Se prohíbe el acceso directo, por cualquier medio, a los libros, ficheros o al núcleo central de la base de datos del archivo del Registrador, que responderá de su custodia, integridad y conservación, así como su incorporación a la base de datos para su comercialización o reventa. Todo ello sin perjuicio de la plena libertad del interesado de consultar y comunicarse con el Registrador por cualquier medio, sea físico o telemático, siempre que se evite, mediante la ruptura del nexo de comunicación, la manipulación o televaciado del contenido del archivo.

3. Quien desee obtener información de los asientos deberá acreditar ante el Registrador que *tiene interés legítimo* en ello. Cuando el que solicite la información no sea directamente interesado, sino encargado *para* ello, deberá acreditar a satisfacción del Registrador el encargo recibido y la *identificación* de la persona o entidad en cuyo nombre actúa. Se presumen acreditadas las personas o entidades que desempeñen una actividad profesional o empresarial relacionada con el tráfico jurídico de bienes inmuebles, tales como entidades financieras, abogados, procuradores, graduados sociales, auditores de cuentas, gestores administrativos, agentes de la propiedad inmobiliaria y demás profesionales que desempeñen actividades similares, así como las Entidades y Organismos públicos y los detectives, siempre que expresen la causa de la consulta y ésta sea acorde con la finalidad del Registro.

4. La manifestación, que debe realizar el Registrador, del contenido de los asientos registrales tendrá lugar por *nota simple informativa*, o por certificación mediante el tratamiento profesional de los mismos, de modo que haga efectiva su publicidad directa al interesado, asegurando, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado. En cada tipo de manifestación se hará constar su valor jurídico. La información continuada no alterará la naturaleza de la forma de manifestación elegida, según su respectivo valor jurídico.

5. La nota simple informativa consistirá tan sólo en un *extracto* sucinto del contenido de los asientos vigentes relativos a la finca objeto de manifestación, donde conste la *identificación* de la misma, la *identidad* del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos. Asimismo, se harán constar las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o a los derechos inscritos.

La nota simple deberá reflejar fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, sin extenderse más allá de lo que sea *necesario* para satisfacer el *legí-*

timo interés del solicitante y podrá referirse a determinados extremos solicitados por el interesado, si a *juicio del Registrador*, con independencia de quien sea éste, se justifica suficientemente el *interés legítimo*, según la *finalidad* de la información requerida. Dicho interés se presumirá en el supuesto de que la información se solicite a efectos tributarios, de valoraciones inmobiliarias o con finalidad de otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria, con inserción literal si lo requiere el solicitante.

Dicha nota tiene valor puramente informativo y no da fe del contenido de los asientos.

6. Los Registradores deberán exigir el cumplimiento de las normas vigentes sobre protección de datos de carácter personal y no atenderán las solicitudes de publicidad en masa o indiscriminada.

La obligación del Registrador al tratamiento profesional de la publicidad formal implica que la publicidad se exprese con claridad y sencillez, y sólo incluirá los datos previstos en el inciso primero del apartado 5, sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales de la parte necesaria del contenido del Registro, a instancia de autoridad judicial o administrativa o de cualquier persona que tenga interés legítimo en ello. También podrá solicitarse que la publicidad se extienda a extremos concretos.

7. Los Registradores, en el ejercicio profesional de su función pública, están obligados a *colaborar entre sí*, y para atender solicitudes de publicidad formal, en los términos previstos por la Ley y este Reglamento, estarán intercomunicados por fax, correo electrónico o cualquier otro medio técnico, siempre que garantice la protección e integridad de la base de datos.

8. A través de una red de *intercomunicación*, los Registradores *podrán recibir* solicitudes de notas simples cursadas ante otros Registradores de la Propiedad y Mercantiles. En estos casos, el Registrador ante quien se curse la solicitud apreciará si existe *interés* en la obtención de la información, archivará los datos de identidad del solicitante y remitirá la petición al Registrador que deba proporcionarla. Este, al recibir la solicitud, apreciará su competencia territorial, comprobará la conformidad de los datos remitidos con los registrales, en particular la coincidencia de los nombres y apellidos y documento oficial de identidad de la persona respecto de la cual se solicita información, calificará los asientos del Registro y enviará la información al remitente en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los plazos legales para la emisión de publicidad. El Registrador que envió la petición, una vez atendida, dará la información como remitida por el Registrador responsable.

9. Los Registradores deberán estar comunicados directamente con el Indice General Informatizado de fincas y derechos a que se refiere el artículo 398.*c*) de este Reglamento, para la obtención de la información de su contenido, dejando constancia en sus archivos de la identidad del solicitante y del motivo de la solicitud."

Una breve glosa:

Se mantiene el principio de la *información registral* – "los Registradores pondrán de manifiesto *los libros del Registro*, en cuanto al estado de los bienes inmuebles – a las personas que, *al juicio del Registrador*, tengan *interés de consultarlos*. A la vez hay un eco generalizador – o 'constitucionalista', gráficamente, diría yo, aunque el término no es exacto – sobre la 'plena libertad' *del interesado de consultar y comunicarse con el Registrador*". La realidad es que tiene un carácter *instrumental*, porque lo que preocupa es la no ruptura del nexo de comunicación, o la manipulación o el televaciado, que son cosas distintas, de una auténtica información registral. (Punto 1 y 2 del nuevo art. 332.)

La reafirmación – sin decirlo – del 221 de la LH está en el punto 3 en la parte primera: ..."quien desee tener información ... deberá acreditar ante el Registrador que tiene interés legítimo para ello". A continuación se advierte la otra preocupación del reformista hipotecario para cuando no *sea directamente* el interesado, al cual, se le puede oír preguntar, responder – sobre el "interés conocido" (sin los "pequeños juicios verbales" o "actas", del sistema austriaco). Para las entidades o personas en cuya representación actual se exigen unos requisitos especiales para "las entidades", que – siempre – habrán de estar *relacionadas con el* "tráfico jurídico inmobiliario" (luego se da a entender que se excluiría la información para otros fines). Y lo ratifica de una manera contundente: "siempre que *expresen la causa de la consulta*, y que ésta *sea acorde con la finalidad del Registro*". Previamente se había puntualizado que es "*al Registrador al que incumbe calificar el encargo recibido y la identificación*".

En el punto 5 del nuevo artículo 332, al detallar las circunstancias de la *nota simple*, se reitera la advertencia de no extenderse en la información "*más allá de lo necesario*". Lo que está exigiendo es una finura o límites-materiales de la información registral. Habla, incluso, de satisfacer el "legítimo interés del solicitante" ... a "juicio del Registrador" ... (que) al que justifica suficientemente el interés legítimo ... *según la finalidad de la información* (y poner algunos ejemplos que habrán de entenderse no exhaustivos, valoraciones inmobiliarias etc.).

Por si fuese poco, en el punto 6 se recuerda a los Registradores, las obligaciones de "Protección de datos". Lo hace de manera reiterativa o pedagógica, explicable, por un lado, por la apertura de la información a las autoridades administrativas y judiciales (art. 1.°, párrafo final de la LH), insiste sobre quienes "cualquier personal" – no personas – que tenga "interés legítimo en ello". En el punto 7 es reiterativo con la "garantía de la protección e integridad de *la base de datos*". (Es una verdadera obsesión del reformista, ya que sobre ello se podía haber hecho una referencia común.)

Incluso en el punto 8, acerca de la red de intercomunicación, el Registrador ante el que la solicite, previamente puede *apreciar* "*si existe interés* ... y que *la facilite la remitirá por el Registrador responsable*". Terminaríamos diciendo que parece se pretende limar un "remordimiento" de haber pasado de un Registro *excesivamente abierto a la sociedad* – "Asamblea de Barcelona" –, acaso *aceleradamente* como actitud "edificante" de "progresistas"; a un desbordamiento no previsto que "manipuló" excesivamente la información registral, desnaturalizando su función con riesgos que no se previeron, siendo así que existían fuentes

normativas serias, tanto las Constituciones como las civiles registrales. Por eso, ante la normativa de "Bases de datos", las modificaciones reglamentarias se han visto como más obligadas por esa coyuntura extrarregistral, mejor que en la *propia naturaleza de la información registral* y sus fuentes jurídicas fundamentales y propias. (Como una vuelta de una huida hacia adelante precipitada.)

11. Consideraciones finales

1. Históricamente, el artículo 221 de la LH actual, recoge el 279 de la LH de 1861, y pasó sin dificultades al Código Civil, en el artículo 607, uno de los pocos preceptos hipotecarios incorporados a aquél, por lo que tiene una doble valoración normativa. Los cambios y vicisitudes políticas, sociales, económicas, técnicas, desde 1861 a 1944-46, con la nueva Ley Hipotecaria, fueron lo suficientemente importantes como para tener que afirmar lo *perenne* – dentro de sus términos – de la formulación de la publicidad formal registral en aquel artículo 221.

2. La doctrina jurídica ha venido entendiendo el *carácter no absoluto*, ni omnímodo de la publicidad registral, sino siempre referida a un "interés conocido", de alguna manera *lícito* o *legítimo* – presumible en principio – que en términos generales ha de referirse a una información para el tráfico jurídico inmobiliario.

3. No se pueden separar, radicalmente, desde el terreno de los principios, la publicidad *registral material o sustantiva* – con su *naturaleza civil-hipotecaria esencial* – de la formal o *adjetivo-instrumental*, y de ahí que haya de practicarse en los "términos justos" o "necesarios".

4. El Registrador de la Propiedad que tiene *amplias facultades* para la *calificación* de documentos, dispone de ellas también – dentro de su saber y competencia – para su decisión, respeto a la *publicidad formal* que se le interesa, sea por vía de *exhibición, notas-manifestación o certificaciones*, y en éstas de manera especial, tal como se señala en el desarrollo reglamentario de los artículos 221 y 222 de la LH.

5. Las *Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado* en esta materia son muy escasas, y de ellas – en su cronología – puede destacarse la *soberanía registral* frente a injerencias de la Administración o de la propia Justicia para el acto de *exhibición* de libros etc. Pero, sobre todo, no confirman la soberana *capacidad resolutiva* del Registrador para decidir en qué supuestos o peticiones, los datos de los libros han de sacarse del "santuario registral" – como parte de una intimidad civil que deja de serlo – cuando "civilmente" se desarrolla o crece, en tanto en cuanto puedan servir a los fines sociales y públicos que *desde su propia naturaleza y función aparezcan.*

6. El *populismo o difusión registral* es un hecho cierto en la sociedad española, y ello se ha producido sin grandes traumas, tanto restrictivos como desorbitados, asumiendo siempre el titular registral la responsabilidad de su información, y en todo caso siendo objeto de revisión *por queja* ante la Autoridad Judicial o la propia Dirección General de Registros.

7. *Fenómenos nuevos – dentro de lo que, con sentido más o menos "mítico" se llama "cambio"* – como la importancia de la *informática* por la puesta más en evidencia de los derechos de los *consumidores*, la protección de los datos y sus garantías, el efecto de la *intimidad* como derecho constitucional dentro de una libertad de información, también declarada constitucional, podrían servir de pauta, de atención o de criterio para la decisión sobre la *aplicación específica del artículo 221*, y las formas de desenvolverse el 222, con su plasmación en el artículo – entre otros – el 332.

8. Hay que advertir que en aquella "calificación" sobre un "interés conocido", también debe primar el principio de *legalidad*, y no meramente el de la *realidad*, supuestamente cambiante. Por lo tanto, el artículo 221 es plenamente constitucional, y ninguna zona fronteriza puede existir con aquellos fenómenos o derechos. Otra cosa es que, en casos concretos, pueda darse *controversia* sobre la apreciación del *interés* conocido. La reforma de 1998, ni siquiera alude a ello y lo da por hecho.

9. Quienes inscriben su derecho, con arreglo a Registro, además de la garantía de la publicidad material a la que antes hemos hecho referencia, tienen – en cuanto a la publicidad formal – la *tutela judicial* efectiva, a que se refiere el artículo 24 de la Constitución. Lo cual, recíprocamente, quiere decir que también la *publicidad formal está a salvaguardia de los Tribunales*. En tal sentido, no sólo se fundamentan los recursos de queja *por presuntas negativas*, sino que – correspondientemente – las decisiones del Registrador *están sujetas a los mandamientos judiciales o administrativo-legales*, en sus correspondientes vías, sean civiles, penales o administrativas – (como las parlamentarias, Ministerio Fiscal, Tribunales de Cuentas, Órganos de la Administración, Seguridad Social o Agencias Tributarias etc.) –. Unas y otras pueden ordenar de la manera y en la forma que dicten las Leyes Procesales o Especiales, y con los requisitos de la Ley y Reglamento Hipotecario, la información registral que precisen, "en lo que fuere necesario y en sus propios términos". Sin olvidar que la publicidad, a nivel de *certificaciones*, produce – art. 353 del RH –, tanto en su antigua redacción como en la actual por la reforma de 1998, *efectos cancelatorios de menciones* y cargas, en interés del propio titular registral, a veces no peticionario de la certificación. (Esto es otro tema.)

10. *El uso desmedido* de la publicidad registral para fines a *agiotistas* – informaciones o "agencias" paralelas – o de otro carácter manipulador – sea político o social – puede ser contraproducente, o pudiera *retraer* la inscripción a terceros. En todo caso, debe limitarse o prohibirse el *uso indebido*, o publicitario en medios de comunicación de las *fotocopias literales* de los asientos de los libros del Registro cuando pudiera detectarse o temerse una extralimitación en el uso de los datos registrales, los cuales, en tales supuestos, pudieran darse como *nota sucinta. El llamado* "espionaje informático", *cuando la tecnología siga en aumento, es un riesgo a considerar en el desarrollo de la informatización en los Registros para encontrar su verdadero* "puesto". Y en esa preocupación ha ido por la presión especial de las garantías de "datos" a nivel no sólo español sino europeo.

11. La aplicación de la *Resolución de 22 de febrero de 1991*, al resolver un recurso de queja del Registrador por la interpretación que se había dado por la

Autoridad Judicial a la negativa sobre información registral por un Registrador, sigue teniendo virtualidad. No obstante, partiendo del hecho del interés cada vez más evidente, y del papel que representa ante la sociedad, dentro de la soberanía del Registrador para calificar el "interés conocido", sí que sería aconsejable alguna instrucción o práctica para que, cuando aquél advirtiera que pudiera producirse una *extralimitación* en la petición de información, el Registrador pudiera *notificar o dar cuenta – de oficio, o en la forma que estime conveniente – al titular registral afectado*, de que se ha facilitado una información por *quien y con qué interés confesado*, y poderle prevenir de las acciones, obligaciones o derechos que una tutela *judicial efectiva* le proporcione como titular registral. (Es una sugerencia para el desarrollo, puesta a punto y clarificación de las últimas *Instrucciones* de la Dirección General de Registros.)

12. La doctrina del TC en materia de información, mantiene siempre una tónica de *equilibrio*, más que dialéctica, respecto a otros derechos constitucionales, y es evidente que el *derecho* a la *intimidad* es uno de ellos. La reforma reglamentaria en los términos ampliamente expuestos, posterior, como es evidente, no sólo a la Constitución, sino a la doctrina y jurisprudencia, *confirman* la *vigencia plena del artículo 221* de la LH y 607 del Código Civil, tampoco modificado en las sucesivas reformas.

4. MEMÓRIA DO DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

4.1

APRESENTAÇÃO

SÉRGIO JACOMINO

A preocupação com a recuperação dos sentidos engastados em centenas de diplomas normativos que versam acerca dos registros públicos e notarias brasileiros tem-nos levado nos últimos anos a um meticuloso trabalho de arqueologia documental.

Motivados pela escassez de trabalhos produzidos com o fito exclusivo de desentranhar dos arquivos públicos os diplomas legais ou normativos que fundamentaram, a seu tempo, a instituição, organização e funcionamento dos órgãos da fé pública no Brasil, publicamos o marco doutrinário que representa o trabalho de João Mendes de Almeida Jr. em nosso meio, justamente nominado *Órgãos da fé pública*.

Com a publicação na íntegra desse alentado trabalho – que ocupou exclusivamente a edição 40 de nossa *Revista de Direito Imobiliário*, comemorando o centenário da obra do grande processualista brasileiro – lançávamos as sementes de um projeto mais ambicioso: conglutinar nestas páginas o acervo de leis, decretos, alvarás, regulamentos e atos normativos diversos que se acham dispersos em várias fontes, propiciando aos pesquisadores o acesso a material de difícil compulsação.

Retomando a idéia original, publicamos a seguir o pouco conhecido Dec. 482, editado em 14.11.1846 à época do Imperador Pedro II, através do Min. José Joaquim Fernandes Torres.

O Dec. 482 regulamentava o art. 35 da Lei Orçamentária 317, de 21.10.1843, cuja única referência aos registros públicos era assim redigida: "art. 35. Fica creado um registro geral de hypothecas, nos lugares e pelo modo que o governo estabelecer nos seus Regulamentos".

Veio assim a lume o nosso primeiro regulamento hipotecário, onde se pode encontrar preciosidades pouco exploradas pelos pesquisadores. Exemplo disso é a concepção harmoniosa e bem-acabada da chamada *reserva de prioridade*, que tantos debates tem rendido em nosso meio.

Os estudiosos tendem a considerar a Lei argentina 17.801, de 10.07.1968, como o marco legal, em nosso continente, da reserva de prioridade, concebida para fazer frente às necessidades de segurança na preparação do contrato notarial. Apontam-se leis congêneres no Paraguai e no México – como recentemente referiu o advogado Melhim Namem Chalhub para justificar a reintrodução, entre nós, da reserva de prioridade.

Na verdade, a solução de uma reserva de prioridade foi ventilada mais de uma oportunidade. Segundo nos afiança García García (*Derecho inmobiliário registral o hipotecário.* Madrid : Civitas, 1993. t. II, p. 662) a idéia foi proposta nos alvores do século, com a reforma hipotecária espanhola de 1909. O Senado espanhol havia aprovado a chamada *certificación de clausura del registro,* mas a proposta acabou não prosperando no Congresso, de maneira que dita reforma hipotecária não veio a consagrar o instituto. E tal se deu pela consistente refutação de Martinez Prado, para quem a *certificación de clausura* deveria ser descartada e seu uso obviado por uma prática corrente do Banco Hipotecário Espanhol: simplesmente não se entregaria o dinheiro até que não fosse registrada a hipoteca – prática, aliás, corrente no Brasil para os contratos hipotecários do Sistema Financeiro da Habitação.

Mas o fato é que a leitura atenta desse diploma legal vai descerrar muitas surpresas. Os antigos *tabeliães do registro* estavam obrigados a relatar minudentemente todos os assentos – registros, anotações e averbações – declarando-se o nome de quem a requereu, imperando o princípio de rogação para a consecução da publicidade formal e material do registro. A legitimidade do requerente deveria ser cuidadosamente apurada pelo *tabelião do* registro (arts. 25 e 26) pois da simples expedição da certidão negativa do registro irradiar-se-iam efeitos de direito material (art. 28), nomeadamente a *retro eficácia* da prenotação ou *retroprioridade*, como hoje diríamos. Curioso notar como a *praxis* cartorária conservou o receituário descritivo das certidões – "certifico a pedido feito por parte interessada ..."

A movimentação do mecanismo registral, por instância ou solicitude da parte interessada – interesse juridicamente apurado e qualificado pela atuação do registrador – se dá de maneira estrita para o caso da expedição da certidão. De outra parte, o interesse no registro das hipotecas se reconhecia mais amplamente aos credores, devedores "e quaisquer outras pessoas interessadas em que os direitos hipotecários se conservem" (art. 5.º).

As certidões expedidas tinham validade por seis meses. Nesse interregno, em que o ato notarial deveria aperfeiçoar-se, poderiam aportar títulos contraditórios, mas esses não prejudicariam outro, para cuja eficácia e preferência foi expedida anteriormente a certidão do registro (art. 28).

Curioso notar, ainda, que o livro protocolo (livro 2), previsto no art. 22 do Regulamento, servia, na dicção legal, para os apontamentos de "minutas", averbações e anotações das certidões negativas que passassem os chamados tabeliães do registro. Mas os títulos deveriam ser igualmente protocolados imediatamente, conforme dispunha expressamente o art. 10 e mesmo as certidões "afirmativas" eram objeto de assentamento no livro 1 – registro geral das hipotecas (art. 22).

O estudo das disposições contidas nesse Regulamento podem iluminar aspectos que eram relevantes à época dos *grandes monumentos legislativos*, como alguém qualificou o século XIX.

À época do advento do Dec. 482, em 1846, as grandes distâncias que mediavam os municípios e as comarcas do Império e o tempo que se levava para

transpô-las em lombo de mulas, representavam um alto risco para a segurança dos negócios jurídicos. O peso das distâncias e do tempo se vê com clareza na disposição contida no art. 3.° do Regulamento em comento: os registros em comarcas limítrofes não tardariam mais do que o tempo necessário, contando-se a distância à razão de duas léguas por dia, ou o equivalente a 12 quilômetros (art. 3.°).

É curioso e digno de nota assinalar um certo sincronismo entre as exigências e necessidades sentidas no século passado com as contemporâneas. O tempo e o espaço tinham que ser vencidos por meio de recursos que à época estavam às mãos – e o período periclitante, que medeia a celebração do negócio e a efetivação do registro, encontrava na reserva de prioridade, ou no cerre do registro pela certificação negativa, sua solução viável.

Novamente a questão é ventilada em projetos de leis, justamente numa época em que as transações eletrônicas, com a nota de instantaneidade que as singulariza, impõem-nos a necessidade de recuperar o sentido original da reserva de prioridade, para acautelamento das partes contratantes em face das intercorrências aziagas que podem calhar no interregno da contratação.

Outro aspecto digno de nota – e o leitor deverá logo perscrutar o decreto que se segue – é a prototipagem da chamada *dúvida registral*. Contrariamente ao que se pensa, a dúvida registral não foi inaugurada com o Regulamento de 1865. Quase vinte anos antes, a recusa da prática do ato de registro hipotecário, fundada em questões procedentes, poderia obstá-lo totalmente. De outra sorte, se a demora no registro, ou a recusa de sua prática, fosse julgada improcedente, nem assim o registro se faria: o tabelião do registro averbaria a sentença proferida pelo juiz municipal do termo no livro protocolo, e em tais casos dita sentença de justificação supriria a falta do próprio registro. É o que ressalta do art. 31 do Dec. 482 de 1846. A atuação do encarregado do registro não era, pois, de mero amanuense ou copista. Sua atuação jurídica avultava, pois era reconhecida, e respeitada, entre suas atribuições, a denegação de acesso a títulos irregulares, opondo aos interessados a recusa fundamentada.

Vê-se, portanto, que o decreto abaixo transcrito, com a redação e ortografia originais conservadas, é fonte de pesquisa de alto valor científico e justifica a sua republicação e dos demais, que se seguirão, sempre coletados com rigor e acuro.

4. MEMÓRIA DO DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

4.2

DECRETO 482, DE 14 DE NOVEMBRO DE 1846.

Estabelece o Regulamento para o Registro geral das hypothecas.

Hei por bem, para execução do Artigo trinta e cinco da Lei numero trezentos e dezasete, de vinte e hum de Outubro de mil oitocentos quarenta e tres, Decretar o seguinte Regulamento.

Art. 1.° O registro geral das hypothecas, creado pelo Artigo trinta e cinco da Lei numero trezentos e dezasete, de vinte e hum de Outubro de mil oitocentos quarenta e tres, fica estabelecido em cada huma das Comarcas do Imperio, e estará provisoriamente a cargo de hum dos Tabelliães da Cidade ou Villa principal da Comarca, que for designado pelos Presidentes, nas Provincias, precedendo informações dos Juízes de Direito.

§ Único. Na Côrte, e nas Capitaes das Provincias, onde o governo julgar conveniente, poderá haver hum Tabellião especial encarregado do registro geral das hypothecas.

Art. 2.° As hypothecas deverão ser registradas no Cartorio do Registro geral da Comarca onde forem situados os bens hypothecados. Fica porêm exceptuada desta regra a hypotheca que recahir sobre escravos, a qual deverá ser registrada, no registro da Comarca em que residir o devedor.

Não produzirá effeito o registro feito em outros Cartorios, e igualmente o que for feito dentro dos vinte dias anteriores ao fallimento.

Art. 3.° As hypothecas que comprehenderem bens situados em differentes Comarcas, serão registradas em cada huma dellas. O mesmo se praticará, quando a hypotheca, posto que limitada a huma propriedade ou fazenda, parte desta for situada em huma Comarca, e parte em outra. A data do primeiro registro que, em taes casos, se fizer em huma Comarca, marcará a epoca dos effeitos legaes da hypotheca, com tanto que o registro, nas outras Comarcas, se não demore, depois do primeiro, mais que o tempo necessario para nellas se effectuar, contando-se a distancia à razão de duas leguas por dia, do lugar do primeiro registro para o dos outros.

Art. 4.° Deverão ser registradas no Cartorio do Registro geral todas as hypothecas convencionaes, quer geraes, quer especiaes.

Art. 5.° São competentes para requerer o registro das hypothecas, por si, ou por seus Procuradores, munidos de poderes especiaes, os credores e os devedo-

res, e quaesquer outras pessoas interessadas em que os direitos hypothecarios se conservem, e produzão todos os effeitos legaes.

Art. 6.° As pessoas que pretenderem registrar alguma hypotheca, deverão apresentar ao Tabellião do Registro geral da Comarca onde se acharem situados os bens hypothecados: 1.° o titulo que constituir a hypotheca, ou em original, ou em traslado authentico: 2.° copia duplicada e fiel do mesmo titulo, assignada pela propria parte, ou seu bastante procurador, e competentemente sellada.

Art. 7.° Se a hypotheca puder provar-se por escripto particular, nos casos em que, pela Lei, tem força de escriptura publica, o titulo original somente poderá ser supprido por instrumento authentico extrahido do Livro de Notas em que tenha sido lançado.

Art. 8.° As assignaturas que authenticarem os titulos apresentados pelas partes, serão reconhecidas pelo Tabellião do Registro, antes de o fazer, ou por duas pessoas de credito, na sua presença, por elle reconhecidas pelas proprias, do que portará fé.

Art. 9.° Dos referidos titulos, deverá constar o pagamento do sello fixo, ou proporcional, a que estiverem sujeitos, pena de nullidade do registro que por elles se fizer.

Art. 10. Os Tabelliães do Registro geral das hypothecas, immediatamente que lhes for apresentado algum titulo, na fórma do Artigo sexto, para registrar, acompanhadas das duas copias, tomarão d'elle apontamento, no seu livro *Protocolo*, lançando-o por extracto, debaixo do numero que competir, na ordem successiva do ultimo titulo que se achar lançado, e escrevendo, nas duas copias do sobredito titulo, a seguinte verba, que assignarão. "N. ... apresentada, e annotada a folhas ... do Protocollo do Registro geral das hypothecas da Comarca de .... em ... (a data)". Entregarão huma das mesmas copias, assim averbada, à parte, e conservarão a outra em seu poder, competentemente emmassada.

Art. 11. Os assentos dos registros das hypothecas serão lançados diariamente, no livro do registro geral, guardada a numeração dada no Protocolo à verba correspondente, e a mesma data; e consistirão os mesmos assentos na copia litteral do titulo verbo *ad verbum*, com as formalidades praticadas pelos Tabelliães no lançamento de documentos nas suas notas, a requerimento de partes, não devendo mediar entre huns e outros registros, espaço em branco, mais que o preciso para distinguir.

Art. 12. Effectuado o registro, o Tabellião restituirá à parte o titulo que acompanhar a minuta, annotado com a seguinte verba por elle assignada: "N. ... Fica registrado a folhas ... verso do livro (o numero do livro) do registro geral das hypothecas da Comarca de ..... em ... (a data do registro).

Art. 13. São effeitos legaes do registro das hypothecas: 1.° tornar nulla, a favor do credor hypothecario, qualquer alienação dos bens hypothecados, que o devedor possa fazer, posteriormente ao registro, por titulo, quer gratuito, quer oneroso: 2.° poder o credor hypothecario com sentença, penhorar e executar os bens registrados, em qualquer parte que elles se acharem: 3.° conservar ao credor

hypothecario o privilegio de preferencia, nos bens registrados que, pela hypotheca, possa haver adquirido.

Art. 14. Depois da installação do Registro das hypothecas, em qualquer Comarca, os effeitos legaes das hypothecas dos bens n'ella situados, só começarão a existir da data do registro das mesmas hypothecas.

Art. 15. No caso, porêm, em que duas hypothecas do mesmo devedor sejão registradas no mesmo dia, não terá huma preferencia sobre a outra, ainda que o Tabellião declare que huma foi registrada de manhã, e outra de tarde. Valerá, em tal caso, em igualdade de circunstancias, a data das escripturas.

Art. 16. As inscripções das hypothecas anteriores à installação do Registro serão feitas em livro distincto e separado d'aquelle em que se fizerem as anteriores, porêm com as mesmas formalidades.

Art. 17. Os credores hypothecarios, por titulos de data anterior à installação do registro geral das hypothecas, na Comarca onde forem situados os bens hypothecados, conservarão todos os direitos que, a esse tempo houverem adquirido, huma vez que procedão ao competente registro, dentro de hum anno subseqüente à dita installação. As hypothecas referidas que forem registradas depois de hum anno, só começarão a contar os seus effeitos legaes da data do seu registro.

Art. 18. Deverão averbar-se, no registro geral das hypothecas, as baixas ou extincções, em todo, ou em parte, das hypothecas n'elle registradas; a sua substituição ou transferencia para outro devedor ou credor, ou para outros bens; e, bem assim, qualquer outra alteração ou novação do contracto, ou obrigação hypothecaria.

Art. 19. As baixas e extincções serão feitas por virtude de consentimento das partes, ou de sentenças passadas em julgado; e, para serem averbadas as ditas baixas, apresentarão as partes interessadas, ao Tabellião do Registro geral das hypothecas, o competente titulo de contracto, quitação ou sentença, que extingue, no todo ou em parte, altera ou innova a hypotheca registrada. Os titulos deverão ser authenticos e legalisados, pela fórma prescripta nos Artigos septimo e oitavo.

Art. 20. As averbações referir-se-hão sempre ao titulo por que se fizerem, e serão apontadas no Protocolo, no acto da apresentação dos titulos, e n'estes annotadas, depois de registradas, na fórma determinada no Artigo doze.

Art. 21. Extinguindo-se alguma hypotheca, em todo ou em parte, por transferencia, ou substituição de outros bens, a nova hypotheca estabelecida nos bens que substuitem a primeira, não produzirá effeitos válidos, em quanto não for competentemente registrada.

Art. 22. Os Tabelliães do Registro geral das hypothecas são obrigados a ter os seguintes livros: 1.° o de registro geral das hypothecas da Comarca em que servirem, o qual será exclusivamente destinado ao registro das hypothecas dos bens situados na mesma Comarca, lançamento das averbações a ellas relativas, e annotações das certidões affirmativas, que passarem, da existencia do registro de alguma hypotheca nos seus livros: 2.° o Protocolo, que servirá para os apontamentos das minutas e averbações, e para as annotações das certidões negativas

que passarem: 3.º O livro indice, escripturado por ordem alphabetica, e por fórma que facilite, sem equivoco, o conhecimento de todos os bens hypothecados que se acharem registrados no seu Cartorio. Todos estes livros serão abertos, rubricados, numerados e encerrados pela Autoridade competente.

Art. 23. O livro do registro das hypothecas terá todas as suas paginas divididas em duas partes iguaes, por hum traço perpendicular. Na parte esquerda se fará o registro, pela fórma prescripta no Artigo treze; e a parte direita ficará em branco, reservada para n'ella se laçarem successivamente, em frente dos respectivos registros, as alterações, baixas, remoções, substituições, e mais averbações a elle relativas, e, outrosim, para se notarem as certidões affirmativas, que se passarem, da existencia do registro de alguma hypotheca.

Art. 24. Os Tabelliães do Registro geral das hypothecas darão certidão dos seus livros, independente de despacho, observando o determinado nos artigos seguintes.

Art. 25. Nas certidões do registro de hypothecas que passarem, deverão os Tabelliães transcrever o teor não só do assento do mesmo registro, mas de todas as averbações e annotações a elle relativas, que existirem nos seus livros, declarando em todas, a requerimento de quem forão passadas.

Art. 26. As certidões negativas que os ditos Tabeliães passarem, declarando que nenhuma hypotheca existe registrada no seu Cartorio, relativa a determinada pessoa, ou bens especial ou genericamente designados, só terão vigor por tempo de seis mezes, e só poderáo ser passadas aos proprios donos dos bens que se acharem desembargados, ou a seus bastantes procuradores; devendo os Tabelliães que as passarem portar por fé, que são pessoas delles reconhecidas pelas proprias. E, durante o referido periodo, não poderão passar segunda certidão negativa do mesmo teor, ainda que as partes alleguem ter-se-lhes desencaminhado o primeira.

Art. 27. Os Tabelliães de Notas a quem taes certidões forem apresentadas, em prova de que se achão desembargados os bens a que ellas se referirem, os quaes pretendão hypothecar, são obrigados a encorporal-as nas escripturas de hypotheca dos mesmos bens, que passarem, guardando-as emmassadas, no seu Cartorio, com a competente averbação do livro e folhas em que ficarem lançadas.

Art. 28. Se alguma escriptura de hypotheca for apresentada, para o registro, não vindo nella encorporada a certidão negativa, que se haja passado, relativa aos bens n'aquella hypothecados, o Tabellião exigirá da parte que a exhiba, e, se recusar fazer a exhibição, tomará o registro com esta declaração, mas tal registro não poderá prejudicar o outro, que posteriormente possa fazer-se, de escriptura de hypotheca, na qual appareça incorporada a referida certidão, huma vez que aquella tenha sido passada dentro dos seis mezes da validade d'esta.

Art. 29. Os Tabelliães do Registro geral das hypothecas são responsaveis ás partes, pelos damnos que lhes causarem, alêm de incorrerem nas penas que competirem, por suas omissões, erros e prevaricações, e de poderem ser processados, como estellionatarios, ou como complices de este crime, nos casos em que nelle incorrerem.

Art. 30. Não poderá recusar, nem demorar ás partes o registro de hypothecas ou averbações que estas lhes requererem, nem as certidões dos seus livros que pretenderem, sempre que se apresentarem habilitadas, nos termos prescriptos no presente Regulamento.

Art. 31. As partes que se sentirem prejudicadas na recusa ou demora de suas pretensões fundadas em justiça, deverão, para segurança do seu direito, e procedimento contra o Tabellião, justificar o acontecimento, dentro de cinco dias uteis, com duas testemunhas de vista, e notificação d'aquelle perante o Juiz Municipal do Termo. Se a recusa ou demora for julgada infundada e improcedente, a sentença será intimada ao Tabellião, e este obrigado a averbal-a no seu Protocolo, e a fazer menção d'esta averbação, nas certidões que passar, relativas ao devedor, e bens cujo registro houver recusado ou demorado. Em taes casos, a sentença de justificação supprirá a falta do registro.

Art. 32. Os Tabelliães do Registro geral das hypothecas levarão, pelo registro das hypothecas, os mesmos emolumentos que competem aos Tabelliães de Notas, pelas escripturas: pelas averbações, metade; e, pelas certidões, o mesmo que aquelles percebem, pelas que passão, das suas notas. Pelas certidões negativas, porêm, levarão mil réis. São obrigados a lançar a conta dos emolumentos que perceberem, nos titulos por onde fizerem os registros ou averbações, e nas certidões que passarem.

Art. 33. A despeza do registro das hypothecas he a cargo do devedor hypothecarios: a das averbações e certidões pertencerá a quem as requerer. Será todavia paga pelo credor a despeza do registro, quando elle a promover, com direito salvo, para haver o seu embolso do devedor, e com hypotheca especial nos bens registrados.

José Joaquim Fernandes Torres, do Meu Conselho, Ministro e Secretário de Estado dos Negocios da Justiça, o tenha assim entendido, e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro, em quatorze de novembro de mil oitocentos quarenta e seis, vigesimo quinto da Independencia e do Imperio.

Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador.

JOSÉ JOAQUIM FERNANDES TORRES

5. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Seleção e organização

SÉRGIO JACOMINO

5.1

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1.1 CÉDULA INDUSTRIAL. Penhora do bem.

Ementa: Configura violência ao inc. XXXVI do art. 5.º da CF a admissibilidade de penhora de bem alvo de cédula industrial. Precedente: RE 114.940-0/PA, Primeira Turma, rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça *de 16.02.1990.*

RE 163.000-1/PE – 2.ª T. – STF – j. 19.05.1998 – rel. Min. Marco Aurélio – *DJU* 14.08.1998.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do relator.

Brasília, 19 de maio de 1998 – NÉRI DA SILVEIRA, presidente – MARCO AURÉLIO, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio*: A decisão impugnada mediante o extraordinário implicou a confirmação do acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região com o qual restou inadmitida a ação rescisória, porquanto a matéria nela veiculada seria de interpretação controvertida, estando ligada à impenhorabilidade de bem garantido por cédula industrial – Dec.-lei 413/09. Com isso, permaneceu íntegra a sentença em que se reconheceu o gravame e se cogitou do concurso de credores, com prevalência do privilégio especial de que se reveste o crédito trabalhista (f.).

Os embargos declaratórios de f. foram providos, declarando-se a inexistência de desrespeito ao inc. XXXVI do art. 5.º da CF, no que assegurados o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (f.).

No extraordinário de f., o Banco disse do enquadramento da hipótese no permissivo da alínea *a* do inc. III do art. 102 da Carta e, em passo seguinte, sustentou a ocorrência de malferimento, direto e frontal, do inc. XXXV do rol das garantias constitucionais.

Não foram apresentadas contra-razões (certidão de f.).

O Juízo primeiro de admissibilidade obstou o trânsito do recurso, que foi processado em razão do provimento dado ao agravo em apenso, ocasião em que consignei:

"(...) esta Corte já teve oportunidade de enfrentar a questão. No julgamento do RE 114.940-0/PA, em que funcionou como relator o eminente Min. Néri da Silveira, concluiu-se pela impenhorabilidade de bem alienado fiduciariamente por via de cédula de crédito industrial. A decisão foi publicada no *Diário de Justiça* de 16.02.1990, à p. 932, e envolveu o próprio agravante. No caso dos autos, a inadmissibilidade da rescisória sob o argumento de tratar-se de matéria controvertida discrepa do conhecimento da atividade precípua desta Corte – de guardiã maior da Carta – obstaculizando, assim, o exame cabível e que ocorre sob o ângulo da violência ao Diploma Maior".

Em 31.05.1993, determinei o encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral da República, que exarou o parecer de f., no sentido do não-conhecimento do recurso, em face

à inexistência do prequestionamento e, ainda, ante a circunstância de a matéria não possuir dimensão constitucional.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio* (relator): Os pressupostos gerais de recorribilidade estão atendidos. O documento de f. revela a regularidade da representação processual, sendo que, relativamente ao preparo, surtia efeito, à época da interposição do extraordinário, a Res. 84 desta Corte, dispensando o preparo quando a subida do citado recurso decorria de provimento de agravo. Quanto à oportunidade, observa-se haver sido o acórdão inicialmente prolatado – e alvo de declaratórios – publicado no *Diário* de 31.08.1990, sexta-feira (f.). Em 10 imediato, deu-se a manifestação do inconformismo, havendo sido gastos, assim, cinco dias do prazo referente ao extraordinário. Pois bem, o acórdão relativo ao julgamento dos embargos teve notícia veiculada no *Diário* de 07.12.1990, sexta-feira (f.), verificando-se a protocolação deste recurso no dia 13 imediato, quinta-feira, e, portanto, dentro do prazo de quinze dias assinado em lei. Quanto ao óbice aventado pela Procuradoria-Geral da República – *ausência de prequestionamento* –, verifica-se que conflita com o teor do acórdão concernente aos declaratórios, segundo o qual:

"No que se refere ao art. 5.º, XXXVI, da CF, não vislumbra ofensa a tal dispositivo legal, pois não houve desconsideração do ato jurídico perfeito, tampouco do direito adquirido".

Assim, tenho o tema como objeto de debate e decisão prévios. No mais, acabou-se por admitir o penhor de bem vinculado e, portanto, alienado fiduciariamente por meio de cédula de crédito industrial. Conforme fiz ver na decisão relativa ao agravo em apenso, esta Corte teve oportunidade de enfrentar a matéria, e aí, julgando o RE 114.490-0/PA, assentou a impenhorabilidade do bem, tendo em conta não estar no patrimônio do devedor, já que alienado fiduciariamente. A existência da alienação, muito embora sob a modalidade fidúcia, é de molde a concluir que o ato de constrição acabou por alcançar o direito de propriedade, em si, do bem do ora recorrente.

Por tais razões, conheço e provejo este recurso extraordinário para, reformando a decisão proferida pela Corte de origem, acolher os embargos de terceiro ajuizados, afastando, assim, a possibilidade de o bem alienado vir a responder pela dívida trabalhista da executada Lonex do Brasil S.A.

É como voto, na espécie dos autos.

EXTRATO DE ATA – *Decisão*: Por unanimidade, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Sr. Min. Néri da Silveira, presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Velloso. 2.ª T., 19.05.98.

Presidência do Sr. Min. Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Carlos Alberto Cantanhede, coordenador.

5.2

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5.2.1 EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. Ausência de citação do cônjuge. Nulidade.

Ementa: Tendo a execução sido anulada por decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, por ausência de citação do cônjuge da executada, esta deveria ser ordenada pelo MM. julgador singular.

Cabe ao Juiz dirigir o processo, não permitindo que as partes o conduzam para caminhos errados.

Reclamação procedente.

Rcl 646/GO – 1.ª Seção – STJ – j. 22.09.1999 – rel. Min. Garcia Vieira – *DJU* 25.10.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Seção do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Votaram com o Exmo. Sr. Ministro-relator os Exmos. Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Milton Luiz Pereira, José Delgado, Eliana Calmon e Paulo Gallotti.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Min. Francisco Falcão.

Brasília, 22 de setembro de 1999 (data do julgamento) – Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, presidente – Min. GARCIA VIEIRA, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira*: Trata-se de reclamação formulada por Meyre Elizabeth Carvalho Santana em face do MM. Juiz de Direito da Primeira Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia/GO, aduzindo descumprimento da decisão proferida por este E. Superior Tribunal de Justiça, no REsp 82.735, assim ementada:

"Execução hipotecária. Ausência de citação do cônjuge. Nulidade. Perdas e dano. Cabimento.

1. Por imperativo de lei, o cônjuge varão deve ser citado na execução hipotecária promovida contra sua esposa.

2. Recurso especial conhecido e provido" (f.).

Sustenta que, anulado o processo executivo, impunha-se repor as partes ao estado anterior, devendo ser determinada a desocupação do imóvel e o cancelamento dos registros imobiliários, posto que o imóvel *sub judice* foi ocupado em razão de ato judicial declarado nulo.

Requer provimento para que seja suspenso o processo executivo, bem como seja determinada a desocupação do imóvel e o cancelamento dos registros imobiliários.

Informações às f.

O Ministério Público Federal, em parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Guskow, opina pelo acolhimento da reclamação.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira* (relator): Sr. Presidente – A E. Segunda Turma deu provimento ao REsp 82.735/GO, relator Min. Peçanha Martins (f.), para anular a execução movida pela Caixego contra a reclamante, por falta de citação de seu marido. Consta da ementa de f. que:

"1. Por imperativo de lei, o cônjuge varão deve ser citado na execução hipotecária promovida contra sua esposa".

O eminente Ministro-relator, em seu voto condutor do acórdão, resumiu a questão da seguinte forma:

"Meyre Elizabeth Carvalho, enquanto solteira, adquiriu em 20.12.1978 imóvel financiado pelo SFH através da Caixa Econômica do Estado de Goiás – Caixego. Inadimplindo as obrigações contratuais de pagar as prestações avençadas, foi executada judicialmente pelo agente financeiro, quando já casada em regime de comunhão universal com José Miguel de Santana, cujo patronímico (Santana) estava agregado ao seu nome. A execução hipotecária findou-se sem oposição de embargos, sendo o imóvel levado a hasta pública e adjudicado à exeqüente, por falta de arrematante, que o vendeu a terceiro. Depois de tudo isso, o marido da executada, que não fora citado da execução e dela não participou em qualquer momento, promoveu ação declaratória de nulidade daquele feito cumulada com pedido de perdas e danos. Não tendo obtido êxito nas instâncias ordinárias, interpôs este

recurso especial alegando violação dos artigos de lei federal mencionados no relatório e dissenso pretoriano" (f.).

Em seguida afirmou Sua Excelência que:

"Casada a mutuária, impunha-se a citação do esposo. O estado civil das pessoas é objeto de registro oficial e não se pode ignorá-lo quando se cogite de ação que verse sobre direitos reais imobiliários, à vista das regras peremptórias dos artigos 10 e 11 do CPC" (f.).

E concluiu que:

"Não tendo a autora adotado as precauções que a lei processual lhe impõe, conheço do recurso e lhe dou provimento, invertidos os ônus da sucumbência" (f.).

O v. acórdão, objeto desta reclamação, transitou em julgado (f.).

Baixados os autos à origem, foi determinado à exeqüente que requeresse o que fosse de seu interesse (f.), tendo ela pedido o arquivamento, que foi deferido pelo MM. Juiz Singular (f.), sem cumprir a decisão desta C. Corte. Pediu a reclamante o seu cumprimento, o cancelamento dos registros e a desocupação do imóvel, alienado através de execução declarada nula pelo STJ (f.).

Ora, se esta C. Corte anulou a execução movida pela Caixego contra a reclamante por falta de citação de seu marido, o MM. Julgador Monocrático, para cumprir esta decisão, tinha que determinar à exeqüente que requeresse a citação do cônjuge da reclamante, mandar cancelar os registros imobiliários e mandar desocupar o imóvel em questão, voltando as partes ao estado anterior. Procedida a citação de Miguel de Santana, este poderia apresentar embargos. O julgador de primeiro grau, extemporaneamente, enveredou por outras direções, remetendo as partes para o cálculo de liquidação, sem antes estar decidida, definitivamente, a execução. Cabe ao juiz dirigir o processo e não permitir que as partes o conduzam para caminhos errados. Com razão o Dr. Miguel Guskow, digno Subprocurador-Geral da República, ao sustentar em seu parecer de f. que:

"Com razão a reclamante, visto que o reclamado não deu cumprimento ao v. acórdão proferido nos autos do REsp 82.735/GO.

De fato. Anulado todo o procedimento executivo em face de vício da citação, decorrente da inobservância das normas dos arts. 10 e 11, do CPC, incumbia ao reclamado intimar o exeqüente para requerer a citação do cônjuge, e retomar todo o processo a partir desta fase, abrindo, inclusive, prazo para a oposição dos competentes embargos.

A par dessa providência, cabia ao reclamado determinar o cancelamento dos registros imobiliários bem como a desocupação do imóvel disputado, mesmo porque o terceiro adquirente integrou os autos do REsp 82.735 na condição de seu litisconsorte.

Assim, de tudo o que consta dos autos da presente reclamatória, exsurge cristalino que houve desrespeito ao acórdão proferido por esta E. Corte, na medida em que o reclamado, afastando-se do seu dever de anular o feito desde a citação, repondo as partes à situação original desta fase procedimental, permitiu o desvirtuamento do trâmite processual, sucumbindo ao atendimento de diligências impertinentes formuladas inclusive pela reclamante e desatendendo ao seu dever de dirigir o processo" (f.).

Assim sendo,

Julgo procedente a reclamação para determinar ao MM. Juiz de Primeira Instância, ao qual este processo foi distribuído, que cumpra integralmente a decisão do STJ no REsp 82.735/GO, da E. Segunda Turma, determinando à exeqüente que requeira a citação do marido da reclamante e mandando cancelar os registros imobiliários e expedindo mandado de desocupação do imóvel, atos estes baseados em execução declarada nula.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Primeira Seção ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, julgou procedente a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator".

Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Milton Luiz Pereira, José Delgado, Eliana Calmon e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 22 de setembro de 1999.

5.2.2 LOTEAMENTO CLANDESTINO. Comercialização de imóveis. Prisão preventiva. Ordem pública. Garantia.

Ementa: 1. A necessidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública se exterioriza no fato de o agente, sabedor de liminar em ação civil pública impeditiva da comercialização de imóveis em loteamento clandestino, persiste na prática, mesmo depois de instaurada, também, ação penal.

2. Recurso improvido.

RHC 8.756/RS – 6.ª T. – STJ – j. 21.09.1999 – rel. Min. Fernando Gonçalves – *DJU* 11.10.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro-relator os Ministros Hamilton Carvalhido, Fontes de Alencar e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Min. William Patterson.

Brasília, 21 de setembro de 1999 (data de julgamento) – Min. VICENTE LEAL, presidente – Min. FERNANDO GONÇALVES, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves*: Trata-se de recurso ordinário interposto por Renato Martins Müller, contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado, *verbis*:

"*Habeas corpus*.

Estando cumpridamente fundamentada a prisão preventiva do paciente, não há porque falar-se em constrangimento ilegal.

Mormente, quando este mesmo paciente insiste no descumprimento de regramento devidamente estampado na lei.

Ordem denegada" (f.).

Declinam as razões estar o paciente sofrendo constrangimento, pois é primário, portador de diploma de curso superior e jamais se negou a comparecer aos atos do processo, razão pela qual deve aguardar o julgamento em liberdade, sob pena de maltrato ao princípio da presunção de inocência.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifesta-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"1. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual penal.

2. Prisão preventiva fundamentada na garantia de ordem pública. Reiteração da conduta delitiva. Réu primário, portador de diploma de curso superior, que alega ter comparecido a todos os atos do processo. Ausência de constrangimento ilegal.

3. Parecer pela denegação da ordem" (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves* (relator): O paciente, juntamente com Sílvia Helena Sieber Müller, foi denunciado por haver dado início a loteamento, "Condomínio Residencial Santa Terezinha", sem a competente autorização do Poder Público, através de contratos de cessão de direitos com pessoas nominadas na peça de acusação. Os lotes foram vendidos, sem que o loteamento se encontre registrado no Cartório de Registro de Imóveis. Esta conduta tipifica o delito do art. 50, I c/c o seu par. ún., inc. I, da Lei 6.766/79, na forma dos arts. 29, *caput*, e 71, ambos do CP.

O Tribunal de origem manteve decreto de prisão preventiva, fundado na garantia da ordem pública. É que o Município de Pelotas ajuizou ação civil pública contra a empresa Círculo Incorporações Ltda. e a esposa do paciente – Sílvia Helena – tendo por objeto os chamados "Condomínios Residenciais Cidade de Lisboa e Santa Terezinha", com vistas a impedir a alienação de novos lotes. Foi

concedida liminar e, malgrado o provimento judicial, o recorrente, embora não figurando no pólo passivo da ação civil pública, mas, presumidamente, conhecedor do deferimento da medida, continua promovendo a venda de lotes (f.).

Nesta perspectiva não há como negar-se o acerto da medida restritiva, pois, como bem destacado o *Parquet* estadual, "o recorrente, apesar de criminalmente processado, continuava a ilegalmente anunciar e vender os terrenos do loteamento irregular, em absoluto descaso à ação penal, com risco concreto à ordem pública. A garantia da ordem pública também quer dizer prevenção a que o agente continue a cometer novos delitos" (f.).

O decreto tem base no art. 312 do CPP, pois visa garantir a ordem pública no sentido de obstar a prática reiterada da infração, ainda que potencialmente. Nisto reside a sua necessidade.

Nego provimento ao recurso.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Sexta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Votaram com o Sr. Ministro-relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Fontes de Alencar e Vicente Leal.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 21 de setembro de 1999.

5.2.3 INDISPONIBILIDADE DO PATRIMÔNIO DE PESSOAS ALHEIAS À RELAÇÃO PROCESSUAL. Nulidade da sentença. Ineficácia. Mandado de segurança. Recurso de terceiro prejudicado. Pendência de recurso com efeito suspensivo.

Ementa: I. Ao permitir o recurso de terceiro prejudicado, o art. 499 do CPC outorga direito potestativo, a ser exercido a critério do prejudicado, cuja inércia não gera preclusão.

II. É licito ao terceiro prejudicado requerer mandado de segurança contra ato judicial, em lugar de interpor, contra ele, o recurso cabível.

III. É nula e ineficaz, por ofender os arts. 460 e 472 do CPC, a sentença que, sem requerimento do autor, decreta a indisponibilidade de bens pertencentes a terceiros, alheios à relação processual.

IV. A circunstância de a sentença estar sob desafio de recurso com efeito suspensivo não lhe retira o potencial ofensivo, nem a imuniza contra mandado de segurança em favor de terceiro prejudicado.

RMS 10.354/SP – 1.ª T. – STJ – j. 24.08.1999 – rel. Min. Humberto Gomes de Barros – *DJU* 03.11.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado e Garcia Vieira.

Brasília, 24 de agosto de 1999 (data do julgamento) – Min. MILTON LUIZ PEREIRA, presidente – Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Humberto Gomes de Barros*: Em ação civil pública, movida contra ela, a mulher do ora recorrente, teve seu patrimônio bloqueado. O recorrente, em sendo casado pelo regime da comunhão parcial, pretende liberar os bens que lhe pertencem. Para tanto, impetrou mandado de segurança. Inspirou-se em precedente formado no Superior Tribunal de Justiça, a dizer:

"O princípio de que o mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo recursal aplica-se entre partes, mas não incide em se cuidando de segurança impetrada por terceiro prejudicado em seu patrimônio, pelo ato judicial" (RMS 1.114/Athos).

O MM. Juiz que decretara a indisponibilidade prestou informações reconhecendo que seu ato não ressalvou a meação do impetrante. Disse, entretanto, que ele não ajuizara embargos de terceiro (f.).

O v. acórdão recorrido denegou a Ordem, porque:

a) o Juiz não praticou qualquer ato lesivo a direito líquido e certo do impetrante;

b) o ato impugnado expunha-se a agravo de instrumento, que não pode ser substituído pelo mandado de segurança.

Houve recurso ordinário, no qual o recorrente invoca a Súm. 202, segundo a qual:

"A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso".

O Ministério Público Federal, em parecer lançado pelo eminente Subprocurador-Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, manifestou-se indicando o desprovimento.

Este, o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Humberto Gomes de Barros* (relator): Não bastasse a circunstância de a questão estar superada, em Súmula do Superior Tribunal de Justiça, observo que esta Turma, em recente assentada, examinou tema semelhante, proclamando, *verbis*:

"Processual. Sentença que declara indisponibilidade do patrimônio de pessoas alheias à relação processual. Nulidade. Ineficácia. Mandado de segurança. Recurso de terceiro prejudicado. Pendência de recurso com efeito suspensivo.

I. Ao permitir o recurso de terceiro prejudicado, o art. 499 do CPC outorga direito potestativo, a ser exercido a critério do prejudicado, cuja inércia não gera preclusão.

II. É lícito ao terceiro prejudicado requerer mandado de segurança contra ato judicial, em lugar de interpor, contra ele, o recurso cabível.

III. É nula e ineficaz, por ofender os arts. 460 e 472 do CPC, a sentença que, sem requerimento do autor, decreta a indisponibilidade de bens pertencentes a terceiros, alheios à relação processual.

IV. A circunstância de a sentença estar sob desafio de recurso com efeito suspensivo não lhe retira o potencial ofensivo, nem a imuniza contra mandado de segurança em favor de terceiro prejudicado" (RMS 8.879/Humberto).

No voto com que conduzi a formação desse aresto, eu disse:

"Os impetrantes, ora recorrentes trazem à colação acórdão formado na Terceira Turma do STJ, dizendo que:

'A jurisprudência do STJ acolhe entendimento doutrinário de que o terceiro prejudicado por ato judicial pode impugná-lo por mandado de segurança, mesmo sem que haja interposto recurso cabível' (MS 1.983/Zveiter).

Este acórdão reporta-se a outro, no mesmo sentido, (MS 150/DF/Evandro Gueiros).

O Min. Waldemar Zveiter, no voto condutor do acórdão, louvou-se em Seabra Fagundes, que enxerga no recurso de terceiro prejudicado, uma faculdade, a ser exercida a critério do prejudicado, cuja inércia não gera preclusão.

Em tal circunstância, diz Seabra Fagundes, o prejudicado alheio à relação processual pode optar pelo caminho mais ágil do mandado de segurança.

Por outro lado, o terceiro prejudicado que pretenda recorrer da sentença lesiva estará limitado às provas dos autos e aos limites da controvérsia, fixados na litiscontestação. Obrigá-lo a recorrer, como se fora parte, é agredir-lhe o direito de defesa.

Há, principalmente, situações como a que ora examinamos, nas quais os terceiros prejudicados não pretendem discutir a lide, mas, simplesmente livrar-se dos efeitos resultantes da sentença.

Afasta-se, assim, o argumento de que o terceiro prejudicado não tem acesso ao mandado de segurança.

Outro fundamento do acórdão recorrido repousa sobre o raciocínio de que a sentença malsinada não padece de ilegalidade.

Tal argumento não é – *data venia* – correto.

Em verdade, a sentença, em declarando a indisponibilidade de bens, adotou providência não reclamada pela autora, ultrapassando os limites objetivos estabelecidos pelo art. 460 do CPC.

Também foram ultrapassados os limites subjetivos, pois seu dispositivo alcançou pessoas que não integraram a relação processual (CPC, art. 472).

A ilegalidade é manifesta.

Não impressiona, por igual, o argumento de que os impetrantes não têm interesse no mandado de segurança, porque a apelação foi recebida no efeito suspensivo.

Em verdade, a indisponibilidade patrimonial, inda que não efetivada, gera dolorosos constrangimentos. No mundo dos negócios, ninguém, em sã consciência, comerciará com pessoa sobre cujo patrimônio pese ameaça de indisponibilidade.

A ameaça de indisponibilidade já constitui lesão grave e intolerável".

Concedo a segurança, para declarar a ineficácia da sentença, no que respeita à decretação de indisponibilidade da parcela do impetrante no patrimônio do casal, determinando ao MM. Juiz adotar cautelas, para que a indisponibilidade não atinja bens pertencentes ao impetrante.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Primeira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado e Garcia Vieira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 24 de agosto de 1999.

5.2.4 DIVISÃO DE COISA COMUM. Módulo rural.

Ementa: Seja por ato inter vivos, *seja por ato* causa mortis, *o desmembramento do imóvel deve respeitar o módulo rural. Hipótese, todavia, em que é possível extinguir, em parte, o condomínio, que passa a subsistir apenas em relação aos proprietários de áreas que, isoladamente, são menores do que o módulo rural. Precedente (REsp 16.851-0/MG).*

REsp 36.713/RJ – 3.ª T. – STJ – j. 23.08.1999 – rel. Min. Ari Pargendler – *DJU* 27.09.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Waldemar Zveiter.

Brasília, 23 de agosto de 1999 (data do julgamento). Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, presidente – Min. ARI PARGENDLER, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Ari Pargendler*: O casal de Vilson Pereira Teles propôs ação de divisão de coisa comum contra o casal de José Teixeira Pinheiro e contra Paulina Pereira Teles, incapaz (f.).

O MM. Juiz de Direito Dr. Luiz Tarcisio Reis julgou procedente o pedido (f.), sentença que foi mantida pela E. 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relator o eminente Des. Penalva Santos (f.).

Lê-se no julgado:

"A questão em debate resume-se em se saber a respeito da individualidade do imóvel, por força do disposto no art. 65 da Lei 4.504/64, do art. 8.º da Lei 5.868, de 1972 e do art. 39 do Dec. 72.106/79, como sugere a douta Procuradoria da Justiça.

Com efeito, embora o Estatuto da Terra (Lei 4.504/64) considere indivisível imóvel rural cuja área é inferior a um módulo rural composto de dois hectares, não se afigura justo detenha o apelante toda a área, sem ao menos dividi-la com os autores, pessoas de poucos recursos, detentores de 1/7 da área total da gleba.

No seu aspecto legal, a citada área não é indivisível, pois, na hipótese da divisão do condomínio, não se pode negar ao condômino o direito a essa divisão, por força do capitulado no art. 629 do CC, pelo simples fato de não se admitir possa ficar o condômino para sempre atrelado a outro condômino de dividir a coisa comum.

Essa é a regra inelutável, da qual não se pode fugir, exceto nos casos de indivisibilidade previstos no art. 632 do mesmo diploma civil.

Nesses casos pode ser incluído aquele no qual o imóvel rural tem área inferior a dois hectares (caso de indivisibilidade *ex vi legis*).

Ocorre que a disposição do art. 65 da Lei 4.504, de 1964, do art. 8.º da Lei 5.868, de 1972 e do Dec. 72.106, de 1979, somente se aplica aos casos de transferência de propriedade por ato *inter vivos* e por herança, não naqueles que envolverem a divisória de bem em condomínio e na demarcatória.

Como bem esclareceu o Dr. Juiz, o art. 12 da Lei 5.868, de 12.12.72, revogou o art. 11 do Dec.-lei 57, de 1966, o qual, no art. 8.º deixou claro que o malsinado art. 65 da Lei 4.504, de 1964, só se aplica ao caso de transmissão a qualquer título.

Logo, o pedido é possível sob o aspecto legal, isto é, juridicamente possível, tanto mais quanto a lei não pode levar o intérprete à prática de rematada injustiça, como a de impedir ao condômino de obter pela via judicial a parte que lhe cabe na divisão de coisa comum, mesmo em se tratando de gleba rural" (f.).

Daí o presente recurso especial, interposto pelo casal de José Teixeira Pinheiro, com base no art. 105, III, *a* e *b*, da CF, por violação ao art. 65 da Lei 4.504, de 1964 e do art. 8.º da Lei 5.868, de 1972, bem assim dos arts. 53, I e II, 628 e 629 do CC (f.).

O Ministério Público Federal, na pessoa do Dr. Henrique Fagundes, opinou pelo não conhecimento do recurso especial, ou pelo seu conhecimento em parte, nos termos da seguinte fundamentação:

'*Data maxima venia*, a razão está com a E. Corte *a quo*. Silente, quanto a alcançarem suas disposições os casos de transferência do condomínio por força da sucessão *mortis causa*, como no caso em tela, não podia o decreto regulamentador restringir, ainda mais, o direito emergente do instituto da propriedade. Na hipótese vertente, o estado da comunhão imobiliária decorrera da sucessão hereditária. Ora, se, naquela, o juízo do inventário poderia, se assim o desejassem os herdeiros, dividir o bem deixado pelo *de cujus*, com igual razão esse estado de condomínio pode, também, *a posteriori*, por meio da respectiva ação de divisão, cessar. Daí a inteira aplicabilidade, à espécie, do v. acórdão do C. Supremo Tribunal Federal, da lavra do eminente Min. Adauto Lúcio Cardoso, mencionado na r. decisão de primeiro grau, mantida em grau de apelação.

Por outro lado, dos demandados, José Teixeira Pinheiro e sua mulher, Sônia do Espírito Santo Pinheiro, são titulares, no condomínio, da fração de cinco sétimos do todo, quota que (*omissis*).

Acresce, porém, que esta ré, na contestação, aquiescera na divisão, oferecendo, se necessário, sua quota-parte para, adicionada à dos autores, contornar os rigores dos diplomas retromencionados, quando restassem aplicáveis ao caso.

Em assim o fazendo, em sua contestação, às f., Paulina Pereira Teles, assumiu, em verdade, a posição de litisconsorte ativa ulterior, ao pedir a procedência do pedido do autor, nem que, para tanto, fosse necessário somar seu quinhão ao deste, para totalizar uma área superior ao módulo mínimo, viabilizando, destarte, a decisão de procedência'" (f.).

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Ari Pargendler* (relator): *Data venia*, não convence, a conclusão do acórdão recorrido, de que o art. 8.º da Lei 5.868, de 1972, "somente se aplica aos casos de transferência de propriedade por ato

inter vivos e por herança, não naqueles que envolverem a divisória de bem em condomínio e na demarcatória" (f.).

Diz o *caput* da aludida norma que, "Para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do art. 65 da Lei 4.504, de 30.11.1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixado no § 1.º deste artigo, prevalecendo a de menor área". Quer dizer, reportou-se, sem alterá-lo, ao art. 65 da Lei 4.504, de 1964, este assim redigido: "O imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural".

Os §§ 1.º e 2.º da Lei 4.504, de 1964, a seguir transcritos, vedam expressamente a divisão do imóvel rural em dimensões inferiores ao do módulo rural, mesmo na hipótese de sucessão *mortis causa*:

"§ 1.º Em caso de sucessão *causa mortis* e nas partilhas judiciais ou amigáveis, não se poderão dividir imóveis em áreas inferiores às da dimensão do módulo de propriedade rural".

"§ 2.º Os herdeiros ou os legatários, que adquirirem por sucessão o domínio de imóveis rurais, não poderão dividi-los em outros de dimensão inferior ao módulo de propriedade rural".

Provavelmente, o Tribunal *a quo* tenha se impressionado com o vocábulo "transmissão", constante do *caput* do art. 8.º da Lei 5.868, de 1972, entendendo-o no sentido restrito de ato *inter vivos* . Todavia, "a transmissão, a qualquer título", ali referida alcança, sim, as hipóteses de sucessão *causa mortis*. O art. 1.572 do CC se vale do verbo "transmitir", de que resultou o vocábulo "transmissão", para caracterizar o modo como a propriedade passa para os herdeiros legítimos e testamentários.

Nessa linha, e diversamente do que sustentou o parecer do Ministério Público Federal, o art. 39 do Dec. 72.106, de 1973, a seguir transcrito, não extravasou o âmbito do art. 8.º da Lei 5.868, de 1972:

"Art. 39. Para fins de transmissão a qualquer título, divisão em partilha judicial ou amigável, divisão de condomínio, nos termos dos arts. 65 da Lei 4.504, de 30.11.1964 e 8.º da Lei 5.868, de 12.12.1972, nenhum imóvel poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à prevista no art. 8.º da Lei 5.868, de 12.12.1972".

A transmissão a qualquer título abrange aquela resultante da sucessão *causa mortis*.

As peculiaridades do caso autorizam, no entanto, a solução preconizada na segunda parte do parecer do Ministério Público Federal, de resto na linha do que decidiu a E. Quarta Turma no REsp 16.851-0/MG, relator o eminente Min. Barros Monteiro, assim ementado:

"Extinção de condomínio. Módulo (art. 65 da Lei 4.504, de 30.11.1964). Divisibilidade. É divisível o imóvel rural se, de um lado, o quinhão pertencente aos autores é superior ao módulo regional e se, de outro, também o são os quinhões somados dos réus, permanecendo estes em comunhão. Recurso especial conhecido e provido" (*RSTJ* 42/396).

No precedente, os autores da ação queriam a divisão parcial do condomínio, porque a soma de suas propriedades superava a dimensão do módulo rural, e a remanescente preenchia o requisito da área mínima.

Aqui a situação é assemelhada. A fração pertencente ao casal de Vilson Pereira Teles é menor do que o módulo rural. Nada impede, todavia, ante a concordância da condômina Paulina Pereira Teles, que aquele e esta somem as respectivas áreas, mantendo-as em comum, de modo que a divisão se processe apenas em parte.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial, em parte, para julgar procedente, em parte, o pedido, de modo que o imóvel seja dividido na forma acima mencionada, compensando-se as custas e os honorários de advogado em razão da sucumbência recíproca.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Waldemar Zveiter.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 23 de agosto de 1999.

5.2.5 AÇÃO DE USUCAPIÃO. Nulidades. Outorga uxória. Suprimento da inicial, após a citação.

Ementa: A propositura da ação de usucapião, pelo varão, depende do consentimento da mulher, sob pena de nulidade do processo. O suprimento da inicial, após a citação dos confrontantes, para aditar-lhe memorial descritivo da área usucapienda, implica a renovação da citação. Recurso especial conhecido e provido.

REsp 60.592/SP – 3.ª T. – STJ – j. 29.06.1999 – rel. Min. Ari Pargendler – *DJU* 30.08.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 29 de junho de 1999 (data do julgamento) – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, presidente – Min. ARI PARGENDLER, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Ari Pargendler*: A presente ação de usucapião foi proposta por José Rodrigues da Silva em 17.08.1972, constando da petição inicial que "a gleba acha-se perfeitamente delimitada" (f.); já o *croquis* de f. que a instruiu refere "área de 2 alqueires mais ou menos" (f).

Seguiram-se a audiência de justificação de posse (f.), as comunicações e as publicações exigidas por lei (f.).

Já na vigência do atual Código de Processo Civil, o curador à lide fez a seguinte cota nos autos:

"MM. Juiz

Deverá o autor providenciar o levantamento topográfico, bem como memorial descritivo do imóvel usucapiendo, por engenheiro devidamente habilitado, já que o *croquis* apresentado à f. está devidamente irregular, não sendo subscrito por engenheiro, não constando a área exata do imóvel, o que poderá acarretar problemas futuros" (f. e verso).

José Rodrigues da Silva juntou, então, aos autos um memorial descritivo, assinado por engenheiro, dele constando que "A área contida no perímetro é de aproximadamente 51.500 m²" (f.).

A final, em 19.12.1975, o MM. Juiz de Direito Dr. José Elias Habice Filho julgou procedente o pedido (f.), sentença atacada por recurso de apelação, interposto por Junko Takebe, somente em 31.07.1991 (f.), decorridos quase dezesseis anos, e considerado tempestivo (f.-verso) à base da informação de que "a decisão de f. não foi publicada" (f.).

Sem embargo disso, foi expedido e cumprido mandado de registro da sentença de usucapião (f.), tendo a propriedade sido transmitida, sucessivamente a Geraldo Rezende Costa e a Edesio Lorenzo Prieto (f.), cujos registros no Ofício Imobiliário o MM. Juiz de Direito mandou cancelar (f.).

O casal de Edesio Lorenzo Prieto, intimado a contra-arrazoar a apelação, fez-se representar no processo (f.) e manifestou-se à f.

A E. Terceira Câmara Civil de Férias "F" do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator o eminente Des. Silvério Ribeiro, negou provimento à apelação (f.).

Lê-se no julgado:

"Quanto ao primeiro ponto do recurso, em que visa a apelante a nulidade do processo, por não ter sido juntada procuração da mulher do requerente da usucapião, uma vez que se qualificou como casado, estaria a lhe assistir razão, não fossem as peculiaridades que rodearam o caso.

Segundo o preceituado no art. 10 do CPC, o cônjuge necessitará de consentimento do

outro para propor 'ações que versem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios'. Quer dizer: ações que versem direitos reais imobiliários.

Na ação de usucapião, é obrigatória a outorga de procuração para viabilizar o pedido, pena de ausência de requisito processual essencial ao desenvolvimento válido do processo.

Não é de atinar com assertiva de que o patrimônio será acrescido, sem prejuízo à mulher, pois poderá improceder a ação; em segundo lugar, a exigência é taxativa, tanto para a propositura da demanda quanto para a figuração no pólo passivo, de vez que o cônjuge necessitará e que ambos os cônjuges serão necessariamente citados.

O rigor do art. 10 do CPC não deixa, contudo, lugar a interpretação que redunde dispensa (Adroaldo Furtado Fabrício, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 8, t. III, n. 463; *RJTJESP* 61/168, 130/204 e 139/165; *RT* 524/211).

Não pode seguir o feito sem outorga, implicando invalidade do processo a ausência de consentimento, podendo, contudo, ser suprida a falha, nos moldes do disposto no art. 13 do CPC, o que até poderia ser determinado por este Tribunal, o que fica dispensado, em razão da substituição de parte processada, devido à venda do imóvel usucapiendo, assinada pela mulher do autor (f.).

Portanto, de nenhuma utilidade prática a regularização da representação, à falta de interesse, sendo correto sinalar que os sucessores do promovente, marido e mulher, outorgaram procuração para o seguimento do processo (f.)" – f.

"Quanto ao mérito, vale-se a apelante de uma ação de reintegração de posse distribuída em junho de 1991 (f.), na qual alega estar o usucapiente 'ampliando a área usucapienda em relação à inicial, levando a erro o Juiz sentenciante' (f.).

Segundo se infere dos termos do recurso, existe divergência no tocante à limitação com as terras do finado Shigeru Takebe, onde haveria uma capelinha e um 'chumaço' ou 'touceiras' de bambus.

No entanto, não se afasta a existência da área usucapienda, dada na inicial como sendo de dois alqueires, a qual estaria sendo acrescida de 19.464,26 m², segundo reclamo da apelante (f.).

O propalado apossamento, ou invasão, por parte de Edésio Lorenzo Prieto, sucessor do primitivo prescribente, de quem adquiriu os direitos sobre o imóvel mencionado na peça vestibular, não tem o condão de afastar o reconhecimento dominial buscado, mormente em face da prova produzida no curso da ação, hábil e suficiente ao embasamento da prescrição aquisitiva.

O problema deve ser resolvido na via apropriada (petitória e demarcação parcial), não sendo caso de aceitar simplesmente as medidas enunciativas dos litigantes-confrontantes, ainda mais porque não cuidou o magistrado de determinar levantamento pericial do imóvel usucapiendo, para apuração dos exatos limites.

Em suma, conhecido o apelo, ao mesmo é negado provimento, com a ressalva de discussão de divergência de limitação em ação própria.

Ademais, caso tivesse efetivamente sido abrangida pela usucapião a área reclamada na apelação, sequer caberia impugnação, mesmo porque a sentença proferida em usucapião ostenta cunho declaratório, produzindo efeito *ex tunc*, isto é, a partir de quando completado o último requisito da prescrição aquisitiva, pouco importando oposições supervenientes. Aliás, tudo o que sobrevenha após o prazo vintenário será inoperante, uma vez que não se interrompe o que já se consumou, conforme entendimento jurisprudencial pacífico (*RT* 173/627, 501/114, 520/97 e 573/254; *RF* 38/201)" – f.

Seguiram-se embargos de declaração (f.), rejeitados (f.).

Daí o presente recurso especial, interposto por Junko Takebe, com base no art. 105, III, *a*, da CF, por violação dos arts. 10, 11, 264, 286, 293, 295, 319 e 321 do CPC (f.).

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Ari Pargendler*: As circunstâncias do caso são inusitadas, em

razão de fatos internos, externos e conexos ao processo, a saber:

Fatos internos ao processo

• uma petição inicial afirmando que "a gleba acha-se perfeitamente delimitada" (f.), não obstante o *croquis* anexo refira "área de 2 alqueires mais ou menos" (f.);

• citação e justificação de posse, realizadas na vigência do Código de Processo Civil de 1939, à base desses elementos (f.);

• alteração, já na vigência do atual Código de Processo Civil, da área do imóvel usucapiendo, que teria 51.500 m² (f.), sem que fosse renovada a citação.

Fatos externos ao processo

• uma sentença de usucapião, sem que tenha sido publicada, produziu efeitos, mediante o respectivo registro no Ofício Imobiliário;

• assim declarada e registrada, a propriedade foi transmitida, sucessivamente, a Geraldo Rezende Costa (f.) e a Edesio Lorenzo Prieto (f.).

• finalmente, o registro da sentença de usucapião no Ofício Imobiliário foi cancelado, com prejuízo aos registros subseqüentes, sem a oitiva de Geraldo Rezende Costa e de Edesio Lorenzo Prieto (f. c/c, item 1.11).

Fatos conexos ao processo

• ação de reintegração de posse ajuizada, em 14.06.1991, por Junko Takebe contra o casal de Edesio Lorenzo Prieto, tendo como objeto parte da área usucapienda (f.);

• sentença julgando procedente a aludida ação de reintegração de posse (f.).

II

O exame desses fatos, que evidentemente repercutem entre si, depende do conhecimento do recurso especial, que foi interposto exclusivamente pela letra *a*.

Arts. 10 e 11 do CPC

A ação de usucapião tem natureza real, mas foi ajuizada sem que o autor estivesse munido da outorga uxória. O fato foi denunciado no recurso de apelação, e, em princípio, o defeito deveria ter sido sanado pela conversão do julgamento em diligência. A providência deixou de ser tomada porque "o autor não fora encontrado para apresentar contra-razões ao recurso interposto pela embargante" (f.). E a nulidade não foi decretada, "em razão da substituição da parte processada, devido a venda do imóvel usucapiendo, assinada pela mulher do autor" (f.). Entretanto, a mulher do autor assinou a escritura de compra e venda, na suposição de que era proprietária do imóvel, por força de sentença com trânsito em julgado. Ao contrário disso, a sentença estava pendente de recurso, ainda podia ser reformada, e só produzira efeitos à conta de erro cartorário. Se a apelação fosse provida, a mulher do autor perderia a propriedade alegada pelo marido, sem ter participado do processo. O reconhecimento da presença dos pressupostos processuais constitui etapa prévia do julgamento. A relevação da falta de outorga uxória só é possível *secundum eventum litis*, se, pelo trânsito da sentença em julgado, ficar afastada a hipótese de prejuízo para quem devia ter participado do processo e dele não participou. Naquela altura, antes do julgamento da apelação, este risco não estava descartado, nem está agora à vista do presente recurso especial.

Arts. 286, 293 e 295 do CPC

As razões do recurso especial admitem que o acórdão proferido nos embargos de declaração foi omisso a respeito, embora o Tribunal *a quo* tenha sido provocado a manifestar-se a respeito (f.).

Sustenta, no entanto, que:

"Se o acórdão local continuar omisso, nomeadamente porque a corte se limitou a rejeitar pura e simplesmente os embargos de declaração, os temas estarão devidamente prequestionados para albergar o cabimento do recurso especial e extraordinário; e se o juízo de admissibilidade local indeferir o recurso por falta de prequestionamento, tal decisão será nula por falta de fundamentação ..." (Samuel Monteiro, *Recurso especial e extraordinário*, Hemus, p. 43" (f.).

Sem razão, nos termos da Súm. 211 do STJ:

"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de em-

bargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*".

Arts. 264 e 321 do CPC

O Tribunal *a quo* disse a esse propósito:

"A área de início apontada – dois alqueires aproximadamente – foi corrigida, não resta dúvida, ao ser elaborado o memorial descritivo de f., sendo isso possível nas ações de usucapião, cediço que a prova técnica é que oferece condições de apurar a real metragem, importando que as divisas estejam corretas. No caso focado, não ofertaram os confrontantes qualquer impugnação nos autos" (f.).

Só que o memorial descritivo, unilateralmente elaborado, sem que os réus sequer tivessem conhecimento deles, não se equipara à prova técnica. Assim, como poderiam os réus oferecer impugnação a um memorial descritivo que desconheciam?

Antes o Tribunal *a quo* decidira que a questão do alegado esbulho praticado pelo casal de Edesio Lorenzo Prieto "deve ser resolvido na via apropriada (petitória e demarcação parcial), não sendo caso de aceitar simplesmente as medidas enunciativas dos litigantes-confrontantes, ainda mais porque não cuidou o magistrado de determinar levantamento pericial do imóvel usucapiendo, para apuração dos exatos limites" (f.).

O problema está exatamente aí: não tendo sido apuradas, por perícia, as dimensões da área usucapienda, a ação petitória aproveitará a quem aparece como proprietário no Ofício Imobiliário, cujo registro foi orientado pelo memorial descritivo juntado aos autos após a citação.

III

Qual o efeito disso?

O que ao Tribunal *a quo* pareceu suficiente para a relevação da nulidade é exatamente o motivo que impõe a nulidade do processo. A venda do imóvel, embora assinada pela mulher do autor, sobre não ter regularizado o processo, nele introduziu terceiros que, a ser julgada improcedente a ação, perderão a propriedade por sentença judicial sem que lhes tenha sido possível ativar as garantias contra a evicção, *v.g.*, a denunciação da lide. Bem ou mal, esta é uma hipótese possível. O casal de Edezio Lorenzo Prieto é *terceiro* em relação ao processo. Sucedeu o autor da ação, na titularidade de imóvel que este não tinha, mas só veio ao processo porque, provocado por Junko Takebe (f.), foi intimado a apresentar contra-razões à apelação (f.). Disse, então, que "não há como se negar que irregularidades existem no processo, tais como: falta de parecer do Sr. Representante do Ministério Público, publicação da sentença e outras que advém de tais, as quais, contudo, não podem ser imputadas ao ora contra-arrazoante" (f.) . Pode-se assimilar essa atuação processual à de quem, na forma do art. 42 do CPC, ingressa em juízo, "substituindo o alienante"? Salvo melhor entendimento, não.

O processo deve ser anulado a partir da citação, porque, à vista da planta e memorial descritivo anexados depois dela, sua renovação se impunha. Essa providência supõe a indigitada outorga uxória. Se esgotados, sem sucesso, os meios usuais para a localização da mulher do autor, considerar-se-á suprido o respectivo consentimento, depois de decorrido o prazo de edital regularmente publicado para esse efeito.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento, para anular o processo a partir da citação, que deve ser renovada após a outorga uxória ou depois de seu suprimento.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 29 de junho de 1999.

5.2.6 PENHORA. Inexistência de registro. Embargos de terceiro. Fraude de execução. Adquirente de boa-fé.

Ementa: Inexistindo registro da penhora sobre bem alienado a terceiro, incumbe ao exeqüente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição. Precedentes.

Recurso especial não conhecido.

REsp 66.180/PR – 4.ª T. – STJ – j. 27.04.1999 – rel. Min. Barros Monteiro – *DJU* 30.08.1999.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do STJ, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o relator os Srs. Ministros César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 27 de abril de 1999 (data do julgamento) – Min. BARROS MONTEIRO, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro*: Trata-se de embargos de terceiro opostos por "Indústria e Comércio de Móveis Kaspchak Ltda." contra o "Banco Bradesco S.A.", visando a livrar da constrição o imóvel por ela adquirido do executado Armando Pazin, avalista e sócio da devedora principal.

O MM. Juiz de Direito julgou-os improcedentes.

A Oitava Câmara do TAPR, por unanimidade, deu provimento ao apelo da embargante para julgar procedentes os embargos de terceiro, na conformidade com a seguinte motivação:

"O pleito da embargante não encontrou guarida no entendimento do Dr. Juiz *a quo* que sem permitir às partes a produção de provas, julgou antecipadamente o processo, aderindo à tese jurisprudencial de que houve fraude à execução; que a venda foi ineficaz; que era irrelevante o fato de a constrição estar ou não estar registrada e que era desnecessária a investigação acerca da boa ou má-fé do adquirente.

Apesar da grande corrente jurisprudencial carreada aos autos pelo apelado, sobre a ineficácia da alienação, existem também entendimentos em sentido contrário, a que nos filiamos e, particularmente em face dos contornos deste caso, onde se vislumbra a inequívoca boa-fé da apelante.

De fato, se consta que o apelado-embargado não registrou o arresto e nem mesmo a penhora. O art. 167 da Lei de Registros Públicos, assim estabelece:

'No registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I. Registro:

(...)

5. das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis'.

E o art. 169 da mesma Lei:

'Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no cartório da situação do imóvel'.

Também estabelece o art. 240 da mesma Lei:

'O registro da penhora faz prova à fraude de qualquer transação anterior'.

No item 4.º da escritura pública de f.-verso, menciona-se a apresentação da 'certidão negativa de ônus, expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis da 8.ª Circunscrição Imobiliária, certificando em nome deles outorgantes vendedores, com garantia ao imóvel descrito, nenhum ônus pesam sobre o imóvel objeto da presente certidão, nem mesmo ações reais e reipersecutórias sobre o mesmo ...'

Sobre a dispensabilidade de certidões doutrina o Des. Décio Antonio Erpen:

'Objetivou o legislador que o adquirente estivesse inequivocamente cientificado de eventual demanda ou ônus real, com isso outorgando a segurança jurídica. Quis evitar demandas.

Deferir a paz social. Os riscos, se noticiada alguma demanda, correrão por conta do adquirente cientificado.

O mesmo se diz se exige algum ato constritivo, cuja inscrição se dá a título, segundo Afrânio de Carvalho, de premonição de riscos.

Ora, ao impor a lei a busca da notícia no Ofício Imobiliário, implica que no mesmo órgão se deve levar as mesmas, aliás, tudo em sintonia com o sistema que prevê o registro das citações nas ações reais ou reipercecutórias (art. 167, I, 5).

O que não for levado a registro no Ofício competente, inexiste frente a terceiros, porque o litigante desidioso não se pode tirar proveito da própria inércia.

Cuidando-se de norma de ordem pública e que objetiva outorgar a paz social, e considerando os termos incisos do legislador pensamos que nem o tabelião, nem a parte podem dispensar essas certidões, porque integradoras do ato jurídico (exeqüente ou demandante) levar a notícia para conhecimento de terceiros.

Deferiu-se esse ônus para tornar segura a posição do adquirente que saberá da situação jurídica da coisa.

Se alguém está munido de uma certidão negativa de parte do Álbum Imobiliário, pode estar tranqüilo que quanto a ataques de terceiros, estará a transação imune, salvo vício de vontade existente no próprio ato levado a registro' (f.).

No que se refere à jurisprudência encontram-se também decisões em abono a essa tese, como por exemplo, na ApCív 47.781 – TARJ, *Revista de Direito Imobiliário* 08, f. 105:

'Penhora. Registro não efetuado. Imóvel transmitido pelo devedor. Escritura registrada. Prevalecimento desta sobre a constrição judicial.

Segundo o regime imobiliário vigorante, a escritura pública devidamente transcrita no Registro de Imóveis oponível *erga omnes* prevalece contra penhora não inscrita.

Destaque-se a conclusão majoritária do VI ENTA – tese 9, aprovada com 03 votos contrários:

'Necessidade de registro da penhora para surtir efeitos frente a terceiros de boa-fé'.

É necessário amparar o terceiro de boa-fé, como no caso dos autos. Ninguém faria uma construção valiosa, como a de f., arriscando seu patrimônio, construído, sabe-se a que duras penas, se não acreditasse piamente, tratar-se de imóvel livre e desimpedido. E essa certeza lhe veio da inexistência de ônus no Cartório do Registro de Imóveis.

É de se ressaltar, por oportunidade e justo, o voto embora vencido, do Exmo. Sr. Min. Athos Carneiro do Excelso Superior Tribunal de Justiça:

'Fraude à execução. Penhora ou arresto não inscrito. Alienação do imóvel a terceiro, presumivelmente de boa-fé.

Não se configura a fraude à execução quando o exeqüente se omite em levar o ato de constrição, arresto ou penhora, ao registro imobiliário, conforme a previsão da Lei dos Registros Públicos, art. 167, I, n. 5. O comprador, por escritura pública devidamente registrada, pode subtrair à execução, por dívida do anterior proprietário, o bem que adquiriu confiante em encontrar-se livre e desembaraçado, face ao constante nos registros imobiliários' (*RSTJ* 26/353-354).

De outra banda, a apelada credora da Transportadora Pazin Ltda., constituída de 02 sócios, pelo que revelam os autos não fez levantamento da situação econômica do outro sócio – Genuíno José Bernardino – nem da própria devedora.

Não provando a insolvência, quer da devedora, como de seus sócios, não se configura fraude à execução:

'Não se configura a fraude à execução se o pressuposto da insolvência não for provado' (*RT* 538/133).

Em conseqüência do exposto, ficou demonstrado que o embargante adquiriu o imóvel porque ignorava a preexistência de execução contra um dos vendedores, este na qualidade de sócio cotista da vendedora-executada e porque nos autos não há prova de insolvência quer da devedora, como de seus sócios cotistas dá-se provimento ao apelo para reformando a r. sentença, dar provimento aos embargos de terceiro, julgando insubsistente o ato constritivo, invertendo-se o ônus da su-

cumbência, com restituição oportuna do imóvel ao apelante" (f).

Inconformado, o banco-embargado manifestou o presente recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissor constitucional, apontando negativa de vigência dos arts. 125, I, 128 e 593, II, do CPC, 1.º, § 3.º, da Lei 7.433, de 18.12.1985, além de dissídio jurisprudencial com arestos desta Corte, do Supremo Tribunal Federal, dos Primeiro e Segundo Tribunais de Alçada Civil de São Paulo. Alegou, de início, que o acórdão recorrido adotou, como razão de decidir, a ausência de prova da insolvência do alienante, sem que a questão tivesse sido objeto de debate na causa. Aduziu que, no entanto, o julgado deixou de apreciar as assertivas do embargado acerca da insolvência do executado. Afirmou que, mesmo não estando obrigado a demonstrar tal insolvência, a comprovou, pois a embargante em nenhum momento ofereceu objeção a respeito. Sustentou, de outro lado, que, em se tratando de fraude à execução, a nulidade do ato se opera *ipso iure*, sendo inócua a discussão acerca da boa ou má-fé do adquirente. Disse que não há se cuidar da boa-fé do adquirente, mas sim da má-fé do devedor. Enfatizou que não promoveu o registro da penhora, mas também a embargante não exigiu a certidão de inexistência de feitos forenses.

Oferecidas as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro* (relator): 1. Os temas concernentes aos arts. 125, I, 128, do CPC, e 1.º da Lei 7.433, de 18.12.1985 não foram objeto de análise pelo acórdão recorrido, motivo por que se acha ausente aí o requisito do prequestionamento. A partir do julgamento do REsp 99.796/SP, rel. Min. César Asfor Rocha, esta Turma considerou que, mesmo quando aflorada a questão federal no julgamento da apelação, sem que sobre ela se tenha manifestado o Tribunal local, cumpre ao recorrente ventilá-la em embargos de declaração, sob pena de a omissão inviabilizar o conhecimento do recurso especial por falta de prequestionamento.

2. A decisão impugnada contém dois fundamentos:

a) não registrada a penhora, é necessário amparar o terceiro de boa-fé, que acreditava tratar-se de imóvel livre e desembaraçado;

b) o credor-embargado não comprovou a insolvência, quer da devedora principal, quer de seus sócios.

Tocante ao primeiro item, o *decisum* combatido harmoniza-se com a jurisprudência dominante nesta Corte, no sentido de conferir-se tutela ao adquirente de boa-fé. Assim é que, quando do julgamento do REsp 77.161/SP, relator o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, este órgão fracionário teve oportunidade de proclamar:

"Processo civil. Embargos de terceiro adquirente. Fraude de execução. Ausência de gravame no registro do imóvel. Prova da ciência. Sistema anterior à Lei 8.953/94. Ônus do credor. Orientação doutrinário-jurisprudencial. Recurso desprovido.

Segundo entendimento acolhido no Superior Tribunal de Justiça, no sistema anterior à Lei 8.953/94, com lastro em orientação doutrinária, para a caracterização da fraude de execução, ao exeqüente, que não providenciou o registro do gravame, cabia provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaia sobre o bem".

Em seu douto voto, o Sr. Ministro-relator reportou-se a caso semelhante apreciado no REsp 26.866/RJ, também de sua relatoria, cuja motivação encontra inteira pertinência em relação à espécie presente, *in verbis*:

"O cerne da controvérsia, na espécie, cinge-se ao ponto concernente à presunção de fraude de execução perante adquirente de imóvel penhorado mas sem inscrição dessa penhora no álbum imobiliário.

O tema, induvidosamente polêmico, havia sido apreciado pelo Supremo Tribunal Federal na vigência do sistema constitucional anterior, quando veio a prevalecer posição segundo a qual, 'não havendo a inscrição, de que fala a Lei 6.015, art. 167, n. 21, incumbe ao credor o ônus de provar a fraude à execução' (Ag 96.838/SP, relator o Min. Alfredo Buzaid, *DJ* de 13.04.1984).

Neste Tribunal Superior, de igual forma, o mesmo posicionamento tem sido adotado, como se vê do REsp 9.789 (*DJ* de 03.08.1992/SP), relatado pelo Sr. Min. Athos Carneiro, assim ementado:

'Penhora de bem imóvel, antes de registrada (Lei 6.015/73, arts. 167, I, n. 5, 169 e 240), vale e é eficaz perante o executado, mas só é eficaz perante terceiros provando-se que estes conheciam ou deviam conhecer a constrição judicial.

Ainda que admitida como não eficaz a alienação de bem penhorado, mesmo se omitido o registro da penhora, ainda assim tal ineficácia não poderia ser oposta ao terceiro que haja adquirido o imóvel de quem o comprou do executado. Necessidade de tutela à boa-fé, que em tal caso presume-se com maior evidência. Recurso especial conhecido e provido'.

Naquela oportunidade, ao votar, assinalou o eminente relator:

'Impende ressaltar, mais, que a Lei dos Registros Públicos – Lei 6.015/73, impõe a obrigatoriedade do registro das 'penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis' (arts. 167, n. 5 e 169), não certamente para a perfeição do ato executório da penhora e sua eficácia perante o executado, mas para eficácia perante terceiros, presumidos de boa-fé. Aliás, o art. 240 da mesma lei dispõe que o registro da penhora 'faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior'; em outros termos, se antes do registro da penhora o imóvel é alienado, caberá ao exeqüente o ônus de comprovar que o adquirente estava ciente da execução e da penhora'.

Em outra oportunidade, no REsp 4.132/RS de que fui relator (*DJ* de 02.10.1990), esta Quarta Turma teve ensejo de proclamar:

'Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do art. 593, II, do CPC.

Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso'.

Da E. Terceira Turma, dentre outros, confiram-se o Agravo 9.500/SP (*DJ* de 17.06.1991) e o REsp 2.653/MS (*DJ* de 19.01.1990), relatados, respectivamente, pelos Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

É do admirável magistério de Amilcar de Castro, em escólio ao art. 593 do CPC:

'A inscrição, no sistema do nosso direito, tem duas finalidades: é modo de adquirir direitos reais, e é forma de publicidade. Evidentemente, a inscrição de que se está tratando não tem o efeito de transferir direitos reais, e, sim, apenas o de publicidade, isto é, para publicar a terceiros que alguém está demandando a respeito de certos bens, ou que estes foram provisoriamente tirados do patrimônio do devedor como garantia de alguém, porque do executado foi expropriada a faculdade de disposição, faculdade esta que, temporariamente, pode ser exercida pelo Estado.

O fato, porém, de não ter sido registrado ou inscrita, a penhora, ou o arresto, o seqüestro, ou a citação, 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 a alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência. Feita a inscrição, as alienações posteriores peremptoriamente presumem-se feitas em fraude de execução, independentemente de qualquer outra prova. Não sendo feita a inscrição, o exeqüente deve provar as condições legais de existência de fraude à execução. Vale dizer: a inscrição só tem efeito de publicidade, e, vale como prova presumida, irrefragável, de conhecimento das condições legais de fraude por parte de terceiros'.

A propósito, v., ainda, *RT* 609/7 e *RF* 293/3".

Essa diretriz tem sido reiterada por ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal através de inúmeros pronunciamentos: Recursos Especiais 41.128/SP e 113.871/DF, rel. Min. César Asfor Rocha; 145.371/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; 76.063/RS e 136.342/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; 80.791/RJ e 135.228/SP, rel. Min. Nilson Naves; 110.024/SP e 140.670/GO, rel. Min.

Carlos Alberto Menezes Direito. Mesmo após a reforma introduzida pela Lei 8.953/94, que acrescentou o § 4.º ao art. 659 do CPC, a orientação jurisprudencial manteve-se no mesmo diapasão (cf. REsp 186.633/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Já no que tange ao segundo tópico acima referido, o banco recursante não cogitou de provocar a manifestação do Colegiado de origem relativamente ao ônus da prova acerca da insolvência do executado-alienante. De maneira que, também nesse passo, ausente o requisito do prequestionamento. Vale ressaltar, ainda, que o embargado, nas suas razões de recurso especial, atribuiu maior relevância, nesse ponto, ao tratamento distinto que o Tribunal *a quo* teria dispensado às partes, tudo com vistas ao disposto no art. 125, I, do CPC. De qualquer forma que seja, tal como interposto o recurso especial verificar-se se no caso foi provada ou não a insolvência do alienante importaria em reexame de matéria probatória, o que é vedado nesta instância (Súm. 07/STJ).

3. Finalmente, o dissentimento interpretativo não é suscetível de configurar-se, seja porque o recorrente não cumpriu com exação a exigência constante dos arts. 541, par. ún., do CPC, e 255, § 2.º, do *RISTJ*, mencionando as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem as hipóteses confrontadas, seja porque, de todo modo, os arestos paragonados não possuem a mesma base empírica que ostenta o presente litígio.

4. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Votaram com o relator os Srs. Ministros César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 27 de abril de 1999.

5.2.7 DIVÓRCIO. Partilha de bens. Meação reivindicada pelo marido em bens havidos pela mulher após longa separação de fato.

Ementa: Não se comunicam os bens havidos pela mulher após longa separação de fato do casal (aproximadamente 20 anos). Precedentes da Quarta Turma.

Recurso especial não conhecido.

REsp 86.302/RS – 4.ª T. – STJ – j. 17.06.1999 – rel. Min. Barros Monteiro – *DJU* 06.09.1999.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 17 de junho de 1999 (data do julgamento). Min. BARROS MONTEIRO, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro*: Gregório Romeu Gonçalves da Silva ajuizou ação de divórcio direto contra Eunice de Miranda Melo Gonçalves da Silva.

O MM. Juiz de Direito julgou procedente a ação para o efeito de decretar o divórcio, reconhecendo ao autor o direito à meação dos bens elencados na inicial, exceto os móveis e eletrodomésticos, mediante partilha a ser processada oportunamente.

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por maioria, deu provimento à apelação para julgar improcedente a partilha dos bens havidos pela ré. Eis a ementa do acórdão:

"Divórcio direto. Partilha de bens. Meação indeferida. Desfeita a sociedade conjugal há mais de vinte anos pela separação de corpos e desfeito, assim, o casamento como manifestação de vontade ou concretização da união entre os litigantes, sendo, que, inclusive, o

varão constituiu, de há muito, entidade familiar, os bens adquiridos pela mulher através de herança, posteriormente à separação, não se comunicam. Precedentes jurisprudenciais. Apelo provido" (f.).

Os embargos infringentes foram rejeitados em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

"Separação judicial.

Pretensão do cônjuge-varão à meação de bens herdados pela ex-mulher doze anos após a separação fática por abandono voluntário do lar pelo marido, ocorrido há cerca de vinte anos. Comunicabilidade inadmissível. Ausência de suporte legal justo.

Comprovada a longa separação de fato do casal, cessa ao varão que abandonou o lar e mantém união estável e filhos com outra mulher, a comunicabilidade dos bens havidos pela ex-cônjuge, posteriormente ao rompimento fático dos consortes. Casamento para dar azo aos efeitos jurídicos do regime matrimonial estabelecido pressupõe coabitação. Sem convivência inexiste casamento gerando direitos e obrigações.

Embargos rejeitados" (f.).

Inconformado, o autor manifestou o presente recurso especial com arrimo na alínea *a* do permissor constitucional, apontando violação dos arts. 262, 263 e 267 do CC. Defendendo a imutabilidade do regime de casamento – comunhão universal –, sustentou o direito à meação dos bens havidos por sucessão de seus sogros antes da decretação do divórcio. De outro lado, abordou a questão da suspeição do Desembargador-relator da apelação da qual se originou o recurso de embargos infringentes.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro* (relator): 1. O tema alusivo à suspeição do Sr. Desembargador-relator da apelação, a par da preclusão operada por ausência de impugnação oportuna, não foi objeto de prequestionamento, pressuposto específico do apelo excepcional (Súm. 282/STF).

2. No tocante à questão de fundo, o REsp interposto é, a rigor, inadmissível, pois o recorrente se cinge a argüir a contrariedade a dispositivos do Código Civil, sem articular de maneira lógica e coordenada as razões embasadoras de suas afirmativas. Invocável, no ponto, o enunciado do Verbete Sumular 284 da Suprema Corte.

Em verdade, o autor – ora recursante – olvida por completo a matéria de fato que constituiu o supedâneo da decisão ora recorrida. O ex-marido abandonou a família há mais de 20 anos, passando a conviver maritalmente com outra mulher, havendo inclusive manifestado o desinteresse quanto à destinação dos bens que eventualmente lhe tocariam por força do regime da comunhão universal.

Firmada tal situação de fato, ainda que arredada a deficiência formal do recurso especial, acima salientada, tem-se que o decisório combatido não ofendeu os preceitos de lei federal invocados pelo recorrente. A constância do casamento pressupõe à evidência a convivência dos consortes, o que no caso se rompera de há muito. Além do mais, a pretensão à meação manifestada pelo ex-marido, em face das bases fáticas que emolduram o presente litígio, representaria sim verdadeiro enriquecimento injusto, conforme deixaram patente tanto o acórdão da apelação como o *decisum* proferido em sede de embargos infringentes.

Não se comunicam, portanto, os bens adquiridos por um dos cônjuges após longa separação de fato.

Essa, de resto, a orientação já traçada por esta C. Turma em pelo menos dois precedentes. Num deles, assentou-se que "os bens adquiridos pelo marido após 30 anos da separação de fato não integram a meação" (REsp 60.820-1/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). Do voto prolatado pelo Ilustre Ministro-relator colhe-se este excerto, de inteira pertinência na espécie em exame:

"Ocorre que a jurisprudência, em caso como o dos autos, reconhece que a mulher

separada de fato do marido há mais de trinta anos, com quem conviveu durante meses, não tem direito sobre o que o marido adquiriu durante a longa separação, a que o tempo se encarregou de atribuir efeitos definitivos e consolidados, inclusive de natureza jurídica. O eminente Prof. Yussef Said Cahali, no seu excelente trabalho sobre *Divórcio e separação* analisa e comenta a orientação que se formou a respeito do ponto, concluindo: 'O regime de bens é imutável sim. Mas se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao Direito e à Moral reconhecer comunhão apenas de bens e atribuir a metade desse ao outro cônjuge' (op. cit., 2. ed., II/873)".

Pertinente, ainda, a decisão proferida por este órgão fracionário quando do julgamento do REsp 127.077/ES, também de relatoria do Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

3. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. César Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de junho de 1999.

5.2.8 CONDOMÍNIO. Direito de preferência.

Ementa: A regra do art. 1.139 do CC tem aplicação restrita às coisas indivisíveis, não sendo por ela abrangidas as simplesmente indivisas. Recursos conhecidos e providos.

REsp 109.787/MG – 3.ª T. – STJ – j. 17.08.1999 – rel. designado Min. Costa Leite – *DJU* 17.12.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do STJ, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Menezes Direito, conhecer dos recursos especiais e dar-lhes provimento. Lavrará o acórdão o Sr. Min. Costa Leite. Participaram do julgamento os Ministros Menezes Direito, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 17 de agosto de 1999 (data de julgamento) – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, presidente – Min. COSTA LEITE, relator designado.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter*: Nos autos de Ação Anulatória de compra e venda de imóvel, cumulada com pedido de Adjudicação, os autores Paulo Roberto Matias Rosa e cônjuge em conjunto com os ora réus Dércio Simão de Almeida e cônjuge compraram área de terra (3.500 m²) e tais, também em parceria, vinham explorando dita área, até que os réus, sem a ciência dos autores venderam a João Rossi a meação (1.750 m²) que lhes cabia. Daí que, depositando o valor do preço, reivindicam a adjudicação da parte alienada a terceiro.

A sentença (f.), embora reconhecendo presente a hipótese dos arts. 53, II; 623, III e 1.139 do CC, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito (CPC, arts. 329 e 267, VI), ao entendimento de que o réu alienante, anteriormente, por distrato, desfizera o negócio encetado.

O Acórdão de f., todavia, proveu a apelação dos autores e afastou o direito de carência da ação, sob o fundamento de que:

"Ementa: Ação de anulação de compra e venda cumulada com adjudicação. Matéria de direito. Desnecessidade da produção de provas. Julgamento antecipado. Nulidade inocorrente. Direito de preferência entre condôminos. Inteligência do art. 1.139 do CC. Negócio jurídico. Distrato. Invalidade eventual do primeiro que afeta o segundo. Carência de ação afastada.

1. Se a matéria a ser examinada é apenas de direito, é correto o julgamento antecipado da lide sem que isto constitua nulidade por cerceamento da prova.

2. O art. 1.139 do CC, ao dispor sobre o direito de preferência entre condôminos, há que ser entendido como abrangente de coisa indivisa e não apenas indivisível sob pena de frustrar o mesmo direito.

3. Se as partes celebram distrato do negócio jurídico que se pretende invalidar, esta circunstância, por si apenas, não leva à carência de ação. É que a eventual invalidade do contrato afeta o distrato.

4. Apelação conhecida e provida para afastar a carência de ação".

Os Declaratórios opostos pelos litisconsortes *passivos* (João Rossi e cônjuge) foram conhecidos e desacolhidos, impondo-se aos embargantes a multa prevista no art. 535 do CPC, no valor de 1% sobre o valor da causa – f.

Às f. (vol. 2), interpõem Especial (art. 105, III, *a* e *c*), Dércio Simão de Almeida e cônjuge (réus). Alegam que o aresto teria violado o art. 1.139 do CC, bem como o 538 do CPC. Alega também que o *decisum* dissentiu da jurisprudência do STJ.

João Rossi e cônjuge alegam pela alínea *a* do permissivo constitucional (art. 105, III) que o aresto negou vigência ao art. 1.139 do CC e divergiu da jurisprudência do STJ.

No Tribunal de origem (f.) deu-se seguimento ao apelo dos réus, vislumbrando-se presentes indícios de contrariedade à lei e de discrepância interpretativa. Do mesmo modo e sob idêntico enfoque, determinou-se a remessa do Especial Segundo que, com o passamento do recorrente João Rossi, restou representado pela consorte Doralice Augusta Rossi e outros.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter* (relator): O eminente relator, ao afastar a carência de ação decretada pela sentença, assim enunciou seu voto (f.):

"No mérito verifico que a matéria desafia atenta análise.

A certidão imobiliária de f.-TA noticia que está matriculado um imóvel com área de 4.864 m², retificada para 7.425,29 m², matrícula 10.508 do CRI de Lagoa Santa, bem localizado na Lagoa dos Mares. Dele, os apelantes e o primeiro casal apelado adquiriram a fração ideal correspondente a 3.500 m². Sem sombra de dúvida existe o condomínio.

Impressionou o julgador monocrático a circunstância de o bem ser fisicamente divisível e argumentou com o art. 1.139 do CC.

Entendo que a norma em questão não tem alcance que lhe foi emprestado.

Pontes de Miranda, no *Tratado de direito privado*, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, vol. XXXIX, p. 223, esclarece que houve erro de redação do artigo mencionado:

'O art. 1.139 alude à indivisibilidade, mas para a alienação de parte de bem divisível se supõe a prévia divisão. A propósito, cumpre ver-se na palavra indivisível, que aparece no art. 1.139, termo impróprio, porque o que se queria dizer era indivisa, e não indivisível.

(...) Vender parte sem a tornar divisa, ou sem tornar outro bem, é ofender interesses da comunhão.

Portanto, enquanto a coisa não for dividida, o direito de preferência, em tese, deve ser respeitado. Neste aspecto, não se há que falar em carência de ação.

Outro ponto que alicerçou o decreto de carência foi a circunstância de os apelados haverem celebrado distrato da compra e venda, o que é retratado na certidão de f.-TA. Ora, se o negócio jurídico for válido, também o será o distrato. Mas se aquele não tiver valia, este fatalmente seguirá a mesma sorte. Portanto, ainda neste aspecto o *decisum* hostilizado não pode prevalecer. Deverá mesmo haver enfrentamento do mérito para que se decida sobre a validade do negócio jurídico e, assim, verificar se ocorre ou não a conseqüência da adjudicação pretendida.

Com estes fundamentos, dou provimento ao apelo para, cassando a r. sentença recorrida, determinar que outra seja prolatada, com enfrentamento do mérito e desate da lide, como entender justo o digno juiz monocrático'".

No juízo singular, afastou-se a legitimidade ativa por dois fundamentos, tanto porque o imóvel *sub judice* é, por natureza, divisível, quanto por ter sido distratado o contrato de compra e venda da área questionada.

Pela alínea *c*, a irresignação não prospera.

Os modelos acostados, Recursos Especiais 18.552/SP (f.); 7.525/SP (f.); 11.589-0/SP (f.) e 20.446-3/CE, de minha relatoria (f.), versam sobre *direitos hereditários*, o que não ocorre com a espécie *sub judice*.

Pela alínea *a*, inexiste a pretendida afronta ao art. 1.139 do CC.

Ao contrário do que afirmam os recorrentes, o eminente relator, aferindo as particularidades fáticas da espécie, observou os princípios que emergem desse texto legal.

Louvou-se também na exegese procedida com arrimo na melhor doutrina.

E, para reforço desse lineamento, cabe trazer à balha escólio de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*. 3. ed., Bastos, 1964. vol. VI, como assim (f.):

"Esse processo de extinção do condomínio mantém-se sempre com o caráter declaratório, quer resulte do acordo entre os comuneiros, quer seja conseqüência de deliberação judicial, ao reconhecer o direito do condômino de adquirir o imóvel, mediante reposição aos demais. Pouco importa que essa adjudicação tenha resultado da indivisibilidade ou não da coisa ou de uma venda em leilão ou em hasta pública como do simples arbítrio dos condôminos ou de uma determinante da indivisibilidade da coisa.

(...)

c) (...)

1.º) (...)

2.º) A venda, no caso de unicamente existirem dois co-proprietários, e se ela é feita a um deles da respectiva porção indivisa do condômino vendedor, importa num ato de divisão e como tal de natureza declaratório".

Daí que, se, no caso concreto, a propriedade remanescia *indivisa* como no conceito que Pontes de Miranda aponta para o art. 1.139 do CC, a solução escorreita é mesmo a alvitrada pelo aresto *sub judice*.

Num ponto, todavia, merece ser parcialmente conhecido o recurso e nesta parte provido para afastar a aplicação da multa por afronta a Súm. 98 desta Corte. Isso porque os declaratórios não tiveram escopo procrastinatório, como sumariamente entendeu o acórdão, mas tão-só de prequestionar matéria que, ao ver dos embargantes, afigurava-se necessária para abrir a via do Especial.

No mais, os aspectos concretos em que se louvou o aresto não mais podem ser revistos.

Forte em tais fundamentos, conheço parcialmente do recurso e, nessa parte dou-lhe provimento para afastar a multa aplicada.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro-relator, conhecendo em parte do recurso especial e, nesta parte, dando-lhe provimento, solicitou vista dos autos o Sr. Min. Menezes Direito. Aguardam os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro".

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 18 de novembro de 1997.

VOTO VISTA – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Um dos recorridos ajuizou ação anulatória de venda realizada por Dércio Simão de Almeida e sua mulher a João Rossi, pedindo, ademais, nos termos do art. 1.119 do CPC a adjudicação da fração dominial vendida pelos réus. A sentença julgou o autor carecedor da ação, extinguindo o processo. O Acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, contudo, proveu o apelo para cassar a sentença, considerando, no que interessa, que o "art. 1.139 do CC, ao dispor sobre o direito de preferência entre condôminos, há que ser entendido como abrangente de coisa indivisa e não apenas indivisível sobre pena de frustrar o mesmo direito". Considerou, ainda, que se "as partes celebram distrato do negócio jurídico que se pretende invalidar, esta circunstância, por si apenas, não leva à carên-

cia de ação. É que eventual invalidade do contrato afeta o distrato".

O eminente Min. Waldemar Zveiter descartou o dissídio, baseado em precedentes de sua própria relatoria, considerando que versavam sobre direitos hereditários. E quanto ao art. 1.139 do CC, asseverou que o acórdão recorrido afastava, exatamente, a violação agora alegada. Conheceu e proveu o especial, apenas, para afastar a multa dos declaratórios.

Na minha avaliação, a interpretação acolhida pelo acórdão recorrido é a que expressa melhor a natureza da regra jurídica do art. 1.139 do CC. É certo que o comando legal fala em coisa indivisível. Mas, o sistema adotado pelo Código, não bastasse a crítica feita por Clóvis no particular, é a de limitar a circulação do bem em condomínio para preservar os condôminos originais. Maria Helena Diniz comentando o art. 633 do CC, anota que a regra destina-se a impedir "que surja uma sociedade dentro do condomínio contra a vontade dos outros comunheiros. E no condomínio todos os consortes têm direitos iguais sobre a totalidade da coisa, cujo uso e gozo não poderá ser desmembrado por um deles em prol de um terceiro sem anuência dos demais. E como cada condômino pode reivindicar sem aquiescência dos outros, lícito lhe será fazer uso do direito de retomada do imóvel comum locado indevidamente, desde que se configurem certas circunstâncias previstas legalmente" (*Código Civil anotado*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 514).

Veja-se o que escreve Caio Mário:

"Enquanto pende o estado de indivisão, o condômino não pode vender a sua parte a estranho, se outro consorte a quiser, tanto por tanto (CC, art. 1.139)" (*Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense. vol. III, p. 128).

Assim, enquanto perdurar o estado de indivisão presente estará o art. 1.139 do CC, não sendo necessária para a sua incidência a averiguação da divisibilidade, ou não, do bem. Ou seja, mesmo sendo o bem divisível, o direito de preferência não pode ser afastado se ainda não tiver ocorrido a divisão.

Com essas notas, acompanho o voto do eminente relator, o Sr. Min. Waldemar Zveiter.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. Menezes Direito, acompanhando o relator, solicitou vista dos autos o Sr. Min. Costa Leite. Aguardam os Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro".

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 3 de fevereiro de 1998.

VOTO VISTA – *O Exmo. Sr. Min. Costa Leite*: A questão nuclear e que motivou o meu pedido de vista diz com a interpretação do art. 1.139 do CC, consistindo em saber se a vedação de que cuida abrange também as coisas indivisas.

O eminente relator, Min. Waldemar Zveiter, entendeu correta a tese sufragada no acórdão recorrido, no sentido de que "o art. 1.139 do CC, ao dispor sobre o direito de preferência entre condôminos, há que ser entendido como abrangente de coisa indivisa e não apenas indivisível sob pena de frustrar o mesmo direito". Com vista dos autos, o eminente Min. Menezes Direito acompanhou o voto de Sua Excelência.

Está-se diante de questão sabidamente controvertida. Esta Turma, entretanto, tem precedentes contrários ao entendimento até aqui prevalecente. É bem verdade que se referem a direitos hereditários. Não vejo razão, porém, para traçar distinção. Estando em causa o alcance de regra do art. 1.139 do CC, o que releva é a circunstância de tratar-se de coisa indivisa.

Em tal contexto, peço licença para relançar os fundamentos do percuciente voto do eminente Min. Eduardo Ribeiro no REsp 60.656/SP:

"Esta Terceira Turma, em dois casos, considerou que a regra do art. 1.139 do CC não incide quando se trate da cessão de direitos hereditários. Assim, ao apreciar o REsp 7.525 (*DJ* 05.08.1991), de que fui relator:

'Direitos hereditários. Cessão. Co-herdeiro.

A regra do art. 1.139 do CC aplica-se aos bens natural ou economicamente indivisíveis. Não se justifica sua incidência, tratando-se de indivisibilidade eventual e transitória como a imposta ao direito hereditário'.

No mesmo sentido a decisão proferida no REsp 20.446 (*DJ* 22.06.1992), relatado pelo Min. Waldemar Zveiter.

A C. Quarta Turma, entretanto, já se manifestou em sentido diverso. No REsp 9.934 (*DJ* 17.05.1993), embora com algumas ressalvas colocadas pelos Ministros Bueno de Souza e Athos Carneiro, entendeu-se que a vedação da venda a estranhos abrangia as coisas indivisas e não apenas as indivisíveis.

Com todo o respeito de que é merecedor esse entendimento, peço vênia para manter-me fiel ao acolhido nesta Terceira Turma. Para que aquele outro se pudesse aceitar, seria necessário admitir-se que a expressão 'indivisível', contida no art. 1.139 do CC, equivale a 'indivisa', aumentando-se notavelmente a restrição estabelecida pela lei. E isso não se me afigura viável.

Com efeito, caso se pretendesse fazê-la mais ampla, abrangendo também as divisíveis, embora não divididas, bastaria se houvesse consignado que ao condômino não era dado vender sua parte a estranhos. Não seria mister referência a coisa indivisa, já que o condomínio supõe a indivisão. Fez-se constar, entretanto, que não poderia efetuar a venda o condômino 'em coisa indivisível' e a exegese ora em exame importa supressão dessas palavras.

Interessante salientar, de outra parte, que, segundo relata Agostinho Alvim, não havia, no texto do projeto de Código Civil, originário da Câmara, alusão a coisa indivisível. Dizia simplesmente: 'Não podem os condôminos vender a estranhos sua respectiva parte ...'. A modificação resultou de emenda, introduzida no Senado, por Rui Barbosa, que observou não se dever aplicar a norma a qualquer espécie de propriedade comum, mas só à coisa indivisível (*Da compra e venda*. Rio de Janeiro : Forense. p. 114-115).

Note-se, ainda, que, embora criticando a emenda do Senado, afirme Clóvis não se justificar a distinção, reconhece que, 'dando o Código direito de preferência ao condômino, quando a coisa é indivisível, segue-se que não há esse direito, quando a coisa for divisível *inclusio unius exclusio alterius*' (*Código Civil comentado*. 6. ed. Francisco Alves. vol. IV, p. 306). E em outra obra, ao cuidar do direito de preferência do condômino, refere-se sempre a coisa indivisível (*Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense. vol. I, p. 212, n. III e p. 220, n. X).

A circunstância de o Decreto Legislativo 3.725/19 haver feito inserir a menção ao art. 1.139, após o art. 623, III, do CC, não me parece capaz de ensejar outro entendimento. Esse último dispositivo faculta ao condômino alhear a respectiva parte indivisa. A referência ao art. 1.139 significa que essa faculdade sofre as restrições que dele resultam, ou seja, tratando-se de coisa indivisível, terão preferência os demais condôminos.

Pode-se admitir, de outra parte, como o faz Clóvis, que o art. 633 não se harmoniza facilmente com o disposto no art. 1.139. Não bastaria isso, entretanto, para justificar a exclusão de expressões que nele se contêm. Aliás, se se tiver como indispensável estabelecer essa harmonia, creio que isso mais facilmente se faria, entendendo-se que o consenso dos condôminos, quando se cuide de dar posse, uso ou gozo da propriedade a estranhos, só seria necessário se indivisível a coisa. Na verdade, entretanto, os dispositivos podem conviver. Atente-se que em um se exige o consentimento de todos e no outro isso não é mister. Resguarda-se apenas o direito de preferência.

Não me parece, de outra parte, que o fato de a lei dispensar a necessidade de afrontar os demais condôminos, quando não se trate de coisa indivisível, consagre orientação inaceitável, ou incompatível com os tempos atuais, de tal modo que se imponha a interpretação ampliativa, ainda que envolvendo amputação de parte do dispositivo legal. Considero que se fez opção perfeitamente razoável. Tratando-se de coisa indivisível, em que o condomínio só se extinguirá com a alienação de todo o bem, compreensível seja menos recomendável o ingresso de estranho. As mesmas razões não se apresentam quando o condomínio possa desfazer-se pela divisão.

Peço vênia, pois, para persistir filiado à corrente que não dá ao art. 1.139 sentido mais amplo que o resultante de seu texto".

Entendendo irrepreensíveis tais fundamentos, peço vênia aos Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Menezes Direito para conhecer dos recursos e lhes dar provimento, a fim de restabelecer a solução da sentença de primeiro grau. É o meu voto, Senhor Presidente.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Nilson Naves*: Sr. Presidente, como há precedente da Turma, peço vênia para acompanhar o Min. Costa Leite.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. Costa Leite, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Menezes Direito, conheceu dos recursos especiais e lhes deu provimento. Lavrara o acórdão o Sr. Min. Costa Leite".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de agosto de 1999.

5.2.9 COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. Perda de parte das prestações pagas. Código de Defesa do Consumidor.

Ementa: A regra prevista no art. 53 do CDC impede a aplicação de cláusula contida em contrato de promessa de compra e venda de imóvel que resulte na perda total das prestações pagas.

Recurso conhecido e parcialmente provido para determinar às rés a devolução, em face das peculiaridades da espécie, de 70% (setenta por cento) das quantias pagas pela autora/recorrente.

REsp 124.146/MG – 4.ª T. – STJ – j. 22.06.1999 – rel. Min. Cesar Asfor Rocha – *DJU* 18.10.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator. Votaram com o relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 22 de junho de 1999 (data do julgamento) – Min. BARROS MONTEIRO, presidente – Min. CESAR ASFOR ROCHA, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Cesar Asfor Rocha*: Recorridas (construtora e incorporadora) e recorrente, já na vigência do Código de Defesa do Consumidor, celebraram contrato de promessa de compra e venda de imóvel ainda em planta.

Por motivo de incapacidade financeira, a autora, ora recorrente, após ter pago dez prestações, não pode continuar a efetuar os pagamentos, tendo sido notificada da rescisão do contrato com base no art. 63 da Lei 4.591/64, o que autorizaria o condomínio a, nos termos do pactuado, efetuar a venda ou cessão dos direitos da autora em leilão público, ficando o montante apurado para cobertura do débito e despesas.

Daí a presente ação com fundamento no art. 53 do CDC, pretendendo ver reconhecida a abusividade da cláusula e, de conseguinte, obter a devolução das prestações pagas.

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, condenadas as rés a devolver à autora os valores recebidos com juros e correção monetária a contar de cada desembolso.

Todavia, o E. Tribunal de origem acolheu a apelação das rés, reconhecendo a improcedência do pedido de devolução, ao argumento de que o Código de Defesa do Consumidor seria inaplicável porquanto nos contratos fir-

mados não teria sido "estabelecida a perda das prestações em favor do credor, mas a venda em leilão público da quota de terreno e correspondente parte construída, nos termos do já citado art. 63 da Lei 4.591/64. Do preço obtido, deduzido o débito e despesas previstas no contrato, o saldo remanescente será entregue ao devedor inadimplente, nos termos da lei e do contrato" (f.).

Rejeitados os declaratórios, adveio o recurso especial em exame lançado com base nas alíneas *a* e *c* do permissor constitucional por sugerida dissidência com o julgado que indica e por alegada negativa de vigência ao art. 53 do CDC, que impediria a aplicação de cláusula contratual resultante na perda total das prestações pagas.

Respondido, o recurso foi inadmitido na origem, ascendendo em virtude de agravo de instrumento por mim provido.

Os autos ingressaram em meu Gabinete em 15.05.1997 e sendo remetido para pauta no dia 11.06.1999.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Cesar Asfor Rocha* (relator): Como consignado no relatório, recorridas e recorrente, já na vigência do Código de Defesa do Consumidor, celebraram contrato de promessa de compra e venda de imóvel ainda em planta.

Por motivo de incapacidade financeira, a autora, ora recorrente, não suportou dar continuidade aos pagamentos, tendo sido notificada da rescisão do contrato com base no art. 63 da Lei 4.591/64, o que autorizaria o condomínio a efetuar a venda ou cessão dos direitos da autora em leilão público, ficando o montante apurado para cobertura do débito e despesas.

Daí a presente ação com fundamento no art. 53 do CDC, pretendendo ver reconhecida a abusividade da cláusula e, de conseguinte, a devolução das prestações pagas.

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, condenadas as rés a devolver à autora os valores recebidos com juros e correção monetária a contar de cada desembolso.

Todavia, o E. Tribunal de origem acolheu a apelação das rés, reconhecendo a improcedência do pedido de devolução, ao argumento de que o Código de Defesa do Consumidor seria inaplicável porquanto nos contratos firmados não teria sido "estabelecida a perda das prestações em favor do credor, mas a venda em leilão público da quota de terreno e correspondente parte construída, nos termos do já citado art. 63 da Lei 4.591/64. Do preço obtido, deduzido o débito e despesas previstas no contrato, o saldo remanescente será entregue ao devedor inadimplente, nos termos da lei e do contrato" (f.).

Rejeitados os declaratórios, adveio o recurso especial em exame lançado com base nas alíneas *a* e *c* do permissor constitucional por sugerida dissidência com o julgado que indica e por alegada negativa de vigência ao art. 53 do CDC, que impediria a aplicação de cláusula contratual resultante na perda total das prestações pagas.

Com razão, em parte, a recorrente.

De princípio observo que o art. 924 do CC pontifica que "quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento".

É que não seria certo nem seria justo admitir-se que a vendedora pudesse, pelo inadimplemento do comprador, reter integralmente o sinal e as prestações pagas e ainda receber o imóvel que, via de regra, é contemplado por uma valorização por força das regras naturais do mercado, já que na medida em que uma construção avança, o seu valor fica acrescido, por diminuir a taxa de risco.

Admitir-se o contrário, seria favorecer a compradora com um enriquecimento injusto, situação censurada pela Moral e que o Direito repudia pela referida regra contida no art. 924 do CC.

Por isso é que a jurisprudência firmou-se no sentido de admitir apenas a retenção parcial das importâncias pagas, e não a perda total, mesmo quando o contrato tiver sido firmado antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o art. 924 do CC já permitia reduzir a pena contratual pre-

vista a justo patamar, objetivando evitar enriquecimento sem causa que de sua imposição integral poderia advir.

No mesmo sentido o REsp 3.981/SP, de minha relatoria.

Na hipótese, contudo, tem aplicação a regra expressa no art. 53 do CDC que afasta, com toda ênfase, a possibilidade de, nos contratos de compra e venda de imóveis, o devedor perder totalmente as prestações já pagas, em benefício do credor, como está a resultar, na prática, do contrato em questão.

Nem por isso, todavia, tem a devedora, necessariamente, o direito de receber de volta do credor todas as prestações já pagas, sobretudo quando, como na hipótese, o rompimento do contrato decorreu de razões que não podem ser imputadas ao credor, mas apenas porque a devedora-autora não dispunha mais de suporte econômico/financeiro a lhe possibilitar o cumprimento das obrigações assumidas.

É que tão injusto quanto impor ao devedor a perda das prestações já pagas é impor ao credor a devolução de todas aquelas recebidas.

É preciso ver que a vendedora, para efetuar a venda de um imóvel, suporta despesas com publicidade, corretagem, elaboração de contratos e muitas outras, isso sem falar com as perdas e danos que sofre com a desistência, pela dificuldade que enfrentará para efetuar uma nova venda, ainda que em leilão público.

Com efeito, é razoável entender-se que esses encargos devem ser suportados pelo comprador, sobretudo no caso em exame em que nenhuma culpa teve a vendedora pela impossibilidade de a compradora não continuar vinculada ao contrato.

Nessa linha, a lição de Arruda e Thereza Alvim exposta no *Código do Consumidor comentado* (2. ed. São Paulo : RT, p. 261-262), a saber:

"No caso, todavia, de venda de móveis ou imóveis, mediante pagamento de prestações, parece-nos que, em face do veto presidencial ao § 1.°, deste artigo, deve prevalecer a solução que mais se coaduna com os princípios que informam nosso Direito. A nosso ver, seria a seguinte: impõe-se, de qualquer forma, ao fornecedor o dever de devolver as parcelas já pagas pelo consumidor inadimplente, pena de enriquecimento ilícito daquele primeiro. Todavia, dessa restituição, poderão ser descontados as perdas e danos a que o consumidor tiver dado causa (nessas perdas e danos, podem ser incluídos, não apenas a *vantagem econômica auferida com a fruição*, de que tratava o vetado § 1.°, o que corresponderia, *v.g.*, à cobrança de aluguel pelo período que o consumidor usufruiu do imóvel, cuja compra e venda não veio a ser realmente implementada, mas também lucros cessantes, despesas gerais decorrentes do inadimplemento etc.)".

Aliás, os precedentes que colhi desta Quarta Turma são todos no sentido de impor ao vendedor o dever de devolver as parcelas já pagas pelo comprador inadimplente, devidamente corrigidas desde cada desembolso, mas autorizando-o a reter um certo percentual do valor recebido.

A propósito, o seguinte julgado, cuja ementa se transcreve, na parte que há de útil:

"Compromisso de compra e venda de imóvel. Perda das prestações pagas. Contrato pactuado na vigência do Código de Defesa do Consumidor. Nulidade da cláusula. Retenção por parte da construtora. Recurso parcialmente acolhido.

Nula é a cláusula que prevê a perda das prestações pagas de um contrato de compromisso de compra e venda, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor, podendo a parte inadimplente requerer a restituição do *quantum* pago, com correção monetária desde cada desembolso. Por outro lado, autoriza-se a retenção, na espécie, de dez por cento (10%), em razão do descumprimento do contrato" (REsp 74.448/SP, relator eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 04.11.1996).

No mesmo sentido os Recursos Especiais 94.271/SP e 94.640/DF, relatados pelo eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar, e o REsp 85.182/PE, de que fui relator para acórdão.

Observo, ademais, que se não fora assim, o comprador teria sempre uma situação cômoda: se o bem adquirido não se valorasse no mesmo patamar do dinheiro corrigido, ele se

desvincularia da promessa de compra pactuada; caso contrário, se a valorização fosse superior ao dinheiro corrigido, ele manteria o vínculo contratual.

Com efeito, pelas peculiaridades da espécie, tenho por razoável que as rés retenham a importância correspondente ao percentual de 30% de tudo quanto recebido, devolvendo à autora os 70% restantes.

Desse percentual deverá ser abatido, ainda, o que eventualmente a autora tiver recebido a título de saldo em virtude do preconizado leilão público do imóvel.

Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, para determinar às rés a devolução de 70% (setenta por cento) das quantias pagas pela recorrente no decorrer do contrato em questão, corrigidas a partir de cada desembolso. Custas e despesas pelas rés, além dos honorários em 10% sobre o valor da condenação.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento parcial, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho e Barros Monteiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 22 de junho de 1999.

5.2.10 REGISTRO DE IMÓVEIS. Averbação da transformação societária da alienante. Despesas cartorárias. Responsabilidade. Interessado. Art. 217 da Lei 6.015/73. Possibilidade de convenção em contrário.

Ementa: I. Os emolumentos cartorários decorrentes da averbação dos dados relativos ao registro de imóveis correm por conta do interessado que a requer, salvo convenção em contrário.

II. A alteração do nome do vendedor, ainda que ocorrida posteriormente, inclui-se nos emolumentos atinentes à alienação dos imóveis, sendo de aplicar-se a cláusula celebrada no contrato de compra e venda.

III. Na espécie, a exigência de averbação da transformação da alienante decorreu exclusivamente do ajuste firmado pela adquirente com a instituição financiadora do empreendimento a ser realizado nos lotes adquiridos, sem implicação no registro desses imóveis, nem nas obrigações da alienante.

REsp 142.449/DF – 4.ª T. – STJ – j. 09.11.1999 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – *DJU* – 17.12.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o relator os Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília, 9 de novembro de 1999 (data do julgamento) – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, relator.

EXPOSIÇÃO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*: A recorrida adquiriu dois lotes da Sociedade de Habitações de Interesse Social Ltda. (SHIS) e pagou integralmente o preço. Posteriormente, a Lei 804/94, do Distrito Federal, transformou a SHIS no Instituto ora recorrente. Ao providenciar o contrato de financiamento do prédio que construiria nos lotes, a recorrida arcou com as despesas de averbação do novo nome da alienante no Cartório de Registro de imóveis, para fazer constar da escritura a nova denominação.

Ajuizada ação pela ora recorrida com vistas à restituição do dispêndio cartorário, o Juiz de primeiro grau desacolheu a pretensão, aos fundamentos de que a transformação societária ocorrera seis meses após a realização do contrato de compra e venda, o qual já se con-

solidara como ato jurídico perfeito, e que o registro e a averbação correm por conta do comprador, seja pela cláusula contratual, seja pela disposição do art. 217 da Lei de Registros Públicos, aduzindo que, no caso, a averbação seria desnecessária, não fosse a exigência da instituição financiadora do empreendimento da autora, inexistindo, assim, obrigação do IDHAB em pagar as despesas cartoriais.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proveu parcialmente a apelação da autora, para condenar o réu ao ressarcimento da importância referente aos dois lotes adquiridos, excluindo a averbação relativa às unidades autônomas neles edificadas. O acórdão arrimou-se nas seguintes razões: a) as despesas tiveram origem na transformação societária da alienante, ocorrida posteriormente ao contrato; assim, tendo dado causa ao dispêndio e tendo assegurado que era possuidora dos imóveis "livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou responsabilidade" (f.), seria do Instituto o ônus de arcar com as despesas de Cartório; b) o ressarcimento não pode atingir as unidades autônomas construídas nos lotes adquiridos, mas somente o objeto da compra e venda, em valor a ser apurado em liquidação de sentença.

Adveio o recurso especial, via do qual se aponta violação do art. 217 da Lei de Registros Públicos. Sustenta o recorrente que não pode ser obrigado ao "ressarcimento de custas efetuadas com registro e averbações cartorárias desta espécie" (f.), por inexistência de obrigação legal e contratual. Alega que o caso é "bastante semelhante" ao Banco Nacional da Habitação, que, incorporado pela Caixa Econômica Federal, deixou a cargo dos interessados as despesas de averbação.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira* (relator): 1. Os emolumentos cartorários decorrentes da averbação dos dados relativos ao registro dos imóveis correm por conta, em princípio, do interessado que a requer. Esta a disposição do art. 217 da Lei de Registros Públicos (6.015/73), *verbis*:

"Art. 217. O registro e a averbação poderão ser provocados por qualquer pessoa, incumbindo-lhe as despesas respectivas".

A regra exposta nesse artigo contém a obrigação de arcar com as despesas perante o Cartório Imobiliário, não abrangendo as avenças firmadas entre as partes, que podem livremente atribuir a um ou a outro contratante a responsabilidade pelo pagamento. Assim, quem despendeu a quantia pode ter ação de regresso contra o responsável contratualmente, conforme, aliás, é a lição de Miguel Maria de Serpa Lopes, em seu *Tratado de registros públicos*:

"Despesas com o registro. As despesas com o registro incumbirão ao interessado que o requerer, salvo convenção em contrário.

Quer isso significar que sempre ao apresentante incumbe o pagamento das despesas do registro?

Perante o oficial do registro e para efeito do recebimento dos respectivos emolumentos e selos que forem devidos, é o apresentante o responsável pelas despesas, salvo convenção em contrário.

Mas, inquestionavelmente, se esta responsabilidade existe em face do oficial público, não é possível estender o mesmo princípio entre as próprias partes interessadas, e considerar o apresentante o único obrigado pelas despesas.

[...]

Julgamos inquestionável caber ao apresentante direito regressivo contra os demais interessados, para haver dos mesmos a parte que lhes tocar. Outrossim, entendemos como interessados, para o efeito dessa responsabilidade, todos quantos forem beneficiados pelo registro" (6. ed. Brasília : Brasília Jurídica, 1996. vol. IV, n. 727, p. 347-348).

Destarte, como se vê, a obrigação não decorre direta e necessariamente da lei, já que as partes podem dispor de modo diverso. Nesse passo, a sentença se baseou na cláusula do contrato de compra e venda que incumbiu à compradora, ora recorrente, as "despesas de lavratura" da escritura, "sua transcrição no Registro Imobiliário, impostos, taxas e quaisquer outras" (f.). O acórdão, por sua vez, en-

tendeu inaplicável o contrato, porque, à época de sua celebração, não se podia prever a transformação societária da alienante, fato posterior que originou as despesas. Entretanto, concluiu o Tribunal, a alienante deveria arcar com o montante por ter dado causa ao dispêndio.

Em outras palavras, a lei incumbe ao "interessado" o pagamento das despesas de averbação, admitindo-se convenção em contrário. A convenção, no caso, atribuiu esse ônus à compradora. A alteração do nome do vendedor, ainda que ocorrida posteriormente, inclui-se nos emolumentos atinentes à alienação dos imóveis, sendo de aplicar-se a respectiva cláusula do contrato de compra e venda.

2. Por outro lado, ainda que se entendesse inaplicável a avença, passaria a inexistir convenção a respeito, tornando-se aplicável a regra legal, disposta no art. 217 da Lei de Registros Públicos, que atribui a responsabilidade ao "interessado". Nas circunstâncias da espécie, interessada é a construtora recorrida, que somente requereu a averbação da mudança societária da alienante porque negociava o financiamento dos edifícios que ergueria nos lotes adquiridos. Isso significa que, não fora a exigência da instituição financiadora em fazer constar da escritura a nova denominação, seria desnecessária a averbação.

Ademais, é de assinalar-se que o contrato celebrado pela antecessora do recorrente se encontrava perfeito no momento da alteração do nome: os dois lotes haviam sido vendidos e o preço havia sido pago, conforme afirmou a sentença. Assim, essa transformação posterior não alteraria o registro dos imóveis, uma vez não constante do rol do art. 167, II, nem do art. 246 da Lei 6.015/73. Ou seja, a exigência de averbação dessa mudança decorreu exclusivamente do ajuste firmado pela recorrida com a instituição financeira, sem envolver o Instituto recorrente.

3. Em face do exposto, *conheço* do recurso especial, pela violação do art. 217 da Lei 6.015/73, e *dou-lhe provimento* para restabelecer a sentença.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 9 de novembro de 1999.

5.2.11 USUCAPIÃO. Domínio útil referente a bem público. Imóvel que anteriormente já era foreiro. Admissibilidade.

Ementa: Admissível o usucapião quando imóvel já era foreiro e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, como nua-proprietária. Precedentes do STF e STJ.

Recurso especial conhecido e provido.

REsp 154.123/PE – 4.ª T. – STJ – j. 04.05.1999 – rel. Min. Barros Monteiro – *DJU* 23.08.1999.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do STJ, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o relator os Srs. Ministros César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Bueno de Souza e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 4 de maio de 1999 (data do julgamento) – Min. BARROS MONTEIRO, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro*: Cuida-se de ação de usucapião movida por Severina Maria da Conceição con-

tra Maria Espíndola Falcão e cônjuge e Van Horven Pereira Veloso e cônjuge, objetivando a aquisição do domínio útil relativo a imóvel de propriedade da União (terreno de marinha).

O MM. Juiz Federal da 5.ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, com fulcro no art. 295, par. ún., III, c/c o art. 267, I e VI, do CPC.

A Segunda Turma do TRF da 5.ª Região, por unanimidade, negou provimento ao apelo da autora em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

"Administrativo. Usucapião. Domínio útil. Imóvel público.

1. A aquisição do domínio útil de terrenos da União, em regime de enfiteuse, por usucapião, não está amparada no art. 183 da CF.

2. Impossibilidade jurídica do pedido.

3. Apelação improvida" (f.).

Inconformada, a autora manifestou o presente recurso especial com arrimo na alínea *c* do permissor constitucional, apontando dissídio interpretativo com julgados dos Tribunais de Justiça de São Paulo, do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal. Sustentou, em síntese, a possibilidade de aquisição, por meio de usucapião, do domínio útil referente a bem público.

Oferecidas as contra-razões pela União, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro* (relator): O dissenso interpretativo acha-se demonstrado *quantum satis*, pois, enquanto a decisão recorrida nega a possibilidade de adquirir-se, por meio de usucapião, o domínio útil concernente a bem público, os arestos paradigmas oriundos da Suprema Corte, colacionados no recurso especial, proclamam tese oposta, admitindo o usucapião quando o imóvel já era foreiro e a constituição da enfiteuse em favor da usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, como nua-proprietária (*RTJ* 87/506-506 e 83/155).

Não há no caso, conforme assinalado, violação da indisponibilidade de bens públicos, visto que o objeto da ação de usucapião é o domínio útil, bem este inserto na esfera patrimonial de particulares. Além dos precedentes invocados do C. Supremo Tribunal Federal, acima aludidos, esta Corte também já teve ocasião de pronunciar-se sobre o tema. Refiro-me aos Recursos Especiais 10.986/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, e 20.791-0/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter.

Do primeiro desses arestos extrai-se a expressiva ementa, pertinente às inteiras à hipótese *sub judice*:

"Usucapião. Bem de que nu-proprietário o Estado.

Possível o usucapião relativamente ao chamado domínio útil, quando a pessoa jurídica de direito público tem apenas a nua propriedade e a prescrição aquisitiva refere-se ao chamado domínio útil de que é titular um particular".

Na mesma diretriz orienta-se a doutrina. Benedito Silvério Ribeiro anota que, "apesar de opiniões em contrário, é perfeitamente viável falar-se em prescrição aquisitiva da enfiteuse, reportando-se inclusive ao voto proferido pelo Exmo. Sr. Min. Moreira Alves quando do julgamento do RE 82.106/PR – *RTJ* 87/508-516 – (*Tratado de usucapião*, 2. ed. vol. I, p. 416 e 417). Idêntico o escólio de José Carlos de Moraes Salles, *in verbis*: "Via de regra, o usucapião é invocado como modo de adquirir o domínio. Assim, aliás, está previsto na lei (art. 530, III, do CC). Todavia, sua utilidade não se limita à aquisição da propriedade, porquanto é plenamente válido recorrer-se ao usucapião para a aquisição de outros direitos reais, tais como o domínio útil na enfiteuse, as servidões aparentes, o usufruto, o uso, a habitação" (*Usucapião de bens imóveis e móveis*. 4. ed. p. 94).

Não constitui, afinal, óbice à ação de usucapião na espécie o disposto no art. 12, § 2.º,

do Dec.-lei 710, de 17.09.1938, eis que revogado este diploma legal pelo Dec.-lei 9.760, de 05.09.1946, que veio regulamentar inteiramente a matéria (art. 2.º, § 1.º, da LICC).

Do quanto foi exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de afastar o fundamento infraconstitucional oposto à admissibilidade do usucapião como modo de aquisição do domínio útil referente a bem público.

Oportunamente, remetam-se os autos ao C. Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário.

É como voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 4 de maio de 1999.

5.2.12 PENHORA. Fraude de execução. Ausência de gravame no registro do imóvel. Prova da ciência. Sistema anterior à Lei 8.953/94. Ônus do credor.

Ementa: Segundo entendimento firmado na Segunda Seção, prestigiando o princípio da boa-fé, não registrada a penhora, a ineficácia da venda, em relação à execução, depende da demonstração de que o adquirente, que não houve o bem diretamente do executado, tinha ciência da constrição.

REsp 160.700/SP – 4.ª T. – STJ – j. 25.10.1999 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – *DJU* 13.12.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o relator os Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior. Ausente, justificadamente, o Min. César Asfor Rocha.

Brasília, 25 de outubro de 1999 (data do julgamento) – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, relator.

EXPOSIÇÃO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*: Cuida-se de embargos de terceiro opostos pelos ora recorrentes nos autos de execução promovida pelo recorrido. Os embargantes dizem-se proprietários do imóvel penhorado, adquirido com boa-fé de terceira pessoa, que não o devedor.

A sentença, acolhendo a existência de fraude, julgou o pedido improcedente, concluindo pela subsistência da penhora.

À apelação dos embargantes, o Primeiro TACivSP negou provimento, em acórdão assim ementado:

"Fraude à execução. Ineficácia da compra e venda em relação ao credor. Fato extensivo a alienações posteriores. Recurso improvido".

Os apelantes manifestaram, então, recurso especial, alegando, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 1.046, § 1.º, do CPC e 240 da Lei 6.015/73. Sustentam, em linhas gerais, que adquiriram o imóvel de terceiro, que não o devedor, razão pela qual deveria ser resguardada a sua boa-fé, porquanto não firmaram negócio diretamente com o devedor-executado, além de que a compra do imóvel se deu antes do registro da penhora.

Com as contra-razões, foi o apelo admitido na origem.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira* (relator): 1. Limita-se a controvérsia na caracterização ou não, no caso concreto, de fraude de execução.

A jurisprudência desta Corte, no tema, já teve ensejo de proclamar que a caracteriza-

ção da fraude de execução prevista no inc. II (segundo) do art. 593, ressalvadas as hipóteses de constrição legal, reclama a ocorrência de dois pressupostos, a saber, uma ação em curso (seja executiva, seja condenatória), com citação válida, e o estado de insolvência a que, em virtude da alienação ou oneração, teria sido conduzido o devedor.

Na espécie, assentaram as instâncias ordinárias estarem presentes tais requisitos, suficientes à caracterização da fraude de execução. A propósito, assentou o acórdão impugnado:

"O imóvel objeto da presente ação era de propriedade de Pommella S.A. – Indústria e Comércio de Ferros, a qual o vendeu para Airton Emilio Furlaneto em 29.03.1984. Este, por seu turno, alienou o bem para os embargantes em 1.º.07.1985, nos termos da escritura pública de f.

Como o Banco do Brasil ajuizou duas ações de execução contra a primitiva proprietária em julho de 1982 e como as citações foram realizadas em agosto e setembro desse mesmo ano (f.), caracterizada ficou a fraude à execução.

Reconhecida a fraude, a conseqüência é a ineficácia dessa compra e venda em relação ao credor. E essa ineficácia estende-se à alienação posterior, ou seja, aquela realizada entre Airton Emilio Furlaneto e os ora embargantes".

2. Por outro lado, segundo entendimento firmado na Segunda Seção, "não registrada a penhora, a ineficácia da venda, em relação à execução, depende de se demonstrar que o adquirente, que não houve o bem diretamente do executado, tinha ciência da constrição". A propósito, confiram-se os EREsp 114.415/MG (*DJ* 16.02.1998), da relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, assim ementado:

"Bem penhorado. Alienação feita por quem o adquirira do executado. Hipótese anterior à vigência da Lei 8.953/94.

Não registrada a penhora, a ineficácia da venda, em relação à execução, depende de se demonstrar que o adquirente, que não houve o bem diretamente do executado, tinha ciência da constrição. Prevalência da boa-fé".

Do voto então proferido por S. Exa., destaco:

"Questiona-se a respeito da ineficácia da venda de imóvel penhorado, feita a terceiro por quem adquirira o bem do devedor. Tenho que o dissídio se acha convenientemente demonstrado. No paradigma a hipótese era basicamente a mesma e decidiu-se que não poderia aquela alienação subsistir, em relação ao processo de execução, contaminada que estaria pelo vício da primeira, não relevando inexistisse registro da penhora. No caso em exame, entendeu-se que seria mister existisse aquele registro ou se demonstrasse que o último adquirente tinha ciência da constrição.

Faço notar, inicialmente, que os fatos se passaram antes da vigência da Lei 8.953/94 que determinou se fizesse o registro da penhora na serventia própria, pondo fim a muitas controvérsias.

No precedente da Terceira Turma que serviu de base para estes embargos, fiquei vencido, juntamente com o eminente Min. Nilson Naves. Valho-me aqui de algumas observações que fiz naquela oportunidade.

A aceitação do entendimento que, sem outras considerações, reputa ineficazes todos os demais atos de alienação, conduz à mais completa insegurança nos negócios.

Observa Décio Erpen, com pelo menos alguma razão, que 'nós Juízes, à guisa de prestigiarmos nossa própria atividade, transformamos a compra e venda numa autêntica roleta jurídica' ("A fraude à execução e o desprestígio da função jurisdicional". *Ajuris* 53/19).

Efetivamente, é exigir o inexigível, supor como razoável o que nunca acontece, entender-se deva alguém, que vá adquirir um bem, além de levantar a cadeia dominial, averiguar se pende processo, interessando a algum dos anteriores proprietários. Havendo, deverá pesquisar quanto à solvência. Que isso se faça quanto àquele com quem se negocia, admita-se como de se esperar. Estender a pesquisa por uma cadeia às vezes longa significa a paralisia na vida dos negócios. Em verdade, é sabido que ninguém assim procede e a conseqüência é simplesmente fazer com que alguém

que agiu na mais absoluta boa-fé termine por pagar a dívida de outrem, com quem não teve qualquer contato.

Poder-se-á objetar com a possibilidade de se facilitarem as fraudes. Não me parece exista aí motivo suficiente para a adoção do entendimento contrário. Não se haverá de prejudicar quem age lisamente, apenas por ser possível que outros não se comportem com correção. E a má-fé pode ser provada por indícios, existindo, ainda, providências acauteladoras de que se pode valer o exeqüente.

Voltei ao tema, no julgamento do REsp 2.635, e o que sustentei mereceu a acolhida da Turma. Reproduzi voto que proferira no Tribunal Federal de Recursos que me permito uma vez mais repetir:

'Ao arrolar os casos de fraude de execução, não cogitou o Código de Processo Civil, especificamente, da alienação de bens penhorados. Além de ressalvar outros casos previstos em lei, referiu-se aos bens sobre os quais pender ação fundada em direito real e à hipótese de, ao tempo da alienação, ou oneração, correr contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 593). Não há dúvida, entretanto, de que a penhora importa retirar a disponibilidade do bem, eis que da constrição resulta ficar ele vinculado ao processo de execução para satisfação do débito. Sua alienação será ineficaz em relação ao exeqüente e ao Juízo. Releva, entretanto, saber se esta ineficácia é oponível a terceiro de boa-fé que, desconhecendo o ato judicial constritivo, adquire o bem.

A Lei 6.015/73 – art. 167,5 – estabelece que, no Registro de imóveis, serão feitos, além da matrícula, o registro das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis. O art. 239 da mesma lei dispõe sobre o procedimento para registro e o 240 estabelece *verbis*:

'O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior'.

O registro, nas serventias imobiliárias, destina-se à constituição de direito real ou a conferir publicidade ao ato. Da primeira hipótese não há cogitar no caso. Nem o aperfeiçoamento da penhora depende daquele registro, ao contrário do que sucede em outros sistemas jurídicos. A finalidade do ato será, pois, a publicidade, firmando presunção de ciência por todos e, em conseqüência, fazendo-se oponível *erga omnes*.

Para os que sustentam que a alienação do bem penhorado será sempre ineficaz em relação ao processo de execução, seriam em verdade, perfeitamente inúteis as normas citadas. A providência do registro só poderia ser proveitosa a que, em virtude dela, eventualmente percebesse custas. Não haveria porque diligenciar a obtenção de publicidade e presunção de ciência quando já preexistente a oponibilidade *erga omnes*. Como observa Milton Flaks, inadmissível 'que a lei tivesse a ingenuidade de supor que os credores, por simples amor ao próximo, promovessem o registro, arcando com os ônus financeiros, apenas para resguardar possível boa-fé de terceiros desconhecidos' ("Fraude de execução e Fraude contra a Fazenda". *Rev. Bras. Dir. Proc.* 34/74).

Alega-se que exigir-se o registro para conferir publicidade a um ato processual seria desconhecer o caráter público do processo. O argumento, *data venia*, não procede. O princípio consagrado no art. 155 do CPC está a significar que, como regra, todos podem ter acesso aos atos do processo. Não que estes se presumam conhecidos de todos. Aliás, a regulamentação ampla dos atos de comunicação processual deriva exatamente da necessidade de dar a conhecer o que ocorre no desenrolar do processo.

Considero, pois, que para que se possa ter como ineficaz a venda de imóvel, com o simples fundamento de que o bem estaria penhorado, está a depender de que tenha havido o registro da penhora ou da demonstração concreta de ciência do adquirente'.

E terminei com a citação de voto do eminente Min. Sálvio de Figueiredo, quando Juiz do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que, invocando Von Thur, salientou que 'a boa-fé é o elemento subjetivo que informa, estrutura e vivifica todas as relações'".

Ao proferir voto-vista nesse julgamento, expressei:

"Certo é que a ineficácia decorrente da fraude de execução afeta as alienações ou

onerações posteriores. Mas, é de aduzir-se, desde que tivesse ciência o adquirente de que contra o(s) anterior(es) proprietário(s) incidissem as circunstâncias que autorizam o reconhecimento da fraude de execução, nelas incluída a ciência de ação em curso, com citação efetuada.

Inexistente, *in casu*, tal ciência, incidente à época o sistema anterior à Lei 8.953/94, não caracterizada, via de conseqüência, a fraude de execução, independentemente da perquirição da boa-fé, prova dispensável no âmbito do referido instituto".

Ainda no tema, no julgamento do REsp 77.161/SP (*DJ* 30.03.1998), por mim relatado, por unanimidade, este outro precedente, assim sumariado na ementa:

"Processo civil. Embargos de terceiro adquirente. Fraude de execução. Ausência de gravame no registro do imóvel. Prova da ciência. Sistema anterior à Lei 8.953/94. Ônus do credor. Orientação doutrinário-jurisprudencial. Recurso desprovido.

– Segundo entendimento acolhido no Superior Tribunal de Justiça, no sistema anterior à Lei 8.953/94, com lastro em orientação doutrinária, para a caracterização da fraude de execução, ao exeqüente, que não providenciou o registro do gravame, cabia provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem".

Em suma, notadamente em prestígio ao princípio da boa-fé, deve o exeqüente provar que o terceiro adquirente tenha tido ciência do ônus que recaía sobre o bem.

2. No caso dos autos, a sentença, não obstante ter assentado estarem presentes os requisitos da insolvência e da citação do devedor (ainda que seja no processo de conhecimento) antes da alienação do bem constrito, afirmou que os "embargantes adquiriram a propriedade do imóvel, com Registro da Escritura, após ele já estar penhorado" (de igual forma, anotou o recorrido em sua contestação às f.), admitindo, inclusive, a boa-fé dos mesmos.

Ausente, assim, o registro da penhora, cabia ao credor demonstrar que os recorrentes tinham tido ciência do ônus que recaia sobre o bem, não bastando a presunção de que eles poderiam ter conhecimento com a obtenção de certidões.

3. E foi exatamente para melhor resguardar o terceiro de boa-fé que a reforma introduzida no Código de Processo Civil pela Lei 8.953/94 acrescentou ao art. 659 daquele estatuto o § 4.°, assim redigido:

"A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro".

4. Em face do exposto, na linha da jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado desta Corte no tema, *conheço* do recurso e *dou-lhe provimento* para, aplicando o direito à espécie (art. 257, *RISTJ*), acolher os embargos de terceiro, declarando insubsistente a penhora realizada no imóvel de propriedade dos embargantes.

Ficam invertidos os ônus da sucumbência.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. César Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 25 de outubro de 1999.

5.2.13 PENHORA. Registro. Fraude de execução. Art. 593, II, do CPC.

Ementa: 1. Se no momento da alienação originária não havia o registro da penhora, penhorado outro bem do executado, fica claro, diante da jurisprudência da Corte, que não seria possível caracterizar a fraude de execução, ademais de considerar-se necessário,

na ausência do registro da penhora, a demonstração pelo exeqüente de que o adquirente sabia que o bem estava penhorado, o que, no caso, não ocorreu.

2. Recurso especial conhecido e provido.

REsp 166.787/SP – 3.ª T. – STJ – j. 10.08.1999 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – *DJU* 06.09.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Ari Pargendler. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Waldemar Zveiter.

Brasília, 10 de agosto de 1999 (data do julgamento) – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Tomita Itimura e cônjuge interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela 2.ª Câm. do Primeiro TACivSP, assim fundamentado:

"(...) Pelo que se pode dessumir da leitura dos autos, quando os executados venderam o bem em questão a terceiros, (...), que, por sua vez, vieram a transferir aos apelados-embargantes, fizeram-no em fraude de execução, incidindo o art. 593, II, do CPC, pois que já citados na execução. A circunstância de o bem não se encontrar, então, penhorado, porque o ato constritivo havia recaído sobre outra Fazenda ('Fazenda Figueira'), não implica, ante o art. 591 do CPC, que a aquisição não se houve em fraude de execução. Assim, quem adquire bem de devedor contra quem corre demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, sabe que o bem adquirido, ainda que sobre outro penhora recaía, poderá vir a ser penhorado para satisfação da dívida.

(...) Apegam-se os embargantes ao argumento de que, quando da alienação, não se encontrava o devedor em estado de insolvência, já que a penhora recaiu sobre outro bem, capaz de satisfazer a dívida. Mas o raciocínio é simplista. Em primeiro lugar, porque óbice não havia ao credor substituir um bem por outro, seja por questão de comodidade, seja em benefício do próprio devedor, visto que parte da dívida foi solvida por terceiro, ante a liberação da penhora. Assim, houve pagamento parcial da divida, (...) lícito se projeta que o remanescente seja garantido pelos bens que o devedor possuía quando citado" (f.).

Sustenta a recorrente que, ao assim decidir, o acórdão negou vigência ao art. 593, II, do CPC, eis que, *verbis*:

"(...) ao tempo da alienação a demanda aparelhada jamais poderia levar o devedor à insolvência; se o credor abriu mão da garantia, esvaziando a possibilidade de recebimento do crédito, deve ele próprio responder por isso e não tentar alcançar outro bem, *alienado eficazmente*" (f.).

Alega que a existência de penhora válida e eficaz em bem, cujo valor é superior ao valor da dívida, afasta a fraude, se o devedor alienar outro bem, sendo o que ocorreu no presente caso.

Oferecidas contra-razões, o especial foi negado (f.), mas teve seguimento por força de despacho proferido em agravo de instrumento (f. do volume em apenso).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Os recorrentes ingressaram com embargos de terceiro julgados procedentes, sentença reformada pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que recebeu o apelo dos embargantes para afastar a sucumbência com relação aos denunciados e o apelo dos embargados para julgar improcedentes os embargos, invertidos os ônus da sucumbência, condenando-se os assistentes no pagamento de 1/3 das custas processuais. O especial afirma que demonstraram os recorrentes "que, ao tempo da alienação do imóvel, corria demanda contra os alienantes, porém, incapaz de os reduzir à insolvência, eis que a mesma estava garantida por imóvel de valor 5 (cinco) vezes superior ao do crédito reclama-

do na execução". Para o especial, a "Citação não cria a 'indisponibilidade' de todos os bens do devedor e nem deixa ao arbítrio do credor a escolha a respeito de qual dos bens do devedor quer ver penhorado". Para o especial o acórdão recorrido negou vigência ao art. 593, II, do CPC.

No caso dos autos, segundo o acórdão recorrido, os executados venderam o bem em questão a terceiros, os quais vieram a fazer a transferência do mesmo aos apelados-embargantes. Para o acórdão recorrido quando ocorreu a venda os executados já haviam sido citados na execução, asseverando que o óbice apresentado pelos embargantes sobre a não caracterização do estado de insolvência não procede porque podia o credor "substituir um bem por outro, seja por questão de comodidade, seja em benefício do próprio devedor, visto que parte da dívida foi solvida por terceiro ante a liberação da penhora".

A sentença considerou que a Fazenda Figueira era suficiente para a satisfação da dívida, com apoio no laudo de avaliação. Ocorre que houve acordo dos embargados com os adquirentes da Fazenda Figueira, com liberação da penhora por valor inferior ao débito. Mas, o acórdão recorrido considerou que o acordo com relação à Fazenda Figueira "ocorreu bem depois da aquisição feita pelos embargantes do bem em questão, portanto, – e como já se disse, em fraude de execução –, mais precisamente em 31.07.1991, sendo o acordo *res inter allios*, que não aproveita aos embargantes".

É preciso considerar que o bem, a Fazenda Santa Inês, não se encontrava penhorado à época da alienação, havendo a penhora recaído sobre outro bem, a Fazenda Figueira. Esse aspecto, a meu sentir, é fundamental para que a lide seja julgada (f.).

No caso, o acórdão recorrido faz menção a um "forte indício de ato simulado", mas, não o afirma, embora considere "difícil admitir-se a boa-fé dos embargantes ...".

Se não há o registro da penhora, vem decidindo a Corte, não há falar em fraude de execução, "ressalvada a oportunidade de o exeqüente provar que o adquirente sabia, efetivamente, que o bem estava penhorado" (REsp 79.402/RS, da minha relatoria, *DJ* de 22.09.1997; no mesmo sentido: AgRg no Ag 126.853/RS, da minha relatoria, *DJ* de 22.09.1997 REsp 76.073/RS, relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 24.06.1996).

Por outro lado, o que se verifica é que não há no acórdão recorrido a demonstração da insolvência ao tempo da alienação, sendo certo que na sentença demonstra-se o contrário. E a demonstração da insolvência é indispensável para caracterizar a fraude de execução (REsp 101.472/RJ, relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 28.04.1997, no mesmo sentido: REsp 145.001/SP, relator o Min. Waldemar Zveiter, *DJ* de 08.06.1998). No caso, outro bem estava penhorado, o que revela que o executado tinha bem para responder pela execução, pouco importando o acordo feito com os credores.

Essas razões levam-se a conhecer do especial pela letra a), violado o art. 593, II, do CPC, e lhe dou provimento para restabelecer a sentença.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Ari Pargendler.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Waldemar Zveiter.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 10 de agosto de 1999.

5.2.14 CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. Cláusula de tolerância sobre as dimensões. Art. 1.136 do CC. Código de Defesa do Consumidor. Ação civil pública.

Ementa: 1. A cláusula de tolerância sobre as dimensões, nos termos do art. 1.136 do CC, não viola a disciplina do Código de Defesa do Consumidor.

2. Recurso especial não conhecido.

REsp 167.352/DF – 3.ª T. – STJ – j. 07.10.1999 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – *DJU* 06.12.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Eduardo Ribeiro.

Brasília, 7 de outubro de 1999 (data do julgamento) – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios interpõe recurso especial, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela 3.ª T. Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado:

"Civil. Compra e venda de unidade imobiliária. Planta devidamente registrada no órgão competente. Venda *ad corpus* não obstante a previsão de diferença de até 3% (três por cento) para mais ou para menos. Ação civil pública julgada improcedente. Recurso improvido.

Na venda *ad corpus* compreensiva de corpo certo e individuado, presume-se que o comprador examinou a planta da unidade imobiliária, tendo intenção de adquirir precisamente o que nela se contém. A referência à metragem é irrelevante. O preço é global, pago pelo todo, abrangendo a totalidade do imóvel. Venda efetuada nessas condições não outorga ao comprador o direito de exigir implemento de área (art. 1.136 do CC)" (f.).

Sustenta o recorrente que o acórdão negou vigência aos arts. 51, I, e 54, §§ 3.º e 4.º, c/c o 51, XV, do CDC ao asseverar não existir vício na cláusula contratual que estabelece que não haverá repercussão jurídica, econômica ou financeira se ocorrer diferença de até 3%, para mais ou menos, da área objeto do contrato, além de não vislumbrar a necessidade de ser a dita cláusula escrita em letras destacadas.

Alega que, por ser um contrato de adesão, onde não há liberdade contratual por parte do aderente, faz-se necessário que as cláusulas limitadoras dos direitos dos aderentes venham em destaque, fazendo com que o contratante possa repensar sobre o efetivo direito na contratação, contrabalançando melhor as estipulações que lhes são desvantajosas, ou até mesmo desistir do negócio.

Além disso, aduz que a cláusula do contrato de promessa de compra e venda não é *ad corpus*, como sustentou o Tribunal, mas sim *ad mensuram*, eis que estipulou a área privativa do imóvel no total de 40,64 m^2 e, sendo assim, o adquirente pode exigir o complemento da área, reclamar a rescisão do negócio ou o abatimento no preço se faltar correspondência entre a área efetivamente encontrada e as dimensões dadas.

Foram oferecidas contra-razões (f.) e o recurso especial foi admitido (f.).

Opina o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, ilustrado Subprocurador-Geral da República, pelo provimento do recurso (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Ação civil pública ajuizada pelo recorrente pedindo a nulidade de cláusula constante de contrato de adesão firmado pela empresa-ré com compradores de seus imóveis. A ação foi julgada improcedente. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios negou provimento ao recurso. O especial aponta violação aos arts. 51, I, e 54, §§ 3.º e 4.º, c/c o art. 51, XV, do CDC.

A lide é sobre cláusula de contrato particular de compra e venda que tem a seguinte redação:

"Não haverá repercussão jurídica, econômica ou financeira, diferença de até 3% (três por cento), para mais ou para menos, apurada

com relação às áreas das unidades objeto deste instrumento e sua fração ideal".

Embora tenha havido divergência entre os julgadores sobre a natureza da venda, se *ad corpus* ou *ad mensuram*, o certo é que a conclusão foi no sentido da ausência de nulidade da cláusula, considerando a disciplina do art. 1.136 do CC.

Na minha compreensão não há a propalada violação ao Código de Defesa do Consumidor.

O contrato foi assinado com a previsão de norma legal que se encontra em vigor, não tendo sido revogada pelo Código de Defesa do Consumidor. O que comanda essa regra? Comanda o que se segue:

"Art. 1.136. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá direito de exigir o complemento da área, e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço. Não lhe cabe, porém, esse direito, se o imóvel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa às suas dimensões.

Parágrafo único. Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de 1/20 da extensão total enunciada".

Ora, a *ratio* da regra do Código Civil é favorável, exatamente, ao comprador, como muito claramente ensinou Carvalho Santos:

"A razão no-la dá Pedro Lessa, quando sustenta que um princípio superior domina o assunto, consagrado pela sabedoria de todos os legisladores e de que se acham impregnadas as disposições dos melhores Códigos atinentes aos contratos de compra e venda: sempre que há uma cláusula duvidosa, um ponto obscuro, sobre o objetivo do contrato, deve este ser interpretado a favor do comprador e contra o vendedor, que é quem está em condições de melhor conhecer a coisa vendida (*Dissertações e polêmicas*, p. 285).

Quer dizer, embora as partes estipulem a área vendida, sujeitando a enunciação à locução 'mais ou menos'; responderá o vendedor pelo desfalque que ultrapassar 1/20 da extensão total enunciada, pois esse é o máximo de tolerância que a lei estabelece" (*Código Civil interpretado*. 13. ed. Freitas Bastos, 1991. vol. XVI, p. 162).

No caso, não interessa saber se a venda é *ad mensuram* ou *ad corpus*. O que interessa é saber se a cláusula conflita com o Código de Defesa do Consumidor. O fato é que se estabeleceu um limite de tolerância. E o limite de tolerância legal está estipulado contratualmente. Haverá repercussão se ultrapassado. Em qualquer caso, funciona para ambas as partes, não tendo caráter punitivo para o comprador do imóvel.

Isso quer dizer que a diferença prevista na cláusula que se pretende anular não violenta o consumidor, sendo ao revés, a ele favorável. As partes estão, assim, de acordo sobre o limite de tolerância, o que não repercute na disciplina legal do Código de Defesa do Consumidor, que se aponta como violada.

Eu não conheço do especial.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Eduardo Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 7 de outubro de 1999.

5.2.15 EXECUÇÃO. Bens do devedor. Bens não localizados.

Ementa: Já assentou a Corte que somente em caráter excepcional "deve o magistrado requisitar informações junto a repartições públicas com a intenção de localizar bens penhoráveis do executado".

2. Recurso especial não conhecido.

REsp 196.995/RJ – 3.ª T. – STJ – j. 02.09.1999 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – *DJU* 25.10.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Ari Pargendler.

Brasília, 2 de setembro de 1999 (data do julgamento) – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Color Set Indústria Gráfica Ltda. interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, alínea *c*, da CF, contra acórdão da Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

"Execução por Título Extrajudicial. Não localização de bens em nome do agravado. Solicitação de ofícios à Receita Federal, ao Detran e ao Banco Central, para fornecimento de bens em nome do executado ao Juízo. Inteligência do art. 399 do CPC. Somente demonstrado haver o autor esgotado todos os meios para a localização dos bens em nome do devedor, pode o Juiz requisitar informações aos aludidos órgãos, porquanto, não obstante o caráter público do processo, tal prova deve ser sempre feita pela parte, e, só excepcionalmente através do Juízo. Recurso desprovido" (f.).

Houve embargos de declaração (f.), rejeitados (f.).

A recorrente procura demonstrar que o acórdão recorrido contraria o que vêm decidindo uniformemente os Tribunais, quanto à necessidade dos credores em obter informações acerca de bens dos devedores, através de expedição de ofícios aos órgãos públicos, uma vez esgotados todos os meios para localização dos bens em nome do devedor.

Traz julgados desta Corte e do Tribunal de Alçada de São Paulo com o fim de comprovar o dissídio jurisprudencial.

Não foram oferecidas contra-razões e o recurso especial foi admitido (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: O antigo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, em execução por título extrajudicial, descartou a expedição de ofícios para a localização de bens do devedor porque "o requerimento para que a Receita Federal forneça cópia das últimas declarações de renda, importa em quebra do sigilo fiscal. No que tange aos demais requerimentos, ofícios ao Detran e ao Banco Central, não obstante, a natureza pública do processo, deve o agravado, primeiramente, esgotar todos os meios na tentativa de localização dos bens, e, não fazê-lo de forma superficial". Os declaratórios foram rejeitados.

Não colhe proveito o especial, sem força os paradigmas apresentados diante da realidade dos autos. A Corte tem sido firme no sentido de que somente seria possível deferir o pedido se houvesse prova evidente de ter sido esgotada toda e qualquer possibilidade de localização dos bens do devedor, sendo que a "localização de bens penhoráveis é tarefa do exeqüente, que deve envidar todos os esforços nesse sentido e, somente em caráter excepcional, cabe a interferência do Judiciário por meio de requisição a entidades da Administração Pública" (AgRg no Ag 202.783/PR, da minha relatoria, *DJ* de 22.03.1999; no mesmo sentido: AgRg no Ag 189.288/AL, relator o Sr. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* de 18.12.1998; REsp 130.865/RS, relator o Sr. Min. Barros Monteiro, *DJ* de 29.09.1997).

Como visto, no caso, o acórdão recorrido considerou que não foram esgotados todos os meios para a localização dos bens do devedor.

Com essas razões, eu não conheço do especial.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Ari Pargendler.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 2 de setembro de 1999.

5.2.16 CONCUBINATO. Partilha. Bens comuns. Embargos de declaração.

Ementa: A sentença que decreta a partilha dos bens comuns deve examinar a defesa do réu quanto à origem do seu patrimônio.

Recurso provido.

REsp 212.219/MG – 4.ª T. – STJ – j. 22.06.1999 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – *DJU* 23.08.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator. Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho, Barros Monteiro e César Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 22 de junho de 1999 (data do julgamento). Min. BARROS MONTEIRO, presidente – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: Filomena Márcia de Mello Henriques promoveu ação de dissolução de sociedade de fato c/c partilha de bens pleiteando, alternativamente, indenização por serviços prestados.

O MM. Juiz *a quo*, julgou parcialmente procedente a demanda, concluindo que "a sociedade de fato entre as partes não restou provada" e condenou o réu "a indenizar a autora pelos serviços que esta lhe prestou durante o concubinato, indenização esta correspondente a R$ 7.300,00 (sete mil e trezentos reais)".

As partes apelaram. A autora pediu o acolhimento do primeiro pedido; o réu sustentou que os serviços domésticos normais não são indenizáveis, somente os excepcionais e, mesmo estes, a autora não logrou provar que os tenha prestado.

A E. Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por votação unânime, deu provimento à apelação da autora e negou à do réu, extraindo-se do voto-condutor do v. aresto, da lavra do eminente relator, Des. Campos Oliveira, o seguinte trecho:

"... As três testemunhas do réu não comprovaram a inexistência do concubinato, revelando, ao contrário, a existência de um relacionamento íntimo entre as partes (f.), o que firma a minha convicção de que houve realmente o concubinato entre eles.

Por outro lado, ficou demonstrado que o patrimônio do réu foi formado no curso da sociedade de fato, prestando a autora serviços na própria indústria, como dizem Sueli, Frederico Ozanan e Nilza.

Tem aplicação, portanto, a Súm. 380 do E. STF, com a qual, a propósito, Marco Aurélio S. Vianna esclarece, em boa síntese, que:

'O direito à partilha reclama a concorrência de dois (*sic*) requisitos:

1.º prova da existência de sociedade de fato;

2.º que dela resulte patrimônio ou aumento patrimonial;

3.º que este decorra de esforço comum' (*Curso de direito civil, Direito de família*, 1993. vol. 2, p. 143).

É claramente o que se vê das provas acostadas nos autos, e como decidiu o E. STJ, através de sua Terceira Turma, tendo como relator o Min. Cláudio Santos:

'A concubina faz jus à partilha de bens, se demonstrada sua contribuição para a formação do patrimônio, não se exigindo a partici-

pação direta. Compreensão que se harmoniza com o Enunciado 380 do STF' (REsp 12.022-0/MS, publicado em 21.11.1994, Coad 68.224).

O E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no mesmo sentido, decidiu:

'A união concubinária, até bem pouco, só gerava relações de caráter obrigacional e não familiar – Súm. 380 do STF –, mas a nova Carta Política elevou-se à categoria de entidade familiar – art. 226, §§ 3.º e 4.º da CF, cuja dissolução importa na partilha dos bens. Por esta nova concepção, a partilha não tem causa apenas no fator aquisição; mas também na tarefa da manutenção e conservação do patrimônio, pelo esforço comum. A vindicação recai nos bens em comunhão da sociedade familiar, excluídos os reservados. A relação jurídica não é de trabalho ou emprego, mas fincadas nos requisitos permanentes da *affectio conjugalis intuitu familiae* (8.ª Câm. Cív., AC 590.072.252, 20.06.1991, Coad 56.371).

E valho-me, novamente, das oportunas observações do douto Procurador:

'O que ficou evidenciado que o tio da autora emprestou dinheiro à sobrinha para que esta pudesse fazer parte da sociedade.

Além disso, ela laborou em prol da firma, exercendo as mais diversas funções, sem cobrar nada.

Se fosse uma simples funcionária, certamente teria sido registrada e faria jus a um salário.

Por isso, tem direito à partilha dos bens na proporção de sua contribuição' (f.).

Como se vê, o Ilustre parecerista opinou pelo provimento do recurso da autora, que pediu o deferimento do seu primeiro pleito, isto é, a dissolução da sociedade de fato com partilha, mas, na verdade, aquele parecer defendeu, em favor dela, 'a partilha dos bens na proporção de sua contribuição', o que representaria um provimento parcial, quando faz jus ao deferimento do primeiro pedido, pois participou, efetivamente, da formação do patrimônio da sociedade de fato, com sustento no voto que estou proferindo, devendo a partilha ser efetuada em partes iguais" (f.).

O réu ofereceu embargos de declaração, solicitando manifestação da E. Câmara sobre o modo de realizar a partilha dos bens, considerando suas alegações sobre a sua origem.

Os embargos foram rejeitados:

"Como se vê, em nenhuma oportunidade pediu que a partilha, se deferida, se fizesse dessa ou daquela forma. E o acórdão registra, a certa altura, o seguinte: (...)

Portanto, o acórdão não contém omissão, dispondo como se fará a partilha. E se há erro, como quer o embargante, ele não pode ser corrigido através de embargos de declaração, que têm outra finalidade, como prescreve o art. 535 do CPC, segundo o entendimento dos Tribunais:

'É incabível, nos declaratórios, rever a decisão anterior, reexaminando ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão, em conseqüência, do resultado final. Nesse caso, há alteração substancial do julgado, o que foge ao disposto no art. 535 e inciso do CPC' (*RSTJ* 30/412).

E ainda:

'Não pode ser conhecido recurso que, sob o rótulo de embargos declaratórios, pretende substituir a decisão recorrida por outra. Os embargos declaratórios são apelos de integração – não de substituição' (STJ, 1.ª T., REsp 15.774/SP, EDcl, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 25.10.1993, v.u., *DJU* 22.11.1993, p. 24.895, 2.ª col., em.).

E quanto ao questionário proposto, foge ele inteiramente à finalidade dos embargos, não cabendo ao julgador responder questionário da parte, como decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

'O juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos' (*RITJESP* 115/207)" (f.).

O réu ingressou com recursos extraordinário e especial, este por ambas as alíneas, alegando negativa de vigência ao art. 535, incs. I e II, do CPC, além de dissídio jurisprudên-

cial. Sustenta que teria havido omissão do v. aresto recorrido, ao determinar, genericamente: "... devendo a partilha ser efetuada em partes iguais, com o que não examinou as questões postas em relevo pelo demandado, em especial sobre os bens adquiridos sem qualquer participação da autora", como aqueles recebidos por doação. Afirma, outrossim, omissão do "v. acórdão recorrido sobre a forma como se dará a execução do julgado que deferir a partilha das quotas da sociedade, isto é, se a autora passará a integrar o quadro social da empresa (!!!!) ou se o valor das quotas poderá ser convertido em moeda corrente no País". Tocante ao dissídio, enfatiza que, ao contrário do entendimento do v. aresto recorrido, a jurisprudência dominante define que "a partilha, quando comprovada a existência de uma sociedade de fato, deve ser deferida na proporção da participação de cada sócio para a formação do patrimônio".

Com as contra-razões, o Tribunal de origem negou seguimento ao recurso extraordinário e admitiu o especial, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: Ao contestar a ação, o réu discorreu longamente sobre os bens integrantes do seu patrimônio, do modo pelo qual os adquiriu e fez referência expressa à doação recebida da mãe, a qual lhe proporcionou integralizar o capital social da empresa, ao usufruto vitalício de um apartamento, também recebido da mãe, e discorreu sobre o empréstimo fornecido pela mulher.

Afastado o pedido de partilha, de seus detalhes não se ocupou a r. sentença, nem sobre o ponto cabia recurso do réu. Porém, contra-arrazoando o apelo da autora, que insistia na partilha do patrimônio comum, o demandado voltou a se referir à versão inicialmente exposta sobre a origem dos bens, como se vê às f.

Portanto, ao dar provimento ao recurso da autora e determinar a partilha dos bens "em partes iguais", cabia à E. Câmara enfrentar a tese do réu quanto à origem dos recursos com os quais adquiriu o seu patrimônio, explicitar quais os bens que devem ser partilhados, uma vez que estes serão apenas os adquiridos pelo esforço comum dos companheiros, e eventualmente dispor sobre as quotas sociais.

Posto isso, conheço do recurso, pela alínea *a*, e lhe dou provimento para cassar o r. julgamento dos embargos declaratórios, a fim de que seja renovado, com o exame da argumentação do réu a respeito da formação do capital e explicitação dos bens que serão partilhados.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 22 de junho de 1999.

5.2.17 PENHORA. Registro. Fraude de execução. Art. 659, § 4.º, do CPC.

Ementa: I. No sistema anterior, para a caracterização da fraude de execução, relativa à alienação de bem constrito, cabia ao exeqüente, na ausência de registro da penhora, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem.

II. 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.º, segundo o qual, "a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro".

REsp 214.990/SP – 4.ª T. – STJ – j. 02.09.1999 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – *DJU* 11.10.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o relator os Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Min. Aldir Passarinho Júnior.

Brasília, 2 de setembro de 1999 (data do julgamento). Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, relator.

EXPOSIÇÃO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*: Na execução ajuizada pela recorrida contra Comercial Colonial de Imóveis Ltda., o ora recorrente aforou embargos de terceiro buscando excluir da penhora o imóvel que teria ele adquirido da executada de boa-fé, haja vista a certidão negativa de ônus que obteve na época da realização do negócio.

Procedendo ao julgamento antecipado da lide, a sentença julgou improcedente o pedido, arrimando-se em fundamento deste teor:

"Centra-se a defesa do proponente no fato de ter adquirido o imóvel quando não constava a averbação da penhora no registro imobiliário, o que, no entanto, não tem o condão de determinar a sorte do processo em seu favor. Tendo a penhora sido efetivada em 14.04.1992, em processo de execução ajuizado em 15.01.1992, observa-se que a compra, pelo ora embargante, foi feita somente em 10.1993 e 02.1994 (f.), por documento particular, levando a escritura definitiva a registro em 18.07.1994 (f.). Na ocasião da venda promovida pela devedora, já corria o processo de execução contra ela, com a garantia lavrada em favor da credora, ora embargada.

(...)

Mas a questão dos autos não trata sequer dessa particularidade, sendo certo que a compra, mesmo considerada a processa (*sic*), deu-se dois anos depois da penhora, impondo a sua manutenção, em favor do credor-exeqüente, que adquiriu o direito real de preferência sobre o bem penhorado, a teor do já mencionado art. 612 do CPC. E nem se queira, da parte do exeqüente, que tivesse promovido qualquer ato em favor do adquirente, pois a penhora foi validamente realizada, em reforço da garantia processual, impondo, isso sim, ao adquirente, promover as verificações necessárias sobre a situação do bem, não só em relação ao registro imobiliário, mas também quanto a demandas em andamento contra o vendedor. Destarte, o reclamo contra a falta de registro da penhora não tem fundamento lógico, pois era perfeitamente aferível a situação do bem por meio de verificações no distribuidor de ações cíveis da sede da vendedora. E, afinal a determinação para o registro da penhora sobre bens imóveis no registro imobiliário foi feita para vigorar somente a partir de 1995, com a introdução do § 4.º do art. 659 do CPC pela Lei 8.953/94, quando já estava consolidada a situação verificada neste processo".

O Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou provimento à apelação do embargante. A ementa do julgado restou assim redigida:

"Embargos de terceiro. Penhora anterior à venda. Aquisição do imóvel já onerado. Subsistência da constrição. Direito de seqüela. Ação improcedente. Apelo improvido".

Do voto-condutor desse acórdão, destaco:

"Quando da penhora o imóvel ainda pertencia à devedora, estava em seu patrimônio e por isso responde pelo débito.

O negócio é indiferente, para o credor. A boa ou má-fé do terceiro são irrelevantes, pois o ato, não é nulo e, acaso liquidado o débito, remanesce entre as partes contratantes, pois ele é somente considerado ineficaz relativamente ao credor.

Malgrado embargos de terceiro possam basear-se em compromisso não registrado – Súm. 84/STJ – aqui a penhora é anterior e o comprador adquiriu direitos onerados.

Nada obrigava à penhora de outros bens.

A sentença não carece de fundamentação. Veja-se f. ao final.

Afirmou que a alegada posse, não tem maior significado no caso e efetivamente não tem, porquanto a penhora atinge, fundamentalmente, o domínio".

Insurgiu-se o embargante interpondo o recurso especial que ora se examina, estribado no art. 105, III, *a* e *c* da Constituição, apontando violação dos arts. 240 da Lei de Registros Públicos, 593 e 659, § 4.°, do CPC, além de divergência com o RE 87.958.

Contra-arrazoado, foi o recurso inadmitido na origem, motivando agravo, que provi para melhor exame da espécie.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira* (relator): 1. Não há no acórdão a apontada negativa de vigência do art. 240 da Lei de Registros Públicos. O acórdão não negou que "o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior"; limitou-se a asseverar que também a alienação posterior ao ato constritivo caracteriza a fraude de execução, mesmo que não tenha havido registro da penhora.

2. O § 4.° do art. 659 do CPC, por seu lado, não se achava em vigor na data da alienação e nem na data da penhora, de maneira que o aresto não praticou afronta ao deixar de decidir a matéria à luz do seu comando.

3. A divergência jurisprudencial não enseja a abertura da instância especial. Não se observa a necessária semelhança entre as bases fáticas dos julgados cotejados, versando o paradigma a aptidão da promessa de compra e venda não registrada para autorizar a proteção dos embargos de terceiro, tema que o acórdão recorrido deixou de apreciar por entender irrelevante no caso concreto. Ademais, não foi efetuada a demonstração analítica da divergência, restando desatendidos os requisitos para a caracterização do dissídio.

4. No que diz com o art. 593 do CPC, melhor sorte socorre ao recorrente.

Segundo orientação que tem sido adotada nesta Corte, mesmo antes das alterações introduzidas pela "Reforma", tratando-se de caso em que a aquisição se concretizou quando já havia a penhora que não se achava registrada, para a tipificação da fraude de execução cabe ao exeqüente, a quem incumbia diligenciar o registro para garantia de sua preferência, provar que o adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem em constrição judicial.

Na espécie que ora se aprecia, as instâncias de origem afirmaram a ausência desse registro, não tendo, de outra parte, cuidado de positivar a ciência do embargante.

Sobre o tema, que não é novo na jurisprudência desta Turma, destaco do voto que proferi como relator no REsp 26.866/RJ (*DJ* 16.11.1992):

"O cerne da controvérsia, na espécie, cinge-se ao ponto concernente à presunção de fraude de execução perante adquirente de imóvel penhorado mas sem inscrição dessa penhora no álbum imobiliário.

O tema, induvidosamente polêmico, havia sido apreciado pelo Supremo Tribunal Federal na vigência do sistema constitucional anterior, quando veio a prevalecer posição segundo a qual, 'não havendo a inscrição, de que fala a Lei 6.015, art. 167, n. 21, incumbe ao credor o ônus de provar a fraude à execução' (Ag 96.838/SP, relator o Min. Alfredo Buzaid, *DJ* de 13.04.1984).

Neste Tribunal Superior, de igual forma, o mesmo posicionamento tem sido adotado, como se vê do REsp 9.789 (*DJ* de 03.08.1992/SP), relatado pelo Sr. Min. Athos Carneiro, assim ementado:

'Penhora de bem imóvel, antes de registrada (Lei 6.015/73, arts. 167, I, n. 5, 169 e 240), vale e é eficaz perante o executado, mas só é eficaz perante terceiros provando-se que estes conheciam ou deviam conhecer a constrição judicial.

Ainda que admitida como não eficaz a alienação de bem penhorado, mesmo se omitindo o registro da penhora, ainda assim tal ineficácia não poderia ser oposta ao terceiro que haja adquirido o imóvel de quem o comprou do executado. Necessidade de tutela à boa-fé, que em tal caso presume-se com maior evidência. Recurso especial conhecido e provido'.

Naquela oportunidade, ao votar, assinalou o eminente relator:

'Impende ressaltar, mais, que a Lei dos Registros Públicos – Lei 6.015/73, impõe a obrigatoriedade do registro das 'penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis' (arts. 167, n. 5 e 169), não certamente para a perfeição do ato executório da penhora e sua eficácia perante o executado, mas para eficácia perante terceiros, presumidos de boa-fé. Aliás, o art. 240 da mesma lei dispõe que o registro da penhora 'faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior"; em outros termos, se antes do registro da penhora o imóvel é alienado, caberá ao exeqüente o ônus de comprovar que o adquirente estava ciente da execução e da penhora'.

Em outra oportunidade, no REsp 4.132/RS, de que fui relator (*DJ* de 02.10.1990), esta Quarta Turma teve ensejo de proclamar:

'Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do art. 593, II, do CPC.

Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso'.

Da E. Terceira Turma, dentre outros, confiram-se o Ag 9.500/SP (*DJ* de 17.06.1991) e o REsp 2.653/MS (*DJ* de 19.01.1990), relatados, respectivamente, pelos Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

É do admirável magistério de Amílcar de Castro, em escólio ao art. 593 do CPC:

'A inscrição, no sistema do nosso direito, tem duas finalidades: é modo de adquirir direitos reais, e é forma de publicidade. Evidentemente, a inscrição de que se está tratando não tem o efeito de transferir direitos reais, e, sim, apenas o de publicidade, isto é, para publicar a terceiros que alguém está demandando a respeito de certos bens, ou que estes foram provisoriamente tirados do patrimônio do devedor como garantia de alguém, porque do executado foi expropriada a faculdade de disposição, faculdade esta que, temporariamente, pode ser exercida pelo Estado.

O fato, porém, de não ter sido registrado ou inscrita, a penhora, ou o arresto, o seqüestro, ou a citação, 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 a alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência. Feita a inscrição, as alienações posteriores peremptoriamente presumem-se feitas em fraude de execução, independentemente de qualquer outra prova. Não sendo feita a inscrição, o exeqüente deve provar as condições legais de existência de fraude à execução. Vale dizer: a inscrição só tem efeito de publicidade, e, vale como prova presumida, irrefragável, de conhecimento das condições legais de fraude por parte de terceiros'.

A propósito, v., ainda, *RT* 609/7 e *RF* 293/3".

No mesmo sentido, ademais, os Recursos Especiais 135.228/SP (*DJ* 13.04.1996) e 114.415/MG (*DJ* 26.05.1997), relatados pelos Ministros Nilson Naves e Ruy Rosado de Aguiar, assim ementados, respectivamente:

"Fraude de execução. Terceiro de boa-fé. Penhora (falta de registro). Inexistente o registro, não se considera em fraude de execução a alienação, salvo a hipótese de quem alegar a fraude provar que o terceiro sabia que o imóvel adquirido estava penhorado. Precedentes do STJ: Recursos Especiais 3.259, 70.063 e 140.670 (Súm. 83). Recurso especial não conhecido".

"Fraude de execução. Citação. Penhora. Falta do registro. Embargos de terceiro.

Alienado o bem pelos devedores depois de citados na execução, e tendo os adquirentes transferido o imóvel a terceiro após efetivada a penhora, o reconhecimento da existência de fraude de execução na primeira alienação dependeria da prova de que a demanda reduziria os devedores à insolvência, e de que o adquirente tinha motivo para saber da existência da ação; na segunda, dependeria de registro da penhora ou de prova da má-fé do subadquirente. Isso porque, inexistindo regis-

tro da citação da ação ou da penhora do bem alienado a terceiro, incumbe ao exeqüente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição. Art. 593, II e III, do CPC.

Precedentes".

Em síntese, colho de anotações que lancei ao art. 593 do CPC (*Código de Processo Civil anotado*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 418):

"A 'inscrição' (*rectius*, registro) gera publicidade e faz presumir, *iuris et de iure*, a ciência de terceiros.

Inexistindo registro da citação (hipóteses dos incs. I e II do art. 593 do CPC) ou do gravame judicial, ao credor cabe o ônus de provar a ciência, pelo terceiro, adquirente ou beneficiário, da existência da demanda ou do gravame".

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.°, assim redigido:

"A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro".

5. Em face do exposto, *conheço do recurso e dou-lhe provimento* para julgar procedentes os embargos e excluir da penhora o imóvel em questão, devendo o embargado-exeqüente arcar com as despesas processuais e honorários que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Aldir Passarinho Júnior.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 2 de setembro de 1999.

5.2.18 CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. Desaparecimento da garantia. Concordata. Crédito quirografário.

Ementa: A perda da garantia da cédula de crédito industrial transforma o crédito em quirografário e, como tal, há de ser habilitado na concordata da devedora, pois a regra do art. 17 do Dec.-lei 413/69, atribuindo ao título privilégio especial, aplica-se apenas à nota de crédito.

Recurso conhecido, em parte, pela divergência, mas improvido.

REsp 215.235/SP – 4.ª T. – STJ – j. 10.08.1999 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – *DJU* 06.09.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e César Asfor Rocha.

Brasília, 10 de agosto de 1999 (data do julgamento) – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: Calçados Martiniano S.A. e outros agravaram da decisão que determinara "a penhora em bens livres da concordatária quando o credor possui R$ 1.003.569,27 em duplicatas dadas em garantia pignoratícia", sustentando, em síntese, que a constrição deve recair sobre os bens dados em garantia, antes de penhorar outros bens dos devedores, e que o eventual saldo deve ser habilitado na concordata da devedora principal como quirografário.

A E. Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou pro-

vimento ao recurso, assim fundamentando o v. aresto:

"Não há dúvidas de que em primeiro lugar, existindo garantia pignoratícia decorrente do título exeqüendo, deve a penhora recair sobre tais bens, desde que existentes.

No presente caso, o banco protestou as duplicatas não pagas.

As demais eram duplicatas 'frias', conforme se demonstra pelos documentos anexos às contra-razões.

Não há, pois, bens remanescentes da indigitada garantia pignoratícia.

Não havia, pois, bens a serem excutidos e a determinação da penhora sobre bens livres foi determinação perfeitamente legal e de acordo com os fatos apresentados.

É certo que, tanto a cédula de crédito industrial como a comercial, perdida a garantia real nelas contidas, tratando-se de devedora concordatária, serão os respectivos créditos sujeitos aos efeitos da concordata.

O privilégio especial do art. 17 do Dec.-lei 413/69 apanha tão-somente os créditos estabelecidos por notas de crédito.

No entanto, não é disso que se trata.

Perdida a garantia das duplicatas por se constituírem em documentos sem causa, 'frios', portanto, não são susceptíveis de serem penhorados.

A decisão agravada mostrou-se correta, visto que a execução está aforada não só contra a concordatária, mas contra os controladores garantes.

Desta forma, é possível a penhora sobre os bens dos garantes. Não houve determinação expressa de penhora sobre os bens da concordatária em substituição aos bens constantes da garantia e inexistentes.

Inexistindo ilegalidade na decisão, esta é mantida por seus fundamentos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso".(f.)

Ambas as partes opuseram embargos de declaração, rejeitados pelo v. aresto de f., daí novos embargos, nos quais insistiram os embargantes em que houve omissão do acórdão, porquanto não conheceu da matéria que determinara a penhora de bens livres da concordatária, afirmando que a decisão agravada conhecera da questão, ao contrário do que admitiu o v. aresto. A E. Segunda Câmara acolheu os embargos, declarando que a decisão recorrida está correta, mas ressaltou que "a determinação de penhora de bens livres deve incidir somente sobre os bens dos sócios e não da concordatária, por força de lei." (f.)

O Banco ingressou com recurso especial por ambas as alíneas, alegando afronta aos arts. 5.º, XXXV, 93, IX, da CR; 535, II, do CPC; 956 e 1.563 do CC; 5.º da Lei 6.840/80 e aos arts. 14, 17, 18, 28, 43, 53 do Dec.-lei 413/69, além de divergência jurisprudencial. Sustentou que a E. Câmara deixou de suprir a omissão existente na sua fundamentação, pois não apreciou as questões propostas a respeito dos arts. 14, 18, 43 e 53 do Dec.-lei 413/69, 5.º da Lei 6.840/80 e do art. 1.563 do CC. Nas suas razões, examina os fatos da causa: atribui aos recorridos litigância de má-fé; lembra que a exigência de a penhora recair sobre os bens dados em garantia está impossibilitada porque as duplicatas emitidas para esse fim o foram fraudulentamente; negou a posse das duplicatas. Fundamenta o seu recurso na tese de que o desaparecimento da garantia da cédula industrial não transforma o crédito em quirografário, pois nesse caso a lei lhe atribui privilégio especial, à semelhança do que acontece com a nota de crédito, cujas disposições se aplicam à cédula de crédito, e cita em abono de seu pedido precedentes jurisprudenciais, inclusive desta Quarta Turma (REsp 1.047/RO). Nesse ponto, afirma: "a pretensão dos recorridos em transformar o crédito do Banco em quirografário, nada mais é do que uma manobra para aplicar um golpe no credor, pois mesmo que fosse frustrada a garantia da cédula de crédito, o título passaria a valer como nota de crédito, por força da conjugação dos dispositivos dos arts. 17 e 18 do Dec.-lei 413/69 c/c o art. 5.º da Lei 6.840/80".

Sem contra-razões, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso especial, daí o AgIn 203.691/SP (autos apensos), que provi para examinar a questão relacionada com a natu-

reza do título e sua sujeição aos efeitos da concordata (f. do apenso).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: 1. Não aconteceu a apontada omissão. A E. Câmara apreciou a questão relacionada com a natureza do crédito representado pela cédula de crédito industrial quando desaparecem os bens dados em garantia, estando a devedora em regime de concordata, e lhe deu fundamentada resposta. Afasto, pois, a alegada ofensa ao disposto no art. 535 do CPC.

2. A questão de fundo, relacionada com os efeitos do desaparecimento ou da insuficiência dos bens cedulares, não é nova neste Tribunal, já tendo sido submetida a controvérsia ao julgamento da E. 2.ª Seção, precisamente porque havia divergência entre as Turmas, prevalecendo o entendimento esposado pelo r. acórdão recorrido. Assim votou o eminente Min. Sálvio de Figueiredo, relator:

"Conquanto tenha aderido a esta última orientação ao participar do julgamento pela Turma, permito-me, melhor refletindo sobre o tema, reformular meu entendimento, uma vez que o referido art. 17 do Dec.-lei 413/69 somente se aplica às notas de crédito industrial e, por força do disposto na Lei 6.840/80, às notas de crédito comercial. Não, porém, às cédulas de crédito.

Tal o que resulta da exegese sistemática dos seguintes dispositivos do aludido decreto-lei:

'Art. 9.º A cédula de crédito industrial é promessa de pagamento em dinheiro, com garantia real, cedularmente constituída.

(...)

Art. 15. A nota de crédito industrial é promessa de pagamento em dinheiro, sem garantia real.

(...)

Art. 17. O crédito pela nota de crédito industrial tem privilégio especial sobre os bens discriminados no art. 1.563 do CC.

Art. 18. Exceto no que se refere a garantias e à inscrição, aplicam-se à nota de crédito industrial as disposições deste decreto-lei sobre cédula de crédito industrial'.

Assim, somente gozam de privilégio especial os créditos estabelecidos em notas de crédito. O privilégio dos créditos formalizados em cédulas decorre da garantia real que nelas é instituída. Afastada esta, o crédito torna-se quirografário, não havendo que se falar, salvo melhor juízo, em subsistência de privilégio de outra qualquer natureza".

Naquela ocasião, votando depois de vista, acompanhei o eminente relator com a seguinte declaração de voto:

"1. Os embargos de divergência foram opostos a v. acórdão da E. 3.ª T., assim ementado: 'Não bastando os bens dados em garantia para o pagamento do débito, o saldo será considerado quirografário, sujeitando-se à concordata. A execução, em conseqüência, haverá de levar à constrição daqueles bens, não sendo possível a penhora de outros, extravasando os limites da garantia'.

O Banco Meridional, embargante, trouxe como paradigmas dois arestos da E. 4.ª T. o REsp 1.047/RO, relatado pelo eminente Min. Barros Monteiro com a seguinte ementa: 'Cédula de crédito comercial. Privilégio especial. Gozando o crédito de privilégio especial, não se acha ele sujeito aos efeitos da concordata impetrada pela devedora'. Consta da sua fundamentação: 'Nessas condições, desfrutando o crédito em exame de privilégio especial por expressa disposição de lei, cai por terra toda a argumentação desenvolvida pela recorrente. A eliminação da garantia real diante da aludida decisão judicial permite que se faça sobressair o privilégio especial previsto no art. 17 do Dec.-lei 413/69'.

O segundo paradigma é o REsp 16.638/MG, relatado pelo eminente Min. Athos Carneiro, com a seguinte ementa: 'Concordata. Crédito constituído através de nota de crédito industrial ... A circunstância de o crédito privilegiado haver sido inscrito pela concordatária em seu quadro geral de credores, sem que o credor haja formulado impugnação, tal circunstância não importa em renúncia ao privilégio especial decorrente do art. 17 do Dec.-lei 413/69'.

2. Nesta E. 2.ª Seção, em sessões anteriores, o eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator, conheceu dos embargos e os rejeitou. Pediu vista o eminente Min. Barros

Monteiro, que votou pelo não conhecimento, por não reconhecer a divergência com nenhum dos julgados trazidos à colação.

Diante do impasse, pedi vista e trago hoje o voto.

3. Não há divergência com o acórdão de relatoria do eminente Min. Athos Gusmão Carneiro, vez que as questões jurídicas decididas são inteiramente diversas. No v. acórdão embargado discute-se sobre a natureza do crédito que fica sem o suporte da garantia real, enquanto que no paradigma decidiu-se sobre os efeitos da inclusão do crédito com privilégio especial na lista geral dos credores da concordata.

Respondo, porém, afirmativamente, quanto à divergência em relação ao REsp 1.047/RO.

O acórdão embargado, diante de uma execução de cédula de crédito industrial, com caução de duplicatas, e tendo a penhora recaído em outros bens do devedor em concordata, decidiu: 'A exclusão do favor decorrente da concordata só atinge os bens vinculados ao pagamento daquele crédito ... Cuidando-se de execução, movimentada por titular de crédito, cujo pagamento seja garantido por determinados bens, há de sobre eles incidir o ato constritivo. Sobejando parcela, cujo pagamento não foi atendido, será o remanescente tratado como quirografário' (f.).

O paradigma versou sobre a execução de cédula de crédito comercial, garantida por uma hipoteca cujo registro veio a ser anulado por sentença, recaindo então a penhora sobre outros bens da devedora concordatária. Ali ficou assentado: 'Ainda que se repute elidida a hipoteca em face da citada decisão judicial, o crédito ora em exame goza de privilégio especial ... O crédito especial, de seu turno, não está sujeito aos efeitos da concordata, pois que não constitui ele – bem de ver – crédito quirografário' (f.).

Como se vê, a questão jurídica resolvida pelos dois acórdãos é a mesma, tirando as nuanças inespecíficas de cada uma: pergunta-se – o credor de cédula de crédito comercial ou industrial goza de algum privilégio que lhe permita promover execução sobre outros bens da concordatária, que não os dados em garantia, agindo assim em detrimento dos demais credores quirografários? As respostas dos acórdãos em confronto são divergentes, pois enquanto o decisório recorrido disse que o sobejante passou a constituir simples crédito quirografário, o v. acórdão paradigma afirmou que o crédito passava a gozar de privilégio especial (art. 17 do Dec.-lei 413/69, aplicável por força da Lei 6.840/80).

Está, portanto, instalada a divergência.

4. Conhecendo do recurso, nego-lhe provimento.

O Código Civil faz a distinção entre crédito real, com as garantias de penhor, anticrese e hipoteca, que ficam vinculadas ao cumprimento da obrigação (art. 755), e o crédito pessoal privilegiado, que pode ser especial, compreendendo os bens sujeitos, por expressa disposição de lei, ao pagamento do crédito, e o geral, que pode recair sobre todos os bens não sujeitos a crédito real, nem a privilégio especial (art. 1.565 do CC).

A cédula de crédito, seja industrial ou comercial, tem garantia real (num caso, a hipoteca, no outro, o penhor das duplicatas). Deixando de existir a garantia real, ela não se transforma em garantia pessoal privilegiada porque esta não foi constituída, não decorreu da vontade das partes, nem da lei. O que o art. 17 do Dec.-lei 413/69 dispõe sobre o privilégio especial destina-se às notas de crédito industrial ou comercial, que não têm garantia real.

No entanto, ainda que houvesse a automática substituição de uma garantia real por privilégio especial, ainda assim ficaria faltando a especialização dos bens sobre os quais recairia esse privilégio, especialização indispensável para a própria existência do privilégio especial, pois, nos termos expressos do Código Civil, o privilégio especial 'só compreende os bens sujeitos ao pagamento do crédito, que ele favorece' (art. 1.565 do CC). A rigor, se algum privilégio se pudesse admitir como instituído após o desaparecimento da garantia real, seria o geral, sobre qualquer bem não vinculado, mas para isso ficaria faltando o suporte legal, porquanto nenhuma norma existe autorizando tal transformação.

Assim, concluo que o credor de cédula de crédito industrial ou comercial que por algu-

ma razão não possa fazer valer a sua garantia real ou pessoal privilegiada contra o devedor concordatário, somente pode habilitar-se como credor quirografário no concurso, pela totalidade ou pelo saldo do seu crédito, com o que me alinho à decisão embargada".

Mais recentemente, na E. 3.ª T., foi reafirmada a orientação: "O privilégio especial estabelecido no art. 17 do Dec.-lei 413/69 diz respeito à nota de crédito" (AGA 139.870/SP, relator eminente Min. Menezes Direito).

Assim, conheço do recurso, em parte, pela divergência, que ficou bem demonstrada, mas lhe nego provimento.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso, mas lhe negou provimento.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e César Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 10 de agosto de 1999.

5.2.19 AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ARREMATAÇÃO. Imóvel dado em pagamento por escritura registrada quando não havia transcrição de qualquer ato de constrição sobre o imóvel. Fraude de execução não caracterizada. Art. 659, § 4.º, do CPC.

Ementa: I. 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.

II. 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.º, segundo o qual, "a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro".

III. Não prevalece a arrematação, contra o pedido de anulação feito pelo proprietário, que não é o executado, se o arrematante não demonstra que à época da transferência da propriedade o adquirente tinha conhecimento da existência da penhora.

REsp 215.306/MG – 4.ª T. – STJ – j. 10.08.1999 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – *DJU* 13.09.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o relator os Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília, 10 de agosto de 1999 (data do julgamento) – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*: Trata-se de ação ordinária de nulidade de arrematação ajuizada pelo recorrente contra o recorrido, argumentando que os imóveis litigiosos foram objeto de dação em pagamento, formalizada por escritura pública lavrada em 07.10.1991, passando à sua propriedade. Entretanto, em execução, aforada em 1988 pelo recorrido contra os alienantes, foram os bens penhorados (1989), vindo a ser arrematados, pelo próprio exeqüente (1995).

A sentença julgou improcedente o pedido, destacando:

"A arrematação, a meu sentir, não teve qualquer vício ou nulidade. O que poderia causar a nulidade seria a infração do art. 698 do CPC com a não intimação dos credores hipotecários ou senhorios diretos sobre os imóveis a serem levados a leilão.

Acontece que, quando o réu propôs a execução que deu origem à arrematação que se

pretende anular, inexistia qualquer tipo de penhora ou hipoteca em favor do autor, que só veio a acontecer em 25.06.1991 e cancelada em 23.10.1991 (f.). Vemos que a penhora se deu em 31.10.1989 (f.) quando inexistia o gravame e a transferência de domínio indicados pelo autor. Tais fatos fazem esbarrar nos arts. 615 e 619 do CPC. O registro da penhora se deu em março de 1994 e que a arrematação se deu em novembro de 1995. Vemos, por fim, que o gravame sobre os imóveis teve vida curtíssima porque iniciada possivelmente em 25.06.1991 e terminou em 23.10.1991, que tornou impossível qualquer conhecimento dele pelos outros credores dos seus antigos proprietários.

E se houve qualquer outra modificação no domínio do imóvel esta se deu no curso daquela execução o que, fatalmente, importará em fraude à execução e, portanto, ineficaz quanto ao exeqüente".

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais negou provimento à apelação do autor, esclarecendo não se tratar o apelante do "senhorio direto" consignado na redação do art. 698 do CPC, sendo certo que este "nada mais é do que o aforador, titular do domínio direto do imóvel gravado pela enfiteuse, que de modo algum se confunde com o possuidor direto do imóvel".

A nulidade da arrematação por falta de registro da penhora foi também afastada pelo acórdão, com base na circunstância de que fora ela efetuada anteriormente à vigência do sistema que impõe o registro como requisito de validade do ato, assim como declarada dispensável a comprovação do *concilium fraudis* para caracterizar a fraude de execução quando alienado imóvel já penhorado, principalmente cuidando-se de alienação efetuada diretamente pelos executados.

Adveio o recurso especial em exame, fundamentado nas alíneas *a* e *c* do art. 105, III da Constituição, veiculando, além de divergência jurisprudencial, alegação de afronta aos arts. 659 e 698 do CPC, 1.º, 167, 169, 172, 176, 216, 239 e 240 da Lei 6.015/73.

Contra-arrazoado, foi o recurso inadmitido na origem, motivando agravo a que dei provimento para melhor exame da espécie.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira* (relator): 1. Relativamente aos artigos da Lei de Registros Públicos, não há como conhecer do apelo, mercê da falta de prequestionamento. É certo que o recorrente, em suas razões de apelação, apontou essa norma, mas o aresto impugnado se limitou a enfrentar a questão da desnecessidade do registro da penhora à luz da sistemática do Código processual, sem adentrar a qualquer consideração quanto à incidência, ou não, daquela lei ao caso em exame. Sem manifestação do Colegiado acerca do tema, não há como se possa afirmar a negativa de vigência da lei federal.

2. No concernente à apontada afronta ao art. 659 da lei processual, também não logra prosperar a irresignação. Quando efetuada a penhora, não vigia a exigência, introduzida em dezembro de 1994 pela Lei 8.953/94 (com a adição a esse artigo do § 4.º), de que necessária a sua inscrição no respectivo registro. Consta da sentença (f.) que o registro da penhora foi efetuado em março de 1994. Conclui-se, portanto, que, quando passou a ser obrigatório o registro para a validade do ato de constrição, a penhora em questão já se achava devidamente inscrita no registro imobiliário. Não se observa, por isso, a negativa de vigência dessa norma.

3. Quanto ao art. 698 do CPC, melhor sorte não socorre o recorrente. Esse dispositivo se dirige à proteção do credor hipotecário e do senhorio direto, figuras nas quais por certo ele não se enquadra, nos precisos termos em que se expressou o relator da apelação.

Da melhor doutrina no tema, destaco escólios de Humberto Theodoro Jr. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1979. vol. IV, n. 386, p. 493) e Celso Neves (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense. vol. VII, n. 60, p. 117), deste teor, respectivamente:

"A hipoteca e a enfiteuse são direitos reais sobre imóveis alheios, mas não tornam impenhoráveis os bens sobre que eles recaem.

A validade da arrematação, quando o credor hipotecário ou o senhorio direto não são parte na execução, depende de prévia intimação dos titulares daqueles direito reais, medi-

da que deverá ser diligenciada com a antecedência mínima de 10 dias, segundo o artigo comentado.

(...)

Com relação à enfiteuse, a intimação determinada pelo 698 se destina a assegurar ao senhorio direto o direito de preferência que outorga o art. 689 do CC. Realizada a arrematação, sem a prévia intimação, continuará o senhorio direto a contar com a faculdade de exercer a preferência perante o arrematante, senão optar pelo desfazimento da alienação judicial nos termos do art. 694, par. ún., n. IV".

"A regra concerne a garantias que o direito material confere ao credor hipotecário (CC, art. 826) e ao senhorio direto (CC, art. 689) nos casos de praça de bens hipotecados ou submetidos ao regime enfitêutico".

4. Quanto à divergência jurisprudencial, observa-se a sua caracterização em relação ao MS 194.719, oriundo do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, de sorte que passível de ser conhecido o recurso por esse fundamento.

O acórdão recorrido afirmou que a arrematação seria válida porque, mesmo sem o registro da penhora, teria restado configurada a fraude de execução, pela simples alienação do bem quando já penhorado para garantir execução ajuizada pelo arrematante contra os alienantes. O paradigma, por seu lado, adotou o entendimento de que "necessário levar-se a registro a penhora de bem imóvel para caracterizar a fraude à execução em caso de alienação do bem".

Conhecendo do recurso pela divergência, impende dar-lhe provimento, haja vista a jurisprudência dominante nas Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte.

Segundo entendimento que tem sido acolhido no Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes das inovações trazidas com a "Reforma", para a caracterização da fraude de execução, ao exeqüente, que não providenciou o registro da penhora, cabe provar que o terceiro-adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem em constrição judicial.

Na espécie em exame, cumpre observar que as instâncias de origem afirmaram a ausência desse registro, não tendo, por outro lado, fixado a má-fé do autor.

Sobre o tema, extraio, de voto que proferi, como relator, no REsp 26.866/RJ (*DJ* 16.11.1992):

"O cerne da controvérsia, na espécie, cinge-se ao ponto concernente à presunção de fraude de execução perante adquirente de imóvel penhorado mas sem inscrição dessa penhora no álbum imobiliário.

O tema, induvidosamente polêmico, havia sido apreciado pelo Supremo Tribunal Federal na vigência do sistema constitucional anterior, quando veio a prevalecer posição segundo a qual, 'não havendo a inscrição, de que fala a Lei 6.015, art. 167, n. 21, incumbe ao credor o ônus de provar a fraude à execução' (Ag 96.838/SP, relator o Min. Alfredo Buzaid, *DJ* de 13.04.1984).

Neste Tribunal Superior, de igual forma, o mesmo posicionamento tem sido adotado, como se vê do REsp 9.789 (*DJ* de 03.08.1992/SP), relatado pelo Sr. Min. Athos Carneiro, assim ementado:

'Penhora de bem imóvel, antes de registrada (Lei 6.015/73, arts. 167, I, n. 5, 169 e 240), vale e é eficaz perante o executado, mas só é eficaz perante terceiros provando-se que estes conheciam ou deviam conhecer a constrição judicial.

Ainda que admitida como não eficaz a alienação de bem penhorado, mesmo se omitido o registro da penhora, ainda assim tal ineficácia não poderia ser oposta ao terceiro que haja adquirido o imóvel de quem o comprou do executado. Necessidade de tutela à boa-fé, que em tal caso presume-se com maior evidência. Recurso especial conhecido e provido'.

Naquela oportunidade, ao votar, assinalou o eminente relator:

'Impende ressaltar, mais, que a Lei dos Registros Públicos – Lei 6.015/73, impõe a obrigatoriedade do registro das 'penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis' (arts. 167, n. 5 e 169), não certamente para a perfeição do ato executório da penhora e sua eficácia pe-

rante o executado, mas para eficácia perante terceiros, presumidos de boa-fé. Aliás, o art. 240 da mesma lei dispõe que o registro da penhora 'faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior'; em outros termos, se antes do registro da penhora o imóvel é alienado, caberá ao exeqüente o ônus de comprovar que o adquirente estava ciente da execução e da penhora'.

Em outra oportunidade, no REsp 4.132/RS, de que fui relator (*DJ* de 02.10.1990), esta Quarta Turma teve ensejo de proclamar:

'Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do art. 593, II, do CPC.

Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso'.

Da E. Terceira Turma, dentre outros, confiram-se o Ag 9.500/SP (*DJ* de 17.06.1991) e o REsp 2.653/MS (*DJ* de 19.01.1990), relatados, respectivamente, pelos Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

É do admirável magistério de Amílcar de Castro, em escólio ao art. 593 do CPC:

'A inscrição, no sistema do nosso direito, tem duas finalidades: é modo de adquirir direitos reais, e é forma de publicidade. Evidentemente, a inscrição de que se está tratando não tem o efeito de transferir direitos reais, e, sim, apenas o de publicidade, isto é, para publicar a terceiros que alguém está demandando a respeito de certos bens, ou que estes foram provisoriamente tirados do patrimônio do devedor como garantia de alguém, porque do executado foi expropriada a faculdade de disposição, faculdade esta que, temporariamente, pode ser exercida pelo Estado.

O fato, porém, de não ter sido registrado ou inscrita, a penhora, ou o arresto, o seqüestro, ou a citação, 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 a alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência. Feita a inscrição, as alienações posteriores peremptoriamente presumem-se feitas em fraude de execução, independentemente de qualquer outra prova. Não sendo feita a inscrição, o exeqüente deve provar as condições legais de existência de fraude à execução. Vale dizer: a inscrição só tem efeito de publicidade, e, vale como prova presumida, irrefragável, de conhecimento das condições legais de fraude por parte de terceiros'.

A propósito, v., ainda, *RT* 609/7 e *RF* 293/3".

No mesmo sentido, ademais, os Recursos Especiais 135.228/SP (*DJ* 13.04.1996) e 114.415/MG (*DJ* 26.05.1997), relatados pelos Ministros Nilson Naves e Ruy Rosado de Aguiar, assim ementados, respectivamente:

"Fraude de execução. Terceiro de boa-fé. Penhora (falta de registro). Inexistente o registro, não se considera em fraude de execução a alienação, salvo a hipótese de quem alegar a fraude provar que o terceiro sabia que o imóvel adquirido estava penhorado. Precedentes do STJ: Recursos Especiais 3.259, 70.063 e 140.670 (Súm. 83). Recurso especial não conhecido".

"Fraude de execução. Citação. Penhora. Falta do registro. Embargos de terceiro.

Alienado o bem pelos devedores depois de citados na execução, e tendo os adquirentes transferido o imóvel a terceiro após efetivada a penhora, o reconhecimento da existência de fraude de execução na primeira alienação dependeria da prova de que a demanda reduziria os devedores à insolvência, e de que o adquirente tinha motivo para saber da existência da ação; na segunda, dependeria de registro da penhora ou de prova da má-fé do subadquirente. Isso porque, inexistindo registro da citação da ação ou da penhora do bem alienado a terceiro, incumbe ao exequente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição. Art. 593, II e III, do CPC.

Precedentes".

Em síntese, colho de anotações que lancei ao art. 593 do CPC (*Código de Processo Civil anotado*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 418):

"A 'inscrição' (*rectius*, registro) gera publicidade e faz presumir, *iuris et de iure*, a ciência de terceiros.

Inexistindo registro da citação (hipóteses dos incs. I e II do art. 593 do CPC) ou do gravame judicial, ao credor cabe o ônus de provar a ciência, pelo terceiro, adquirente ou beneficiário, da existência da demanda ou do gravame".

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.º, assim redigido:

"A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro".

5. Em face do exposto, *conheço do recurso* e *dou-lhe provimento* para julgar procedente o pedido contido na inicial e declarar nula a arrematação, devendo o réu arcar com as despesas processuais e honorários que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 10 de agosto de 1999.

5.2.20 BEM INDIVISÍVEL. Alienação judicial. Separação judicial. Partilha (falta).

Ementa: À falta de outros bens, e tendo a mulher concordado com a venda do imóvel de propriedade do casal, inexiste razão que impeça a alienação judicial do bem, ainda que não tenha sido realizada a partilha.

Recurso não conhecido.

REsp 216.347/SP – 4.ª T. – STJ – j. 31.08.1999 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – *DJU* 25.10.1999.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e César Asfor Rocha.

Brasília, 31 de agosto de 1999 (data do julgamento) – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: Manuel Diaz Montiel e Eleonora Diaz Montiel separaram-se judicialmente sem efetivarem a partilha dos bens, que permaneceram em condomínio, daí por que promoveu o autor ação de alienação judicial contra a ré, pretendendo vender o imóvel onde reside a demandada, situado na Rua Antenor Bettarello, 276, Veleiros, São Paulo/SP, porquanto não lhe convém manter a comunhão.

O Doutor Juiz rejeitou as preliminares argüidas pela ré e julgou "procedente a ação para ordenar a alienação judicial do bem objeto da matrícula 69.355 do 11.º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo, cujo produto será dividido por igual entre as partes, abatidas todas as despesas para tanto, suportadas por elas na mesma proporção." Outrossim, condenou a ré a pagar as custas e despesas atualizadas, bem como os honorários do advogado contrário, arbitrados em 15% do valor da causa, corrigido.

Apelou a ré, sustentando nulidade da sentença ao argumento de incompetência absoluta do juízo cível, bem como a impossibilidade da alienação sem a prévia partilha de todos os bens.

A E. Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação

unânime, negou provimento ao recurso, de conformidade com o relatório e voto do relator, eminente Des. Olavo Silveira:

"(...) 2. As partes acordaram em se separar judicialmente, com homologação por sentença, segundo consta do documento trazido à f. e v°, sem, no entanto, deliberarem sobre a partilha dos bens que, por isso, permanecem em comum, constituindo um condomínio.

Pretende o autor alienar um dos bens comuns e, por isso, não encontrando concordância da ré, requereu a alienação judicial, com divisão do produto entre as partes, o que foi deferido.

A ré, que sustenta não se opor à pretensão, mas que resiste em concordar com a venda, vem, e só agora, na apelação, sustentar a incompetência absoluta do juízo cível, e, de outra parte, insiste em que, sem a prévia partilha, não é possível a alienação pretendida, até porque outros bens devem integrar a divisão entre os ex-cônjuges.

Sem razão, no entanto, a apelante.

As partes são maiores e capazes e ambas titulares do domínio sobre o imóvel comum, cuja alienação é pretendida. Assim, embora não celebrada a partilha, nada impedia que o pedido fosse formulado perante o juízo cível, e a venda autorizada, porque nenhum prejuízo resultará.

Efetuada a venda, dividido igualmente o valor que vier a ser apurado, se, e quando for realizada a partilha, ali será mencionada a venda anterior, com partilha do respectivo valor.

Oportuno observar que, estivessem as partes acordadas sobre a venda, sendo maiores e capazes, condôminas que poderiam mediante escritura pública, aliená-lo a terceiros, independentemente de alvará ou de autorização judicial, pois cada um estaria vendendo apenas o que é seu. E, como não acordaram sobre a venda, nenhum impedimento legal para que ela se efetive mediante alvará judicial, como determinou a sentença, que não é nula e nem contrariou a lei, devendo prevalecer" (f.).

Rejeitados os embargos de declaração, a ré interpôs recurso especial (alínea *a*), alegando afronta aos arts. 31 da Lei 6.515/77; 1.121, par. ún.; 982 *et seq.* do CPC; e ao 5.°, LIV, da CR. Sustenta, em primeiro lugar, a incompetência absoluta do juízo cível para decidir partilha de bens do casal. A partilha litigiosa de bens conjugais somente poderá ser feita em obediência ao art. 1.121 e par. ún. do CPC, ainda que as partes sejam maiores e capazes. Não havendo acordo entre as partes, a partilha deverá obedecer a um procedimento especial de jurisdição contenciosa, previsto no art. 982 *et seq.* do CPC, uma vez que o patrimônio conjugal não é juridicamente igual a um simples condomínio, regulado pelo art. 623 do CC. Segue-se que o recorrido é carecedor da ação, não podendo pretender a alienação de bem conjugal comum por meio de procedimento de jurisdição voluntária. Por isso, "a petição inicial deverá ser indeferida porque o tipo de procedimento escolhido pelo recorrido não é adequado ao tipo de direito discutido na demanda", a teor do arts. 267, I, IV e IX e 295, I e V, e seu par. ún., III, do CPC. Por fim, assevera que a maioridade e a capacidade das partes não podem servir como critério justificador para que a partilha litigiosa do bem imóvel seja efetivada pelo rito do art. 1.113 do CPC. Menciona, ainda, os arts. 1.721, 1.611, 258, par. ún., do CC, a Lei 8.009/90, arts. 1.120 do CPC e o 226 *et seq.* da CR. Requer seja declarada nula a r. sentença, porque decidida por Juiz absolutamente incompetente e, não sendo possível o acolhimento deste pedido, seja reformada a sentença e também o aresto "por terem essas decisões" afrontado os já citados arts. 1.121, par. ún., e 983 *et seq.* do CPC, c/c o art. 31 da Lei 6.515/77.

Com as contra-razões, o Tribunal de origem negou seguimento ao recurso especial, daí o AgIn 205.640/SP (autos apensos), que provi para melhor exame. Requisitados os autos.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: 1. A alegação de nulidade do processo por incompetência do juízo não pode ser acolhida.

A recorrente não apontou norma federal que determine a competência da Vara de Família para a alienação de imóvel de proprie-

dade do casal, razão pela qual não pode ser acolhida a sua alegação de incompetência da Vara Cível para processar o pedido de venda judicial de bem indivisível. Nem o r. acórdão examinou dispositivos legais versando sobre o tema.

2. Examino o tema relacionado com a venda do bem comum antes de realizada a partilha do patrimônio do casal que se separou judicialmente.

Sem que se tenha feito a partilha dos bens do casal, não se pode dizer se o bem que um deles pretende alienar ficará no quinhão de um ou de outro dos comunheiros. Se a mulher reside no imóvel e resiste à sua venda, havendo a possibilidade de tal bem integrar o seu quinhão, seria inoportuna e mesmo inconveniente a venda unicamente para satisfazer ao interesse do marido. Em tal caso, penso eu, seria de rigor a exigência de prévia partilha para demonstrar que o bem ficou em comum e, sendo indivisível, necessária a venda judicial.

No caso dos autos, porém, além de não reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência de outros bens, e tendo a mulher concordado com a alienação, conforme constou da notificação que enviou ao autor, e reiterou no processo, não há razão que impeça o desfazimento do condomínio.

Por isso, não encontro no r. acórdão ofensa aos dispositivos legais citados, pois nenhum deles veda a venda de bem comum do casal separado, não sendo caso de invocar as razões acima citadas, quanto à necessidade de prévia partilha.

Assim, não conheço do recurso.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e César Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 31 de agosto de 1999.

5.2.21 CONTRATO DE MÚTUO. Execução. Penhora. Ausência de intimação da mulher do executado. Nulidade.

Ementa: 1. Está assentado na jurisprudência da Corte que, tratando-se de penhora sobre bem imóvel, a "intimação do cônjuge é imprescindível, gerando a sua ausência nulidade pleno iure*".*

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

REsp 218.452/SP – 3.ª T. – STJ – j. 03.02.2000 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – *DJU* 08.03.2000.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Eduardo Ribeiro.

Brasília, 3 de fevereiro de 2000 (data do julgamento) – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Asdrúbal de Oliveira Júnior e outros interpõem recurso especial, com fulcro nas alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela 12.ª Câm. do 1.º TACivSP, assim ementado:

"Execução. Contrato de empréstimo bancário (mútuo). Garantia com promissória. Alegada emissão em branco. Possibilidade. Execução apenas do contrato. Opção do credor. Inexistência de nulidade. Cobrança apenas dos juros compensatórios, moratórios e multa contratados. Incidência até a distribuição da ação, passando a fluir até os moratórios com atuali-

zação do débito pelos índices oficiais. Apelo improvido, com observação.

Penhora. Nulidade inexistente. Imóvel registrado em nome do co-executado. Alienação não levada a registro e que não contou com anuência do credor hipotecário. Ausência de intimação da esposa que não acarreta em nulidade do ato, pois poderá ser regularizada antes da praça. Recurso improvido.

Perícia contábil. Desnecessidade. *Quantum debeatur* facilmente apurável por simples cálculos aritméticos. Cerceamento inocorrente. Matéria essencialmente de direito. Acertado julgamento antecipado. Pretensão rejeitada" (f.).

Alegam os recorrentes vilação aos arts. 10, § 1.º, 47, 283, 598 e 669, par. ún., do CPC, argumentando que a nota promissória deve acompanhar o título extrajudicial principal e que a intimação do cônjuge virago em relação à penhora do imóvel é imprescindível. Requer a anulação da penhora, bem como a decretação de carência da execução.

Aduzem, ainda, dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgados desta Corte e do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul.

Embargos de declaração apresentados (f.), conhecidos, mas improvidos (f.).

Contra-razões foram desentranhadas por irregularidade na representação processual (f.) e o recurso especial foi admitido (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Os recorrentes ajuizaram embargos à execução julgados improcedentes. O Primeiro TACivSP manteve o julgado. O acórdão recorrido considerou que a falta de intimação da esposa do co-executado não acarreta nulidade porque o "imóvel ainda se encontra registrado no nome do executado, como mencionou a sentença, e a Escritura objeto da certidão de f. 13/verso, não foi levada a registro, cumprindo observar que o credor hipotecário não anuiu na venda", devendo ser feita a intimação da penhora, antes da realização da praça. Por outro lado, considerou o acórdão recorrido que, nestes autos, a nota promissória não está sendo executada, mas, sim, o contrato, sendo admitido demonstrativo apresentado na própria petição da execução. Finalmente, considerou o acórdão recorrido: a) não ser necessária a dilação probatória porque a matéria, no caso, é essencialmente de direito; b) os juros remuneratórios, aplicada a taxa desde o termo inicial (19.06.1995) até a véspera da data da distribuição (08.08.1995), ou seja, por 50 dias; c) não há cobrança de encargos acumulados nem capitalização de juros, sendo que a comissão de permanência não foi aplicada; d) o art. 192, § 3.º, da CF não é auto-aplicável; e) os juros moratórios de 1% ao mês e a multa de 10% foram pactuados e decorrem do inadimplemento, estando configurada a mora; não se atacou a sucumbência, prevalecendo, então, a fixada pela sentença. Os declaratórios foram repelidos.

A alegação de cerceamento de defesa com apoio no art. 5.º, LV, da CF foge ao âmbito do recurso especial.

A alegação de que os contratos bancários são contratos de adesão, em que o consumidor não tem oportunidade real de discutir o seu conteúdo, bem assim a chamada "teoria da lesão", adotada por Tribunais do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, passa ao largo do acórdão recorrido.

A alegação de violação ao art. 535 do CPC não vem amparada em indicação do que teria sido a contradição ou a omissão, com o que fica inviável o exame por esse ângulo.

A alegação de não existir nos autos qualquer nota promissória merece ser considerada. O acórdão recorrido deixou claro que o que estava em execução não era a nota promissória. Mas, há precedente da Corte que bem reflete a impugnação dos recorrentes. Com o voto condutor do Sr. Min. Eduardo Ribeiro, vencido o Sr. Min. Nilson Naves, relator, esta Turma decidiu que quando "se trate de execução, ambos devem ser apresentados; a promissória, necessariamente, pois, sendo título endossável, poderia circular. Efetuando o pagamento, sem sua apresentação, o devedor ficaria exposto a ver-se na continência de pagar duas vezes" (REsp 2.946/MG, *DJ* de 24.09.1990). Mas, ocorre que o especial não indica qualquer regra jurídica violada, nem, tampouco, apresenta dissídio, com o

que o especial fica com passagem impedida. Por outro lado, como afirmou o acórdão recorrido que está em execução apenas o contrato de mútuo, preenchido o requisito do art. 614, II, do CPC, a alegação de que não houve a juntada do extrato da conta corrente, não pode ser examinada pelo mesmo vício, apesar de estar assentada na jurisprudência da Corte que o contrato de abertura de crédito não constitui título executivo, mesmo acompanhado dos extratos (REsp 108.259/RS, 2.ª Seção, relator designado o Sr. Min. César Asfor Rocha; v. tb. REsp 195.215/SC, relator o Sr. Min. Barros Monteiro, *DJ* de 12.04.1999).

A alegação de nulidade da penhora por falta de intimação da esposa do executado, porém, merece examinada. O acórdão recorrido reconhece que não houve a intimação, tanto que negou provimento ao apelo com a observação de que, antes da realização da praça, a esposa do executado deverá ser intimada da penhora. E aqui, na minha avaliação, têm razão os recorrentes. O art. 10, § 1.º, do CPC é muito claro ao exigir que os cônjuges sejam necessariamente citados para as ações de que trata o presente feito. E o art. 669, par. ún., é expresso ao comandar a intimação do cônjuge do devedor quando a penhora recair em bens imóveis. E a jurisprudência da Corte está alinhada com esse entendimento. Com a minha relatoria, esta Turma decidiu que a "intimação do cônjuge é imprescindível, gerando a sua ausência nulidade *pleno iure*" (REsp 162.778/SP, *DJ* de 17.05.1999). Também a 4.ª T., relator para o acórdão o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, decidiu que a "inobservância desse comando legal, quando não sanada a falha, importa em nulidade dos atos posteriores à penhora" (REsp 46.242/MT, *DJ* de 01.04.1996). Com respaldo nos precedentes, o especial merece acolhido para reconhecer a nulidade da penhora.

Com essas razões, eu conheço do especial, em parte, e nessa parte dou-lhe provimento para declarar nula a penhora e os atos posteriores a ela, fazendo-se o devido cancelamento no registro próprio. Procedentes, em parte, os embargos, as custas são repartidas, respondendo cada parte pelos honorários de seu advogado, que fixo em 10% sobre o valor da causa.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Terceira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento".

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Eduardo Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 3 de fevereiro de 2000.

5.2.22 EXECUÇÃO FISCAL. Cédula de crédito comercial. Penhora. Possibilidade.

Ementa: O bem vinculado à cédula industrial ou rural está sujeito à penhora para garantia na execução fiscal.

Recurso improvido.

REsp 227.831/SP – 1.ª T. – STJ – j. 15.02.2000 – rel. Min. Garcia Vieira – *DJU* 20.03.2000.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Exmos. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Min. Milton Luiz Pereira.

Brasília, 15 de fevereiro de 2000 (data do julgamento) – Min. JOSÉ DELGADO, presidente – Min. GARCIA VIEIRA, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira*: O Banco do Brasil S.A. (f.), com las-

tro da Constituição Federal, art. 105, III, alíneas *a* e *c*, interpõe recurso especial, aduzindo tratar-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu protesto por preferência, entendendo preferencial o crédito tributário da Fazenda do Estado, desconsiderando penhora anterior, em autos de execução lastreada em cédula de crédito comercial.

Aponta violação ao Dec.-lei 413/69, art. 57 e à Lei 6.840/80.

Requer provimento a fim de que não prevaleça a preferência do crédito fazendário.

Resposta (f.).

Despacho (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira* (relator): Sr. Presidente: – Aponta o recorrente, como violados os arts. 5.º da Lei 6.840/80 e 57 do Dec.-lei 413/69, versando sobre questões devidamente prequestionadas e comprovou a divergência.

Conheço do recurso pela letra *a*.

Em execução fiscal movida pela Fazenda do Estado de São Paulo contra Pentafer – Comércio de Ferro e Aço Ltda. (f.) foi efetivada a penhora em imóvel de um dos sócios da executada, dado em hipoteca cedular por força de empréstimo bancário representado por cédulas de crédito comercial. O agravante é credor da mesma firma Pentafer com garantias hipotecárias representadas pelo mesmo imóvel penhorado pela agravada. Por isso, manifestou-se o Banco do Brasil o propósito de fazer valer a preferência de seus créditos garantidos por hipoteca, garantia real. Entendeu o venerando acórdão recorrido (f. 110/113) que:

"Não prevalece qualquer privilégio perante o crédito tributário, nem mesmo garantia real. Interesse privado cede lugar ao interesse público, art. 30 do CTN: bens gravados com ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade também respondem pela dívida tributária".

Concordo com este posicionamento.

A impenhorabilidade do art. 57, do Dec.-lei 413, só se refere a outras dívidas do emitente e não prevalece frente aos créditos tributários (CTN, arts. 184 e 186 e Lei 6.830/80, art. 30).

A questão já está completamente pacificada nesta Corte, bastando lembrar os Recursos Especiais 86.349/SP, *DJ* de 03.02.1997, relator, eminente Min. Milton Luiz Pereira; 90.155/SP, *DJ* de 07.10.1996, relator, eminente Min. Demócrito Reinaldo; 9.328/PE, *DJ* de 24.10.1994, relator, eminente Min. Américo Luz; 13.703/DP, *DJ* de 04.10.1993, relator, eminente Min. Pádua Ribeiro; 36.080/MG, *DJ* de 12.09.1994, relator, eminente Min. Ruy Rosado; 3.227/ES, *DJ* de 22.04.1991, relator, eminente Min. Athos Carneiro; 39.800/SP, *DJ* de 26.09.1994, relator, eminente Min. Gomes de Barros e 55.196/RJ, *DJ* de 09.10.1995, relator, eminente Min. Cláudio Santos. Consta da ementa do REsp 86.349/SP, que:

"Os credores hipotecários, pignoratícios e anticréticos não podem opor ao fisco a garantia real de que são titulares. No caso, o bem vinculado à cédula de crédito industrial são impenhoráveis por dívidas outras do emitente, mas não escapa de penhora para a garantia na execução fiscal".

Neste sentido, os Recursos Especiais 182.088/RS, *DJ* de 14.12.1998 e 164.035/SP, julgado no dia 21.05.1998, dos quais fui relator. Em ambos, entendeu esta E. Turma que:

"O bem vinculado à cédula industrial ou rural está sujeito à penhora para garantia na execução fiscal".

Nego provimento ao recurso.

CERTIDÃO – Certifico que a E. Primeira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Milton Luiz Pereira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 15 de fevereiro de 2000.

6. JURISPRUDÊNCIA REGISTRAL IMOBILIÁRIA

Seleção e organização

ADEMAR FIORANELLI

6.1

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SÃO PAULO

6.1.1 IMÓVEL RURAL. Aquisição originária. Usucapião. Módulo rural de 1,5860 ha.

Ementa: Desnecessidade da observação do art. 8.º da Lei 5.868/72, restrito às transmissões derivadas.

ApCiv 69.770-0/8 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 16.03.2000 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív 69.770-0/8, da Comarca de Piracaia, em que é apelante Aduzindo Uribe e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da mesma Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em dar provimento ao recurso.

Trata-se de apelação interposta por Aduzindo Uribe (f.) contra a sentença proferida pelo Juiz Corregedor Permanente da Comarca de Piracaia nos autos da dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis (f.). Sustenta em síntese o apelante que, embora a sentença proferida nos autos do usucapião sobre o imóvel o tenha reconhecido como urbano, não lhe é retirada a qualidade de rural, pois está localizado na zona rural, a dez quilômetros da linha divisória do perímetro urbano. Alega que não pode ser desconsiderada a real destinação do imóvel, postulando a reforma da sentença apelada.

Nesta instância (f.), o Ministério Público opinou pelo não provimento da apelação.

É o breve relato.

Em razões de apelação sustenta o recorrente que o imóvel é rural e não urbano, como consta da sentença de usucapião, considerando-se que o Oficial suscitou dúvida diante da divergência da localização da área e em referência à qualificação das partes interessadas.

Duas situações apresentam-se distintas. A primeira, jurisdicional, volta-se ao fundamento de mérito da ação de usucapião e a segunda à regularidade do título para o ato registrário, objeto da presente dúvida.

A fundamentação efetuada pelo magistrado sentenciante do feito de usucapião não altera os requisitos necessários para o registro.

Efetivamente, a sentença que reconheceu o usucapião afastou a qualidade de imóvel rural argüida pelo Oficial (f.). Porém, essa sentença possui como objeto o reconhecimento da posse pelo prazo legal de forma mansa, ininterrupta e pacífica a propiciar a expedição do título. Reconhecido esse objeto, como o foi, o título foi expedido, impondo-se nesta instância tão-somente a apreciação de sua regularidade em todos os requisitos formais para o registro.

O fundamento voltado à qualidade do imóvel, rural ou urbano, é irrelevante ante a força maior, que é a decisão reconhecedora do usucapião. De acordo com as características do imóvel, e conforme docs. de f., a área encontra-se na zona rural.

O usucapião é um modo de aquisição originária da propriedade, ocorrendo quando a pessoa tem a capacidade e qualificação de provocar o reconhecimento do seu direito sobre a coisa. Essa aquisição originária não vincula o adquirente a um titular anterior e não depende também da sua existência.

Tal ordem jurídica não é a evocação da Lei 5.868/72, que não se volta para a aquisição originária. Seu objeto volta-se pelas aquisições efetivadas derivadamente, ou seja, que possuam sucessão na propriedade, onde o direito de quem adquire está relacionado com o direito de quem transmite.

Washington de Barros Monteiro (*Curso*, São Paulo, Saraiva, 1985, 3.º vol., p. 124) ao definir a origem do usucapião, conceitua-o "como de modo originário. Porquanto, para o usucapiente, a relação jurídica de que é titular surge como direito novo, independente da existência de qualquer vinculação com seu predecessor, que, se acaso existir, não será o transmitente da coisa".

Transmissão é o ato de transmitir, é a transferência de um direito, sendo essencial a figura do transmitente. O direito do adquirente é derivado, ao passo que no usucapião é originário. Eventual proprietário anterior nada transmite e não se relaciona juridicamente com o usucapiente.

Tal diferenciação da origem do título é importante. Se a inscrição é postulada com título derivado, deve-se observar o princípio do art. 8.º da Lei 5.868/72, que impede a divisão ou desmembramento de área em módulo inferior ou calculado nos termos do seu § 1.º. Tal vedação refere-se "à transmissão". O usucapião não é derivado de transmissão, mas originário de uma situação de fato comprovada jurisdicionalmente. Portanto, não se aplica a ele a área de módulo mínimo previsto no artigo citado.

Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, vol. IV, p. 87), elucida: "diz-se originária, quando o indivíduo, num dado momento, torna-se dono de uma coisa que jamais esteve sob o senhorio de alguém. É uma propriedade que se adquire sem que ocorra a sua transmissão por outrem, seja voluntária ou involuntária, seja direta ou indireta. E resulta numa propriedade sem relação causal com o estado jurídico anterior da própria coisa". A área usucapida sobre a qual pretende-se o registro mede 1,5860 hectares e o módulo mínimo para a região de 2,0 hectares deve ser considerado para os registros derivados.

Os módulos rurais resultam da regulamentação efetuada pela Portaria 32, de 11.01.1989, do Ministro de Estado da Reforma e Desenvolvimento Agrário, que os fixou para cada região do Brasil, estipulando como fração mínima de parcelamento rural 2,0 hectares para a região de Atibaia, onde se encontra Piracaia.

As propriedades rurais sofreram estipulações de medidas mínimas de acordo com o art. 8.º da Lei 5.868/72 e suas frações modulares variam em todo o território nacional, observando-se a peculiaridade de cada região, suas tipicidades e estruturas fundiárias. Objetiva a fixação das frações mínimas modulares de terra o não parcelamento de áreas rurais em pequenos lotes, o que poderia provocar um grande número de propriedades improdutivas ou produtivas de tão pouca ordem que não gerariam uma relevância econômica, agrícola ou pecuária, provocando tão-somente especulação imobiliária. Em razão desse fato é que o texto legal, claramente, acentua a vedação ao desmembramento ou divisão de áreas em módulos inferiores à fração mínima da região, quando ocorrer a "transmissão a qualquer título", buscando a preservação da zona rural em condições de produtividade e garantindo sua função social, prevista no art. 186, IV, da CF.

A argüição do apelante quanto à aplicação do art. 6.º da Lei 5.868/72, que se refere a 1 hectare, não lhe socorre. O reconhecimento do módulo com o mínimo de 1 hectare visa a incidência do imposto sobre a propriedade territorial, portanto com caráter de tributação.

O cadastro rural do imóvel em questão estipulou sua área com fração mínima de parcelamento de 1,5 hectares (f.). Mesmo inferior aos 2,0 hectares estipulados para a região, essa fração é válida e deve ser considerada, quer em razão da aquisição originária da propriedade, quer pelo seu reconhecimento como minifúndio, efetuado pelo próprio Incra.

O imóvel foi classificado pelo Incra como minifúndio (f.), em consonância ao inc. IV, art. 4.º, da Lei 4.504/64. Minifúndio é toda área voltada à agricultura, e o apelante cultiva em sua propriedade milho e feijão. O art. 6.º, II, do Dec. 55.891/65 define que minifúndio é "a área agricultável inferior à do módulo fixado para a respectiva região e tipo de exploração".

A área possui todas as características de rural, e assim deve ser registrada. Está cadastrada como rural (f.); sua situação está regularizada no âmbito fiscal rural (f.); há regularidade no âmbito de imposto territorial rural (f.); há também cadastro de produtor rural do apelante junto à Secretaria Estadual da Fazenda (f.), e esta declaração cadastral (f.) registra que o imóvel localiza-se junto à rodovia Dom João Bata, distando 10 km da cidade.

Sendo imóvel rural, não prospera a dúvida do Oficial quanto à baixa no Incra e à necessidade do cadastro como imóvel urbano.

O memorial descritivo de f. e as plantas de f. demonstram que as características do imóvel atendem ao disposto no art. 176, II, 3.º, da Lei 6.015/73, anotando seus elementos peculiares e possuindo "os dados geográficos que se exigem para individuar o imóvel, isto é, para determinar o espaço terrestre por ele ocupado" (Afranio de Carvalho. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense. p. 203).

No tocante à necessidade da qualificação completa do apelante e de sua mulher, os documentos de suas identificações que compõem o título (f.) satisfazem a exigência contida no art. 176 da Lei 6.015/73. O Oficial não obstou tal situação (f.) e as diretrizes contidas nos itens 47, *d* e 52, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça, objetivam a regularidade do ato, não havendo obrigatoriedade de o requerente transcrever seus dados pessoais em forma própria, quando os documentos acostados inserem os dados necessários ao registro.

Ante o exposto, dão provimento ao recurso para determinar o devido registro.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Márcio Martins Bonilha, presidente do Tribunal de Justiça, e Alvaro Lazzarini, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 16 de março de 2000 – (a) LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

6.1.2 CONDOMÍNIO. Capacidade. Adjudicação.

Ementa: A capacidade do condomínio limita-se à postulação em juízo, não lhe é atribuída capacidade aquisitiva. Ausência do princípio da continuidade. Obrigatoriedade de o título ser original. Exegese do art. 221 da Lei 6.015/73. ITBI obrigatório em razão da transmissão imobiliária. IPTU devido a partir do auto de adjudicação. Apelação improvida.

ApCiv 70.660-0/9 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 04.05.2000 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 70.660-0/9, da Comarca de Guarujá, em que é apelante Condomínio Edifício Simone e Betina e apelado o 1.º Tabelião de Notas e Oficial de Registro de Imóveis da mesma Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso.

Trata-se de apelação interposta pelo Condomínio Edifício Simone e Betina à sentença proferida pelo Meritíssimo Juiz Corregedor Permanente do Registro de Imóveis da Comarca do Guarujá (f.). Sustenta o apelante que a exigência do ITBI é pertinente e que será ele recolhido após a decisão de mérito do registro. Fundamenta que as outras exigências do Oficial não procedem, por ser a adjudicação uma aquisição originária e o condomínio ter poderes para adjudicar bens imóveis nos termos do art. 63, § 3.º da Lei 4.591/64. Postula o provimento da apelação (f.).

O Ministério Público, nesta instância, opinou pela manutenção da sentença recorrida (f.).

É o relatório.

As exigências do Oficial merecem prevalecer. Conforme f., o Serviço de Registro recepcionou dois títulos para registro sobre o imóvel matriculado sob n. 24.431. O primeiro refere-se à escritura de compra e venda, f., onde Ricardo Bisignani e outros transferem a propriedade a W. T. Administração de Bens S.C. Ltda., e o segundo à carta de adjudicação a favor do apelante, extraída da 3.ª Vara da Comarca do Guarujá.

A escritura de compra e venda (f.), como documento integrante da carta de adjudicação, encontra-se adequada em razão da sua qualidade de cópia. Como título para registro há óbice para sua aceitação, não podendo haver postulação de ato registrário com cópias. O título tem de ser original, considerando-se que após sua análise e em caso de regularidade adentrará imediatamente no fólio real.

Sem a apresentação do título original não poderá o registro em hipótese alguma ser autorizado, em consonância ao art. 221 da Lei 6.015/73.

Em razão dessa exigência, o registro não observa o princípio da continuidade contido nos arts. 195 e 237 da Lei dos Registros Públicos, que obriga "em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, a existência de uma cadeia de titularidade à vista da qual se fará a inscrição de um direito ..." (Afrânio de Carvalho. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense. p. 253).

Este E. Conselho, por inúmeras oportunidades, decidiu que o título deve ser apresentado em seu original e não em cópias, mesmo que autenticadas (ApCív 2.177-0, 4.258-0, 4.283-0, 12.439-0/6, 13.820-0/2, 16.680-0/4, 17.542-0/2 e 30.728-0/7).

No tocante às certidões de tributos e INSS, em parte assiste razão ao apelante, contudo essa razão por si só não permite o registro, diante dos demais óbices.

A Ordem de Serviço 207 de 08.04.1999, baixada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, dispensou a apresentação da certidão negativa de débito previdenciário. Além de tal fato, a adjudicação é um ato expropriatório, como no presente caso, para satisfazer um crédito. É uma alienação forçada a favor do credor, que torna inexigível a apresentação de certidões tributárias diante da transferência dos direitos ao adjudicante pelo valor creditício na data da adjudicação, 30.12.1997. Tal situação estampa-se analogicamente no art. 130, par. ún., do CTN, sub-rogando-se os créditos tributários no valor da adjudicação.

Quanto ao ITBI é ele fruto da "transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil", nos termos do art. 35, I, do CTN.

Sua apresentação é de rigor por causa da transmissão imobiliária, independente de esta ser judicial ou resultante de acordo de vontades. Tal fato é reconhecido pelo apelante, que afirma pretender efetuar seu recolhimento, desde que solucionado o registro. O recolhimento do ITBI é pressuposto do ato de registro e não conseqüência. O título, ao dar entrada no Registro de Imóveis, deve estar revestido e instruído de todos os documentos e requisitos para sua admissibilidade no fólio real. A falta de comprovação de tal imposto, reconhecido pelo apelante como não recolhido, é óbice para o registro.

A exigência das certidões dos tributos está condicionada ao exercício da função do Oficial nos termos do art. 289 da Lei de Registros Públicos: "no exercício de suas funções, cumpre aos oficiais de registro fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício".

Doutrinadores como Humberto Theodoro Júnior (*Processo de execução*, 8. ed., Leud, p. 312), e Moacyr Amaral Santos (*Primeiras linhas de direito processual*, 11. ed., 3.º vol, p. 344), lecionam que a prova de quitação de impostos é incidente sobre a transmissão de propriedade. Toda carta de adjudicação obrigatoriamente deve conter a prova de quitação dos impostos, em observação aos arts. 715 c/c o 703, II, ambos do CPC.

Portanto, torna-se exigível também a comprovação do pagamento do imposto territorial urbano posterior à data da adjudicação. Esse ato foi lavrado em 28.11.1997, f., e somente apresentado ao Serviço de Registro

Imobiliário em julho de 1999. Assim, o adjudicante responde pelo imposto territorial após a lavratura do auto de adjudicação.

Procede ainda o último óbice para o registro, considerando-se que os condomínios não possuem personalidade jurídica para aquisição imobiliária.

As disposições legais do art. 63 da Lei 4.591/64 aplicam-se às construções de edificações em condomínio. O legislador procurou criar mecanismos para que os condomínios em construção possam arrematar as unidades em débito, propiciando aos condôminos a possibilidade de continuação da obra e o levantamento de recursos financeiros com a venda dessa unidade adquirida.

"O art. 63 da Lei 4.591/64 criou instituto rápido e eficiente de resolução do contrato nas construções chamadas a preço de custo, visando preservar a massa de condôminos e evitar que a conclusão do empreendimento sofra solução por insuficiência de recursos financeiros de um dos adquirentes" (rel. Des. Márcio Martins Bonilha, ApCív 30.786-0/0 – 07.06.1996).

O apelante não se encontra em construção, suas unidades estão definidas e a adjudicação resulta de ação de cobrança de despesas condominiais (f.).

Este E. Conselho Superior da Magistratura, nos autos da ApCív 32.737-0/2, rel. Des. Márcio Martins Bonilha, assim decidiu: "Não há acenar, também, com a hipótese prevista no art. 63, § 3.º, da Lei 4.591/64, que, em caráter exceptivo, permite ao condomínio especial adjudicar bens de condômino inadimplente em hasta pública, nos casos de incorporação por construção a preço de custo, ou por administração. Como já decidido em inúmeras oportunidades, o preceito acima citado é de caráter excepcional e merece interpretação restritiva, não podendo ser estendido a hipóteses diversas por analogia (Caio Mário da Silva Pereira. *Condomínio e incorporações*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 342; João Batista Lopes. *Condomínio*. 4. ed. São Paulo : RT, p. 157; José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo : Saraiva. p. 182).

A capacidade processual do condomínio e o simples fato de possuir CGC/MF não lhe proporcionam poderes de aquisição. Sua figura possui como finalidade as relações e atribuições administrativas condominiais. Falta-lhe para possuir personalidade jurídica *affectio societatis*, segundo leciona Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*. São Paulo : RT. t. 12, p. 1.311).

Não se confunde capacidade postulatória em juízo com capacidade aquisitória especial do condomínio. A primeira é resultante do art. 12, IX, do CPC e a segunda dos casos de incorporações por construção a preço de custo.

O condomínio apelante não pode adquirir direito real e não há impedimento para que seus condôminos, se desejarem, constituam uma associação que, revestida de personalidade jurídica, poderá em seu nome possuir propriedades imobiliárias.

Além do mais, este E. Colegiado (Apelações Cíveis 975-0, 5.035-0, 15.106-0, 17.878-0 e 32.737-0/2) tem decidido pelo não acesso ao registro de título translativo da propriedade imobiliária a condomínio.

Por essas razões, negam provimento à apelação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Márcio Martins Bonilha, presidente do Tribunal de Justiça, e Alvaro Lazzarini, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 04 de maio de 2000 – (a) LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça e relator (*DOE* de 06.06.2000).

6.1.3 ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA. Recusa ao registro. Alegado domínio da Municipalidade. Ausência de inscrição. Insubsistência de disponibilidade sobre eventual direito real.

Ementa: Necessidade de aferição judicial prévia da existência e da extensão do domínio alegado. Registro inviável.

ApCiv 70.973-0/7 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 31.08.2000 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív 70.973-0/7, da Comarca da Capital, em que é apelante a Municipalidade de São Paulo e apelado o 14.º Oficial de Registro de Imóveis da mesma Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Márcio Martins Bonilha, presidente do Tribunal de Justiça, e Alvaro Lazzarini, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 31 de agosto de 2000 – (a) LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Cuida-se de apelação tempestivamente interposta pela Municipalidade de São Paulo contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 14.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital, que julgou procedente dúvida suscitada e manteve a recusa ao registro de escritura pública de permuta lavrada, em 06.07.1989, na Delegacia de São Paulo, da Secretaria do Patrimônio da União (L. 3, f. 195), em que figuram, como partes, a União Federal e a apelante, referente a imóveis localizados na rua 13 de Maio, 1.279 e na rua Loefgreen, s/n., o primeiro localizado no Subdistrito da Bela Vista e o segundo, no Subdistrito da Saúde, ambos no Município e Comarca da Capital.

A decisão atacada (f.) fundou-se na inviabilidade, quanto ao segundo dos bens enumerados, ou seja, daquele localizado na Rua Loefgreen, da aferição da existência e da disponibilidade do direito real proclamado pela Municipalidade e conferido à União Federal, sem que seja proposta ação discriminatória e obtido título judicial, capaz de inaugurar uma cadeia filiatória.

A apelante argumenta (f.) que não se faz necessária a propositura da ação referida, pois tal bem imóvel, por força de lei, faz parte do patrimônio da Municipalidade. Pede seja reformado o julgado.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (f.).

Anoto, também, que a subida dos autos foi ordenada no ensejo do julgamento do AgIn 62.467.0/4, por v. acórdão prolatado por este E. Conselho, no qual foi reconhecida a tempestividade do presente recurso, cujo processamento havia sido, antes, indeferido.

É o relatório.

A recusa merece ser mantida.

Com efeito, a Municipalidade, estribada no disposto no art. 64 da CR de 1891 e na legislação estadual decorrente, em especial nas Leis Estaduais 16, de 13.11.1891, 1.038, de 19.12.1906, 2.484, de 16.12.1935 e 1, de 18.09.1943, bem como na Lei Estadual Complementar 9/69 (antiga Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo), afirma ser a titular do domínio do imóvel localizado na rua Loefgreen e objeto de permuta, considerada a genérica atribuição a estas pessoas jurídicas de direito público interno, os Municípios, do domínio relativo aos imóveis urbanos devolutos compreendidos num raio de seis quilômetros do marco central de seu território.

Não subsiste, contudo, na espécie, a disponibilidade sobre eventual direito real incidente sobre tal imóvel. Apesar de o domínio público não necessitar da inscrição para ter existência, não se tem noção efetiva de sua incidência e sua extensão, ausente qualquer indicação a tal respeito junto ao fólio real, o que, momentaneamente, sob pena de se criar uma situação de completa insegurança, inviabiliza o registro pretendido.

A Municipalidade não figura como titular do domínio inscrito e não poderá dispor de direito real sobre tais imóveis devolutos, enquanto não for promovida uma necessária ação discriminatória e restarem distintos e separados os imóveis dominicais, isto é, de domínio público e passíveis de serem alienados pela Municipalidade.

É necessário um provimento jurisdicional, expresso em sede de ação discriminatória, para

que, com o advento do registro de carta de sentença, nasça a disponibilidade.

É, portanto, pertinente o óbice deduzido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

(a) Luís de Macedo, relator e Corregedor-Geral da Justiça (*DOE* de 18.10.2000).

6.1.4 REGISTRO DE PENHORA. Imóvel rural. Desnecessidade de comprovação do pagamento dos ITRs.

Ementa: Valores dos impostos eventualmente devidos que se sub-rogarão no valor do preço da arrematação do imóvel (CTN, art. 130, par. ún.).

ApCiv 71.965-0/8 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 12.09.2000 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív 71.965-0/8, da Comarca de Nova Granada, em que é apelante o Banco do Brasil S.A. e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da mesma Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em dar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Márcio Martins Bonilha, presidente do Tribunal de Justiça, e Alvaro Lazzarini, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 12 de setembro de 2000 – (a) LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Trata-se de apelação (f.) interposta da sentença (f.) que julgou procedente dúvida imobiliária referente ao ingresso no registro imobiliário de mandado de penhora que recaiu sobre três imóveis rurais.

Insiste o apelante na desnecessidade da comprovação do pagamento dos últimos ITRs relativos aos imóveis constritos para o registro da penhora alegando, a tanto, que: a) entendimento contrário diminuiria a eficácia do processo de execução por quantia certa ao dificultar a penhora e a excussão de imóvel rural do devedor para satisfazer o crédito; b) não se pode exigir do exeqüente, que não tem nenhuma responsabilidade pelo ITR sobre os imóveis penhorados, a comprovação do pagamento de tal tributo para registrar a penhora; e c) o privilégio de eventual crédito da Fazenda Federal relativo a tal imposto, que poderá exercê-lo nos termos da lei, não é abalado pelo ingresso da penhora no fólio real.

A Procuradoria-Geral da Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do recurso porque não exibido em sua forma original o título judicial levado a registro e, no mérito, pelo não provimento do recurso ante a exigência da comprovação do pagamento dos ITRs relativos aos cinco últimos exercícios para a prática de qualquer ato registrário estabelecida pelo art. 21 da Lei 9.393/96 (f.).

Em diligência, vieram aos autos o original do mandado de penhora apresentado a registro e os documentos que o instruíram (f.).

É o relatório.

É certo que não se admite registro de títulos apresentados por cópias, ainda que autenticadas, não se furtando a tal formalidade os judiciais.

In casu, porém, levou o exeqüente a registro o original do mandado de penhora (f.), não sua cópia, que, por determinação contida na r. sentença ora atacada, foi desentranhado dos autos e substituído por cópia.

Tal substituição do mandado original por sua cópia, saliente-se, equivocada, não pode prejudicar o ora recorrente.

No mérito, o recurso merece provimento.

É certo que a Lei 9.393/96, em seu art. 21, tornou obrigatória a comprovação do pagamento do ITR, referente aos cinco últimos exercícios, para serem praticados quaisquer dos atos

previstos nos arts. 167 e 168 da Lei 6.015/73, salvo se a exigibilidade de tal imposto estiver suspensa ou em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora.

Como o registro da penhora está previsto no art. 167, I, n. 5, da Lei 6.015/73, o art. 21 da Lei 9.393/96, interpretado literalmente, torna obrigatória a comprovação do pagamento dos ITRs relativos aos últimos cinco exercícios para o ingresso da penhora sobre imóvel rural no fólio real.

A aplicação literal de tal dispositivo, porém, não deve prevalecer ante os arts. 130, par. ún., e 186, ambos do CTN.

Ora, se, em razão de tais normas tidas como leis complementares, eventual crédito do ITR, que goza de preferência, sub-rogar-se-á no preço da arrematação, tal aplicação da lei ordinária quanto à exigência de comprovação do pagamento do mencionado imposto referente aos cinco últimos exercícios para o registro da penhora, ato do processo da execução que antecede à arrematação, colidiria com o par. ún. do art. 130 do CTN, o que, ante a hierarquia das normas, não se afigura juridicamente viável.

Ademais, a exigência relativa à comprovação do pagamento dos ITRs referentes aos cinco últimos exercícios para o registro da penhora sobre imóvel rural constrangeria o exeqüente, o principal interessado no ato registrário, a pagar à Fazenda Nacional eventuais débitos relativos a tais impostos, o que não é admissível.

Desnecessária, portanto, ao registro da penhora a comprovação do pagamento dos ITRs.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida e, por conseqüência, determinar o registro do mandado de penhora.

(a) Luís de Macedo, relator e Corregedor-Geral da Justiça.

6.1.5 PENHORA. Proprietário que figura na transcrição como casado, sem identificação da mulher e menção ao regime matrimonial de bens.

Ementa: Necessidade de atualização dos assentamentos registrários referente à qualificação da esposa e ao regime de bens do casamento.

6.1.5 PENHORA. Imóvel rural.

Ementa: Desnecessidade de apresentação do certificado do cadastro rural do bem.

ApCiv 72.518-0/6 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 12.09.2000 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív 72.518-0/6, da Comarca de Socorro, em que é apelante a Companhia Itauleasing de Arrendamento Mercantil Grupo Itaú e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da mesma Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Márcio Martins Bonilha, presidente do Tribunal de Justiça, e Alvaro Lazzarini, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 12 de setembro de 2000 – (a) LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Trata-se de apelação (f.) interposta por Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil – Grupo Itaú da sentença (f.) que julgou procedente dúvida imobiliária relativa a registro de mandado de penhora porque não identificada a mulher do titular do domínio, que figura no fólio real apenas como casado, não mencionado o regime matrimonial de bens e nem apresentado o certificado de cadastro do imóvel rural.

Pugna a recorrente pelo registro da penhora sustentando a desnecessidade a) de atualização dos assentamentos registrários referente

à identificação da mulher do proprietário e ao regime matrimonial de bens, por consignar o mandado judicial ser o executado casado, o mesmo estado civil constante da transcrição, o que não fere o princípio registrário da continuidade, e b) de apresentar o certificado de cadastro rural do imóvel constrito, documento cuja expedição pelo Incra pressupõe o fornecimento pelo proprietário de informações relativas ao imóvel.

Acentua, ainda, que o registro da penhora visa apenas dar publicidade da constrição, em proteção a eventuais terceiros adquirentes do bem, outorgando maior segurança aos negócios que o envolvam.

Processado o recurso, posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento (f.).

É o relatório.

A discussão nestes autos restringe-se à pertinência das duas exigências levantadas pelo Oficial ao ingresso no fólio real do mandado de penhora, a saber, a) a identificação da mulher do titular do direito real e a menção ao regime matrimonial de bens, se diverso do legal, e b) a apresentação do certificado de cadastro do imóvel rural.

Não há porque se decidir, nestes autos, em que a controvérsia se limita à registrabilidade do título, se o registro da penhora, exigido pelo § 4.º do art. 659 do CPC, constitui requisito para sua validade ou para sua eficácia perante terceiros de boa-fé.

E a recusa do ingresso do mandado de penhora é de ser mantida.

Isso porque a Transcrição Imobiliária 23.433 refere-se ao estado civil do titular do domínio apenas como casado, sem identificação de sua mulher *é menção ao regime matrimonial de bens*.

O casamento, dependendo do regime matrimonial de bens, e as eventuais alterações no estado civil do proprietário, como a separação judicial, o divórcio e a viuvez com a partilha dos bens comuns, repercutem na titularidade do direito de propriedade.

Daí a exigência, para preservação do princípio registrário da continuidade, da prévia averbação referente à qualificação da esposa do proprietário e do regime matrimonial de bens, se diverso do legal, e, eventualmente, da separação judicial, do divórcio e da viuvez com o registro, se comum for o imóvel, da partilha, ao ingresso na tábua imobiliária da penhora.

Este E. Conselho assim já decidiu ao julgar a ApCív 24.216-0/1, da Comarca de São Vicente:

"Se quem figura no registro como titular de domínio foi qualificado simplesmente como casado, qualquer ato posterior de registro demanda a prévia averbação do casamento, identificação e qualificação do cônjuge e regime de bens para preservação do trato sucessivo".

Na ApCív 40.014-0/7, da Comarca de Atibaia, acentuou:

"Indispensável saber a qualificação completa dos titulares de direitos reais e de seus cônjuges. A omissão quanto a dados pessoais e regime de bens do casamento pode acarretar sérios desvios no registro imobiliário, permitindo a disposição de direitos reais por quem na verdade não os têm".

E em casos parelhos ao presente este E. Conselho vem mantendo a recusa de registro de penhora, sem nenhum proveito a alegação da recorrente de que a registrabilidade do mandado de penhora visa apenas dar publicidade à constrição, protegendo terceiros, possíveis adquirentes de direitos reais sobre o imóvel, outorgando, assim, maior segurança no comércio imobiliário.

Tal assunto já foi assim apreciado no julgamento da ApCív 40.016-0/6, de Catanduva:

"Nesse sentido, tornou-se pacífico o entendimento de que a prévia averbação do casamento e do óbito é indispensável ao registro da transmissão feita por quem está qualificado simplesmente com 'casado', sem qualquer outro dado qualificativo, porquanto tais fatos apresentam evidentes reflexos patrimoniais, cuja publicidade é do interesse geral. Ora, em sendo a arrematação, como o frisado na Ap. 32.618, da Comarca de Taubaté, segundo Antônio Carlos Costa e Silva (*Tratado do processo de execução*, 2. ed., Rio de Janei-

ro, Aide, 1986, vol. II, p. 973), um 'ato jurisdicional mediante o qual são os bens penhorados ao devedor postos em alienação a fim de que, pela venda em licitação pública, apura-se em dinheiro, o seu valor ou o que for validamente oferecido para com ele se pagar ao credor total ou parcialmente', persiste uma necessária vinculação entre o conteúdo da arrematação e da penhora, derivada da própria lógica do procedimento executório, no sentido de buscar, por meio da conversão de valores econômicos em financeiros, satisfazer créditos".

"A penhora, portanto, faz surgir uma constrição preparatória, que há de ser absolutamente precisa, dada sua vinculação imediata com uma futura e forçada alienação, resultante de um provimento jurisdicional de caráter satisfativo".

A exigência feita pelo Oficial consistente na identificação da esposa do proprietário do imóvel *com menção ao regime de bens adotado*, se diverso do legal, no fólio real, e, quiçá, a atualização de seu estado civil, deve ser satisfeita para a penhora ser registrada.

Desnecessária, porém, ao almejado registro a apresentação do certificado de cadastro rural do imóvel.

O Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30.11.1964, art. 46), o Dec. 55.891, de 31.03.1965, que o regulamentou (art. 99 *et seq.*), a Lei 5.868, de 12.12.1972, que criou o sistema nacional de cadastro rural, o Dec. 72.106, de 18.04.1973, que a regulamentou, e a vigente Lei 9.393, de 19.12.1996 (arts. 6.º e 7.º) não estabelecem a obrigatoriedade de apresentação do certificado cadastro do imóvel rural para sua transmissão ou oneração.

Prescreve o § 1.º do art. 22 da Lei 4.947, de 06.04.1966, a necessidade de apresentação de tal certificado, sob pena de nulidade, apenas para o desmembramento, arrendamento, hipoteca, venda ou promessa de venda de imóveis rurais, todos eles atos voluntários diversos da penhora.

Ademais, a atual Lei 9.393, de 19.12.1996, inovou nesse aspecto, ao tornar *obrigatória, no prazo de sessenta dias*, contado de sua ocorrência, a comunicação à Secretaria da Receita Federal, por meio de Documento de Informação e Atualização Cadastral do ITR – Diac, as seguintes alterações: desmembramento, anexação, transmissão, por alienação da propriedade ou dos direitos a ela inerentes, a qualquer título, sucessão *causa mortis*, cessão de direitos e constituição de reservas ou usufruto (art. 6.º, § 1.º).

Assim, se arrematado ou adjudicado o imóvel rural penhorado, caberá ao arrematante ou ao *adjudicatário, no prazo de sessenta dias* contado do registro da respectiva carta, comunicar tal *transmissão ao órgão local da Secretaria da Receita Federal.*

Ante o exposto, ao recurso nego provimento.

(a) Luís de Macedo, relator e Corregedor-Geral da Justiça.

6.1.6 MANDADO DE PENHORA. Registro pretendido. Execução trabalhista. Bem imóvel objeto de antecedentes penhoras em ações de execução movidas pela Fazenda Nacional. Interpretação da Lei 8.212/91.

Ementa: Indisponibilidade relativa. Registro viável. Decisão reformada.

ApCiv 72.716-0/0 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 12.09.2000 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív 72.716-0/0, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante Renato da Gama Lacerda e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da mesma Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em dar provimento ao recur-

so, de conformidade com o voto do relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Márcio Martins Bonilha, presidente do Tribunal de Justiça, e Alvaro Lazzarini, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 12 de setembro de 2000 – (a) LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Cuida-se de apelação interposta por Renato da Gama Lacerda contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Pacaembu, que julgou *procedente dúvida suscitada e manteve a recusa* ao registro de carta de arrematação expedida pelo Juízo da Junta de Conciliação e Julgamento de Adamantina e extraída dos autos do Proc. 00.011/95-8 de reclamação trabalhista movida por Aparecido Gilberti contra Irmãos Araújo Pereira Ltda., referente ao imóvel matriculado sob n. 1.802 junto ao ofício predial mencionado.

A decisão atacada (f.) fundou-se na indisponibilidade relativa do bem, gerada pelo antecedente registro de penhoras em favor da Fazenda Nacional, dado o disposto no art. 53, § 1.º, da Lei Federal 8.212/91.

O apelante (f.) argumenta que, no caso concreto, todos os procedimentos atinentes ao dispositivo legal invocado não foram cumpridos, pelo que a indisponibilidade invocada restaria descaracterizada e viabilizado apenas o direito de a Fazenda Nacional satisfazer seu crédito a partir do produto da hasta pública.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou seja dado provimento ao recurso (f.).

É o relatório.

A questão controvertida diz respeito à interpretação do art. 53, § 1.º da Lei Federal 8.212/91, que estabeleceu serem "indisponíveis" os bens penhorados a partir de ação de execução movida pela União Federal, suas autarquias ou fundações.

Este E. Conselho já teve oportunidade de apreciar a matéria em relevo no ensejo do julgamento a ApCív 60.171-0/9, da Comarca de Rio Claro, em acórdão relatado pelo eminente Des. Nigro Conceição, quando, reconhecida a indisponibilidade como forma especial de inalienabilidade e de impenhorabilidade, restou assentado que, quando o título judicial qualificado diz respeito a crédito de natureza trabalhista, ao contrário do que ocorre nos demais casos, não incide a indisponibilidade proclamada pelo art. 53, § 1.º da Lei Federal 8.212/91, dada sua preferência.

Tal conclusão decorre do disposto no art. 186 do CTN, diploma legal que ostenta a natureza material de lei complementar e que, por isso, não pode ser tido como derrogado pela Lei Federal 8.212/91, de inferior hierarquia.

Assim, mesmo tendo ocorrido precedentes penhoras em decorrência de ações de execução fiscal movida pela Fazenda Nacional (R.3, R.4 e R.5 da Matrícula 1.802 do Registro de Imóveis da Comarca de Pacaembu), não pode subsistir o óbice apontado, em se tratando de nova constrição judicial derivada da execução de crédito trabalhista.

O registro proposto, portanto, é viável.

Isto posto, dou provimento ao recurso interposto.

(a) Luis de Macedo, relator e Corregedor-Geral da Justiça.

6.2

CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6.2.1 LOTEAMENTO. Impugnação ao registro por terceiro fundada em inobservância às normas urbanísticas. Questão jurídica controvertida.

Ementa: Adoção do entendimento que legitima, nesse caso, o terceiro à impugnação.

6.2.1 IMPUGNAÇÃO. Alegação de que as ruas projetadas não observaram a largura mínima prevista em lei local. Desacolhimento.

Ementa: Cômputo na largura de tal via dos passeios destinados à circulação de pedestres.

6.2.1 IMPUGNAÇÃO. Projeto aprovado pela Prefeitura e pela Câmara Municipal. Previsão no ato de aprovação de uma nova zona urbana.

Ementa: Zona urbana, porém, que não tem destinação diversa de outra já catalogada em lei municipal. Projeto que não fere a lei de zoneamento.

6.2.1 IMPUGNAÇÃO. Previsão em lei local de faixa entre a zona industrial e outra, de determinada largura, destinada ao plantio de árvores. Projeto de loteamento que, em tal faixa, revela a existência de vias largas destinadas à circulação de veículos automotores. Inadmissibilidade.

Ementa: Irrelevância da aprovação do projeto pela Câmara Municipal. Ato do Poder Legislativo local que, carente dos requisitos de generalidade e abstração, não se qualifica como lei, inábil, portanto, para revogar outra lei. Impugnação acolhida em parte. Provimento parcial do recurso. Registro do loteamento denegado.

Proc. CG 1258/2000 – Comarca de Santa Bárbara D'Oeste – j. 11.10.2000 – Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral da Justiça:

Acresço, por economia, ao relatório do v. acórdão de f. que o E. Conselho Superior da Magistratura não conheceu do recurso (f.) interposto contra decisão (f.) que desacolheu impugnação oposta ao registro do projeto de loteamento denominado "Dona Regina" a ser implantado no imóvel matriculado sob n. 40.631 no Registro de Imóveis da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, determinando a remessa dos autos a esta Corregedoria-Geral para apreciação do mencionado recurso.

É o relatório. Opino.

A primeira controvérsia que aflora nestes autos refere-se à legitimidade do terceiro para impugnar o registro de projeto de loteamento por inobservância a exigências urbanísticas previstas em lei local, sem qualquer ofensa a algum direito seu, próprio.

O Código de Processo Civil anterior (Dec.-lei 1.608, de 18.09.1939), no § 1.º de seu art. 345, determinava a rejeição *in limine* da impugnação ao registro de loteamento por terceiro se não viesse fundada em direito real comprovado.

A atual Lei 6.766, de 19.12.1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, ao tratar do procedimento de registro do loteamento, prevê a impugnação do pedido de registro por terceiros não mais exigindo, porém, que ela se funde em direito real comprovado.

Apesar tal inovação legal, que, no meu entender, ampliou o rol de questões que poderão ser discutidas no incidente de impugnação, expressivas vozes na doutrina e nos tribunais ainda proclamam a necessidade de tal impugnação se estribar em maltrato a interesse jurídico próprio do terceiro impugnante.

Afrânio de Carvalho, a propósito, ensina que:

"Ao ensejar a impugnação de terceiro a lei quer legitimar para opô-la quem tenha inte-

resse direto no loteamento, mormente quem se apresente com título de direito real contrário ao do loteador. Se se acolhesse como impugnante válido qualquer indivíduo que alegasse defender o meio ambiente ou o equilíbrio ecológico contra ameaça emergente do loteamento em curso, abrir-se-ia a porta a mais de um abuso de pura emulação, que retardaria o processo e prejudicaria o loteador e os candidatos à aquisição, estes recrutáveis – note-se – entre pessoas de baixa renda.

"Sem dúvida, a lei põe em primeiro plano a proteção ambiental, já na generalidade de um dos artigos iniciais, proibitivo do parcelamento de terrenos alagadiços, declivosos ou impróprios à habitação, já na especialidade de outro exigente de área mínima para cada lote e de proporcionalidade entre os espaços destinados ao público e à densidade da população. Essa proteção, porém, está confiada à autoridade pública, notadamente à municipal, a que o projeto de loteamento é previamente comunicado para obter diretrizes e depois apresentado para controle. Ao particular restarão outros meios de ingresso em juízo, entre os quais, eventualmente, a ação popular" (*Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 75-76; nesse sentido, Sérgio A. Frazão do Couto, *Manual teórico e prático do parcelamento urbano*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 210).

Precedentes do E. Tribunal de Justiça deste Estado são no sentido de que o impugnante tem que demonstrar interesse próprio para impugnar o pedido de registro de loteamento.

Assim, na ApCív 27.225-2, de Botucatu, relatada pelo eminente Des. Salles Penteado, decidiu-se que:

"A impugnação não veio fundada em nenhum interesse do impugnante, ora apelado.

"Argumenta-se que a exigência de que a impugnação ao registro de loteamento se funde em direito real comprovado era do § 3.º do art. 2.º do Dec. 3.079, de 1938 e do art. 345 do CPC de 1939, até há pouco aplicável ao registro de loteamento (art. 1.218, I, do vigente CPC) e que esses dispositivos estão revogados pelo art. 19 da Lei 6.766, de 1979.

"Com efeito, a lei vigente fala em impugnação por terceiro (art. 19, § 1.º), sem exigir, pelo menos expressamente, que ele seja titular de direito real.

"Mas, ainda que se entenda revogada a exigência de que a impugnação se funde em direito real comprovado, há que se exigir do impugnante, pelo menos, a satisfação dos requisitos do interesse e da legitimidade, estatuídos pelo art. 3.º do CPC" (*RJTJESP-Lex* 81/149-150).

Tal entendimento foi reiterado no julgamento da ApCív 66.485-2, de Sorocaba, relatada pelo insigne Des. Carlos Ortiz:

"Ainda que a Lei 6.766, de 1979, haja, como diz genericamente o seu art. 55, revogado as disposições em contrário, não se percebe em seus dispositivos, especialmente no art. 19 e parágrafos, incompatibilidade alguma, salvo nos pontos especificamente referidos (*v.g.* intimação da Prefeitura Municipal ou do Distrito Federal quando for o caso, ouvida do Ministério Público, a possibilidade de instrução sumária), com as regras processuais do art. 345 e parágrafos, do CPC de 1939, cuja vigência foi mantida por força do art. 1.218, I, do CPC atual.

"Desse sentir são Toshio Mukai, Alaor Caffé e Paulo José Villela Lomar, na sua obra *Loteamentos e desmembramentos urbanos*, quando observam que, 'embora a Lei 6.766, de 19.12.1979, tenha derrogado, para fins urbanos, o Dec.-lei 58, de 10.12.1937, não nos parece que tenha revogado em sua totalidade, as normas jurídicas processuais constituídas pelos arts. 345 a 349 do Dec.-lei 1.608, de 18.09.1939, e pelo art. 16 do próprio Dec.-lei 58, de 1937, pois a nova lei não contém dispositivos processuais equivalentes e, muito menos, outros que com estes fossem incompatíveis' (2. ed., Sugestões Literárias, 1980, p. 99).

"Observe-se que, sintomaticamente, o *caput* do art. 19 da Lei 6.766, de 1979, não esclarece quem terá legitimidade para impugnar o pedido de registro de loteamento, enquanto que o § 1.º alude à 'impugnação de terceiros' e o § 2.º define o terceiro impugnante como 'interessado'. Ora, o interesse, em qualquer procedimento judicial, há de ser aferido com base no direito substancial, ou seja, tendo-se em vista o direito que o litigante alega ter e que visa proteger com sua postulação em Juízo. Esse interesse, obviamente, há de

ser concreto e atual, não futuro e eventual, para o qual não se dá a proteção processual. O interesse público, pois, só servirá, em tese, para a ação popular, não podendo servir de esteio para a postulação por particular em tema em relações de Direito Privado.

"Terá interesse para impugnar pedido de registro de loteamento, pois, quem possa ser afetado pelo mesmo em seu direito real, como pressuposto processual objetivo. Vale aqui o magistério de Pontes de Miranda, quando adverte que 'o sistema do Código é o de serem legitimados à ação todos os que têm interesse. O que importa é a existência de pretensão à sentença de mandamento. Qualquer pessoa que tenha interesse (art. 2.º) e possa provar que esse interesse se liga à existência de situação de direito das coisas incompatível com o registro que se pede, tem pretensão suficiente e ação: pode exigir que não se proceda ao registro' (*Tratado de direito privado*, XIII/59-60, Borsoi, 3. ed., 1971, § 1.442, n. 7). Mais adiante, complementa que, 'se o interesse não se enraíza em direito real, que se comprove, é posta de lado a impugnação, por ser impróprio o rito processual' (ibidem, n. 8, p. 60).

"É patente, por conseguinte, que, no campo do registro imobiliário, que é o de que se cuida, só o direito real, que constitui a razão de ser do referido registro, pode ser invocado e questionado. Interesses outros, por mais elogiáveis que sejam, de ordem administrativa, estética, ambiental etc., não podem caber em procedimento judicial que se instaure incidentalmente no processo de registro imobiliário.

"Há que se concluir, pois, que a Lei 6.766, de 1979 não revogou, nem derrogou, a exigência do § 1.º do art. 345 do CPC de 1939, de que a impugnação ao pedido de registro de loteamento há de ser estribada, unicamente, em direito real, devidamente comprovado, sob pena de rejeição *in limine*" (*RJTJESP-Lex* 89/185-188).

Nesta Corregedoria-Geral da Justiça, o Ilustre Juiz Aroldo Mendes Viotti, em parecer lançado nos autos do Proc. CG 707/91, perfilhou tal entendimento:

"Cuida-se de procedimento de impugnação a registro de parcelamento do solo urbano, disciplinado pelo art. 19, *caput*, e § § 1.º e 2.º, da Lei 6.766/79. Tal sede de cognição não se afasta de sua natureza própria e eminentemente administrativa: os dispositivos aplicáveis tornam inequívoca essa conclusão, prevendo a lei, em primeiro lugar, que o inconformismo do terceiro interessado seja deduzido originariamente no bojo do procedimento extrajudicial (e administrativo) iniciado no Cartório Imobiliário, e, além disso, que, emergindo, na impugnação, 'matéria de maior indagação', deva o Juiz 'remeter o interessado às vias ordinárias' (art. 19, § 2.º).

"Da natureza administrativa do procedimento decorre a conclusão de que o terceiro legitimado a impugnar o pedido de registro de loteamento há de contar com interesse jurídico próprio, fundado em direito real. E isto é facilmente compreensível ao ver-se que o procedimento é de direito formal, de direito registrário, e não se presta a dirimir controvérsias oriundas de relações obrigacionais ou de causas referidas intrinsecamente aos títulos inscritos. Consoante apontaram o MM. Juiz sentenciante e o Dr. Promotor de Justiça, o posicionamento da jurisprudência de nosso Tribunal de Justiça é uniforme quanto ao ponto, valendo reproduzir o trecho de v. aresto, inserto in *RJTJESP* 89/185, colacionado pela Curadoria de Registros Públicos a f.: 'Há que concluir, pois, que a Lei 6.766, de 1979 não revogou, nem derrogou, a exigência do § 1.º do art. 345 do CPC de 1939, de que a impugnação ao pedido de registro de loteamento há de ser estribada, unicamente, em direito real, devidamente comprovado, sob pena de rejeição *in limine*'.

"Não se perca de vista que toda e qualquer pessoa do povo detém, em princípio, legitimação para denunciar à autoridade judiciária-administrativa competente eventuais nulidades absolutas em atos de registro público, aí incluídos os registros de parcelamento do solo. Mas, se não dispuser de interesse jurídico-real próprio, abstratamente atingível pelo registro do parcelamento, não tem legitimação para obstar, mediante impugnação, o procedimento administrativo tendente àquele registro, por isso mesmo que a lei não lhe reservou, ou facultou, esse caminho".

Assim, se Vossa Excelência, na esteira desses precedentes, entender que a impugnação de terceiro ao pedido de registro de lotea-

mento deva ainda se fundar em direito próprio do impugnante supostamente lesado pelo mencionado registro, negará certamente provimento ao presente recurso porque alicerçada a presente impugnação, desacolhida pela r. decisão recorrida, não em suposta ofensa a direito individual, próprio do ora recorrente, mas, sim, na desconformidade do projeto de loteamento aprovado pela municipalidade com algumas exigências urbanísticas previstas na legislação local.

Todavia, não posso deixar de mencionar que, na doutrina, há, também, quem sustente que, a partir da vigência da Lei 6.766/79, a impugnação de terceiro ao pedido de registro de loteamento do solo para fins urbanos não mais precisa vir calcada em direito próprio do impugnante.

Hugo Nigro Mazzili, em estudo intitulado "Observações sobre loteamentos", inserto na *Revista de Direito Imobiliário* vol. 9, leciona a propósito que:

"A lei fala em impugnação de 'terceiros' (art. 19, § 1.°, da Lei 6.766/79). Não faz ela qualquer exigência de que essa impugnação parta de terceiro interessado, portador de direito real, como o fazia o § 3.° do art. 2.° do Dec. 3.079/38, ou o § 1.° do art. 345 do CPC de 1939, c/c o art. 1.218, I, do CPC de 1973. Quando a nova Lei 6.766 disciplinou inteiramente a matéria do pedido de registro, seu processo, suas impugnações, os recursos, houve uma ab-rogação da legislação anterior a esse respeito, que dispunha diversamente sobre a mesma matéria (art. 2.°, § 1.°, da Lei de Introdução ao CC). Hoje, qualquer cidadão é parte legítima para a impugnação do registro de parcelamento do solo urbano, como o seria para uma ação popular. O principal é o aspecto da moralidade administrativa onde o particular atua em auxílio da Administração, ao impugnar o registro de um loteamento possivelmente irregular. A extensão da faculdade de impugnar a qualquer terceiro, mesmo que não detentor de direito real, é uma clara alusão aos possíveis adquirentes dos lotes, a quem a lei precipuamente quis proteger e a quem ela mesmo se referiu no artigo anterior do mesmo capítulo (art. 18, § 2.°). Some-se a isto que seria um absurdo que a lei só desse direito de impugnar a terceiros detentores de direito real, se estes já teriam por lei ações próprias para proteção de seus direitos (ações possessórias ou reivindicatórias), negando esse mesmo direito de impugnação aos terceiros futuros adquirentes, que, antes de adquirir, não poderiam impugnar o registro e, depois de adquirir seu lote, também não o poderiam fazer, porque o loteamento já estaria registrado! Bastaria, pois, que o loteador fizesse os maiores absurdos e ilegalidades no projeto de loteamento, desde que dele fosse proprietário e nele ninguém exercesse direito real, para que, conseguida a aprovação da municipalidade, tornando-se o pedido de registro por ele formulado inimpugnável em juízo! Isso não é e nem poderia ser o escopo da lei" (p. 28-29).

Não discrepa de tal entendimento a lição de Gilberto Passos de Freitas, exposta em trabalho denominado "O Ministério Público e a nova lei de loteamentos", publicado na *Revista de Direito Imobiliário* vol. 7:

"E quem poderá oferecer a impugnação?

"Sob a égide do Dec.-lei 58/37 e do Dec. 3.079/38, que o regulamentou, a impugnação somente podia ser oferecida por quem tivesse legítimo interesse, fundado em direito real.

"Dispunha o § 3.° do art. 2.° do último decreto que: 'Será rejeitada *in limine*, remetendo-se o impugnante para o juízo contencioso, a impugnação que não vier fundada num direito real, devidamente comprovado de acordo com a legislação em vigor'.

"Hoje, todavia, falando a lei, em seu art. 19, § 1.°, somente em impugnação de terceiros, qualquer um, desde que demonstrado o legítimo interesse, poderá impugnar o pedido de registro.

"Não mais se faz necessário venha ele fundado em direito real.

"Assim, qualquer omissão ou descumprimento das exigências previstas no art. 18 ou em leis especiais autorizará o oferecimento da impugnação" (p. 50-51).

Arnaldo Rizzardo, conquanto ainda sustente a necessidade do registro de loteamento maltratar direito próprio de terceiro para legitimá-lo à impugnação, vendo-o como ca-

rente de legitimidade para discutir o preenchimento dos requisitos legais por parte do proprietário loteador, desde que não origine um prejuízo a um seu direito, entende que se houver ofensa a um bem social, ou ao patrimônio público, ou ao meio ambiente, possível se afigura a impugnação ao registro de loteamento pelo terceiro porque, nesse caso, público será o prejuízo (*Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 5. ed. São Paulo : RT, 1998. p. 74).

No meu entender, em que pesem as doutas ponderações daqueles que pensam em contrário, não vislumbro mais, a partir da vigência da Lei 6.766/79, razão para admitir a impugnação ao registro de loteamento para fins urbanos por terceiro apenas quando esteja em liça direito próprio deste.

Se o terceiro, como cidadão, pode, em ação popular, impugnar a validade da aprovação pelo Poder Executivo Municipal do loteamento que desatende as normas urbanísticas, poderá, também, preventivamente, no incidente de impugnação, se opor ao registro de tal loteamento, evitando, assim, que o parcelamento do solo se efetive com desrespeito às imposições urbanísticas, previstas, ressalte-se, pelo legislador, a bem de toda a coletividade.

A inadmissão, nesse caso, da impugnação ao registro do loteamento permitirá a implantação de parcelamento irregular, com inúmeros prejuízos que atingirão não apenas os adquirentes dos lotes, mas todos os membros da comunidade.

Sua admissão, ao contrário, a par de evitar tal lesão, torna a tutela das imposições urbanísticas que, segundo o saudoso Hely Lopes Meirelles, se caracterizam como medidas de interesse público que atingem indistintamente todos os indivíduos, como membros da coletividade àdministrada, imprescritíveis, irrenunciáveis e intransacionáveis (*Direito municipal brasileiro*. 7. ed. Malheiros, 1990. p. 385), mais eficaz.

Lembre-se com José Carlos de Freitas que:

"Sendo, de ordinário, matriz de um novo bairro residencial, o loteamento é um patrimônio da coletividade, pois essa nova realidade urbanística afeta a cidade, sobrecarregando seus equipamentos urbanos, sua malha viária, toda a infra-estrutura e os serviços públicos da urbe" ("Dos interesses metaindividuais urbanísticos", trabalho inserto na obra *Temas de direito urbanístico*, vol I, publicado pelo Caohurb – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça e Habitação e Urbanismo, p. 299).

E, entre as duas mencionadas posições divergentes, aquela restritiva da matéria a ser apreciada na impugnação a possível maltrato a interesse jurídico próprio do impugnante, e esta ampliativa, possibilitando a oposição de terceiro ao registro de loteamento que não observa as imposições urbanísticas, há que se escolher esta, que possibilita proteção preventiva ao meio ambiente urbano, cujo equilíbrio a todos interessa.

Lembre-se com o inolvidável Carlos Maximiliano que:

"O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegura plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida" (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979. p. 151-152).

E não vislumbro qualquer impossibilidade de o Juiz analisar, incidentalmente, na impugnação ao pedido de registro de loteamento, procedimento administrativo de jurisdição voluntária, argüição de ilegalidade no ato de aprovação, pelo Prefeito Municipal, do projeto de loteamento, para, em caráter preventivo, se acolhê-la, denegar o registro.

A apreciação de tal eiva, frise-se, dar-se-á *incidenter tantum*, não como decisão *principaliter*, esta sim reservada à via jurisdicional, apenas para se deferir ou não o pedido de registro do loteamento.

Não há, aí, como possa parecer *prima facie*, ofensa ao princípio da separação dos poderes.

O saudoso Frederico Marques, nesse particular, já lembrava que:

"O princípio da separação de poderes, fundamental e básico na estruturação jurídica do Estado e na garantia dos direitos individuais, sofre assim temperamentos condizentes com a realidade política de cada povo, visto não ser preceito rígido e mecânico de distribuição de funções. A cada um dos três poderes é, de início, atribuída a sua função específica, traçando-se limites intransponíveis, que evitem a usurpação indevida de um poder em relação ao outro. Essa esfera nuclear e fundamental das atribuições de cada poder não pode ser violada, porque então desapareceria a separação funcional preconizada por Montesquieu; mas, no que tange às funções que se não encontram situadas nessa competência mínima de cada poder, a lei ordinária ditará e resolverá a respeito de quem deve exercer os atos respectivos" (*Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 1. ed. atualizada, Millennium 2.000. p. 35-36).

E a lei ordinária federal ao Juiz atribuiu a função de decidir a impugnação ao registro de loteamento (Lei 6.766/79, art. 19, §§ 1.º e 2.º).

E tal exame *incidenter tantum* da aprovação do projeto pelo Poder Executivo Municipal, restrito ao aspecto da legalidade, se faz necessário porque, como bem realçou o Ilustre Juiz Ovídio Rocha Barros Sandoval, no Parecer 462/86, lançado nos autos do Proc. 71/86 desta Corregedoria-Geral:

"... o registro de loteamento representa ato administrativo *final*, tendo por *pressuposto lógico um ato-condição*. Sem este *antecedente*, o ato *final* do registro não se aperfeiçoa.

"O ato-condição está no procedimento prévio do plano de loteamento, sua aprovação pela Prefeitura, juntada dos documentos indispensáveis e no cumprimento das exigências legais, chegando ao Cartório onde após o *exame* dos requisitos exigidos por lei, o Oficial expede editais, dando publicidade ao empreendimento. Somente após a realização de tal *iter* procedimental e na observância das formalidades e exigências legais, se realiza o ato *final* do registro.

"Na seqüência lógica desses *dois* atos que se completam, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa se impõem de forma plena. A prática dos atos administrativos está sujeita, sob pena de invalidade dos atos praticados, ao respeito dos limites estabelecidos pela lei, ou, mais precisamente, pelo ordenamento jurídico, pois estes limites não são, apenas, os de ordem técnica e legal, senão, também os de ordem ética, concernentes à salvaguarda do interesse público.

"Portanto, o ato-condição e o ato final se integram para o aperfeiçoamento do registro. Há, assim, como o diz Bielsa, 'uma serie de actos que concurren a integrar la voluntad administrativa dirigida a um mismo fin, pero entre los cuales debe haber uma relación de dependência o subordinación y concordancia' (*Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires : La Ley, 1964. t. II, n. 210, p. 38).

"Em assim sendo, a *condição* se liga à 'existência del acto, mejor dicho, a la existência del derecho que el acto se propone crear' (Rafael Bielsa, op. e t. cits., n. 261, p. 168).

"Em suma: os chamados atos-condição representam um *pressuposto* do direito proclamado e criado pelo ato final administrativo. Os atos-condição são assim chamados na doutrina francesa, em especial por Jéze, enquanto Hariou prefere denominá-los de 'operações de procedimento' e são, de certo modo, análogos àqueles que a doutrina italiana denomina de 'atos complexos' (Rafael Bielsa, op. e t. cits., n. 261, p. 163).

"Daí por que se impõe o respeito de legalidade em *ambos os atos*, pois 'es necesario que sean *válidos* los *actos anteriores* e los que *necesariamente lo presuponen*. Es um proceso de lógica jurídica. La invalidez de un acto *anterior* vicia el acto complejo si esse acto anterior es presupuesto necesario del posterior que integra al acto perfecto' (op. e t. cits., n. 262, p. 170)".

Assim, se Vossa Excelência esposar o entendimento, que perfilho, de que o terceiro poderá, na impugnação ao pedido de registro de loteamento, argüir violação às imposições urbanísticas, impende, ainda, saber, se, *in casu*, os óbices de natureza urbanísticas levantados pelo impugnante podem ser examinados sem a produção de outras provas além da documental existente nos autos.

É que o legislador restringiu as questões que podem ser apreciadas na impugnação ao registro de loteamento àquelas possíveis de serem provadas pelos documentos existentes nos autos ou por uma instrução sumária, remetendo o interessado às vias ordinárias se a matéria exigir maior indagação (Lei 6.776/79, art. 19, § 2.º).

E, Toshio Mukai, Alaôr Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar, comentando tal dispositivo, ensinam que:

"Seu verdadeiro significado consiste em evidenciar que o juiz, ao decidir a impugnação, determinando ou recusando o registro do parcelamento deve cingir-se ao exame dos aspectos capazes de obstá-lo ou não, segundo os parâmetros da legislação vigente. As matérias de maior indagação que exijam, por exemplo, a produção de prova pericial ou testemunhal, que se refiram à substância dos documentos apresentados, tais como a comprovação da ocorrência de qualquer dos vícios dos atos jurídicos, ou que devam ser apreciados em ação judicial, através do processo ordinário de conhecimento, como, por exemplo, numa ação demarcatória, reivindicatória ou possessória, não deverão ser objeto da decisão do juiz na impugnação. Se concluir que os problemas constatados na documentação apresentada são suficientes para que não se faça o registro, o juiz deverá julgar procedente a impugnação e indeferir o pedido de registro do parcelamento, remetendo o interessado, se este assim desejar, às vias ordinárias para defesa de seus interesses e pretensões" (*Loteamentos e desmembramentos urbanos*. 2. ed. Sugestões Literárias, 1987. p. 95).

No presente caso, não se olvida, o magistrado determinou (f.), a requerimento do Ministério Público (f.), a produção de perícia, prova que não poderia ser produzida neste procedimento.

Assim, nenhum socorro a tal prova técnica deverá ser feito no exame dos fatos controvertidos debatidos no recurso.

O impugnante, além, da desconformidade do projeto de loteamento com normas urbanísticas municipais, aponta, outrossim, óbices ao registro referentes a suposto crime contra a Administração Pública tipificado no art. 50, par. ún., I, da Lei 6.766/79, pelo qual, responderiam, como co-autores, os responsáveis pela loteadora, em razão da negociação de alguns lotes, sob a forma de reserva, antes do registro do loteamento, e, também, à invasão, por prepostos da loteadora, de área de 10 m^2 vizinha ao terreno destinado ao loteamento, e reitera seu inconformismo contra o valor fixado para os salários periciais, no seu entender, excessivo.

Sem razão, porém, nesses aspectos.

É necessário que haja ação penal referente a crime contra o patrimônio e contra a administração em relação ao loteador (art. 18, § 2.º, da Lei 6.766/79) para obstar o registro de loteamento, não apenas inquérito.

E, *in casu*, o inquérito policial instaurado para investigar a ocorrência do crime previsto no art. 50, par. ún., I, da Lei 6.766/79, foi arquivado (f.).

Eventual invasão pela loteadora de pequena área vizinha ao terreno destinado ao parcelamento deveria ser denunciada, em impugnação ao registro de loteamento, pelo possuidor ou proprietário de tal imóvel, não por terceiro porque, nesse caso, está em liça interesse próprio, individual daquele, e não interesse difuso da coletividade.

Os salários periciais já foram, por Vossa Excelência, no julgamento do agravo, em sede de revisão hierárquica, mantidos no valor fixado pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, nada mais restando, nesse particular, a ser decidido neste recurso.

A discussão travada nesta impugnação quanto à inobservância de normas urbanísticas pelo projeto de loteamento apresentado a registro restringe-se, em resumo, à largura das ruas, à faixa de cem metros de largura destinada a reflorestamento, que deve separar a zona industrial de outra e à criação, com a aprovação do projeto, de nova zona urbana.

Não procede a impugnação relativa à largura das vias públicas.

Estriba o recorrente, a propósito, sua impugnação no art. 260, I, da Lei Municipal 2.149/95, Código de Obras, que estabelece a largura mínima de 14 (quatorze) metros para as ruas que serão abertas.

Simples leitura da descrição do sistema viário (f.) e da relação de áreas contida no mapa de f., documentos que integram o projeto de loteamento apresentado a registro, revelam que as vias públicas mais estreitas projetadas para o empreendimento têm a largura de 14 metros.

Equivocou-se, nesse particular, o impugnante ao considerar como largura da rua apenas o leito carroçável destinado à circulação de veículos com desprezo aos passeios que margeiam esse leito destinado à circulação de pedestres.

José Afonso da Silva, a propósito, bem observa que:

"A legislação urbanística, no Brasil, define a via urbana, considerada via de circulação, como o espaço destinado à circulação de veículos ou de pedestres, ou como todo logradouro público destinado à circulação de veículos ou de pedestres ...

"Rua é a via pública ladeada à direita e à esquerda de casas, paredes ou muros no interior das povoações ou predispostas a isso. Ruas são vias de comunicação, linhas de percurso de deslocamento dentro dos núcleos urbanos. O termo refere-se, especialmente, à via de circulação de uma única faixa ou pista de rolamento, sem canteiro central, destituída de ornamentação. Mas é também empregado em sentido genérico, pois, quando se fala nas ruas de uma cidade, está-se mencionando o conjunto das vias urbanas, sem distinção" (*Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. Malheiros, 1995. p. 179-180).

Desmerece, outrossim, acolhida a impugnação quanto à alegada criação de outra zona urbana na aprovação do projeto de loteamento.

Isso porque a oitava zona urbana criada na aprovação do loteamento tem a mesma destinação residencial e comercial da Zona 3, já prevista no Código de Obras.

E nenhuma alegação há na impugnação de que a previsão de subdivisão dos lotes abrangidos na denominada zona oito, cuja destinação, insisto, não difere da Zona 3 prevista no Código de Obras, fere alguma lei municipal ou de que a região em que se localiza a área a ser loteada não permite tal zona urbana – residencial e comercial.

Não se antevê, assim, no projeto de loteamento, nesse aspecto, qualquer desrespeito ao zoneamento urbano.

Prospera, porém, a impugnação quanto à alegada afronta ao art. 196 da Lei Orgânica do Município que exige, separando a zona industrial de outras, uma faixa de cem metros que deve ser reflorestada com espécies arbóreas nativas ou outras adequadas para esse fim.

Simples leitura da impugnação, das subseqüentes manifestações da Prefeitura e da loteadora revela que no cômputo da largura de tal faixa foram considerados os recuos obrigatórios de quatro metros dos lotes existentes nos limites de tais zonas e, nela, estão projetadas uma via pública residencial com largura de quatorze metros e outra industrial com largura de dezesseis metros.

Não vislumbro nenhuma irregularidade no cômputo dos recuos dos lotes nessa faixa de cem metros separando a zona industrial de outras destinadas a reflorestamento. E isso porque, como bem ensina José Afonso da Silva:

"Os objetivos dos recuos consistem em garantir adequadas condições de aeração e iluminação, em evitar que as moradias sejam devassadas por outras, em proporcionar segurança às crianças em seus locais de recreio e espaços para distrações de pessoas mais velhas, em reduzir riscos de incêndio, em assegurar espaços para árvores, vegetação e jardins e em propiciar um ambiente saudável e seguro ...

"Possibilita-se, assim, o surgimento de áreas verdes privadas, que complementam as públicas" (op. cit., p. 230-231).

Assim, compatível a finalidade dos recuos dos lotes, que constam da planta do loteamento aprovada pela municipalidade, com o reflorestamento que deverá ser implantado na faixa que separa a zona industrial de outra, nada impede que a largura deles seja computada na extensão desta faixa.

Não podem, porém, em tal faixa, que, frise-se, se destina a reflorestamento com espécies arbóreas nativas ou outras adequadas à sua

finalidade, ser abertas vias públicas residenciais e industriais destinadas à circulação de veículos cujos leitos carroçáveis medem, em largura, respectivamente nove e onze metros.

O projeto, ao prever tais vias públicas nessa faixa de cem metros destinada a reflorestamento, afronta, sim, o art. 196 da Lei Orgânica do Município de Santa Bárbara D'Oeste.

E isso porque via pública destinada ao trânsito de veículos automotores não se harmoniza com a destinação de tal faixa, insisto, reflorestamento com espécies arbóreas nativas ou outras apropriadas a tal fim.

Nada impede que tal faixa reflorestada seja destinada a bosque, equipamento comunitário de lazer, com estreitas vias destinadas ao passeio de pedestres e ciclistas.

Não atende, portanto, nesse aspecto, o projeto de loteamento à exigência urbanística imposta no art. 196 da Lei Orgânica do Município, circunstância impeditiva do registro do loteamento.

E a alegação de que as indústrias que se instalarão no loteamento terão diminuto potencial poluidor não autoriza o desrespeito à norma municipal que ao exigir a mencionada faixa separando a zona industrial de outras não fez qualquer referência à pequena, média ou alta capacidade poluidora da indústria.

É certo que o projeto do loteamento foi também aprovado pela Câmara Municipal.

Tal aprovação, porém, ao contrário do que sustenta a loteadora, não teve o condão de afastar a mencionada exigência urbanística prevista na Lei Orgânica Municipal.

Isso porque o ato de aprovação do projeto pela Câmara dos Vereadores não se qualifica, sob o aspecto material, como lei.

A lei, nesse sentido, é genérica e abstrata, qualidades ausentes na aprovação pela edilidade do loteamento.

O saudoso Seabra Fagundes, no particular, já acentuava que:

"Lei, no sentido material, é ato jurídico emanado do Estado com o caráter de norma geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva ...

"No sentido formal ou orgânico, a lei é o ato do órgão investido, constitucionalmente, na função legislativa. Todo ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa, se praticado no uso da competência constitucionalmente outorgada, é lei do ponto de vista formal. Tem a forma de lei. Poderá acontecer que, ao mesmo tempo, apresente a substância do ato legislativo, como se contiver uma regra geral e impessoal de conduta, imperativamente imposta para o ordenamento da vida coletiva. Neste caso será também lei no sentido material" (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1984. p. 16, 18-19).

O inolvidável Hely Lopes Meirelles já ensinava que:

"Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é a sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos e convém se repita que o Legislativo provê *in genere*, o Executivo *in specie*; a Câmara edita normas gerais, o Prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes ...

"Atuando através das leis que elaborar e atos legislativos que editar, a Câmara ditará ao Prefeito as normas gerais da administração, sem chegar à prática administrativa. A propósito, têm decidido o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais estaduais que é inconstitucional a deslocação do poder administrativo e regulamentar do Executivo para o Legislativo" (*Direito municipal brasileiro*. 5. ed. São Paulo : RT, 1985. p. 444-445).

Daí ter o Ilustre jurista, no parecer juntado pela loteadora, sobre a participação do Legislativo no procedimento de aprovação de projeto de loteamento, realçado que:

"O sistema de referendo da aprovação de loteamentos pela Câmara Municipal só é legítimo na medida em que a Câmara controlar o ato do Prefeito unicamente quanto à regularidade do procedimento urbanístico, em face da legislação pertinente, mas não poderá a Edilidade, em nenhuma hipótese, substituir o ato executivo ou modificá-lo por deliberação própria, porque estará invadindo a esfera

administrativa, o que é vedado constitucionalmente pela regra da independência dos Poderes, aplicável também no âmbito local. Sob o aspecto formal, o referendo não pode ser objeto de lei (que pressupõe sanção do Prefeito), devendo ser consubstanciado em decreto legislativo (sem iniciativa nem sanção do Prefeito), pois como ato de controle de conduta do Executivo, não pode depender de sanção do próprio Executivo. Além disso, a lei é norma geral e abstrata de conduta e o referendo não o é, pois expressa uma deliberação específica sobre um ato determinado e de efeitos concretos, embora externos, razão pela qual se formaliza em decreto legislativo e não em lei" (f.).

O ato de participação da Câmara Municipal, portanto, na aprovação do projeto de loteamento pela Câmara Municipal efetivou-se como referendo da aprovação de tal projeto pelo Prefeito Municipal, não como lei municipal em sentido substancial.

Assim, tal referendo, ao contrário do que sustenta a loteadora, não teve o condão de afastar na espécie a exigência urbanística relativa à faixa de cem metros destinada a reflorestamento separando a zona industrial de outra, prevista no art. 196 da Lei Orgânica do Município.

Assim, se Vossa Excelência entender que terceiro possa impugnar registro de projeto de loteamento por ofensa a normas urbanísticas, posição que adoto, opino se digne Vossa Excelência dar provimento ao recurso para negar registro ao projeto do loteamento denominado "Jardim Dona Regina", impondo à loteadora e à municipalidade o pagamento dos salários periciais, verba que será paga por elas em partes iguais.

É o parecer que, sub censura, submeto ao elevado exame de Vossa Excelência.

São Paulo, 10 de outubro de 2000. Antonio Carlos Morais Pucci, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

DECISÃO – Visto. Acompanho o entendimento esposado pelo MM. Juiz Auxiliar, que permite a impugnação a pedido de registro de loteamento por terceiro, calcada em desrespeito a exigência urbanística prevista em lei local e, nos termos do parecer retro, que aprovo, levando em conta não ter o projeto observado a destinação de reflorestamento da faixa que separa a zona industrial de outra, ao prever nesse local duas vias públicas destinadas à circulação de veículos automotores, – dou provimento ao recurso para negar registro ao projeto de loteamento, impondo à loteadora e à municipalidade o pagamento em partes iguais do salário do perito. Publique-se, inclusive o parecer. São Paulo, 11 de outubro de 2000 – (a) LUÍS DE MACEDO – Corregedor-Geral da Justiça (*DOE* de 27.10.2000).

6.2.2 REGISTRO DE IMÓVEIS. Averbação de caução imobiliária prevista em locação.

Ementa: Contrato locatício com dupla garantia. Inadmissibilidade.

Proc. CG 2.492/99 – (424/99-E) – j. 09.11.1999.

Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral da Justiça:

Mantida (f.) a recusa do registrador de averbar caução imobiliária sob o argumento de consignar o contrato locatício dupla garantia, o que é vedado pelo art. 37, par. ún., da Lei 8.245/91, recorre administrativamente (f.) a Vossa Excelência o locador.

Insiste na validade da caução imobiliária avençada na locação sustentando que o instrumento contratual contém apenas tal garantia, equivocada sua redação ao mencionar a fiança.

Posicionou-se a Promotoria de Justiça pelo improvimento do recurso (f.).

É o relatório. Opino.

O instrumento contratual, ao contrário do que sustenta o recorrente, menciona duas garantias, fiança e caução imobiliária prestada pelos fiadores.

O instrumento contratual, em seu início, já alude, após a qualificação do locador e do inquilino, aos fiadores, identificando-os.

A cláusula 23 refere-se à fiança, considerando os fiadores como principais pagadores, responsáveis solidários com o locatário por todas as obrigações ajustadas no instrumento contratual até a real e efetiva restituição das chaves. A cláusula 26 prevê a renúncia expressa dos fiadores aos benefícios de ordem e de divisão.

A cláusula 24, por seu turno, trata da caução imobiliária, garantia prestada pelos fiadores.

Não se olvida que a fiança, em relação ao fiador varão, é ineficaz por figurar ele, no contrato locatício, como locatário, portanto, afiançado.

Tal ineficácia, porém, não alcança a fiança prestada pela esposa do locatário.

Verifica-se, por conseqüência, conter o contrato dupla garantia, o que é coibido pelo par. ún. do art. 37 da Lei 8.245/91.

Daí a invalidade, na espécie, da caução imobiliária, segunda garantia pactuada na locação.

Assim, aliás, em caso parelho, se expressou o Ilustre Juiz Auxiliar desta E. Corregedoria-Geral, Dr. Marcelo Fortes Barbosa Filho, em parecer lançado nos autos do Proc. CG 1.578/97:

"... resta claro, a partir de uma leitura integral da disposição contratual, serem instituídas duas garantias simultâneas.

Por um lado, há uma primeira garantia pessoal, de fiança, sobre a qual se operou a renúncia ao benefício de ordem e à faculdade de exoneração e, por outro lado, uma segunda garantia real, de caução constituída sobre bem imóvel, não sendo possível tê-las como confundidas numa única garantia.

Na fiança, uma pessoa (o fiador) se obriga, acessória e subsidiariamente, frente a um credor, a pagar uma dívida, caso o devedor originário não o faça (Orlando Gomes. *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 492-493). O vocábulo 'caução' assume, em contraposição, no âmbito específico da matéria locatícia e a partir do art. 38 da Lei 8.245/91, um significado delimitado e próprio, equivalente a uma garantia real convencional, exprimindo o texto positivado uma incontestável distinção.

A nulidade prevista pelo par. ún. do art. 37 da Lei 8.245/91 se consubstanciou.

Ainda que se espose o entendimento de que a invalidade de ambas as garantias não se acha caracterizada, não se pode negar, ao menos, a singular invalidade da caução.

Conforme a jurisprudência sedimentada pelo E. 2.º Tribunal de Alçada Civil deste Estado (Cf., pe., Ap. c/ rev. 387.108-00/2, 3.ª Câm., j. 21.06.1994, rel. Juiz João Saletti, *RT* 709/110) e por relevante parcela da doutrina pátria (Vide, a propósito, Gildo dos Santos, *Locação e despejo*, 2. ed., São Paulo, RT, 1994, p. 115-116; Francisco Carlos Rocha de Barros, *Comentários à lei do inquilinato*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 153), em casos de duplicidade de garantias locatícias, é nula apenas a garantia excedente, sobrevivendo aquela que, topograficamente, no instrumento contratual, foi mencionada com antecedência.

Ora, a primeira das garantias mencionadas e aquela que mereceu maior cuidado com relação a sua disciplina, sem dúvida, foi a fiança, podendo, no máximo, somente esta subsistir ..."

Por outro lado, se a real intenção dos contratantes era garantir a locação apenas com a caução imobiliária, deverão eles retificar o instrumento contratual ou buscar na seara jurisdicional provimento que empreste ao contrato tal interpretação, finalidade a que não se destina este procedimento administrativo.

Manifesto-me, portanto, pelo improvimento do recurso, submetendo este parecer, respeitosamente, à elevada consideração de Vossa Excelência, *sub censura*.

São Paulo, 9 de novembro de 1999 – ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

6.2.3 PARCELAMENTO DO SOLO. Recepção e arquivamento, pelo oficial de registro de imóveis, de ofício expedido pelo Ministério Público com notícia da instauração de procedimento ou ação que versa sobre irregularidade no parcelamento. Inclusão dessa informação nas certidões imobiliárias referentes aos registros correspondentes. Possibilidade.

Ementa: Medida que não se confunde com ato de averbação, nem impede a prática de atos de registro ou averbação nos registros atingidos.

Proc. CG 8.505/2000 – Comarca de Piracicaba – j. 16.06.2000 – Corregedor-Geral de Justiça Luís de Macedo.

Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral da Justiça

Trata-se de expediente encaminhado pelo MM. Juiz Corregedor Permanente dos Oficiais de Registro de Imóveis da Comarca de Piracicaba, relativo a consulta formulada pelo Ministério Público, indagando sobre a possibilidade de que fosse anotada pelos registradores a circunstância, noticiada em ofícios, da existência de procedimento investigatório de irregularidade no parcelamento de determinados imóveis, objeto das matrículas que especifica, assim como de que essa informação viesse a constar das futuras certidões.

A consulta foi formulada em face do MM. Juiz Corregedor Permanente, que, em razão da abrangência e extensão das indagações formuladas, encaminhou os autos a esta Corregedoria-Geral da Justiça.

É o relatório, no essencial.

Opino.

A resposta à consulta formulada é positiva e encontra amparo em precedentes da 1.ª Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital (Processos 240/93 e 1.468/94) e desta E. Corregedoria-Geral da Justiça (Proc. CG 1.994/95), no sentido de que a todos interessa a publicidade da informação de que houvera sido proposta ação civil pública ou recebida denúncia criminal pertinentes a irregular parcelamento do solo, razão pela qual se mostra correto o recebimento e arquivamento, pelo oficial registrador, de ofício encaminhado pelo Ministério Público noticiando tais fatos e, como conseqüência, a inclusão dessa circunstância nas certidões expedidas.

Assim, encaminhada pelo Ministério Público ao oficial de registro de imóveis a comunicação oficial da instauração de procedimento ou ação que versa sobre irregularidade no parcelamento do solo, deve esse ofício ser recepcionado e arquivado, informação que constará das certidões dos registros abrangidos pela notícia.

Essa medida viabiliza, sem ofensa às normas regentes dos registros públicos, assegurar a necessária publicidade às informações constantes do registro, encontrando amparo nas disposições do art. 18 da Lei 6.015/73 e no item 136 do Capítulo XX do T. II das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça.

É importante deixar claro que a providência mencionada não se confunde com a efetivação de ato de averbação, motivo pelo qual não subsiste o óbice apresentado, no caso em estudo, fundado na falta de previsão legal no rol do art. 167, II, da Lei dos Registros Públicos.

Imprescindível, por fim, deixar expresso, de forma a não deixar margem a qualquer dúvida, que a publicidade aqui tratada não impede a prática de qualquer ato de registro ou de averbação referente aos registros abrangidos pela medida.

Portanto, o parecer que me permito, respeitosamente, submeter ao elevado exame de Vossa Excelência é no sentido de responder positivamente à consulta formulada, no sentido da viabilidade da recepção e arquivamento de comunicação oficial do Ministério Público da instauração de procedimento ou ação que verse sobre irregularidade no parcelamento do solo, informação que constará das certidões dos registros abrangidos pela notícia, o que não se confunde com ato de averbação, nem impede a prática de atos de registro ou averbação nos registros atingidos.

Alvitro, ainda, caso venha a ser aprovado o presente parecer, seja sua ementa publicada juntamente com a r. decisão de Vossa Excelência.

Sub-censura.

São Paulo, 16 de junho de 2000 – (a) LUÍS PAULO ALIENDE RIBEIRO, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

Decisão: Aprovo, por seus fundamentos, o parecer do MM. Juiz Auxiliar desta Corregedoria. Publique-se, inclusive a ementa. São Paulo, 04.07.2000. (a) Luís de Macedo, Corregedor-Geral da Justiça.

6.3

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6.3.1 REGISTRO PÚBLICO. Retificação de área de domínio público, recebida em doação por Prefeitura Municipal antes do Código Civil, com conseqüente pedido de abertura de matrícula.

Ementa: Indeferimento liminar do libelo. Sentença mantida. Ausência de título anterior ou de reconhecimento judicial prévio de que a área integre o domínio público. Apelação não provida.

ApCiv 124.653-4/9 – 2.ª Câm. de Direito Privado – TJSP – j. 13.06.2000 – rel. Des. J. Roberto Bedran.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív 124.653-4/9, da Comarca de São Manoel, em que é apelante Municipalidade de São Manuel, sendo apelado o Juízo:

Acordam, em Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso, de conformidade com o relatório e voto do relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Theodoro Guimarães (presidente) e Cintra Pereira (revisor).

São Paulo, 13 de junho de 2000 – J. ROBERTO BEDRAN, relator.

1. A r. sentença de f., dando pela inépcia do respectivo libelo, julgou extinta, sem apreciação do mérito (art. 267, I, do CPC), ação de retificação de área de domínio público de Municipalidade, com pedido de abertura da respectiva matrícula no registro imobiliário.

Apela a autora, para sustentar viável a pretensão e insistir, pelo menos, no deferimento da abertura da matrícula.

Recurso regularmente processado, sem necessidade de resposta e isento do preparo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

2. A obrigatória intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, resultou rigorosamente observada, sendo despicienda, pela sempre importante – e, no caso, significativa – manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, a diligência, por esta alvitrada, de colheita do parecer do representante de primeiro grau, omitido na fase recursal, mesmo porque, com pronunciamento até acolhido na sentença; não deixou ele de oficiar no feito.

E a irresignação não prospera.

Alegando haver recebido, em doação de particular, por ato datado de 1870, uma gleba de terras agora integrada no domínio público, a Municipalidade apelante pretendeu, além da retificação da área, com descrição pormenorizada de suas lindes, assim como das construções erigidas, a própria abertura de matrícula.

A retificação, que pressupõe erro ou inexatidão do registro, e se conceitua como típica ação real, dependeria, como requisito indispensável, da existência de título aquisitivo já registrado.

Ora, se não há esse registro prévio, tanto que a autora postula a abertura de matrícula, descabido cogitar de retificação!

O que se poderia admitir, fosse outra a situação concreta, seria a abertura de matrícula, já que a alegada doação é muito anterior à vigência do Código Civil.

Todavia, nem isso se afigura possível. A afirmação de que a área foi objeto de doação ao Poder Público Municipal carece de comprovação documental hábil, qual seja, o instrumento formal do negócio jurídico.

Impraticável, então, no âmbito de mera jurisdição administrativa, admitir a área como integrante, ainda que por destinação, do domínio público, o que reclamaria a via judicial

declaratória apropriada, a qual bem poderia ser a do usucapião, recomendada em primeiro grau, com o endosso do Ministério Público.

Aliás, é da melhor doutrina não existir mínimo óbice legal a que as pessoas jurídicas de direito público venham, com aplicação das regras próprias do direito privado, fazer uso da ação de usucapião, visando a regularizar aquisição de bens de que têm posse contínua e longeva.

No particular, depois de salientar que "não tem o Município qualquer impedimento em socorrer-se da ação de usucapião para legalizar o domínio sobre coisas de sua propriedade, bastando que sejam observadas as mesmas normas de direito privado, relativamente ao prazo e às demais condições que devem concorrer para a prescrição", Benedito Silvério Ribeiro, com a autoridade de profundo conhecedor do tema, complementa: "Em suma, desde que o Município mantenha posse ou uso de bens móveis, imóveis ou direitos a estes relativos, poderá buscar o reconhecimento do domínio pela via usucapional, podendo fazê-lo ainda em defesa. Não é difícil prever hipóteses nos vários rincões do País, alguns desorganizados e sem controle do seu acervo patrimonial. Há imóveis ocupados e utilizados pelas Prefeituras, sem qualquer título dominial ou sendo estes simplórios e insuficientes à configuração do domínio pleno. Doações antigas e com documentação deficiente, abandono de terrenos ou prédios, com o seu uso pelas Municipalidades, locais onde foram construídos jardins ou praças, sem desapropriação ou oposição de interessados, além de tantos outros casos, são situações existentes e não acertadas, dominialmente falando, pelo longo dos anos" (*Tratado de usucapião*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. vol. 1, n. 104, p. 311-316).

Logo, incensurável o liminar indeferimento do libelo, com o conseqüente decreto extintivo pronunciado.

3. Do exposto, nega-se provimento ao recurso.

J. ROBERTO BEDRAN, relator.

6.3.2 LOTEAMENTO. Zona urbana. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Obras de infra-estrutura. Implantação da rede de esgoto. Obrigação do loteador.

Ementa: Ilegalidade do repasse da obrigação para os compromissários compradores. Infringência a disposição legal. Cláusula do contrato padrão nula.

ApCiv 134.874-4/5-00 – 8.ª Câm. de Direito Privado – TJSP – j. 08.05.2000 – rel. Des. Carlos Alberto Hernández.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív. 134.874-4/5-00, da Comarca de Paraguaçu Paulista, em que é apelante João Cândido de Oliveira S.C. Ltda., sendo apelado o Ministério Público:

Acordam em Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso, de conformidade com o relatório e voto do relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Mattos Faria (presidente) e Silvio Marques (revisor).

São Paulo, 8 de maio de 2000 – CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ, relator.

Ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, visando o cumprimento de Obrigação de Fazer da empresa João Cândido de Oliveira S.C. Ltda., para que esta concluísse as obras de infra-estrutura, em especial a de implantação da rede de esgoto urbano, do loteamento denominado "Jardim das Oliveiras", situado na comarca de Paraguaçu Paulista.

A r. sentença (f.) julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público, condenando a ré a cumprir a obrigação referida no prazo de 60 dias, a contar da citação para a execução do *decisum*, sob pena de incidência de multa moratória diária, no valor correspondente ao de dez salários mínimos. Custas processuais pela demandada.

Apelação da vencida (f.) com preparo (f.) e resposta (f.). A D. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento (f.).

É o relatório.

Trata-se de apelação contra a r. sentença que julgou procedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, visando compelir a firma apelante ao cumprimento da obrigação de realizar obras de infra-estrutura no loteamento Jardim das Oliveiras.

Em preliminar, a recorrente suscita a ilegitimidade de parte do Ministério Público para ingressar em juízo em nome dos compromissários compradores dos referidos lotes alienados pela ora recorrente.

De rigor, todavia, a rejeição dessa prejudicial.

Isso porque o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam*, para propositura da lide, presente que está uma violação a interesses difusos que dizem respeito à exigência legal de que o parcelamento urbano obedeça as normas do Direito Urbanístico.

Com efeito, a Constituição Federal de 05.10.1988 estatui, em seu art. 129, III:

"São funções institucionais do Ministério Público:

I. (...)

III. promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)"

A matéria é regida também pelo art. 1.°, IV, e art. 5.° da Lei 7.347, de 24.07.1985 – legislação específica sobre a ação civil pública – que asseguram ao Ministério Público legitimidade para requerer em Juízo a preservação dos mencionados interesses, quer difusos e coletivos, quer individuais homogêneos. Conforme corretamente observado no bem elaborado parecer de f.,

"ainda que privados os interesses em jogo, não é incorreta a tese de que é lícito ao Ministério Público tutelá-los através da ação civil pública em situações onde seja vislumbrável, por alguma razão específica, o interesse social".

E este deve receber o mesmo tratamento dispensado ao *interesse público* referido no art. 82, III, do CPC.

Superada essa preliminar, ao mérito da lide.

O repasse, aos compromissários compradores dos lotes, do custo das obras de infra-estrutura – como a implantação de rede de esgoto, previsto na cláusula 19 do contrato padrão – é manifestamente ilegal.

Realmente, a ação foi proposta com base no art. 18, *caput*, da Lei 6.766/77, c/c o art. 2.° da Lei Municipal 1.111/77. E o inc. V do referido artigo da lei federal acima invocada, estabelece, expressamente, que, no prazo máximo de dois anos, o *loteador* (grifei) deveria executar as obras exigidas *pela legislação municipal* (grifei novamente). E esta, em seu art. 2.° (f.), exigia, para a aprovação do loteamento, a prévia instalação de rede coletora de esgoto, disponível a todos os lotes. Conseqüentemente, para obter a aprovação do empreendimento e antes de comercializá-lo, a apelante deveria ter implantado aquela rede.

É nulo, pois, o repasse pretendido através da cláusula 19 do contrato padrão, uma vez que dita obrigação, prevista inclusive na citada Lei Federal 6.766/79, cabia, como cabe, *ao loteador*.

Com efeito, nos termos das leis mencionadas, *o loteador* deveria ter providenciado as obras de infra-estrutura, em especial as de implantação de rede de esgoto, para todos os lotes.

Forçoso concluir, daí, que o pretendido repasse de tal obrigação constitui nítido subterfúgio, ostensivamente ilegal, utilizado pela apelada para fugir ao cumprimento da lei municipal.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, para manter a r. sentença do MM. Juiz Aírton Pinheiro de Castro, da comarca de Paraguaçu Paulista.

CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ, relator.

6.4

1.ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO – CAPITAL

6.4.1 DIREITO SUCESSÓRIO. Testamento. Cláusulas restritivas de domínio. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Ementa: As cláusulas restritivas impostas por testamento não têm eficácia além da vida do herdeiro.

Proc. 000.00.504235-6 – j. 16.05.2000 – Juiz Oscar José Bittencourt Couto.

Vistos etc.

O Sr. 18.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, a pedido de Nidia Aleixo Fonseca, suscitou a presente dúvida aduzindo, em resumo, que apresentado a registro o Formal de Partilha extraído dos autos do inventário dos bens deixados por Delphim Augusto Aleixo, verificou que o *de cujus* deixou testamento, segundo o qual os bens que fossem partilhados aos filhos Lida, Edgar e Nelson ficariam gravados com as cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade vitalícias.

O filho Edgar faleceu antes do testador, entendendo o Sr. 18.º Oficial de Registro de Imóveis que a parte ideal que lhe seria atribuída no inventário, agora passa diretamente aos seus filhos, livre de qualquer cláusula.

A suscitada sustenta que se os filhos recebem por estirpe, no lugar do pai, as cláusulas são impostas a eles e não ao pai. Argumenta o Sr. Oficial que a tese não pode prevalecer, porque estaria violentando a lei e a própria vontade do testador que, vivo, poderia ter alterado a sua disposição de última vontade, mas não o fez.

A inicial veio acompanhada dos documentos de f.

A suscitada apresenta impugnação sustentando, em resumo, que os filhos do herdeiro pré-morto do testador herdam por representação, herdam diretamente e devem suportar os mesmos encargos a que estaria sujeito, se vivo, seu pai.

Observa que o mesmo Formal de Partilha foi registrado, com estas cláusulas, no 10.º Registro de Imóveis, não sendo justificável que dois cartórios imobiliários, localizados na mesma comarca, sujeitos às mesmas leis e normas disciplinares e fiscalizados pela mesma Corregedoria, registrem um mesmo título de duas formas diferentes. A interpretação e aplicação do direito, nessas condições, deve ser harmoniosa e uniforme.

A impugnação veio acompanhada de procuração e certidão da Matrícula 91.825 do 10.º Registro de Imóveis.

O Ministério Público se manifesta às f., opinando pela improcedência da dúvida.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de dúvida suscitada pelo Sr. 18.º Oficial de Registro de Imóveis que adiou o registro de Formal de Partilha por entender que as cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas pelo *de cujus* por testamento, em relação aos bens que viessem a ser partilhados a seus filhos, não se estendem aos netos, que no inventário representam filho pré-morto, herdando por estirpe.

Doutrina e jurisprudência são tranqüilas no sentido de que as cláusulas restritivas impostas por testamento ou por doação, ainda que vitalícias, não podem ir além da vida do herdeiro, legatário ou donatários.

Os vínculos impostos foram em relação aos filhos do testador, estes é que foram gravados, não seus netos. O fato de um dos filhos ter falecido antes do testador não implica em estender as cláusulas restritivas aos netos, que

no inventário herdam por representação do filho pré-morto, não de forma direta como sustenta a suscitada.

Neste sentido ensinamento de Sebastião Luiz Amorim e Euclides Benedito de Oliveira na obra *Inventário e partilhas – Teoria e prática*, 8. ed., 1993, p. 39:

"Quando a herança passa para o herdeiro em virtude do parentesco, sendo o mais próximo na ordem da vocação hereditária, diz-se que a herança é paga por direito próprio.

Quando, porém, ele é chamado para herdar em lugar de outro herdeiro, pré-morto, ausente ou incapaz de suceder, diz-se que recebe a herança por direito de representação.

Neste segundo caso, ele herda, não por ser o herdeiro direto, e sim por ser o sucessor desse herdeiro".

Assim também ensina Washington de Barros Monteiro em seu *Curso de direito civil – Direito das sucessões*, 19. ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 94: "Talvez com mais propriedade, afirma-se que a vocação hereditária é direta ou indireta: direta, quando a título de herdeiro resulta de atribuição direta feita pela lei, ou pelo testador; indireta, quando o título de herdeiro promana da lei, mas a primeira vocação não pode efetivar-se por ausência do convocado, substituído por isso pelo seu descendente".

Os netos do *de cujus* herdam não de forma direta, mas indireta, por sucessão do pai pré-morto, por estirpe.

Os vínculos impostos aos filhos não passam aos netos do testador, não se estendem além da vida do gravado.

Clóvis Bevilácqua, em seus *Comentários*, assim se manifesta: "A inalienabilidade não pode ser perpétua. Há de ter uma duração limitada ou vitalícia. Os vínculos perpétuos, ou cuja duração se estenda além da vida de uma pessoa, são condenados. A inalienabilidade imobiliza os bens, impede a circulação das riquezas; é portanto, antieconômica, do ponto de vista social. Por considerações especiais, para defender a inexperiência dos indivíduos, para assegurar o bem-estar da família, para impedir a dilapidação dos pródigos, o direito consente em que seja, temporariamente, entravada a circulação de determinados bens".

Portanto perde a cláusula sua eficácia com a morte do gravado, transferindo-se livremente o bem a seus sucessores.

Digna de nota é a lição de Francisco Morato ao dizer que: "sendo temporária, a inalienabilidade não visará senão aos interesses dos herdeiros do primeiro grau; pelo que, finda que seja, recobram os beneficiários o direito de livre disposição e os credores a garantia de seus créditos contra eles. Sendo vitalício, tende a acautelar os de segundo, embora para estes na simples passagem da herança, desembaraçada daí em diante de qualquer ônus, pelo menos na parte correspondente à meação indisponível dos primeiros".

Correta a posição adotada pelo Sr. 18.º Oficial de Registro de Imóveis ao adiar o registro do Formal de Partilha apresentado, visto que as cláusulas restritivas não podem ir além dos gravados, que no caso são os filhos do testador, não se estendendo aos netos que herdaram de forma indireta, por representação.

Assim, ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente dúvida.

Transitada esta em julgado, cumpra-se o disposto no art. 203, I, da Lei 6.015/73, arquivando-se oportunamente os autos, observadas as cautelas de praxe.

P. R. I.

São Paulo, 16 de maio de 2000 – OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO, Juiz de Direito.

6.4.2 EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. Penhora. Falta de intimação de co-devedor. Acesso da carta de arrematação obstado.

Proc. 000.00.522.840-9 – 06.06.2000 – Juiz Oscar José Bittencourt Couto.

Vistos etc.

A Sra. 4.ª Oficial de Registro de Imóveis, a pedido do Banco Bradesco S.A., suscitou a

presente dúvida aduzindo, em resumo, que apresentada Carta de Arrematação expedida nos Autos da Execução 1.877/96, em curso perante a 1.ª Vara Cível do Foro Regional XI Pinheiros, movida pelo Banco Bradesco S.A. contra Santos e Fejer Comercial Exportadora e Importadora Ltda., Miguel José Fejer, separado judicialmente, e Ricardo da Rocha Santos Fejer, solteiro, denegou o registro, em atenção ao princípio da continuidade.

Consta da Matrícula 64.807 da Serventia que o imóvel dela objeto foi adquirido pelo casal Miguel José Fejer e Adyres Aparecida Rosa Santos Fejer (R/1), que se separou consensualmente (Av. n. 2) e não houve, em decorrência dessa separação, partilha dos bens, sustentando a Sra. Oficial, segundo tem admitido a jurisprudência, que houve a transformação da comunhão antes existente, em condomínio.

Conforme R/3 da matrícula acima referida, o imóvel foi dado por Miguel José Fejer, separado judicialmente, e Adyres Aparecida Rosa Santos Fejer, separada judicialmente, em hipoteca, para garantir empréstimo feito pela firma Santos & Fejer Ltda., sendo o imóvel penhorado na execução acima mencionada, conforme Av. 4.

Sendo Adyres Aparecida dos Santos proprietária da metade ideal do imóvel, deveria comparecer como parte na execução em que foi procedida a arrematação da totalidade do imóvel, em observância ao princípio da continuidade.

A inicial veio acompanhada dos documentos de f.

O Ministério Público se manifestou às f., opinando pela procedência da dúvida.

Impugnação apresentada às f., acompanhada de documentos.

É o relatório.

Decido.

A Sra. 4.ª Oficial de Registro de Imóveis da Capital denegou o registro de Carta de Arrematação expedida nos autos da execução movida por Banco Bradesco S.A. em face de Santos & Fejer Comercial Exportadora e Importadora Ltda. e outros, que teve curso perante a 1.ª Vara Cível do Foro Regional XI Pinheiros, em que arrematado, no todo, o imóvel objeto da Matrícula 64.807 da Serventia, sem que a co-proprietária Aparecida Rosa Santos Fejer tivesse participado da relação processual.

Verifica-se da matrícula referida que o imóvel fora adquirido pelo casal Miguel José Fejer e Ayres Aparecida Rosa dos Santos Fejer, que se separou, constando da matrícula a alteração do estado civil, sem notícia de que tenha havido partilha.

Os titulares de domínio, após a separação, deram o imóvel em hipoteca para garantida de empréstimo feito pelo suscitado à Santos & Fejer Ltda.

O imóvel na execução da dívida garantida pela hipoteca foi penhorado e arrematado pelo suscitado, sem que a co-proprietária tivesse participado da relação processual.

Sustenta o suscitado não ser necessária a participação da co-proprietária no processo por não ser ela devedora mas garantidora, como consta da escritura pública registrada sob n. R/3.

Afirma, ainda, que da penhora foi ela intimada e bem assim da praça, quedando-se silente, não demonstrando interesse em "remir" dívida para liberar o imóvel.

Ocorrendo a arrematação do imóvel hipotecado, dado por ambos em garantia da dívida, perfeita e acabada não cabe a dúvida suscitada.

O caso tratado é típico de responsabilidade de terceiros pela liquidação de obrigação. Assim é que a co-proprietária deu em garantia hipotecária, para garantir empréstimo da firma Santos & Fejer Ltda. imóvel da qual é proprietária, e vencida a obrigação, não liquidada pelo devedor, foi ajuizada execução contra este, sendo penhorado o bem dado em garantia.

Correto sustentar que não sendo a co-proprietária devedora, mas sim garantidora, não há necessidade de que ela integre a execução, ou seja, não é necessário, mas facultativo que a garantidora participe da relação processual. Não integrando a execução, entretanto, deveria ser ela intimada da penhora e da praça, pois legitimada para impugnação destas.

Embora afirme ter ocorrido a intimação da garantidora tanto da penhora, quanto da praça, não há nos autos qualquer indicação de que tenha realmente ocorrido tais intimações, daí ser procedente a dúvida.

O princípio da legalidade, que deve ser observado na qualificação do título submetido a registro, no caso dos autos não está atendido, sendo óbice para o registro da Carta de Arrematação apresentada.

O óbice imposto pela Sra. 4.ª Oficial de Registro de Imóveis não procede, pois a co-proprietária, por instrumento público, válido, perfeito e acabado, que mereceu registro, garantiu dívida de terceiros, dando em hipoteca a parte do imóvel de sua propriedade, que foi, na execução para cobrança da dívida, penhorado e praceado.

Impede, entretanto, o registro da Carta de Arrematação a ausência de elementos que permitam concluir ter ocorrido a intimação da co-proprietária, garantidora, da penhora e da praça.

Assim, ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente dúvida.

Transitada esta em julgado, cumpra-se o disposto no art. 203, I, da Lei 6.015/73, arquivando-se oportunamente os autos, observadas as cautelas de praxe.

P. R. I.

São Paulo, 6 de junho de 2000 – OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO, Juiz de direito.

6.4.3 CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE DOMÍNIO. Cancelamento. Renúncia de usufruto. Doação. Pré-morte de um doador.

Proc. 000.98.003699-2 – j. 24.06.1998 – Juiz Oscar José Bittencourt Couto.

Vistos etc.

Dveire Pen e Sulamita Pen, administrativamente pretendem seja determinado o cancelamento de cláusulas de impenhorabilidade e de inalienabilidade, bem como da renúncia de usufruto, estabelecidos, quando da doação do imóvel situado na Alameda Lorena, 333 – ap. 1.203, matriculado sob n. 48.623 no 4.º Serviço de Registro de Imóveis, bem como em relação à garagem matriculada sob n. 48.624, feita pela primeira requerente e seu falecido marido à sua filha, segunda requerente.

Pretendendo vender o imóvel foram orientadas a proceder ao desembaraço do referido imóvel, quanto às cláusulas e condições que o vinculavam até aquela ocasião.

Compareceram ao 4.º Cartório de Notas e assinaram Escritura de Cancelamento de Cláusulas e Renúncia de Usufruto, que levada a registro para averbação, foi negado acesso, sustentando o Sr. Oficial do Registro de Imóveis que somente poderiam ser canceladas com relação à metade ideal pertencente a Dveire Pen.

Sustentam que a parte ideal do doador falecido permaneceu vinculada somente até sua morte, enfatizando que com o falecimento, de imediato, ocorreu a extinção do usufruto em relação à sua pessoa e, conseqüentemente, a revogação das cláusulas restritivas, pelo menos em relação à sua parte ideal. Quanto a parte ideal da doadora requerente expressando seu total consentimento na escritura estão revogadas as cláusulas.

A inicial veio acompanhada dos documentos de f.

Informações da Sra. 4.ª Oficial de Registro de Imóveis a f.

O Dr. Promotor de Justiça se manifestou a f., opinando pelo deferimento do pedido.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que a primeira requerente e seu marido doaram à sua filha, dentre outros, o imóvel, apartamento e garagem, objeto das Matrículas 48.623 e 48.624 do 4.º Registro de Imóveis da Capital, estabelecendo cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade enquanto vivos os doadores, tendo estes reservado usufruto vitalício.

Pretendendo as requerentes alienar o imóvel, querem o cancelamento da cláusula de inalienabilidade, temporária, que tem como termo estabelecido de maneira clara, o falecimento dos doadores.

Sustentam ser possível o cancelamento da cláusula, por ser a doação entendendo que com o falecimento do doador em ralação a sua parte ideal, ocorreu a extinção das cláusulas restritivas.

Doação, no dizer de Washington de Barros Monteiro, "é contrato, em que a vontade das partes, livremente manifestada, pode modificá-lo e até rescindi-lo, salvo direitos de terceiros" (*Curso de direito civil*, 19. ed., 6.º vol., p. 155).

Doutrina e jurisprudência são tranqüilas no sentido de ser a doação contrato bilateral, regido pelo direito das obrigações, e como nos demais contratos podem ter as cláusulas alteradas por vontade das partes.

Assim, havendo concordância entre doador e donatário, nenhuma dúvida existe quanto à possibilidade de cancelamento de cláusula restritiva constante da doação, por vontade das partes, tal como em qualquer contrato.

No caso em exame, inegável a possibilidade de ser cancelada a cláusula de inalienabilidade, estabelecida pela doadora sobrevivente, mesmo porque expressada a concordância da donatária, merecendo neste passo acolhida o pedido inicial, vale dizer, a doadora, ante a expressa concordância da donatária, pode cancelar as cláusulas de impenhorabilidade e de inalienabilidade que estabeleceu quando da doação de sua parte no imóvel, que adquirira com seu falecido marido, casada que era no regime da comunhão de bens, antes da Lei 6.515/77.

A parte do doador falecido, alcançada pela cláusula restritiva imposta na doação, não pode, *administrativamente*, ser cancelada como pretendem as requerentes, devendo a questão ser examinada em via jurisdicional, *com análise do alcance da vontade do doador ao impor a restrição.*

Falecido o doador a cláusula torna-se irrevogável, impondo a lei civil, a teor do que estabelecido no art. 1.676 do CC, a observância da cláusula assegurando desta forma o cumprimento da vontade do doador.

Embora entendida a doação como ato *inter vivos* regida pelo direito das obrigações, mesmo porque doação *causa mortis* não é contemplada em nosso Código Civil, à exceção da prevista no art. 314 do referido Código, uma vez falecido o doador aplica-se as disposições do art. 1.676 para que sua vontade seja preservada.

Neste sentido lição de Antão de Moraes, expressada na doutrina trazida pelas requerentes f., valendo transcrever o seguinte trecho ... "Em nenhum logar, insisto, vedou o legislador que, nas doações *inter vivos*, fosse, por accôrdo das partes, dispensada a clausula de inalienabilidade. A única prohibição que estatuiu é a do art. 1.676, tolhendo a invalidação ou dispensa por *actos judiciaes*, no intuito justamente de ser respeitada a vontade do doador ou testador, já fallecidos."

Assim, administrativamente só é possível o cancelamento das cláusulas de impenhorabilidade e de inalienabilidade impostas pela doadora sobrevivente na parte que lhe pertencia no imóvel. Quanto a parte transmitida pelo falecido doador *só por via jurisdicional*, será possível o exame da questão.

É incontroverso que o cancelamento de cláusulas restritivas com fundamento na interpretação da vontade do doador ou do testador deve ser endereçado à via jurisdicional (Processos CG 745.95, 120/84, 739/94).

Vale lembrar a lição de Washington de Barros Monteiro, para quem a doação, contrato que é, está sujeita a modificações ou resilição, salvo direitos de terceiros.

"Morto o doador, entretanto, a cláusula torna-se irretratável e não mais pode ser dispensada, ainda que se trate de adiantamento de legítima. Se ele era casado, a irretratabilidade só concerne à meação do finado, de modo que o vínculo pode ser levantado quanto à meação do cônjuge-doador sobrevivente, consorciado pelo regime da comunhão universal de bens" (*Curso de direito civil*, 7. ed., vol. 6.º, p. 145).

O termo de vigência das cláusulas restritivas estabelecido na escritura de doação é a

morte de ambos os doadores, quando passarão a pertencer à outorgada donatária, sem outros ônus, cláusulas ou condições.

Clara é a redação da escritura de doação quanto à vigência das cláusulas impostas, a saber: "que eles doadores impõem sobre todos os bens doados, para garantia das reservas acima referidas, as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, as quais prevalecerão durante o tempo de vida dos doadores, para desaparecerem, automaticamente, após a morte de ambos".

Ante o exposto e o mais que dos autos consta, acolho parcialmente o pedido para determinar o cancelamento das cláusulas de inalienabilidade e de impenhorabilidade da parte pertencente à doadora, remetendo as requerentes à via jurisdicional para o cancelamento da cláusula na parte transmitida pelo falecido doador, ou para a sub-rogação do vínculo.

Transitada esta em julgado, expeça-se mandado, arquivando-se oportunamente os autos, observadas as cautelas de praxe.

P. R. I.

São Paulo, 24 de junho de 1998 – OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO.

6.4.4 PERMUTA. Cláusulas restritivas de domínio.

Ementa: As cláusulas restritivas somente são admitidas nos atos não onerosos e no momento de sua celebração.

Proc. 000.98.021177-8 – j. 03.02.1999 – Juiz Oscar José Bittencourt Couto.

Vistos etc.

Liliam Glauce Rubin Pereira, qualificada na inicial, suscita a presente dúvida inversa, alegando, em síntese, que por escritura pública de permuta lavrada no 16.º Tabelionato de Notas da Capital, permutou imóvel que recebera em doação, gravado com cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, situado na cidade de São Bernardo do Campo, por imóvel situado nesta Capital, apartamento n. 62 e uma vaga na garagem do Edifício Nancy, localizados na Av. Alcântara Machado, 2.718 e Rua Benedito Barbosa, 96, Belenzinho, 7.ª circunscrição imobiliária.

Consta do instrumento que os vínculos incidentes sobre o imóvel de propriedade da suscitante eram transferidos para o apartamento e vaga na garagem.

Levada a registro mencionada escritura, o Sr. 7.º Oficial de Registro de Imóveis negou acesso ao fólio, sustentando que as cláusulas restritivas da propriedade só podem ser estabelecidas nos atos graciosos ou de mera liberalidade (doação ou testamento), não podendo ser impostas em ato oneroso. Entende ele que a ninguém é permitido gravar seus próprios bens, o que ocorreria caso fosse admitida a transmutação das cláusulas como do título consta. Pondera, ainda, que seria o caso de sub-rogação de vínculos, com o caminho judicial próprio.

A requerente se insurge contra o óbice sustentando que a cláusula de incomunicabilidade, considerado o regime de bens do casamento, o fato de que o imóvel foi adquirido por permuta, estando gravado com a cláusula o permutado, por força do art. 269, II, do CC, automaticamente se transporta para o apartamento e vaga de garagem por sub-rogação.

Sustenta, ainda, a desnecessidade da autorização judicial para a sub-rogação, que se impõe quando se trata de cláusula de inalienabilidade.

O mesmo afirma, por analogia, a respeito da cláusula de impenhorabilidade, quando se prova que a aquisição se fez com o produto da venda do bem gravado.

O Sr. 7.º Oficial de Registro de Imóveis se manifesta às f., reafirmando a posição antes adotada, ratificando as razões da recusa apresentada na nota de devolução.

O Ministério Público apresenta alegações às f., opinando pela procedência da dúvida, vez que assiste razão ao Sr. Oficial em suas exigências.

É o relatório.

Decido.

O Sr. 7.º Oficial de Registro de Imóveis adiou o registro de escritura púbica de permuta de imóvel situado na cidade de São Bernardo do Campo, que em doação feita à requerente, foi gravado com cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, por imóvel situado nesta Capital, apartamento n. 62 e uma vaga na garagem do Edifício Nancy, localizados na Av. Alcântara Machado, 2.718 e Rua Benedito Barbosa, 96, Belenzinho, 7.ª circunscrição imobiliária, por constar do título que os vínculos incidentes sobre o imóvel de propriedade da requerente eram transferidos para o apartamento e vaga na garagem, exigindo o Registrador a autorização judicial para a sub-rogação pretendida.

Não se conformando com a exigência a interessada ajuíza a presente dúvida inversa, pretendendo seja afastado o óbice imposto e determinado o registro da escritura.

Razão assiste ao Sr. Oficial ao negar o registro de título do qual consta que "ficam autorizados os registros e averbações necessárias à perfeita formalização do presente título, notadamente a transposição das cláusulas de *incomunicabilidade e impenhorabilidade* que gravavam o imóvel da Segunda outorgante de São Bernardo do Campo para os adquiridos pela mesma nesta Capital".

Cláusulas restritivas constituem ônus que só se estabelecem em relação a terceiros, ou seja, donatários, herdeiros e legatários, pois o sistema jurídico não possibilita, não permite, vincular os próprios bens, a exceção do bem de família.

Verdade que as cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade não impedem a alienação do bem imóvel sobre as quais incidam. Nossos Tribunais vem entendendo que tais cláusulas não implicam em inalienabilidade, sendo, portanto, em tese, possível a alienação de bens gravados com estas cláusulas restritivas sem expressa autorização judicial.

A sub-rogação, por ser vedada a vinculação ou imposição de cláusulas restritivas sobre os próprios bens, mesmo porque implicam em limitação de direitos de terceiros, *v.g.* credores de titular, de domínio de imóvel gravado com cláusula de impenhorabilidade; cônjuge de proprietário de imóvel com cláusula de incomunicabilidade, à evidência, depende de apreciação judicial, sendo necessária a utilização do procedimento previsto no inc. II do art. 1.112 do CPC. A sub-rogação não se opera de pleno direito, é imprescindível a autorização judicial.

Correto, pois, o óbice imposto pelo Sr. Oficial de Registro, impedindo o acesso de título que contém sub-rogação os vínculos restritivos de incomunicabilidade e de impenhorabilidade, sem a devida autorização judicial.

Neste sentido a manifestação da Digna Promotora de Justiça, que também sustenta a necessidade de a interessada intentar procedimento de jurisdição voluntária, previsto no art. 1.112 *et seq.* úteis do CPC, com o escopo de sub-rogar as cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade ao bem imóvel adquirido.

Assim, ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente dúvida, vez que assiste razão ao Sr. 7.º Oficial de Registro de Imóveis em suas exigências.

Transitada esta em julgado, cumpra-se o disposto no inc. I do art. 203 da Lei 6.015/73, arquivando-se oportunamente os autos, observadas as cautelas de praxe.

P. R. I.

São Paulo, 3 de fevereiro de 1999 – OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO, Juiz de Direito.

DÚVIDA INVERSA

Suscitante: Liliam Glauce Rubin Pereira

Suscitado: O 7.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital.

Prenotação 150.877, em 08.12.1998.

Em atenção ao r. despacho de V. Exa. de f., tenho a honra de prestar as seguintes informações:

1) Exibiu-se a registro a escritura de f., pela qual Liliam Glauce Gimenes, assistida de seu marido Reinaldo Palma Gimenes, adquiriu na permuta feita com Beniamino Masin, os imóveis constituídos do apartamento n. 62, loca-

lizado no 6.º andar ou 9.º pavimento do Edifício Nancy, situado à Avenida Alcântara Machado, 2.718, e uma vaga na garagem do citado Edifício, objetos das Matrículas 26.016 e 26.017, nos quais se pretende transferir as cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, impostas na escritura de doação feita por seu pai do imóvel à rua Josephina Valério Capitanio, 163, no Município de São Bernardo do Campo, neste Estado, que é objeto de troca pela mesma escritura.

2) As razões da recusa do registro do aludido título foram declinadas na nota devolutiva de f., no ano de 1993, pelos seguintes fundamentos:

"As cláusulas restritivas da propriedade só podem ser estabelecidas nos *atos graciosos* ou de *mera liberalidade* (doação ou testamento) consoante expressa disposição legal (art. 1.676 do CC), impediente, portanto, que sejam apostas nos atos *onerosos*, segundo aliás, ensinamento pacífico da doutrina e jurisprudência e sempre no próprio momento da liberalidade e *nunca posteriormente*.

Assim, inviável aceitar-se a pretensão deduzida pela inclusa escritura, em que se pretende transpor as cláusulas que gravam imóvel antes doado para outro agora adquirido a título *oneroso* (permuta)

Além de contrariar princípios de direito e normas legais, observa-se, mais que *a ninguém é permitido gravar seus próprios bens* (*RT* 200/374) e ainda fora do momento da liberalidade (em que lavrada a escritura de doação ou testamento), o que ocorreria, *ad argumentandum* caso fosse admitida a transmudação das cláusulas pretendida pelo presente título.

O caso, s.m.j., é de sub-rogação de vínculos, com o caminho judicial próprio".

3) Os fundamentos jurídicos estão calcados em inúmeros precedentes normativos do C. Conselho Superior da Magistratura e da E. Corregedoria-Geral da Justiça, por não ser lícito ao dono do imóvel impor restrições ao bem, a não ser quando fazem doação dele ou *mortis causa* por via de testamento, isto é, a ninguém é dado vincular seu próprio bem, ônus que só se pode estabelecer em relação a terceiros (*v.g.* Proc. CG 155/91 – *Decisões Administrativas* 199/220).

Se é certo que, em se tratando de cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, inexiste óbice para a transferência do bem a título de permuta, não seria lícito ao adquirente impor gravame, de forma unilateral, ao imóvel adquirido na permuta.

4) Argumenta a suscitante que a sub-rogação dos vínculos se operou *ex-vi legis*, por força do art. 269, II, do CC o que, data máxima vênia, não parece ocorrer, por não se configurar a hipótese a sub-rogação real ali prevista (*RT* 656/37) específica à incomunicabilidade.

A cláusula de incomunicabilidade tem por efeito manter o bem como patrimônio separado. Consiste em impedir que o imóvel doado ou testado integre a comunhão estabelecida com o casamento. Em nada repercute sobre a cláusula mais ampla da impenhorabilidade, que importa em excluir o bem de execuções por dívidas contraídas pelo seu titular e sobre ele não poderão recair penhoras.

As regras dos arts. 269, II e 272 do CC, constituem hipóteses legais de exclusão de bens da comunhão matrimonial. A causa jurídica que justifica tais hipóteses é diversa da que caracteriza a de impenhorabilidade, originariamente imposta pelo doador.

A simples declaração no ato notarial da permuta, isoladamente considerada, mostra-se insuficiente a atender aos requisitos da segurança exigidos dos assentamentos registrais, até por que presente o princípio já repetitivo, segundo o qual a ninguém a dado vincular o próprio bem, o que ocorreria se admitido fosse o ato.

O insigne magistrado Dr. José Renato Nalini, ao decidir dúvida no Proc. 70/88, de 29.02.1988, deixou assentado em hipótese semelhante:

"Os gravames da incomunicabilidade e da impenhorabilidade – tanto como o de inalienabilidade – obrigam a que a sub-rogação seja submetida à apreciação judicial. Imposta pelo testador a incomunicabilidade, a alienação do bem incomunicável *e subseqüente aquisição de outro*, não faz com que a sub-rogação se opere *ipso jure*. É necessária a utilização do procedimento previsto no inc. II do art. 1.112, do estatuto processual".

Se a hipótese dos autos não é de sub-rogação, seria, sem dúvida, de imposição de cláusulas sobre o próprio bem de domínio que, repita-se, é defeso em lei (Silvio Rodrigues. *Direito das sucessões*. 7.º vol., 1979. p. 139 e ApCív 3.294-0. Des. Batalha Camargo, no mesmo sentido).

5) Juntam-se certidões atualizadas das aludidas Matrículas 26.016 e 26.017, desta serventia, referente aos imóveis adquiridos na permuta pela suscitante.

Aguarda-se ulterior decisão de V. Exa.

São Paulo, 10 de dezembro de 1998 – ADEMAR FIORANELI, Oficial do 7.º Registro de Imóveis da Capital (São Paulo).

6.4.5 COMPRA E VENDA. Certidão negativa de débitos do INSS e da Receita Federal.

Ementa: A apresentação de certidões comprobatórias de inexistência de débitos previdenciários e fiscais deve ser feita pelo notário, por ocasião da lavratura do ato. Desnecessária, nesse caso, a exigência por ocasião do registro.

Proc. 000.98.022538-8 – j. 14.01.1999 – Juiz Oscar José Bittencourt Couto.

Vistos etc.

O Sr. 9.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, a pedido de Paulo Dias Leal, suscitou a presente dúvida alegando, em síntese, que o suscitado apresentou, para registro, escritura de venda e compra com cessão de direitos, pela qual Alfredo Farhat e outros, com cessão da Imobiliária e Incorporadora Aleid Ltda. transmitem a Luiz Carlos Kinoshita, imóvel havido pelos alienantes em área maior por força da transcrição 80.245 da Serventia, com cessão do compromisso inscrito sob n. 21.203 também daquela Serventia, bem como escritura de compra e venda e de re-ratificação, pela qual Luiz Carlos vende ao suscitado o mencionado imóvel.

Impede o registro o fato de ter sido formalizado o primeiro título, em 07.01.1969, com a apresentação do CND do INSS de n. 11.836/68, expedido em 31.12.1968, em relação a cedente, sendo necessária a apresentação da CND do INSS atualizada, bem como da Certidão Negativa de Contribuições Sociais, administradas pela Receita Federal.

A inicial veio acompanhada dos documentos de f.

Sem impugnação foram os autos remetidos ao Ministério Público, que opina pela procedência da dúvida.

É o relatório.

Decido.

O Sr. 9.º Oficial de Registro de Imóveis, adiou o registro de escritura pública de compra e venda com cessão de direitos, pela qual Alfredo Farhat e outros, com cessão da Imobiliária e Incorporadora Aleid Ltda. transmitem a Luiz Carlos Kinoshita, imóvel havido pelos alienantes em área maior por força da transcrição 80.245 da Serventia, com cessão do compromisso inscrito sob n. 21.203 também daquela Serventia, bem como escritura de compra e venda e de re-ratificação, pela qual Luiz Carlos vende ao suscitado o mencionado imóvel, por não terem sido apresentados CND do INSS atualizada e Certidão da Receita Federal em nome da cedente Imobiliária e Incorporadora Aleid Ltda.

A questão da apresentação do CND do INSS e de Certidão da Receita Federal ao registrador tem sido constante motivo de suscitação de dúvidas, em vista de várias situações, sendo uma delas exatamente a tratada no presente feito, em que imóvel pertencente a pessoa jurídica é alienado, antes da vigência da Lei 8.212/91, sendo apresentadas, no ato da lavratura do instrumento público certidões, então exigidas, não levado o título a registro. Decorrido algum tempo, quando apresentado o título a registro é exigida pelo Registrador, em cumprimento de lei, a apresentação do CND do INSS e de Certidão da Receita Federal.

Consta da escritura que a anuente cedente exibiu ao notário Certidão Negativa de Débito – CND 11.836/68, expedida pelo INPS, em 31.12.1968.

Decorridos alguns anos desde a lavratura do ato, ao ser levada a registro a escritura, o registrador exige, em cumprimento a Lei da Seguridade Social e com fundamento em decisão do E. Conselho Superior da Magistratura, a apresentação da Certidão Negativa de Débito atualizada, bem como Certidão da Receita Federal, em nome da anuente cedente.

Sem embargo de respeitáveis decisões sustentando a necessidade de apresentação do CND ao registrador, mesmo quando da lavratura da escritura não se exigia as certidões especificadas na Lei da Seguridade Social, por se entender que a transmissão da propriedade é ato complexo e que a extinção ou transmissão de direitos reais sobre imóveis só se efetiva por ato *inter vivos*, mediante inscrição no registro, podendo ocorrer fatos geradores das contribuições sociais, entre a lavratura da escritura e a data em que foi apresentada a registro.

Entendo deva a questão ser examinada, não sob a ótica do momento em que se dá a transmissão da propriedade, já que a lei fala em alienação ou oneração de bem imóvel, mas sim como uma questão de ordem fiscal.

Neste prisma evidente que os notários e registradores, por lei, exercem a função atípica de fiscal do INSS e da Receita Federal, sujeitos a responder civil, administrativa e penalmente se deixarem de cumprir a função fiscalizadora.

Estabelece a Lei 8.212/91, em seu art. 47 a obrigatoriedade de apresentação de documento comprobatório de inexistência de débito relativo às contribuições sociais, fornecido pelos órgãos competentes, da empresa, entre outras hipóteses, quando da alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo. O art. 48 dispõe que a prática de ato com inobservância do disposto no artigo anterior, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial que lavrar ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos.

A leitura destes dois dispositivos autoriza o entendimento de que é dever do notário exigir a CND para a lavratura do ato, só se justificando a exigência pelo registrador, alternativamente, se não apresentada na ocasião em que lavrado o instrumento, o que via de regra ocorre quando se trata de instrumento particular.

A sistemática da lei obriga ao notário por primeiro exigir as certidões, e só com a apresentação delas é que se pode praticar o ato. Este ato público, perfeito e acabado, não pode ser alcançado pelos efeitos da lei, que não podem retroagir.

Ora, se não era necessária na lavratura da escritura a apresentação das certidões, previstas na atual Lei da Seguridade Social, não é de ser exigida no momento do registro. Este título causal, na forma pública, elaborado com observância da legislação então vigente é apto a ter ingresso no fólio, não podendo, repita-se, os efeitos da lei retroagir para alcançá-lo.

No caso em exame esclarece o suscitado, na petição em que requereu fosse a dúvida suscitada, que tentou obter as certidões, por questões internas dos órgãos competente, pois exigiam o número do CGC da empresa, não logrou êxito, não sendo razoável que por questões desta ordem, o título apto a ingressar no registro seja recusado. Assevera, ainda, que foi ele informado, tanto no plantão da Receita Federal quanto no do INSS que qualquer débito eventualmente existente estaria coberto pela caducidade do direito de lançar e da prescrição do direito de cobrar.

Inegável que o Sr. 9.º Oficial de Registro de Imóveis se conduziu com o costumeiro zelo, mas em casos como o tratado no presente feito não se afigura pertinente a exigência de apresentação do CND do INSS e da Certidão da Receita Federal.

Assim, ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo improcedente a presente dúvida.

Transitada esta em julgado, cumpra-se o disposto no inc. II do art. 203 da Lei 6.015/73, arquivando-se oportunamente os autos, observadas as cautelas de praxe.

P. R. I.

São Paulo, 14 de janeiro de 1999 – OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO, Juiz de Direito.

6.4.6 CAUÇÃO. Averbação. Locação. Indisponibilidade.

Ementa: A garantia real não torna o bem indisponível.

Proc. 000.99.038241-9(*) – j. 17.06.1999 – Juiz Oscar José Bittencourt Couto.

Vistos etc.

O Sr. 9.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, a pedido de Antonio Jesualdo Correia Simões, suscitou a presente dúvida, aduzindo, em resumo, que negou registro ao instrumento particular de compromisso de venda e compra que o suscitado firmou com Leonor Messias Gomes Santana e seu marido Derci Santana, em 16.03.1998, tendo por objeto o imóvel matriculado sob n. 60.884, na Serventia, em vista da Averbação 12 na referida matrícula, feita em 23.04.1998, da Caução do imóvel, para garantia de contrato de locação.

Considerou, para a recusa, o que decidido no Proc. CG 1.578/97, em que consta: "a única solução plausível se resume em admitir o surgimento de uma garantia real anômala, restrita ao âmbito locatício, que, ao mesmo tempo vincula o bem de raiz ao cumprimento das obrigações assumidas pelo locatário e o torna indisponível enquanto perdurar a execução do contrato de locação".

A inicial veio acompanhada dos documentos de f.

O suscitado apresenta impugnação sustentando, em suma, que o parecer mencionado na inicial da dúvida não se aplica ao presente.

Afirmando ser anulável o ato jurídico resultante de dolo, simulação ou fraude, e considerando os termos do art. 214 da Lei 6.015/73, quer seja cancelada Averbação de n. 12 da Matrícula 60.884, tendo em vista que o compromisso de venda e compra é anterior a caução e, portanto, o imóvel não poderia ser dado em garantia.

O Ministério Público se manifesta às f., opinando pela procedência da dúvida.

É o relatório.

Decido.

O Sr. 9.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, negou acesso ao registro de Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra pelo qual Antonio Jesualdo Correia Simões, se comprometeu compra de Leonor Messias Gomes Santana e seu marido Derci Santana, em 16.03.1998, o imóvel matriculado sob n. 60.884 da Serventia.

Entende o Sr. Oficial que estando averbada sob n. 12 da referida matrícula, caução do imóvel, dada em garantia em contrato de locação, o imóvel está indisponível, considerando para tal entendimento o que consta de Parecer lançado no Proc. CG 1.578/97.

Importante, para a decisão da presente dúvida, verificar a extensão da garantia decorrente da caução de imóvel estabelecida na Lei de Locação, com força de garantia real.

O devedor indica de seu patrimônio um bem e o destina, primordialmente, à solução de uma obrigação, esta é em síntese a idéia que encerra a garantia real.

A legislação brasileira até a promulgação da atual Lei de Locação, admitia três espécies de garantias reais, a saber: – penhor, anticrese e hipoteca.

Presta a garantida real, verificado o inadimplemento da obrigação, o bem dado em garantia é penhorado, sendo o produto apurado em hasta pública destinado preferentemente à satisfação da obrigação garantida.

Silvio Rodrigues, em sua obra *Direito civil*, 23. ed., São Paulo, Saraiva, vol. 5, p. 317, conceitua o direito real de garantia, nos seguintes termos: "– O direito real de garantia é o que confere a seu titular a prerrogativa de obter o pagamento de uma dívida com o valor ou a renda de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação".

Nas mesmas obra e página antes mencionadas o autor transmite lição de Lafayette, no sentido de que existindo um direito dessa natureza, ele afeta um bem do devedor, sujei-

(*) Decisão no mesmo sentido: Proc. 000.99.062372-6, também da lavra do Juiz Oscar José Bittencourt Couto, de 03.08.1999.

tando-o precipuamente, e por via de um laço real, ao resgate da dívida garantida.

Estabelece o art. 759 do CC brasileiro preferência do credor hipotecário e o pignoratício de excutir a coisa hipotecada, ou empenhada, preferindo no pagamento a outros credores.

Consigna o art. 755 do CC que: Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

Estabelece-se, assim, o direito de seqüela, vale dizer que o credor persegue a coisa nas mãos de quem quer que a detenha, podendo o credor reclamá-la para exercer sobre ela o seu direito real.

Na anticrese, o direito é de retenção da coisa até a satisfação do crédito.

O direito real de garantia é acessório, pois só existe se existir uma obrigação, e se destina a assegurar a satisfação desta. Extinta a obrigação, a dívida, extinta estará a garantia real.

Assim, direito real de garantia é acessório, confere ao credor a preferência na satisfação de seu crédito e ainda o direito de seqüela.

Caução, no dizer de Clóvis Beviláqua, (obs. 1 ao art. 789 do CC) tem um sentido mais amplo do que o penhor, pois é gênero da idéia de garantia, que abrange o penhor, a hipoteca, a anticrese, o penhor de títulos e, ainda, a garantida fidejussória.

Adotada a idéia de que caução é gênero do que são espécies o penhor, a anticrese e a hipoteca, não há como afastar o entendimento de que "caução de imóvel", considerados os conceitos de garantia real, tecnicamente, é hipoteca.

Entretanto, estando estabelecida na Lei de Locação a possibilidade de se prestar caução em bem imóvel, possibilitado o ingresso da garantia no fólio real através de averbação, não resta dúvida quanto a ter o legislador criado uma garantia real anômala., mais simples e menos formal que as demais garantias reais estabelecidas na legislação brasileira até então.

Esta nova modalidade de garantida real, entretanto, não pode ter maior abrangência e força, que as demais antes existentes.

Considerado que o direito real de garantia é acessório, confere ao credor a preferência na satisfação de seu crédito e ainda o direito de seqüela, não há como atribuir à "caução em imóvel" força de tornar o bem indisponível, como entendido pelo Sr. Oficial de Registro, "data vênia" do que consta do parecer que trouxe à colação.

A indisponibilidade do bem, que restringe, que limita o direito de propriedade, há que ser claramente estabelecido em lei, o que não é o caso da "caução" prevista na Lei do Inquilinato.

Assim, a garantia averbada na matrícula não torna o imóvel dela objeto indisponível, portanto, afasto o óbice imposto pelo Sr. 9.º Oficial de Registro de Imóveis para o registro de compromisso de venda e compra apresentado pelo suscitado.

Ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo improcedente a presente dúvida.

Transitada esta em julgado, cumpra-se o disposto no art. 203, II, da Lei 6.015/73, arquivando-se os autos, observadas as cautelas de praxe.

P. R. I.

São Paulo, 17 de junho de 1999 – OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO, Juiz de Direito.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

Ações reais e pessoais – Classificações, 71

Ações reipersecutórias, 75

Adjudicação – Condomínio – Capacidade aquisitiva, 303

Aforamento, 31 e 111

Alienação fiduciária – Aforamento – Terras públicas, 111

Alienação judicial – Bem indivisível – Separação – Partilha, 294

Aposentadoria compulsória, 13

Arrematação – Anulação – Penhora não registrada, 290

Arrematação – Registro denegado – Penhora – Falta de intimação do co-devedor, 328

Arrendamento e enfiteuse – Distinções, 118

B

Bem público – Usucapião – Enfiteuse, 269

C

Caução imobiliária – Locação – Indisponibilidade, 337

Caução imobiliária e fiança – Locação – Dupla garantia, 321

Cédula de crédito comercial – Execução fiscal – Penhorabilidade, 298

Cédula de crédito industrial – Concordata – Crédito quirografário, 286

Cédula de crédito industrial – Penhora, 239

Certidão – Notícia de ofício do Ministério Público – Loteamento, 322

Certidões – Publicidade registral, 182

Chaves públicas e privadas – Criptografia, 129

Citações reais ou reipersecutórias – Registro, 77

Cláusula penal moratória ou compensatória – Compra e venda, 124

Cláusulas restritivas de domínio – Cancelamento – Renúncia de usufruto – Doação – Pré-morte de doador, 330

Cláusulas restritivas de domínio – Permuta, 332

Cláusulas restritivas de domínio – Testamento, 327

CND do INSS e Receita Federal – Compra e venda, 335

Compra e venda – Certidões negativas do INSS e Receita Federal, 335

Compra e venda – Cláusula penal compensatória ou moratória, 124

Compra e venda – Venda *ad corpus* – Consumidor – CDC, 276

Compromisso de c/v – Cláusula de decaimento – CDC, 264

Concubinato – Partilha – Bens comuns, 280

Condomínio – Capacidade para aquisição de imóveis – Adjudicação, 303

Condomínio – Direito de preferência, 259

Condomínio – Incorporação – Relação de consumo – CDC, 81

Consumidor – Incorporação imobiliária – Contrato – Cláusulas abusivas, 81

Continuidade – Estado civil – Nome do cônjuge, 308

Corregedorias – Independência do registrador, 23

Criptografia – Documentos eletrônicos, 129

Custas e emolumentos – Responsabilidade do interessado, 267

D

Decreto 482 de 1846 – Regulamento Hipotecário, 231

Delegação – Passivo trabalhista e fiscal, 28

Desapropriação – Incorporação imobiliária – Unitariedade da matrícula, 39

Divisão de coisa comum – Imóvel rural – Módulo, 247

Divórcio – Partilha de bens – Meação, 257

Doação – Cláusulas restritivas de domínio – Cancelamento, 330

Documentos – Instrumento judicial, 55

Documentos eletrônicos, 129

Domínio público – Retificação de registro, 322

E

Emprazamento, 31 e 111

Enfiteuse, 31 e 111

Enfiteuse – Natureza jurídica, 116

Enfiteuse – Úsucapião, 117

Enfiteuse – Usucapião – Bem público, 269

Execução – Penhora – Localização de bens, 278

Execução fiscal – Indisponibilidade relativa, 310

Execução fiscal – Penhora – Cédula de crédito comercial, 298

Execução hipotecária – Cônjuge – Citação – Nulidade, 240

Execução trabalhista – Indisponibilidade relativa – Penhora da fazenda nacional, 310

F

Fazenda Nacional – Penhora – Indisponibilidade relativa, 310

Fé pública, 16

Firmas digitais, 129

Fraude de execução – Penhora – Registro – Embargos –boa-fé, 253, 271, 275, 282 e 290

H

Hipoteca – Execução – Citação do cônjuge – Nulidade, 240

I

Imóvel rural – Divisão de coisa comum, 247

Imóvel rural – Módulo – Usucapião, 301

Imóvel rural – Penhora – ITR – CCIR, 307 e 309

Imposto Territorial Rural – Penhora, 307

Impugnação ao registro de loteamento – Questões urbanísticas, 312

Incorporação imobiliária – Alteração – Modificação unilateral pelo incorporador, 90

Incorporação imobiliária – Cláusula de decaimento – CDC, 96

Incorporação imobiliária – Cláusulas resolutivas – CDC, 94

Incorporação imobiliária – Contrato – Cláusulas abusivas – Consumidor, 81

Incorporação imobiliária – Imóveis não contíguos, 37

Incorporação imobiliária – Relações de consumo, 81

Incorporação imobiliária – Terrenos de marinha, 32

Incorporação imobiliária – Terrenos de marinha, 35

Incorporação imobiliária – Terrenos de marinha e alodial, 39

Incorporação imobiliária – Unitariedade – Desapropriação, 39

Incorporador – Fornecedor de bens e serviços – Mercado de consumo, 82

Indisponibilidade de bens – Pessoas alheias à relação processual, 244

Indisponibilidade relativa – Penhora – Execuções fiscal e trabalhista, 310

Informática – Registro de imóveis, 192

Informatização – Certidões, 192

Intervenção – Corregedorias – Responsabilidade por atos notariais e registrais, 26

L

Locação – Caução – Indisponibilidade, 337

Locação – Caução imobiliária – Dupla garantia – Nulidade, 321

Locação e enfiteuse – Distinções, 118

Loteamento – Impugnação – Normas urbanísticas, 312

Loteamento – Obras de infra-estrutura – Repasse de obrigações, 325

Loteamento – Obrigações urbanísticas convencionais, 62

Loteamento – Ofício do Ministério Público – Reprodução em certidão, 322

Loteamento – Penhora de gleba, 61

Loteamento – Sucessão, 61, 64 e 69

Loteamento – Sucessão – Unitariedade da matrícula, 64

Loteamento – Vias de circulação – Bens de domínio público, 61

Loteamento clandestino – Prisão preventiva, 243

M

Matrícula – Unitariedade, 37

Matrícula – Unitariedade – Sucessão em parcelamentos, 64

Memória do direito registral imobiliário, 231

Módulo rural – Usucapião, 301

N

Nota de crédito – Cédula de crédito industrial – Desaparecimento da garantia, 286

Notários – Aposentadoria compulsória, 13

Notários – Responsabilidade civil, 11

Notários – Servidores públicos, 20

Numerus clausus – Fatos inscritíveis, 49 e 77

O

Obras de infra-estrutura em loteamento – Repasse de custos ao adquirente, 325

Obrigações urbanísticas convencionais – Parcelamentos, 62

Ocupação – Terrenos de marinha, 36

P

Parcelamento do solo urbano, 60

Parcelamento do solo urbano – Certidão – Ofício do Ministério Público, 322

Parcelamento do solo urbano – Obras de infra-estrutura – Garantias, 62

Parcelamento do solo urbano – Sucessão – Unitariedade da matrícula, 64

Parcelamento do solo urbano – Sucessão *causa mortis*, 69

Parcelamento do solo urbano – Terrenos de marinha, 35

Partilha – Bem indivisível – Separação e alienação judiciais, 294

Partilha – Concubinato – Bens comuns, 280

Partilha de bens em divórcio – Meação – Separação de fato, 257

Penhora – Casamento – Regime de bens – Continuidade, 308

Penhora – Cédula de crédito industrial, 239

Penhora – Execução fiscal – Cédula de crédito comercial, 298

Penhora – Execução trabalhista – Fazenda nacional, 310

Penhora – Imóvel rural – ITR e CCIR, 307 e 309

Penhora – Intimação do co-devedor – Arrematação, 328

Penhora – Intimação do cônjuge – Nulidade, 296

Penhora – Localização de bens – Informações, 278

Penhora – Registro – Embargos – Fraude de execução – Boa-fé, 253, 271, 274, 282 e 290

Penhora de gleba – Imóvel loteado, 61

Permuta – Imposição de cláusulas restritivas de domínio, 332

Prepostos – Atos próprios – Lesão – Responsabilidade, 27

Prepostos – Culpa *in vigilando*, 28

Princípio de concentração, 49

Princípio de inscrição, 47
Princípio de inscrição, 50
Princípio de qualificação, 48
Princípio de unitariedade da matrícula, 37
Prioridade – Reserva, 231
Publicidade registral, 143 e 196

Q

Qualificação registral – Responsabilidade civil, 22
Qualificação registrária – Crime de desobediência, 58
Qualificação registrária – Títulos e ordens judiciais, 56

R

Registradores – Aposentadoria compulsória, 13
Registradores – Responsabilidade civil, 11
Registradores – Servidores públicos, 20
Registro – Eficácia – Penhora – Embargos – Fraude de execução – Boa-fé, 253
Registro – Presunção, 49
Reserva de prioridade, 231
Responsabilidade civil de notários e registradores, 11
Retificação de registro – Domínio público, 322

S

Separação – Alienação judicial – Bem indivisível – Partilha, 294
Separação de fato – Partilha de bens em divórcio, 257
Servidores públicos – Notários e registradores, 20
Sucessão – Loteamento, 61
Sucessão *causa mortis* – Parcelamentos do solo urbano, 69
Sucessões – Testamento – Cláusulas restritivas de domínio, 327

T

Terras públicas – Aforamento, 111
Terrenos de marinha, 31 e 33
Terrenos de marinha – Alienação fiduciária, 112
Testamento – Cláusulas restritivas de domínio, 327
Time sharing – Unitariedade da matrícula, 44
Títulos – Sentidos formal e material, 55
Títulos e ordens judiciais – Distinções, 56
Títulos e ordens judiciais – Qualificação registraria, 56
Títulos judiciais – Instrumentos, 55
Transformação societária – Averbação – Custas e emolumentos, 267

U

Usucapião – Bem público – Domínio útil, 269
Usucapião – Enfiteuse, 117
Usucapião – Imóvel rural – Módulo, 301
Usucapião – Outorga uxória – Nulidade, 249
Usufruto – Renúncia – Cancelamento de cláusulas restritivas de domínio, 330

Normas de publicação para os autores

1. Os trabalhos para publicação nos periódicos editados pela Editora Revista dos Tribunais *deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local.* Uma vez publicados pela editora, também poderão sê-lo em outros lugares desde que citada a publicação original.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquetes de 3,5 polegadas, acompanhados de prova impressa dos mesmos. 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.

3. Os trabalhos deverão ter entre 20 e 50 laudas. 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 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

4. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *email*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89 (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*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo : RT, 1999.

6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve *Resumo* do mesmo (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações; 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva ...

7. Deverão ser destacadas as palavras-chaves (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho. Vide exemplo:

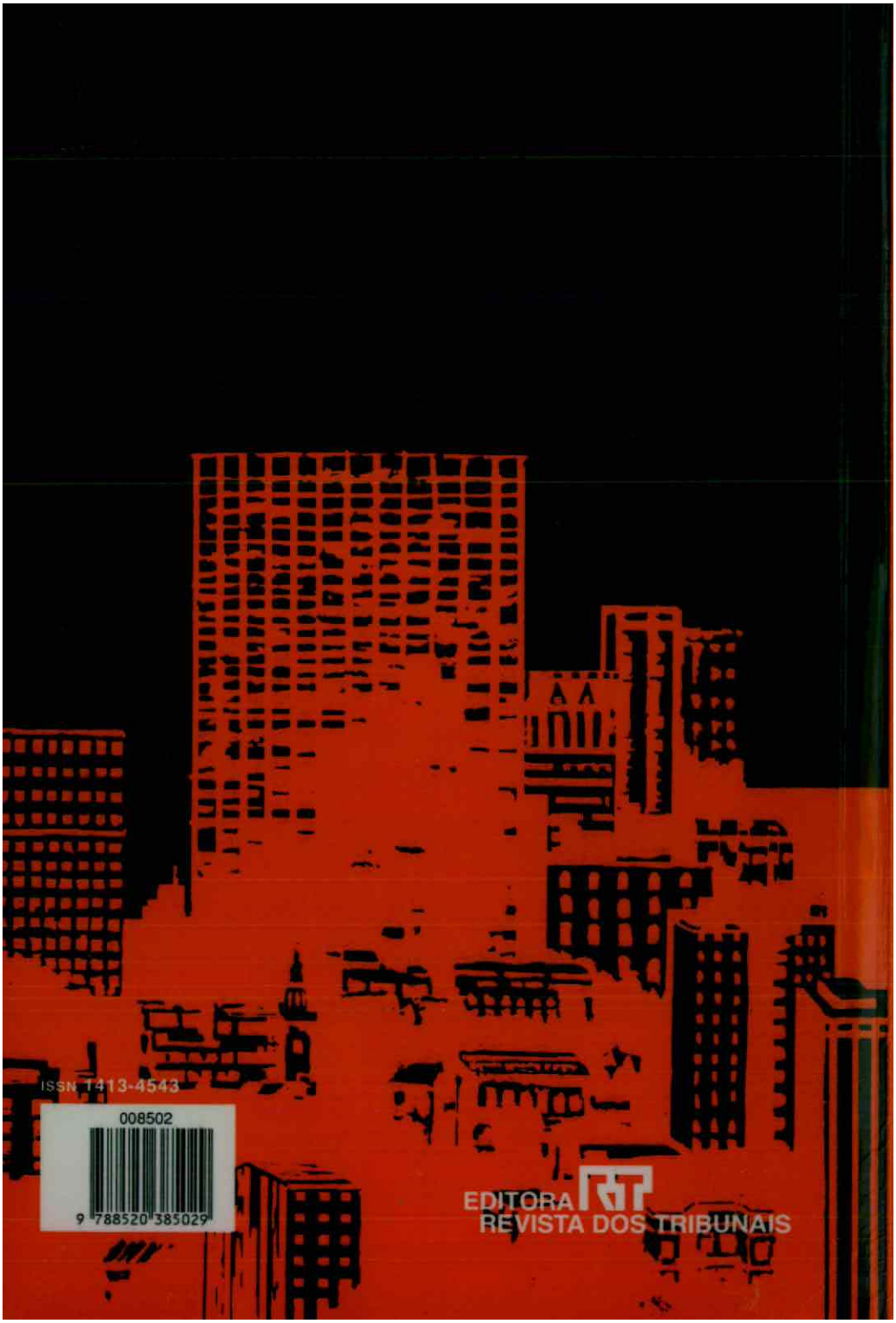
PALAVRAS-CHAVE: criminologia; criminalidade organizada; lavagem de dinheiro; deliqüência econômica etc.)

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 serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos em nossas revistas, em qualquer tipo de mídia (papel, eletrônica etc.). O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.

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. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.



ISSN 1413-4543

008502

9 788520 385029

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS