



Instituto de Registro
Imobiliário do Brasil

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

61 ANO 29

JULHO-DEZEMBRO DE 2006

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

REVISTA DE
DIREITO IMOBILIÁRIO



Instituto de Registro
Imobiliário do Brasil

61

Ano 29 • julho-dezembro de 2006

Publicação oficial do
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS



Instituto de Registro
Imobiliário do Brasil

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

Semestral • Ano 29 • n. 61 • julho-dezembro de 2006

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

© Edição e distribuição da

EDITORIA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORIA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: www.rt.com.br
e-mail: editorial.revista@rt.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. PROIBIDA A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL,
POR QUALQUER MEIO OU PROCESSO (Lei 9.610, DE 19.02.1998).**

***Diretor Responsável:* CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO**

SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-702-2433
(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)

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

***Diagramação eletrônica:* Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.**
CNPJ 03.392.481/0001-16

***Impressão e acabamento:* Moore Brasil Ltda.**
CNPJ 62.004.395/0026-06

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

1. DOUTRINA NOTARIAL E REGISTRAL

1.1	Eficácia dos sistemas registrais como base da proteção jurídica dos direitos da propriedade do cidadão – VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD	7
1.2	A revogação da Lei 8.004/90 pelo novo Código Civil. Vedação de cláusula que condiciona a venda do imóvel financiado à anuência do credor hipotecário – EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO	15
1.3	Função social da propriedade e sua repercussão no registro de imóveis – HENRIQUE FERRAZ DE MELLO	28
1.4	Penhora de imóvel (aspectos substantivos, processuais e registrais) – MÓNICA JARDIM	81
1.5	O Estatuto do Idoso e a função notarial – ROGÉRIO MARQUES SEQUEIRA COSTA	103
1.6	O registro imobiliário. Autonomia financeira e autogestão – MARÍA RAQUEL LAGUILLO MENÉNDEZ-TOLOSA	112
1.7	A economia digital e as oportunidades para a actividade registral – SANDRA PINTO	139

2. DOUTRINA INTERNACIONAL

2.1	Registro de la propiedad y desarrollo de los mercados de credito hipotecario – FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ	155
2.2	La amplia apertura de la ley hipotecaria respecto al documento notarial extranjero – JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	194
2.3	La evolución de los sistemas registrales en Europa – NICOLÁS NOGUEROLES PEIRÓ	221
2.4	O registo provisório de aquisição no ordenamento jurídico português – MÓNICA JARDIM	251

3. ENCONTRO IBERO-AMERICANO DE DIREITO REGISTRAL – DECLARAÇÕES

3.1	IV Encontro Ibero-Americano de Direito Registral – Cartagena de Índias (Colômbia) – 28 de abril de 2006 – Registro das garantias mobiliárias como instrumento para o desenvolvimento econômico – Manifesto	273
3.2	Princípios organizacionais orientativos do cartório de registro do século XXI	281

4. JURISPRUDÊNCIA

Seleção Sérgio Jacomino

4.1 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo

4.1.1	Custas e emolumentos. Hipoteca. Fração ideal. Incorporação imobiliária – Processo 583.00.2006.115863-2-SP (9.º SRI) – 1.ª VRPSP – rela. Juíza MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES	291
4.1.2	Fideicomisso. Formal de partilha. Arrolamento de bens. Testamento. Novo Código Civil – Processo 583.00.2006.122508-0-SP (4.º SRI) – 1.ª VRPSP – rela. Juíza MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES	293
4.1.3	Arrematação. Penhora de direitos. Obrigação <i>propter rem</i> . Qualificação registral. Título judicial. Especialidade subjetiva. Continuidade – Processo 583.00.2006.119356-6-SP (5.º SRI) – 1.ª VRPSP – rela. Juíza MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES	295
4.1.4	Cessão de direitos. ITBI. Recolhimento. Prescrição. Decadência. Fiscalização – Processo 583.00.2006.154847-6-SP (10.º SRI) – 1.ª VRPSP – rela. Juíza MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES	297
4.1.5	Sociedade entre cônjuges. Vedação. Regime de bens. Código Civil – Processo 583.00.2006.154923-2-SP (RTDPJ) – 1.ª VRPSP – rela. Juíza MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES	299
4.1.6	Renúncia unilateral de propriedade. Instrumento particular. Condomínio edifício. Box de garagem – Processo 583.00.2006.160370-0-SP (5.º SRI) – 1.ª VRPSP – rela. Juíza MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES .	301

4.2 Corregedoria-geral de Justiça do Estado de São Paulo

4.2.1	Publicidade registral. Consulta visual de livros. Cobrança de emolumentos – Processo 42.249/2005-São José do Rio Preto – Protocolado CGJSP – rel. VICENTE DE ABREU AMADEI	303
4.2.2	Loteamento. Desdobro. Contrato-padrão. Restrição urbanística. Municipalidade. Aprovação. Irrelevância – Processo CG 29/2006-Indaiatuba – rel. ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA	305
4.2.3	Meio ambiente. Áreas contaminadas. Publicidade registral. Restrições ambientais. Averbação. <i>Numerus apertus</i> – Processo CG 167/2005-SP – Drs. ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, ANA LUIZA VILLA NOVA, ROBERTO MAIA FILHO E VICENTE DE ABREU AMADEI	308

4.2.4	Titularidade dominial. Regime matrimonial. Casamento celebrado no estrangeiro. Via judicial – Processo CGJ 755/2005-SP (1.º SRI) – VICENTE DE ABREU AMADEI	320
4.2.5	Matrícula. Duplicidade. Vício intrínseco. Nulidade. Bloqueio administrativo. Discriminação. Terra devoluta. Sobreposição de glebas – Processo CG 825/2005-Iguape – ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA	322
4.2.6	Matrícula. Bloqueio. Nulidade. Terceiro de boa-fé. Prescrição aquisitiva – Processo CG 885/2005-Iguape – ROBERTO MAIA FILHO	326
4.2.7	Provimento CGJ 19/2006. NSCGJ. Alteração. Condomínios especiais. Área. Graprohab – Provimento CG 19/2006-SP – Des. Corregedor-Geral GILBERTO PASSOS DE FREITAS ...	327
4.3	Conselho Superior da Magistratura	
4.3.1	Carta de adjudicação. CND. INSS. Receita Federal. Dispensa. Ativo fixo – ApCív 467-6/2-Guarujá – rel. GILBERTO PASSOS DE FREITAS	328
4.3.2	Compromisso de venda e compra. Especialidade objetiva. Procuração. Poderes. Servidão – ApCív 524-6/3-Serra Negra – rel. GILBERTO PASSOS DE FREITAS	331
4.3.3	Penhora. INSS. Fazenda Nacional. Indisponibilidade. Carta de arrematação – ApCív 558-6/8-Marília – rel. GILBERTO PASSOS DE FREITAS	336
4.3.4	Usufruto. Compra e venda. Nua-propriedade. Regime matrimonial. Separação obrigatória de bens. Patrimônio comum. Continuidade – ApCív 581-6/2-Sertãozinho – rel. GILBERTO PASSOS DE FREITAS	339
4.4	Superior Tribunal de Justiça	
4.4.1	Desapropriação. Titularidade. Expropriante. Sentença. Título hábil. Retificação. Divisas e área. Procedimento judicial – REsp 468.150-RS – rela. DENISE ARRUDA	341
5.	PARECERES	
5.1	A diferença entre a sociedade sediada no exterior que participa diretamente da economia e a que dela participa indiretamente – Necessidade da nomeação de um representante para a sociedade estrangeira no Brasil com poderes para resolver quaisquer questões, inclusive para receber citação judicial – Aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas às sociedades limitadas – NELSON LOPES DE OLIVEIRA FERREIRA JR.	347

ÍNDICE ONOMÁSTICO	351
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	355
NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES	365

1. DOCTRINA NOTARIAL E REGISTRAL

1.1

EFICÁCIA DOS SISTEMAS REGISTRAIS COMO BASE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DA PROPRIEDADE DO CIDADÃO*

VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD

Registrador da propriedade mercantil e de bens móveis.
Acadêmico da Real Academia Valenciana de Jurisprudência
e Legislação. Membro do Observatório de Direito Civil Valenciano.
Coordenador da Comissão de Codificação Civil de Valência.

O reconhecimento e a garantia do direito da propriedade e dos demais direitos reais são condições de possibilidade da liberdade e do desenvolvimento econômico.

O registro da propriedade tem-se revelado como um dos instrumentos mais eficazes para conseguir esses objetivos.

Dentre as distintas relações jurídicas amparadas pelos ordenamentos, existem algumas das quais emanam certos direitos que protegem o interesse de seus titulares em relação às realidades materiais do mundo exterior (bens) e aos que lhes conferem um poder sobre elas, caracterizado pelas notas de seu exercício autônomo ou sem intermediações (imediatividade) e universal e excludente (absolutividade). Trata-se do que, com variados nomes, costuma-se designar os direitos reais.

Sem dúvida, o mais destacado deles (o domínio ou propriedade), por ser o que reconhece ao seu titular as mais amplas faculdades, tem sido objeto de atenção especial pelos ordenamentos e tratadistas. Todavia, aquelas notas definidoras também concorrem em outras figuras que outorgam maços de faculdades mais ou menos amplas ao seu titular.

Não obstante, a transcendência dos citados direitos, em particular o de domínio, não reside exclusivamente em razões jurídicas, isto porque, precisamente por sua natureza especial, revestem-se de uma peculiar importância política e econômica. Com efeito, o direito de propriedade, como os demais direitos reais, gera um âmbito de autonomia individual nos cidadãos que o desfrutam e possibilita um exercício cotidiano da liberdade em sua esfera de atuação pessoal. E, por outro lado, resulta evidente que sem direitos reais devidamente concedidos não há mercado, posto que os agentes não poderiam intercambiar os bens se não existe uma vinculação entre os titulares e esses bens; sem direi-

^(*) Exposição do 12.º Tema – Tema II, apresentada pela delegação espanhola ao expositor Vicente Domínguez Calatayud – XIV Congresso Internacional de Direito Registral (1.º a 7 de junho de 2003, Moscou, Rússia). [Trad. Francisco Tost]

tos de propriedade definidos não há mercados eficientes, e sem estes últimos não há crescimento econômico.

Deve-se chamar especialmente a atenção sobre o fato de que os bens não devem ser contemplados exclusivamente como possíveis objetos de intercâmbio senão como valores econômicos considerados em si mesmos. Isto se adverte poderosamente quando os bens são objetos de garantia do cumprimento de obrigações, ordinariamente pecuniárias. Nesse sentido, para os que, por exemplo, emprestam com a garantia de imóveis (hipoteca), não resulta indiferente conhecer a configuração física do bem, ou tampouco sua titularidade nem, menos ainda, encargos que possam pesar sobre ele. O único modo em que os créditos possam não apenas existir, mas serem concedidos em condições admissíveis, é estabelecer um marco institucional que defina e defenda os direitos, excluindo aqueles que prefiram continuar morando na clandestinidade.

De outro ponto de vista, a definição clara dos direitos é essencial para que os Estados modernos possam empreender as novas políticas configuradoras do direito de propriedade. Pense-se nas atuações públicas em matéria de propriedade urbana ou rural, nas quais se requer uma rigorosa investigação da propriedade e dos demais direitos que recaem sobre os prédios sujeitos aos procedimentos, uma publicidade destes dotada de efeitos particulares e a consolidação e conservação das novas entidades criadas. Outro tanto cabe dizer das novas fronteiras que se propõem ao legislador, na própria definição dos limites do exercício dos direitos, como as derivadas da definição dos bens de titularidade pública, a exploração sustentável dos recursos, as exigências meio-ambientais etc.

Do que foi dito anteriormente cabe concluir que o reconhecimento e a garantia do direito de propriedade, como dos demais direitos reais, são ingredientes indispensáveis da liberdade e do desenvolvimento econômico. Esta pode se definir como uma das tarefas primordiais de todo ordenamento jurídico moderno.

Chegados a este ponto não se pode deixar de reparar no singular paradoxo que costumam padecer os direitos reais. É que estes, embora como já se tenha indicado, atribuem a seu titular algum poder imediato sobre a coisa, que deve ser respeitado pela totalidade dos membros da comunidade jurídica, entretanto não costumam levar aparelhado um mecanismo de publicidade eficiente, situação de ocultação que pode provocar distorções no tráfico e que oferece ocasião propícia para operadores despreensivos. Com efeito, a pobre publicidade que possa oferecer a posse ou o poder imediato de fato sobre a coisa revela-se insuficiente manifestação dos vigorosos efeitos que o direito leva consigo. Esta deficiência se agudiza naqueles direitos reais que não levam aparelhada a faculdade de desfrute imediato do bem.

Não basta, portanto, para garantir a autonomia dos cidadãos e o desenvolvimento econômico, reconhecer os direitos de propriedade e demais direitos reais, senão que é necessário dotar-se de sistemas legais suficientemente capazes de informar sobre tais direitos a fim de elevar sua segurança e produtividade. Note-se, entretanto, que essa informação ou notícia que deva dar-se desses direitos há

de estar adornada de certas singularidades em razão dos efeitos a que está chamada a produzir. É certo que o direito tem desenvolvido um grande número de instituições jurídicas destinadas a garantir a segurança e a agilidade do tráfico jurídico, e especialmente do intercâmbio de bens e serviços, porém é preciso uma instituição destinada em particular à finalidade assinalada.

Procede, portanto, tentar encontrar qual é o substrato mínimo imprescindível para que tenha lugar a proteção registral e, além disso, aquelas notas que farão com que o registro responda melhor à realidade da sociedade na qual se encontra.

Os pronunciamentos do registro devem estar dotados das mais firmes presunções de exatidão e integridade, único modo em que os direitos publicados e seus titulares podem ser protegidos.

A característica primordial de todo Sistema de Registro há de ser que os direitos por ele publicados gozem de maior proteção que os não publicados. Quando se trata dos supostos que estão previstos legalmente, aquele que publica seu direito está protegido frente a outros terceiros que não o publicam e que derivam tal direito do mesmo autor. É o clássico princípio de inoponibilidade do não-inscrito ao inscrito. Esta proteção opera-se unicamente no caso de possível colisão, tomando como referência a prioridade registral. Porém, para seu desenvolvimento não se utiliza nenhuma presunção de integridade do registro, pelo qual não se pode nunca estender a proteção aos casos de possível nulidade dos direitos do transmitente ou de falta deles. Sendo isso em si mesmo um efeito derivado do sistema de publicidade registral, resulta, pelo contrário, insuficiente.

A fortaleza da posição do titular registral deve derivar, portanto, diretamente da fortaleza da mesma instituição, para o qual seus pronunciamentos devem estar dotados da presunção de integridade. Esta presunção implica que os direitos reais inscritos devam ser considerados, para todos os efeitos, como existentes, pertencendo a seu titular na forma que o registro proclama. Deste modo, o titular registral pode exercer seu direito amparando-se na presunção de integridade do conteúdo do registro, inclusive no aspecto dispositivo, de tal maneira que é o próprio registro o que o legitima para fazer com que seja outra pessoa quem lhe substitua em tal titularidade, a qual passará a ficar protegida.

Do mesmo modo, os assentos do registro devem proporcionar ao seu titular a possibilidade de contar com meios processuais conseqüentes com as presunções que se derivam daqueles. Corolário imediato há de ser que tal titular fique dispensado de provar aquilo que alegue e corresponda com o conteúdo do registro. Do mesmo modo, deverá poder exercer quaisquer ações dimanantes do direito inscrito em seu nome, sem necessidade de justificar mais do que o conteúdo do registro. Ainda assim, resultará vedado que possa seguir-se qualquer procedimento contra bens ou direitos inscritos se o estão a favor de pessoa diferente daquela contra a qual se segue o procedimento. E, em último caso, o titular registral deverá contar com procedimentos especiais de caráter sumário que lhe permitam desenvolver todas as conseqüências que a favor de seu direito derivam-se das presunções de exatidão e integridade comentadas.

Se não se seguisse as simples premissas anteriormente expostas, o sistema de publicidade veria minguados os efeitos benéficos que seu estabelecimento faria pressagiar. Se os operadores jurídicos não podem confiar que os dados publicados relativos a um direito real são exatos, até o ponto em que seu titular, que por sua vez havia repousado na contundência dos pronunciamentos registraes, não possa ver-se perturbado por deficiências que o título de seu transferente sofresse, em cuja geração o titular atual não foi parte, o pretendido mecanismo de publicidade jurídica ficaria reduzido a um mero inventário de atos de transcendência jurídica duvidosa. Em definitivo, as pobres representações da propriedade e dos direitos reais que tal mecanismo de publicidade oferecesse não poderiam servir de dispositivos mediadores dispensadores de informação útil sobre coisas que não estão manifestamente presentes. Não permitindo reduzir os custos de informação dos direitos, esses mecanismos de publicidade imperfeitos tampouco incrementam o valor deles. Em última instância, frustrada a finalidade primeira do registro, isto é, dar publicidade e certeza às situações jurídicas ocultas dotadas de transcendência real, os titulares voltariam a refugiar-se na clandestinidade.

Os efeitos do assento registral estão em estreita relação com a amplitude da função qualificadora do Registrador.

Aqueles efeitos que se buscam em um sistema de publicidade perfeito não derivam da materialidade dos assentos registraes considerados em si mesmos, senão do amparo que lhe brinda o ordenamento jurídico, uma vez que o encarregado do registro tenha determinado procedente a regiseração.

A essa tarefa de discernimento do registrador o ordenamento vincula a eficácia dos assentos uma vez praticados. É por isso que, ainda com meios limitados, a qualificação registral deve examinar a validade do negócio em sua totalidade, assim como sua conformidade aos próprios pronunciamentos registraes.

O pressuposto dessa tarefa deve ser a limitação de acesso aos registros dos títulos que não reúnam as mínimas garantias de autenticidade e legalidade. É preciso que o título formal inscritível seja público, isto é, confeccionado por funcionário público legalmente autorizado para isto, e no qual, ao menos, se contenham os juízos de identidade e capacidade das partes. Os fortes efeitos que podem derivar-se da presunção de exatidão registral supõem que a incerteza ou a dúvida hão de estar o mais postergadas possível, pelo qual a intervenção de um funcionário público, dentro de suas competências, na elaboração do documento, é já uma primeira garantia. Não se deve esquecer que na hora do acesso dos direitos ao registro não é aplicável o princípio de contradição, nem o registrador pode confrontar os dados oferecidos na documentação mais que com o conteúdo do registro. A titulação autêntica (embora se possa admitir exceções) é, portanto, o meio através do qual hão de aceder os direitos.

A extensão e intensidade da qualificação registral está em relação direta ou proporcional com a eficácia que o ordenamento outorga ao assento praticado. A maior eficácia repousará, pois, no trabalho de exame que o registrador fará da

transcendência real do negócio, da validade dos atos dispositivos por ele gerados, da capacidade dos intervenientes, do cumprimento das formalidades extrínsecas e, certamente, dos obstáculos do registro.

As conseqüências derivadas do assento registral impõem-se por efeito da publicidade material e com independência de posteriores averiguações. Não obstante, é da essência de todo Sistema de Registro de efeitos jurídicos que este seja acessível.

As fortes presunções aludidas operam por si mesmas, sem que seja necessária a consulta dos assentos para que os dados publicados atuem. Pode-se consultar o registro, porém, embora não se consulte, como o ordenamento tem se preocupado com que os dados publicados sejam reais, aqueles dados se imporão pelo fato de sua publicidade, com independência de seu conhecimento.

Conseqüentes com esses pressupostos, as normas registrais não impõem o conhecimento efetivo dos dados publicados, nem a averiguação de se os dados publicados são, efetivamente, exatos e verazes. Não se impõe nenhum encargo de diligência, nem na consulta do registro, nem na averiguação da realidade extra-registral. Se não existisse a garantia de que os dados publicados são exatos, certamente se exigiriam essas consultas: a do registro, porque a proteção não teria outro fundamento que a tutela do erro; a da realidade, porque os dados publicados não seriam confiáveis e exigiriam seu contraste com ela.

A publicidade (formal) supõe o oferecimento aos interessados da verdade oficial. Este oferecimento implica a abertura da publicidade (material) à sua consulta.

A publicidade é suscetível de conhecimento, é cognoscível. Sem essa cognoscibilidade, a força dos pronunciamentos registrais ficaria meramente latente.

Um registro é público quando o acesso a ele está aberto a todos os membros da comunidade jurídica, podendo-se entender esta acessibilidade no duplo sentido de poder acorrer ao registro para conhecer seu conteúdo e obter informação dele, ou no sentido de poder integrar seu conteúdo, solicitando que se façam constar nele determinados dados. Todavia, esse acesso deve ser oferecido de acordo com a natureza mesma da instituição registral, isto é, mantendo a indenidade do arquivo e só facilitando aqueles dados com verdadeira relevância real.

A função registral como exercício de uma faculdade do Poder Público não deve implicar dependência funcional, senão autonomia na organização dos meios para o desempenho da função.

Do que foi dito até aqui, deduz-se que uma das notas distintivas dos registros da propriedade é seu caráter público. Essa nota de publicidade pode-se entender em diversos sentidos. Até o momento, referimo-nos ao caráter público do registro atendendo a sua finalidade, isto é, dotar de segurança as relações jurídicas entre particulares e a sua acessibilidade. Agora convém deter-se no fato de que mediante o mecanismo de publicidade registral atua uma faculdade cuja

titularidade corresponde ao Poder Público: a de definir e atribuir frente a todos os direitos que recaem sobre os bens. O registro da propriedade atua assim sobre um dos elementos centrais do sistema econômico, como é a atribuição e proteção dos direitos.

Adverta-se, todavia, que esta nota deriva não tanto do caráter do sujeito que exerce a função registral, como da função mesma. Este matiz é importante, pois só ele permite explicar e salvaguardar a independência e a responsabilidade efetiva do registrador.

Com efeito, a regulamentação do procedimento registral, e dos efeitos jurídicos do registro que conformam a atividade registral como Poder Público, implica a dependência orgânica do registro daquele departamento governamental encarregado de atender às necessidades de justiça da ordem política. Porém, não traz junto necessariamente uma dependência funcional; mais ainda, as características que se advertem na função registral postulam, pelo contrário, o exercício pelo registrador de sua função de modo independente, não submetido a autoridade alguma que possa imiscuir-se em sua decisão qualificadora. Consequentemente, o ordenamento jurídico deve prover os instrumentos jurídicos necessários para preservar essa independência (determinação de critérios objetivos na seleção dos integrantes do corpo de registradores e na atribuição dos postos de destino; inamovibilidade do cargo e do destino, salvo por causas disciplinares ventiladas em um procedimento onde se respeite o princípio de audiência; proscrição das ordens que possa dirigir-lhes qualquer instância, incluídas as do Poder Judiciário, na função qualificadora). Note-se que a função registral comporta uma atividade decisória que pode afetar documentos de todo tipo, inclusive os provenientes de órgãos administrativos ou governamentais. Toda a instituição ficaria deformada e sua finalidade frustrada se as altas funções que lhe foram confiadas, e nas quais os operadores jurídicos confiam, pudessem ser intervinhas arbitrariamente desde o exterior.

Existem, além disso, outras razões que militam em prol dessa autonomia, e que, embora sejam de relevância menor, não devem ser desdenhadas nas economias modernas. Assim, a organização do sistema com critérios profissionais ou empresariais, tanto da perspectiva da organização interna – poupança de custos, otimização de meios – como da perspectiva do serviço prestado – atuação orientada aos que acorrem à instituição registral, rapidez no serviço, informação, cumprimento de objetivos –, contribui para uma maior eficácia na prestação do serviço. Envolvendo-se, pois, os atores em um sistema autônomo com características profissionais ou empresariais, provoca-se uma maior eficiência em processos onde a entrada de titulação é muito importante, porém o é também a saída; essa saída põe o registro todos os dias em contato com uma pluralidade de operadores, o que acentua o aspecto profissional da instituição.

Precisamente o aspecto de eficiência comunica-se com outro que justifica essa organização autônoma: o de rapidez no funcionamento, aspecto vinculado às peculiaridades do procedimento registral, procedimento que por estar desti-

nado a incidir nos mercados imobiliários, que requerem rapidez e segurança a um tempo, regulamenta-se como um procedimento específico ágil e rápido, destinado a dar segurança às situações imobiliárias em curto prazo nas decisões e com vocação de permanência; diz-se, pois, que o sistema registral deve combinar segurança e rapidez, evitando os atrasos no despacho de documentos. Um tipo de organização autônoma proverá uma maior rapidez no despacho de documentos e na dação de informação, pelos maiores aliciantes na tomada de decisões e pela possibilidade de levar a cabo uma atribuição de meios adequada às necessidades do sistema de forma imediata ou quase imediata. Este tipo de organização poderá realizar investimentos em contratação e formação profissional sem seguir o procedimento orçamentário habitual.

O aspecto de formação admite uma dupla vertente: a jurídica e a tecnológica. Um registro desenvolvido implica a tomada de decisões do registrador com pleno conhecimento do sistema jurídico no público e no privado, o que pressupõe sua alta qualificação técnico-jurídica e uma atuação continuada dessa formação. Por outro lado, as próprias características do procedimento registral fazem com que, procurando sempre garantir a segurança, se possa utilizar hoje ao máximo os meios postos à sua disposição pela tecnologia e pelas comunicações para uma maior eficiência. Na atuação registral pode-se assinalar um duplo aspecto: um aspecto de controle e qualificação jurídica na entrada do documento, dados os efeitos substantivos derivados da inscrição, e também na dação de informação enquanto o registrador deve velar para que a informação sirva aos fins do registro, e um aspecto operativo de funcionamento do registro através dos processos de entrada, incidências do documento, registo, registo, controle de honorários, operações adjacentes e publicidade. Enquanto aquele aspecto é puramente intelectual, este, enquanto implica operações técnicas, é suscetível de atuação por meio de sistemas de informação e comunicações.

Porém é que, a autonomia organizativa oferece, sobretudo, um sistema de responsabilidade efetiva pelos erros ou deficiências que se causem no procedimento, de tal maneira que ante eles deva responder o sistema, não transferindo suas conseqüências à administração em geral. Isolar a responsabilidade do Estado da responsabilidade dos encarregados do registro determina um custo nulo para aquele e incita a uma atuação mais responsável destes.

O princípio de autofinanciamento é o único que garante a atuação autónoma, eficiente, continuamente atualizável, e responsável do sistema.

Conseqüente com a autonomia organizativa deve existir um financiamento do sistema também autónomo. O princípio de autofinanciamento refere-se aqui à autonomia financeira do sistema: todos os gastos e investimentos que são gerados devem ser financiados com os direitos satisfeitos por sua utilização, direitos que são destinados integralmente ao sistema.

Trata-se de um princípio que em sua formulação mais conseqüente acentua o caráter profissional ou empresarial da atividade registral e vincula-se em seu

fundamento às razões anteriormente expostas para justificar o caráter autônomo do sistema (trabalho ágil, contínua atualização de meios pessoais e tecnológicos e responsabilidade).

A importância dos direitos que devam satisfazer-se será determinada pelo Estado, em razão do serviço que se presta, e para avaliar tal serviço deve-se ter em conta as operações materiais realizadas, os efeitos do sistema – incorporando a tal objetivo o capital material e intelectual que torna possível sua produção – e a responsabilidade derivada dos seus erros, que será diretamente proporcional a esses efeitos. O que se paga, pois, em um sistema autofinanciado é o trabalho realizado e a segurança que o registro proporciona, seguindo um princípio de recuperação de custos.

Conclusão final: a coerência necessária do ordenamento e proceder jurídicos com a consideração institucional do registro.

As considerações que antecedem tornam obrigatório concluir que, contemplado o registro da propriedade como instituição dorsal da proteção e eficácia dos direitos, todo o ordenamento jurídico e todos os poderes públicos têm de ser concordes com o próprio desenho daquele, de modo que não possam produzir-se dissonâncias que desacreditem todo o sistema de proteção de direitos. Dificilmente pode resultar crível a tutela efetiva dos direitos patrimoniais por um ordenamento jurídico ou pelas autoridades de um Estado se aquele consente na coexistência de diversos sistemas de publicidade imperfeitos ou na lânguida efetividade dos princípios registrais; ou se esses não se submetem aos acertados pronunciamentos registrais ou, inclusive, procuram cercear a independência da instituição. Em suma, a contemplação do registro como pressuposto lógico de todo sistema de segurança jurídica do tráfico é indispensável para a própria construção deste.

1. DOCTRINA NOTARIAL E REGISTRAL

1.2

A REVOGAÇÃO DA LEI 8.004/90 PELO NOVO CÓDIGO CIVIL. VEDAÇÃO DE CLÁUSULA QUE CONDICIONA A VENDA DO IMÓVEL FINANCIADO À ANUÊNCIA DO CREDOR HIPOTECÁRIO

EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO

Tabelião e ex-Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: 1. A Lei 8.004/90 incentivou as transações imobiliárias clandestinas por meio dos chamados contratos de gaveta – 2. Uma primeira questão: a revogação do art. 292 da LRP pela Lei 8.004/90 – 3. A posição do STJ quanto à legalidade da restrição contida na Lei 8.004/90 sob a égide do Código Civil de 1916 – 4. Contradição do STJ acerca do tema: 4.1 Embargos de terceiros. Súm. 84 do STJ; 4.2 Morte do mutuário. Ação para obrigar herdeiros a cumprir contrato de gaveta; 4.3 Legitimidade do gaveteiro para propor ação de revisão do contrato ou consignatória – 5. Inconstitucionalidade da Lei 8.004/90 – 6. Revogação da Lei 8.004/90 pelo novo Código Civil – 7. Síntese conclusiva.

1. A Lei 8.004/90 incentivou as transações imobiliárias clandestinas por meio dos chamados contratos de gaveta

Os contratos de financiamento para aquisição de imóveis pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH) com pacto adjeto de hipoteca garantindo o mútuo prevêm, normalmente, uma cláusula condicionando a alienação do bem à anuência do agente financeiro, repetindo a disposição contida na Lei 8.004/90.

Com isso, cria-se muita dificuldade para o mutuário que deseja vender seu imóvel, pois os agentes financeiros somente concordam com o negócio mediante alteração do contrato, aumentando, substancialmente, a prestação a ser paga.

Visando escapar desse aumento, estabeleceu-se a prática de se alienar o bem por meio de instrumento particular, conhecido como contrato de gaveta, que não é levado ao registro de imóveis, criando situações indesejáveis, que acabam inundando os tribunais com novas demandas.

Tal fenômeno é explicado por Bruno Mattos Silva¹ da seguinte maneira:

“É muito comum no mercado imobiliário o chamado contrato de gaveta. Como o próprio nome diz, é um contrato não oficial, que somente tem existência

⁽¹⁾ Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/ext/financas/investimentos/imoveis6.htm>>.

perante as partes, comprador e vendedor, por isso mesmo, é um contrato de elevado risco. Regra geral, o dono do imóvel financiado resolve vender sua propriedade para outra pessoa, mas não faz isso de modo formal porque o novo proprietário não quer ou não pode fazer o financiamento nas condições de mercado. Então, o novo proprietário começa a pagar o contrato de financiamento como se fosse o antigo. A idéia é que quando terminar de pagar, o novo proprietário possa então tomar posse do imóvel oficialmente”.

No passado nada disso ocorria. É que o agente financeiro simplesmente celebrava novo contrato com aquele que vinha a substituir o original mutuário, sem modificar as condições do contrato, de sorte que não era necessária a indesejável prática dos contratos de gaveta.

É que a Lei de Registros Públicos – LRP (Lei 6.015/73), no art. 292,² condicionava a realização do negócio mediante a comprovação de ter havido *mera comunicação* da venda ao agente financeiro, que não precisava intervir no ato.

A Lei 8.004/90, entretanto, modificou tal situação, passando a não mais se contentar com a simples comunicação, mas a *exigir a intervenção obrigatória* da instituição financeira³ no ato de venda do imóvel financiado, com a concomitante transferência do financiamento.

2. Uma primeira questão: a revogação do art. 292 da LRP pela Lei 8.004/90

A Lei 8.004/90 não revogou *expressamente* o art. 292 da LRP.

Desse modo, é tarefa do intérprete investigar se houve ou não revogação implícita da norma, consoante o art. 2.º, § 1.º, da LICC.

Predomina⁴ o entendimento na doutrina e na jurisprudência no sentido de que houve revogação do art. 292 pela Lei 8.004/90.

(2) Art. 292. “É vedado aos tabeliães e aos oficiais de registro de imóveis, sob pena de responsabilidade, lavrar ou registrar escritura ou escritos particulares autorizados por lei, que tenha por objeto imóvel hipotecado a entidade do SFH, ou direitos a eles relativos, sem que conste dos mesmos, expressamente, a menção ao ônus real e ao credor, bem como a *comunicação* ao credor, necessariamente feita ao alienante, com antecedência de, no mínimo, 30 dias.”

(3) Art. 1.º da Lei 8.004/90 – “O mutuário do SFH pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei:

Parágrafo único: a formalização de venda, promessa de venda, cessão ou relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento *respectivo, com intervenção obrigatória da instituição financiadora*, mediante a assunção, pelo novo mutuário, do saldo devedor contábil da operação, observados os requisitos legais e regulamentares para o financiamento da casa própria, vigentes no momento da transferência, ressalvadas as situações especiais previstas nos arts. 2 e 3 desta Lei.”

(4) Considerando não ter havido revogação da lei, veja-se Arnaldo Rizzardo, *Direito das coisas*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 335.

Nesse sentido, veja-se a lição de Walter Ceneviva:⁵

“A Lei 8.004, de 14.03.1990, que revogou implicitamente o art. 292. A redação anterior é incompatível com a lei nova. Na redação do art. 292 a proibição endereçada a notários era no sentido de se assegurarem da prévia comunicação ao credor, feita pelo alienante com antecedência mínima de trinta dias. Com a Lei 8.004/90 a formalização do negócio passou a depender de simultânea transferência do financiamento, com interveniência obrigatória da instituição financeira no próprio instrumento”.

Também considerando revogado o art. 292 da LRP, invoque-se a opinião de Renoberto M. de Melo Jr.⁶

3. A posição do STJ quanto à legalidade da restrição contida na Lei 8.004/90 sob a égide do Código Civil de 1916

Apesar de existirem julgados em sentido contrário, predominava no STJ a posição que entendia ilegal a alienação do imóvel pelo mutuário sem a anuência do credor hipotecário, considerando, portanto, válida a restrição da Lei 8.004/90, valendo citar, a título de ilustração, o acórdão cuja ementa se transcreve a seguir:

“Habitação – SFH – Transferência do financiamento – Intervenção do agente financeiro – Obrigatoriedade. Na transferência do contrato de financiamento do imóvel, celebrado com base no SFH, é obrigatória a intervenção do agente financeiro” (REsp 81.844-SP, DJU 08.04.1996, p. 10.456, *Bol. Jurisp. ADCoas* 23/667).

Ver, ainda, no mesmo sentido, as decisões proferidas no REsp 193.582-DF, 2.^a T., DJ 19.03.2001, REsp 116.589-SC, 1.^a T., rel. Min. Gomes Vieira, DJ 17.11.1992 e RMS 6322-RJ, Ministra Eliana Calmon, DJ 25.09.2000.

4. Contradição do STJ acerca do tema

O STJ, nada obstante o posicionamento mencionado no capítulo anterior, tem reconhecido, *sistematicamente*, a validade dos chamados contratos de gaveta.

Tal postura representa uma contradição em termos, pois, de um lado diz que é ilegal a venda feita sem interveniência do agente e, de outro, afirma que tais contratos são válidos quando examina casos concretos envolvendo a questão.

Serão apontados a seguir os casos concretos em que o STJ vem admitindo a eficácia dos contratos de gaveta para as mais diversas finalidades.

⁽⁵⁾ *Lei de Registros Públicos comentada*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. p. 593.

⁽⁶⁾ *Lei de Registros Públicos comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. p. 672.

4.1 Embargos de terceiros. Súm. 84 do STJ

Não podendo o titular do contrato de gaveta registrar o seu título, pelas razões já apontadas, permanece o imóvel em nome do proprietário que já o negociou por contrato particular.

Acontece, com frequência, a realização da penhora do imóvel já objeto da venda em razão de dívida contraída pelo mutuário que alienou o bem por meio de contrato de gaveta.

Assim, a penhora atinge bem que, somente formalmente, ainda é do alienante, uma vez que o contrato de gaveta não pôde ser levado ao registro imobiliário.

Os tribunais, majoritariamente, decidem no sentido de afastar a constrição judicial sobre o bem, reconhecendo a validade do contrato de gaveta, como se verifica do seguinte acórdão:

“Penhora – Execução hipotecária – Imóvel vinculado ao SFH – Embargos opostos por terceiro adquirente – Transferência de posse através de cessão de direitos contratuais sem anuência do credor e registro imobiliário. Irrelevância. Validade da venda entre o cedente e cessionário com reflexo perante terceiros” (RT 708/107).

Após diversos julgados sobre o tema, o STJ editou a Súm. 84, cuja redação é a seguinte:

Súm. 84. “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.”

André Luiz Mendonça da Silva,⁷ em excelente trabalho sobre o tema, lembra que o inverso também ocorre, por exemplo, quando o comprador ou promitente comprador (gaveteiro) deixa de pagar as prestações, passando o mutuário (promitente vendedor) a sofrer as consequências do inadimplemento, vendo seu nome ser lançado, inclusive, em cadastro de devedores.

A jurisprudência⁸ invocada pelo autor revela que não conseguem os promitentes vendedores sucesso nas ações de rescisão por eles propostas, considerando que, nessa hipótese, ocorre um simples inadimplemento secundário, privilegiando-se, mais uma vez, o contrato de gaveta.

⁽⁷⁾ *Questões do sistema financeiro da habitação*. 4. ed. Curitiba: Juruá. p. 255.

⁽⁸⁾ “Impontualidade do promitente comprador no pagamento das prestações do BNH, que permanecem ainda no nome do promitente vendedor. Fato que não autoriza a rescisão da promessa de compra e venda. Apelação provida” (4.ª Câm. Cív., ApCív 586.048/563, Porto Alegre) (Brasil, TJRS, *Revista de Jurisprudência* 123/315, ago. 1987).

4.2 *Morte do mutuário. Ação para obrigar herdeiros a cumprir contrato de gaveta*

Invoque-se, mais uma vez, a lição de André Luiz Mendonça da Silva,⁹ situando muito bem o tópico em exame:

“Situação muito freqüente, a respeito dos denominados contratos de gaveta, é a do falecimento do mutuário-promitente vendedor do imóvel financiado. Com a ocorrência do óbito e à vista da respectiva certidão, o seguro habitacional quita o saldo devedor do mútuo hipotecário. Em casos tais, com freqüência os sucessores do mutuário, ante a quitação havida, negam-se a cumprir o compromisso de compra e venda anteriormente ajustado e/ou exigem indenização relativa ao valor quitado pela seguradora, com o argumento de que a apólice decorrente do financiamento estava em nome exclusivo do mutuário e tal quitação se deu pela morte do mesmo”.

Para o mencionado autor, a pretensão dos herdeiros se afigura ilegítima, configurando enriquecimento sem causa, invocando farta jurisprudência nesse sentido, valendo citar, dentre outras, a seguinte:

“Contrato de gaveta: designação atribuída aos negócios jurídicos de promessa de compra e venda de imóvel realizados sem o consentimento da instituição de crédito que financiou a aquisição; sobrevindo a morte do mutuário-promitente vendedor, os respectivos efeitos prevalecem sobre os do negócio oficial (mútuo hipotecário e seguro), sob pena de enriquecimento sem causa, porque a morte do mutuário/promitente vendedor só teve o efeito de quitar o saldo devedor do mútuo hipotecário, porque o prêmio de seguro foi pago pelo promitente comprador. Recurso especial conhecido, mas não provido (STJ, 3.^a T., rel. Min. Ari Pargendler, REsp 119.466-MG, DJ 19.06.2000, p. 140)”.

4.3 *Legitimidade do gaveteiro para propor ação de revisão do contrato ou consignatória*

No passado, predominou o entendimento de que faleceria ao “gaveteiro” legitimidade para propor ação revisional, na medida em que este não é parte no contrato de financiamento e que, ademais, a instituição financeira não aquiesceu, como deveria, ao contrato de promessa de compra e venda.

Nada obstante, há muitos julgados em sentido contrário, começando a surgir tendência no sentido de autorizar o gaveteiro a discutir aumentos considerados abusivos, citando-se, dentre outros, o seguinte:

“Os terceiros adquirentes de casa própria, financiada ao mutuário pelo SFH, como *in casu*, poderão efetuar o pagamento das prestações mensais do mútuo

⁹ Op. cit., p. 260.

hipotecário, via ação consignatória (CC brasileiro, art. 930), na hipótese em que não se discute matéria relativa ao cumprimento de cláusula contratual, mas tão-somente, a causa de pedir da demanda (STJ, REsp 58.197-4, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 15.05.1995, DJ 03.04.1995, *Boletim Informativo Juruá* 72/3.711).

Após a edição da Lei 10.150/2000, segundo André Luiz Mendonça Silva¹⁰ “resta completamente indiscutível a legitimidade do cessionário, eis que, nos arts. 20, 21 e 22 da referida Lei, há o reconhecimento dos denominados contratos de gaveta com a regularização das transferências e a equiparação do cessionário ao mutuário final para fins de liquidação antecipada da dívida (...)”.

Nesse sentido, veja-se o seguinte acórdão:

“SFH. Contrato de gaveta. Terceiro adquirente. Legitimidade ativa. Revisão contratual.

Com a recente publicação da Lei 10.150/2000, alterando dispositivos da Lei 8.004/90 que previam critérios para formalização da transferência dos financiamentos firmados no âmbito do SFH, os chamados ‘contratos de gaveta’ passaram a ser reconhecidos e devidamente formalizados, permitindo a regularização junto ao agente financeiro. Nesse sentido, o novo devedor (cessionário) é parte legítima para pleitear os direitos à revisão do contrato, desde que observada a sua capacidade contributiva e os demais requisitos exigidos pelo SFH” (TRT 4.^a Reg., 4.^a T., ApCív 1999.71.00.028956-5-RS, rel. Des. Federal Edgard Lippmann Jr.).

5. Inconstitucionalidade da Lei 8.004/90

Antes de examinar a questão da revogação da Lei 8.004/90, convém enfocar o problema sob o ponto de vista constitucional.

Sedimentou-se na doutrina brasileira, ao longo das últimas décadas, a orientação que busca a harmonização do direito civil com a Constituição, rompendo as fronteiras da clássica separação entre o direito público e o direito privado.

Destarte, a operacionalização dos Códigos e leis, seja pelo legislador, seja pelo seu intérprete, deve estar orientada no sentido de conectá-los com as normas, princípios e valores constitucionais.

Não há qualquer originalidade, do ponto de vista formal, nesta observação, uma vez que nunca se negou a primazia da Constituição em relação às demais normas.

O que há de novo é a postura que se passa a exigir do aplicador do direito, que deverá, sempre, estar atento à tábua axiológica contida na Constituição Federal, de modo a realizar o direito socialmente justo, inspirador da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

¹⁰ Op. cit., p. 275-276.

Impõe-se, assim, a revisão de velhos institutos e normas à luz dos princípios constitucionais fundamentais, como observa Gustavo Tepedino:¹¹

“Imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição (...) o direito civil perde, então, inevitavelmente a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no Código Civil”.

Sob essa ótica é que se pretende sustentar a inconstitucionalidade da restrição contida na Lei 8.004/90.

É que a Constituição Federal de 1988 assegura o direito de propriedade como um direito fundamental do cidadão brasileiro, como se vê do inc. XXIII do art. 5.º.

A limitação imposta ao proprietário pelo credor hipotecário, sem qualquer justificativa plausível, como mais adiante se verá, representa incontrastável inconstitucionalidade.

Nesse sentido, veja-se Décio Erpen:¹²

“O Estado-legislador e o Estado-juiz estão sujeitos, negativa e positivamente, às regras jurídico-constitucionais materiais e às regras jurídico-constitucionais organizatórias, *daí por que, toda e qualquer norma ou ato que iniba o cidadão de alienar ou onerar, a qualquer título, bem imóvel ou direito a ele relativo, está maculada com vício de inconstitucionalidade*” (grifos nossos).

A restrição imposta pela Lei 8.004/90 não só afronta o direito do seu proprietário – mutuário – como também confronta com o interesse público e a própria razão de existir do SFH.

Logo, ocorre a inconstitucionalidade da norma em apreciação na medida em que afronta o princípio constitucional que condiciona o exercício do direito de propriedade à sua finalidade social (inc. XXIII do art. 5.º da CF/88).

O SFH foi concebido com vistas a estimular a construção de unidades imobiliárias no País e permitir a compra da casa própria à população menos abastada.

Esses objetivos estão declarados, com todas as letras, no art. 8.º da Lei 4.380/64, que criou o SFH, destacando o aspecto social do referido Diploma Legal.

A Lei 8.004/90 não cumpre esses objetivos primordiais e, ao revés, representa um injustificável empecilho para os negócios imobiliários, dificultando o acesso da população na aquisição da casa própria, ferindo, de igual modo, o direito fundamental à moradia, também protegido pela ordem constitucional.

⁽¹¹⁾ *Temas de direito civil*. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar. p. 11.

⁽¹²⁾ *Revista de Direito Imobiliário* 58/136, São Paulo: RT.

Nessa linha, Gladston Mamede¹³ informa:

“No plano político, o que se verifica é que a transferência dos imóveis financiados é a forma pela qual a sociedade tem conseguido absorver unidades habitacionais de mutuários já extenuados pelos pagamentos, transferindo-as a outros, dispostos a enfrentar a maratona dos mútuos habitacionais, intermináveis em razão das distorções experimentadas pelos juros no País. No plano jurídico, vê-se que o art. 1.º estaria a criar uma situação de arbítrio para o agente financeiro, o que não respeita os princípios do direito civil, avesso ao arbítrio puro de uma das partes sobre a outra, e aos princípios do direito administrativo – já que se está no âmbito do Sistema Público de Financiamento Habitacional –, fortemente amarrados à necessidade de fundamentação e publicidade dos atos jurídicos. Por fim, não se pode fechar os olhos para os costumes, como exigido pelo art. 113 e a função social do contrato, como disposto no art. 421, ambos do novo Código Civil, sendo necessário reconhecer que as dificuldades para a transferência são, em geral, um caminho ágil para a inadimplência e a perda não só do imóvel, mas também de tudo o que se pagou”.

Na verdade, a Lei 8.004/90 veio atender aos interesses dos agentes financeiros, que, sob o eufemismo de renegociação da dívida, pretendem obter reajuste injustificável.

Os contratantes são levados, assim, ao indesejável e socialmente danoso mercado informal imobiliário, acreditando-se que boa parte dos financiamentos, senão a maioria deles, é afetada pelos contratos de gaveta.

Décio Erpen¹⁴ assinala os efeitos nefastos dos contratos de gaveta, observando o seguinte:

“Os contratos de gaveta convêm mais aos acomodados, sonegadores e à lavagem de dinheiro, criando uma nova categoria de propriedade, a chamada propriedade informal (...)”

A clandestinidade, representada nos chamados contratos de gaveta, muitas vezes interessa a quem pretende ocultar patrimônio do Fisco, nas mais diversas áreas, dos credores, que ficam inibidos de pleitear a constrição sobre determinado bem ou direitos e ações, da criminalidade, porque servem para a lavagem de dinheiro; à sonegação, porque escusa a origem; à ordem jurídica em geral, porque os registros devem espelhar, quanto mais possível, uma realidade. À medida que se desprestigia a chamada propriedade formal, cresce a chamada propriedade informal. Estamos num autêntico mercado persa”.

Leonardo Brandelli,¹⁵ em excelente artigo, por sua vez, aponta os efeitos nocivos de não se levarem os negócios jurídicos ao registro imobiliário:

¹³ *Código Civil comentado*. São Paulo: Jurídico Atlas. vol. XIV, p. 341.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 139.

¹⁵ “A função econômica e social do registro de imóveis diante do fenômeno da despatrimonialização do direito civil”. *Boletim do Irib em Revista* 323/58.

“O registro de imóveis, conferindo certeza e segurança ao direito de propriedade, permite a realização do tráfico imobiliário, reduzindo custos, especialmente no que toca aos custos de informação. A falta de informação das transações imobiliárias gera incerteza intolerável à alocação de capital (...)”.

Arremata o autor informando que:

“A incerteza e insegurança sobre o direito de propriedade, ou impedirá os negócios imobiliários de garantia ou, não o impedindo, submeterá o proprietário à cobrança de juros exorbitantes por parte do credor (...)”.

Além disso, outro malefício dos contratos de gaveta diz respeito às ações judiciais que eles geram.¹⁶

Este estado de coisas cria um ônus que acaba recaindo sobre toda a sociedade, sem que represente, de outra parte, qualquer legítimo benefício para o agente financeiro.

Ao revés, o credor hipotecário, desconhecendo o verdadeiro devedor do financiamento, deixa de se beneficiar, na medida em que poderia vender novos produtos ao adquirente.

Impede, ainda, que o vendedor também possa voltar ao sistema requerendo novo financiamento, de maneira a aquecer o mercado imobiliário.

O conhecimento da transação e o seu conseqüente registro evitam que o agente financeiro perca tempo e dinheiro ao tentar recuperar o imóvel em caso de inadimplemento, o que eleva, desnecessariamente, os custos do financiamento.

É que a jurisprudência, como se viu, permite ao gaveteiro ajuizar embargos de terceiro e livrar o bem da constrição judicial.

Assim, toda atividade legislativa e interpretativa deve ser inspirada por esse direito fundamental, no sentido de favorecer a aquisição da casa própria e não dificultá-la, ao menos que haja razões jurídicas, morais ou econômicas, que, no caso, não existem.

6. Revogação da Lei 8.004/90 pelo novo Código Civil

O art. 1.475 do CC/2002 declara, expressamente, o seguinte:

Art. 1.475. “É nula a cláusula inserida no corpo do contrato de hipoteca que venha estipular a inalienabilidade do imóvel, na pendência do prazo de pagamento.”

⁽¹⁶⁾ Alguns exemplos, dentre outros, seriam embargos de terceiro opostos por adquirente em decorrência de penhora efetuada em execução ajuizada contra o comprador originário, que, formalmente, continua como titular do bem e as ações ajuizadas contra os herdeiros do vendedor para exigir escritura definitiva.

Saliente-se que, embora a Lei 8.004/90 não utilize a expressão inalienabilidade, mas sim que a venda só poderá ser feita com a anuência expressa do agente financeiro, acaba atingindo os efeitos indesejáveis que o novo Código Civil quis afastar.

O princípio que se deduz do art. 1.475 é de que o direito de propriedade, cuja disposição é um dos seus atributos, não pode ficar subjugado pelo interesse do credor hipotecário.

Ora, condicionar a venda ou não de um bem imóvel única e exclusivamente à vontade do credor hipotecário representa afronta ao princípio enunciado no art. 1.475.

Tal observação é feita, com muita propriedade, por Antonio Carlos Eling,¹⁷ assinalando o seguinte:

“Analisando especificamente a cláusula inserida nos contratos de financiamento habitacional, que impossibilita a transferência do imóvel financiado a terceiro sem anuência do agente financeiro, verifica-se abusividade da condição segundo as normas ainda anteriores à vigência do Código de Defesa do Consumidor. Apesar de transparecer do pacto *non alienando* a condição de inalienabilidade, que o legislador civil destinou somente ao testador e doador (art. 1.676 do CC), sua aparência era, como de fato ainda é, de que é possível a alienação. *Óbvio que não obstante a faculdade de alienar não ter sido impedida pelos contratos do SFH, o direito de propriedade, se usufruído, irá acarretar efeitos tão funestos aos mutuários que somente os corajosos ou desavisados irão suportar a batalha jurídica.*

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula constante dos contratos utilizados por alguns agentes do SFH, que impede ou dificulta a venda do imóvel hipotecado sem anuência, além de abusiva, é ilícita, devendo ser tida por não escrita (...).”

Feita esta primeira observação, impõe-se verificar se o novo Código Civil revogou ou não a norma em comento.

A princípio, a questão se resolveria, sem maiores problemas, com a aplicação da regra que dispõe no sentido de que norma posterior revoga a anterior com ela incompatível, na forma do § 1.º do art. 2.º da LICC.

Havendo inequívoco confronto entre a Lei 8.004/90 e a redação do art. 1.475 do novo Código Civil entende-se revogada a lei, uma vez que se trata de norma posterior.

Tratando de questão análoga, invoque-se o pensamento de J. Miguel Lobato Gómez,¹⁸ argumentando que o Código Civil em vigor, além de ter incorporado

⁽¹⁷⁾ *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1999. p. 158-159.

⁽¹⁸⁾ “A disciplina do direito superficiário no ordenamento jurídico brasileiro”. *Revista de Direito Civil* 20/90, Padma, out.-dez. 2004.

os princípios da nova ordem constitucional, é uma lei geral posterior, revogando, assim, as anteriores, *naquilo em que houver incompatibilidade*:

“O novo Código Civil é posterior à Constituição e, praticamente, a todas as leis especiais vigentes, incluindo o Estatuto da Cidade. Além disso, não cabe dúvida que os princípios fundamentais que inspiram o novo Código em matéria patrimonial podem considerar-se formal e materialmente, conformes a atual Carta Magna do Brasil, especialmente em matéria de função social da propriedade e do contrato. Portanto, ninguém pode argumentar que o Código Civil vigente, por mais que seja o resultado de um processo iniciado nos anos setenta, por mais que assuma conceitos, regras e princípios de direito patrimonial já consagrados no vetusto texto de 1916, não teve em conta a Constituição e não respeitou seus princípios fundamentais. *Além disso, embora seja uma lei geral, é uma lei posterior que, se não derroga por completo nenhuma lei anterior, ao menos derroga tacitamente todos os preceitos das leis vigentes com antecedência, gerais e especiais, em tudo o que sejam claramente contrárias ou se oponham ao estabelecido nelas*” (grifos nossos).

Não terá cabimento, portanto, eventual defesa da tese de que a Lei 8.004/90 é uma lei especial, impondo-se a prevalência do critério de que lei posterior geral não derrogaria lei especial anterior.

Como explica Maria Helena Diniz,¹⁹ não há na seara de conflito intertemporal de leis regras absolutas, assinalando o seguinte:

“Em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Esse metacritério é parcialmente inefetivo, por ser menos seguro do que o anterior, podendo gerar uma antinomia real. A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida; conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério” (grifos nossos).

No mesmo sentido, veja-se Caio Mário da Silva Pereira,²⁰ asseverando o seguinte:

“Não significa isto, entretanto, que uma lei geral nunca revogue uma lei especial, ou vice-versa, porque nela poderá haver dispositivo incompatível com a regra especial, da mesma forma que uma lei especial pode mostrar-se incompatível com o dispositivo inserto em lei geral. O que o legislador quis dizer (Lei Introdução, art. 2.º, § 2.º) foi que a generalidade dos princípios numa lei desta

⁽¹⁹⁾ *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 78.

⁽²⁰⁾ *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. vol. I, p. 89-90.

natureza não cria incompatibilidade com regra de caráter geral. A disposição especial irá disciplinar o caso especial, sem colidir com a normação genérica da lei geral, e, assim, em harmonia poderão simultaneamente vigorar. *Ao intérprete cumpre verificar, entretanto, se uma nova lei geral tem o sentido de abolir disposições preexistentes*" (grifos nossos).

Sendo a hipoteca um instituto de direito real, cujas linhas mestras estão fixadas no Código Civil e, observando-se que o comando legal acima transcrito é genérico, não vejo como sustentar a compatibilidade da restrição da Lei 8.004/90, que confronta abertamente com lei posterior e, também, com a Constituição Federal de 1988, como se viu.

Se o credor irá ou não se valer da permissão contida no parágrafo único do art. 1.475, considerando vencida antecipadamente a dívida, é uma outra questão.

De toda maneira, parece que, na prática, o credor hipotecário não terá razão plausível para utilizar tal faculdade legal, ao menos que demonstre não estar o adquirente respeitando as condições da lei que criou o SFH, provando, por exemplo, que já possui outro financiamento em vigor.

Adverta-se, contudo, que antes da vigência do novo Código, alguns julgados consideravam abusiva a cláusula de vencimento antecipado, nessa hipótese.²¹

É certo que não existia a previsão contida no parágrafo único do art. 1.475 do CC, como observa Mamede,²² acrescentando, entretanto, o seguinte:

"De qualquer sorte, é fundamental deixar claro que a licença legal tem efeitos em abstrato, ou seja, simplesmente estatui a validade jurídica, em tese, da cláusula em que seja estipulado o vencimento antecipado da dívida em razão da alienação do imóvel hipotecado. Essa licença em abstrato, contudo, não traduz uma chance para toda e qualquer cláusula que se encontre nos contratos, sendo lícito, a partir do contexto contratual, aferir, como fez o precedente transcrito, tratar-se de cláusula abusiva, seja em virtude de legislação especial, como a consumerista, seja em virtude dos princípios anotados no próprio Código Civil, nomeadamente a previsão da função social do contrato, disposta no art. 421, além dos princípios anotados em seus arts. 112, 114 e 422".

Destarte, podem os tabeliães lavrar escrituras de venda de imóveis financiados pelo SFH, sem a interveniência do agente financeiro, assim como os registradores de imóveis procederem ao seu registro, sem estarem sujeitos a sanções, como previsto no art. 292 da LRP.

Como a lei revogada não faz repristinar a norma anterior (art. 292 da LRP), tais escrituras podem ser lavradas mesmo sem a prova de que foi feita comunicação ao agente financeiro sobre a venda do imóvel hipotecado, como antes se impunha, ao menos que haja cláusula contratual nesse sentido.

⁽²¹⁾ Veja-se o REsp 33.836-RS, 2.ª T. do STJ, Min. Antônio Pádua Ribeiro.

⁽²²⁾ Op. cit., p. 337.

7. Síntese conclusiva

a) o art. 292 da LRP foi revogado pela Lei 8.004/90;

b) os tribunais, especialmente o STJ, consideravam legal a restrição contida na Lei 8.004/90 sob a égide do Código Civil de 1916;

c) não obstante, o mesmo STJ, ao examinar os casos concretos, prestigiava e reconhecia validade aos contratos de gaveta, como se viu no item 4 do presente artigo;

d) a Lei 8.004/90 é inconstitucional porque fere o direito de propriedade e a sua função social;

e) o novo Código Civil revogou a Lei 8.004/90, pois o seu art. 1.475 proibiu qualquer cláusula que restrinja o direito de propriedade do devedor hipotecário;

f) a revogação trará benefícios para os vendedores, compradores, para os próprios agentes financeiros, além de contribuir para a boa administração da justiça, com a diminuição de demandas;

g) com a revogação da Lei 8.004/90, estão os tabeliães livres para lavrar escrituras sem a intervenção do agente financeiro, assim como os oficiais poderão registrar tais atos, sem sofrer qualquer punição;

h) essas escrituras não dependem sequer da comprovação de ter sido notificado o agente financeiro sobre a venda, pois não ocorre a repristinação do art. 292 da LRP, ao menos que haja previsão contratual nesse sentido.

1. DOUTRINA NOTARIAL E REGISTRAL

1.3

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA REPERCUSSÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS

HENRIQUE FERRAZ DE MELLO

Advogado.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Função. Uma abordagem – 3. Função social da propriedade – 4. Função social do contrato – 5. Função registral – 6. Função social e retificação do registro imobiliário – 7. Conclusão – Bibliografia.

1. Introdução

O presente estudo, longe de pretender exaurir tão vasto tema, destina-se tão apenas a provocar um debate em torno das concepções restritivas da propriedade¹ e sua influência sobre o registro imobiliário.

A função social (que não é necessariamente *socializante*) teria, assim, diante da hipertrofia dos direitos coletivos, do interesse público, de alguma forma, dilatado o campo de atuação do registrador? Poderia a qualificação registrária atender à função social da propriedade, e em que medida? Permanece a concepção de direito individualista, dominante do século XIX, para o exame e ingresso do título no fôlio predial? Admitindo-se a usucapião como uma das formas de realização da função social propriedade, seria possível em procedimento de retificação registrária aproveitarem-se sobras de áreas que aparentemente tenham alguma correlação e/ou filiação com o registro de origem?

2. Função. Uma abordagem

Função é *modus operandi*, *funcionamento*, assim se diz, mecânica de uma engrenagem articulada para se alcançar um determinado fim.² Quando se fala em função, geralmente se quer exprimir uma finalidade. Não há como dissociar uma “engrenagem”, o seu *modus operandi* da sua razão de ser. No fim da década

⁽¹⁾ A propriedade é, de regra, ilimitada. Suas restrições devem ser expressas. A propriedade, sob um certo sentido, congrega todos os direitos reais.

⁽²⁾ “Ação própria ou natural dum órgão, aparelho ou máquina” (*Novo Aurélio*. Século XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. Lexicon Informática).

de 60, Bobbio chamou a atenção para as novas técnicas de controle social no Estado Social contemporâneo. Tratava-se de analisar o direito como função promocional nessa nova ordem, desvinculando-o das teorias tradicionalistas que o situavam no ordenamento sob o aspecto meramente estrutural (com finalidade repressiva e protetora). Em 1977, editou a obra *dalla struttura alla funzione*, ocupando-se com a função do direito – enfoque funcionalista, em contraposição à concepção estrutural (enfoque estruturalista) que via o direito na estrutura do ordenamento, a partir de Ihering a Kelsen, incluindo Hart.^{3,4} Afinal, dizer a função do direito tal ou qual diz com a finalidade reta que se busca alcançar com tal ou qual mecanismo. Objetivamente assim considerado, um fato, por exemplo, que não seja inanimado, tem de ser examinado diante de uma *voluntas*, pelo menos em regra, um interesse, um fim. Aristóteles também propendeu para a relevância do tema, mostrando que as ações humanas têm por objetivo alguma coisa que buscamos conseguir. Tanto que o *bem* seria objeto de nossas aspirações e a privação do bem não poderia constituir um fim. Por tais razões, as finalidades gravitariam em torno da ética.⁵

Prevalece a tendência de acentuar a função sobre a substância, funcionalismo sobre o substancialismo.⁶ É dizer a dinâmica sobre a estática. O conjunto constituído não por coisas, substâncias, mas por funções. E, nessa ordem de idéias, a substância, em si, ganha corpo e movimento com o desenvolvimento daquele mecanismo.

Costuma-se considerar a função do direito sob o aspecto estrutural – como reguladora da conduta dos indivíduos em suas relações (Hans Kelsen).⁷ Nesse diapasão, a propriedade, que é direito real subjetivo por excelência, importa ainda mais em subordinar uma coletividade ao dever de respeitar o exercício do poder de disposição por parte de seu proprietário sobre uma determinada coisa. “O *domínio* de um juridicamente é apenas o reflexo da exclusão dos outros.” Essa precisamente a função econômico-socialmente decisiva da propriedade, segundo Kelsen.⁸ Ou como bem observa Humberto Theodoro Júnior, “poder que se exerce ‘contra todos’, a propriedade envolve interesses sociais de meridiana evidência, a tal ponto que se chega a afirmar que ‘não existe propriedade, como

⁽³⁾ VIGO, Rodolfo Luis. *Perspectivas jusfilosóficas contemporâneas*. Ross – Hart – Bobbio – Dworkin – Willey. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 127.

⁽⁴⁾ No mesmo sentido: SANTOS, Antonio Jeová: *A função social*: lesão e onerosidade excessiva nos contratos. São Paulo: Método, 2002. p. 103: “(...) houve como que uma corrida para a análise funcional do direito”.

⁽⁵⁾ VIGO. Op. cit., p. 135.

⁽⁶⁾ *Dicionário de filosofia abreviado*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1974. p. 167. A despeito da separação sufragada por Kelsen, excluindo a análise funcional em prol da estrutural (VIGO. Op. cit., p. 128).

⁽⁷⁾ *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armenio Amado, 1979. p. 267.

⁽⁸⁾ Idem, ibidem, p. 191.

entidade social e jurídica, que possa ser analisada individualmente⁹ e que a ‘justa aplicação do direito de propriedade depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual’”.⁹ E a sociologia, como argumenta Bobbio, *bate à porta*.¹⁰

Carnelutti acentua que “a função do direito é, pois, reduzir a economia à ética”.¹¹ Reale é ainda enfático, apregoando que os homens “procuram alcançar o que lhes parecer ser o ‘bem’ ou a felicidade”.¹² Os atos são apreciados segundo a *função da intencionalidade do agente*, em seu caráter de intersubjetividade, ou *individualidade autônoma*.¹³ Mas há de sopesar que com o valor da *coletividade* e a ação ou conduta será, então, examinada em suas relações, com o *alter*. É justamente no relacionamento dos homens que a justiça se fará presente, erigida como bem do *todo coletivo*.

Não há, daí, função de direito desprovida de valor, que também não poderia ser analisada sem um mínimo de dialética, ou de interação dinâmica que se extrai do fato, do valor e da norma.

3. Função social da propriedade

A preocupação com a função social da propriedade¹⁴ não é um fenômeno exclusivamente contemporâneo. Impossível dissociar o papel da Igreja na construção da idéia de que a propriedade deveria ser menos “exclusivista” e “individualista”, concepções que grassavam no direito romano. As encíclicas da Igreja

⁽⁹⁾ *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 80.

⁽¹⁰⁾ Apud VIGO. Op. cit., p. 132.

⁽¹¹⁾ *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999. p. 104.

⁽¹²⁾ *Lições preliminares de direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 39.

⁽¹³⁾ *Idem*, *ibidem*.

⁽¹⁴⁾ Não cabe aqui nesse breve estudo aprofundarmos no histórico da propriedade. Importa assinalar, em resumo, que a propriedade imóvel passou de coletiva a familiar e individual. Ao depois, seguiu-se à fase do entrelaçamento da forma individual com a coletiva. Não se pode falar num único tipo de propriedade, pois existem tipos diversos de propriedade, como acentuado por Salvatore Pugliatti, apud José Barroso Filho, *Propriedade: a quem serves?* (disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2453>>). Algumas das doutrinas que explicam o instituto: (i) do contrato social (Locke, Hobbes, Rousseau): “O Estado é senhor de todos os bens (...)”; (ii) sistema da lei (Bentham e Montesquieu): “a propriedade só se tornou um direito propriamente dito, em virtude do decreto da autoridade”. Mirabeau: “O que pertence igualmente a todos, não pertence realmente a ninguém”. O proprietário é apenas um usufrutuário. É a lei que cria a propriedade; (iii) sistema do trabalho: a propriedade deriva do trabalho da terra. Trata-se de um prolongamento da personalidade do indivíduo; (iv) sistema da necessidade, da liberdade (trabalhar é ser livre e ter a propriedade é uma maneira de ser livre) (SODRÉ, Ruy de Azevedo. *Função social da propriedade*. São Paulo: RT, [s.d.]. p. 13, 17-26). Segundo Planiol, os

Rerum Novarum de Leão XIII, a *Mater Et Magistra* de João XXIII e a *Quadragesimo Anno* de Pio XI bem se ocuparam com a problemática do individualismo excessivo, traduzido no egoísmo do homem em relação à riqueza.¹⁵ No conceito cristão, a propriedade do essencial é o que basta para o homem, direito nato, e por assim dizer, de natureza absoluta. Quanto ao supérfluo, a propriedade seria limitada e relativa, espécie de propriedade fiduciária, uma *hipoteca oculta* em favor da coletividade.

É de Duguit a concepção preliminar de que a propriedade é um dever, para todo detentor da riqueza, de empregar a riqueza que ele possui e aumentar a interdependência social. “Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir, na sociedade, uma certa função de acordo com o lugar que ocupa.” A propriedade não é mais um direito subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor da riqueza de satisfazer as necessidades gerais.¹⁶ Agiria ele como um mero gestor de bens socialmente úteis.

Para Duguit, o fundamento do direito é a solidariedade humana e durante muito tempo se sustentou que a função social da propriedade é essa solidariedade. Mas é de S. Thomaz de Aquino a concepção de que o direito de propriedade se funda em definitivo sobre o dever que tem o homem de atender ao seu fim.

A solidariedade vista por Duguit era mais aperfeiçoada que aquela das encíclicas papais. Tratava-se de uma *solidariedade* de índole social, uma imposição da sociedade, não aquela inspirada na caridade cristã. A todos se impunha um

jurisconsultos possuem uma tendência de erigir os preceitos da lei em princípios filosóficos e estacionaram na idéia da ocupação, o que vem a ser por ele criticado, na medida em que a ocupação é um fato, o fato da posse, exigindo daí uma legislação que admita a propriedade individual. “A ocupação, *modo de adquirir*, não pode, portanto, servir a justificar o *direito de propriedade*, pois os *modos de adquirir implicam na preexistência teórica do direito adquirido pelo seu emprego*”. Ao depois, cita Planiol que a doutrina dos filósofos e dos economistas contemporâneos fundamenta a propriedade no *trabalho*, conforme a opinião de Locke (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 8. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1920. t. I, p. 713). De relevo, convém acentuar, segundo G. Baudry-Lacantinerie, que o *jus abutendi* (um dos elementos da propriedade) não designa um “uso condenável, como mostra a palavra *abusar*, mas um uso definitivo, que não é possível de se renovar, pelo menos da parte daquele que exerceu esse direito: tal é a alienação ou consumo da coisa” (*Précis de droit civil*. 14. ed. Société anonyme du Recueil Sirey, 1926. t. I, p. 643).

⁽¹⁵⁾ A propriedade foi também concebida em atendimento às necessidades da família. O papel da unidade familiar, centralizadora, capitalizou a propriedade individual, estabelecendo os vínculos (como, i.e., a clausulação e o fideicomisso). A propriedade, no entendimento de alguns, constituiu um motivo de agregação da família. Sendo a família a célula “mater” da sociedade, inegável a função social da propriedade dentro dessa concepção orgânica, nas relações sociais.

⁽¹⁶⁾ *Principes de droit public*, p. 38.

dever, porque o homem não vive só. O homem é um instrumento da sociedade e a propriedade é “uma função social”.¹⁷

Ganha relevo hoje a função social da propriedade, com a entrada em vigor do novo Código Civil, a tal ponto que o parágrafo único do art. 2.035 do novel diploma chegou mesmo a disciplinar que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Dir-se-á, então, tamanha cláusula aberta, a *soit disant* “função social”, não acabará trazendo insegurança jurídica, colocando nas mãos do juiz responsabilidade tão extrema, de dizer quando a propriedade estaria ou não cumprindo a sua função social, por exemplo?

Mas é o próprio Código Civil que qualifica a função social da propriedade, coibindo o abuso do direito:¹⁸ “Atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem” (§ 2.º do art. 1.228). No § 1.º do indigitado dispositivo se estabelece que “o direito de propriedade *deve ser exercido* em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em leis especiais, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (grifo nosso). No § 2.º estatuiu-se que “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. O § 3.º do dispositivo *supra* ainda enuncia que “o proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de (...) requisição, em caso de perigo público iminente”. E o § 4.º traz ainda uma novidade: “O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

Por aí se vê que o direito de propriedade, pelo menos sob a ótica do legislador civil pátrio, não é uma “função social”. Seu exercício, sim, é que deve ser balizado pela função social, sob pena de se fazer incidir sanções que o ordenamento jurídico já prevê, sobre as quais iremos tratar mais adiante.

⁽¹⁷⁾ SODRÉ. Op. cit., p. 69.

⁽¹⁸⁾ Note-se, como acentua José de Oliveira Ascensão, que a teoria do abuso do direito não escaparia da crítica de *logomáquia* (levantada por Planiol, conforme Serpa Lopes), porque conceberia o direito de propriedade como *ilimitado* (*Direito civil: reais*. 4. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1987. p. 187). Ascensão ainda tece uma interessante consideração a respeito da *função social da propriedade* no século XIX, em pleno apogeu das concepções individualistas, assinalando que mesmo nessas concepções seria possível identificar a *função social* da propriedade, quanto menos entres se opusessem à propriedade (p. 186).

Releva considerar que na Constituição Federal de 1988 garantiu-se o direito de propriedade, como em suas antecessoras,¹⁹ mas em inciso à parte (XXIII) disciplinou-se que a *propriedade atenderá a sua função social*. Não que a função social não existisse no ordenamento jurídico anterior (como já fizemos observar). Aliás, o art. 5.º da LICC já implicava admitir que o juiz atenderá aos fins sociais, na aplicação da lei (conforme já havíamos ressaltado). O que está inserido ou que está subjacente neste art. 5.º, na verdade, é uma passagem do liberalismo para o Estado Social. Compare-se com a Constituição ditatorial de 67: “é garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro” (§ 22 do art. 150) – texto parelho na de 69 (§ 22 do art. 153).

Ainda na atual Constituição Federal notamos várias passagens em torno do tema, ao nos depararmos com o art. 170, III: “A ordem econômica, fundada na

⁽¹⁹⁾ A *função social da propriedade* também não é um fenômeno novo no direito positivo pátrio. Bem verdade que o Código de 1916 a ela não se referiu. O legislador de 1916 se ocupou com a proteção dos direitos individuais e a propriedade, como não poderia deixar de ser, ficou também tutelada sob esse prisma. Porém, a LICC, em seu art. 5.º, já disciplinava que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Segundo James Alberto Siano, “a Constituição de 1824 adotou em seus princípios a doutrina esboçada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, assegurando o direito à propriedade de modo absoluto, estabelecendo como exceção o uso da propriedade privada, mediante prévia indenização em dinheiro ao proprietário. A Constituição de 1891 garantiu a propriedade privada, prevendo a expropriação por motivo de utilidade ou necessidade pública, mediante indenização prévia. A Constituição de 1934 – art. 113, §§ 13 e 17, assegurou o direito de propriedade, estabelecendo que este não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. *O interesse público se sobrepondo ao privado*. Manteve a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, bem como a requisição nas hipóteses de guerra ou comoção intestina (conflitos internos). A Carta de 1937, que derogou a Constituição Federal de 1934, e no art. 122, § 14, assegurou aos brasileiros e estrangeiros no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, ressaltadas as hipóteses de desapropriação. Relegou o controle da função social para a legislação ordinária. A Constituição de 1946, nos seus arts. 141, § 16 e 147, garantiu o direito à propriedade, condicionando-o ao bem-estar social. O art. 146, § 16, observou a possibilidade de promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade a todos. Nas Cartas Constitucionais de 67 e 69, art. 160, III, que disciplina a ordem econômica, se posicionou de que ‘a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e justiça social, como nos princípios (...) III – função social da propriedade’; criou uma modalidade nova de desapropriação específica para imóveis rurais, cujo pagamento se faria através de títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas ao longo de 20 anos (arts. 157 da CF/67 e 161/69), proclamando implicitamente a função social da propriedade” (*Função social da propriedade*. Trabalho de mestrado, apresentado em aula do Curso “Função do direito privado no atual momento histórico”. Ministrado pela Profa. Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery. 2.º Semestre, 2003).

valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a *existência digna*, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – *função social da propriedade*”. Nessa ordem principiológica, conforme se extrai do texto, na frente vem a *existência digna*, o que bem se entrelaça com o princípio da *dignidade da pessoa humana*, insculpido no art. 1.º, III, da Carta Magna. Não haveria daí *função social da propriedade*, sem que preservada fosse a dignidade do homem. Essa *dignidade*, como soa cristalino do texto, serve e deve servir ao proprietário e à coletividade. Verificamos ainda no art. 173, § 1.º, I, que também se ocupou o legislador constituinte com as atividades econômicas desenvolvidas pelas paraestatais, como a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, relegando à lei a competência para a disciplina da função social dessas entidades.

Quando se trata de política urbana, a Constituição Federal se refere, no *caput* do art. 182, às funções sociais das cidades. No § 2.º do mesmo dispositivo, à função social da propriedade urbana, quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, o que o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) veio a regulamentar, dispondo o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Em outras palavras, em nosso ordenamento atual, a função social da propriedade principia na Carta Política, assegurando-se, em primeiro lugar, o direito de propriedade (art. 5.º, XXII). No inciso seguinte (XXIII), perpassa para a função social, deixando claro que a propriedade terá por objetivo *atender a sua função social*. A cláusula *função social* é, *a priori*, aberta, mas vai encontrar nos arts. 182 e 184 do mesmo texto o seu real sentido para fazer valer o enunciado no inc. XXIII do art. 5.º, o primeiro deles estabelecendo que: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal conforme diretrizes fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1.º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2.º A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3.º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4.º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

Uma simples vista d'olhos em torno dos dispositivos acima elencados permite aferir que a propriedade urbana está jungida a uma política de ordenação e de desenvolvimento incrementada pelo Município, sob as diretrizes fixadas em lei ordinária (no caso, a Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade). A norma instituída no § 1.º do indigitado art. 182 da CF pressupõe a existência de um plano diretor, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes. Caso não atendidas as exigências estabelecidas no plano diretor, ao Poder Público se faculta a adoção de sanções gradativas, que vão desde o parcelamento ou edificação compulsórios até a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública.

Como soa cristalino do texto, as normas constitucionais que regem a função social da propriedade são de cunho programático²⁰ e acabam por restringir, por meio de outras normas que se interpenetram, o uso do direito de propriedade. A propriedade, que em sua concepção individualista era simplesmente um direito do titular, passou a ter uma concepção solidarista, “um direito que cria obrigações, e que há de ser exercitado em consideração não só à utilidade do proprietário, senão também à utilidade geral”.²¹

Como acentua Venício Antonio de Paula Salles,²² “no Brasil, a legislação acusa certo amadurecimento nesse sentido, pois paulatinamente vem melhor definindo o campo de interferência e de participação do *Estado* nos rumos e sentido do *direito de propriedade* individual. Estamos, nesta parte, alinhados às grandes nações, ao adotarmos modelo que prestigia o *patrimônio* privado como uma das formas mais importantes de respeito às *liberdades individuais*, mas vincula parte deste direito a padrões e conceitos coletivos, submetendo limitadamente e parcialmente o interesse individual ao interesse público”.

Em regulamentação ao art. 182 da CF/88, foi editado o Estatuto da Cidade, buscando-se a implementação de uma política urbana capaz de ordenar e controlar o uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo e a edificação inadequados, a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na subutilização ou não-utilização, e assim por diante (art. 2.º, VI).

Como não poderia deixar de ser, o principal instrumento de implementação dos objetivos visados naquela lei, sem dúvida alguma, é o plano diretor. Mais especificamente, o art. 39 do Estatuto da Cidade estabeleceu: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de

⁽²⁰⁾ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 138.

⁽²¹⁾ MEDEL, Jesus Lopez. *Teoría del registro de la propiedad como servicio público*. 3. ed. Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. p. 151.

⁽²²⁾ “O direito de propriedade em face do novo Código Civil. O novo Código Civil e o registro de imóveis”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB*, Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 353-355.

ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2.º desta Lei”.

A lei cuidou de estabelecer e graduar sanções ao uso irracional da propriedade urbana, prevendo o IPTU progressivo, a desapropriação e o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, tal como previsto na Constituição. Independentemente disso, “pode a lei municipal estabelecer limitações ao direito de construir, tais como vedar a construção de prédios residenciais em local por ela considerado como corredor comercial (STF, 2.ª T., RE 178.836-4-SP, RT 773/160)”.²³

A usucapião não deixa de ser uma sanção pela inércia do proprietário, em face do abandono da propriedade. Não foi por acaso que a usucapião constitucional urbana acabou sendo instituída no dispositivo seguinte ao art. 182 da CF/88, pois também representa ela um instrumento de *política urbana* (Capítulo II do Título VII – Da ordem econômica e financeira). E tanto é assim que o Estatuto da Cidade previu a usucapião coletiva, editando algumas normas de cunho social, sempre de forma a facilitar o acesso dos mais necessitados à Justiça, a ponto mesmo de em seu art. 11, inclusive, assegurar a suspensividade de todas e quaisquer outras ações, *petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo*, quando na pendência de ação de usucapião especial urbana. A propósito, o acórdão na AC 195165618, j. 03.04.1996, TARGS, 3.ª Câm. Cív., da Comarca de Torres, em que foi relator o Juiz Vicente Barroco de Vasconcelos, situou a usucapião constitucional na esfera de proteção da função social da propriedade, permitindo que o usucapiente exercesse o seu direito sobre área excedente sobre mínima parte do teto de 250,00 m² (259,70 m²).

Sobre o tema, leciona Arruda Alvim²⁴ que “(...) o que nos parece é que, na verdade, o que existe de concreto no direito brasileiro é um programa que parte

(23) CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal Interpretada pelo STF*. 6. ed. atual. até a EC 31/2000. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 224. Entre outras limitações, segundo explanado por João Lopes Guimarães Júnior, “no âmbito estadual e municipal, a legislação, especialmente por meio de lei de uso e ocupação do solo, Código de obras e Código sanitário, condiciona o proprietário a respeitar diversos interesses: *segurança da edificação* (fundações e estrutura), *conforto ambiental* (ventilação, circulação, iluminação, condições térmicas etc.), *urbanismo* (uso e ocupação do solo, permeabilidade do solo, gabarito das edificações, estética etc.), *segurança das instalações* (gás, eletricidade, incêndio), *saúde* (água e instalações sanitárias) e *meio ambiente* (coletas de esgoto automotores na região central da cidade em dias e horários determinados, instituindo o chamado ‘rodízio’, cuja intenção é de melhorar o *fluxo do tráfego e a circulação*” (“Função social da propriedade”. *Revista de Direito Ambiental* 29/119, São Paulo: RT, jan.-mar. 2003).

(24) *A função social da propriedade no contexto de uma economia capitalista*. Congresso de Direito Imobiliário. Sauípe, 2002.

da Constituição, passa pelo Estatuto da Cidade e passará pelo plano diretor, no sentido de viabilizar de condições, talvez até de excelência, em relação à situação urbana”.

No art. 184, a CF/88 alude à função social do imóvel rural. O dispositivo deve ser cotejado com o art. 186, quando se diz que “a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Por sua vez, o art. 185 da CF/88 estabeleceu serem insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: (i) a pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra e (ii) a propriedade produtiva. Cumpre-se daí a função social da propriedade rural com a propriedade produtiva (qualquer que seja ela) e se o pequeno ou médio proprietário não possuir outra propriedade.

O Estatuto da Terra – inspirado em concepção tomista – também cuidou de prever algumas normas programáticas a esse respeito, disciplinando assegurar a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionado pela sua função social e pelo bem-estar coletivo (arts. 2.º, 12 e 13 da Lei 4.504/64).

Por tudo se verifica que *não* é em razão de falta de textos normativos que a função social da propriedade deixaria de ser cumprida.²⁵ Seguindo a teoria de

⁽²⁵⁾ Vide ainda Lei 9.472/97, art. 5.º; Lei 8.884/94, art. 1.º; Lei 6.803/80; Lei 6.766/79; Dec.-lei 3.365/41; Lei 4.132/62; Dec.-lei 1.075/70, Lei 8.629/93, LC 76/93; Dec.-lei 25/37; Lei 4.771/65; Lei 6.938/81; a propósito, em matéria de direito ambiental, confira-se acórdão do STJ, considerando que “tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não pode ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens” (REsp 343.741, rel. Min. Franciulli Netto, DJ 07.10.2002). E mais, no que se refere à função social da propriedade rural, julgado da Corte de Alçada Rio Grandense vem assim ementado: “Penhora. Imóvel rural. Art. 5.º, XXVI, da CF/88. Auto-aplicação. A pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, não pode ser objeto de penhora para pagamento de débito decorrente de sua atividade, uma vez que se encontra protegida pelo art. 5.º, XXVI, da CF/88, dispositivo de aplicação imediata, por conter o princípio constitucional da função social da propriedade e ser norma definidora de direito e garantia fundamental. Apelo improvido. Sentença mantida” (3.ª Câmara, AC 188078851, Sapucaia do Sul, Juiz Sergio Gischkow Pereira, j. 14.12.1998). Em direito de vizinhança, confira-se: “Águas. Açude repousando sobre as duas propriedades. Água é bem absolutamente vital e, como propriedade, inclusive, a rural, tem função social. No que tange ao uso pelos particulares, integra-se entre os direitos de vizinhança. Prevalência do princípio da interadaptação dos direitos e deveres.

Bobbio,²⁶ quanto aos fins proclamados, o direito pode exercer uma função positiva, se o resultado alcançado era aquele esperado; uma função negativa, se o inverso (*o cárcere como escola do delito*); e uma disfunção; isto é, quando se alcançam de modo deficiente os objetivos propostos. E a questão que emerge da análise da função social da propriedade é justamente essa: até que ponto essa *função social* não poderia confinar o proprietário a um simples *espectador* dos abusos que eventualmente se possa praticar em seu detrimento, a pretexto de se estar a cumprir o mandamento em abstrato da norma?

“A propriedade é um direito subjetivo vinculado aos fins naturais e pessoais do homem (fins individuais), mas ligado necessariamente a uma função social de conteúdo mais complexo, constituída em essência por deveres negativos e positivos que o viver social e o bem impõem ao proprietário em benefício da comunidade.”²⁷ Mas não é por isso, que a bem da comunidade, se possa despojar o proprietário de garantias mínimas de defesa de seu patrimônio, confinando-o a um simples detentor de *direito* de espectador. Sob o ponto de vista estático, compete ao proprietário o direito subjetivo de se opor a pretensões alheias. Do ponto de vista dinâmico, impõe-se a observância de se destinar a propriedade aos fins sociais. Num primeiro momento, há que perquirir sobre as intervenções limitadoras, como assinala Ascensão,²⁸ não balizadas propriamente por uma finalidade social de espectro amplo, uma coletividade, por exemplo, como são as normas de vizinhança – princípio da coexistência objetiva dos direitos e do exercício deles.²⁹ E há as intervenções impositivas, de natureza mais ampla, por direito público, como são as normas de proteção ao meio ambiente, de proteção a determinada classe de bens (de valor histórico) e as de cunho urbanístico, por exemplo. Citam-se aí as “proibições de demolição de edifícios, por seu valor histórico ou artístico (art. 141, § 16), e as arborizações, conservações e limpezas que a lei, no interesse público, estabelece, a cargo da Administração Pública, ou, em certas circunstâncias, a cargo dos proprietários ou outros titulares de direitos reais”.³⁰

Reside a problemática da função social da propriedade nesse equilíbrio de forças. O direito de propriedade não pode ferir o bem comum ou do titular de um outro direito real, mas também não pode, a pretexto dele, ser arbitrariamente

Aplicabilidade do Código de Águas. Represamento de águas pluviais sobre dois prédios distintos. Direito de cada um ao uso da água. Não equitatividade no uso é de ser dirimida por outra ação, que não a possessória. Apelação provida” (TARS, 2.ª Câmara Cível, AC 196058572, Ibirubá, rel. Juiz Marco Aurelio dos Santos Caminha, j. 12.09.1996).

⁽²⁶⁾ VIGO. Op. cit., p. 144-145.

⁽²⁷⁾ TOBEÑAS apud BARROSO FILHO. Op. cit., p. 10.

⁽²⁸⁾ Op. cit., p. 188.

⁽²⁹⁾ Como definido por Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 4. ed., São Paulo: RT, 1983, t. XI, p. 19.

⁽³⁰⁾ Idem, *ibidem*, p. 22.

subtraído do seu titular; ou seja, sem justa causa e sem que haja um ressarcimento justo, sob pena de confisco. Tal como se passa no direito português, ninguém pode ser privado arbitrariamente da sua propriedade. Como ilustra Ascensão,³¹ “as intervenções em nome da função social devem ser prudentes, prevendo os casos em que os titulares se desviaram flagrantemente das necessidades gerais, ou em estas se apresentem de modo premente”.

Na jurisprudência, interessante acórdão do TJRS proferido no AI 598.360.402, São Luiz Gonzada-RS, suspendeu o “despejo” de invasores de propriedade rural, por via de reintegração liminar de posse requerida pela titular da área invadida, ao argumento de que o art. 5.º, XXII, disciplina a tutela da função social da propriedade, pese embora estivesse sendo a área racionalmente utilizada pelo proprietário, com cerca de 300 hectares de plantio de trigo, e nos silos estocados aproximadamente 20.000 (vinte mil) sacos de soja, 60 toneladas de adubo e exploração de pecuária, com cerca de 80 bovinos (j. 17.09.1998).

Em outra decisão, desta feita, aqui do E. TJSP, na AC 212.726, julgada em 1994, o Tribunal, destacando a função social da propriedade, julgou ação reivindicatória improcedente, porque se tratava de lotes urbanos “tragados por uma favela”, os quais – afirma-se – por isso mesmo, deixaram de existir, como tais, e que não poderiam mais ser recuperados.

A terceira decisão, entre diversas colacionadas sobre o tema, trata, porém, de visão diversa, a que nos pareceu mais adequada, da relatoria do eminente Juiz Henrique Nelson Calandra. Tratava-se de invasão de extensa área na zona leste de São Paulo, com a construção de centenas de habitações. O 1.º TAC revogou liminares que sustentavam que, em razão da referida invasão formar uma verdadeira cidade, a propriedade não poderia ser encarada como direito individual, pois só seria concebida em razão de sua função social. Concluiu o relator que a destinação social da propriedade é obtida mediante tributação progressiva e desapropriação, “que é a maneira mais civilizada de promover a finalidade social” (1.ª Câmara, AI 0851855-0-SP, j. 07.06.1999, RT 771/251).

E afinal, estamos tratando de um tema de natureza civil, de civilidade, e o direito civil não pode ser *incivil*, se ao *Estado* compete a adoção dos mecanismos jurídicos para fazer cumprir a função social da propriedade. Bem por isso, com razão se nos parece o julgado na AC 193030228, do TARS, 2.ª Câmara Cív., j. 15.04.1993, em que foi relator o Juiz Paulo Heerdt, pois se tratava de ação de despejo de imóvel *não residencial*, onde ficou assentado que a questão deveria ser resolvida *nos limites do contrato de locação, não se contrapondo com a função social da propriedade, consagrada na Constituição Federal*. E não poderia mesmo ser de outra forma, já que ninguém é obrigado a *contratar locações*.

Por sinal, em matéria de locações, segundo o que já decidiu o 2.º TAC, “não cabe argumentar com a função social da propriedade para obstar o exercício da

³¹ Op. cit., p. 197.

ação de despejo, por denúncia vazia, na qual não se investigaram os motivos inspiradores da retomada, apurando-se a rescisão por mera conveniência do locador. Não se confundem função social da propriedade e interesse individual do atual inquilino. O fato de o locatário ser desalojado e, *ipso facto*, o imóvel retornar às mãos do proprietário, não retira a função social da propriedade” (1.^a Câ. Civ., AC 456.236, rel. Juiz Renato Sartorelli, j. 27.05.1996, *JTA-Lex* 160/320). No mesmo sentido: 6.^a Câ. Civ., AC 362.494, rel. Juiz Francisco Barros, j. 26.10.1992, *JTA (RT)* 138/340; 7.^a Câ. Civ., AC 459.774, rel. Juiz Emmanouel França, j. 20.08.1996;³² 2.^o TAC, 7.^a Câ. Civ., AC 306.140, rel. Juiz Garrido de Paula, j. 17.12.1991. Nesses julgados, o que se pode deduzir é que o Poder Judiciário não tem, no direito positivo brasileiro, instrumental para solução de conflito social decorrente da ausência de moradias populares ou de estabelecimentos comerciais: “O fato de a fortuna do locatário haver sido alterada no curso do processo, para pior, é questão que nada tem a ver com a função social da propriedade, que sempre cumprirá seu papel enquanto estiver sendo utilizada segundo a finalidade para a qual foi concebida” (4.^a Câ. Civ., AC 312.952, rel. Juiz Amaral Vieira, j. 05.05.1992, *JTA-Lex* 139/476). Aliás, a Lei do Inquilinato foi concebida justamente com aquela finalidade, de se cumprir a função social da propriedade e proteger o locatário (6.^a Câ. Civ., AI 349.607, rel. Juiz Lagrasta Neto, j. 25.03.1992, *JTA-Lex* 136/209).

Em matéria fiscal, exemplificando, a progressividade do IPTU (fora do âmbito do art. 182 da CF) tem sido contestada, porque o imposto é de natureza real, não poderia ser progressivo *em função do valor do imóvel*, sob pena de confisco e de se ferir o próprio princípio da função social da propriedade. Pois, imagine-se uma senhora de idade, desprovida de qualquer recurso, mas que proprietária de imóvel de dimensões mais ou menos razoáveis, adquirido por herança, acabaria recebendo carga tributária bem maior que uma outra pessoa, abastada, e que simplesmente tivesse por sobre o território espalhado inúmeras propriedades de dimensões inferiores destinadas à locação ou a loteamentos. Aquela primeira senhora, provavelmente, seria obrigada a vender o seu imóvel para pagar o IPTU (!). Assim, se inseriu na Constituição o que julgamos ser uma norma inconstitucional, por vício formal de competência³³ e em contrariedade às garantias individuais e às cláusulas pétreas, tudo isso em face da pressão dos Municípios junto ao Congresso Nacional.³⁴

Vimos até agora que a função social da propriedade importa, na maioria das vezes, em servir de um contraponto ao direito absoluto da propriedade, restringindo-

⁽³²⁾ Disponível em: <Saraivadata.com.br>.

⁽³³⁾ “Ao editar essa emenda, o Congresso Nacional não estava investido do chamado poder constituinte originário, esgotado que fora esse poder pela Assembléia Nacional Constituinte” (BARRETO, Aires F. “IPTU: Progressividade e diferenciação”. *Revista Dialética de Direito Tributário* 76/7, São Paulo: Oliveira Rocha, jan. 2002).

⁽³⁴⁾ Idem, *ibidem*.

lhe os seus efeitos, em prol de um interesse maior, o da coletividade. Mas será que sob essa ótica – restritiva – não seria possível entender que os demais direitos reais ganhariam maior espaço, justamente no afã de se atender aquele interesse maior?

Conforme já tivemos a oportunidade expor em outro trabalho,³⁵ seguindo a linha de Teixeira de Freitas “não se pode dizer que existe uma causa determinante, um fato exclusivamente produtor desses direitos reais; não se pode dizer que a teoria da ciência indica *a priori* as diversas espécies de *jura in re*, fora das quais não podem haver outras espécies. Quando as legislações não proíbem expressamente a criação de outros direitos reais além dos que elas designam e regulam, a doutrina e a jurisprudência inclinam-se, por deferência ao princípio da liberdade das convenções, a admitir combinações de todo o gênero, uma vez que nada tenham de contrário à ordem pública”. No mesmo sentido se posicionam Washington de Barros Monteiro, Carvalho Santos e Arnaldo Medeiros da Fonseca, este último citando inúmeros doutrinadores de estirpe.

O art. 1.225 do novo CC traz a rol a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca e a anticrese. A enfiteuse e as rendas sobre imóveis não foram expressamente catalogadas pelo novo diploma. Tal como seu predecessor, art. 674 do CC/1916, a nós parece que as hipóteses do texto não são exaustivas. A redação contida no antigo projeto de lei que se converteu no Código Civil de 1916, como já salientamos em outro trabalho,³⁶ realmente era de conteúdo restritivo, como ressaltado por Carvalho Santos. O advérbio *somente* foi retirado do texto do legislador de 1916. Por seu turno, a redação do *caput* do art. 1.225 praticamente reproduz aquela do art. 674 do Código anterior. Uma vez mais, foi deixada de lado a posse, que, não obstante, segundo entendemos, é também direito real, e deveria ela, a exemplo dos demais modelos enumerados acima, ser colocada a rol, e não foi.

Portanto, a nós quer parecer que também se cumpre a função social da propriedade, admitindo-se a rol de direitos reais não apenas aquilo que expressamente formulado no art. 1.225.

Como leciona Arruda Alvim, o art. 1.225 representa uma norma de permissibilidade de “todas as figuras do sistema jurídico que se possam submeter aos princípios gerais, delas mesmas emergentes”.³⁷ Os direitos que se amoldam àqueles princípios constituem direitos reais.

De mais a mais, interessa à coletividade, ao público que os negócios imobiliários se concretizem da maneira mais transparente possível; isto é, com a maior publicidade, aspecto este que trataremos mais pormenorizadamente adiante.

⁽³⁵⁾ MELLO, Henrique Ferraz de. “A tipicidade dos direitos reais”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB* 52/100, São Paulo: RT, jan.-jun. 2002.

⁽³⁶⁾ Idem, *ibidem*, p. 101.

⁽³⁷⁾ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. Posse e propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 37.

Por ora, e para que possamos, nesse tema, balizar o escopo da função social da propriedade imobiliária, é preciso, antes de mais nada, aferir a relação de interdependência das normas que contenham esse aspecto nuclear de realização efetiva e mais imediata da função social, pois constitui tarefa do hermenêuta conjugar os variados dispositivos e verificar, de acordo com o sistema, qual a linha de percepção objetiva mais razoável que se espera e se pode extrair do contexto normativo. A função do cientista do direito não é a de mera “transcrição das normas, já que estas não se agrupam em uma ordem, em um todo ordenado, mas sim na descrição, na interpretação que consiste, fundamentalmente, na determinação das consequências que derivam de tais normas. Trata-se de uma operação lógica que procura estabelecer um nexo entre as normas, de forma a dar-lhes uma certa unidade de sentido e de projeção normativa”.³⁸

Desde logo, impende ressaltar, segundo cremos, não haver direito desprovido de função social. Mesmo aquilo que pareceria ser uma “disfunção”, por não haver função alguma no ordenamento jurídico, o preceito supostamente *sem função* possuiria uma função: a de não funcionar. Em direito, costuma-se dizer, não há normas inúteis. Já observamos que a propriedade possui, hoje, com maior vigor, um escopo de adequação às normas de interesse coletivo, forma altruísta,³⁹ e contraposição ao absolutismo do direito romano, freado tempos depois, com a relativização dos direitos, que teve em Jossierand o maior precursor.⁴⁰

Nessa linha de raciocínio – da interdependência das normas – processo sistemático, não vemos como deixar de apreciar a função social do contrato que, na realidade, constituiria a grande inovação do legislador de 2002, no que atine ao tema tratado neste estudo. Afinal, a propriedade, ela também, se constitui, na grande maioria das vezes, com base no contrato (escritura pública de compra e venda, só para citar o exemplo mais comum). Seria, então, possível admitirmos que também os contratos estivessem sendo *relativizados*?

4. Função social do contrato

Quer nos parecer que o legislador de 1916 propendeu pela teoria da vontade,⁴¹ num contexto de liberdade de contratar, com os influxos causados pela Revolução Francesa. A evolução do direito, notadamente no pós-guerra (1.^a e 2.^a Guerras), verificou que a chamada “‘igualdade formal’ levava a injustiças profundas.

⁽³⁸⁾ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 203.

⁽³⁹⁾ Em contraposição ao egoísmo. Propriedade, como lembra Maria Helena Diniz, vem do latim *proprietas*, “designando o que pertence a uma pessoa” (*Sistemas de registros de imóveis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 1). E o vocábulo lembra o que é *próprio*, “meu”.

⁽⁴⁰⁾ JOSSIERAND, Louis. *De l'esprit des droits e de leur relativité*. 2. ed. p. 169.

⁽⁴¹⁾ ARRUDA ALVIM. “A função social dos contratos no novo Código Civil”. *RT* 815/16, São Paulo: RT, 2003.

Na verdade, se a Europa enriqueceu assombrosamente no século XIX, através da prática radical do liberalismo, criaram-se segmentos constituídos por bolsões de miséria”.⁴² O intervencionismo estatal logo se mostrou presente. Editaram-se inúmeros diplomas legais mais voltados para a defesa dos interesses dos economicamente menos favorecidos. São exemplos as leis do trabalho, do inquilinato e o próprio Código de Defesa do Consumidor. Nesse particular, o novo Código Civil chegou tarde, pois institutos como a lesão e a onerosidade excessiva já se achavam francamente contemplados pela lei consumerista, a qual também não se descurou em ditar, embora em *numerus apertus*, várias hipóteses de práticas contratuais abusivas, atenta à multiplicação dos contratos de massa que invariavelmente debilitavam o consumidor. O novo Código Civil se propõe daí a reequilibrar as forças do contrato,⁴³ do mais forte ao mais fraco. Guarnece o mais fraco com a possibilidade de revisão, anulação, rescisão dos ajustes, exemplificando, mas, em contrapartida, torna explícita a presença da boa-fé objetiva (para ambas as partes) como requisito basilar em todas as fases da contratação, da prévia (responsabilidade pré-negocial) à pós-execução (responsabilidade pós obrigacional).⁴⁴

⁴² ARRUDA ALVIM. Op. cit., p. 25.

⁴³ Seguindo tendência também de reequilíbrio das forças de mercado, pelas leis da concorrência.

⁴⁴ Interessante monografia sobre o assunto editada pela Profa. Célia Barbosa Abreu Slawinski aborda que o Código Civil antigo tratou de esboçar a boa-fé objetiva nos arts. 1.443 e 1.444, ressaltando, ademais, o seguinte histórico: “A primeira inserção pode ser verificada nas *Ordenações Filipinas* (1603), no Livro I, Título LXII, § 53, e, mais tarde, no *Código Comercial* (1850), através de norma estabelecida no art. 131, I, cujo potencial não foi aproveitado nem mesmo por nossos melhores comentaristas, os quais não fizeram qualquer consideração acerca da possibilidade de sua utilização, como fonte autônoma de direitos e obrigações. A presença da regra interpretativa da boa-fé pode ser igualmente constatada no *Projeto de Código Comercial* organizado por Herculano Marcos Inglez de Souza (1911). Em direito civil, é no *Esbôço de Teixeira de Freitas* (1855), que se percebe a sua presença pela primeira vez, sendo válido salientar que o iluminado jurista, na Parte Geral, Livro Primeiro, Seção III, destinou alguns artigos ao tratamento da *boa-fé dos atos jurídicos*, tendo-a identificado como elemento inerente à própria substância destes atos. Além disso, alguns dispositivos podem ser encontrados tanto no Projeto do Código Civil brasileiro e comentário de Joaquim Felício Santos (1881), quanto no Projeto de Código Civil brasileiro de A. Coelho Rodrigues (1893) e na obra *Direito civil brasileiro recopilado* ou Nova Consolidação das Leis Civis vigentes em 11.08.1899, do Advogado Carlos Augusto de Carvalho, os quais, embora não atinentes à boa-fé objetiva, guardam relações de proximidade com esta. Apesar destes antecedentes históricos, à época da elaboração do Código Civil Brasileiro, embora Clóvis Bevilacqua tenha feito constar inúmeras remissões à boa-fé, apenas excepcionalmente mencionou a boa-fé objetiva, como se vê nos arts. 1.443 e 1.444, inexistindo em nosso Código uma regra geral acerca da necessidade de sua observância em matéria de obrigações. A falta desta regra dificultou a compreensão de todas as funções e do alcance da boa-fé em nosso sistema jurídico. Para suprir a sua ausência, os teóricos

Na formação⁴⁵ e na execução dos contratos, a influência da boa-fé não pode ser ignorada e menos ainda desprezada, sob pena de configuração do ilícito.⁴⁶

Para esse efeito, dispôs o art. 421 do novo CC: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Logo em seguida, o art. 422 vem a disciplinar o seguinte: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.⁴⁷ Doutrina Judith Martins-Costa e Gerson Branco que a boa-fé

e a jurisprudência buscaram apoio nos arts. 85 do *Código Civil* e 4.º da *LICC*. Mesmo diante da aludida reação dos doutrinadores e da jurisprudência, os projetos de obrigações e de Código Civil que se seguiram, embora não tenham deixado de fazer alusão à boa-fé, em verdade, ainda lhe conferiram previsões pouco expressivas, as quais, em sua maioria, se limitaram à admissão de sua função interpretativa. No Título I, Da Constituição das Obrigações, do *Anteprojeto de Código das Obrigações de 1941*, elaborado por Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, três dispositivos prestigiaram a boa-fé: os dois primeiros (arts. 65 e 66), inseridos no Capítulo I, Da declaração de vontade; o outro (art. 156), no Capítulo VI, Da reparação civil. No *Anteprojeto de Código das Obrigações de 1963*, cuja comissão revisora foi integrada por: Orosimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira, Theóphilo de Azeredo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes, Nehemias Gueiros e Francisco Luiz Cavalcanti Horta, que unificava o direito privado, identificamos novamente a presença de duas previsões da boa-fé (arts. 21 e 22). E, finalmente, foram dedicadas novamente duas disposições à boa-fé no *Anteprojeto de Código Civil de 1972*, subscrito por Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, na Parte Geral, Livro III – Dos fatos jurídicos, Título I – Do negócio jurídico, Capítulo I – Disposições gerais (arts. 111 e 112). Foi, na redação final da Câmara dos Deputados, que o referido *projeto de Código Civil, o qual tomou o n. 118, de 1984 (antigo Projeto de Lei 634-B, de 1975)*, além da previsão da boa-fé interpretativa (art. 112), trouxe dois dispositivos, que não só explicitaram os valores primordiais da boa-fé e da probidade, mas também estabeleceram o condicionamento do exercício da liberdade de contratar ao atendimento dos fins sociais do contrato (arts. 420 e 421). *A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3120>>.

⁽⁴⁵⁾ Cf. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 27.

⁽⁴⁶⁾ REALE, Miguel. “A boa-fé no Código Civil”. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>: “Donde se conclui que quando o art. 104 dispõe sobre a validade do negócio jurídico, referindo-se ao *objeto lícito*, neste está implícita a sua configuração conforme à boa-fé, devendo ser declarado ilícito todo ou parte do objeto que com ela conflite”.

⁽⁴⁷⁾ Ocupam-se as leis dos países, de um modo geral, com o princípio da boa-fé, tornando-o praticamente universal. Assim, por exemplo: CC espanhol, art. 7.º. “1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice

se apresenta como “norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida”.⁴⁸ Afinal, é a eticidade dos contratantes que está em jogo. O contrato cumpre a sua função social, não apenas quando suficientemente capaz de gerar riqueza, mas quando se atinge aquele grau de cooperação mútua que a doutrina qualifica de dever de cooperação, visando à satisfação dos interesses globais envolvidos.⁴⁹⁻⁵⁰ Atuando como norma de conduta entre os contraentes, da boa-fé objetiva decorrem os chamados deveres anexos ou secundários ou acessórios, como são os de cuidado, de informação ou aviso, e de cooperação.

E não se pode olvidar do interesse social de segurança das relações jurídicas que Orlando Gomes⁵¹ compreende na idéia de que *entre o credor e o devedor é necessário a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato, que*

sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Ver ainda a boa-fé nos contratos: ‘Art. 1.258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley’. No consentimento: art. 1.262; em proteção ao adquirente de boa-fé: art. 1.320; em relação a terceiros: art. 1.335: ‘La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fé’; CC chileno, art. 976. ‘La acción de indignidad no pasa contra terceros de buena fe’. Art. 1.267. ‘El que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico pero habiéndola ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de las enajenaciones y deterioros’. Art. 1.337, n.11, 2.ª al.: ‘El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II’. Art. 1.490. ‘Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fé’. Art. 1.546. ‘Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella’. Na validade do pagamento por quem não era dono: art. 1.575; e na validade do pagamento feito de boa-fé a quem não era o verdadeiro credor: art. 1.626, e assim por diante.

(48) *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 457.

(49) *Idem*, ibidem, p. 199-200.

(50) Esses interesses genéricos são de difícil aferição, como sustentado por Humberto Theodoro Júnior, pois a “obrigação é essencialmente o poder adquirido pelo credor de exigir uma prestação, que recai apenas sobre o devedor e, por isso mesmo, diversamente do que se passa com o direito real” (op. cit., p. 82).

(51) *Contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 46.

muito embora não se possa chegar a extremos, dada a contraposição de interesses, a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação da outra.⁵²

Preconiza Silvio de Salvo Venosa que “o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos”.⁵³ Essa boa-fé objetiva, por outro lado, deve ser cotejada com os usos e costumes, na esteira do que previsto no art. 112 do novo CC: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Ainda segundo o emérito jurista, “há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (art. 112); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 186) e função de integração do negócio jurídico (art. 421)”. Em outras palavras, a boa-fé objetiva nada mais representaria que um mecanismo de viabilizar a concreção de uma vontade justa, fundada naquilo que razoavelmente se espera de um contratante digno e honesto.⁵⁴

Ora, o mínimo que sempre se pode esperar de quem quer que seja, claro, que celebre um acordo, é que cumpra o ajuste tal como convencionado. As exceções devem ser tratadas como tais e no fundo é isso exatamente que o Código está a estabelecer. Parte-se do princípio de que os contratantes livremente manifestaram as suas vontades, visando à colimação de determinada convenção. O contrário; isto é, que a vontade estivesse viciada, ou que a prestação não seria cumprida, deve ser cumpridamente demonstrado, não bastando simples alegações teóricas em torno da boa-fé objetiva ou da probidade dos contratantes. Não se retira, por isso, do juiz a faculdade de examinar a boa-fé subjetiva de cada uma das partes.

Dilucida Venosa que: “Importa, pois, examinar o elemento subjetivo em cada contrato, ao lado da conduta objetiva das partes. A parte contratante pode

⁽⁵²⁾ Haveria também uma função social de aproximação das nações, como bem esclarece Marcelo Terra, impelindo os indivíduos e as nações a “negociar e não guerrear para alcance de seus desideratos” (*O Código de Defesa do Consumidor e a teoria geral dos contratos*. Temas jurídicos nos negócios imobiliários. IOB, 1991. p. 204).

⁽⁵³⁾ A boa-fé contratual no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>.

⁽⁵⁴⁾ Segundo Karl Larenz, “a ciência do direito privado actual trabalha, pelo menos desde a grande obra de Flume, com um conceito de negócio jurídico determinado pela função, que o entende primordialmente como meio de autonomia privada e intenta compreender a partir desta sua função a problemática a ele ligada e as respostas dadas a esse respeito pela lei. (...) Trata-se aqui de conceitos como *ilicitude*, *negligência*, *boa ou má-fé*. Tais conceitos puramente normativos não de determinar-se de acordo com a sua função em cada complexo de regulação” (*Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.]. p. 686-687).

estar já, de início, sem a intenção de cumprir o contrato, antes mesmo de sua elaboração. A vontade de descumprir pode ter surgido após o contrato. Pode ocorrer que a parte, posteriormente, veja-se em situação de impossibilidade de cumprimento. Cabe ao juiz examinar em cada caso se o descumprimento decorre de boa ou má-fé”.⁵⁵

Em resumo, denota Reale que: “a boa-fé objetiva se qualifica como *normativa de comportamento leal*. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de ‘honestidade pública’. Concebida desse modo, a boa-fé exige que a conduta individual ou coletiva – quer em juízo, quer fora dele – seja examinada no conjunto concreto das circunstâncias de cada caso. Exige, outrossim, que a exegese das leis e dos contratos não seja feita *in abstracto*, mas sim *in concreto*. Isto é, em função de sua função social”.⁵⁶

Por outro lado, e voltando agora aos direitos reais, mais propriamente ao direito de propriedade, verifica-se o seu maior entrelaçamento com o que há de fundamento do direito obrigacional, conforme se observa do art. 2.035: “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. *Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*” (grifo nosso).

Note-se que o Código expressamente ajunta a função social de um à de outro, utilizando-se da partícula “e”, com isso pretendendo reforçar a idéia de sistematização entre as normas de contrato que tratam da função social e aquelas da propriedade que têm em mira inibir o abuso de direito.

Aliás, Reale deixa antever essa sistematização, quando assinala, com apoio em Portalis, que “nada mais incompatível com a idéia de boa-fé do que a interpretação atômica das regras jurídicas, ou seja, destacadas de seu contexto. Com o advento, em suma, do pressuposto geral da boa-fé na estrutura do ordenamento jurídico, adquire maior força e alcance do antigo ensinamento de Portalis de que as disposições legais devem ser interpretadas umas pelas outras”.⁵⁷

Como já o dissemos, e agora o fazemos com apoio em Garea,⁵⁸ “a propriedade individualista, em que se satisfazem os interesses pessoais de seu titular, deixou de ser tal para transformar-se em propriedade individual, quando seu

⁵⁵ Op. et loc. citis.

⁵⁶ “A boa-fé...” cit. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>.

⁵⁷ Idem, ibidem.

⁵⁸ *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 84

exercício aparece moderado e modelado pelos interesses sociais da coletividade. Na atualidade, a propriedade é um direito individual, mas não individualista”.

E nesse caso, não haveria mesmo como abstrair da propriedade o princípio da boa-fé objetiva, não apenas sob a ótica de quem adquire a propriedade, confiando na aparência do direito, em função do registro predial, mas boa-fé também de quem negocia, de quem financia um imóvel, e assim por diante. Esses princípios éticos, secundados pelos deveres de cuidado, informação, colaboração e aviso que inspiraram o legislador de 2002, como não poderiam deixar de ser, devem inspirar a todos que atuam nas relações jurídicas a serem permeadas no fôlio e mesmo a todos que militam no registro imobiliário, sem o que não será possível atender a máxima da função social que a Carta Magna tenciona resguardar.

5. Função registral

Constitui entendimento geralmente aceito o de que as normas se interpretam segundo o sentido próprio de suas palavras, em relação ao contexto, os antecedentes históricos e legislativos, e a realidade social do tempo em que devam ser aplicadas, atendendo fundamentalmente ao espírito e finalidade delas.⁵⁹

Sem se olvidar da função estatística de posse do registro paroquial,⁶⁰ a função primária do registro no Brasil, como facilmente se pode verificar e observar da quadra histórica legislativa,⁶¹ foi a de atender à segurança do crédito, da

⁽⁵⁹⁾ Esse entendimento chegou a ser agasalhado em lei, como se passa no Código Civil espanhol, art. 3.º.

⁽⁶⁰⁾ “Registro paroquial produz efeito meramente estatístico de posse, não de domínio perante terceiros” (CSM-SP, ApCív 97.513-0/6, Mogi Mirim). Também como valor de prova de posse: “Desta forma, mesmo que se reconheça ao registro paroquial apenas valor de prova de posse declarada e não impugnada, esta é idônea para assinalar, na sua data, o termo inicial da prescrição aquisitiva quarentenária, indiscutível, se consumada antes do Código Civil (Súm. 340 a *contrario sensu*)” (RE 273.604-0-SP, rel. Min. Néri da Silveira, DJU 20.09.2000, p. 51).

⁽⁶¹⁾ Afrânio de Carvalho bem enumera as etapas por que passou o sistema registrário no Brasil, desde a descoberta. A primeira posse no Brasil foi a da Coroa portuguesa, que passou a retalhar todo o território em sesmarias – doações feitas a seus donatários e, depois, a governadores e capitães-generais (*Registro de imóveis*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d]. p. 1). No início do século XIX, a posse de terra alcançara uma situação caótica – não existia um ordenamento jurídico capaz de discriminar o uso da ocupação, quem de fato seria dono e quem não era. A progressiva ocupação do solo tornou problemática a política de sesmarias. A chegada da família real no Brasil dá o marco de mudanças estruturais no quadro político da época. Era de qualquer forma necessário estabelecer os limites territoriais como forma de integração da estrutura de poder. A Lei de Terras, como ficou conhecida a Lei 601, de 18.09.1850, foi editada num contexto de que a propriedade haveria de ser encarada como meio de riqueza e de produção. E o domínio público, conjugado à política de doações por

hipoteca. Tanto que evoluiu para a publicidade, exigindo-se a especialização das hipotecas, muito embora se dispensasse, num primeiro momento do registro, as transmissões *causa mortis*, os atos judiciais e as hipotecas gerais e ocultas da mulher casada, dos menores e dos interditos. Paralelamente à gênese da publicidade que então se desenhava, o sistema – da tradição⁶² – passou para o da transcrição, que não induzia prova de domínio, deixando a salvo “a quem for” (Lei Imperial 1.237/1864). Essa transcrição passou, porém, a gerar presunção de domínio, com o advento do Código Civil de 1916, instituidor do registro de imóveis (substitutivo do registro geral). A lei civil aprimorou o sistema, adotando vários princípios de regramento do registro: publicidade (art. 856), inscrição (arts. 530 e 676), prioridade (parágrafo único do art. 833), legalidade (art. 834), entre outros. Note-se que a temática tratada na lei civil foi, posteriormente, aperfeiçoada com a edição de vários textos normativos extravagantes que se seguiram ao Código, até desembocar na atual Lei de Registros Públicos (LRP) – Lei 6.015/73, alterada pela Lei 6.216/75.

Ao lado da Lei de Registros Públicos, coexistem outros diplomas que, de alguma forma, repercutem no registro, tratando de parcelamento do solo, do condomínio e das incorporações, e assim por diante.

Feitas essas breves considerações, importa daí analisar precisamente (embora o tempo não nos permita alongar) qual seria a função do registro imobiliário no atual contexto histórico e social. Para tratarmos, porém, da função do

sesmarias, não atendia mais aos interesses das classes dominantes da época. Era preciso proteger a propriedade particular, e ao mesmo tempo legitimar as aquisições de posse. Certo que a Lei de Terras e seu Regulamento de 1854 não alcançaram os resultados esperados, mas não menos certo terem representado importante passo para a titulação dos imóveis. Nessa época, a propriedade era transmitida pela simples tradição. Paralelamente, os registros de transferências de posse eram executados pelos vigários das freguesias, no livro da Paróquia. O registro da hipoteca, porém, seguindo a aceção do mestre, foi a “origem do atual registro de imóveis, pois diante do seu escasso préstimo para o crédito, surgiu a idéia de estendê-lo à transmissão da propriedade, da qual debalde se dissociara, consubstanciando-se esse intento em projeto de lei apresentado à Câmara dos Deputados pelo Conselheiro Nabuco de Araújo, em 1854” (p. 4).

(62) Vem do direito romano o princípio segundo o qual a transmissão e o gravame dos imóveis se efetuam “do mesmo modo que os móveis” e que a transmissão poderia se verificar por tradição (WOLFF, Martín; RAISER, Ludwig. *Derecho de cosas*: posesión – Derecho inmobiliario. Propriedad. 3. ed. Barcelona: Bosch. Casa Editorial, Urgel, 51 bis, vol. I, p. 152-153). O registro imobiliário moderno deita suas origens no direito medieval alemão, pois decorre do testemunho judicial germânico (idem, p. 151). Os imóveis eram transmitidos pela via corporal (investidura) e acordo (causal) (idem, ibidem). Também havia a transferência da propriedade pela via judicial, de modo parecido com a *in jure cessio* dos romanos, por meio de lide verdadeira ou simulada. Ao depois, em ato de jurisdição voluntária, as partes declaravam ao tribunal a transmissão do imóvel (idem, ibidem).

registro, há que, em primeiro lugar, atentar para as atribuições acometidas ao registrador. Seguindo mesmo a acepção magistral de Ricardo Dip,⁶³ “(...) o registrador, atuando como guardião jurídico da propriedade privada e, assim, como garante mediato das liberdades concretas do povo – incluso em face do Estado –, exerce *função social* essencialmente ordenada à segurança jurídica. E não se pode falar seriamente em função social da propriedade imobiliária se não se respeitar a função social de seu maior guardião, o registrador de imóveis”.

Ainda é de Dip⁶⁴ a assertiva feita à imprensa: “A função social da propriedade é vítima, hoje, de uma *técnica generista*; tudo, retoricamente, é função social da propriedade. Dizer especificamente qual seja a função social, ou mais adequadamente, quais são as funções sociais da propriedade, apontar o imenso leque de situações em que se encontra a propriedade, tudo isso é muito difícil. Todavia, a respeito de uma possível função social do registrador, em particular do registrador imobiliário, eu ainda me permitiria observar que encontro como a primeiríssima das funções sociais da propriedade privada a *de delimitar exatamente o que é de um e o que é de outro*. Isso é importante, é essencial, porque a ordem natural das coisas não diz o que é meu e o que é seu, o que é de um, o que é de outro; então é preciso que a convivência humana estabeleça determinados critérios, sinais que permitam saber separar, distinguir, para evitar conflitos. Basicamente é isso que faz um registrador: delimita o que é de um do que é de outro. Isso mostra que o registrador possui sim uma função social eminente; cabe a ele, no exercício da tarefa registrária, ao fazer essa delimitação, permitir que a propriedade cumpra o seu papel; ora, a propriedade particular, com essa demarcação, permite que nós garantamos o *exercício da nossa própria liberdade concreta*. Aquele que é dono seguro de um pedaço de terra tem nessa terra um bastião em defesa de sua liberdade. O registrador, portanto, atua como sobregarante dessa liberdade. Por isso, no século que se findou e ao princípio deste, deixamos mais ou menos soterrado nos escombros do Muro de Berlim a idéia de abolição da propriedade e, em troca, substituímos por algo notável: a difusão da propriedade. Não é mais suprimir a propriedade, mas *difundir* a propriedade, porque isso é difundir a liberdade. E liberdade que há de ser sobregarantida pela atividade séria do registrador imobiliário”.

Para que esta segurança jurídica se efetive, o legislador cuidou de normatizar o princípio da legalidade que, essencialmente, atribui ao registrador a função (social) de qualificar os títulos postos à sua apreciação. Essa função qualificativa, em primeiro lugar, exige uma qualificação de quem examina, a qualidade de ser um ser eminentemente social e ético, voltado para o atendimento público, no sentido de bem poder administrar a coisa pública, por delegação do Estado.

⁽⁶³⁾ “Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB* 54/33, São Paulo: RT, jan.-jun. 2003.

⁽⁶⁴⁾ “TV Justiça entrevista Ricardo Dip sobre a segurança jurídica do registro de imóveis”. Disponível em: <http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel686a.asp>.

Em segundo, conforme leciona José Maria Corral Gijón,⁶⁵ o registrador tem o dever de qualificar a validade dos atos que se apresentem à inscrição. E mais: "(...) na esfera urbanística adquire a maior importância essa função de controle de legalidade, não só para exigir cuidadosamente o cumprimento dos requisitos legais na realização da ordenação urbanística, senão também enquanto que ao registro se confiam em grande parte a vigilância dos mandamentos normativos da disciplina urbanística".⁶⁶

Lacruz Bardejo entende que o âmbito da qualificação é amplíssimo: o registrador examina os dados jurídicos do ato (escritura pública); forma, capacidade, legitimação, possibilidade e licitude do conteúdo,⁶⁷⁻⁶⁸ identifica o objeto etc.

No direito italiano, porém, limita-se a examinar as formas do título, cercandose de função administrativa. Chico y Ortiz, porém,⁶⁹ aborda que ao registra-

⁽⁶⁵⁾ *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*. Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1992. p. 172.

⁽⁶⁶⁾ *Idem*, *ibidem*.

⁽⁶⁷⁾ CARLUCCI, Aida Rosa Kemelmajer de. *Calificación registral de documentos que tienen origen en decisiones judiciales*. Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid: Centro de Estudios Registrales. p. 43.

⁽⁶⁸⁾ Como anota Marcelo Terra em recente petição protocolada em Procedimento Administrativo de dúvida que teve curso na E. Corregedoria Permanente da 1.ª Vara de Registros Públicos, sob o n. 000.03.048.255-0: "sobreveio em 05.04.1993, a Diretiva Comunitária 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores diversificando o controle das condições gerais em dois planos: o controle de inclusão (facilitar o acesso ao conteúdo do contrato e impor que o conteúdo resulte compreensível por estar redigido de forma clara, precisa e sem remissão a outros textos) e o controle de conteúdo, tudo como explicado e detalhado por Juan María Díaz Fraile. 9.19 Essa diretiva comunitária não traz qualquer referência ao exame qualificador das cláusulas dita abusivas pelos oficiais registradores, até porque cada país integrante da União Européia tem seu individualizado sistema de registro da propriedade imobiliária. Contenta-se, sim, em recomendar que os Estados-membros providenciarão os meios adequados e eficazes de resguardo dos interesses consumeristas. 9.20 Posteriormente, a Lei Hipotecária Espanhola (mais precisamente, seus arts. 222, 253 e 258) foi alterada em 1998 pela Lei 7/1998, de 13 de abril, para expressamente atribuir ao registrador ibérico o exame das cláusulas abusivas. 9.21 A partir de tal diretiva comunitária e da modificação de sua lei de regência, os registradores espanhóis receberam legitimidade para o exercício do controle de conteúdo. Mas, esta não é a realidade legislativa brasileira, razão pela qual há que se ter a devida cautela na importação de doutrina alienígena, fundada em texto legal não vigente em nossas terras". Segundo o art. 18 da Lei Hipotecária espanhola, "os registradores qualificarão, sob sua responsabilidade, a legalidade das formas externas dos documentos de toda classe em cuja virtude se solicite a inscrição, assim como a capacidade dos outorgantes e a validade dos atos dispositivos contidos nas escrituras públicas, pelo que resulte delas e dos assentos de registro".

⁽⁶⁹⁾ *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*. Madrid: Marcial Pons, 1987. p. 89.

dor compete tão apenas: “(...) precisar con sua finura jurídica lo que verdaderamente tiene transcendencia real y lo que sólo tiene obligacional”. Essa posição vem de encontro àquela exposta por Dip acima, permitimo-nos arriscar; qual seja: “a de delimitar exatamente o que é de um e o que é de outro”.

A função do registrador no exame do título é de natureza jurisdicional (Roca Sastre⁷⁰)⁷¹ e a idéia tem sua origem no direito alemão, âmbito no qual “o registro imobiliário está a cargo de juízes; o registrador seria um juiz territorial (*grund buchrichter*)”.⁷² Trasladando-se essa idéia para o direito espanhol e latino americano, se fez necessário distinguir entre o órgão e a função; o registrador (órgão) é um funcionário administrativo, mas exerce função jurisdicional.⁷³ É uma função irrecusável, independente e indelegável, tal como, *a priori*, a do juiz. A resolução do registrador faz presumir a existência de um direito, a partir da inscrição declarativa, convertendo-se o ato subjetivo em objetivo de transcendência real. É de Chioyenda,⁷⁴ aliás, a clássica posição de que “jurisdição voluntária é uma forma especial de atividade do Estado, exercitada em parte pelos órgãos judiciais, e em parte pelos administrativos; e *pertencente à função administrativa*, embora distinta da massa dos atos administrativos, por certos caracteres particulares”.⁷⁵ Sob este prisma, a função registral configuraria uma espé-

⁽⁷⁰⁾ *Derecho hipotecário*. 6. ed. Barcelona: Bosch. Casa Editorial, Urgel, 51 bis. t. II, p. 249.

⁽⁷¹⁾ Segundo Ricardo Dip, “como ficou sobredito, a contar de uma distinção no gênero ‘Administração Pública do direito privado’, é de admitir ao lado da espécie ‘jurisdição voluntária’, a existência de tantas outras espécies quantas sejam as modalidades e os agentes dessa administração. Mas essa distinção é controversa (Carnelutti, por exemplo, não estima que a jurisdição voluntária seja administrativa *lato sensu*), e não falta quem tome a jurisdição voluntária por gênero próximo de partes subjetivas em que há distinção dos agentes (por exemplo, Prieto-Castro, que fala na jurisdição voluntária judicial, notarial e registrária, apud Castanheira Sarmento, 12, 13). A tendência da doutrina registrária moderna é a de, feita essa distinção de base, identificar uma natureza própria, especial da qualificação registrária, que se tem como um *tertius genus* entre a atividade administrativa e a judicial (contenciosa ou voluntária) [Chico y Ortiz, 62]. Nessa direção: Lacruz, II, 108 et seq.; Cano Tello, 121; Ferreira de Almeida, 186 et seq.; Coghlan, 132, 133; Leyva de Ley A., 283 et seq.; Chico y Ortiz, III, 62, 631]”. (“Sobre a qualificação no registro de imóveis”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB* 29/49-50, São Paulo: RT, jan.-jun. 1992).

⁽⁷²⁾ CARLUCCI. Op. cit., p. 43. No mesmo sentido: Wolff e Raiser: os registros imobiliários são executados pelas “oficinas do registro dos julgados de primeira instância” (op. cit., p. 156). A pretensão de registro é dirigida ao juiz, assistido dos funcionários do departamento. Diversamente, na Espanha, o registrador é um órgão administrativo, não é juiz (ROCA SASTRE. *Derecho hipotecário* cit., p. 249).

⁽⁷³⁾ Idem, ibidem.

⁽⁷⁴⁾ *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. II, p. 17.

⁽⁷⁵⁾ De conformidade com Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, “toda a atividade em que consiste a Administração Pública de interesses privados, é tipicamente administrativa, mesmo quando exercida

cie de jurisdição voluntária, porque: (i) dirigida por um funcionário administrativo; (ii) subsumida a um procedimento especial; (iii) a rigor, não declara a existência ou inexistência de um direito duvidoso, senão por meio de procedimento de recusa ou de retificação administrativa pura, visto ser da essência daquela função a publicidade, por meio da inscrição, de um direito real ou situação jurídica; (iv) o oficial registrador limita-se a praticar a inscrição ou rechaçá-la; (v) recai em matérias que não são tipicamente administrativas;⁷⁶ (vi) a qualificação não obsta que a validade ou a invalidade do instrumento seja tratada em jurisdição contenciosa.

Nenhuma dúvida de que o registro imobiliário constitui uma espécie de serviço público, máxime no Brasil, por obra de normatização expressa no art. 236 da CF e na Lei 8.935/94.⁷⁷ Mas não é por isso que se pode simplesmente limitá-la a um serviço público e nada mais. Observe-se que o registrador exerce sua função qualificadora com independência, mas sob a supervisão da administração do Estado, a quem compete a ordenação *dos instrumentos e registros públicos*.⁷⁸

Certo não ser possível comparar a função do registrador à de um juiz, pura e simplesmente, como pareceram a Román Calderón, Gallardo Rueda, La Rica, Ventura Traveset e Eamy.⁷⁹ Mas não vemos como se possa, desde logo, descartar aquela função jurisdicional que grande parte da doutrina espanhola tende a admitir. Bem por isso também aqui não vemos como possível um *tertius genus* entre a administrativa e a judicial.⁸⁰

Arthur Rios⁸¹ traça interessante abordagem sobre o tema, assinalando que “a jurisdição registral não é delegada por lei, unicamente, às autoridades judiciais (magistrados), juízes com competência para dirimir os conflitos de interesses (contenciosos) ou interesses não em conflitos (voluntários), mas também é concedida às autoridades administrativas, v.g.: aos serventuários da Justiça do foro

pelo juiz. Não há um conflito de interesses entre duas pessoas, mas apenas um negócio, com a participação do magistrado” (*Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 108).

⁽⁷⁶⁾ Sem prejuízo evidentemente daquelas que o são, claro.

⁽⁷⁷⁾ “Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como por concurso público – estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (*arts. 40, II, e 236, e seus parágrafos*, da CF/1988)” (STF, Pleno, RE 178.236-RJ, RTJ 162/772)” (Apud CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. Op. cit., p. 257).

⁽⁷⁸⁾ GJÓN. Op. cit., p. 284.

⁽⁷⁹⁾ CHICO Y ORTIZ, José Maria. *Estúdios sobre derecho hipotecário*. 4. ed. actual. Barcelona: Marcial Pons, 2000. t. I, p. 532.

⁽⁸⁰⁾ Idem, ibidem, p. 535: jurisdição especial.

⁽⁸¹⁾ “O registrador e sua jurisdição nos lotcimentos urbanos: fiscalização e poder urbanístico”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB* 29/115, São Paulo: RT, jan.-jun. 1992.

extrajudicial ou aos registradores públicos etc. É isto porque, em sentido lato, jurisdição quer significar todo poder ou autoridade conferida à pessoa, em virtude da qual pode conhecer de certos negócios públicos se os resolver. É neste poder, em que se estabelece a medida das atividades funcionais da pessoa, seja juiz ou autoridade de outra espécie, se entendem incluídas não somente as atribuições relativas à matéria, que deve ser trazida ao seu conhecimento, como a extensão territorial, em que o mesmo poder se exercida (...). A rigor é a jurisdição administrativa (De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense. vols. III e IV, p. 27-28)".

Observa o autor que essa jurisdição se faz presente na "decisão de recusar prenomes, que entendam ridículos aos seus portadores (registro de nascimento (art. 55); na decisão de registro da escritura de emancipação ou capacidade jurídica do menor (art. 89); na formação das pessoas jurídicas (art. 114); na retificação do registro imobiliário no caso de erro evidente (§ 1.º do art. 213 da LRP))".⁸²

De qualquer forma, a jurisdição registral não guarda semelhança com a jurisdição contenciosa, a não ser quando assume esse caráter com a intervenção do juiz, como, i.e., nos procedimentos de retificação de erro não evidente com potencialidade de dano ou de cancelamento de registro (retificação negativa). Falta o efeito da coisa julgada e o título pode ser reapresentado ao oficial registrador. Pontificam Roca Sastre e Muncunill⁸³ que a generalidade da doutrina em Espanha rechaça a tese de González Pérez, consistente no entendimento segundo o qual tratar-se-ia de uma função administrativa, pura e simples. Arrematam que a doutrina hipotecarista entende que o procedimento registral versa sobre direitos privados e sua "possível impugnação não segue as 'causas' administrativas, já que a administração não é parte interessada".⁸⁴ Concluem, ademais, que se cuida de um procedimento especial de direito privado, que "participa da natureza dos 'atos de jurisdição voluntária'; exercida ante um 'funcionário administrativo'", registrador da propriedade, tendo por objeto "publicar mediante sua inscrição ou registro um direito real ou situação jurídica imobiliária".⁸⁵

Dentre as conclusões do II Encontro Ibero-americano sobre relações entre o registro da propriedade e os Tribunais de Justiça, celebrado na Cidade de Cartagena de Índias, Colômbia, nos dias 1.º a 03.03.2004,⁸⁶ destaca-se aquela segundo a qual "o registro da propriedade, enquanto define, atribui e publica, perante todos, os direitos reais mobiliários e imobiliários, apresenta uma natureza semelhante à da Administração de Justiça, do que se origina que seus assentos este-

⁽⁸²⁾ RIOS. Op. cit., p. 116.

⁽⁸³⁾ ROCA SASTRE, Ramón Maria; MUNCUNILL, Luis Roca-Sastre. *Derecho hipotecario: fundamentos de la publicidad registral*. 8. ed. Barcelona: Bosch. Casa Editorial, Comte d' Urgell, 51 bis. t. I, p. 484.

⁽⁸⁴⁾ Idem, ibidem.

⁽⁸⁵⁾ Idem.

⁽⁸⁶⁾ Disponível em: <http://www.trib.org.br/notas_noti/boletimel1060.asp#1>.

jam sob a salvaguarda dos tribunais”. Chegou-se mais a concluir que “como a Declaração de Antigua já assinalou, os oficiais de registro devem gozar das mesmas garantias de inamovibilidade e independência dos juízes e magistrados. Só assim poderá ser garantida a imparcialidade de suas decisões sem que, por outro lado, deva confundir-se o procedimento registral com o que é utilizado para a documentação dos atos e contratos. Enquanto que, neste último, o interesse das partes que os outorgam é o prevalecente, no primeiro, o interesse é de todos os que são afetados por seus pronunciamentos. Por isso, atribuir àqueles que autorizam tais documentos sua qualificação ou a da eficácia dos direitos que deles resultam pode lesar a segurança do tráfico jurídico”.

Administrativa ou não, fato que não se pode ignorar a jurisdição registral, e por isso, em se tratando de uma jurisdição, não há que olvidar a existência de um procedimento visando à concreção de um interesse. Assim é que existem particularidades no procedimento registral, que podem ser sintetizadas na garantia de publicidade e de proteção ao terceiro de boa-fé, em relação ao direito inscrito, tudo isso traduzido na eficácia do registro, propriamente de legitimação da inscrição. O registro tem o seu valor de constituição do direito real e de declaração positiva ou negativa de seus direitos ou mutações desses direitos, servindo, ademais, de instrumento de cognoscibilidade legal dos seus assentos.⁸⁷ Esse caráter de instrumentalidade do registro já é por demasiado notório, dada a natureza do próprio procedimento do registro. Convém, por ora, verificar que o registro tem um fim imediato ou próximo, de inscrever ou anotar os atos e contratos relativos ao domínio e demais direitos reais sobre bens imóveis,⁸⁸ incidindo aí aquele caráter instrumental, de recebimento do título e de transposição do tema inscriível para o registro. Fins últimos ou mediatos do registro são a organização e a garantia de segurança da circulação de bens e direitos registráveis, por intermédio da publicidade jurídica.⁸⁹

Não há negar ao procedimento seguido pelo registrador o timbre de procedimento administrativo de gestão. Propõe-se a assegurar a ordem jurídica, garantindo os direitos privados do cidadão. A função do registrador, bem analisa Aida Rosa,⁹⁰ se desenvolve na órbita da administração, com caracteres peculiares, pois o destinatário da publicidade registral não é a administração. É uma função meio *paternalista*, porque compete ao registrador aconselhar o interessado a

⁽⁸⁷⁾ A cognoscibilidade legal é a possibilidade de conhecer – finalidade que se pretende conseguir com a atuação normal da publicidade (GILÓN. Op. cit., p. 8). A cognição em matéria registral abrangia o exame de (i) competência da administração; (ii) observância das regras de procedimento, com a notificação dos interessados; (iii) formalidades extrínsecas; (iv) a legitimação e o trato registral – garantia da plena proteção dos direitos inscritos (idem, ibidem, p. 174).

⁽⁸⁸⁾ CHICO Y ORTIZ. *Estudios sobre derecho...* cit., p. 31.

⁽⁸⁹⁾ Idem, ibidem.

⁽⁹⁰⁾ Op. cit., p. 62.

sanar a imperfeição do título, esclarecer os motivos de eventual divergência entre o título e o registro, e assim por diante, diversamente do juiz, que deve manter equidistância das partes (salvante aí a esfera jurisdicional administrativa da Corregedoria Permanente, enquanto prolongamento da atividade do registrador). Esse procedimento se conclui através de um ato administrativo, que é o registro ou sua recusa, habilitando o interessado à sua revisão hierárquica, que, em São Paulo, se dá pela Corregedoria-Geral da Justiça e pelo Conselho Superior da Magistratura, dependendo da natureza do ato, se averbatório ou de registro *stricto sensu*.

O que cumpre ter em vista é que a assim chamada jurisdição *hipotecária ou registral* atine com o princípio da segurança jurídica – pilar do sistema registral. O registro não pode servir de mecanismo de inseguranças e incertezas. Ao oficial registrador não é dado *interpretar*⁹¹ o conteúdo dos atos jurídicos, a vontade das partes, porque isso constitui função soberana do juiz, nem investir-se na qualidade de *juiz dos juízes*, e por isso mesmo ao cidadão a lei já assegura o uso dos mecanismos de defesa de seus direitos, respaldado em princípio de grande envergadura inscrito na Carta Magna (art. 5.º, XXXV). Como já tivemos a oportunidade de abordar em outro trabalho,⁹² o poder de autotutela da administração lhe confere a possibilidade de reexame e de invalidação do ato inquinado de nulidade absoluta, independentemente de formalidades especiais, conforme, aliás, estabelecida na Súmula Verbete 473 do STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou pode revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Justamente por isso, na lição de Hely Lopes Meirelles,⁹³ “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. Essa concepção, aliás, vem de Meyer.⁹⁴ A doutrina da vinculação positiva da administração à legalidade supera a idéia do espaço franco ou livre da lei e exige que os atos ou disposições da administração devam se ajustar ao direito. O desajuste e a desconformidade “constituem infração ao ordenamento jurídico e os priva, atual ou potencialmente, de validade”.⁹⁵

⁽⁹¹⁾ Em sentido lato, Chico y Ortiz mostra que o registrador, “em seu ponto culminante da definitiva decantação e acomodação de fatores: interpreta, qualifica e estabelece consequências jurídicas” (*Estudios sobre derecho...* cit., p. 537-538).

⁽⁹²⁾ MELLO, Henrique Ferraz de. “O princípio da convalescença registral e a boa-fé”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB* 53/43, São Paulo: RT, jul.-dez. 2002.

⁽⁹³⁾ *Direito administrativo brasileiro*. 8. ed. atual. São Paulo: RT, 1981. p. 70.

⁽⁹⁴⁾ CHICO Y ORTIZ, José Maria. *Estudios sobre derecho...* cit., p. 525.

⁽⁹⁵⁾ Idem, ibidem, p. 525-526.

A qualificação do registro é a expressão máxima da jurisdição registral. Conforme leciona Ricardo Dip⁹⁶ é um “juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição predial, importando no império de seu registro ou da sua irregistroação”. Ou ainda como assinala Chico y Ortiz,⁹⁷ um poder. Certo se tratar o registrador de um *jurista encargado de funciones públicas*⁹⁸ e não de um mero burocrata *a serviço da administração*, reprodutor de *formulários*. Ao tratar do exame de legalidade, Kioitsi Chicuta⁹⁹ expõe, com inegável acuidade, que “a apresentação do título e sua protocolização dá início ao que se denomina processo registrário e que prossegue com o exame de sua legalidade. Vinculando-se a inscrição à sua causa jurídica, deve o registrador estabelecer exata correspondência da titularidade presuntiva e da situação jurídico-registrária com a situação real, a bem da segurança jurídica. Bem por isso estabelece-se sistema de controle dos títulos que mereçam recepção pelo sistema registrário, rejeitando aqueles que pretendam romper a malha da lei.

Esse controle é atribuído, com exclusividade, ao registrador, nada obstante a lei não fixe parâmetros para sua atuação, mesmo porque o princípio da legalidade pode ser inferido da interpretação dos arts. 834 do CC (embora se refira apenas às hipotecas) e 198 da LRP”. Aliás, a função qualificadora é a base do princípio da legalidade (Roca Sastre).¹⁰⁰

Em suma, o processo registrário é um conjunto de atos preordenados à inscrição ou mutação de direitos reais no registro da propriedade imobiliária.¹⁰¹⁻¹⁰²

(96) “Sobre a qualificação...” cit., p. 40.

(97) *Estudios sobre derecho...* cit., p. 537.

(98) *Idem*, ibidem, p. 538.

(99) “Títulos judiciais – Questões controvertidas e aspectos práticos”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB* 34/29-30, São Paulo: RT, jul.-dez. 1994.

(100) *Derecho hipotecario* cit., t. II, p. 249.

(101) ROCA SASTRE, Ramón Maria; MUNCUNILL, Luis Roca-Sastre. *Derecho hipotecario: fundamentos...* cit., p. 483.

(102) Segundo Vicente de Abreu Amadei, “qualificação registral, inscrição e publicidade são decorrências diretas e específicas da atuação da instituição registral imobiliária, da sua dinâmica procedimental, ao passo que a segurança jurídica (estática e dinâmica) é a razão dessa instituição, que se obtém pelos efeitos da qualificação, da inscrição e da publicidade. Por isso, quando Clóvis Bevilacqua afirma que ‘o registro imobiliário é o instrumento da publicidade das mutações da propriedade e da instituição dos direitos reais sobre imóveis’, cremos que, a rigor, está sendo realçada a instrumentalidade do registro imobiliário em seu aspecto funcional, ou seja, a função publicitária e de inscrição constitutiva decorrentes da atuação específica da instituição registral imobiliária brasileira. Por outro lado, quando se diz que o registro imobiliário é instrumento da segurança jurídica estática e dinâmica, cremos que, a rigor, é enfatizada a instrumentalidade do registro imobiliário em seu aspecto finalístico (“Anotações para uma reflexão sobre o aspecto instrumental do registro imobiliário no controle urbanístico da propriedade”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB* 31-32/25-26, São Paulo: RT, jan.-dez. 1993).

O exame de legalidade, porém, é pautado em limites, não pode ser tão amplo que *abranja todos e quaisquer defeitos*, já o disse Afrânio de Carvalho.¹⁰³ Deve restringir-se tão-somente ao título e, “na falta de disposição especial de lei, prevalecem, para regular o alcance do exame, as disposições gerais que vigem para o juiz, a quem o oficial é subordinado, quando tem de pronunciar-se sobre um ato jurídico que apresente vício que o impeça de produzir o efeito correspondente ao seu conteúdo. Essas disposições são as que permitem proclamar de ofício, na esfera administrativa, as nulidades de pleno direito do ato, que não podem ser supridas, mas, por outro lado, vedam reconhecer de ofício as anulabilidades, que exigem, na esfera contenciosa, processo regular e sentença (CC, arts. 146 e 152)”.¹⁰⁴

Vozes há, contudo, e totalmente abalizadas, por sinal, levantando a bandeira de que ao oficial seria dado expurgar de gama variada de contratos as cláusulas gerais havidas como abusivas, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.¹⁰⁵ Vai-se além. Aprofundado estudo desenvolvido por grandes juristas de tomo, como são Ary José de Lima, Kioitsi Chicuta e Sérgio Jacomino, aponta não conceber (...) “no mundo moderno do tráfico jurídico-imobiliário atividade meramente passiva e que desvaloriza o profissional do direito dedicado ao exercício da prática registrária. Criam-se mecanismos de purificação, sanando ou afastando os defeitos que possam macular os atos jurídicos próprios, ou seja, cabe ao jurista imobiliário impedir a fraude imobiliária sob as suas múltiplas e variegadas formas, opondo-se energicamente a cláusulas que, por necessidade e conveniência social, ofendem a ordem pública e, portanto, acoimadas de nulas”.¹⁰⁶ Alentado estudo de lavra da Dra. Helena Sayoko Enjoi¹⁰⁷ estabelece que “é com sentido de exame ou verificação da licitude das cláusulas contratuais que se faria o controle das cláusulas gerais do contrato, apesar das dificuldades em se formular conceito unívoco, definir-se-ia, ao menos em termos operacionais, o controle das cláusulas gerais do contrato como intervenção indireta praticada pelos órgãos jurisdicionais, administrativos ou pré-administrativos, com o objetivo de modificar ou corrigir o regulamento contratual, a partir de exigência de requisitos específicos como condição para que as cláusulas uniformes sejam incluídas

⁽¹⁰³⁾ Op. cit., p. 228.

⁽¹⁰⁴⁾ Idem, ibidem.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf.: LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O controle registral das cláusulas gerais de contratação*. Registro de imóveis – Estudos de direito registral imobiliário – XXII Encontro de oficiais de registro de imóveis do Brasil – Cuiabá – Mato Grosso, 1995. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 135.

⁽¹⁰⁶⁾ “Alguns aspectos da qualificação registrária no registro de parcelamento do solo urbano e o Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB* 41/34-35, maio-ago. 1997.

⁽¹⁰⁷⁾ *A lei do consumidor e registro de imóveis*. Registro de imóveis – Estudos de direito registral imobiliário – XXII Encontro de oficiais de registro de imóveis do Brasil – Cuiabá – Mato Grosso, 1995. Porto Alegre: Fabris, [s.d.]. p. 249.

nos contratos, proteção por meio de cláusula geral e proibição de certas cláusulas consideradas ilícitas". A propósito dos loteamentos, Vicente de Abreu Amadei¹⁰⁸ observa que, "ao examinar os documentos necessários para a inscrição do loteamento, inclusive o contrato-tipo, verificando se nele eram ou não observadas as normas de ordem pública insertas no art. 11 do Dec.-lei 58/37, o oficial registrador agia, também, no exercício de sua função de qualificação, com nítido caráter instrumental protetivo-social. Com o tempo, o que se verificou foi que o registro imobiliário não perdeu essa natureza instrumental de mera proteção social aos adquirentes de lotes (quer quanto à liquidez do domínio, quer quanto à segurança do negócio), mas essa característica instrumental social foi ampliada para lhe dar, também, conotação urbanística (foi o que ocorreu com o advento da Lei 6.766/79), por exemplo, que passou a ter marcante finalidade de tutela dos aspectos urbanísticos, além do escopo de proteção dos adquirentes".

Arthur Rios¹⁰⁹ vê ainda que "o oficial registrador tem o poder de avaliar e julgar suficiente ou insuficiente a comprovação feita pelo requerente loteador de que os protestos, ações penais em que esteja envolvido não prejudicarão os adquirentes dos lotes. Trata-se de delicadíssimas decisões, tendo-se em vista que aqueles procedimentos judiciais contra os loteadores podem refletir-se em seus patrimônios materiais, no que se inclui a gleba loteada. 'O oficial de registro de imóveis que efetuar o registro em desacordo com as exigências desta Lei ficará sujeito a multa equivalente a 10 (dez) vezes os emolumentos regimentais fixados para o registro, na época em que for aplicada a penalidade pelo juiz corregedor do cartório, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis' (§ 4.º do art. 19 da Lei 6.766/79). Aqui, com a outorga ao serventuário do poder de fiscal de toda lei, a jurisdição do registrador imobiliário, pelo texto legal, extrapola a simples análise documental do processo do loteamento, para incursionar e dever apreciar também todos os requisitos urbanísticos objetivados tais como: áreas de circulação, equipamentos urbanos e comunitários, espaços livres de uso público, proporcionalidades, densidade ocupacional, áreas *non aedificandi*, articulações com vias de outras áreas etc."

Como se nota, é justamente aí, nesse campo, de exame de licitude do conteúdo do ato jurídico (mesmo porque nosso sistema, diversamente do alemão, é de natureza causal), que a questão ganha maior relevo. Por primeiro, é dever nosso consignar que o nosso modestíssimo estudo não se propõe a exaurir tão vasto tema, e muito menos criticar uma outra visão diversa da que sustentamos, ainda que mais valiosa que a nossa.

Importa ressaltar, antes de mais nada, consoante o que preconizado por Melhim Namem Chalhoub,¹¹⁰ que o novo Código adotou a fórmula das *cláusulas*

⁽¹⁰⁸⁾ Op. cit., p. 41.

⁽¹⁰⁹⁾ Op. cit., p. 116.

⁽¹¹⁰⁾ *O novo Código Civil e o registro de imóveis*. Disponível em: <http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel677a.asp>.

gerais, com enunciados amplos, visando à melhor adequação da norma jurídica aos casos concretos, “uma espécie de ‘banda larga’ dentro da qual o juiz poderá se mover com certa elasticidade para interpretar a *cláusula geral* para cada caso específico que vier a ser submetido a julgamento”.

O autor cita Ruy Rosado de Aguiar Júnior para quem “o conteúdo da cláusula geral há de ser determinado em cada caso concreto”, ressaltando que a atividade criadora do juiz não pode ir além dos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, sob pena de arbítrio. Cita-se a boa-fé, os bons costumes, a vedação ao uso abusivo do direito; isto é, “idéias que funcionam como base de apoio ou ponto de referência que orientam a fixação de solução específica para casos concretos submetidos ao juiz”.

E vai além o eminente jurista, discorrendo que a função social da propriedade e do contrato seria uma espécie de “banda larga”, cumprindo ao juiz dizer “em cada caso se determinado contrato está cumprindo sua função social, porque em cada caso essa função se apresenta com uma feição peculiar, compatível com os aspectos econômicos e sociais do negócio”.

Não comungamos do entendimento esposado no sentido de que a função social da propriedade ou do contrato representaria uma espécie de “banda larga” para aplicação num grande número de situações, ainda que ao prudente arbítrio do julgador. A função social da propriedade representa um comando de natureza restritiva, mas não autônomo ou independente, ao sabor de alguma conveniência ou posição ideológica do operador do direito. O mesmo se dá com a função social do contrato, inspirada na moral e na eticidade. É um norte que se deve buscar na aplicação da lei ao caso concreto, na imagem representativa do que se espera de um homem honesto. Não é por isso que o operador do direito poderia, a esse pretexto, de *aplicar* a função social da propriedade e do contrato, restringir direitos que a lei não restringiu. Esse campo de discricionariedade não vai a ponto de se poder julgar em contrariedade à lei.

Resta, assim, saber se esse relativo poder discricionário do juiz que o novo Código Civil aumentou⁽¹¹⁾ poderia ser também utilizado pelo registrador.

Nenhuma dúvida: *no exercício da atividade de qualificação do título, o registrador tem absoluta autonomia ou independência*, embora com as limitações impostas, naturalmente, pela lei e pelo comando normativo e/ou jurisdicional. Essa função, já o dissemos, é irrecusável e também indelegável. Ora, parafraseando Chico y Ortiz, o princípio da legalidade, de fato, possui uma dupla vertente, vinculando o registrador ao princípio da legalidade vigente e, por isso mesmo, ao se lhe conceder o poder de velar pelo controle de legalidade, lhe atribui o valor de *uma decisão sobre que há de operar toda a transcendência que leva consigo o princípio da segurança do tráfico*. Em outras palavras, o exame de qualificação registral não pode ir a ponto de comprometer a segurança do

⁽¹¹⁾ Conforme Melhim Namem Chalhoub, op. cit.

tráfico imobiliário. Em suma, como pondera Pontes de Miranda,¹¹² “a finalidade do registro é proteger o tráfico imobiliário”. Se determinada cláusula aposta em algum instrumento não se acha suficientemente clara, exemplificando, a ponto de não se determinar uma ilegalidade de face no título, o juízo prudencial do oficial o inibe expor alguma razão qualquer de ordem interna ou subjetiva para recusa. A não ser assim, nenhuma garantia mais haveria na prenotação, e sequer na prioridade. Ao oficial registrador ficaria sempre reservada a escolha íntima, o arbítrio na eleição de títulos contraditórios e assim por diante. O juízo prudencial, como exposto magistralmente por Ricardo Dip, segundo nos parece, não é aquele de ordem subjetiva ou ideológica, segundo conveniência ou predileção, ainda que não consciente, do registrador. Se ao juiz não é dado julgar assim tão discricionariamente, a não ser em hipóteses excepcionais e racionais que a lei determina, menos ainda poderá fazê-lo o registrador.

Consideremos, agora, o exemplo da retificação unilateral administrativa, que é conceito próprio de inerência ao poder de juízo prudencial do oficial registrador. O art. 213, § 1.º, 2.ª parte, da LRP autoriza que o oficial do registro de imóveis promova, de ofício, a correção do assento, na presença de *erro evidente*. Como é fácil de ver, se trata de norma de exceção. A regra é que a correção se faça sempre por meio da autoridade judiciária, quer na forma direta, como administrador, investido de amplo poder de direção, como se estivesse na presidência de um inquérito (§ 1.º, 1.ª parte), quer na condição de juiz-administrador, com amplo poder de decisão, não atrelado nem mesmo ao princípio da legalidade estrita (§ 2.º e art. 1.109 do CPC), quer ainda como juiz da lide, como sói ocorrer nas grandes controvérsias de retificação, com potencialidade de dano (§ 4.º do art. 213 e art. 216 da LRP). Ora, justamente por se tratar de norma de exceção, a do § 1.º do art. 213, fácil observar que o registrador só pode agir de acordo com o vetor daquela norma: de corrigenda, importando daí em alteração do mundo fenomênico do registro, quando o erro for evidente. Fora daí, não. Não lhe é dado, assim, *julgar* uma determinada *corrigenda*, ou cláusula duvidosa, apontar alguma ilegalidade latente, absolutamente discutível, não evidente. Enquanto o oficial registrador se acha subsumido ao princípio da legalidade estrita, o juiz-administrador, não (art. 1.109 do CPC). O sistema pátrio realmente não açambarcou os novos ditames do direito espanhol nesse particular.

Não podemos deixar de socorrer uma vez mais à lição de Ricardo Dip,¹¹³ ao assinalar que “retificar, portanto, é suprir uma privação, é dar uma perfeição ao que ou a quem ela falta. Ora, a imperfeição deriva de algum modo do não-ser daquilo ou daquele em que há privação. Logo, retificar é, de certa maneira, dar um ser a quem dele está privado, é atualizar uma potência. Nisso já se pode identificar a conversão dos transcendentais. A retificação, em suma, é, pois, em

⁽¹¹²⁾ Op. cit., p. 238.

⁽¹¹³⁾ “Breves considerações sobre alguns temas relativos à ‘retificação de área’”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB* 37/61, São Paulo: RT, jan.-abr. 1996.

sentido amplo, uma espécie de *adaequatio*, uma relação de conveniência (*conformitas*) intelectual, moral, estética, ou, mais rigorosa e redutivamente, uma relação de adequação ontológica (*veritas est adaequatio rei et intellectus; versus est indiviso esse, manifestativum esse; ens et bonum convertuntur*).

Se a ilegalidade não é evidente, que possa ser percebida por um simples exame perfunctório do título ou do próprio registro a que se subordina o título, ao oficial registrador não é dado obstar o ingresso do título, nem retificar o registro (caráter naturalmente restritivo), *sponte própria*, não pelo menos em nosso sistema. Aqui se inspira o princípio da boa-fé objetiva. Os contratos devem ser cumpridos, tal como avençados, sendo vedado *venire contra factum proprium*. Assim, exemplificando, concluída a quitação do preço, não pode o credor se opor à baixa da hipoteca, como não pode o oficial registrador, depois de cancelada a hipoteca, cancelar de ofício, o gravame no registro de imóveis. Será possível concluir que, também, com base em cláusula genérica que a lei delegou ao juiz de bem poder decidir a controvérsia que se lhe é submetida, não pode o oficial registrador simplesmente deixar de cumprir ato que de ofício a lei manda cumprir ou fazer aquilo que a lei não permite. Não se pode, assim, a pretexto de atender a função social da propriedade, inibir o poder de disposição do titular do domínio, senão nas hipóteses taxativamente previstas em lei: *odiosa restringenda, favorabilia amplianda*. Não é dado, assim, ao oficial registrador *criar* determinada norma (corrige-se o erro evidente, nada se cria), senão solettrar a norma que a lei já ostenta. É o que se pode extrair, sobretudo, da inteligência do art. 1.109 do CPC, *a contrario sensu*. Lá, o comando é dirigido ao juiz. E a norma foi incorporada do direito português (art. 1.410), como ilustra José Olympio de Castro Filho,¹¹⁴ citando Arthur Anselmo de Castro. É norma de atribuição de poderes de equidade, ficando o juiz, porque administrador dos interesses privados, a, com base no equilíbrio e bom senso, suprir as deficiências da lei. Trata-se de atividade complementar à da simples execução da vontade da lei. Não que ao juiz fosse dado julgar contra a lei, evidentemente, até porque sentença contrária à lei é rescindível (art. 485, V, do CPC). Mas também não se pode por isso limitar o campo de atuação da norma do art. 1.109 do CPC a meras faculdades que o juiz já possui para dar rápida solução ao litígio, como pareceu a Pontes de Miranda, na esteira da crítica de José Olympio de Castro Filho.¹¹⁵ E seria pecar por uma norma supérflua, se esse fosse o sentido da norma nesse caso, quando, a rigor, não haveria na norma significados dessa índole (supérflua).

Convém ressaltar, consoante o que preconizado por Carlos Maximiliano, que as restrições exigem interpretação taxativa, não ampliativa, especialmente as que afetam a propriedade,¹¹⁶ ou ainda como ressaltado pelo grande mestre, “o

⁽¹¹⁴⁾ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. X, p. 37.

⁽¹¹⁵⁾ *Idem*, *ibidem*, p. 35.

⁽¹¹⁶⁾ *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forensc, 2003. p. 188 e 263.

Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico – *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* ('interpretam-se as exceções estritissimamente') no art. 6.º da antiga introdução, assim concebido: 'A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direito, só abrange os casos que especifica'".¹¹⁷

Portanto, e enquanto restritiva, a norma da função social da propriedade não pode ser aplicada indistintamente pelo juiz, e menos ainda pelo oficial registrador. Atende-se a função social da propriedade em prol do coletivo, mas segundo *numerus clausus* da lei, quando se trata de *restringir* a propriedade. Certo que o registro da propriedade, como sufragado por Medel,¹¹⁸ não é uma instituição homologadora simplesmente a "serviço dos interesses privados", senão "instituição de defesa da ordem pública e de manutenção da segurança social". Mas não menos certo, como enfatizado pelo autor, que "a atividade social, como atividade administrativa, tem um objetivo e uns órgãos que se enlaçam e confluem no institucional, *assim como o próprio indivíduo, sem deixar de ser indivíduo social*, cumpre uma função pública e põe em movimento todo o mecanismo social e público da vida do Estado. Cumprindo seus próprios fins, se cumpre um fim social".¹¹⁹

Longe, pois, de se tratar de uma panacéia para todos os males, de conteúdo genérico e aberto, a função social da propriedade é restritiva e deve ser encarada como tal.

Mas a questão é: será que a função social da propriedade, em toda e qualquer circunstância, assumirá esse conteúdo restritivo? Será essa realmente a função da assim chamada *função social da propriedade*, no registro imobiliário? Em se tratando de um vetor propriamente dirigido ao aplicador do direito, já se viu, o que se busca atender com a função social da propriedade não é o de propriamente *penalizar* o proprietário, em benefício da coletividade, ou penalizar o social, em benefício do proprietário, sendo certo que a questão não poderia ser resumida a uma simples distinção entre o bem e mal, dependendo da ótica de quem os vê e sobre o que se vê. E há mesmo que buscar um equilíbrio nessas duas posições, da concepção individualista e a de *solidarismo*.

Ora, a função social da propriedade no registro imobiliário se concretiza também com a publicidade do registro.¹²⁰ Quanto maior a publicidade dos atos de registro, maior a função social da propriedade alcançada, porque, em última análise, justamente sob essa ótica da predominância do interesse público, é a coletividade a principal destinatária dos registros públicos. Visa-se não apenas a constituição do direito real, senão a oponibilidade do direito inscrito a terceiros, ao mesmo tempo, possibilitando-se maior fiscalização e controle dos atos registrá-

⁽¹¹⁷⁾ Idem, ibidem, p. 183.

⁽¹¹⁸⁾ Op. cit., p. 27.

⁽¹¹⁹⁾ Idem, ibidem, p. 27-28.

⁽¹²⁰⁾ MEDEL. Op. cit., p. 181.

veis por todos os interessados. A publicidade visa a resguardar a segurança e a garantia dos interesses gerais.¹²¹

Aí, a exegese se amplia, não em detrimento do proprietário ou do titular do direito inscrito, ou inscritível, senão em próprio benefício destes, e mais ainda, em benefício dos terceiros, da circulação imobiliária e da segurança jurídica, porque nada mais repugna em direito que a própria clandestinidade, que gera incertezas, propicia o surgimento da fraude e das negociatas de gaveta. Não se quer com isso dizer, e muito menos aventar, que a função social nesse caso assumiria um papel de *complementação* da norma, de atribuição ao registrador de uma incumbência que a lei não atribuiu. Não. O que se quer dizer é que a função social deve ser antes de qualquer coisa *social*, e social inspira e transpira o sentido de publicidade. Predomina o interesse público no sentido de se dar a maior publicidade possível aos atos inscritíveis e de mutação dos direitos reais, ou com potencialidade de mutação desses direitos.

Já tivemos a oportunidade de comentar em outro trabalho¹²² sobre a enumeração não taxativa dos direitos reais e dos direitos inscritíveis. Se se considerarmos que a atual Lei de Registros Públicos foi editada em período de repressão às garantias e liberdades individuais e coletivas, verificaremos o seu descompasso em relação às leis editadas após a Constituição de 1988. O legislador de 1973 não poderia imaginar o que estaria por vir, e se o visse, teria sido talvez mais progressista, ou liberal (para alguns), talvez até conferindo maiores poderes ao registrador, sob determinados limites e controle de seu superior, o juiz correge-dor permanente.

Como quer que seja, predominava naquela época o antigo Código Civil, de cunho eminentemente individualista, e foi sob essa concepção editada a Lei 6.015. A evolução histórica mostrou e mostra hoje que o direito registral não se propõe a atender a individualidade da propriedade, num sistema fechado e privatista que só interessa ao proprietário, mais se ocupa com a segurança jurídica e a transparência dos negócios jurídicos. A concepção da função social da propriedade tende a cada vez mais ser trasladada para o registro, o que mais robustece nosso entendimento no sentido da admissibilidade de um sistema não tão hermeticamente fechado de recepção de títulos no registro imobiliário.

Sob este enfoque, mesmo, de se dar ao registro o maior grau de publicidade possível dos direitos inscritíveis, não há negar que o protesto contra alienação de bens, por exemplo, também se incluiria naquelas hipóteses de possível registrabilidade,¹²³ salvaguardando o terceiro de boa-fé, e sempre ressaltando o abuso do

⁽¹²¹⁾ GIJÓN. Op. cit., p. 8.

⁽¹²²⁾ Op. cit., p. 75.

⁽¹²³⁾ Sentido lato de averbação, que nos parece cabível, segundo a lição de Miguel Maria de Serpa Lopes: “Pode-se dizer que há averbação quando se torna necessário notar ou declarar à margem do assento do registro, algum fato ou ato jurídico relativo ao objeto do mesmo assento e que possa implicar em alteração ou mudança na sua

direito, como soa óbvio do art. 869 do CPC: “O juiz indeferirá o pedido, quando o requerente não houver demonstrado legítimo interesse e o protesto, dando causa a incertezas. Em tudo, o que se buscará evitar é que a medida cautelar possa vir a causar maiores danos do que a ofensa”.¹²⁴

substância” (*Tratado dos registros públicos*: em comentário ao Dec. 4.857, de 9 de novembro de 1939, com as alterações introduzidas pelo Dec. 5.318, de 29 de novembro de 1940 e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, [s.d]. vol. I, p. 354). No mesmo sentido, se posiciona Kioitsi Chicuta, em aprofundado estudo, situando a questão nos seguintes termos: “Mas, em relação às demais medidas cautelares e às liminares concedidas em processos de conhecimento, não raras vezes, atingindo direitos relativos a prédios, surgem dúvidas sobre a inscribibilidade do título judicial, derivando aqui a primeira indagação e que tem desafiado a tantos quantos se dediquem ao estudo do direito imobiliário registral: é taxativo ou exemplificativo o rol dos atos suscetíveis de ingresso no registro de imóveis? Os defensores da taxatividade, tanto dos atos de registro, como dos atos de averbação, invocam o mesmo raciocínio dos que defendem a exaustividade dos direitos reais, olvidando que o art. 246 da Lei 6.015/73 estabelece possibilidade de averbação na matrícula das “sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro”. E o que mais desperta a atenção nesse estudo é o fato da baixa do registro no distribuidor do aforamento das medidas cautelares de protesto, notificação e interpelação, após a sua extinção: Poder-se-á argumentar que, além de nefasta e inútil a prática do ato averbatório na matrícula, a existência da medida cautelar pode ser aferida com simples exame visual da certidão do distribuidor cível. No entanto, nem mesmo essa providência pode ser feita em face de recente decisão do Corregedor-Geral da Justiça, acolhendo parecer do Juiz Carlos Alberto Garbi, determinando que “deverão ser apontadas no distribuidor forense todas as notificações, interpelações e protestos ajuizados, até que seja anotada a sua extinção (cumprimento da medida e oportuna entrega dos autos), comunicação que necessariamente deverá ser expedida, tudo na forma dos itens 47, do Capítulo V, e 12, do Capítulo IV, ambos do t. I, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça”. (*Tutela antecipada, medidas cautelares, liminares e o registro de imóveis*. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/opiniaoboletimel177c.asp>>.

⁽¹²⁴⁾ Pela admissibilidade assim se pronuncia Valmir Pontes: “Sem razão a resposta negativa dada pelo *Boletim do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil* 6/31, set. 1977, à pergunta sobre se ‘devem ser registrados ou averbados os protestos contra alienação de bens, quando comunicados ao cartório por ofício ou mandado judicial’. O protesto judicial contra alienação de bens, e especialmente o formulado em juízo contra a alienação de determinado bem imóvel, pode ser averbado na matrícula ou no registro antigo, a requerimento do interessado, nos termos do art. 246, sem prejuízo algum para o titular da matrícula ou do registro e com proveito para o sistema de registro, cuja finalidade essencial é assegurar a validade e normalidade dos negócios imobiliários. Embora o protesto não tire nem confira direitos, a simples notícia da sua existência pode servir de aviso a incautos, que pretendam adquirir imóveis através de transações suscetíveis de posterior invalidação. Se o protesto envolver interesse ilegítimo, intenção de prejudicar a formação de contrato ou a realização de negócio lícito, ato emulativo, tentativa de extorsão, ou qualquer outro fim ilícito,

Ora, o protesto contra alienação de bens, quando escorreito, fundado em razoável receio por parte do credor, cumpre a função social do contrato, inspirada na boa-fé objetiva, evitando a dilapidação de bens que garantirão o pagamento da dívida e cumpre também a função social da propriedade, na medida em que torna pública a probabilidade de dano que uma alienação em fraude contra credores possa vir a causar a terceiros. Portanto, ao registrador cumpre dar a publicidade da medida determinada pelo juiz, fazendo valer os princípios que inspiraram a postulação feita pelo interessado.

Na prática, a publicação de editais não chega, nesses casos, a atingir os resultados esperados, como todos sabem, num país de grandes dimensões como o nosso, por exemplo, onde grande parte da população sequer ostenta meios para sobreviver, quanto mais para proceder à leitura diária de periódicos da imprensa oficial e/ou particular. Quem adquire um imóvel, quer ver o registro, não os “editais”. Fora isso, certidões de distribuidores das comarcas dos alienantes e do próprio sítio do imóvel nem sempre fornecem essa garantia de publicidade que se espera num negócio imobiliário,¹²⁵ tudo recomendando sejam publicados os atos de constrição dos imóveis no próprio assento predial a que se correlacionem. Basta ver que, não raro, julgados há exigindo o registro das penhoras para configuração da fraude à execução.

Ao tratar da qualificação registral dos títulos judiciais, explana Rafael Arnaiz Eguren que “os títulos de natureza judicial e administrativa gozam de uma presunção de validade diferenciada, em relação à escritura pública”. Na escritura pública, não há presunção de validade, podendo ser desconstituída mediante prova em contrário (Rafael Arnaiz Eguren).¹²⁶ Já, no que se refere aos atos judiciais, há uma limitação drástica na faculdade qualificadora do registrador. O art. 100 da Lei Hipotecária diz: “Los registradores calificarán también, bajo su responsabilidad, la competencia de los jueces o tribunales que ordenen las cancelaciones, cuando no firmare el despacho el mismo que hubiere decretado la inscripción o anotación preventiva. O exame de qualificação aí é limitado à competência do julgado ou tribunal, à congruência do mandado do juízo em que hou-

cabará ao juiz, ao receber a petição do requerente, indeferir a pretensão ou adotar as cautelas necessárias, na forma dos arts. 869 e 870, parágrafo único, do CPC. Ao oficial do registro de imóveis é que não será lícito, a nosso ver, deixar de proceder à averbação, que lhe for requerida pelo interessado ou determinada pelo juiz. Também não há razão para que não se averbe a declaração de utilidade pública de um imóvel para efeito de desapropriação” (*Registro de imóveis: comentários aos arts. 167 a 288 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 178-179).

⁽¹²⁵⁾ Tanto que abalizadas opiniões há sustentando não ser indispensável a exibição das certidões de feitos na escrituração das vendas de imóveis: PAIVA, João Pedro Lamana. *Escrituras públicas – Certidões de feitos ajuizados*. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/opiniao/boletim1529e.asp>>.

⁽¹²⁶⁾ *Registro de la propiedad y urbanismo: estudio sobre la inscripción de actos y negocios de naturaleza urbanística*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 157.

ver sido expedido, bem como às formalidades extrínsecas do título e *aos obstáculos que surjam do registro*".¹²⁷

Nosso ordenamento jurídico não desce a tais pormenores. Mas compreende-se que, se o juiz autorizou a prática do ato, de acordo com a competência jurisdicional que a Constituição lhe outorgou, não sobrevivendo nenhuma decisão superior em sentido contrário, a nós quer parecer que ao oficial registrador não seria lícito opor recusa ao ato.

Sob certos aspectos de similitude, vem o C. STJ proclamando em inúmeros julgados não competir ao juízo corregedor, no exercício da função administrativa, descumprir ato jurisdicional da Justiça Trabalhista, determinando a penhora de bens: "Já decidiu a 2.ª Seção desta Corte que não cabe ao Juízo de Direito Corregedor, no exercício de função administrativa, descumprir ato jurisdicional que determina a penhora de bem. Ao juízo do trabalho que expediu a ordem caberá a decisão. Assim, denunciado o gravame pelo oficial do registro, deverá este atender à decisão do juiz da execução trabalhista. Vale transcrever alguns dos precedentes que bem refletem o posicionamento que prevalece neste Superior Tribunal: 'Competência. Registro da penhora determinado em execução trabalhista. Obstáculo criado pelo serventuário com amparo em decisão proferida pelo juiz corregedor permanente da comarca. Não é dado ao juiz correccional, no exercício de sua função administrativa, opor-se ao que fora ordenado sob o império de decisão proferida em feito jurisdicionalizado. Precedente do STJ. Conflito conhecido, declarada competente a suscitante' (CC 21.413-SP, rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, 06.09.1999). 'Conflito de competência. Recusa de registro de penhora. O juízo correccional, de caráter administrativo, não pode contrariar ato jurisdicional trabalhista que determina penhora de bens' (CC 21.649-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 17.12.1999). No mesmo sentido, os Conflitos de Competência 30.918-SP (rel. Min. César Asfor Rocha, *DJ* 15.08.2001), 30.023-SP (rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 31.08.2001), 28.813-SP (rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* 05.09.2001), entre outros. Pelo exposto, nos termos do art. 120, parágrafo único, do CPC, conheço do conflito e declaro competente o juízo trabalhista suscitante. Brasília 19.12.2001. rel. Min. Castro Filho (CComp 29.340-SP, *DJU* 22.02.2002, p. 259)" (Disponível em: <<http://www.irib.org.br/stj/boletimel500h.asp>>).

E mais: "Acaso existentes óbices registrários devem estes ser denunciados à autoridade que determinou o registro, para esclarecimento ou correção. (...) Eventual equívoco no comando judicial de constrição de bens impenhoráveis ou indisponíveis não habilita o juiz corregedor a negar a inscrição da penhora na tábua registral, cabendo às partes a ela oporem-se pelos meios de impugnação próprios". Brasília, 13.09.2000. Ministra Nancy Andrighi, relatora (CComp 29.377-SP, *DJU* 27.09.2000, p. 71).

(127) Idem, ibidem, p. 160.

A jurisprudência do STJ oscila na interpretação da averbabilidade do protesto contra alienação de bens. A 4.^a T. propende pela admissibilidade, enquanto a 3.^a T., não. É o que se pode inferir dos julgados a seguir: “Protesto contra alienação de bens. Averbação no registro imobiliário. Admissibilidade. Poder geral de cautela do juiz. ‘A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem, está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798 do CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes” (4.^a T., REsp 440.837-RS, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 16.12.2002, p. 345); “Processo civil – Protesto contra a alienação de bens – Averbação no registro imobiliário. I – A averbação do protesto no registro imobiliário malfeire a disciplina jurídica dos arts. 869 e 870 do CPC, na medida em que contraria a solução prevista, como a publicação de editais, sob a prudente descrição do juiz, e dá ensejo a confusão que pode impossibilitar ou dificultar a realização de negócio lícito. Precedente da Corte. II – Recurso especial conhecido e provido” (3.^a T., REsp 78.038-SE, rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* 31.05.1999). A 2.^a T. parece seguir a mesma orientação da 3.^a T.: “Processo civil. Protesto judicial contra a alienação de bens. Averbação no registro imobiliário. Hipótese em que não é possível. Quando o art. 167, II, n. 12, da Lei 6.015/1973, prevê a averbação “das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados”, está se referindo a decisões proferidas em processos contenciosos, natureza de que não se revestem os protestos judiciais. Recurso especial conhecido, mas não provido (REsp 109.659-RS, rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 26.04.1999. No mesmo sentido, a 1.^a T.: “Protesto contra alienação de bens – Averbação – Cartório de Registro de Imóveis – Impossibilidade. A Lei dos Registros Públicos não prevê averbação de protesto contra alienação de bens imóveis no registro imobiliário. Recurso provido” (REsp 145.015-SP, rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* 08.06.1998).

Não vemos como tratar o protesto contra alienação de bens como averbação inócua, e menos ainda apta a criar insegurança que pode embaraçar negócios legítimos, a não ser em casos de evidenciados abusos, o que ainda assim, uma vez constatados, ao juiz seria sempre possível expedir mandado de cancelamento daquele ato no mesmo processo de onde se originou, fazendo-se constar da ordem de cancelamento, inclusive, os motivos que levariam o julgador a proceder daquela forma, de forma a desembaraçar qualquer potencial obstáculo capaz de impedir a realização de negócio legítimo.¹²⁸

⁽¹²⁸⁾ Marcelo Terra explana que “a figura do protesto contra alienação de bens tem seus precedentes nas ordenações do reino, sendo, portanto, cronologicamente anterior à criação do registro de imóveis (que se deu em 1843, apenas), razão pela qual há de se atualizar o instituto processual do protesto contra alienação de bens, tornando sua especialização (individualização do bem) obrigatória, seu registro indispensável (de duração temporal determinada), sob pena de não poder ser argüida a má-fé do adquirente, à míngua de uma publicidade processual ampla como a registrária” (*A fé pública registral*. Temas jurídicos nos negócios imobiliários. IOB, 1991, p. 126).

6. Função social e retificação do registro imobiliário

Neste trabalho, nos propusemos a enfocar a repercussão da função social da propriedade nos procedimentos de retificação de registro de imóveis. Já o disse Serpa Lopes¹²⁹ que “em matéria de registro de imóveis toda a interpretação deve tender para facilitar e não para dificultar o acesso dos títulos ao registro, de modo que toda a propriedade imobiliária, e todos os direitos sobre ela recaídos fiquem sob o amparo de regime do registro imobiliário e participem dos seus benefícios”.

José Manuel Garcia Garcia¹³⁰ enfoca ainda que “a utilidade social do registro é muito maior, em consonância com os tempos atuais”, pois permite um maior campo de proteção aos terceiros, ou seja, aos cidadãos, que, “em outro caso, carecem de defesa frente à clandestinidade”.

Uma grande parte da população em nosso País realiza operações imobiliárias sem que ultimado o registro ou até mesmo escriturados os seus negócios, ficando, assim, a publicidade na prática limitada a uma exteriorização da posse a título de dono. Realça-se, de outro modo, o princípio hipotecário da inoponibilidade, em evidente contraste com a posse e a proteção que se tem conferido à posse do adquirente de boa-fé.

Numa primeira quadra, tem-se o registro, em si mesmo, como um dado objetivo, de inoponibilidade do direito não inscrito frente ao registro, de outro, não, o registro seria um dado não tão principal, e por isso examinado de acordo com as circunstâncias do negócio do terceiro, a boa-fé subjetiva e a objetiva, esta aqui como padrão de conduta mais ou menos estabelecida com base naquilo que se razoavelmente se espera do adquirente.

Volvendo, porém, a tema enfrentado neste tópico, já se disse que a retificação de registro comporta, pelo menos, duas espécies e duas subespécies, conforme o grau de risco e de potencialidade de dano a terceiros.¹³¹ Assim, em resumo: (i) retificação administrativa de erro evidente – a cargo do oficial registrador (*caput* do art. 213, § 1.º, 2.ª parte, da LRP); (ii) retificação administrativa de erro não tão evidente, mas sem potencialidade de dano a terceiro – a cargo do juiz corregedor permanente (art. 213, § 1.º, 1.ª parte, da LRP); (iii) retificação de erro não evidente – de litigiosidade contida ou eventual, com potencialidade de dano, em virtude de alteração da descrição das divisas ou da área do imóvel (art. 213, § 2.º, da LRP); e (iv) retificação litigiosa (arts. 213, § 4.º e 216 da LRP).

Há uma linha tênue entre as duas últimas subespécies da retificação *jurisdiccional*,¹³² *stricto sensu*. Saber se o pedido de retificação formulado pelo interes-

(129) Cf.: PAIVA, Op. cit.

(130) *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*. Madrid: Civitas, 1993. t. II, p. 31.

(131) ORLANDI NETO, Narciso. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 81, 85 e 125.

(132) Segundo Nicolau Balbino Filho, a hipótese prevista no art. 213, § 2.º, da LRP seria de retificação bilateral administrativa, dependendo do assentimento de terceiros “para

sado, na esfera da jurisdição voluntária (art. 213, § 2.º, da LRP) irá descambar para uma litigiosidade e qual o grau dessa litigiosidade e extensão é tarefa demasiado difícil, senão impossível, mesmo porque o julgador não possui dons divinatórios. Casos há em que o erro não demandaria maior estudo e, no curso do processo, com o surgimento de uma impugnação, o juiz se defrontaria com algo de maior complexidade, e vice-versa, por exemplo.

Ganha, por isso, interesse analisar os limites do procedimento retificatório, à luz da norma consubstanciada no art. 213, § 2.º, c/c o art. 216 da LRP. Em outras palavras, importa aqui verificar se haveria alguma impossibilidade de ordem jurídica ou material no sentido de se admitir a alteração do registro, com base numa situação de fato que não guardaria efetivamente alguma correspondência linear com o erro do registro.

Quando se diz que “o registro poderá ser também ser retificado ou anulado por sentença em processo contencioso (...)” quer nos parecer que a lei estaria possibilitando uma ação de retificação de cognição ampla, não adstrita a aspectos meramente formais do registro, pois aí já terão sido citados todos os eventuais prejudicados.

Certo que, ao contrário da usucapião, a retificação de registro não exige a intimação das Fazendas Públicas ou o chamamento de terceiros incertos por edital e a eficácia de uma tal sentença proferida nesse âmbito da retificação não teria aquele alcance que uma ação de usucapião normalmente ostenta (eficácia *erga omnes*). Mas será exato repelir a ação de retificação de registro, ainda que inaugurada pela via da jurisdição voluntária, diante de uma hipótese apenas, como por exemplo, de acréscimo de área, se esse eventual acréscimo não importar na descaracterização do mundo fenomênico, tal como concebido e reconhecido pelos confrontantes, digamos, há mais de meio século?

O STJ tem, ao nosso sentir, de maneira absolutamente profícua, digna de aplausos, sinalizado pela admissibilidade da retificação das assim chamadas “sobras”: “Registro de imóveis. Retificação. Aumento de área. É possível o processamento do pedido na forma do art. 213 da Lei 6.015/73. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 146.631-Ceará, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1.º.03.2001). “Retificação do registro imobiliário. Lei 6.015, art. 213. Alteração de área. Oposição. Indeferimento. Se o pedido de retificação for impugnado fundamentadamente, por interessado legítimo, deverá o juiz remeter as partes as vias da jurisdição contenciosa, máxime se a diferença a maior importa em percentual de 165% sobre a área titulada. O pedido administrativo com vistas a alteração da área titulada, para maior, pode perfeitamente substituir o assim

chamado ‘usucapião de sobras’, mas isso apenas se não houver oposição fundada. Recurso especial não conhecido” (STJ, 4.^a T., REsp 8.856, rel. Min. Athos Carneiro, j. 02.09.1991)”. Retificação do registro imobiliário. Lei 6.015, art. 213. Oposição apresentada pelo ‘condomínio’ onde se encontra o terreno cuja área se pretende retificar no assento imobiliário. As partes devem ser remetidas às vias ordinárias se o pedido de retificação, em jurisdição voluntária, for impugnado fundamentadamente, por interessado legítimo. Não, assim, todavia, se a prova dos autos demonstra que o pedido visou apenas adequar o título às reais dimensões do terreno, devidamente cercado e murado, sem prejuízo algum ao condomínio impugnante, sem invasão de imóvel lindeiro nem de área comum dos condôminos. Neste caso, o procedimento em jurisdição voluntária apresenta-se adequado, coerentemente com a tendência de simplificação e eficiência que deve prevalecer no moderno sistema legal brasileiro” (STJ, 4.^a T., REsp 9.297-RJ, rel. Min. Athos Carneiro, j. 17.09.1991). “Retificação – Alteração de área. 1. É cabível o pedido de retificação de registro de imóvel, para fazer constar a área real do lote, na forma do art. 213, § 2.^o, da LRP (Lei 6.015/73). 2. O encaminhamento das partes às vias ordinárias somente se justificaria diante da fundamentada impugnação dos demais interessados. 3. Cassação da sentença e do acórdão que rejeitaram o pedido dos autores por julgarem imprópria a via escolhida, para que se prossiga no processo, suprida a falta de citação dos alienantes (art. 213, § 2.^o)” (STJ, 4.^a T., REsp 57.737-3-MS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 09.08.1995). “Retificação de registro. Arts. 860 do CC e 213 da LRP. Precedentes da Corte. Na linha de precedentes da Corte, é possível a retificação do registro, para acréscimo de área, de modo a refletir a área real do imóvel, desde que não haja, como no caso, impugnação dos demais interessados” (STJ, 3.^a T., REsp 203.205-PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 6.12.1999, *DJ* 28.02.2000). “Registro de imóveis. Área maior. No procedimento de retificação, previsto nos arts. 213 e 214 da LRP, não importa a extensão da área a ser retificada, desde que os demais requisitos estejam preenchidos. Inexistente a impugnação válida, não há lide e, por conseguinte, desnecessária a remessa às vias ordinárias, sendo o procedimento administrativo o previsto para a análise de retificações de registro, de acordo com o que dispõe o art. 213, § 4.^o, da LRP” (STJ, 3.^a T., REsp 120.196-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 04.03.1999, *DJ* 10.05.1999).¹³³ “Registros públicos. Retificação de registro. Área a maior. Exigência de complementação do preço pelo Estado. 1. Pode ser utilizado o procedimento previsto na Lei dos Registros Públicos para a retificação da área do imóvel, desde que inexistente fundamentada impugnação dos interessados. 2. A lei

⁽¹³³⁾ Vide ainda os seguintes julgados: TJSP, 8.^a Câ. Cív., AC 178.347-4/2-00, Bragança Paulista, rel. Des. Assumpção Neves, j. 07.05.2001; TJPR, 1.^a Câ. Cív., AC 1.587/84, Araucária, rel. Des. Freitas Oliveira, j. 11.12.1984; como meio de aquisição da propriedade: TJSC, 2.^a Câ. Cív., AC 2001.018629-2, Indaial, rel. Des. Cesar Abreu, j. 29.11.2001.

estadual não pode condicionar o deferimento do pedido ao pagamento de complemento do preço da alienação do imóvel. Precedentes. Recurso conhecido e provido” (STJ, 4.^a T., REsp 94.216-MS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 24.03.1997).

Note-se que no julgado do REsp 94.216, proprietários de uma gleba de 533 ha. obtiveram a regularização do registro de sua propriedade, passando o perímetro para 957,8847 ha., à míngua de impugnações fundamentadas. Em outro julgado do REsp 8.856-SP, o eminente Ministro-relator Athos Carneiro assinalou: “Devo igualmente ressaltar e sublinhar o posicionamento que sempre adotei, quando integrante do TJRS, no sentido de que a Lei dos Registros Públicos é da mesma hierarquia do Código Civil e poderia, pois, criar um novo e *mais simples procedimento até para o reconhecimento do domínio*, coerente com a tendência de simplificação e eficiência que domina o moderno sistema legal brasileiro. A respeito, arestos da 1.^a Câm. Cív. daquele pretório, *Revista de Jurisp. do TJRS* 108/445 e 116/370, ambos consagrando a possibilidade de, pela via expedita da retificação, lançar no registro imobiliário aumentos de área as assim, chamadas ‘sobras’, mesmo quando resultante aumento ponderável sobre a área constante do título. Também assim a E. 3.^a Câm. Cív. do TJRS, como v.g. *RJTJRS* 96/395, em acórdão de que foi relator o eminente processualista Galeno Lacerda, observando-se a ‘concordância dos lindeiros e do alienante’. Em suma, as alterações na área titulada, mesmo quando ultrapassando o limite enunciativo do art. 1.136 do CC, são perfeitamente possíveis pela via da jurisdição voluntária, mas dès que não haja fundada oposição de interessado, como ocorreu no caso ora em julgamento” (grifos nossos).

Nesse último aresto, os então recorrentes se diziam adquirentes de 62,5 alqueires, ao passo que pela retificação por eles postulada, lograram obter uma diferença de 101 alqueires, um percentual extremamente significativo da ordem de 165,39%, e, portanto, muito acima daquele estabelecido no art. 1.136 do antigo CC.

Podemos concluir também aqui que a retificação de registro de erro não evidente cumpre a função social da propriedade, e, *ipso facto*, do registro, quando, não havendo prejuízos a terceiros, se assegura ao aparente titular do domínio da área, por vezes, contígua àquela porção de terra que deveria constar do registro e não constou por alguma razão não claramente especificada na genealogia registral. Assim, por exemplo, num loteamento envolvendo alienações sucessivas que remontam a época do Império, considerando todo o tempo decorrido sem contestação em relação a determinada porção de remanescente de terreno utilizado pelo titular do direito da área contígua, seria possível ao juiz do feito considerá-la como parte integrante do domínio do aparente titular de direito, até porque em razão do uso racional da propriedade como um todo, essa porção de área remanescente ou *sobra* seria de alguma forma

destinada de modo duradouro ao uso, serviço ou aformoseamento de outro (art. 93 do novo CC).¹³⁴

Note-se que a passagem da retificação de erro não evidente, sob rito da jurisdição voluntária, para a jurisdição comum, não exige, como regra intangível ou insuperável, a extinção do processo, *ex vi* do art. 1.109 do CPC, que alarga os poderes do juiz, não ficando preso ao rigor da letra do art. 213, § 4.º, da LRP. Atende inclusive à necessidades do direito processual moderno, que tem se pautado pelo princípio da efetividade, diante da assim chamada *crise da demora da prestação jurisdicional*. Exigir que o titular do direito inscrito seja forçado a buscar a regularização do domínio pela via da usucapião, ou demarcatória, por exemplo, depois de percorrer longo e tortuoso caminho em procedimento trilhado por citações inúmeras (confrontantes, por exemplo), só porque, exemplificando, não se conseguiu detectar a origem do erro, ou porque os registros não seriam exatos em suas medidas, com indefinição das origens, muito ao contrário de se atender ao escopo da lei, somente contribuiria para o aumento da insegurança da propriedade.

Ao registrador a lei não confere maiores atribuições que ela mesma já não estabeleça de modo taxativo. Ao juiz, porém, que é dado julgar com equidade (art. 1.109 do CPC), não vemos óbice de seguir os ditames do STJ e de vários julgados dos tribunais da federação, para admitir, na hipótese de ausência de prejuízo, seja corrigido o domínio do titular interessado para incluir alguma área que deveria estar compreendida no perímetro do registro retificando e, por alguma razão, não constou. Nesse caso, a prova absoluta do erro (comum nas retificações administrativas) cede passo à presunção de legitimidade do interesse daquele que postula a providência jurisdicional, por meio de juízo prudencial do órgão julgador, balizada pela “função social” da propriedade e do próprio processo.

Para esse efeito, de correção do registro, o juiz pode valer-se de elementos outros estranhos ao registro, para fazer com que o cadastro exprima aquela condição de domínio que o postulante adquiriu, por força de lei, independentemente de sentença, como é o caso da usucapião: posse prolongada, boa-fé e título, exemplificando. Não há dúvida aí residir a usucapião como valioso subsídio no julgamento, sempre com escopo de se cumprir a função social da propriedade.

A questão não é pacífica, admitimos. Forte a posição contrária, mais ortodoxa, no sentido de não se admitir seja o registro corrigido senão com base em erro, *stricto sensu*, do registro. Mas a lei não diz exatamente que tipo de *erro*

⁽¹³⁴⁾ Pontes de Miranda já comentava as pertenças, bem antes do novo Código, estatuinto que “a pertença auxilia, ajuda; a coisa acessória está ao lado. Nem toda coisa acessória auxilia, ou ajuda; na pertença, há isso a mais – a contingência da relação de direito das coisas” (op. cit., p. 85).

seria esse, totalmente intrínseco ao processo registral ou não; quer dizer: um erro de representação do adquirente que fiou-se naquilo que esperava adquirir, uma área maior que aquela que lhe foi alienada, uma suposição errada, talvez até perpassada pelo alienante, que durante anos, ocupou a área adjacente à escriturada, não perfeitamente definida no registro, por exemplo, esse erro, nos parece, seria passível de retificação, à míngua de prejuízos a terceiros, ainda que se lhe reduzisse a um conceito limitado ou superficial, como dizer pura e simplesmente tratar-se de uma *usucapião disfarçada*.

Como quer que seja, convém assinalar que o erro do registro, em tema de retificação de área, é erro que tende a ter origem numa ocupação. Se os limites registrários foram alçados com base numa ocupação indevida, e a escritura se fiou nesse vício, registral e extra registral, na origem, não vemos motivos para não corrigir o registro mais imediato, se a prova coligida no processo de retificação demonstrou que o registro deveria corresponder a essa realidade fenomênica e histórica e não correspondeu. Essa não correspondência, longe de contribuir para a função social da propriedade, faz com que a propriedade não atenda a uma função primordial que é a de oponibilidade do direito inscrito – em sua acepção de inscrição fora de dúvida, não sobreposta, por exemplo, de origem certa e bem definida, sem duplicidade antinômica, e assim por diante.

7. Conclusão

Em síntese do que tivemos a oportunidade de expor nesse ensaio, é possível concluir que a função social da propriedade evoluiu de uma concepção individualista para uma concepção coletivista. O uso da propriedade, outrora, ilimitado, foi sendo, durante o tempo, alvo de limitações inúmeras, de ordem urbanística, ambiental etc., para atender a interesses maiores da coletividade e da sociedade. A função social da propriedade, porém, não constitui uma “banda larga”, no sentido de que se possa utilizá-la como forma de preenchimento de alguma lacuna. Propriedade não é função social, seu exercício sim, deve atender a essa função social, pautada pelos limites taxativamente enumerados na legislação. Esse o primeiro aspecto da função social da propriedade. Quando se restringe a propriedade, a interpretação buscada não é analógica ou extensiva.

Mas não devemos encarar a função social da propriedade sempre como algo de restrição ou limitação, *um mal ao proprietário em prol do bem comum*. Pode acontecer e deve acontecer que essa função social seja utilizada em benefício do proprietário, não como restrição, mas já como ampliação mesmo de seus direitos, porque interessaria mais à coletividade ver o domínio definido geodesicamente sobre os limites daquilo que se espera de quem racionalmente se utiliza da terra. No registro imobiliário, convém à coletividade que se busque sempre o acesso do título, prevenindo a clandestinidade. A publicidade cumpre a função

social da propriedade, o que não ocorre com a clandestinidade. O processo registral deve pautar-se pelos princípios de acesso de instância da jurisdição comum, viabilizando-se o ingresso de títulos não apenas explicitamente enumerados na cadeia do art. 167, I, da LRP.

De outra banda, o protesto contra a alienação de bens cumpre o seu papel de publicizar ao terceiro e à coletividade algum direito violado ou em vias de ser violado pelo titular do direito inscrito. Respeitados determinados limites, como, por exemplo, fixação de tempo ou condição resolutiva determinada pelo juízo por onde processada a cautelar, o protesto contra alienação de bens cumprirá a função social da propriedade e atenderá a função social do contrato, inspirada na boa-fé objetiva, que repudia a fraude na alienação da propriedade, em detrimento do credor e da coletividade.

Não compete ao registrador examinar as cláusulas de um contrato, sob a ótica de um julgador, se marcadamente não houver sido estabelecida alguma condição ilícita fora de qualquer dúvida. Tal como na hipótese do erro evidente, o oficial não corrige o erro, nem recusa o título, se não tiver certeza da desconformidade do título com aquilo que a lei estabelece.¹³⁵

Na dúvida, ao registrador não será possível, de ofício, proceder à correção do registro, menos ainda invocando a cláusula da *função social*. A lei não outorgou ao oficial registrador o poder de decidir, com base na equidade.

Rigorosamente falando “a retificação no registro imobiliário, pois, é a supressão (a) da falta de apresentação do título (suposto não se trate de publicidade constitutiva), (b) ou de vícios, procedimentos prévios às inscrições ou (c) de privações dos assentos registrários quanto à determinação e à especialização ordenadas pelo direito normativo.¹³⁶ (...) No que toca à retificação de área, a inscrição deve conformar-se com a *realidade jurídica extra tabular inscritível*”.

Mas haverá casos em que nem sempre será possível verificar com precisão essa conformidade entre a tábula e a realidade física fenomênica sob o aspecto formal *intra muros*, não sendo rara a hipótese de dominialidade confusa, nas suas ramificações e na genealogia registral.

Ao juiz caberá decidir nesses casos, conforme o risco e a potencialidade de dano, segundo seu prudente arbítrio (art. 1.109 do CPC), em favor ou não da retificação, valendo-se inclusive de elementos estranhos ao registro, como é o caso da usucapião. Caso nenhuma impugnação seja apresentada, ou, se apresen-

⁽¹³⁵⁾ Seguindo acepção de Clóvis Bevilacqua, “ele não tem o direito de se opor à inscrição do título, ainda que lhe *pareça* nulo ou falso” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, [s.d.], vol. I, p. 1.300) (grifo nosso).

⁽¹³⁶⁾ DIP, Ricardo Henry Marques. “Breves considerações...” cit., p. 61-62.

tada, houver sido considerada como prejudicada ou insubsistente, será possível ao juiz deferir a pretensão retificatória em benefício do titular do direito inscrito, possuidor de boa-fé, com o propósito de se atender a função social da propriedade e do registro.

Bibliografia

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. "A boa-fé nas relações de consumo". *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 14, 1995.
- AMADEI, Vicente de Abreu. "Anotações para uma reflexão sobre o aspecto instrumental do registro imobiliário no controle urbanístico da propriedade". *Revista de Direito Imobiliário – IRIB*, São Paulo: RT, n. 31-32, jan.-dez. 1993.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A função social da propriedade no contexto de uma economia capitalista. *Congresso de Direito Imobiliário*. São Paulo, 2002.
- _____. "A função social dos contratos no novo Código Civil". *RT* 815/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2003.
- _____. *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. Posse e propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 4. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1987.
- ALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de imóveis: doutrina, prática e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARRETO, Aires F. "IPTU: Progressividade e diferenciação". *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 76, jan. 2002.
- BARROSO FILHO, José. *Propriedade: a quem serves?* Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2453>>.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Précis de droit civil*. 14. ed. Société anonyme du Recueil Paris: Sirey, 1926. t. I.
- BERMUDES, Sérgio. *Função social*. Disponível em: <<http://nominimo.ibest.com.br/servlets/newstorm.notitia.apresentação>>.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1940. vol. I.
- CARLUCCI, Aida Rosa Kemelmajer de. *Calificación registral de documentos que tienen origen en decisiones judiciales*. Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CARVALHO, Inga Michele Ferreira. *Direito à propriedade e conflito social: a Vilã Irmã Dulce como estudo de caso*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2448>>.
- CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. X.
- CHALHUB, Melhim Namem. *O novo Código Civil e o registro de imóveis*. Disponível em: <http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel677a.asp>.

- CHICO Y ORTIZ, José Maria. *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*. Madrid: Marcial Pons, 1987.
- _____. *Estúdios sobre derecho hipotecário*. 4. ed. actual. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000. t. I.
- CHICUTA, Kiotsi. “Títulos judiciais – Questões controvertidas e aspectos práticos”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB*, São Paulo: RT, n. 34, jul.-dez. 1994.
- _____. *Tutela antecipada, medidas cautelares, liminares e o registro de imóveis*. Disponível em: <<http://www.trib.org.br/opiniaio/boletimel177c.asp>>.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. II.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1987.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Estudos sobre a constituição*. Lisboa: Livraria Petrony, 1979.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal interpretada pelo STF*. 6. ed. atual. até a EC 31/2000. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Sistemas de registros de imóveis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DIP, Ricardo Henry Marques. “Breves considerações sobre alguns temas relativos à ‘retificação de área’”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB*, São Paulo: RT, n. 37, jan.-abr. 1996.
- _____. “Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB*, São Paulo: RT, n. 54, jan.-jun. 2003.
- _____. “Sobre a qualificação no registro de imóveis”. *Revista de Direito Imobiliário – IRIB*, São Paulo: RT, n. 29, jan.-jun. 1992.
- _____. “TV Justiça entrevista Ricardo Dip sobre a segurança jurídica do registro de imóveis”. Disponível em: <http://www.trib.org.br/notas_noti/boletimel686a.asp>.
- DUGUIT, Léon. *Principes de Droit Public*. 2. ed. Paris: Sirey, 1916.
- EGUREN, Rafael Arnaiz. *Registro de la propiedad y urbanismo: estudio sobre la inscripción de actos y negocios de naturaleza urbanística*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- ENJOII, Helena Sayoko. A lei do consumidor e registro de imóveis. Registro de imóveis – Estudos de direito registral imobiliário – XXII Encontro de oficiais de registro de imóveis do Brasil – Cuiabá – Mato Grosso, 1995. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GARCIA, José Manuel García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*. Madrid: Civitas, 1993. t. II.
- GAREA, Rafael Colina. *La funcion social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona: Bosch, 1997.

- GIJÓN, José Maria Corral. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*. Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1992.
- GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.
- _____. *Contratos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. "Função social da propriedade". *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 29, jan.-mar. 2003.
- JHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain*. Paris: Sirey, 1922. vol. III.
- JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits e de leur relativité*. 2. ed. Paris: Sirey, 1939.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armenio Amado, 1979.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Ary José de; CHICUTA, Kioitsi; JACOMINO, Sérgio. "Alguns aspectos da qualificação registrária no registro de parcelamento do solo urbano e o Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Direito Imobiliário – IRIB*, São Paulo: RT, n. 41, maio-ago. 1997.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O controle registral das cláusulas gerais de contratação*. Registro de imóveis – Estudos de direito registral imobiliário – XXII Encontro de oficiais de registro de imóveis do Brasil – Cuiabá – Mato Grosso, 1995. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.
- _____; _____. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MEDEL, Jesus Lopez. *Teoria del registro de la propiedad como servicio publico*. 3. ed. Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8. ed. atual. São Paulo: RT, 1981.
- MELLO, Henrique Ferraz de. "A tipicidade dos direitos reais". *Revista de Direito Imobiliário – IRIB*, São Paulo: RT, n. 52, jan.-jun. 2002.
- _____. "O princípio da convalescença registral e a boa-fé". *Revista de Direito Imobiliário – IRIB*, São Paulo: RT, n. 53, jul.-dez. 2002.
- MOREIRA, Antonio Claudio M. L. *Plano diretor e a função social da propriedade urbana*. Disponível em: <<http://www.usp.br/fau/docentes>>.
- ORLANDI NETO, Narciso. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- PAIVA, João Pedro Lamana. *Escrituras públicas – Certidões de feitos ajuizados*. Disponível em: <<http://www.irim.org.br/opiniaoboletimel529e.asp>>.

- PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*. Università degli Studi di Camerino Scuola di perfezionamento in diritto civile. Lezioni raccolte da Pietro Perlingieri: Jovene editore, 1970.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, 8. ed. Paris: Librairie Générale de droit & de Jurisprudence, 1920. t. I.
- PONTES, Valmir. *Registro de imóveis*: comentários aos arts. 167 a 288 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. São Paulo: Saraiva, 1982.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. XI.
- REALE, Miguel. "A boa-fé no Código Civil". Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>.
- _____. *Lições preliminares de direito*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol.2.
- ROCA SASTRE, Ramón Maria. *Derecho hipotecário*, 6. ed. Barcelona: Bosch. Casa Editorial, Urgel, 51 bis, t. II.
- _____; MUNCUNILL, Luis Roca-Sastre. *Derecho hipotecario: fundamentos de la publicidad registral*, 8. ed. Barcelona: Bosch. Casa Editorial, Comte d' Urgell, 51 bis, t. I.
- RIOS, Arthur. "O registrador e sua jurisdição nos loteamentos urbanos: fiscalização e poder urbanístico". *Revista de Direito Imobiliário – IRIB*, São Paulo: RT, n. 29, jan.-jun. 1992.
- SALLES, Venício Antonio de Paula. "O direito de propriedade em face do novo Código Civil. O novo Código Civil e o registro de imóveis". *Revista de Direito Imobiliário – IRIB*, Porto Alegre: Fabris, 2004.
- SANTOS, Antonio Jeová. *A função social: lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*: em comentário ao Dec. 4.857, de 9 de novembro de 1939, com as alterações introduzidas pelo Dec. 5.318, de 29 de novembro de 1940 e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1995. vol. I.
- SIANO, James Alberto. *Função social da propriedade*. Trabalho de mestrado, apresentado em aula do Curso "Função do direito privado no atual momento histórico". Ministrado pela Profa. Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery. 2.º Semestre, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3120>>.
- SODRÉ, Ruy de Azevedo. *Função social da propriedade privada*. São Paulo: RT, [s.d.].
- TERRA, Marcelo. *A fé pública registral*. Temas jurídicos nos negócios imobiliários. IOB, 1991.

- _____. *O Código de Defesa do Consumidor e a teoria geral dos contratos*. Temas jurídicos nos negócios imobiliários. IOB, 1991.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *A boa-fé contratual no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Perspectivas iusfilosóficas contemporaneas*. Ross – Hart – Bobbio – Dworkin – Villey. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.
- WOLFF, Martín; RAISER, Ludwig. *Tratado del derecho civil – Derecho de cosas: posesión – Derecho Inmobiliario*. Propiedad. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1971. 51 bis, vol. 1.

PENHORA DE IMÓVEL*

(Aspectos substantivos, processuais e registais)

MÓNICA JARDIM

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SUMÁRIO: 1. Conceito de penhora: em sentido amplo e em sentido estrito – 2. Âmbito subjectivo da penhora (art. 821.º do CPC) – 3. Bens susceptíveis de serem penhorados – 4. A regra da adequação (art. 821.º e 834.º do CPC) – 5. A reforma da acção executiva – 6. Efeitos substantivos decorrentes da penhora de um bem imóvel e da subsequente venda em execução (arts. 819.º, 822.º e 824.º do CC) – 7. Harmonização entre os interesses do exequente e os interesses dos demais credores do executado que beneficiem de um direito real de garantia – 8. O cancelamento dos registos dos direitos reais que caducam com a venda executiva – 9. Extinção da penhora – 10. A hipótese de nomeação à penhora de bem registado a favor do executado, mas já alienado a terceiro.

1. Conceito de penhora: em sentido amplo e em sentido estrito

A penhora, em sentido amplo, pode ser definida como um conjunto de actos ordenados, complementares e funcionalmente ligados, com vista a produzir um efeito único: a vinculação dos bens à satisfação do direito creditício do exequente ou, mais rigorosamente, a vinculação dos bens ao processo, assegurando a viabilidade dos futuros actos executivos.¹

Em sentido estrito, por seu turno, a penhora traduz-se num acto de apreensão judicial de bens, que supõe a prévia identificação e individualização dos bens que não-de ser vendidos ou adjudicados para satisfação do direito de crédito do exequente, e dela decorrem efeitos jurídicos.

2. Âmbito subjectivo da penhora (art. 821.º do CPC)

De acordo com os arts. 601.º, 817.º e 818.º do CC e com o art. 821.º do CPC, os credores têm o poder de agredir ou fazer executar o património debitório, respondendo pelas dívidas todos os bens e apenas os bens (penhoráveis) que façam parte desse património no momento da execução, ficando libertos da

^(*) Trabalho apresentado no I Simpósio Luso-brasileiro de Direito Registral – Porto Alegre, 16 a 21 de setembro de 2006.

⁽¹⁾ No mesmo sentido vide: Miguel Mesquita. *Apreensão de bens em processo executivo e oposição de terceiro*. 2. ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2001. p. 60-61 e nota 130.

garantia os bens entretanto saídos do património e ficando a ela sujeitos os bens entretanto nele ingressados.

Podem, portanto, ser agredidos os bens que façam parte do património do devedor, já não os que façam parte do património de um terceiro, salvo nos casos especialmente previstos na lei substantiva, em que respondem bens de um terceiro *se a execução tiver sido movida contra ele*.

Segundo o art. 818.º do CC, o direito de execução só pode incidir sobre bens de terceiro quando tais bens estejam vinculados à garantia do crédito (por exemplo, no caso de ter sido prestada uma fiança² ou de ter sido constituída uma garantia real³ – cf. arts. 658.º, n. 2, 667.º, n. 2, e 686.º, todos do CC), ou quando

⁽²⁾ Segundo o art. 828.º do CPC:

“1 – Na execução movida contra o devedor principal e o devedor subsidiário que deva ser previamente citado, não podem ser penhorados os bens deste, enquanto não estiverem executados todos os bens do devedor principal; a citação do devedor subsidiário só precede a excussão quando o exequente o requeira, tendo, neste caso, o devedor subsidiário o ónus de invocar o benefício da excussão, no prazo da oposição à execução.

2 – Instaurada a execução apenas contra o devedor subsidiário e invocando este o benefício da excussão prévia, pode o exequente requerer, no mesmo processo, execução contra o devedor principal, promovendo a penhora dos bens deste.

3 – Se o devedor subsidiário não tiver sido previamente citado, só é admissível a penhora dos seus bens:

a) Sendo a execução intentada contra o devedor principal e o subsidiário, depois de executados todos os bens do primeiro, salvo se se provar que o devedor subsidiário renunciou ao benefício da excussão prévia;

b) Sendo a execução movida apenas contra o devedor subsidiário, quando se mostre que não tem bens o devedor principal ou se prove que o devedor subsidiário renunciou ao benefício da excussão prévia, sem prejuízo do estabelecido no número seguinte.

4 – No caso previsto na alínea b do número anterior, o executado pode invocar o benefício da excussão prévia em oposição à penhora, requerendo o respectivo levantamento quando, havendo bens do devedor principal, o exequente não haja requerido contra ele execução, no prazo de 10 dias a contar da notificação de que foi deduzida a referida oposição, ou quando seja manifesto que a penhora efectuada sobre bens do devedor principal é suficiente para a realização dos fins da execução.

5 – [o anterior n. 3] Se a execução tiver sido movida apenas contra o devedor principal e os bens deste se revelarem insuficientes, pode o exequente requerer, no mesmo processo, execução contra o devedor subsidiário.

6 – Para os efeitos dos números anteriores, o devedor subsidiário tem a faculdade de indicar bens do devedor principal que hajam sido adquiridos posteriormente à penhora ou que não fossem conhecidos.

7 – [o anterior n. 5] Quando a responsabilidade de certos bens pela dívida exequenda depender da verificação da falta ou insuficiência de outros, pode o exequente promover logo a penhora dos bens que respondem subsidiariamente pela dívida, desde que demonstre a insuficiência manifesta dos que por ela deviam responder prioritariamente”.

⁽³⁾ Nos termos do art. 835.º do CPC:

“1 – Executando-se dívida com garantia real que onere bens pertencentes ao devedor, a penhora inicia-se pelos bens sobre que incida a garantia e só pode recair noutros quando se reconheça a insuficiência deles para conseguir o fim da execução.

sejam objecto de acto praticado em prejuízo do credor que tenha sido procedentemente impugnado (cf. art. 616.º, n. 1, do CC).

Salvaguardadas as hipóteses referidas, repetimos, o legislador apenas atribui ao credor o poder de agredir bens existentes no património do devedor.

3. Bens susceptíveis de serem penhorados

No ordenamento jurídico português, tal como no brasileiro, nem todos os bens existentes no património do devedor são susceptíveis de serem penhorados. De facto, a lei portuguesa considera certos bens absolutamente impenhoráveis (por exemplo, os bens do domínio público, os túmulos etc.) e outros como relativamente impenhoráveis (por exemplo, segundo o n. 1 do art. 823.º do CPC, “estão isentos de penhora, salvo tratando-se de execução para pagamento de dívida com garantia real, os bens do Estado e das restantes pessoas colectivas públicas, de entidades concessionárias de obras ou serviços públicos ou de pessoas colectivas de utilidade pública, que se encontrem especialmente afectados à realização de fins de utilidade pública”).

Acresce que existem, também, bens que são, apenas, parcialmente penhoráveis.⁴

Entre os bens susceptíveis de serem penhorados, total ou parcialmente, em Portugal, rege apenas a regra segundo a qual: *a penhora começa pelos bens cujo valor pecuniário seja de mais fácil realização e se mostre adequado ao montante do crédito do exequente* (cf. o n. 1 do art. 834.º do CPC).

E, segundo o n. 2 do art. 834.º do CPC português, é admissível a penhora de bens imóveis ou do estabelecimento comercial, ainda que não se adequê, por excesso, ao montante do crédito exequendo, quando a penhora de outros bens presumivelmente não permita a satisfação integral do credor no prazo de 6 meses.

Assim, como decorre do exposto, em Portugal não existe uma norma idêntica ao art. 655 do CPC brasileiro, que subordina a nomeação dos bens a certa e determinada ordem, dentro da qual os imóveis aparecem em oitavo lugar.

2 – Quando a penhora de quinhão em património autónomo ou de direito sobre bem indiviso permita a utilização do mecanismo do n. 2 do art. 826.º e tal for conveniente para os fins da execução, a penhora começa por esse bem”.

⁽⁴⁾ Por exemplo, apenas podem ser penhorados dois terços dos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante, auferidos pelo executado. Mas, segundo o n. 2 do art. 824.º, a referida impenhorabilidade tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento e o crédito exequendo não seja de alimentos, o montante equivalente a um salário mínimo nacional.

4. A regra da adequação (art. 821.º e 834.º do CPC)

Segundo o n. 3 do art. 821.º do CPC, *a penhora limita-se aos bens necessários ao pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis da execução*, as quais se presumem, para o efeito de realização da penhora e sem prejuízo de ulterior liquidação, no valor de vinte, dez e cinco por cento do valor da execução, consoante, respectivamente, este caiba na alçada do tribunal de comarca, a exceda, sem exceder o valor de quatro vezes a alçada do tribunal da relação, ou seja superior a este último valor.

E, de acordo com o art. 834.º do CPC, que prescreve a ordem de realização da penhora, e ao qual já nos referimos, *a penhora começa pelos bens cujo valor pecuniário seja de mais fácil realização e se mostre adequado ao montante do crédito do exequente*.

Mas, como já o dissemos, de acordo com o n. 2 do art. 834.º, ainda que não se adequê, por excesso, ao montante do crédito exequendo, é admissível a penhora de bens imóveis ou do estabelecimento comercial, quando a penhora de outros bens presumivelmente não permita a satisfação integral do credor no prazo de 6 meses.

Limitando-se a penhora aos bens necessários ao pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis da execução, quando hajam sido penhorados mais bens do que os necessários para o pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis, parece que cabe, em primeira linha, ao agente de execução, o levantamento da penhora na exacta medida em que a mesma se revele desnecessária.⁵

Mas, caso o agente de execução não actue, a questão pode ser suscitada pelo executado, em sede de incidente de oposição à penhora (art. 863.º-A, n. 1, *a*, também do CPC) e, nesse caso, compete ao juiz de execução julgar a procedência da mesma (cf. art. 809.º, n. 1, *b*, do CPC).

A procedência da oposição à penhora determina o levantamento desta (cf. art. 863.º-B, n. 4).

5. A reforma da acção executiva

Em Portugal, em virtude do Dec.-lei 38/2003, de 8 de março, ocorreu a reforma da acção executiva.

⁽⁵⁾ Tal conclusão resulta da conjugação dos preceitos que dispõem sobre a competência do agente de execução (art. 808.º, n. 1, do CPC), sobre a competência genérica do juiz de execução (art. 809.º do CPC), sobre o princípio da adequação ao valor da obrigação exequenda a que a penhora está sujeita (art. 821.º, n. 3, do CPC), sobre a ordem de realização da penhora (art. 834.º, n. 1, do CPC) e sobre a possibilidade de substituição ou reforço da mesma (art. 834.º, n. 3, do CPC).

Antes de vermos as novidades introduzidas por esta reforma, e para evitar qualquer equívoco, cumpre antes de mais referir que a mesma não eliminou a duplicidade do processo de conhecimento e de execução, ao contrário do que ocorreu com a reforma introduzida no Brasil.

Fechado este parêntesis, vejamos as novidades introduzidas pela reforma da acção executiva em Portugal.

No Código de Processo Civil anterior, a penhora de imóveis, em sentido estrito, ou seja, enquanto acto de apreensão judicial dos bens, fazia-se por termo no processo pelo qual os referidos bens se consideravam entregues ao depositário (por tradição formal). Termo este que tinha de ser assinado pelo depositário, ou por duas testemunhas quando aquele não pudesse assinar, e no qual se identificava o exequente e o executado, se indicava a quantia pela qual era movida a execução, bem como os números da descrição que os bens tivessem no registo predial ou, quando omissos, os elementos necessários para a sua identificação.

O termo no processo, a que nos acabámos de referir, era antecedido pela nomeação, determinação ou individuação dos bens em que a execução ia recair. E, ainda, pelo despacho judicial ordenatório da penhora – no qual era nomeado o depositário –, bem como pela notificação do referido despacho ao executado. E era seguido pelo registo da penhora, que era solicitado pelo exequente e lavrado com base em certidão do respectivo termo, assegurando-se assim a eficácia da apreensão judicial em relação a terceiros, uma vez que só a partir da data do registo se tornavam (e tornam) inoponíveis à execução os actos de disposição ou oneração dos bens apreendidos.

Também só a partir do registo, era (e é) concedida a preferência ao exequente, para satisfação do seu crédito através do valor dos bens penhorados.

E da realização do registo dependia o prosseguimento da execução, segundo o art. 838.º, n. 6, do CPC.

Actualmente, a penhora de imóveis, no sentido estrito a que nos estamos a referir – enquanto acto de apreensão judicial dos bens imóveis –, realiza-se, nos termos do art. 838.º do CPC, após todas as diligências úteis à identificação ou localização de bens penhoráveis, através de uma declaração receptícia (comunicação) do agente de execução dirigida à conservatória do registo.

Declaração esta cujo conteúdo se traduz na requisição de registo da penhora e que, segundo a lei, pode ser feita pela forma tradicional – o mesmo é dizer, através do preenchimento do modelo aprovado e sua entrega, pessoalmente ou pelo correio –, ou por uma nova forma: a via electrónica.

A este propósito não podemos deixar de abrir um novo parêntesis, para referir que apesar de a lei prever a possibilidade da requisição ser feita por este meio adicional – a via electrónica –, a verdade é que esta requisição só se tornará possível quando o agente da execução tiver a assinatura ou a firma electrónica certificada, quando o documento requisição enviado à conservatória for encriptado e só puder ser aberto através de chave incorruptível e, ainda, quando for

criado uma *interface* que introduza imediatamente o pedido de registo da penhora no livro diário do registo, o que supõe, obviamente, que este passe a ser electrónico.

Fechado o parêntesis, voltemos à comunicação emitida pelo agente de execução.

Emitida, transmitida e recepcionada a comunicação à conservatória do registo, a mesma valerá como apresentação para o efeito da inscrição no registo.

O mesmo é dizer, na nossa perspectiva, que a referida comunicação tem um duplo valor: vale como acto de apreensão e, consequentemente, como título com base no qual pode ser lavrado o registo, e vale como pedido do registo da penhora. E, como tal, deve ser objecto de apresentação no Livro Diário, o correspondente ao Livro de Protocolo Brasileiro.⁶

Portanto, o actual Código de Processo Civil, por um lado, prescindiu de um prévio despacho judicial ordenatório da penhora e respectiva notificação ao executado. E, por outro, substituiu o acto através do qual, tradicionalmente, se fazia a apreensão judicial dos bens – o termo no processo –, bem como o pedido de registo formulado pelo exequente, e, ainda, o título com base no qual se solicitava tal registo – a certidão do respectivo termo – por um único acto: a declaração do agente de execução dirigida à conservatória do registo predial competente.

Como é óbvio, este preceito, ao eliminar qualquer lapso de tempo entre a data em que ocorre a apreensão judicial do imóvel e a data em que é solicitado o registo da mesma, manifesta o propósito do legislador em impedir que o executado, após a apreensão judicial dos bens, ainda os aliene ou onere em prejuízo da execução, uma vez que sendo lavrado o registo a sua data coincide com a da apresentação (cf. art. 77.º do Código de Registo Predial).⁷

6. Efeitos substantivos decorrentes da penhora de um bem imóvel e da subsequente venda em execução (arts. 819.º, 822.º e 824.º do CC)

Do ponto de vista processual, como já referimos, pela penhora são identificados e individualizados os bens que hão-de ser vendidos ou adjudicados para pagamento ao exequente e/ou aos credores reclamantes. Esses bens ficam, por isso, adstritos aos fins da execução, devendo conservar-se e não podendo ser distraídos desse fim.

⁽⁶⁾ No mesmo sentido vide: João Bastos. *A reforma do processo executivo e o registo da penhora*. Disponível em: <http://www.conservadoresdosregistos.pt/trabalhos_estudos/trabalhos_reg_predial.html>.

⁽⁷⁾ Por fim, refira-se que depois de inscrita a penhora, o agente de execução “lavra o auto de penhora e procede à afixação, na porta ou noutro local visível do imóvel penhorado, de um edital, constante de modelo aprovado por portaria do Ministério da Justiça” (cf. o n. 3 do art. 838.º do CPC).

Mas esta função instrumental, meramente processual, não poderia ser cumprida se a lei não reconhecesse à penhora efeitos substantivos. Ou seja, a praticabilidade dos actos ulteriores de adjudicação, venda e pagamento ao exequente dificilmente seria conseguida se não houvesse a certeza de que este acto processual originaria efeitos materiais.

Vejamos, então, quais são os efeitos materiais decorrentes da penhora.

a) A transferência para o tribunal dos poderes de gozo que o executado ou terceiros exerçam sobre os bens.

Em virtude da penhora transferem-se para o tribunal os poderes de gozo que o executado ou terceiros exerçam sobre os bens. De facto, apesar de o executado continuar a ser o proprietário do bem (ou o titular de outro direito real de gozo) até à venda ou adjudicação, com a penhora ele perde os poderes de facto que exercia sobre a coisa, os quais se transferem para o tribunal, sendo constituído depositário o agente de execução (cf. art. 839.º do CPC).⁸

b) Perda do direito aos frutos da coisa penhorada.

O executado perde, com a penhora, o direito aos frutos produzidos pelo bem imóvel apreendido. Efectivamente, segundo o art. 842.º, n. 1:

“A penhora abrange o prédio com todas as suas partes integrantes e os seus frutos, naturais ou civis, desde que não sejam expressamente excluídos e nenhum privilégio exista sobre eles”.⁹

c) A ineficácia relativa dos actos subsequentes de alienação, oneração ou de arrendamento.

Os bens, uma vez apreendidos, deixam, juridicamente, de poder ser alienados, onerados ou dados de arrendamento em detrimento da execução.

Dito de outra forma: os actos de alienação, oneração ou o arrendamento dos bens penhorados, realizados após a data da efectivação da diligência, não produzem efeitos em relação ao exequente, aos credores reclamantes e ao tribunal.

A redacção do art. 819.º do CC nunca deixou dúvidas sobre a questão de saber se um bem penhorado podia ou não ser alienado ou onerado voluntariamente. Pode!

⁸ Mas o executado pode ser fiel depositário, quando o exequente e independentemente de consentimento nas hipóteses previstas por lei. Nestas hipóteses, deve o agente de execução notificar o exequente dessa possibilidade, para que, opondo-se, aponte alternativas para a guarda dos bens (que poderá caber ao próprio exequente ou a outrem por si escolhido).

⁹ Não obstante, segundo o art. 842.º, n. 2, do CPC, os frutos pendentes podem ser penhorados em separado, como coisas móveis, contanto que não falte mais de um mês para a época normal da colheita. E se assim suceder, como é óbvio, a penhora do prédio não os abrange.

Os actos de alienação, oneração ou de arrendamento podem ser praticados e são válidos, só não afectando os fins da execução, face a esta, são ineficazes ou inoponíveis, prosseguindo a execução como se os bens continuassem a pertencer, livres e desonerados, ao executado, a não ser que o registo da penhora seja posterior ao desses actos.

Como os actos de alienação, oneração e o arrendamento, por força da lei, são ineficazes em face da execução desde que praticados ou registados após o registo da penhora, podem ser registados definitivamente, uma vez que o registo da penhora é anterior e prevalece, de acordo com o princípio da prioridade.

Por outro lado, o registo de tais factos aquisitivos não obsta ao registo definitivo da aquisição no processo executivo, não obstante a regra do trato sucessivo ou da continuidade, uma vez que o registo da aquisição no processo executivo é consequência da penhora anteriormente registada e segundo o art. 34.º, n. 2, do Código de Registo Predial: “No caso de existir sobre os bens registo de aquisição ou reconhecimento de direito susceptível de ser transmitido ou de mera posse, é necessária a intervenção do respectivo titular para poder ser lavrada nova inscrição definitiva, salvo se o facto for consequência de outro anteriormente inscrito”.

E, repetimos, como é evidente, o registo de aquisição, no processo executivo, é consequência do registo da penhora, anteriormente lavrado.

Depois da aquisição ocorrida no processo executivo, tais factos (de alienação, oneração ou arrendamento) caducam automaticamente.¹⁰

d) Aquisição, pelo exequente, do direito a ser pago com preferência em face de qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior à custa do valor dos bens penhorados e, consequentemente, aquisição, pelo exequente, de um direito real de garantia.

O credor exequente adquire “o direito de ser pago com preferência a qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior”, à custa do valor dos bens previamente determinados ou individualizados (cf. art. 822.º, n. 1, do CC).¹¹

E dizer que o credor exequente adquire o poder de satisfazer o seu crédito à custa do valor de um bem certo e determinado, com preferência em face dos demais

⁽¹⁰⁾ Posteriormente, veremos o que ocorre com os respectivos registos.

⁽¹¹⁾ Preferência que é perfeitamente compreensível, tendo em conta que o processo de execução deixou de ter, desde 1961, o carácter colectivo universal que revestia em 1939 – e o aproximava da falência ou da insolvência civil –, só admitindo a intervenção dos credores com garantias reais sobre os bens penhorados. Na verdade, a penhora obtida por um dos credores pode ser um benefício para todos os outros, evitando a dissipação dos bens, e é justo que tire desse benefício algum proveito o exequente.

credores, que não beneficiem de garantia real anterior, é, na nossa perspectiva, o mesmo que dizer que o credor exequente adquire um direito real de garantia.¹²⁻¹³

Com a penhora, o credor exequente deixa de ser apenas titular de um direito de crédito, torna-se titular de um direito real que visa assegurar a satisfação privilegiada do direito de crédito com base no qual intentou a acção executiva.¹⁴⁻¹⁵ Direito este que pode ser equiparado, quanto aos seus efeitos, a uma hipoteca.

⁽¹²⁾ No mesmo sentido vide, entre outros: Vaz Serra. "Realização coactiva da prestação (execução – regime civil)". *Separata do Boletim do Ministério da Justiça* 73/82 et seq., Lisboa, 1958; Almeida Costa. *Noções de direito civil*. 2. ed., p. 260; Lebre de Freitas. *A acção executiva à luz do Código revisto*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, p. 218 et seq.; Miguel Mesquita. Op. cit., p. 70; Remédio Marques. *Curso de processo executivo comum à face do Código revisto*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 274 et seq.

⁽¹³⁾ Este direito real de garantia apresenta, no entanto, eficácia limitada, no sentido em que a sua eficácia depende, por um lado, da não verificação de qualquer causa que possa conduzir ao levantamento da penhora e, por outro, da não ocorrência da falência do executado.

Por último, a preferência do exequente cessa – por motivos processuais – se, admitido o pagamento a prestações da dívida exequenda e sustada a execução, algum credor reclamante requerer o prosseguimento da execução, sendo que, notificado o exequente, este desista da penhora (renúncia) – art. 885.º, n. 2, a, do CPC.

⁽¹⁴⁾ O direito real é a relação jurídica através da qual uma coisa fica directamente subordinada ao domínio ou soberania de uma pessoa, segundo certo estatuto, que constitui a fonte não apenas dos poderes que assistem ao respectivo titular, mas, também, dos limites, das restrições e dos deveres que sobre ele impendem.

O fenómeno da realidade traduz-se na subordinação das coisas à soberania das pessoas. No entanto, tal soberania assume gradações diversas nas várias modalidades de direitos reais que a lei admite.

Nos direitos reais de garantia, a referida soberania traduz-se no poder atribuído ao titular do direito de desencadear um acto de disposição e, assim, realizar à custa da coisa um determinado valor (o valor de crédito garantido pela coisa), independentemente da cooperação do proprietário ou mesmo contra a sua vontade. Para, desta forma, satisfazer o seu crédito com preferência sobre os credores comuns, bem como sobre os credores que disponham de uma garantia de grau inferior.

A coisa só está subordinada ao titular do direito real da garantia para esse efeito (realização à sua custa de um determinado valor).

É importante, no entanto, ressaltar que, segundo a lei portuguesa, a venda do objecto da garantia, com vista à satisfação do interesse do credor, tem, salvo em casos excepcionais, de ser executada por intermédio do tribunal (art. 675.º, n. 1, do CC).

Mas o facto de o credor não poder proceder directa e autonomamente à alienação do objecto da garantia não impede a qualificação do seu direito como real (nesse sentido vide: Henrique Mesquita. *Obrigações reais e ónus reais*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 76-78).

⁽¹⁵⁾ O mesmo ocorre na Alemanha de acordo com o § 804 da ZPO.

Na França, na Bélgica e no Luxemburgo, embora os respectivos ordenamentos jurídicos não atribuam de forma expressa e directa um direito de preferência ao credor

7. Harmonização entre os interesses do exequente e os interesses dos demais credores do executado que beneficiem de um direito real de garantia

Quanto à harmonização entre os interesses do exequente e dos demais credores do executado que beneficiem de direitos reais de garantia sobre os bens penhorados, registados em data anterior à do registo da penhora, o direito português, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, optou por um sistema de intervenção destes credores na execução pendente.¹⁶ Caracteriza-se este sistema

que obtém uma *saisie*, acabam por fazê-lo indirectamente, na medida em que não admitem uma posterior *saisie* sobre os mesmos bens a favor de outro credor e não permitem, sequer, que o segundo credor venha reclamar o seu crédito no processo em que a *saisie* é mais antiga (cf. art. 680 do CPC francês, art. 1.571 do Código Judiciário belga, art. 9 da Lei luxemburguesa, de 02.01.1889, e art. 557, n. 1, do CPC luxemburguês). Acresce que o ordenamento jurídico francês e o belga preservem, de forma expressa, que os actos de oneração anteriores ao *commandement* da *saisie*, mas não registados, são inoponíveis ao credor (cf. art. 686 do CPC francês e art. 1.577 do Código Judiciário belga).

Ao invés, em Itália, onde o processo de execução assume carácter colectivo universal, nenhum preceito atribui ao credor exequente (*creditore procedente* ou *istante*) que obtenha o *pignoramento* o direito a satisfazer o seu crédito, com preferência sobre os demais credores, à custa do valor realizado com a venda da coisa.

Em Espanha, por seu turno, onde o processo de execução também assume carácter colectivo universal, segundo o art. 44 da Lei Hipotecária, o credor que obtenha a seu favor anotação de embargo terá, na cobrança do seu crédito, a preferência estabelecida no art. 1.923 do CC. E este preceito, a propósito da referida preferência, dispõe que gozam de preferência na satisfação do crédito, em relação a determinados bens imóveis e direitos reais do devedor, os credores cujos créditos estejam preventivamente anotados no registo da propriedade em virtude de mandamento judicial, por embargos, sequestros, ou execução de sentença sobre os bens anotados, mas apenas em face de créditos posteriores. Por isso, a maioria da doutrina e da jurisprudência considera que a anotação de embargo não dá ao credor que a obtém qualquer preferência em face de credores anteriores e, por maioria de razão, afirma que a referida anotação não prevalece sobre os actos dispositivos anteriores à data do seu registo, mesmo que não inscritos. A anotação só visa garantir as consequências da acção, limitando-se a reforçar o direito de crédito, ao dar-lhe primazia em face de credores ou adquirentes posteriores à anotação, não alterando a natureza do direito para cuja segurança se constitui, nem convertendo em real a acção intentada.

¹⁶⁶ Não se admite que todo e qualquer credor possa reclamar o seu crédito, mas só aqueles cujos créditos, mesmo que ainda não vencidos, estejam assegurados por uma garantia real anterior sobre os bens penhorados na execução (arts. 864.º, n. 3, b e 865.º, n. 1, ambos do CPC) e que disponham de título executivo.

Mas, segundo o art. 869.º do CPC:

“1 – O credor que não esteja munido de título exequível pode requerer, dentro do prazo facultado para a reclamação de créditos, que a graduação dos créditos, relativamente aos bens abrangidos pela sua garantia, aguarde a obtenção do título em falta.

pela possibilidade de os credores com garantias reais sobre os bens penhorados (e só eles) reclamarem os seus créditos, após serem convocados¹⁷ (arts. 864.º, n. 3, b, e 865.º, n. 1, ambos do CPC¹⁸) e de serem pagos, após a verificação e graduação dos créditos, com preferência ao exequente (art. 822.º do CC e 873.º, n. 2, do CPC), que só tenha a seu favor a preferência resultante da penhora.

2 – Recebido o requerimento referido no número anterior, o agente de execução notifica o executado para que este, no prazo de 10 dias, se pronuncie sobre a existência do crédito invocado.

3 – Se o executado reconhecer a existência do crédito, considera-se formado o título executivo e reclamado o crédito nos termos do requerimento do credor, sem prejuízo da sua impugnação pelo exequente e restantes credores; o mesmo sucede quando o executado nada diga e não esteja pendente acção declarativa para a respectiva apreciação.

4 – Quando o executado negue a existência do crédito, o credor obtém na acção própria sentença executável, reclamando seguidamente o crédito na execução.

5 – O exequente e os credores interessados são réus na acção, provocando o requerente a sua intervenção principal, nos termos dos artigos 325.º e seguintes, quando a acção esteja pendente à data do requerimento.

6 – [o actual n. 3] O requerimento não obsta à venda ou adjudicação dos bens, nem à verificação dos créditos reclamados, mas o requerente é admitido a exercer no processo os mesmos direitos que competem ao credor cuja reclamação tenha sido admitida.

7 – Os efeitos do requerimento caducam se:

a) Dentro de 20 dias a contar da notificação de que o executado negou a existência do crédito, não for apresentada certidão comprovativa da pendência da acção;

b) O exequente provar que não se observou o disposto no n. 5, que a acção foi julgada improcedente ou que esteve parada durante 30 dias, por negligência do autor, depois do requerimento a que este artigo se refere;

c) Dentro de 15 dias a contar do trânsito em julgado da decisão, dela não for apresentada certidão.

Não obstante, nos termos do n. 3 do art. 868.º do CPC, “quando algum dos créditos graduados não seja vencido, a sentença de graduação determinará que, na conta final para pagamento, se efectue o desconto correspondente ao benefício da antecipação”.

⁽¹⁷⁾ Segundo o art. 864.º, n. 10, do CPC, “a falta das citações prescritas tem o mesmo efeito que a falta de citação do réu, mas não importa a anulação das vendas, adjudicações, remições ou pagamentos já efectuados, dos quais o exequente não haja sido exclusivo beneficiário, ficando salvo à pessoa que devia ter sido citada o direito de ser indemnizada, pelo exequente ou outro credor pago em vez dela, segundo as regras do enriquecimento sem causa, sem prejuízo da responsabilidade civil, nos termos gerais, da pessoa a quem seja imputável a falta de citação”.

⁽¹⁸⁾ A reclamação, verificação e graduação de créditos ocorre em acção declarativa que corre por apenso à execução, segundo o art. 865.º, n. 4, do CPC, segundo o qual:

“1 – Só o credor que goze de garantia real sobre os bens penhorados pode reclamar, pelo produto destes, o pagamento dos respectivos créditos.

2 – A reclamação tem por base um título executável e é deduzida no prazo de 15 dias, a contar da citação do reclamante.

Esta intervenção destina-se a permitir que esses credores oponham ao exequente, na própria execução instaurada por este, as preferências ligadas às garantias reais que possuem sobre os bens penhorados (art. 604.º, n. 2, do CC) e que lhes permitem ser pagos, com preferência a qualquer outro credor, através do produto da venda desses bens (arts. 865.º, n. 1 e 873.º, n. 2, do CPC) ou da adjudicação destes (art. 875.º, n. 2, do CPC).

Porque, assim é, os credores dotados de garantias reais sobre os bens penhorados não podem deduzir embargos de terceiro à execução, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro.

E os referidos credores devem reclamar o seu crédito, pois, de acordo com o n. 2 do art. 824.º do CC, se não o fizerem verão caducar os seus direitos com a venda judicial.¹⁹

Através deste n. 2 do art. 824.º do CC, o legislador português visou restringir o âmbito do concurso de direitos reais existente sobre os bens alienados para, assim, evitar a depreciação do valor desses bens.

3 – Os titulares de direitos reais de garantia que não tenham sido citados podem reclamar espontaneamente o seu crédito até à transmissão dos bens penhorados.

4 – Não é admitida a reclamação do credor com privilégio creditório geral, mobiliário ou imobiliário, quando:

a) A penhora tenha incidido sobre bem só parcialmente penhorável, nos termos do art. 824.º, renda, outro rendimento periódico, ou veículo automóvel; ou

b) Sendo o crédito do exequente inferior a 190 UC, a penhora tenha incidido sobre moeda corrente, nacional ou estrangeira, depósito bancário em dinheiro, ou

c) Sendo o crédito do exequente inferior a 190 UC, este requeira precedentemente a consignação de rendimentos, ou a adjudicação, em dação em cumprimento, do direito de crédito no qual a penhora tenha incidido, antes de convocados os credores.

5 – Quando, ao abrigo do número anterior, reclame o seu crédito quem tenha obtido penhora sobre os mesmos bens em outra execução, esta é sustada quanto a esses bens, quando não tenha tido já lugar sustação nos termos do art. 871.º.

6 – A ressalva constante do n. 4 não se aplica aos privilégios creditórios dos trabalhadores.

7 – [o anterior n. 3] O credor é admitido à execução, ainda que o crédito não esteja vencido; mas se a obrigação for incerta ou ilíquida, torná-la-á certa ou líquida pelos meios de que dispõe o exequente.

8 – [o anterior n. 4] As reclamações são autuadas num único apenso ao processo de execução”.

⁽¹⁹⁾ Assim, o concurso de credores visa, hoje, expurgar os bens – que hão-de ser adjudicados, vendidos ou remidos – dos direitos reais de garantia que porventura os oneram. Não constitui, como no passado, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, uma forma de cumular execuções contra o mesmo devedor.

8. O cancelamento dos registos dos direitos reais que caducam com a venda executiva

Com a reforma da acção executiva o cancelamento dos registos dos direitos reais que caducam com a venda executiva já não depende de um despacho judicial.

A caducidade dos direitos reais é, agora, um efeito automático da venda executiva e, como tal, está documentada no título de transmissão ou no instrumento de venda. E, sendo assim, nada mais necessitará o conservador para efectuar o cancelamento.

Mas cumpre fazer uma distinção, imposta pelo legislador, sem razão aparente ou de fundo, o cancelamento dos registos dos direitos reais que caducam com a adjudicação dos bens penhorados ou com a venda mediante propostas em carta fechada é efectuado oficiosamente, na sequência da realização do registo de aquisição promovido pelo agente de execução.

Já o cancelamento dos registos dos direitos reais que caducam em virtude da realização das restantes modalidades de venda (venda por negociação particular, venda directa e venda em estabelecimento de leilão) é efectuado a pedido do agente de execução, perante o título da transmissão dos bens. Mas o registo de aquisição é efectuado, nestes casos, nos termos gerais, pelo adquirente.

9. Extinção da penhora

Efectuada a penhora, ela irá, em princípio, subsistir até à venda ou adjudicação do bem penhorado. Extinta a execução deixa de subsistir a penhora.

Mas a penhora pode extinguir-se por causa diferente da venda executiva ou da adjudicação de bens, quer essa causa implique a realização do fim da execução, quer não. Por exemplo, nas seguintes hipóteses:

- substituição da penhora por caução idónea em caso de oposição à execução (art. 834.º, n. 5, do CPC);

- paragem da execução durante seis meses por negligência do exequente (cf. arts. 847.º, 855.º e 863.º, todos do CPC);

- procedência da oposição à penhora (cf. art. 863.º-B, n. 4, do CPC);

- procedência dos embargos de terceiro (cf. art. 351.º do CPC);

- etc.

Assim, cumpre fazer uma distinção consoante a extinção da penhora decorra da venda executiva (na qual incluímos a adjudicação de bens) ou por causa diferente da venda executiva (quer essa causa implique a realização do fim da execução, quer não).

A) No primeiro caso – Extinção da penhora decorrente da venda executiva (ou adjudicação dos bens) – O cancelamento do registo da penhora faz-se com

base em certidão passada pelo tribunal competente que comprove a extinção da execução e a respectiva causa.

Extinta a execução deixa de subsistir a penhora. Assim, comprovada a extinção da execução nada obsta, em princípio, ao cancelamento do registo da penhora.²⁰

Da certidão emitida pelo tribunal deve constar se ocorreu ou não no processo executivo venda ou adjudicação de bens penhorados. Porque, para que o registo da penhora seja cancelado, o conservador tem de estar seguro de que tendo ocorrido venda executiva (ou adjudicação) do bem a aquisição foi previamente registada ou, então, de que tal venda (ou adjudicação) não ocorreu. Dado que, de acordo com o n. 2 do art. 58.º do Código de Registo Predial, o conservador não pode proceder ao cancelamento do registo da penhora sem estar previamente registada a aquisição na execução.

O que se justifica completamente, uma vez que o cancelamento prematuro do registo da penhora pode inviabilizar o futuro registo de aquisição a favor do adquirente na execução. Por exemplo, se o executado alienou o bem penhorado após o registo da penhora e o adquirente solicitou e obteve o registo da aquisição na pendência do registo da penhora, o cancelamento prematuro da penhora inviabilizará, em virtude do princípio do trato sucessivo ou da continuidade das inscrições, o registo da aquisição a favor do adquirente na execução, uma vez que tornará inaplicável a parte final do n. 2 do art. 34.º do Código de Registo Predial.

B) No segundo caso – Extinção da penhora por causa diversa da venda executiva – Cumpre fazer uma distinção consoante a acção ainda se encontre pendente ou não.

Caso a execução já não se encontre pendente, o registo de penhora pode ser cancelado (com base em certidão emitida pelo tribunal competente que comprove que a acção já não está pendente e da qual conste a causa da extinção da execução), nos mesmos termos que acabámos de descrever para o caso de extinção da penhora decorrente da venda executiva (ou adjudicação dos bens).

Caso a acção ainda se encontre pendente, o cancelamento do registo é fundamentado pelo levantamento da penhora. Assim, e neste âmbito, o cancelamento é efectuado com base em comunicação de quem tem competência para o levantamento da penhora. E há, aqui, que distinguir consoante a penhora tenha sido levantada pelo agente de execução, no exercício dos seus

⁽²⁰⁾ Como se comprova a extinção da acção executiva?

Antes da reforma, a execução era julgada extinta por sentença que era notificada ao executado, ao exequente e aos outros credores cujas reclamações houvessem sido liminarmente admitidas (cf. art. 919.º do CPC). E, consequentemente, a referida sentença comprovava a extinção da execução.

Após a reforma, deixou de haver sentença a julgar a execução extinta. A extinção da execução passa a ser um efeito automático dos factos que constituem as causas de extinção, e deverá ser notificada ao executado, ao exequente e aos credores reclamantes.

poderes discricionários, ou conforme o levantamento tenha sido decretado por despacho do juiz.

Na primeira situação, o cancelamento do registo dar-se-á por comunicação do agente de execução à conservatória de registo competente, que efectuará o cancelamento do registo respectivo.

Nas situações em que o levantamento da penhora é efectuado por despacho judicial, a reforma da acção executiva nada alterou: tem o executado o ónus de se dirigir à conservatória competente, requerendo o cancelamento do registo com base no despacho judicial transitado em julgado (cf. art. 101.º, n. 2, f, do Código de Registo Predial).

10. A hipótese de nomeação à penhora de bem registado a favor do executado, mas já alienado a terceiro

Antes de analisarmos a hipótese em apreço cumpre fazer uma introdução breve, uma vez que só assim se pode compreender o seu carácter polémico.

Em Portugal, tal como na França, na Bélgica, em Itália, no Luxemburgo etc., em matéria de constituição e transmissão dos direitos reais, vigora um sistema de título. Ou seja, para que o direito real se transmita ou constitua sobre a coisa, em regra, é apenas necessário e suficiente um título de aquisição, sendo, portanto, desnecessário um modo.

Título de aquisição tem aqui o sentido de fundamento jurídico ou de causa que justifica a aquisição, podendo abranger, em princípio, todas as razões em que se funda a aquisição de um *ius in re*, quer se trate de lei, quer de sentença, quer de acto jurídico, unilateral ou contratual.²¹ E o modo, que entre nós é, em regra,²² desnecessário, traduz-se no acto pelo qual se realiza efectivamente essa aquisição (v.g. a entrega da coisa, o registo).

⁽²¹⁾ O mais habitual é referir-mo-nos ao título quando falamos de actos jurídicos e, mais explicitamente, de contratos, provavelmente porque a lei formula expressamente o princípio da consensualidade para os contratos (cf. art. 408.º do CC português). Daí que habitualmente se defina título como o acto pelo qual se estabelece a vontade de atribuir e de adquirir o direito real.

⁽²²⁾ Dizemos em regra, porque o ordenamento jurídico português, por vezes, exige um modo para que o direito real nasça ou se transmita. É o que ocorre, por exemplo: com o penhor de coisas, que só produz efeitos pela entrega da coisa empenhada (art. 669.º do CC); com o penhor de créditos, que só produz os seus efeitos desde que seja notificado ao respectivo devedor, ou desde que este o aceite, salvo tratando-se de penhor sujeito a registo, pois neste caso produz os seus efeitos a partir do registo (art. 681.º, n. 2, do CC); com a hipoteca, que deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes (art. 687.º do CC e art. 4.º, n. 2, do Código de Registo Predial); com a doação de bens móveis, que só é válida, quando não exista escrito, se for acompanhada de tradição da coisa doada (art. 947.º do CC).

Considerando o sistema jurídico português, o efeito real como causado exclusivamente pelo título, é óbvio que o registo não é, em regra, condição necessária nem suficiente para a aquisição.

Em Portugal, o registo não é condição de existência ou de validade do acto; ele não é pressuposto para que ocorra a constituição ou transmissão do direito cujo facto aquisitivo é publicado.

Em resumo: o registo em Portugal não é, em regra, constitutivo ou criador de direitos,²³ ao contrário do que ocorre no Brasil, onde vigora um sistema de título e modo, sendo o modo o registo, quando em causa estejam bens imóveis.

Mas o registo, em Portugal, assegura ao potencial adquirente que o titular registal ainda não alienou ou onerou o seu direito anteriormente a outrem ou, mais rigorosamente, o registo assegura, ao potencial adquirente, que qualquer transmissão ou oneração que o titular registal haja anteriormente feito não lhe será oponível, desde que ele venha a solicitar primeiro o registo da sua aquisição.

A publicidade registal protege o titular inscrito perante actos (mesmo que anteriores) não inscritos.

De facto, segundo o n. 1 do art. 5.º do Código de Registo Predial:

“Os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo”.

Tentando conciliar esta regra com o princípio da consensualidade consagrado no art. 408.º, n. 1, do CC, por força do qual a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada se dá por mero efeito do contrato, a melhor doutrina afirma que o registo consolida as situações jurídicas emergentes dos actos sujeitos a registo, ao assegurar-lhes a manutenção da sua plena eficácia – interna e externa. E que, consequentemente, na falta de registo, quem seja parte no negócio corre o risco de, com base na situação registal anterior – em relação à qual funciona a presunção de titularidade de direito –, ver constituída e registada a favor de outrem uma situação jurídica incompatível com a emergente do seu negócio e sobre ela prevalecente, na medida em que se beneficia de registo prioritário (cf. art. 6.º do Código de Registo Predial).

⁽²³⁾ Ao invés, no ordenamento brasileiro vigora o sistema de título e modo, consequentemente, a constituição e transmissão de direitos reais dependem de um título – fundamento jurídico ou causa que justifica a aquisição (lei; sentença; acto jurídico unilateral ou contratual onde se estabelece a vontade de atribuir e de adquirir o direito real) e de um modo (acto pelo qual se realiza efectivamente a atribuição ou aquisição, acto através do qual se executa o prévio acordo de vontades).

Assim, no Brasil a aquisição de um direito real fundada em contrato depende não apenas da validade desse contrato, mas ainda da entrega da coisa (tradição) quando em causa esteja uma coisa móvel, ou da inscrição no registo, quando em causa esteja uma coisa imóvel.

O registo português produz este efeito no caso típico de dupla alienação sucessiva da mesma coisa por parte de quem é titular inscrito do direito alienado, quando o segundo adquirente inscreva o negócio aquisitivo antes do primeiro. Mas também o produz sempre que certo acto de aquisição não seja inscrito e um terceiro adquira e registre um direito de outra natureza, incompatível com o emergente daquele negócio não inscrito. Exemplificando: o efeito substantivo do registo tanto se verifica quando *A* aliena a *B* o direito de propriedade sobre o prédio *X* e, de seguida, não tendo *B* registado a aquisição, *A* aliena o mesmo direito a *C*, que regista, como quando *A* aliena a *B* o direito de propriedade sobre o prédio *X* e, de seguida, não tendo *B* registado a aquisição, *A* constitui um usufruto ou uma hipoteca sobre o mesmo prédio a favor de *C*, que regista.

Não obstante, como é evidente, a tutela do terceiro não assume em todos os casos a mesma configuração, pois é determinada pela diferente natureza dos direitos incompatíveis em presença. Assim, no primeiro exemplo, sendo os direitos da mesma natureza, a incompatibilidade é total ou absoluta e, por isso, implica a perda do direito cujo facto aquisitivo não foi registado. Já no segundo, o de registo do facto aquisitivo de um direito de usufruto, é evidente que a incompatibilidade é apenas parcial, não implicando a perda do direito de propriedade não registado, mas impondo ao proprietário não inscrito o peso do usufruto anteriormente registado. O mesmo ocorre no exemplo da hipoteca. Também aqui, a incompatibilidade não é absoluta, porquanto a diversa natureza dos direitos em presença, tendo em conta a nota característica dos direitos reais de garantia, apenas exige que o credor hipotecário seja admitido a fazer valer a hipoteca sem que *B* lhe possa opor o seu direito de propriedade; contudo, uma vez satisfeito o credor hipotecário, o valor remanescente da coisa pertence a *B*, proprietário não inscrito, e não a *A*, que onerou coisa que já não lhe pertencia.

Em resumo: o direito cujo facto aquisitivo não é registado atempadamente não fica necessariamente prejudicado *in toto*, mas na medida em que é incompatível com o direito anteriormente registado.⁽²⁴⁾ Pode dizer-se que o direito só fica prejudicado *in toto* quando é menos amplo do que o primeiramente registado e não pode, por isso, ficar por ele onerado. Ou quando em causa estão direitos com o mesmo conteúdo (salvo quando o respectivo exercício não produz qualquer interferência no outro direito⁽²⁵⁾). Ao invés, sempre que o direito não registado ou sucessivamente registado tem um conteúdo mais amplo do que aquele primeiramente registado, a consequência decorrente do registo é a de ficar aquele onerado com este.

(24) Traduzindo-se o direito real num poder directo e imediato sobre a coisa é claro que exclui qualquer outro "poder directo e imediato" que atinja as faculdades que ele reserva sobre a coisa, mas tal não obsta à possibilidade de compatibilização entre distintos poderes.

(25) É o que ocorre, p. ex., no caso de constituição a cargo do mesmo prédio de duas servidões a favor de prédios diversos.

Salvaguardada esta diferença, nem por isso deixa de existir uma nota comum e essencial nos vários exemplos: a situação jurídica do primeiro adquirente não prevalece em relação à do segundo, e este adquire, consequentemente, um direito que, pelo menos no início, não tinha suporte substantivo, porque adquirido *a non domino*.

A aplicação do art. 5.º do Código de Registo Predial pressupõe um conflito entre pelo menos dois adquirentes, por aquisição derivada, de direitos sujeitos a registo sobre a mesma coisa imóvel, que têm um causante comum.

O registo do segundo adquirente, por força do art. 5.º, supre a ilegitimidade do transmitente derivada de uma anterior disposição válida.

Posto isto, voltemos à hipótese de nomeação à penhora de bem registado a favor do executado, mas já alienado a outrem. Hipótese esta que suscita a seguinte questão:

Terceiros, para efeitos do art. 5.º do Código de Registo Predial, são só aqueles que adquiram do mesmo causante e com base na sua vontade direitos incompatíveis, ou também são aqueles que adquirindo direitos ao abrigo da lei, tenham esse causante como sujeito passivo, ainda que ele não haja intervindo nos actos jurídicos de que tais direitos resultam?

A questão colocada não tem recebido da doutrina e da jurisprudência portuguesa uma resposta unívoca.

Analisemos uma hipótese concreta:

O Banco X promoveu execução contra a Sociedade de Construções Y e nomeou à penhora determinada fracção autónoma de um prédio urbano. A executada constava, no registo predial, como titular do direito de propriedade da fracção.

A penhora foi efectuada e inscrita definitivamente no registo predial, em benefício do exequente.

Contra tal penhora veio um terceiro opor-se, alegando que havia adquirido, através de escritura de compra e venda, à executada, a referida fracção e que, embora tal aquisição não tenha sido por si registada, tinha adquirido o direito de propriedade e passado a exercer a posse correspondente.

*A penhora definitivamente registada prevalece, ou não, sobre o direito de propriedade que, embora não registado, foi adquirido em data anterior?*²⁶

Até 1997, um largo sector da jurisprudência portuguesa respondia negativamente à questão, afirmando que a transmissão do direito de propriedade sobre um imóvel, com data anterior ao registo da penhora de que o mesmo veio a ser

⁽²⁶⁾ O problema é análogo ao de saber se, registado um arresto, ou uma apreensão em processo de falência ou constituída uma hipoteca judicial, os direitos daqui decorrentes prevalecem sobre uma transmissão anterior não registada.

objecto, prevalecia sobre esta ainda que tal transmissão não tivesse sido registada, uma vez que o credor exequente e o titular do direito real não registado não podiam ser considerados terceiros para efeitos do art. 5.º do Código de Registo Predial, ou seja, pessoas que do mesmo autor ou transmitente adquiriram direitos incompatíveis (total ou parcialmente) sobre o mesmo objecto.

De facto, segundo a jurisprudência maioritária, os direitos incompatíveis em presença deviam ter por fonte actos jurídicos sucessivos que assentassem na vontade do mesmo transmitente ou, por outras palavras, actos negociais sucessivos em que interviesse o mesmo causante (concepção restrita de terceiros para efeitos do art. 5.º do Código de Registo Predial).

À posição jurisprudencial a que acabámos de fazer referência opôs-se um grande sector da doutrina e uma corrente minoritária da jurisprudência, negando relevância à referida vontade e afirmando que, embora a segunda aquisição não se possa fundar em um qualquer acto unilateral de um terceiro, basta que em causa esteja um acto jurídico unilateral que o referido terceiro, segundo o direito, possa praticar, por si, ou através da actuação do Poder Público, e que seja oponível ao titular inscrito (v.g. um arresto, uma penhora, uma hipoteca judicial etc.). Concepção ampla de terceiro para efeitos do art. 5.º do Código de Registo Predial.

Esta concepção veio a ser consagrada pelo STJ, em 1997, num acórdão uniformizador de jurisprudência,²⁷ embora com um elevado número de votos discordantes.

À luz deste acórdão, o credor penhorante e o titular do direito de propriedade não registado não podiam deixar de considerar-se terceiros para efeitos de registo do art. 5.º do Código de Registo Predial. E a oposição deduzida pelo proprietário, que não havia procedido ao registo da sua aquisição antes do registo da penhora, não podia deixar de ser julgada improcedente.

Pouco tempo passado, em 18.05.1999, o STJ, através de um novo acórdão de uniformização de jurisprudência, reviu o seu anterior entendimento, assumindo a posição tradicional da jurisprudência²⁸ e adoptando, portanto, a concepção restrita.

⁽²⁷⁾ Publicado no *Diário da República*, p. 1.ª-A, n. 152, de 04.07.1997.

⁽²⁸⁾ Acórdão 3/99, de 18.05.1999, publicado no *DR* – I Série A, de 10.07.1999.

Não obstante, cumpre referir que no texto de fundamentação do acórdão uniformizador, o STJ afirmou que a venda judicial deve ter o mesmo tratamento que a alienação voluntária, para efeitos do art. 5.º do Código de Registo Predial.

Assim, para o acórdão uniformizador, se, por um lado, o credor que, em execução, obteve a penhora e respectivo registo, e o anterior adquirente, que não solicitou o registo da sua aquisição, não são terceiros entre si, para efeitos do art. 5.º do Código de Registo Predial, já o serão, por outro lado, o mesmo adquirente e o arrematante na venda judicial subsequente àquela penhora, que tenha solicitado o registo desta aquisição antes de aquele o fazer.

Logo a seguir, o legislador, através do Dec.-lei 533/99, de 11 de dezembro, veio introduzir o actual n. 4 do art. 5.º do Código de Registo Predial, nos termos do qual “terceiros, para efeitos de registo, são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si”. Desta forma, o legislador parece ter adoptado a concepção restrita de terceiro.

Como já referimos, a posição adoptada pela maioria da doutrina portuguesa é oposta à sufragada pelo STJ.

Em defesa desta posição, a doutrina avança múltiplos argumentos. Dentre eles referiremos apenas alguns:

1. Adoptar a concepção restrita de terceiro implica afirmar que a penhora só é oponível a terceiros após o registo definitivo, mas que, ao invés, são oponíveis ao beneficiário da inscrição da penhora os factos aquisitivos anteriores não registados ou registados posteriormente.

Ora, tendo em conta que quer a penhora quer a aquisição do direito de propriedade sobre o imóvel estão sujeitas a registo, sob pena de inoponibilidade, não se vislumbra por que é que a regra da inoponibilidade deve ser aplicada de forma fragmentária, e sempre em detrimento do credor penhorante.²⁹

2. Com a penhora, o credor exequente deixa de ser apenas titular de um direito de crédito, torna-se titular de um direito real que visa assegurar a satisfação privilegiada do direito de crédito com base no qual intentou a acção executiva. Direito este que pode ser equiparado, quanto aos seus efeitos, a uma hipoteca.

E, porque assim é, quando o executado, antes do registo da penhora, aliena o imóvel a um terceiro que não solicita o registo da sua aquisição, o conflito que há-de ser resolvido não é entre o direito de crédito do exequente e o direito real, não registado, do terceiro, mas sim entre a penhora ou o direito real de garantia por si gerado a favor do exequente – que se tornou público com o registo da penhora – e o direito adquirido pelo terceiro, mas não registado.

Mais, mesmo que o ordenamento jurídico português não atribuisse ao credor exequente, que obtém e regista a penhora, um direito real de garantia, sempre se teria de afirmar que: visando a penhora a vinculação dos bens à satisfação

(29) Cf., entre outros: Vaz Serra. Anotação ao acórdão do STJ, de 11.02.1969, *RLJ*, ano 103.º, p. 165; Anselmo de Castro. *A acção executiva, singular, comum e especial*. 3. ed. Coimbra, 1977, p. 161; Pires de Lima e Antunes Varela. *Código Civil anotado*. 5. ed., Coimbra, 1997, vol. II, anotação ao art. 819.º, p. 92; Antunes Varela e Henrique Mesquita. Anotação ao acórdão do STJ, de 03.06.1992, *RLJ*, ano 126.º, p. 374-384, ano 127.º, p. 20; Almeida Costa. Anotação ao acórdão do STJ, de 15.03.1994, *RLJ*, ano 127.º, p. 212 et seq., p. 216; Lebre de Freitas. Op. cit., p. 216-217; Carvalho Fernandes. Terceiros para efeitos de registo predial, loc. cit., *ROA* 111/1.315, ano 57 (1997); Miguel Mesquita. Op. cit., p. 207 et seq., e p. 214; Miguel Teixeira de Sousa. “Sobre o conceito de terceiros para efeitos de registo. (A propósito do acórdão do STJ 3/99, de 10/7)”, *ROA*, ano 59 (1999), p. 29-46, especialmente a p. 43 et seq.

do direito creditício do exequente ou, mais rigorosamente, a vinculação dos bens ao processo (na medida em que deixam de poder ser alienados em prejuízo da execução), apresenta-se perante o titular dos referidos bens como uma limitação ou gravame, e perante o credor como uma garantia. E, uma vez lavrado o registo da penhora, tal gravame e garantia tornam-se oponíveis aos terceiros que sejam parte de actos de disposição realizados pelo devedor quer na pendência da acção, quer anteriormente, desde que não registados.

3. A tutela do terceiro não pode depender, por qualquer forma, do intuito espoliatório do titular registal, uma vez que não é razoável fazer depender a referida tutela da vontade do titular inscrito. Consequentemente, também não é razoável distinguir a hipótese de aquisição, por diferentes pessoas, de direitos incompatíveis sobre o mesmo prédio por actos negociais sucessivos do titular inscrito e a da mesma aquisição em consequência de acto unilateral de terceiro, intermediado, ou não, pela autoridade pública, e segundo os termos da lei.

De facto: porquê distinguir a segurança do comprador que regista a sua aquisição da do credor que regista um arresto, uma penhora, ou uma hipoteca judicial, quando ambos têm de solicitar o registo sob pena de inoponibilidade?

4. Como consequência da adopção de uma concepção restrita de terceiros, os procedimentos judiciais e a própria justiça perdem credibilidade.

Os compradores em hastas judiciais sabem da pouca segurança da sua aquisição? Faz sentido “perseguir” o devedor? Como se poderão explicar ao cidadão normal os importantes gastos e a lentidão dos procedimentos, sem oferecer a segurança como alternativa?

Não é difícil imaginar o desânimo do credor diligente que, após ter pago advogados, custas de processo, registos etc., se vê preterido por alguém que não registou o seu direito.

5. A concepção restrita de terceiros afecta, inevitavelmente, a certeza e a segurança do comércio jurídico imobiliário, na medida em que implica o regresso ao reconhecimento dos direitos ocultos (que se pretenderam eliminar com a organização dos primeiros sistemas registais), consequentemente, gera uma crise do crédito, em virtude da certeza de que não existem mecanismos idóneos para poder cobrar as dívidas. E esta crise do crédito, a curto ou longo prazo, acabará por se traduzir numa crise económica, uma vez que repelirá o investimento no sector imobiliário, pois é certo que os capitais (nacionais ou estrangeiros) não deixarão de procurar mercados mais seguros. Além de envolver, simultaneamente, uma crise do direito, na medida em que se destroem os princípios objectivos da segurança que sustentam um sistema jurídico.³⁰⁾

³⁰⁾ Lembramos que o princípio da protecção da confiança, ínsito na ideia de Estado de direito democrático, postula um mínimo de certeza nos direitos das pessoas e nas expectativas que lhes são juridicamente criadas, censurando as afectações inad-

Em virtude destes e de outros argumentos, a maioria da doutrina portuguesa afirma ser urgente consagrar, em Portugal, uma concepção ampla de terceiros para efeitos do art. 5.º do Código de Registo Predial, nos termos da qual: “terceiros” são aqueles que adquiram do mesmo alienante direitos incompatíveis, mas também aqueles cujos direitos, adquiridos ao abrigo da lei, tenham esse alienante como sujeito passivo, ainda que ele não haja intervindo nos actos jurídicos de que tais direitos resultam, (v.g. penhora, arresto, hipoteca judicial etc.).³¹

missíveis, arbitrárias ou excessivamente onerosas, com as quais não se possa moral e razoavelmente contar.

⁽³¹⁾ Antunes Varela e Henrique Mesquita, *RLJ*, ano 127.º, p. 20.

1. DOUTRINA NOTARIAL E REGISTRAL

1.5

O ESTATUTO DO IDOSO E A FUNÇÃO NOTARIAL

ROGÉRIO MARQUES SEQUEIRA COSTA

Notário e registrador do 1.º Ofício da Comarca de Itaocara – RJ, desde 1998.

Foi escrevente substituto do 2.º Ofício e Registro Civil da Comarca de Passa Tempo – MG; Advogado e Escrivão Judicial do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte. Participa como membro da Academia Notarial Americana, órgão da União Internacional do Notariado Latino. Associado do Colégio Notarial do Brasil; Anoreg; do Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil; do Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil; e Instituto do Registro Imobiliário do Brasil.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A norma positiva especial – Lei Federal 10.741, de 1.º.01.2003 – 3. A função notarial como objeto de proteção dos direitos sociais da pessoa idosa – 4. A responsabilidade civil, administrativa e penal dos notários e registradores – Bibliografia.

1. Introdução

A abordagem do tema relativo à pessoa idosa é, sem sombra de dúvida, matéria atual e emergente, a merecer de todos os profissionais do direito, diuturnamente, cautela no trato com tais interesses. Os notários e registradores não escapam ao regramento positivo, então trazido pelo novel Estatuto, e são, talvez, seus principais “atores”, personificados no mister de zelar pelo estrito cumprimento de seu dever legal.

É com este propósito que terminei por escrever este artigo, aproveitando da experiência vivenciada em meu ofício de Tabelionato e de Registros, à frente de tão diversas situações há quase oito anos. O convívio especial com as pessoas especiais e carentes de algum tipo de informação é que faz do notário ou registrador um agente público especial, pois somente a ele é dado o poder-dever de conferir aos atos negociais a verdadeira fé pública e segurança jurídica que toda sociedade democrática de direito espera para produção dos efeitos legais e como objeto da Paz Social.

2. A norma positiva especial – Lei Federal 10.741, de 1.º.01.2003

O Notariado e os Registros Públicos têm como função precípua, delegada pelo Estado a de conferir e certificar segurança jurídica, sob o manto da fé pública, aos atos negociais almejados pelas partes e pela comunidade dos nacionais e não-nacionais.

O Código Civil de 1916, em seu art. 81, com referência semelhante no art. 104 do CC/2002, prescreve os requisitos essenciais para a validade dos atos jurídicos ou negócio jurídico, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei. Ora, como primeiro requisito é a capacidade civil das partes. Atualmente, o menor de 18 anos não emancipado é relativamente incapaz e o menor de 16 anos absolutamente incapaz, assim como absolutamente incapazes são os portadores de enfermidade ou deficiência mental ou aqueles que possuam incompleta incapacidade de discernimento dos atos da vida civil. Estes são os que dependem de representação legal.

O ato ou negócio jurídico também deve recair sobre um objeto que seja possível, lícito e determinado ou determinável, não merecendo amparo legal, em nosso ordenamento positivo, por exemplo, a venda de lote na lua, haja a impossibilidade absoluta do objeto. E, por fim, merece esclarecimento a forma prescrita em lei, isto é, a maneira e a forma por que o ato se realiza devem ser observados. Se ao ato é devida a forma pública, como o pacto antenupcial, vale dizer que deve ser redigido por um notário ou oficial público.

Há muito tempo é destacável (CC/1916, art. 134, e CC/2002, arts. 108 e 215, § 2.º) que qualquer pessoa impossibilitada de assinar por não saber fazê-lo, ou não conhecer o idioma pátrio, deve solicitar outra pessoa que o faça em seu nome, a seu rogo. Rogar é pedir a alguém que assine em lugar daquele que não o possa fazer, e, esta clemência, sempre será mediante documento público notarial, diante de um profissional público, portanto terceira pessoa do negócio jurídico, que intervém e diante de cuja intervenção é feita a leitura e apostas as impressões digitais, certificando e qualificando a pessoa impossibilitada de assinar e aquela a quem é rogada. Inadmissível no direito pátrio por outra forma particular, pois esta carece, nestas circunstâncias, de proteção e segurança jurídica almejada ao ato. Imaginem que um analfabeto ou pessoa idosa possa emprestar suas impressões digitais para diversos atos particulares, inclusive com desfazimento patrimonial. Estaríamos aí diante de um caos sem fronteiras.

Eis um paralelo que será objeto de nosso estudo e reflexão, e sobretudo diante do novel Estatuto do Idoso.

A Lei Federal 10.741, de 1.º.10.2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, e com vigência em 1.º.01.2004, ou melhor, 90 (noventa) dias a partir de sua publicação oficial, prescreveu, dentre outros aspectos, alguns que merecem especial comentário, como a intervenção nos citados atos negociais.

Dita o art. 1.º do citado Diploma Legal: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. Notemos bem a idade estabelecida pelo legislador de 60 (sessenta) anos para especial proteção da Lei (infraconstitucional), com guarda à Constituição Federal de 1988.

Adiante, veremos os princípios norteadores de especial proteção. Assim dita o art. 2.º, *verbis*: “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa

humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”. Ficam patentes os direitos e garantias fundamentais assegurados no art. 5.º da CF/88, que, por Lei Especial, abarcam princípios especiais de proteção ao idoso, que é toda pessoa maior de 60 (sessenta) anos. Assim, temos o direito à saúde, à aposentadoria, aos planos de previdência, seguro e saúde, à liberdade de ir e vir, o respeito à sua integral dignidade, como pessoa humana, à participação em eventos e cursos de aperfeiçoamento intelectual, social e espiritual, diga-se de passagem, à liberdade aos cultos religiosos, e mais esta mera perfeição moral. Creio que, neste diapasão, o legislador ordinário preferiu reforçar o direito à dignidade e ao convívio social.

Em face dos princípios, que são diversos, este ente “idoso” (idoso, também, pela experiência, pelas marcas do trabalho deixadas e pelo legado cultural) é portador de inúmeros direitos e prerrogativas, haja vista as garantias preceituadas no par. ún. do art. 3.º da Lei em comento, tais como: atendimento preferencial, preferência na execução de políticas sociais públicas, privilégio nos recursos públicos, dentre outros.

Não fogem razões especiais a pessoas tão especiais, e não deixa de merecer oportuno destaque nos atos, prática e função notariais. O notário, a quem é dado redigir e dar forma imparcial e correta aos atos negociais, também deve zelar pela correta observância dos dispositivos legais.

Ora, não foram poucos os momentos em que o notário, no seu dia-a-dia, veio a atender pessoas idosas em diversas situações e, para a devida intervenção pública notarial, com isenção de ânimo e de interesses antagônicos, ora na venda de bens, doação ou testamento, ora na outorga de mandatos para administração de bens e interesse do idoso.

Com enfoque nos atos negociais, é muito importante fazer alguns esclarecimentos de atos que, se não observados, ensejam a prática de um ilícito penal punível na forma da lei, além da nulidade do ato (art. 166 do CC/2002). É o próprio Estatuto do Idoso que normatizou tais fatos típicos e antijurídicos. Veja-mos cada qual.

“Art. 95. Os crimes definidos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, não se lhes aplicando os arts. 181 e 182 do Código Penal.

Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso às operações bancárias, aos meios de transportes, *ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade:*

Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo.

§ 2.º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) se a vítima se encontrar sob os cuidados ou responsabilidade do agente.

Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1.º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2.º Se resulta a morte:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Art. 100. Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa:

I – *obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade;*

II – *negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho;*

III – *recusar, retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar assistência à saúde, sem justa causa, a pessoa idosa;*

IV – *deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;*

V – *recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.*

Art. 101. Deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida nas ações em que for parte ou interveniente o idoso:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 102. *Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade;*

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Art. 103. *Negar o acolhimento ou a permanência do idoso, como abrigado, por recusa deste em outorgar procuração à entidade de atendimento:*

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1(um) ano e multa.

Art. 104. *Reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão do idoso, bem como qualquer outro documento com objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívida:*

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

Art. 105. *Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso:*

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Art. 106. *Induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente:*

Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Art. 107. *Coagir, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração:*

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art. 108. *Lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal:*

Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos” (grifos do autor).

Longe de analisar a dicotomia e tipologia penal previstas no novel Estatuto, o legislador, com uma técnica simplista, pretendeu estender à norma especial diversas situações típicas, que passaram a ser constituídas tipos penais. À primeira vista, temos que todas estas situações são emergenciais e de caráter público, e, portanto, pública e incondicionada é a ação cujo titular, em qualquer hipótese, é o Ministério Público (art. 95). Não se pode falar em renunciabilidade ao direito de pretensão punitiva do Estado. Os fatos que traduzem ofensa ilícita, injusta e antijurídica ao idoso são mormente de ordem pública, sendo que o art. 110, ao modificar o art. 61 do CP, faz caracterizar, quando não um tipo especial, uma conduta agravante ao delito praticado.

3. A função notarial como objeto de proteção dos direitos sociais da pessoa idosa

Em seguida a esta exposição, com ênfase nos dispositivos legais, destacamos aqueles que, de uma forma ou de outra, estão intimamente ligados à função notarial ou registral. É da técnica do direito penal brasileiro que a todo tipo previsto em lei (princípio da legalidade) tem por termo inicial um verbo reitor, isto é, aquele que designa a atitude ilícita e culpável. Por exemplo: discriminar (é o verbo reitor designando o ato de diferenciar, deixar à margem, discrimina-

tório de algo...). Assim, pune-se a discriminação do art. 96, como: (...) *ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade*. Aqui, também, interessa a atividade notarial e registral, pois ao idoso não se pode negar a prática das contratações de um modo geral. Ele está apto a contratar com alguém uma locação mercantil, e cujo instrumento locatício seja levado a registro, como também poderá contratar uma doação pura e simples ou com encargos, adquirir determinado bem, por meio da compra e venda etc.

Fala-se em idoso, repita-se, toda pessoa maior de 60 (sessenta) anos, por definição legal. E, portanto, é rotina cartorária o atendimento a pessoas idosas nas mais diversas situações, haja vista que estão, a cada dia, em condições fragilíssimas e merecedores de instrumentos protetórios.

Menciona o art. 100: “(...) obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade (...)”. A tais pessoas, estando aptas à atividade civil, não pode ser negado o acesso ao exercício de cargo ou função públicos. Aprovadas em concurso público, devem ser nomeadas, sob responsabilidade penal e administrativa da autoridade pública que lhes negar tal acesso. A Lei 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da CF/88, no tocante às delegações notariais e de registro, previu a aposentadoria facultativa, fato este que tem sido embate nos Tribunais.

4. A responsabilidade civil, administrativa e penal dos notários e registradores

Certa vez, abordados em nossa notaria, afirmamos categoricamente, à luz desta legislação especial, que as entidades e casas de asilos ou similares estão obrigadas ao estrito cumprimento do diploma positivo em comento, a crivo de responsabilidade civil e penal, como, por exemplo, a limitação de gastos dos proventos de cada interno em até 70% (setenta por cento), ficando o resto depositado em favor do mesmo asilado, mediante contrato escrito com o idoso ou seu representante legal (art. 35). Entendemos que não podem ser gastos mais do que 70% do ganho de cada interno. Ou melhor, se determinada entidade possui 10 internos com percepção de 1 salário mínimo cada e outro com percepção de 10 salários mínimos, ainda que este tenha despesas de 1 salário mínimo e os demais ultrapassem o teto mínimo, de todos o limite expresso é de 70%, individualmente, ressalvando que o Poder Público suprirá a manutenção das despesas da entidade. Ao dirigente desses estabelecimentos, do representante legal ou mandatário do idoso fica a responsabilidade prevista no art. 102: *Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade*. Note-se a presença dos verbos “apropriar-se” (ter para si) e “desviar” (modificar ou inverter o destino).

Aconselha-se nos mandatos de lavra notarial a inserção da cláusula de “prestação de contas” pelo mandatário ao mandante, ou seu representante legal, ou, se for o caso, à autoridade judicial ou ao Ministério Público.

Outra atitude que, de maneira leviana, ocorre é a coação ou imposição de mandatos, como ingresso às entidades protetivas e de internatos a tais pessoas. Ora, não se pode obrigar o idoso a outorgar mandato nem vinculá-lo a prévio pagamento, e quando este não puder ser feito, neste caso, o Poder Público assumiria o ônus, a nosso pensar. Tal atitude negativa é fato punível: “(...) negar o acolhimento ou a permanência do idoso, como abrigado, por recusa deste em outorgar procuração à entidade de atendimento (...)”. Hipótese que se responsabiliza também o notário, na prática de ato impositivo ou de coação, para a devida permanência ou acolhimento. Quem não tiver atitudes altruísticas e filantrópicas não pode estar à frente de entidades geriátricas, por mero deleite social ou político.

“Art. 104. Reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão do idoso, bem como qualquer outro documento com objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívida (...)” Eis outra prática abusiva que vinha ocorrendo para custear diversas despesas pela retenção do cartão bancário do idoso, ora por dirigentes de entidades, ora por parentes e representantes legais, e até mesmo delegatários, a pretexto de recebimento de seus emolumentos, e, portanto, em face do referido diploma legal também considerado como ilícito penal punível.

“Art. 106. Induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente (...)” Outra cautela que deve ser tomada pelo notário é se a pessoa “idosa”, como qualquer outra, tem realmente discernimento para expressar sua vontade. Discernir, isto é, consentir com distinção ou entendimento natural do que se queira praticar e perceber o alcance das reais conseqüências do ato. Ora, aquele que não possui inteiro entendimento ou percepção do ato não está apto a tratar um negócio jurídico. A Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem aconselhado os notários a arquivarem, no mínimo, 2 (dois) atestados médicos.

A percepção ou entendimento amplo de um ato ou negócio deve ser analisada sob diversos prismas naturais e humanos, tal como a possibilidade de manifestar o discernimento por qualquer um dos sentidos vitais: a audição, a fala ou expressão verbal, a visão, o olfato e o tato. Se através desses sentidos, ainda que apenas um deles, a pessoa pode manifestar seu entendimento, válido seria o negócio jurídico. Ao notário diligente é dado verificar e certificar a ocorrência destes aspectos, sem ônus maiores à parte interessada, sempre com o fito de aprimorar o ato e conceder plena segurança jurídica. É bom reportar que, em certa ocasião, chamado para a lavratura de um mandato de pessoa idosa que desejava outorgar poderes a parente, com a finalidade de percepção de seus proventos previdenciários, esta apenas reportou sua manifestação através de gestos e sinais, pois não conseguia andar, falar e assinar, embora ouvindo as perguntas que lhe eram feitas. Encerrado o ato, foram certificadas, cuidadosamente, todas as ocorrências verificadas naquela oitiva notarial, colhendo a impressão digital (tinta apropriada) da referida pessoa enferma, com assinatura “a rogo”, solicitada por ela, através de gestos, que o fizesse em seu próprio interesse.

Por outro lado, ainda em comento ao dispositivo em questão, não se pode conceber que o mandato, público ou particular (este, com reconhecimento de firma!), seja outorgado por indução, coação ou constrangimento, vícios estes que afetam a vontade livre e consciente do contratante, afetada de nulidade e fulminada com o manto, agora, da ilicitude penal, tendo como sujeito passivo especial pessoa idosa e tutelada pelo direito objetivo.

“Art. 107. Coagir, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração (...).” Neste dispositivo, nota-se que a preocupação do legislador é banir a manifestação viciada de consentimento, por meio da coação, que, além de nulificar o ato (art. 166 do CC/2002), também fica revestido de ilicitude penal punível. É bom distinguir mandato de procuração. Pela doutrina clássica, mandato (do latim *mandamus*: de mãos dadas, mandante e mandatário) é negócio jurídico ou contrato em que uma pessoa outorga a outra poderes para que esta (mandatário) desempenhe-os em nome do mandante, à sua custa ou não, por certo prazo ou finalidade, e procuração é o instrumento que formaliza o mandato (contrato). Assim, conclui-se viciada a procuração dada de forma coercitiva e, especialmente, em desfavor à pessoa idosa para pactuar doação, contratos onerosos, testamento, sendo este, a nosso pensar, personalíssimo do testador. Não se vislumbra, em hipótese alguma, a possibilidade de testamento feito por procurador especial, ainda que sem o vício de consentimento, na modalidade de coação, tendo sido, quanto a este ato de testar, uma redundância reforçada do legislador, pois se trata, repetindo, de ato personalíssimo.

A coação, como uma das formas de defeito do negócio jurídico, está amplamente conceituada no art. 151 do CC, valendo a reprodução: “A coação, para viciar a declaração de vontade, há de ser tal que inculta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou aos seus bens. Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação”. Além da tipicidade elucidada no diploma especial, o novel Código Civil, em seu art. 152, aprecia circunstância elementar ao caráter da “idade” do coacto, *verbis*: “No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela”.

“Art. 108. Lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal (...).”

Neste dispositivo, cautela redobrada ao notário ou seu preposto, pois somente ele é sujeito ativo do tipo penal especial em questão, tendo em vista que o autor da lavratura do ato notarial é o próprio delegatário, oficial público dotado de fé pública, interposta pessoa no negócio jurídico. Valendo-se da fé pública e da segurança jurídica, este dispositivo veio reforçar ainda mais as garantias sociais do ato notarial, revestindo-lhe de confiabilidade. E é por isso que é dada total diligência ao notário, a fim de que evite, diuturnamente, a prática de qualquer ato a quem não tenha, como visto alhures, discernimento ou entendimento

do negócio ou ato. E, portanto, sendo incapaz absolutamente de manifestar sua vontade, a esta pessoa será dado um representante legal, por decisão judicial, na figura de um curador, ainda que transitória a enfermidade ou efêmera a impossibilidade de manifestação de vontade livre e consciente.

Outrossim, para que o ato seja formalizado, às expensas do notariado, é mister que se coadune com os requisitos essenciais de sua validade, previstos no art. 104 do CC/2002: “Agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita e não defesa em lei”.

Bibliografia

BRASIL. Lei Federal 10.741, de 1.º de janeiro de 2003.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

1. DOUTRINA NOTARIAL E REGISTRAL

1.6

O REGISTRO IMOBILIÁRIO. AUTONOMIA FINANCEIRA E AUTOGESTÃO*

MARÍA RAQUEL LAGUILLO MENÉNDEZ-TOLOSA

Registradora da propriedade em Madrid, Espanha.

A finalidade desta palestra é explicar a organização e o funcionamento de um registro imobiliário espanhol em seus diferentes aspectos organizacionais e econômicos.

Para isso, dada nossa condição de juristas, optei por seguir o esquema clássico utilizado na Espanha para o estudo das diferentes instituições jurídicas e, particularmente, para o estudo dos contratos, distinguindo entre os diferentes elementos pessoais, reais e formais que entram em discussão em um registro da propriedade, fazendo uma prévia introdução sobre as vantagens e inconvenientes que o sistema organizacional do registro espanhol oferece ao funcionamento da Administração Pública.

Após explicar os meios pessoais e reais que configuram o registro, explicarei os meios econômicos (formais, por meio dos emolumentos que permitem essa estrutura e o seu funcionamento). Farei um resumo das últimas tecnologias introduzidas para a modernização da publicidade registral, explicando o principal papel desempenhado pelo nosso colégio profissional.

Também farei uma breve referência às repartições de arrecadação como integradas ao registro, que facilitam a liquidação dos emolumentos e supõem uma outra delegação do poder estatal.

Terminarei falando sobre a eficácia que o sistema demonstrou em meu país ao longo de quase um século e meio sem muitas mudanças significativas.

Gestão do registro

Em várias ocasiões, durante os diferentes Congressos Internacionais de Direito Registral, foi destacada a questão sobre a eficácia do sistema registral espanhol.

Porém, aqui, não vamos falar de questões jurídicas, apenas de questões organizacionais, pois a eficácia do sistema espanhol depende, em grande medida, não só dos princípios hipotecários e da política legislativa adotada e seguida até os

(*) Trabalho apresentado no V Encontro Ibero-americano de Direito Registral. La Antigua, Guatemala, 11 a 14 de setembro de 2006. Tradução: Eloísa Cerdán.

dias atuais, mas também do bom funcionamento do registro, da eficácia e rapidez do trabalho realizado e da eficiência na gestão dos meios disponíveis, tudo isso derivado de uma autonomia financeira que garante a independência do registrador com relação ao Estado, tanto em sua qualificação quanto no momento de organizar seus meios de produção para melhor satisfazer a clientela registral.

Sabemos que o cartório de registro é uma parte da organização administrativa do Estado. Porém, esta dependência do Estado, como garantia dos direitos privados que publica o registro, pode ter diferentes graus, desde a dependência mais intensa, como a dos funcionários, até a mais leve, como no caso do registro espanhol.

O problema fundamental que apresenta a dependência mais intensa é a burocracia. A administração caracteriza-se por ser burocrática e, por outro lado, para ser eficaz, o registro não pode sê-lo.

Efetivamente, Alejandro Nieto define a burocracia como uma peculiar estrutura de poder por meio da qual uns indivíduos – os burocratas – participam das decisões de uma organização graças a sua qualidade de manipuladores de um determinado sistema de gestão chamado burocrático.

A *burocracia nasce* para alcançar a eficiência técnica, porém, com o tempo, a técnica burocrática degenera-se em rotinas prejudiciais. A burocracia nasce para ser eficaz, mas sua própria rotina gera a ineficácia.

A burocracia se estrutura por meio de algumas regras, concebidas originalmente como um meio, no sentido de que garantem a previsibilidade das condutas. Porém, com o tempo, as regras convertem-se em um fim em si mesmas, provocando rigidez e incapacidade de adaptação às mudanças.

Nos países modernos, a burocracia é indispensável para o funcionamento do complexo aparato administrativo. Mas isso não quer dizer que o funcionamento seja eficaz ou, ao menos, tão eficaz quanto outros sistemas.

No entanto, a intensidade dos efeitos prejudiciais da burocracia está mais ou menos freada em função do maior ou menor papel atribuído à empresa privada na livre economia de mercado. À maior liberdade, menor burocracia e vice-versa.

Os países ocidentais que melhor escaparam da rigidez burocrática são os que, sem privar o Estado da titularidade de determinados serviços públicos, deixaram em mãos privadas a prestação dos indicados serviços para sua melhor eficácia.

O melhor exemplo disso é o registro público imobiliário que se caracteriza por sua estrutura empresarial e privada sem, portanto, perder seu caráter de serviço público.

A estrutura independente estima-se no fato de que os registradores não dependem dos Orçamentos Gerais do Estado para organizar seu Cartório de Registro, eles gozam de independência tanto na hora de cobrar pelos seus serviços, por meio de um emolumento fixado pela administração, quanto na de administrar os meios econômicos, pessoais e materiais de que dispõem, derivados dessa receita não orçamentária.

Efetivamente, o art. 274 da Lh define o registrador espanhol como um *funcionário público* para todos os efeitos legais, cuja missão é *fiscalizar*, ou seja, controlar a legalidade dos atos jurídicos que pretendem alcançar os benefícios da publicidade registral.

Para que o registrador não se veja coagido em sua fiscalização, deve gozar de independência e, em contrapartida, *realizar suas atribuições "sob sua responsabilidade" sem poder consultar seus superiores em referida matéria.*

Porém, além de funcionário, o registrador espanhol é um *profissional*, já que, com sua atividade, participa na criação e no desenvolvimento do Direito; e o art. 294 da Lh dispõe que receberão seus honorários conforme o *emolumento* aprovado pelo Ministério da Justiça e custearão seus *gastos necessários para o funcionamento e conservação dos Cartórios de Registros.*

Neste aspecto profissional e empresarial, o que nos interessa ressaltar é o que permite a autonomia financeira do registrador espanhol e, conseqüentemente, a sua gestão.

Recapitulemos.

Explicamos que, nos países modernos, a burocracia é indispensável para o funcionamento do aparato administrativo.

As próprias regras em que consiste a burocracia geram a ineficácia do sistema porque ele é tão imenso e deve prever tanta quantidade de suposições que até os aspectos mais insignificantes são regulados, com uma série de controles que vão desde as instâncias inferiores até as mais altas. Isso se converte em uma limitação que impede a adaptação às mudanças de circunstâncias e aos imprevistos, gerando perdas de eficácia e ineficiência econômica.

Por outro lado, a organização privada é ágil e eficaz porque deve resolver os problemas à medida que são apresentados, sob pena de incorrer em ineficiência econômica e perda de competitividade, com as conseqüências que pode implicar no âmbito de conta de resultados.

Portanto, quando o Estado quer ser eficaz, mantendo a titularidade do serviço, estrutura esse serviço com caráter privado a fim de gozar dos benefícios gerados por esse sistema.

Com esse propósito, os registros espanhóis, sem deixar de depender do Estado e, dentro dele, do Ministério da Justiça, são organizados e administrados como empresas privadas, gerando eficiência, rapidez e eficácia.

Por isso, o registrador espanhol, sem deixar de ser um funcionário público, como assinalamos anteriormente, é também um empresário que goza de independência no momento de estruturar seu registro.

Com isso, vamos falar dos diferentes elementos que compõem um registro da propriedade espanhol, segundo a classificação que mencionamos anteriormente, ou seja, elementos pessoais, reais e formais.

Organização empresarial do registro

Elementos pessoais

O primeiro elemento pessoal é o próprio *registrador*. Ele deve ser contemplado a partir de diversas perspectivas:

- *Funcionário*. Como dissemos anteriormente, o registrador espanhol é um funcionário público. Para ser registrador, é preciso ser aprovado em um concurso público, cujo programa é estabelecido por disposição legal e apresenta uma série de requisitos legais, que foram tema da palestra da minha colega Isabel Cabra.

Porém, é um funcionário *sui generis* porque, se bem depende organicamente do Ministério da Justiça, organizacionalmente é totalmente autônomo, sem prejuízo de que o Colégio de Registradores, para facilitar o trabalho de seus colegiados e como todo colégio profissional, ajude na regulamentação de determinados aspectos que veremos (como compras de livros oficiais, mobiliário, elaboração de programas de informática etc.).

Esse tipo de funcionário manifesta-se em determinados aspectos dos quais vale a pena destacar os seguintes:

- o primeiro, já mencionado, é que o acesso ao corpo de registradores é realizado mediante a aprovação em *concurso público*, ajustado ao regulamento redigido pela DGRN. Os aprovados constituem o Corpo de Candidatos cuja nomeação como registradores efetivos é realizada pelo Ministério da Justiça;

- a forma de administração do *Cartório de Registro* está regulamentada na Lei e no Regulamento Hipotecário de 08.02.1946 e 14.02.1947, conforme os arts. 238 a 258 e 356 a 436, respectivamente;

- como funcionário desfruta de *mobilidade de vaga*, ou seja, ele pode servir qualquer registro espanhol seguindo unicamente o critério do estrito tempo de carreira no ato de ocupar a vaga que sai para concurso;

- esse critério de mobilidade dá margem para que, nos períodos em que um Cartório de Registro está livre, deva encarregar-se do mesmo, em caráter *interino*, outro registrador, que tem o direito e a obrigação de conduzir seu próprio Cartório de Registro e o que lhe corresponde, segundo um quadro oficial de interinidades, assumindo o mesmo papel que um registrador titular em todos os aspectos (atua como empresário, empregador do pessoal do Cartório de Registro vago, emite as notas com seu NIF (Número de Identificação Fiscal), paga a Previdência Social etc.) e unicamente lhe correspondem determinadas limitações em matéria de contratação de pessoal e na realização de gastos do cartório de registro, porque os *lucros líquidos* das interinidades são divididos, em cinquenta por cento, entre o registrador interino e o Colégio.

- *Profissional*. Até a última regulação sobre a matéria, que dispõe sobre a isenção das pessoas físicas, os registradores eram obrigados a pagar licença

fiscal, denominada, posteriormente, como emolumento de atividades econômicas, o que evidencia que, para efeitos fiscais, essa atividade é considerada como uma *atividade empresarial*.

Outras manifestações tributárias deste caráter profissional são dadas:

- na obrigação de estar registrado em órgãos fiscais para efeitos do IVA;
- na tributação do IRPF, ele recebe o mesmo tratamento que outros profissionais como advogados ou arquitetos, com obrigações de pagamentos fracionados trimestrais, retenções de Imposto quando o sujeito passivo de fatura é um profissional, tributação como atividade empresarial em IRPF etc.;
- no âmbito municipal, não sendo o local onde se realiza a atividade propriedade do Estado – nos elementos reais falaremos dos locais – devem ser pagos os correspondentes impostos (licença de funcionamento, primeira ocupação etc.).

• *Empresário empregador*. Como profissional, empresário é empregador mantendo uma relação trabalhista – sobre a qual falaremos a seguir – com o pessoal do cartório de registro que se manifesta:

- na obrigação que tem de celebrar contratos sujeitos ao acordo coletivo que mencionaremos e à *legislação trabalhista* vigente com o novo pessoal que contrata;
- nas *obrigações fiscais* que possui com relação a seus *empregados*, realizando as retenções impostas pela lei do IRPF aos profissionais sobre os salários de seus trabalhadores;
- na obrigação de filiar-se ao Regime Geral da *Previdência Social* como qualquer empresário;
- nas obrigações que lhe são impostas em matéria de *Prevenção de Riscos Trabalhistas*, contratando empresas especializadas para essa prevenção.

O segundo elemento pessoal são as pessoas que trabalham nos registros. Essas pessoas recebem o nome de *pessoal auxiliar* e, como já dissemos anteriormente, a relação desse pessoal com o registrador é puramente trabalhista.

Natureza da relação jurídica com os empregados

Durante alguns anos foi discutido se o pessoal auxiliar tinha uma relação de empregado-patrão com o registrador. Esse assunto foi solucionado definitivamente com uma STS de 1990, que assinalava inequivocamente o caráter trabalhista da relação pelos Tribunais. Isso deu lugar a uma reorganização do que já existia até aquele momento e uma obrigação de adaptar-se aos pronunciamentos jurisprudenciais que se traduziu, fundamentalmente, na assinatura do *primeiro Acordo coletivo*, no dia 29.07.1992, entre os sindicatos representantes dos trabalhadores e a Associação Profissional dos Registradores criada para esse propósito.

O Acordo coletivo dispõe em seu art. 1.º que a relação entre o registrador e seu pessoal é trabalhista, regendo-se pelas normas contidas no indicado acordo e, suplementarmente, pela legislação trabalhista aplicável.

O acordo trata de regular todos os aspectos da relação empregados-registrador, dispondo que corresponde ao registrador:

- decidir o pessoal que precisa para exercer adequadamente sua atividade profissional;
- organizar e distribuir o trabalho;
- realizar o trabalho sob a dependência e responsabilidade do registrador.

A forma para *começar a trabalhar em um cartório de registro espanhol* é muito simples. Quando o registrador precisa de alguém, contrata a pessoa que considera mais idônea para o cargo vago e assina um contrato trabalhista sujeito à legislação vigente no momento.

O pessoal do Cartório de Registro pode ser de dois tipos:

- temporário;
- fixo.

• *O pessoal temporário.* São as pessoas contratadas por um período de tempo determinado para trabalharem temporariamente em momentos ocasionais de aumento de trabalho por diversos motivos como: aumento da apresentação de documentos, recuperação de arquivos quando necessários etc.

O contrato que é assinado com esse pessoal está adequado aos restritivos meios que a legislação trabalhista espanhola permite, em função do tipo de trabalho a ser realizado e da qualificação profissional do trabalhador (contratos de estágios, contrato temporário por acúmulo de trabalho, contrato para substituição de uma pessoa por um período determinado de tempo como férias ou licença-maternidade etc.).

• *O pessoal fixo.* É o pessoal vinculado por uma relação de caráter indefinido. Existem as seguintes categorias:

– *subalternos*, considerando como os auxiliares, os mensageiros ou encarregados por serviços análogos.

– o pessoal contratado como *especialista* para desenvolver trabalhos determinados como secretários, informáticos, contadores ou telefonistas.

– os *oficiais e auxiliares de 1.º e 2.º*, para os quais se requer, ao menos, que disponham do título de segundo grau ou equivalente. O ingresso no Cartório de Registro é realizado necessariamente com a categoria de auxiliar de 2.º, salvo determinados supostos como a licença, transferência acordada ou prova de méritos.

Dentro deste, é preciso distinguir, por sua vez, diversos tipos:

- *Os auxiliares de 2.º.* O trabalhador deve reunir os seguintes requisitos:

- Ser capaz, conforme a legislação trabalhista.
- Não padecer de doença ou impedimento físico que lhe impeça de trabalhar no registro.
- Estar em posse do título de segundo grau ou equivalente (em caso de maiores de 25 anos, que tenham sido aprovados nas provas de ingresso à Universidade).
- Ter formalizado um contrato, temporário ou indefinido, e estar o mesmo em vigência.
- Ser aprovado nas provas de aptidão reguladas no acordo, capazes de digitar um texto e realizar uma redação.

O exame é realizado por uma Banca formada por quatro registradores e um representante do Pessoal, com a categoria de Oficial no Censo.

– *Os auxiliares de 1.º.* Para ter acesso a esta categoria profissional é preciso ter prestado os serviços efetivos e satisfatórios como auxiliar de 2.º, durante um período mínimo de cinco anos e apresentar um relatório favorável dos registradores para os quais tenha exercido sua atividade nos cinco anos anteriores. Embora se tratando de graduados, o prazo se reduz para três anos e se possui formação em direito, passa a ser de dois anos.

É preciso ser aprovado em uma outra prova de acesso para avaliação de seus conhecimentos sobre a instituição, sobre o funcionamento registral, de computadores e programas de índices do Colégio.

A Banca qualificadora é semelhante à especificada anteriormente.

– A última categoria profissional é a dos *oficiais*. Também requer a passagem de cinco anos pela categoria de auxiliar de 1.º, desde o ingresso na categoria anterior (três e dois anos respectivamente para os graduados e os bacharéis em direito), e ser aprovado em um último exame teórico, que avalia seus conhecimentos de direito e prático, que qualifica a correta redação de um ou vários termos, a realização de um certificado sobre a propriedade e o conhecimento completo do manuseio do sistema informático.

Todo este pessoal configura o *recenseamento* de cada Cartório de Registro que é administrado pela Comissão de Vigilância e Seguimento do Acordo Coletivo. Neste *censo* constarão todas as vicissitudes relativas à antiguidade e categorias do pessoal.

A *remuneração do pessoal* é diferente, conforme a categoria profissional ou o tipo de relação trabalhista.

O *pessoal temporário* recebe um salário fixo, acordado no contrato que vincula o empregado ao registrador.

O *pessoal* que possui um contrato *fixo* recebe sua remuneração de duas formas distintas:

- os auxiliares de 2.º recebem um salário fixo.
- os auxiliares de 1.º e os oficiais recebem um salário que consiste em uma *porcentagem na receita líquida do registrador*.

Portanto, da receita mensal (proveniente do que se recebe pelo despacho de documentos e expedição de publicidade, conforme o emolumento) são deduzidos os gastos necessários para o desenvolvimento da atividade como (aluguéis, compra de material de escritório, aquisições informáticas, compra de mobiliário, quota empresarial da Previdência Social, quotas colegiais etc.) e do resultado, 40% é destinado aos salários do pessoal auxiliar. É preciso levar em consideração que esses 40% constituem a *massa salarial bruta* de todo o pessoal, ou seja, primeiramente é preciso deduzir desse montante o valor dos salários do pessoal que não recebe porcentagem (temporários e auxiliares de 2.º) e o restante é distribuído entre o pessoal remunerado por porcentagem.

Excepcionalmente, nos novos Cartórios de Registros quando o pessoal com direito a retribuição percentual for auxiliar de 1.º, não tendo oficiais, e o número de auxiliares não exceder a dois, a massa salarial será de 35% da receita líquida do registrador.

Os empregados com salário percentual podem recorrer à Comissão de Vigilância para solicitação de parecer sobre a procedência da imputação de um gasto determinado. Isso implica uma limitação à livre capacidade do registrador para realizar determinados gastos, porém é preciso levar em consideração que se esses gastos forem necessários para o bom desenvolvimento do Cartório de registro, o relatório da Comissão de Vigilância será favorável.

A Comissão receberá do registrador uma comunicação da quantia da porcentagem atribuída ao conjunto do pessoal na receita líquida, não sendo possível que os registradores interinos e acidentais modifiquem essa porcentagem, salvo em caso de registro reservado ao corpo de Candidatos.

A porcentagem de cada auxiliar de 1.º e de cada oficial tem duas partes, uma fixa e outra variável:

- A parte *fixa* é determinada da seguinte forma:
 - cada oficial terá uma porcentagem resultante da divisão do módulo 60 pelo número total de oficiais, auxiliares de 1.º e de 2.º
 - cada auxiliar de 1.º terá uma porcentagem resultante da divisão do módulo 40 pelo número total de oficiais, auxiliares de 1.º e de 2.º.

Os módulos 60 e 40 anteriores variarão ao longo do tempo na categoria, em conceito de experiência, chegando ao módulo 50 para os auxiliares de 1.º com 16 ou mais anos cumpridos na categoria e ao módulo 80 para os oficiais com mais de 31 anos na categoria.

Não obstante, estas porcentagens não são intangíveis individualmente, mas sempre estarão sujeitas às variações em alta ou em baixa, conseqüentes do au-

mento ou diminuição do número de funcionários e auxiliares ou da modificação de suas categoria profissionais.

Além disso, o tempo de serviço é remunerado, por cada triênio cumprido, com 15 euros para os oficiais e 12 euros para os auxiliares, subtraindo essas quantias da massa salarial antes de determinar o salário percentual de cada oficial ou auxiliar.

O restante da porcentagem constitui a parte *variável* e funcionará como incentivo para aptidão profissional e rendimento no trabalho de cada empregado. É de livre apreciação e atribuição individual do registrador e pode variar em função da aptidão ou do rendimento de cada trabalhador.

Trata-se de uma faculdade indisponível e irrenunciável pelo registrador.

Dado que o registrador é um empresário, *deve proporcionar o pagamento de seus empregados, independentemente de seus gastos e dos emolumentos que receber*. Por isso, há casos em que um registrador tem de cobrir seus gastos, incluídos os pagamentos do pessoal sem receber participação, com o dinheiro do seu próprio bolso, porque a receita do Cartório de Registro do mês não foi suficiente para cobrir todos os gastos. Felizmente, isso não ocorre com frequência.

O sistema de participação permite que o pessoal que recebe porcentagem dos registros espanhóis esteja entre os empregados mais bem remunerados na Espanha, sobretudo no caso dos mais velhos e antigos. Efetivamente, após o acordo coletivo, e como mencionei anteriormente, é preciso que o trabalhador tenha, pelo menos, o segundo grau, porém, continua trabalhando nos Cartórios de Registros pessoas que já desfrutavam de porcentagem no início da vigência do acordo, que não possuem essa titulação mínima e cujos salários são elevadíssimos com relação a sua formação. Inclusive, há vários empregados muito mais jovens, entre 40 e 50 anos, que recebem uma remuneração muito alta por desfrutar do regime de participação e possuem uma formação muito inferior à de qualquer graduado.

O sistema apresenta vantagens e inconvenientes.

Vantagens. Como mencionei anteriormente: o fato de o pessoal participar nos lucros que produz o registro estimula *seu interesse para que o mesmo funcione adequadamente*, pois sabem que quanto mais documentos inscreverem, maior será a porcentagem de seu salário. Por outro lado, esta mesma vantagem pode ser um inconveniente para levá-los a registrar, caso o registrador não supervisione adequadamente seu trabalho, documentos que apresentam erros.

O estímulo funciona quando o pessoal é responsável, porque com pessoal irresponsável não há estímulo que valha a pena.

Além disso, a porcentagem de remuneração variável permite que o registrador tenha a sua disposição um meio para controlar o *rendimento de seu pessoal* e evitar os abusos dos poucos trabalhadores, dos que sempre estão doentes etc.

Inconvenientes. O principal inconveniente provém da *inadequada captação de pessoal*. Se por alguma razão participa dessa porcentagem uma pessoa que não apresenta qualidades suficientes para o cargo, sua inclusão dentro do censo dificulta enormemente a sua demissão, pois como disse, o sistema de participação gera salários muito elevados que encarecem muito a sua demissão no âmbito da legislação espanhola, absolutamente protetora do trabalhador. Isso gera custos altíssimos para o escritório, tanto em salários quanto em Previdência Social, impedindo a contratação de pessoal adequado e que saiba trabalhar adequadamente. Essa situação entorpece o trabalho, criando um mau ambiente de trabalho e, inclusive, produzindo enfrentamentos até mesmo com o registrador.

Outro inconveniente é que a aposentadoria ou a saída de um empregado implica que os demais repartam sua participação. Em qual trabalho essa situação implica um aumento de salário dos demais empregados? Em nenhum. Se uma empresa aposenta o chefe de pessoal, outro empregado passa a ocupar essa categoria ou uma nova pessoa é contratada, porém, nenhum dos outros trabalha nem mais ou nem melhor por esse motivo. Parece que fica claro que os únicos motivos que levam ao aumento do salário de um empregado é a maior quantidade de trabalho ou a melhor qualidade do mesmo.

O sistema de participação foi estabelecido em uma época em que os Cartórios de Registros não possibilitavam aos registradores receberem um salário digno para sobreviverem, pois sua *receita*, exceto nos últimos anos da carreira, próximos à aposentadoria, era miserável. Por isso, a maioria dos registradores tinha mais de um trabalho – alguns trabalhavam no Cadastro, outros em concentração parcelária, alguns tinham escritório – e precisavam deixar o Cartório de Registro, durante suas ausências, a cargo de seus empregados. Por isso, remunerava o pessoal conforme os benefícios, para que os empregados sentissem como se o Cartório de Registro também fosse deles.

Atualmente, com a *Lei de Incompatibilidades*, que impede que um funcionário remunerado por porcentagem possa desempenhar outra atividade, exceto a docência, com uma *economia sanada* que tem como um de seus pilares o mundo imobiliário e da construção, com registros, que salvo alguma exceção, permitem a seus titulares *viver decorosamente* quase desde o momento de início na carreira, com registradores que administram seus registros adequadamente e não precisam buscar sustento em outras atividades, o sistema de participação passa a não ter sentido. No entanto, os empregados, evidentemente, defendem seu sistema de remuneração, pois sabem que em nenhum outro trabalho, com a qualificação profissional que possuem, vão receber melhor remuneração e, por isso, é praticamente impossível pensar que o sistema pode ser mudado nessa atual conjuntura.

Este inconveniente gera um bloqueio nos recursos econômicos do Cartório de Registro, pois uma parte dos salários, talvez, poderia ser destinada a melhorias tecnológicas que permitissem otimizar o trabalho de cada empregado.

Outro possível inconveniente, que nunca ocorreu comigo, mas com outros colegas, é que o *pessoal pode ser reticente na realização de investimentos para*

a *modernização do registro*, pois esses investimentos supõem um aumento dos gastos que repercute em sua porcentagem líquida. No entanto, esse é um problema menor, pois existem mecanismos que permitem solucioná-lo. É possível solicitar um relatório da Comissão de Vigilância e seguimento do acordo que justifique o gasto que se pretende realizar. Porém, um registrador que gerencie corretamente seu cartório de registro e saiba convencer e impor seus critérios, não vai se deparar com esse tipo de problema.

Existe uma *particularidade* na relação trabalhista do registrador e seus empregados, proveniente da *mobilidade* que possui o registrador.

O registrador espanhol, se quiser, pode mudar de Cartório de Registro uma vez ao ano, a partir da data de sua posse, exceto no início, quando sua mobilidade é imediata sem ter necessidade de esperar o primeiro ano. Nesse sentido, determinados funcionários desfrutam da mobilidade. A mudança de Cartório de Registro se faz por meio de *concurso de vagas*, seguindo o estrito critério do tempo de serviço na hierarquia.

Esta mobilidade obrigou a arbitragem de um sistema para manter as relações trabalhistas e também a relação dos elementos materiais de cada Cartório de Registro, pois:

- por um lado, permite a continuidade no Cartório de Registro do pessoal auxiliar e, conseqüentemente, a continuidade do Cartório de Registro, que deve seguir realizando seu trabalho, mesmo que não tenha à frente um registrador titular;

- evita a obrigação de indenizar o pessoal por extinção da relação trabalhista cada vez que um registrador muda de Cartório de Registro;

- evita que o registrador, ao chegar em um novo Cartório de Registro, tenha que contratar todo o pessoal e colocar em andamento o registro, pois o trabalho é muito qualificado e a formação do pessoal não pode ser improvisada. O cartório de registro não pode parar nunca, a contratação sofre altos e baixos, mas não pára e, sobretudo, as garantias que o serviço público oferece não podem desaparecer com a chegada de um novo registrador.

O sistema está contemplado nos Estatutos do Colégio e no acordo coletivo e consiste em que o novo registrador *se sub-roga* na posição do anterior, tanto nas relações trabalhistas quanto nas demais.

Para evitar problemas, é preciso que, cada vez que se celebre um contrato de trabalho, seja remetida à Comissão de Vigilância uma cópia desse contrato, de forma que essa relação trabalhista entre no chamado “censo de pessoal” do Cartório de Registro. Quando um registrador chega a um novo Cartório de Registro, a Comissão lhe emite esse *censo*, o que permite conhecer o número exato de pessoas que trabalham no Cartório de Registro, sua categoria profissional, seu salário ou a porcentagem de remuneração que corresponde a cada um, o tempo de seu contrato etc.

As pessoas que não estão incluídas nesse censo não são consideradas pessoas auxiliares do Cartório de Registro em questão e a relação que tiveram com o registrador anterior passa a ser considerada *ad personam*.

Este sistema tem vantagens e inconvenientes.

As vantagens são, como dissemos, que o escritório *sempre é administrado* pelas pessoas que normalmente vivem na cidade onde está o Cartório de Registro, com vínculo entre a população e conhecimento das diversas circunstâncias que são dadas em cada caso concreto (conhecem a vizinhança, os empregados municipais e administrativos ou judiciais do lugar, os planos municipais, os problemas econômicos da região etc.).

O inconveniente fundamental é que, em certas ocasiões, quando um registrador chega em um novo Cartório de Registro, ele se encontra com *pessoas* que trabalham no registro, contratadas por seus antecessores, *que não reúnem todos os requisitos* que deveriam para trabalhar em um Cartório de Registro ou em qualquer outro lugar (como formação, inteligência, diligência, interesse etc.) e, no entanto, o novo registrador deve assumi-los sob pena de ser responsável pelas suas demissões e indenizações correspondentes.

Porém, inclusive isso tem remédio, pois o acordo coletivo prevê que, caso se trate de pessoa com porcentagem, a indenização por demissão pode ser financiada às custas da porcentagem que fica livre dos 40%.

Quanto à demissão, está regulada pelo acordo coletivo em particular e pela legislação trabalhista, em geral, mas não vou mais me estender nesse tema.

Elementos reais

Os elementos reais que integram o registro são diversos. Vamos falar dos mais significativos que são:

- os livros de registro;
- o local ou edifício onde é realizada a atividade;
- a mobília e o material de informática (*software e hardware*).

Os livros de registro: são formados sob a direção do Ministério da Justiça, com as prevenções de *autenticidade* estabelecidas na legislação hipotecária, com diferenças de diligências indicativas de seus fólios, data de abertura etc., assinados e selados por um membro da Junta do Governo do Colégio de Registradores, o Juiz de 1.^a Instância do lugar e o próprio registrador.

São *uniformes* para todos os registros e devem ser os previstos na Lei e no Regulamento Hipotecário.

Somente devem ser vistados os livros com eficácia jurídico-registral como o Diário, os livros de registros, o de interdições e os provisionais.

A Lei 24/2001 impôs, por razões de segurança, a obrigatoriedade da conservação em *suporte informático* do conteúdo dos livros e assentos de todos os

registros de propriedade e mercantis, que supôs o escaneamento de todos os livros existentes a essa data e a posterior atualização diária dos mesmos à medida que trabalha nos mesmos.

Desde o dia 1.º.03.1996, o *Diário* deve ser conduzido em formato eletrônico em propriedade, podendo ser digitado ou escrito à mão no registro, segundo modelo oficial aprovado pela DGRN, estar vistado judicialmente antes de sua utilização, com selo do Tribunal em todos os fólios.

Os livros de *registros* são os que recolhem o histórico jurídico das propriedades não matriculadas, mediante termos sucessivos, sem deixar espaço entre eles.

É obrigatória sua passagem pelos *livros mecanográficos* de folhas móveis devidamente vistados e selados judicialmente antes de seu uso.

O *livro de interdições* tem por finalidade lavrar os termos relacionados às resoluções judiciais, declarando a incapacidade legal para administrar, a ausência, o falecimento e outros que modifiquem a capacidade civil das pessoas quanto à livre disposição de seus bens.

Deve reunir os mesmos requisitos dos livros de registros, porém, dado seu escasso uso, costuma ser feito à mão.

Outros livros importantíssimos são:

Os *índices*, de pessoas e propriedades, que, após diversos sistemas, agora são informatizados; carecem de eficácia jurídica, mas são indispensáveis para o funcionamento e ordem do registro.

Após a Instrução DGRN de 29.10.1996, todos os índices dos registros devem estar informatizados.

Sua propriedade é estatal, embora o registrador custeie sua aquisição como um gasto do registro, conforme o art. 294 da Lh.

O local: o Cartório de Registro da Propriedade precisa de um local ou *sede* onde possa desenvolver sua atividade.

Na Espanha, como na maioria dos países, foi adotado o sistema de pluralidade de Cartórios de Registros que, no início, foi instalado em todas as populações principais do Partido Judicial, porém, após as sucessivas demarcações, se estenderam por todo o país sem coincidir com os partidos judiciais.

Deve ser instalado *na capital do distrito hipotecário* estabelecido pelo Ministério da Justiça à proposta da DGRN.

Atualmente, após a entrada em vigência de diversos Estatutos de Autonomia em diferentes CCAA, com transferência de competências às mesmas em matéria de registros e notariais, a questão da continuidade do sistema está no ar, à espera do desenvolvimento procedente.

O Rh somente impõe um limite à liberdade do registrador na determinação do lugar do Cartório de Registro: exige que o local onde se encontrar o Cartório de Registro reúna alguns requisitos de decoro e segurança que permitam o ade-

quando desempenho do serviço público e a conservação dos livros. Também deve contar com elementos necessários para que, em caso de incêndio, permitam eliminá-lo imediatamente. Estes requisitos de idoneidade são supervisionados pelo Colégio para efeitos das sub-rogações, que falaremos a seguir.

É obrigação do registrador, conforme o que dispõe o art. 294 da Lh custear a instalação do Cartório de Registro Imobiliário.

Conseqüentemente, a propriedade do local não é estatal como também os demais elementos que compõem o registro, salvo os livros oficiais.

O *regime de ocupação do local* está regulado nos Estatutos Gerais do Colégio de Registradores, com data de 14.04.1997 e pode ser diverso:

- Há Cartórios de Registros instalados em locais de *propriedade do Colégio*, que proporcionam ao mesmo uma “quota de ocupação”, que é considerado um gasto necessário, determinada pela Assembléia de Decanos Territoriais conforme critérios de mercado. Os gastos de reparo, conservação e adequação do local devem ser cobertos pelo registrador que realizar as obras, como se fosse um arrendatário.

- Os demais Cartórios de Registros são instalados *em locais arrendados*, que podem ser propriedade de terceiros, de todos ou algum empregado do Cartório de Registro, do próprio registrador titular ou de algum antecessor, sendo o valor do aluguel um gasto necessário computável na determinação da receita líquida do registrador. Estes contratos de arrendamento devem estar *supervisionados pelo Colégio*, pois ocorre com eles o mesmo que com as relações trabalhistas: em cada mudança de registrador, por interinidade ou chegada de um novo titular, este se sub-roga na posição jurídica do anterior registrador, vinculando-se ao arrendamento. Por isso, é preciso que um terceiro, neste caso o Colégio, supervise a idoneidade do local para o serviço e a adequação do aluguel às características do local.

Os Estatutos do Colégio dispõem que nas cidades que possuem vários Cartórios de Registros, sejam instalados em um mesmo *edifício* ou em edifícios próximos.

Por isso em diferentes cidades espanholas, como Barcelona, por exemplo, os registradores concordaram em comprar um edifício onde pudessem instalar os registros em excelentes condições de atendimento ao público.

Em um lugar visível, deve ser colocado um *cartaz de anúncios* com a data de estabelecimento do Cartório de Registro, os nomes das Prefeituras compreendidas em sua demarcação e das populações que o integram, as datas em que foram modificadas sua demarcação por acréscimo de populações ou segregação das mesmas e um exemplar dos emolumentos, com as normas de aplicação e tabelas, o horário de atendimento ao público, para efeitos de apresentação de documentos, de segunda a sexta, das 9 às 14h, e das 16 às 18h; aos sábados, das 9 às 14h e, em agosto, das 9 às 14h, de segunda a sexta, sendo o mesmo horário para os dias 24 e 31 de dezembro, podendo adiantar em uma hora a abertura e o fechamento.

A mobília e o sistema de informática, telefonia e os outros materiais do cartório de registro também são adquiridos pelo registrador, conforme indicado no art. 294 da Lh. Este material está adscrito no registro, salvo os bens de propriedade privada do registrador. O registrador proprietário, interino ou acidental que em cada momento esteja à frente do Cartório de Registro *desfrutará desses bens para o exercício de sua função pública*, devendo cuidar da adequada instalação do cartório de registro, assumindo a obrigação de conservar e renovar os equipamentos existentes e pagar os débitos pendentes por sua aquisição. Estes pagamentos serão pró-rateados em cada exercício anual proporcionalmente ao tempo do Cartório de Registro.

Efetivamente, dada a mobilidade de que desfrutam os registradores foi atribuído um sistema para que os cartórios de registros sempre estejam adequadamente instalados e que cada registrador não deva dispor mais do que a parte que lhe corresponda conforme o tempo que esteve à frente do mesmo.

Dessa forma, se um registrador compra, por exemplo, uma copiadora, ele não vai pagá-la totalmente sozinho se, por acaso, mudar de cartório de registro após alguns meses. Por isso, normalmente as aquisições são realizadas por meio de empréstimos bancários, *leasing*, de forma que cada registrador pague as quotas mensais que lhe corresponder durante o tempo que desfrutar do bem adquirido. Se eu comprar uma copiadora que custa 3.000 euros e sair dentro de três meses, claro que não vou pagá-la inteiramente sozinho e meu sucessor desfrutar do bem adquirido sem ter que pagar nada por isso. Eu pagarei os três meses que desfrutar do bem e meu sucessor, o tempo que estiver à frente desse Cartório de Registro, e assim sucessivamente até a completa amortização do bem. Isso é, além de uma consequência necessária do regime de amortização de bens estabelecido pela legislação fiscal, que determina um prazo mínimo de quatro anos para os móveis e informática e máximo de oito anos para os móveis e seis anos para a informática.

Para um adequado seguimento dos bens que integram o cartório de registro deve ser feito um *livro inventário*, que será atualizado anualmente e no qual serão consignadas as diligências de demissão e tomada de posse dos sucessivos registradores, cuja assinatura pelo que sai e pelo que entra implicará na conformidade com o conteúdo no livro e em caso de discrepância serão sujeitos à arbitragem da Junta do Governo do Colégio.

Elementos formais – Emolumentos

Como mencionei no início desta apresentação, o Estado precisa da burocracia para poder funcionar, pois um complexo sistema administrativo não é viável sem que se possam prever as diversas possibilidades propostas em uma organização tão vasta. No entanto, volto a ressaltar que a própria burocracia é seu pior inimigo. Consequentemente, os diferentes meios que são estabelecidos para supervisionar a atuação de cada funcionário, em uma escala piramidal de controle de cada superior sobre seu imediato inferior até chegar ao vértice da pirâmide, dificultam a agilidade necessária para resolver os problemas cotidianos.

Quantas vezes ouvimos diferentes comentários sobre isso. Por exemplo, em 1992, quando foi reformulada a Lei de Julgamento civil, *foi estabelecida a possibilidade de comunicação entre os Registros e os Tribunais por meio do fax*. Nessa época, todos os Registros de Barcelona dispunham de, pelo menos, um fax, ao passo que os mais de 30 Tribunais de Barcelona, durante vários anos, dispuseram de um único fax localizado no Tribunal Decano para atender a necessidade de todos.

Eu mesma tive que ir algumas vezes a um Tribunal e me deparei com pessoas que continuavam escrevendo com máquinas manuais, não só por falta de computadores como também de impressoras.

Durante anos, os *Tribunais de Sabadell* tinham fama de ser os piores da Catalunha porque com uma população dependente de mais de 300.000 habitantes dispunha somente de quatro Tribunais de primeira instância e instrução. A acumulação de assuntos penais os havia paralisado até o ponto em que os litígios civis de primeira instância podiam demorar até oito anos para serem solucionados. Tudo por um problema de falta de meios e designação orçamentária para a criação de novos Tribunais pelo Ministério da Justiça.

Meu marido é professor do curso de Medicina Veterinária na universidade, ele teve que comprar um computador com o dinheiro de seu próprio bolso porque, evidentemente, a universidade não o compraria.

Quando precisaram, no Hospital Veterinário da Faculdade, de um ultrassom, e desde que foi feita a solicitação até o recebimento do maravilhoso aparelho passaram-se dois anos. Então, todos os veterinários lutavam para conseguir agendar um horário para usá-lo, porque havia somente um único aparelho para todo o hospital.

Com o tempo, o diretor da universidade se deu conta de que, com o sistema habitual, nunca poderiam dispor dos meios necessários para oferecer um bom serviço. Neste momento, dada a autonomia que possui a Universidade Autônoma de Barcelona para organizar os serviços externos, decidiram externalizar o Hospital Veterinário, no sentido de estar integrado dentro da Faculdade, com a finalidade do necessário ensinamento dos alunos, mas prestando seus serviços em regime de livre empresa, com pessoal contratado não funcionário, com sistema de receita e gastos como qualquer profissional liberal, para a obtenção de alguns benefícios que lhes permitissem dispor dos meios necessários para ser um hospital de prestígio.

Atualmente, o Hospital Veterinário da Universidade Autônoma de Barcelona é um hospital de ponta na Espanha por seus serviços e é o único hospital espanhol que foi homologado no âmbito europeu pela qualidade dos serviços prestados.

Outros exemplos podem ser citados e, em todos os casos, o problema é o mesmo: a dependência dos orçamentos gerais do Estado e a lentidão na tramitação das expedições, resultado da série de supervisões sucessivas por cada fun-

cionário. Como muito bem observou um membro do conselho municipal do meu distrito há poucos dias, o conceito de tempo é distinto para a administração e para o resto do mundo; para a administração, o tempo é etéreo e *eterno*, mas para os demais é finito, porque somos mortais e não temos o mesmo tempo que a administração, que é perpétua.

É evidente que com um sistema assim não é possível funcionar com a *agilidade* requerida pelo mercado. Se o senhor que traz sua escritura para ser registrada tem de esperar dois anos para conseguir a inscrição porque o Cartório de Registro é carente de maquinário ou funcionários suficientes para fazê-lo em um prazo menor, e o pobre homem não pode pedir uma hipoteca ao Banco para, por exemplo, garantir uma linha de crédito que necessita para saldar uma dificuldade econômica que possa ter sua empresa, porque o Banco não lhe dá o dinheiro até que seja o titular do registro da propriedade, que agilidade vamos encontrar na economia derivada do tráfico imobiliário?

Atualmente não nos cansamos de ouvir que a construção é um dos motores da economia espanhola. No mês de julho, um jornal publicava a notícia de que, como consequência do fenômeno da promoção imobiliária, o número de milionários na Espanha havia crescido em milhares. Pensem que agora, com o euro, ser milionário na Espanha significa falar de muito dinheiro.

Este fenômeno tem sido possível, em boa parte, graças à agilidade e eficácia do sistema de registro espanhol, que oferece a publicidade da titularidade, via Internet, em um prazo máximo de 24 horas a contar da petição, que realiza a inscrição dos títulos em um prazo máximo de 15 dias da apresentação dos mesmos nos Cartórios de Registros etc.

O sistema somente é possível, persistente e se adapta com flexibilidade às diversas transformações que o tempo apresenta graças à autonomia financeira dos registradores. Essa autonomia é originada por meio da existência dos emolumentos.

Emolumento. Regulação

Desde o ponto de vista legal, o emolumento tem sido tradicionalmente *definido* como uma quantidade ou direito que se paga obrigatoriamente como consequência da prestação de certos serviços, que geralmente são de caráter público.

A partir desta definição de Pellise Prats é possível distinguir emolumentos fiscais de emolumentos de intervenção, de acordo com a sua natureza jurídica.

Os emolumentos fiscais são os que “têm por objeto a determinação de uma carga fiscal, ou seja, são *emolumentos de receita fiscal*”.

Pelo contrário, os emolumentos de intervenção não são mais que “uma medida de intervenção administrativa de caráter econômico através da qual se limita a remuneração que pode ser cobrada por sua atuação dos componentes de certas profissões, geralmente colegiadas”.

Diferentemente dos emolumentos fiscais, os emolumentos de intervenção não significam nenhuma receita para o Tesouro nem têm repercussão sobre a Fazenda Nacional, já que se trata de submeter a um limite a quantia dos honorários que podem cobrar determinadas pessoas pela prestação de sua atividade profissional. Sua denominação de emolumento “de intervenção” é derivada de “intervencionismo” da administração, em sua fixação.

Como bem se sabe, o registro da propriedade espanhol é dos chamados “registros de segurança jurídica” em contraposição aos “registros administrativos” ou “de informações administrativas”.

Um dos elementos diferenciadores entre ambos registros é que, tradicionalmente, os primeiros foram *financiados* mediante emolumentos, ao passo que os segundos, afiliados à administração, são financiados por meio de emolumentos fiscais.

Isso tem sua razão de ser na *diferente natureza* de uns e outros. Conseqüentemente, os registros de segurança jurídica e concretamente o Cartório de Registro da Propriedade espanhol não se enquadram dentro da administração nem realizam funções de natureza administrativa, mas são dirigidos pelo “responsável pelo Cartório de Registro” e têm por objeto, essencialmente, as relações privadas entre os particulares, sem prejuízo de que, cada vez mais, exerce uma tutela ou controle sobre determinados aspectos que interessam à administração como o controle da legalidade urbanística.

A conseqüência do anterior é que o sistema tributário de intervenção é o que melhor se adapta à especial natureza do mencionado registro.

Mas antes de falar da natureza jurídica do emolumento, como elemento qualificador e unido de forma indissolúvel à natureza jurídica do registrador, vou fazer uma pequena introdução às *origens dos registros* e, conseqüentemente, *dos emolumentos*.

O precedente mais remoto do atual registro encontra-se no jazigo da catedral de Lugo, do ano 745.

Na idade moderna, entre 1518 e 1539, a pedido das Cortes, foram pronunciadas duas Reais Pragmáticas que decretaram a obrigação de fazer constar em certos livros da Prefeitura, e dentro dos seis dias seguintes às mesmas, as transmissões de propriedades, estando os gastos a cargo de quem as solicitasse.

E finalmente pela *Pragmática de 31.01.1768*, de Carlos III, foram criados os Ofícios e Repartições de Concessão de Hipotecas, nas quais, primeiro por ordem cronológica e depois por meio de um fólio correspondente para cada propriedade (com o qual se institui o sistema do fólio real) dava-se publicidade jurídica às transmissões e cargas que pesavam sobre os imóveis para evitar as fraudes que provocavam a sonegação de impostos e hipotecas sobre casas e fazendas.

No número IX da mesma, são regulamentados os “direitos de registro” relativos à remuneração dos encarregados de sua administração, dizendo literalmente:

“Os emolumentos de registro serão de dois reais por cada escritura que não passar de doze folhas, e em se tratando do aspecto de seis maravedis¹ cada uma, além do papel; e quando forem pedidos certificados do que consta no Ofício de Hipotecas, eles serão ajustados aos Impostos Reais quando tratarem das cópias de instrumentos, que dão aos Escreventes que realizaram os protocolos, os direitos que devem ser anotados no instrumento ou certificado que forem entregues à parte”.

Exatamente como agora, que os honorários devem constar ao pé da escritura, após a nota de despacho.

Este sistema deu origem à *primeira Lei Hipotecária de 08.02.1861*, criadora do atual registro da propriedade, que, em 1862, entregou aos registradores os livros das Repartições de Concessões de Hipotecas.

Nesta lei, é revelada a preocupação do legislador em deixar estabelecido, de uma forma muito clara, o *estatuto jurídico dos registradores*, nos quais predomina sua caracterização como sujeitos externos à Administração, porém sob dependência exclusiva do Ministério de Graça e Justiça.

Em sua Exposição de Motivos, redigida em sua maior parte por Pedro Gomes de La Serna, são explicadas as linhas mestras que explicam a abrangência e o significado da lei, explicando entre outras matérias, os princípios informantes da retribuição do registrador com precisão e clareza. Assim, na seção dedicada à nomeação, qualidades e deveres dos registradores, os relatores da lei deixam delineados qual deve ser o eixo argumentativo inspirador do emolumento ao afirmar que “os registradores não gozarão de salário do Estado; pelo contrário, receberão, como *até aqui* como pagamento de seus serviços os *honorários* dos emolumentos e, com isso, poderão cobrir os gastos necessários para conservar e manter os Cartórios de Registros. Certo é que essa carga seja sustentada sobre os que imediatamente recebem o benefício, e em proporção ao proveito que tiram”.

O princípio inspirador mais revelador que se extrai do anterior é que *o emolumento configura-se como contraprestação do particular beneficiado ao registrador para que este, por sua vez, custeie seus gastos de registro e pessoais*. Este é, sem dúvida, o sentido do art. 312 da Lh de 1861 que diz: “Os registradores receberão os honorários que são estabelecidos por esta lei e custearão os gastos necessários para conservar e manter os Cartórios de Registros”.

No transcurso temporal que mediava até a vigente Lei e Regulamento Hipotecários, o emolumento foi aperfeiçoando seus traços sem alterar substancialmente seu regime jurídico, sem que as leis hipotecárias de 1869 e 1909 introduzissem variações consideráveis ao mesmo. A técnica empregada para as reformas era a habilitação legal ao Governo para a aprovação por Real Decreto dos emolumentos ao que é preciso acrescentar a regulação que sobre a matéria se introduziu no Regulamento Hipotecário de 1947.

¹¹ Moeda antiga espanhola de valores diferentes nos diferentes séculos.

Desde a aprovação da vigente Lei Hipotecária, foram aprovados Decretos que representam os precedentes imediatos do vigente Tributo de 1989; o de 08.06.1951 e o de 23.12.1971, com outros dois Decretos, de 26.07.1956 e 23.07.1971, que aprovaram um imposto especial em matéria de concentração parcelária.

Atualmente rege a RD 1.427/1989 de 17 de novembro, revogada do Decreto de 1971 e de determinados artigos do Regulamento Hipotecário, que simplifica notavelmente o anterior de 1971. No entanto, desde 1999 foram introduzidas, normalmente via Lei de Orçamentos Gerais, várias modificações que complicaram consideravelmente sua aplicação e entendimento, e que sempre consistiram em descontos do imposto. Estes descontos foram argumentados por políticos, sem exceção, na necessidade de diminuir os gastos de aquisição de moradia em vista da irrefreável alta dos preços dos últimos anos. No entanto, os preços continuam subindo, resultando evidente que o aumento do custo não se detém com os indicados descontos, mas sim com políticas legislativas de liberação do solo.

Com isso, começamos a analisar a natureza jurídica do *emolumento*.

A análise jurídica de emolumento está intimamente ligada à natureza jurídica dos sujeitos que a recebem, até o ponto de ambos, sujeito e emolumento se confundirem em sua natureza, de modo que a contribuição por emolumento e a configuração jurídica do estatuto profissional dos registradores se justificam reciprocamente:

Se os registradores são exercentes privados de profissões públicas, ou profissionais oficiais, é porque em algum aspecto participam das características próprias das profissões liberais, entre as quais está a contribuição por emolumento.

Nesse sentido, a posição do registrador espanhol é similar a de outros profissionais liberais do âmbito jurídico, como os advogados ou procuradores, que cobram seus honorários conforme critérios fixados por seu colégio profissional.

No entanto, a importância que os registradores apresentam no tráfico jurídico imobiliário leva a administração a ajustar seus honorários a fim de evitar desvios e abusos. Por outro lado, a remuneração por emolumentos representa o sistema remunerativo mais idóneo para satisfazer as necessidades que implica o exercício dessa profissão, já que exercem funções públicas, os registradores não são funcionários em sentido restrito porque não estão submetidos ao estatuto de função pública.

Conseqüentemente, a análise da natureza jurídica do emolumento é inseparável da análise da natureza jurídica da função registral, que é um dos elementos mais discutidos na doutrina.

Por isso, para estudar a natureza jurídica do emolumento, devemos estudar a natureza jurídica da função registral e seus sujeitos, os Registradores da Propriedade e Mercantis.

Se bem que o art. 274 os coloca como funcionários públicos, o art. 222 se refere a "tratamento *profissional* da publicidade formal", do "exercício *profis-*

sional de sua função pública” e o art. 536 do Rh diz que “exercem *profissionalmente*, sob sua responsabilidade, as funções públicas atribuídas pelas leis”, ainda que “como funcionários públicos serão titulares insolúveis das Repartições de Arrecadação Tributária da Circunscrição Imobiliária que venham determinados na jurisdição registral”.

Destes preceitos se deduz claramente que a natureza peculiar do registrador no direito espanhol gira em torno de seu *caráter dual de funcionário público e profissional de direito*.

Do ponto de vista sistemático, o emolumento se localiza no Título Lh dedicado a determinar os principais aspectos do estatuto jurídico do registrador, pelo que se deve concluir que o legislador concebe o emolumento como uma marca associada e inerente ao mencionado estatuto.

É *funcionário* porque sua função é qualificar, aplicar o princípio da legalidade consagrado na Constituição e nos arts. 18 e 99 da Lh, seu ingresso na associação é feito por concurso público, depende organicamente da DGRN, é liquidador do emolumento e se encaixa na descrição penal de funcionário público.

Mas é *profissional* porque é utilizada a palavra honorário, no art. 294 da Lh, para designar as quantidades que recebem os interessados pela atuação registral. A publicidade registral se realiza profissionalmente, do mesmo modo que é profissional a informação e o assessoramento em matérias relacionadas ao registro; entre as obrigações do cargo está a de prestar garantia, exercer a função “sob sua responsabilidade”, desempenhar o cargo em registros próprios e não em dependências da administração. O pessoal do Cartório de Registro está vinculado ao registrador por meio de uma relação trabalhista, quando está ativo deve estar afiliado obrigatoriamente a seu colégio profissional e, evidentemente, sua contribuição não é uma parte dos Orçamentos Gerais do Estado, mas sim se custeia com o emolumento registral.

O emolumento registral espanhol se distribui em duas partes ou anexos.

No Anexo I, reúnem-se os números ou conceitos do emolumento, distribuídos em

- termos de apresentação (n. 1);
- inscrições ou anotações recolhidas por imóveis ou direitos (n. 2) com reduções de 75 ou 70% para determinadas operações como agregações ou segregações, hipotecas e condições resolutórias em garantia do preço suspenso, propriedade horizontal;
- notas marginais, de três tipos (n. 3);
- publicidade formal é dizer certificados e notas simples informativas (n. 4);
- parecer registral (n. 5);
- termos de incapacidade e inabilidade (n. 6);

O Anexo II considera as normas gerais de aplicação, devendo levar em conta também os artigos do Rh que regulam o emolumento.

É um emolumento suscetível de interpretação, dada sua natureza jurídica, pois regulamenta conceitos e honorários que são matizados pela diversa doutrina ditada pela DGRN nas resoluções de honorários proferidas ao longo dos anos como consequência dos recursos introduzidos contra os honorários dos registradores.

A *fatura do registrador*, que deve reunir uma série de requisitos estabelecidos no próprio emolumento (bases de aplicação, números do emolumento, conceitos, suprimentos, menção expressa dos recursos que cabem contra a mesma, data e assinatura do registrador) *tem o caráter de um ato administrativo e*, nesse sentido, e por disposição expressa do emolumento, é passível de recurso pelo interessado no prazo de 15 dias a contar a partir da sua notificação. A impugnação é apresentada ao próprio registrador, que juntamente com seu relatório, deve encaminhá-la ao Colégio no prazo de 10 dias úteis. A decisão da Junta é recorrível perante a DGRN em outro prazo de 10 dias.

Normalmente os *motivos do recurso* se baseiam na divergência do interessado a respeito dos conceitos de honorários, já que as bases de honorários são o valor fiscalmente comprovado dos atos feitos ou negócios jurídicos e a falta destes, o próprio valor declarado no documento pelas partes; a falta deste, por dados objetivos que constem documentados, ou pelo valor registral da propriedade ou direito, ou o proporcional ao comprovado de outras de equivalente natureza e situação ou o preço de taxaço para leiloar caso esteja hipotecada.

A resolução da DGRN só é recorrível em via contencioso-administrativo. E a possibilidade de recorrer concede-se tanto ao particular quanto ao registrador que se vê coagido a modificar seus honorários pela resolução que tenha recebido.

Existe *outra via de recurso* considerada no art. 619 do Rh, no prazo de um ano a partir do pagamento dos honorários, mas somente para possíveis erros aritméticos ou materiais ou porque a fatura não reunia os requisitos obrigatórios.

No entanto, a fatura do registrador é também uma *fatura profissional*, como indica seu próprio nome, tem direito ao pagamento do IVA, como as demais profissões, salvo nos casos em que a lei disponha a exceção, como os conceitos relativos às hipotecas e caso o sujeito passivo seja uma sociedade ou um profissional, pode realizar retenções por conta do IRPF, como em outras profissões liberais.

Para a *cobrança da fatura*, o registrador dispõe de uma via especial de coação, regulada no art. 617 do Rh, se for seguida perante a Justiça ordinária, sem necessidade de advogado nem procurador, de forma prevenida pela LEC, que é compatível com o recurso ao qual nos referimos anteriormente.

Autonomia financeira que permite o anterior

Como destacamos anteriormente, a capacidade de adaptação dos registros espanhóis às enormes mudanças produzidas nos últimos 30 anos, em alguns casos vertiginosas – como quando em 1.º.01.1990 os registradores mercantis

tiveram que se adaptar a uma troca de sistema devido ao novo Regulamento do Registro Mercantil, que havia sido publicado no BOE dois dias antes! – ou quando em 1.º.01.2002 entraram em vigor as modificações introduzidas na Lei Hipotecária pelas leis de acompanhamento dos orçamentos gerais do Estado para 2002 (Lei 24, de 27.12.2001) que modificaram todo o sistema vigente até então desde 1947 no que se refere a prazos de apresentação, qualificação, inscrição etc. – são devidos, de forma muito preeminente à existência da autonomia financeira derivada do emolumento.

De forma mais ou menos recorrente se questiona a *conveniência de remuneração aos registradores e seus empregados mediante emolumentos*.

Como destacamos acima, a remuneração por emolumentos é a mais idônea para a atividade registral ao permitir uma quase imediata adaptação às mudanças cada vez mais freqüentes que se introduzem na função dos registradores. Não só outros países europeus, como França, Bélgica, Grécia, Portugal ou Alemanha, utilizam sistemas muito similares, inclusive quanto à questão da responsabilidade civil do registrador, mas quase todo o resto dos países organizam seus Cartórios de Registros de modo diferente da administração geral, o que revela uma necessidade de estruturas organizativas especializadas distintas da própria estrutura administrativa do Estado.

As próprias Nações Unidas recomendaram que os sistemas registrares se autofinanciem e que o custo dos serviços seja pago pelos usuários.

E no mesmo sentido se manifesta a direção geral do Mercado Interior da Comissão Européia recomendando que sejam os encarregados dos registros que respondam diretamente por seus erros, responsabilidade absolutamente inviável sem emolumento.

O registro espanhol se ajusta perfeitamente a estas recomendações, pois cada Cartório de Registro é responsabilidade de um registrador e ele assume tanto o *risco jurídico*, quanto *econômico* da atividade de seu Cartório de Registro.

Esta forma de remuneração *incentiva três propriedades* essenciais de todo registro eficaz:

- assegura *altos níveis de produtividade e custos reduzidos*, porque tanto o registrador quanto seus funcionários que têm direito a porcentagem, que são os principais, são os primeiros interessados para que os assuntos sejam despachados com rapidez e em manter os custos sob controle;

- assegura que o sistema atrai *profissionais altamente qualificados* porque proporciona a confiança necessária para que invistam em formação, antes e durante o exercício de sua profissão, pois o emolumento não está sujeito às oscilações orçamentárias ou à tendência de reduzir o aumento da remuneração ao longo da carreira profissional;

- o regime tributário assegura a *qualidade jurídica* eficientemente, responsabilizando o registrador pessoalmente por suas decisões, o qual seria inviável sob um regime salarial.

Por outro lado, a remuneração por emolumento permite uma *resposta muito mais rápida* que a orçamentária. Diante de um aumento da demanda, o registrador espanhol dispõe de incentivos para aumentar a produtividade e recursos adicionais em um prazo mais curto porque tanto os custos quanto os benefícios da maior produtividade são assumidos pelo registrador.

No entanto, se o registrador fosse remunerado por conta dos Orçamentos Gerais do Estado sua capacidade de adaptação será mínima ao estar sujeito, quanto a meios, aos ciclos orçamentários e, quanto a procedimentos, aos estabelecidos pelo direito administrativo. O melhor exemplo disso é a análise de Cartório de Registro de países como a Alemanha ou os Estados Unidos, que apesar de sua maior força de desenvolvimento, possuem registros surpreendentemente ineficientes comparados ao espanhol.

A eficácia da fórmula tarifária se destaca ao comparar a *produtividade do Cartório de Registro espanhol*, tanto com cartórios de registros estrangeiros quanto com outros cartórios de registros espanhóis organizados desde a perspectiva administrativa.

O nível de *segurança jurídica* é dos mais altos do mundo e, na opinião do Banco Mundial, o Cartório de Registro espanhol obtém a máxima segurança a custos reduzidos e tempos mais curtos, o qual se converte *em maiores benefícios para o usuário a menores custos conhecidos*.

Comparados com os demais Cartórios de Registros espanhóis, atendidos por funcionários remunerados com salários fixos, os registros jurídicos são muito mais *eficazes*:

- uma sociedade mercantil pode ser registrada em um dia, enquanto a mesma sociedade deve esperar 105 dias para obter uma licença municipal de abertura, segundo dados do Banco Mundial;

- no registro de propriedade as transmissões e hipotecas são registradas no prazo máximo de 15 dias, enquanto uma inscrição Cadastral de propriedade demora de um a três anos. De sua parte, o registro de propriedade intelectual, apesar de ser meramente declarativo, demora seis meses para resolver uma solicitação. O Registro Espanhol de Marcas e Patentes demora entre 32 e 42 meses para publicar, examinar e conceder uma patente.

Resumindo, o sistema tributário é ótimo porque é o que melhor satisfaz a demanda do mercado, por sua agilidade e eficácia, e com custos para o usuário muito inferiores aos dos outros sistemas menos eficazes.

O Colégio como manifestação do caráter profissional e da independência na autogestão

Um elemento que não podemos deixar de mencionar da organização do Cartório de Registro espanhol é a *Repartição de arrecadação tributária da circunscrição imobiliária*.

Inicialmente, quando foram estabelecidos os primeiros Cartórios de Registros, e seguindo a tradição vigente até então, foi atribuída a todos os registradores a função de liquidar determinados emolumentos, intimamente relacionados com a atividade registral, como os emolumentos de direitos reais e de sucessões que oneram as transmissões de imóveis e as constituições de direitos reais, assim como os demais atos jurídicos que podem chegar a causar uma inscrição no Cartório de Registro.

Seguindo uma política de descentralização e aproximação ao cidadão, absolutamente inovadora no século XIX, estas repartições de arrecadação foram estabelecidas nos líderes de partido judicial para evitar deslocamentos ao contribuinte, que naquela época eram muito mais difíceis que nos dias atuais.

Desta forma, as repartições de arrecadação estiveram unidas ao Cartório de Registro desde a Pragmática de 1539, de Carlos I, a qual mencionei acima, e desse modo seguem até os dias atuais, apesar de ter cedido os emolumentos de sua competência às diversas CCAA.

Isso é assim porque a organização empresarial do Cartório de Registro se estende pelo registrador-liquidador à própria repartição de arrecadação, dando lugar a alguns coeficientes de eficiência que a administração não pode conseguir.

Outro dos elementos que caracterizam o profissional é a obrigatoriedade de sua afiliação a um colégio.

Também nisso se mostra o caráter de não funcionário dos registradores espanhóis, pois os que estão na ativa devem fazer parte do mesmo obrigatoriamente, sendo sua afiliação facultativa para os afastados e aposentados.

É uma corporação de direito público com personalidade jurídica própria, plena capacidade e autonomia para o cumprimento de seus fins, que são fundamentalmente:

- coordenar o exercício da atividade profissional dos registradores, velando pela ética e dignidade profissional e pelo correto exercício de suas funções;
- buscar permanentemente a melhora das atividades profissionais dos registradores;
- colaborar com a administração e com seus Órgãos Consultivos;
- impulsionar o processo de modernização dos escritórios registraes;
- realizar as atividades de previsão de seus afiliados;
- estabelecer o serviço de responsabilidade civil de seus membros.

Dando cumprimento a estes fins, o Colégio vela permanentemente por acompanhar seus afiliados no desenvolvimento de suas funções, estabelecen-

do diversos serviços como o fornecimento de livro ou de papel para as certificações, conduz um serviço de publicações em matéria jurídica, estimula a pesquisa na área do direito hipotecário, organiza cursos e conferências de interesse para seus afiliados e outros profissionais, mantém nas diversas comunidades autônomas um serviço de preparação de concursantes para o corpo de candidatos, participa em congressos e cursos internacionais de direito registral, além de determinadas funções delegadas pela administração, como a inspeção dos Cartórios de Registros.

Em cumprimento do intuito de impulsionar a modernização dos registros têm sido realizados pelo colégio, nos últimos anos, determinados projetos que valem a pena destacar:

– A *digitalização* de todos os volumes de todos os Registros de Propriedade e Mercantis espanhóis, em um projeto sem comparação que pôde dispor de arquivos de segurança de todo o histórico registral espanhol, com permanente atualização em cada cartório de registro, mediante escaneamento diário das novas inscrições.

– O Flei (Arquivo Localizador de Entidades Inscritas) e o Floti (Arquivo Localizador de Titularidades Inscritas).

Sua finalidade é que, por intermédio do Colégio, os interessados em conhecer a situação de uma sociedade, no Flei, ou se uma pessoa tem bens ou direitos inscritos a seu favor, no Floti, possam, via internet, obter tal informação em um prazo máximo de 24 horas, com indicação do Cartório de Registro ao qual pertence os bens.

A informação pode ser obtida pontualmente, com pagamento via cartão de crédito, ou mediante pagamento mensal quando a solicitação de informação é constante.

O tema é suficientemente apaixonante para ser objeto, por si só, de uma apresentação na qual não vou mais me estender.

– O projeto Geobase, que permite acessar o fólio de uma propriedade mediante sua localização por meio de fotografia aérea.

Atualmente, está em estudo o desenvolvimento da *assinatura eletrônica e da apresentação telemática de documentos*, analisado pela Lei do Impulso à Produtividade publicada no passado 19.11.2005, que supõe um grande desafio tecnológico pelas dificuldades que envolvem adaptar o sistema registral espanhol às novas tecnologias sem perder um ápice da confiança jurídica oferecida atualmente.

Tudo isso só é possível com uma organização baseada em um sistema remunerativo independente dos orçamentos gerais do Estado, como o tributário, que oferece:

- do ponto de vista jurídico, segurança máxima a custos muito inferiores que os demais sistemas;

- do ponto de vista organizativo, flexibilidade absoluta e capacidade de adaptação quase imediata às necessidades sociais e desafios tecnológicos que vão surgindo.

Provavelmente, esta virtude adaptativa que o sistema tributário permite é resultado que, depois de 145 anos, continua vigente e tem satisfeito os diversos regimes políticos, monarquia ou república, de direitas ou esquerdas, legislados na Espanha desde 1861.

A ECONOMIA DIGITAL E AS OPORTUNIDADES PARA A ACTIVIDADE REGISTRAL*

SANDRA PINTO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade do Porto. Advogada.

SUMÁRIO: Apresentação e agradecimentos – 1. Introdução. Problemas principais – 2. A noção central de assinatura digital – 3. A certificação digital – 4. A experiência portuguesa e comunitária – 5. Questões em aberto. Pistas para debate – 6. Conclusões.

Apresentação e agradecimentos

Boa tarde a todos os presentes. Antes de mais nada gostaria de agradecer ao IRIB, na pessoa do seu presidente, Doutor Sérgio Jacomino, a oportunidade que me foi dada de estar presente neste grande evento que é o XXIII Encontro de Oficiais do Registro de Imóveis do Brasil. E gostaria de dizer também que este convite é tão mais gentil quanto eu, em boa verdade, caio aqui um tanto de pára-quebras. Efectivamente, não apenas não sou brasileira, como já devem ter reparado pelo sotaque, como não sou registradora e, em boa verdade, trabalho hoje numa área profissional completamente diversa. Completamente diversa, não: eu ainda trabalho com registos, ou com registos como dizemos em Portugal, sem o r, mas registos de coisas incorpóreas: marcas, patentes, modelos de utilidade, desenhos.

Então, perguntam vocês, como é que meus caminhos me trouxeram a este encontro? É que, há algum tempo já, mais precisamente em outubro de 2004, eu concorri como muitos outros colegas à privatização do notariado em Portugal. No meu país, durante o Estado Novo, os notários passaram a ser funcionários públicos, e só depois de 2000 foram tomadas medidas no sentido de retomar a linha europeia, e não só europeia, do notariado latino.

Bom, este processo de privatização teve os seus escolhos e ainda está em curso, mas não é sobre isso que gostaria de vos falar hoje. Com isto pretendia apenas situar-vos quanto à minha pessoa e justificar a minha intervenção que, tal como eu própria, ficará a meio caminho entre o direito registral e o direito intelectual, ou melhor, o direito das novas tecnologias.

^(*) Trabalho apresentado no I Simpósio Luso-brasileiro de Direito Registral – Porto Alegre, 16 a 21 de setembro de 2006.

1. Introdução. Problemas principais

Vivemos num admirável mundo novo. Eu vi um computador pela primeira vez quando tinha seis anos, e agora já não saberia viver sem um. A sociedade foi profundamente modificada nas últimas décadas em virtude da evolução da tecnologia. As comunicações aceleraram. O suporte físico de muitos dos actos e operações da nossa vida é hoje, com cada vez maior frequência, dispensado. O mundo jurídico, muitas vezes com atraso, teve de se adaptar a esta nova realidade e desenvolver regulações em conformidade.

Com esta transferência do mundo físico para o mundo digital, o jurista vê-se obrigado a resolver problemas que antes não se lhe colocavam, ou que tinham antes soluções mais simples. O paradigma destas novas questões é a contratação electrónica.

Quando dois sujeitos celebram um contrato, digamos, via internet, há toda uma série de questões que se levanta e a que o direito tem de dar resposta. Vejamos.

O primeiro grande problema é um problema de identificação. Na rede não nos apresentamos em nossos corpos físicos; não pode a identidade de alguém ser abonada por conhecimento pessoal, nem sequer por confrontação com a foto de um documento de identificação. Como assegurar, portanto, que uma determinada declaração contratual provém daquela pessoa específica? A confiança, à medida que a contratação entre ausentes se vai banalizando, necessita se estribar em mecanismos diversos dos que os contratos presenciais propiciavam.

Outra questão essencial é a integridade da declaração e a sua não adulteração. Havendo a possibilidade de um terceiro interceptar a mensagem e a adulterar, de que forma se pode assegurar que a declaração que parte de um emissor é a mesma que chega ao conhecimento do destinatário?

Colocam-se depois problemas atinentes às formalidades legalmente prescritas para a celebração de contratos, quer no que respeita às formalidades ditas substanciais, quer no que diz respeito às chamadas formalidades probatórias.

Começando pelas formalidades substanciais, indispensáveis à própria validade do contrato, parece que se levantarão aqui dois problemas essenciais: o primeiro respeita à exigência de forma escrita. Poderemos nós considerar que um documento electrónico cumpre essa exigência? A segunda questão prende-se com a dificuldade, que já aqui referimos, da identificação dos intervenientes: sempre que a lei exija a assinatura do contraente para a celebração de um determinado acto jurídico bilateral, e tendo em conta que a assinatura física não é possível na rede, como poderá ser suprida essa exigência?

Mas, num nível mais avançado, poderemos ter de defrontar problemas suplementares. Pensemos na intervenção notarial. Será concebível a criação de documentos autênticos, como uma escritura pública, por via puramente electrónica? E a autenticação de um documento electrónico fará sentido? E em caso afirmativo, de que forma poderia ser feita? Será ainda possível falar em reconhe-

cimentos de assinatura? Como atestar determinadas qualidades dos contraentes? Será possível falsificar uma assinatura electrónica?

Estreitamente ligada à questão da forma está a questão da prova do contrato. A volatilidade do mundo virtual poderia fazer crer que qualquer acto jurídico aí praticado estaria condenado a não passar da prova. Mas não poderia ser configurada qualquer espécie de prova plena ou semiplena ali originada?

A todos estes problemas somam-se muitos outros, menos relacionados com o assunto primário da nossa conferência. São conhecidos de todos os riscos acarretados pelas novas tecnologias para a confidencialidade e a privacidade. No momento em que a fé pública ou a publicidade registral, manifestações ainda do *ius imperium* Estado, entram em cena, essas preocupações não podem deixar de estar presentes.

Problemática é também a determinação do local e do momento da celebração dos contratos celebrados *on-line*. Este é talvez o problema que menos ponderação necessita, tendo em conta que a maioria das leis prevê já normas que podem ser facilmente adaptadas à situação. De acordo com a lei portuguesa, por exemplo, o contrato considera-se celebrado no momento em que a aceitação chega ao conhecimento do proponente (trata-se de uma declaração receptícia) e no local onde tal conhecimento ocorre. Mas a tecnologia introduz, também aqui, novidades de monta. Os protocolos criptográficos permitem assegurar, actualmente, que as declarações contratuais, muito embora entre ausentes, são emitidas em simultâneo, assim eliminando o hiato durante o qual existe uma proposta eficaz mas ainda não existe uma aceitação. A implementação desta possibilidade requer a intervenção de uma terceira parte idónea, abrindo novas perspectivas para a actividade notarial.

2. A noção central de assinatura digital

Muitas destas questões podem já actualmente ser resolvidas por recurso às novas tecnologias. Em seguida tentarei explicar de forma sumária as características e o funcionamento das chamadas assinaturas digitais, por referência à legislação portuguesa e comunitária que, de resto, não difere grandemente, ao que julgo saber, da brasileira.

O primeiro conceito que nos interessa reter aqui é o de assinatura electrónica. A assinatura electrónica corresponde ao resultado de um processamento electrónico de dados susceptível de constituir objecto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento electrónico. É de resto esta a noção da lei portuguesa, segundo a alínea *b* do art. 2.º do Dec.-lei 290-D/99 na sua formulação vigente.

Nesta noção vasta, cabem muitos conceitos diversos. Cabe a assinatura digital, de que vamos falar a seguir; mas cabe igualmente qualquer sistema vulgar de palavras-chave como os que utilizamos diariamente para aceder a determinados *websites* e serviços. De acordo com as orientações comunitárias, o legislador português procurou adaptar aqui uma perspectiva de neutralidade tecnológica, abdicando de se referir a tecnologias concretas e preferindo dar conceitos gerais

que poderão ser preenchidos com realidades várias. Todavia, veremos que no momento a assinatura digital se mantém o centro da problemática, por ser a única que hoje preenche os exigentes requisitos estabelecidos pela lei para produção de determinados efeitos.

A lei portuguesa vem depois restringir aquele conceito global de assinatura electrónica, através do conceito de assinatura electrónica avançada. Será avançada toda a assinatura electrónica que preencha cumulativamente quatro requisitos:

- a) identifique de forma unívoca o titular como autor do documento;
- b) a sua aposição ao documento dependa unicamente da vontade do titular;
- c) seja criada com meios que o seu titular possa manter sob seu controlo exclusivo;
- d) a sua conexão com o documento permita detectar toda e qualquer alteração superveniente do conteúdo deste.

Repare-se que, destes quatro requisitos, apenas os primeiros três correspondem, em bom rigor, à “virtualização” das assinaturas do mundo físico. A assinatura autógrafa não assegura, num documento escrito vulgar, que o mesmo se mantém inadulterado. Este requisito é pois já um *plus* em relação às assinaturas do mundo físico, em grande parte porque se reconhece que os riscos de adulteração a que os documentos electrónicos estão sujeitos, mercê da sua circulação em redes que podem ser pouco seguras, são superiores.

Em rigor, então, pode haver formas diversas de assinaturas electrónicas avançadas, e talvez as venhamos conhecer no futuro; todavia, na actualidade, só a assinatura digital, baseada na criptografia assimétrica, preenche todos os requisitos daquela definição da lei portuguesa. É nela, por isso, que vamos centrar a nossa atenção agora.

A assinatura digital baseia-se na criptografia, que assegura a protecção da informação através da cifra das mensagens mediante algoritmos matemáticos. Neste caso específico, o algoritmo é dito assimétrico, à medida que em vez de uma única chave (um segredo partilhado entre emissor e receptor), que cifra e decifra a mensagem, existe um par de chaves, matematicamente relacionadas entre si, uma das quais é mantida privada e a outra tornada pública. A regra de funcionamento deste par de chaves é simples: o que uma das chaves cifra só a outra pode decifrar.

Imaginemos que eu pretenda enviar uma mensagem digitalmente assinada ao Irib. Em primeiro lugar, eu tomo minha mensagem e obtenho uma versão reduzida dela, através de um determinado algoritmo, ou seja, um conjunto sucessivo de operações matemáticas que é automaticamente aplicado pelo meu computador.

A essa versão reduzida que eu obtive de minha mensagem chamamos Código Hash. Esse código é único para aquela mensagem, o que terá muita importância no processo de validação, que já explicaremos.

Num segundo momento eu vou então cifrar esse Código Hash com minha chave privada, obtendo então o resultado a que damos o nome de assinatura digital. Como já tínhamos realçado atrás, a assinatura digital se distingue da assinatura autógrafa também pela circunstância de não ser independente da mensagem a que é aposta; de facto, a assinatura digital é o resultado da aplicação de funções matemáticas específicas à própria mensagem que se pretende assinar. A assinatura e a mensagem acabam assim por se revelar incindíveis no mundo digital; a assinatura, apesar de ser aposta à mensagem, contém já em si mesma a referência dessa mensagem, sendo portanto aquilo que chamamos assinatura digital uma realidade diversa em cada mensagem que emitirmos.

A minha mensagem está assim assinada digitalmente. Neste momento, eu asseguro que alguém no Irib, que conhece minha chave pública porque eu lha disponibilizei especificamente para esse efeito ou já antes divulgara ao público – aliás as chaves públicas devem ser largamente divulgadas precisamente para poderem cumprir esta função – vai receber esta mensagem e vai saber, por um lado, que a mensagem provém da minha pessoa; e por outro, que não foi adulterada pelo caminho. E saberá isso operando sobre os dados que recebeu uma operação de controlo paralela àquela que eu desencadeei para emitir a mensagem.

Assim, no caso concreto, alguém no Irib tomaria o código recebido, ou seja, a minha assinatura digital, e o decifraria com a minha chave pública, obtendo assim o Código Hash a que eu apus a minha chave privada. Mas, para verificar que a mensagem que recebeu é realmente aquela que eu enviei e que não foi adulterada pelo caminho, o Irib teria de reproduzir a forma pela qual eu cheguei ao Código Hash, aplicando o mesmo algoritmo que eu usei à mensagem original que recebeu. Se os dois Códigos Hash, aquele que foi obtido decifrando a minha assinatura com a minha chave pública, e aquele que foi obtido por aplicação do algoritmo à mensagem efectivamente recebida pelo Irib, se identificam, meu destinatário pode ter a certeza que a mensagem proveio de mim e não foi alterada no seu trajecto.

A este processo poderia acrescer um segundo passo de segurança, se eu estivesse empenhada em assegurar que apenas o Irib poderia ler a mensagem. Nesse caso, além do meu par de chaves, haveria um outro par de chaves envolvido – justamente o par de chaves do Irib. O processo seria exactamente o mesmo mas, uma vez obtida a assinatura digital, eu cifraria ainda o conjunto (mensagem e assinatura digital) com a chave pública do Irib, que teria solicitado ou adquirido previamente. Da mesma forma, o processo de recepção seria exactamente o mesmo, apenas sendo necessário que, antes de qualquer outra operação, o destinatário usasse a chave privada do seu par para aceder à mensagem.

Evidentemente, os computadores realizam todas estas operações de forma automática e imediata, sem que nos chegamos a aperceber de todos estes passos.

3. A certificação digital

A assinatura digital assegura, portanto, da maneira que acabei de descrever, que um determinado documento electrónico foi emitido pelo titular do par de

chaves concreto cuja chave pública eu conheço de antemão; todavia, eu posso nunca ter tido contacto presencial com a pessoa com a qual pretendo celebrar o contrato ou a transacção electrónica. A própria chave pública pode ter me sido transmitida por quem está do lado de lá a distância, e sem que eu tivesse qualquer forma de comprovar a identidade do sujeito em causa. Como relacionar inequivocamente as chaves, que são meros conjuntos de números, a pessoas jurídicas específicas?

Por outras palavras: eu sei que determinada mensagem teve infalivelmente origem num determinado sujeito que diz ser a pessoa X, com o título Y, ou com os poderes para representar a pessoa jurídica Z; mas como posso eu saber que essa pessoa que diz ser X é, efectivamente, o X que eu pretendo que emita a declaração de vontade?

Evidentemente, no mundo físico estes problemas também se colocam. É perfeitamente possível que alguém falsifique uma assinatura, ou assine com o nome de uma pessoa inexistente, ou se arrogue poderes de representação que na verdade não possui. Mas no mundo físico as transacções são, muitas vezes, celebradas presencialmente, num ambiente de maior ponderação. Além disso, há a possibilidade de recorrer a documentos de identificação, que sempre acrescenta um tanto à segurança jurídica, e de solicitar a intervenção notarial para reconhecimento das assinaturas.

No mundo electrónico, tudo é mais volátil. Daqui que o legislador, o português como o comunitário, tenha entendido por bem só atribuir valor equivalente ao da assinatura física à assinatura digital (ou em rigor: à assinatura electrónica avançada) quando esta tenha subjacente a intervenção de um terceiro que se encarrega de verificar a identidade do emissor da assinatura.

Esse terceiro será uma entidade certificadora que, no sistema português e comunitário actual, tem de estar credenciada junto do Poder Público, e que vai emitir um certificado digital cuja função é, justamente, atestar a identidade do titular da assinatura electrónica em causa.

Esta actividade de certificação pelas entidades certificadoras aproxima-se, assim, da emissão de um documento de identificação – um passaporte, uma carteira de identidade – pelas autoridades públicas. Por outro lado, também podem ser emitidos certificados digitais que atestem uma determinada qualidade profissional – e nesse caso aproximar-nos-emos também da emissão de uma carteira profissional, como a minha cédula da Ordem dos Advogados. Podem ainda ser atestadas outras qualidades, como a de gerente ou administrador de uma sociedade comercial.

A entidade certificadora emite assim um documento de identidade para operar no mundo virtual. Como este documento não pode ser fisicamente exibido cada vez que uma mensagem é enviada, ele será apostado a essas mensagens. A actividade de certificação é uma actividade com claro paralelo com a actividade notarial, pelo que não espanta que em muitos países os notários tenham avançado para a desenvolver.

Refira-se, todavia, que nem todos os sistemas entregam a mesma aura de fé pública à actividade de certificação. No caso português e comunitário, embora a actividade de certificação seja livre, só é atribuído ao documento electrónico o valor legal de documento escrito assinado quando a assinatura electrónica, além de avançada (portanto cumpridora dos quatro requisitos que enumerámos atrás), seja qualificada, o que é o mesmo que dizer seja acompanhada não de um certificado digital qualquer, mas de um certificado digital emitido por uma autoridade credenciada junto do Estado. Actualmente, ainda não existe nenhuma entidade credenciada junto do Estado português. Isto não significa que as assinaturas electrónicas não tenham vindo a ser utilizadas no mundo jurídico, como veremos, particularmente pelos advogados, no exercício da sua actividade profissional. Mas significa que não podem ainda ser gerados documentos electrónicos com valor de documentos escritos assinados pelas partes, e que portanto qualquer documento electrónico digital genuinamente português será livremente apreciado em sede de direito probatório.

Podemos perder aqui mais alguns momentos a explicar como funciona o certificado digital; no fundo, é justamente uma figura a meio caminho entre um reconhecimento de assinatura virtual e a emissão de uma “carteira de identidade electrónica”; através dela uma terceira parte idónea e, no caso da lei portuguesa, investida de algo muito semelhante à fé pública, emite um certificado a que apõe a sua própria assinatura (digital), atestando que o assinante (digital) é quem diz ser e ter efectivamente os poderes de que se arroga.

Assim como um documento de identificação físico associa uma pessoa física, a pessoa que o vai portar e que vai dar a cara ao público, a determinada informação – nome, morada, profissão etc. –, o certificado digital vai associar a chave pública – que é a “cara” com que cada um de nós se apresenta no mundo digital – a determinados dados de identificação, atestando que eles coincidem numa mesma pessoa. Este atestado vai acompanhar cada mensagem que eu queira assinar digitalmente e, como é ele próprio uma mensagem digitalmente assinada pela entidade certificadora, vai ser tratado pelo receptor da mensagem da mesma forma semelhante à que já descrevemos. No nosso exemplo, o Irib, paralelamente à validação da minha mensagem, teria que validar o certificado digital utilizando para isso a chave pública da entidade certificadora.

Merece-nos algumas palavras o regime a que se sujeitam as próprias entidades que prestam estes serviços. Muito embora a directiva comunitária estabeleça que “o reconhecimento legal das assinaturas electrónicas deve basear-se em critérios objectivos e não estar ligado à autorização do prestador de serviços de certificação envolvido” e que “os Estados-membros não devem sujeitar a prestação de serviços de certificação a autorização prévia”, admite a possibilidade de os mesmos Estados-membros “manterem regimes de acreditação facultativa que se destinem a obter níveis mais elevados na oferta dos serviços de certificação”.

O legislador português aproveitou esta oportunidade de tal forma que a liberdade de prestação de serviços de certificação praticamente desapareceu.

Efectivamente, como já deixámos dito, só as assinaturas qualificadas, isto é, aquelas que se façam associar a um certificado digital emitido por uma entidade credenciada, permitem criar um documento electrónico com valor legal de documento escrito e autografado.

A credenciação das entidades certificadoras fora primariamente atribuída ao Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça. Recentemente, e ainda sem que qualquer entidade tivesse sido efectivamente credenciada junto do Estado português, foi criado o Sistema de Certificação Electrónica do Estado – Infra-estrutura de Chaves Públicas (SCCE), dentro do qual se integra a Entidade de Certificação Electrónica do Estado, como entidade certificadora de topo, tendo a competência de credenciação sido transferida para a Autoridade Nacional de Segurança.

O SCCE destina-se a “estabelecer uma estrutura de confiança electrónica, de forma a que as entidades certificadoras que lhe estão subordinadas disponibilizem serviços que garantam:

a) a realização de transacções electrónicas seguras;

b) a autenticação forte;

c) assinaturas electrónicas de transacções ou informações e documentos electrónicos, assegurando a sua autoria, integridade, não repúdio e confidencialidade”.

A Entidade de Certificação Electrónica do Estado tornou-se assim a entidade certificadora raiz do Estado, e portanto o serviço certificador de topo da cadeia de certificação do sistema. É ela que, depois de a Autoridade Nacional de Segurança admitir ao sistema as entidades certificadoras que o solicitem, presta às de nível hierárquico imediatamente inferior ao seu os próprios serviços de certificação. Entre estas entidades certificadoras de nível inferior à ECE estão entidades privadas, mas o legislador português admitiu também entidades certificadoras estatais – serão aquelas que, independentemente da sua natureza, prestem funções de certificação para a realização de fins próprios da Administração Pública.

Por seu turno, a credenciação e fiscalização de todas as entidades certificadoras, públicas e privadas, admitidas ao sistema cabem à Autoridade Nacional de Segurança.

Julgo saber que a legislação brasileira prevê regras semelhantes, no quadro da ICP – Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Pude verificar, todavia, que o ITI – Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, que tem a competência de autoridade certificadora raiz da ICP Brasil, desenvolve a sua actividade em áreas a que, infelizmente, os esquemas de modernização portugueses têm sido indiferentes, quando não avessos. Falo, nomeadamente, da promoção do software livre. A modernização administrativa portuguesa tem ocorrido à sombra das grandes indústrias de *software* proprietário, com opções raramente acertadas em termos de erário público e muitas vezes sem a mínima preocupação de assegurar, sequer, que as soluções adaptadas são compatíveis com *software* não proprietário.

4. A experiência portuguesa e comunitária

A primeira legislação portuguesa a regular o problema dos documentos electrónicos e a assinatura electrónica data de agosto de 1999. Ainda em 1999, em dezembro, o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram uma directiva relativa a esta mesma temática, a Directiva 1999/93/CE, que obrigaria o legislador português a algumas alterações ao regime vigente e definiria o quadro legal que doravante vigoraria em todos os Estados-membros.

Não faria sentido maçá-los aqui com os pormenores desta directiva europeia ou do decreto-lei português. Gostaria todavia de vos traçar um panorama geral do que tem sido feito em Portugal para adaptar o sistema de justiça à utilização das novas tecnologias, no quadro do chamado *e-government*, e do papel que a assinatura electrónica desempenha nesse esforço.

O processo começa com o já referido decreto-lei de 1999, que veio regular o documento electrónico e a assinatura electrónica. Desde então, têm-se vindo a somar os diplomas, com repercussões muito variáveis nos vários sectores envolvidos.

Uma das primeiras facetas e mais visíveis facetas do esforço de desmaterialização foi a regulamentação da entrega das peças processuais pelos advogados, em 2000. Passou-se, por um lado, a admitir a entrega de quaisquer peças processuais por correio electrónico, e por outro a exigir a entrega em suportes digital (correio electrónico, disquete, CD-Rom) dos articulados, alegações e contra-alegações de recurso. Esta obrigatoriedade apanhou de surpresa alguns sectores da advocacia menos dados às novidades do mundo moderno, para além de ter levado à penosa constatação da despreparação dos nossos tribunais para lidar com as novas tecnologias. Durante muito tempo as peças acumularam-se nas caixas de correio, retardando o andamento dos processos em vez de o acelerar, como desejado. No momento presente, eu diria que para a grande maioria dos casos este problema está ultrapassado. O problema da validação cronológica foi assegurado por um serviço conjunto dos CTT – Correios de Portugal, S.A. e da empresa privada Multicert, a Marca do Dia Electrónica (MDDE), que funciona como um registo de correio normal, em que um terceiro idóneo e independente vem comprovar a juízo a data e hora da remessa da peça processual pela aposição de uma estampilha electrónica.

Quando o legislador abriu esta possibilidade de remessa a juízo por correio electrónico das peças processuais, o regime da assinatura electrónica ainda não tivera tempo para produzir quaisquer resultados. Curiosamente, talvez por isso, para esta remessa admite-se a assinatura electrónica associada a qualquer certificado digital, emitido por entidade credenciada ou não, contanto que garanta de forma permanente a qualidade profissional do signatário. Na prática, a Ordem dos Advogados Portugueses uniformizou a rotina, contratando uma entidade privada – uma empresa chamada Multicert – para emitir certificados digitais a todos os advogados e advogados estagiários inscritos.

A prática da advocacia acaba, assim, por ser actualmente o único campo de utilização generalizada da assinatura electrónica em Portugal.

O actual governo tem tentado alterar esta situação no quadro de um ambicioso programa de simplificação, desburocratização e desmaterialização em 333 medidas a que atribuiu o significativo nome de Simplex. Embora este programa esteja a produzir resultados de bondade duvidosa no campo notarial e registral, nomeadamente abolindo as escrituras públicas para a maioria dos actos da vida comercial, grande parte das suas medidas traz a promessa implícita de uma utilização mais frequente da informática e das novas tecnologias para facilitar a vida dos cidadãos, por um lado, e das empresas, por outro. O projecto envolve várias entidades, tendo como referência central a UCMA – Unidade de Coordenação da Modernização Administrativa. Passamos a enumerar algumas das medidas que se encontram já em fase de implementação.

A medida mais directamente relacionada com a questão das assinaturas digitais é a emissão do chamado cartão do cidadão. O cartão do cidadão deverá começar a ser emitido para a generalidade dos cidadãos muito em breve; actualmente, foi já emitido um único, na pessoa de nosso Chefe de Governo.

O cartão do cidadão, segundo a própria apresentação oficial do projecto, tem as seguintes características:

Do ponto de vista físico, o cartão do cidadão será um *smart card* e substituirá os actuais bilhete de identidade, cartão do contribuinte, cartão de beneficiário da Segurança Social, cartão de eleitor e cartão de utente do Serviço Nacional de Saúde. Evidentemente, isto levanta problemas muito específicos de privacidade. O Governo veio já assegurar, a esse respeito, que as bases de dados subjacentes a cada um destes serviços estatais se manterão independentes e não existirá qualquer cruzamento de dados.

Do ponto de vista visual, o cartão exhibirá, na frente, a fotografia e os elementos de identificação civil. No verso, terá os números de identificação dos diferentes organismos, cujos cartões agregam e substituem, uma zona de leitura óptica e o *chip*.

Do ponto de vista electrónico, que mais nos interessa aqui, terá um *chip* de contacto, com dois certificados digitais que associam os dados do indivíduo (os mesmos do cartão físico – nome, morada, entre outros) em causa a pares de chaves gerados ao nível estatal. São dois, e não apenas um, como tínhamos descrito até aqui, porque se pretende que o sujeito use cada um para funções diferentes. Recordam-se que tínhamos separado os passos da assinatura digital e da cifragem ou encriptação do conteúdo; aquele diz respeito à identificação da pessoa, e à integridade do conteúdo; este à sua confidencialidade. O Estado pretendeu assegurar que o cidadão disporia de dois certificados, para utilizar um, por assim dizer “mais solenemente” para a prática efectiva de actos jurídicos (portanto para assinar com uma assinatura electrónica qualificada que é equiparada à assinatura autógrafa); e outro para a simples cifragem da comunicação que mantém com terceiros, mesmo que não pretenda vincular-se jurídica-

mente. Parece que, assim, a curto prazo, os cidadãos disporão de possibilidades alargadas de celebração de actos jurídicos por via electrónica, nos termos de outras inovações que já elencaremos.

Algumas das medidas apontam para uma desformalização da própria contratação, particularmente no que diz respeito ao contrato de sociedade. A escritura pública, como ficou dito, foi dispensada para a maioria dos actos societários, incluindo a própria constituição. Foram criados balcões de aconselhamento em que todas as formalidades atinentes à criação da nova pessoa jurídica podem ser cumpridas, sendo as comunicações necessárias prestadas no próprio momento e o registo comercial efectuado de imediato. Este sistema ficou conhecido pelo nome de empresa na hora e ainda é demasiado cedo para poder fazer uma avaliação cabal das implicações que terá ao nível da segurança jurídica e da fiabilidade do sistema.

Ainda mais avançado que a empresa na hora é o subsistema da empresa *on-line*. Actualmente, um notário ou advogado que possua um certificado digital atestando a sua qualidade profissional pode constituir uma sociedade via internet num *site* específico. No futuro, pretende-se alargar esta possibilidade a qualquer cidadão.

Também no quadro da desformalização e da simplificação da vida das empresas, o governo atribuiu às câmaras de comércio e indústria, aos conservadores, aos oficiais de registo, aos advogados e aos solicitadores a competência para fazer reconhecimentos simples e com menções especiais, presenciais e por semelhança, para autenticar documentos particulares, certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos nos termos previstos na lei notarial. Os reconhecimentos, as autenticações e as certificações efectuados pelas entidades previstas nos números anteriores conferem ao documento a mesma força probatória que teria se tais actos tivessem sido realizados com intervenção notarial.

Aliás, desde 2001 que os advogados, solicitadores e as câmaras de comércio e indústria podem fazer reconhecimentos com menções especiais, por semelhança, e certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos. A conferência de fotocópias fora competência atribuída ainda anteriormente, em 2000, cabendo, aliás, também às juntas de freguesia e ao operador do serviço público de correios.

Com excepção dos conservadores e oficiais em registo, estas entidades só podem praticar validamente tais actos de cariz notarial mediante registo específico em sistema informático. Pretendeu-se que cada uma das entidades referidas assegurasse a manutenção de um registo específico que, dentro deste quadro altamente liberal de delegação de fé pública, garantisse um mínimo de responsabilização e, em alguns casos, de publicidade dos actos. Apenas a Ordem dos Advogados criou já o registo respectivo, ficando a critério do advogado se o registo será ou não público. Caso o advogado opte pelo registo público, o seu comprovativo incluirá um endereço na internet onde qualquer pessoa poderá comprovar a sua realização; em caso contrário, apenas o seu autor poderá aceder aos dados.

Aliás, maiores novidades se preparam no campo da publicidade registral. Os actos societários, até aqui publicados na III Série do Diário da República, com a publicação *on-line*, universal e gratuita, do jornal oficial ganharam um sítio da internet próprio, permitindo uma pesquisa mais célere e o acesso gratuito e directo por todos os interessados.

O governo prepara agora a legislação que deverá permitir pôr em prática o conceito, que tem vindo a ser anunciado, de certidão permanente. O objectivo da certidão permanente é assegurar o acesso em tempo real, através de sítios específicos na internet, a dados actualizados de registo nas várias áreas da competência estatal. Muito embora seja possível equacionar, num futuro próximo, que estes registos permanentemente actualizados e acessíveis possam ser utilizados pelos cidadãos nas suas relações horizontais, o objectivo de curto prazo é estabelecer uma partilha efectiva de informação entre entidades estatais, evitando que o cidadão se veja na contingência de requerer certidão atrás de certidão a uma entidade pública para cumprir uma obrigação ou ónus perante outra entidade pública. Evidentemente, esta consciencialização do Estado, que até aqui se comportava perante o cidadão como um amontoado de compartimentos estanques, é de saudar; todavia, torna-se necessário assegurar a confidencialidade dos dados sempre que os registos não sejam públicos e haja dados sensíveis envolvidos.

Nesta vertente da publicidade registral, não poderia deixar de saudar ainda uma iniciativa mais próxima da minha área profissional, que consistiu na disponibilização ao público da base de dados do Instituto Nacional da Propriedade Industrial. É agora possível a qualquer cidadão conhecer os dados dos registos de marcas e outros sinais distintivos do comércio, bem como de patentes e modelos de utilidade, com efeitos em Portugal. É ainda possível a consulta do estado dos próprios pedidos de registo, o que em muito aumentou a transparência e operacionalidade daquela agência governamental.

O Projecto Habilus vinha já permitindo desde há alguns anos a consulta do estado dos processos judiciais e marcação de diligências pelos mandatários constituídos. A introdução progressiva do suporte digital para as peças processuais permitiu avançar com a desmaterialização dos processos, absolutamente indispensável num momento em que os problemas logísticos vinham se agravando cada vez mais.

5. Questões em aberto. Pistas para debate

Com esta exposição, espero ter contribuído para lançar alguma luz sobre as questões que levantei no início. Muitas há, todavia, que continuam por resolver, na teoria ou na prática. Exemplos:

Dissemos que o certificado digital era o paralelo, no mundo virtual, da emissão de um documento de identificação para uma pessoa física. Mas, no mundo físico também possuímos documentos de identificação e todavia a lei prevê, certas vezes, a necessidade de um documento não ser apenas escrito e assinado, mas

sofrer ainda uma intervenção notarial, para ser válido ou produzir determinados efeitos. Claramente, o reconhecimento de letra não fará sentido para um documento electrónico. Mas o que dizer do reconhecimento das assinaturas?

Parece que reconhecer uma assinatura digital não fará muito sentido porque, em boa verdade, a utilização do certificado digital já cumpre essa função. Apesar de funcionar como um documento de identificação físico, o certificado digital tem uma vantagem em relação àquele: ele se relaciona com a própria chave pública do sujeito em causa e, nessa medida, embora só seja emitido uma vez, permite que a atestação da identidade seja renovada para cada assinatura que ele crie. Não parece fazer muito sentido, portanto, que um tabelião venha *a posteriori* reconhecer o que já está reconhecido...

Menos duvidosa parece ser a questão da autenticação de documentos. À medida que um documento electrónico a que seja aposta uma assinatura electrónica qualificada tem apenas o valor de documento particular escrito e assinado pelas partes, parece ser de admitir a sua autenticação de forma a elevá-lo à categoria de documento autenticado. Isso seria feito, parece-nos, pela aposição da assinatura digital qualificada do notário (que teria de atestar, além dos seus demais dados de identificação, essa qualidade profissional) que cumpriria, a um tempo, as funções de sua assinatura autógrafa e do selo branco...

Também não parece colocar-se qualquer problema quanto à criação de documentos autênticos. Tomemos a escritura pública. A sua celebração, em si, não parece alterar-se substancialmente quando passamos para o mundo digital: o notário pode ainda, apesar de o documento final revestir a forma electrónica, ajudar à conformação da vontade das partes e velar pela legalidade do acto. Os contraentes aporão a sua assinatura electrónica e o mesmo fará o notário, sendo que no caso deste o certificado digital, além dos seus normais dados de identificação, teria de atestar a sua qualidade profissional. Importante seria também que o notário verificasse, antes de conferir fé pública ao acto – e esta verificação teria de ser um dever legalmente imposto ao notário –, se os certificados digitais que acompanham as assinaturas dos contraentes estão válidos, o que pode fazer consultando determinadas listas publicadas pelas entidades certificadoras com os certificados que vão sendo revogados, por exemplo porque foram comprometidos por o seu titular ter deixado que terceiros conhecessem a sua chave privada.

Pode é perguntar-se se a escritura pública, num quadro destes, teria de continuar a ser outorgada na presença de todos os contratantes. Nesse caso a escritura é meramente transformada em documento electrónico e electronicamente assinada, mantendo-se um acto entre presentes. De resto, a hipótese de celebrar uma escritura com outorgantes ausentes parece ferir a nossa sensibilidade jurídica, mas pode vir um dia a tornar-se realidade.

O problema mais agudo parece ser a questão da perenidade da informação no mundo digital. Os notários tinham, até agora, à sua guarda, arquivos de documentos que continham em si todos os elementos necessários a uma aferição da sua validade, se um dia se tornasse necessário. Quando passamos ao mundo virtual,

porém, mesmo admitindo que são tomadas medidas de salvaguarda suficientes para assegurar que os documentos electrónicos, em si, são preservados, levantam-se novos problemas. Imaginemos que a lei tornava possível a escritura electrónica como, parece-nos, inevitavelmente fará em breve trecho. Imaginem ainda que, daqui a 50 anos, se torna necessário celebrar uma escritura de justificação para reatamento do trato sucessivo, tendo por base, digamos, uma escritura electrónica de cessão de quota celebrada em 2010 pela aposição das assinaturas digitais certificadas dos contraentes e do notário. A legislação portuguesa actual apenas impõe às empresas certificadoras a manutenção dos seus registos por um prazo de 20 anos. Em 2056, o notário que houvesse de celebrar a escritura pública de justificação não poderia dizer se a escritura de cessão de quotas que lhe apresentam foi ou não efectivamente assinada digitalmente pelos contraentes que o texto indica; nem se o notário que supostamente presidiu à sua celebração era efectivamente notário, e efectivamente outorgou o acto. Qualquer discussão acerca da eventual falsidade do documento estaria prejudicada à partida. Parece que a única solução seria que o notário, além de guardar os documentos e as assinaturas digitais, guardasse os certificados digitais dos assinantes, bem como os certificados de raiz da entidade certificadora que assina cada um deles.

Mas isto não esgotaria todos os problemas: uma vez que o certificado digital dos outorgantes pode vir a ser revogado num momento futuro, seria necessário assegurar que o acto foi celebrado durante o seu período de validade. Claro que isto poderia resolver-se pela mera inclusão da data da outorga no próprio texto da escritura, menção que, de resto, é obrigatória em Portugal por lei: esta asseguraria o dia da celebração e a fé pública do notário garantiria que foi verificado, através das mencionadas listas de revogação divulgadas pelas entidades, que o certificado estava válido. Mas também se pode pensar em utilizar uma marca de dia electrónica, semelhante àquela que os advogados portugueses utilizam para remeter a juízo peças processuais.

Teoricamente, podem colocar-se problemas ainda mais graves. Imaginemos que no futuro se descobre uma maneira prática de falsificar os certificados e que não é possível determinar com exactidão em que altura essa informação começou a ser veiculada ao público. Será lançada uma aura de suspeita sobre os certificados anteriores a essa data. Caso as escrituras públicas continuem a ser outorgadas na presença de todos os envolvidos, embora materializadas em documentos electrónicos, o problema estaria minimizado, porque o notário teria tido a possibilidade de verificar presencialmente a identidade dos envolvidos (por exemplo, através dos documentos de identificação vulgares). Caso, todavia, a escritura pública do futuro possa formalizar um contrato entre um sujeito no Brasil e outro em Portugal, a possibilidade técnica de falsificação dos certificados lança uma sombra negra na segurança jurídica de todos os actos praticados até então por recurso a uma tal tecnologia.

Já agora, há uma questão filosófica interessante: se se descobrir no futuro uma maneira prática de quebrar a solidez desta forma de criptografia, e não

sendo possível provar se alguém tinha conhecimento anterior dessa informação, o que é que acontecerá à credibilidade dos documentos anteriores a essa data? Qualquer pessoa pode alegar que determinado era outro o conteúdo do acto que foi celebrado pela pessoa que assinou digitalmente, tornando-se portanto ainda mais importante a existência de um notário, com os seus registos, que possa atestar e fazer fé pública que aquele foi o conteúdo que formalizou.

6. Conclusões

Bom, espero ter lançado algumas pistas no sentido das mudanças que poderão sofrer, num futuro próximo, as transações jurídicas em geral e também a actividade notarial e registral. O assunto é virtualmente inesgotável, à medida que nos convida a uma reflexão sobre a própria natureza das formalidades envolvidas, das intervenções de fé pública e das exigências legais pensadas para um mundo físico que começa a ser deixado para trás. A cada dia surgirão, por certo, problemas novos; mas cá estaremos nós para os pensar.

2. DOCTRINA INTERNACIONAL

2.1

REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y DESARROLLO DE LOS MERCADOS DE CRÉDITO HIPOTECARIO¹

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad y Mercantil. Actualmente Registrador de la Propiedad de Barcelona. Es miembro del Consejo de Dirección del Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (Ciddrim) de la Universidad de Barcelona. Ha sido Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (2001-2006) y Fundador y primer Presidente de la "European Land Registry Association" (2003-2006).

SUMARIO: 1. Introducción – 2. La función de los sistemas registrales – 3. Los sistemas registrales como reductores de asimetrías informativas – 4. Tipos de sistemas registrales – 5. La eficiencia de los sistemas registrales – 6. Evidencias empíricas sobre la relación entre sistema registral y mercado hipotecario: 6.1 Eficacia operativa de los registros: 6.1.1 Comparación de costes operativos; 6.1.2 Tiempo de formalización de registro y de ejecución de las garantías hipotecarias; 6.2 Variables socioeconómicas: 6.2.1 Tamaño relativo del mercado hipotecario; 6.2.2 Inversión extranjera en inmuebles; 6.3 Los tipos de interés – 7. Obstáculos para el desarrollo empresarial en América Latina – 8. Referencia a las políticas de formalización y su impacto sobre el crédito hipotecario.

1. Introducción

Los sistemas registrales desempeñan funciones esenciales en una economía de mercado, no solamente en relación con el desarrollo de los mercados crediticios –singularmente hipotecarios–, sino, también, en relación con el funcionamiento eficiente del sistema económico en su conjunto.

La presente exposición tiene por objeto, sin embargo, explicar únicamente el primer aspecto, esto es, la relación existente entre los sistemas registrales y los mercados hipotecarios, más concretamente entre los grados de eficiencia y de eficacia de un sistema registral y el desarrollo de tales mercados.

Aún así, para comprender tal relación en toda su profundidad es preciso hacer una referencia, por breve que sea, a la función económica general de un sistema registral. Ello nos permitirá, además, entender mejor los sistemas

⁽¹⁾ Conferencia pronunciada en Sao Paulo (Brasil) el 15.09.2006, con motivo del evento Febraban. V Congreso de Derecho Bancario. E-mail: <fpmendez@registradores.org>.

registrales, lo que, asu vez nos permitirá evaluar tanto el grado de eficiencia como de eficacia de los mismos.

Para ello, recurriremos al método denominado “ingeniería inversa”.² Como explica, S. Pinker, mientras en la ingeniería proyectual se diseña una máquina para hacer algo, para cumplir una función, la ingeniería inversa trata de averiguar la función para la que una máquina fué diseñada y, de ese modo, entender el diseño tanto de la máquina en su conjunto como el de cada uno de sus componentes. Pero la ingeniería inversa solo es posible cuando disponemos de una pista acerca de la función para la que fue concebido el aparato en cuestión.

Y esta idea – básica en una concepción evolutiva – es aplicable no solo a los organismos en un sentido biológico, sino también a las herramientas o aparatos creados o fabricados por el hombre, y también, cual es el caso del registro, a las instituciones conformadas a lo largo de la historia para cubrir ciertas necesidades ineludibles para la supervivencia y el progreso de la especie humana.

Si identificamos adecuadamente esas necesidades, podremos entender mejor la función, y si entendemos la función adecuadamente, podremos entender el diseño institucional creado para desempeñarla, y entonces, y solo entonces, estaremos en las condiciones adecuadas para evaluar su grado de eficiencia y de eficacia y de hacer, en su caso, propuestas de mejora. En definitiva, la ingeniería inversa es la que nos permite hacer una buena ingeniería proyectual, también en el ámbito institucional.³

⁽²⁾ Esta expresión ha hecho fortuna en el ámbito de la psicología evolutiva, basada en las ideas darwinistas y que ha alcanzado notables éxitos en la explicación de la conducta humana, o del funcionamiento de la mente. Vide, por todos: PINKER, Steven. *Como funciona la mente*. Barcelona: Destino, 2000. p. 39, 40 e 66.

⁽³⁾ Esta idea también es básica en el ámbito de la economía institucional, en el que pretende desarrollarse este trabajo. Como señala S. Pinker (op. cit.). Fue Darwin quien dio la justificación lógica de la ingeniería inversa, al señalar, en su conocida obra cómo los “órganos de una perfección y complejidad extremas, que justamente exaltan nuestra admiración” surgen no de la previsión divina sino de la evolución de replicantes durante un periodo de tiempo inmenso. Señala también el ejemplo de W. Harvey quien en el siglo XVII descubrió que las venas tenían válvulas, y de ello dedujo que las válvulas debían estar allí para permitir la circulación de la sangre. Desde entonces hemos avanzado en la comprensión del cuerpo como una máquina maravillosamente compleja... ¿Por qué tenemos, por ejemplo, orejas asimétricas y llenas de pliegues cartilaginosos? Para filtrar las ondas del sonido que provienen de direcciones diferentes y de modos también distintos. Los matices de la zona de sombra del sonido permiten al cerebro saber si la fuente emisora se halla arriba o abajo, delante o detrás de nosotros. Es la estrategia de la *ingeniería inversa* la que nos permite alcanzar esta comprensión.

De hecho es lo que hacen los científicos industriales de la Sony cuando la Panasonic anuncia el lanzamiento de un nuevo producto, o viceversa. Compran uno, lo llevan al laboratorio, lo desmontan e intentan averiguar cuál es la finalidad que cumplen todas las piezas y de qué modo se combinan para hacer que el aparato funcione.

2. La función de los sistemas registrales

Decíamos que la “ingeniería inversa” requiere una pista de la función para la que fué diseñado el aparato o la institución en cuestión.

Pues bien, en el caso de los registros tenemos algo más que una pista. Tenemos declaraciones explícitas por parte de los legisladores: se trataba de fomentar el crédito territorial, esto es de convertir a los bienes inmuebles en activos económicos, capaces de servir de garantía al crédito, la gran palanca de toda economía moderna que, como se ha dicho, no es sino una economía de créditos.⁴ Para que los inmuebles puedan cumplir esta función es necesario que se den dos condiciones: (1) que la propiedad sobre los mismos sea una propiedad segura y (2) que sea fácilmente transmisible.⁵

Es, además, el procedimiento que utilizamos todos nosotros cuando nos encontramos ante un nuevo artilugio. Al rebuscar en un viejo almacén, por ejemplo, damos con un ingenio que resulta impenetrable hasta que averiguamos para qué fue diseñado. Cuando caemos en la cuenta de que se trata de, v.g.: un deshuesador de aceitunas, de pronto comprendemos que el anillo de metal está diseñado para ceñir la aceituna y que la palanca baja una cuchilla en forma de x por un extremo, de modo que el hueso salga por el otro. Las formas y la disposición de los resortes y de los muelles, bisagras, charnelas, hojas y cuchillas, palancas y anillos cobran sentido cuando se comprende la función y entonces llegamos a comprender, además, por qué las aceitunas envasadas tienen una incisión en forma de x en uno de sus extremos. Vide: PINKER, S. Op. cit.

Es también la estrategia característica de la economía institucional que exige entender previamente la racionalidad subyacente – función – de las instituciones – y de cada una de sus partes – antes de proponer reformas. De lo contrario, se corre el riesgo cierto de que no se sepa valorar adecuadamente una determinada institución y de que los resultados de las reformas sean muy distintos de los *deseados*. Este es el sentido de un refrán español, según el cual “el camino del infierno se halla empedrado de buenas intenciones”. Aunque solamente, claro está, cuando hay buenas intenciones, pues también puede suceder algo muy distinto, que el desconocimiento de la función que cumple una determinada institución – y, por tanto, qué costes alternativos y superiores ahorra – sea utilizado por determinados grupos de interés para, en connivencia o no con el poder político, proponer reformas que fuercen un coste social mayor y de ese modo poder obtener mayores beneficios privados. Vide, v.g.: POSNER, R. A. *El análisis económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 502 et seq.

En el ámbito “micro” o “intrainstitucional” puede darse también un fenómeno parecido. Puede suceder que quien tiene a su cargo una parte de la institución entienda muy bien el mecanismo – cómo funciona esa parte – pero no la función de esa parte dentro de la institución, o que conozca la función de esa parte, pero no la de la institución en su conjunto, ni la de la institución dentro del sistema general. En tales situaciones, es difícilmente evitable que se produzca un déficit, más o menos importante, de eficiencia o de eficacia de la institución como tal.

⁽⁴⁾ LEPAGE, Henri. *Por qué la propiedad*. Madrid: C.C.E, 1985.

⁽⁵⁾ La exposición de motivos del proyecto de ley para la reforma de la legislación hipotecaria de 11.02.1858, es de una claridad meridiana: “Cuando la propiedad no

En efecto, cuando quien adquiere una propiedad inmobiliaria adquiere una “caja de sorpresas” – no puede estar seguro de si ha adquirido del verdadero dueño, o si hay cargas que no ha podido conocer porque el transmitente no se las ha revelado o porque tampoco las conocía –, porque no puede conocer el verdadero “estado civil” de la propiedad que adquiere o porque solo puede hacerlo a un precio extremadamente elevado, la consecuencia es que hay pocas transacciones, los mercados no se desarrollan y la propiedad así adquirida no sirve de garantía para acceder al mercado de capitales.

Desde Adam Smith sabemos que la especialización – la división del trabajo – es la base del bienestar público. A mayor especialización mayor crecimiento y mayor bienestar. La especialización implica interdependencia y ésta necesita de intercambios voluntarios en beneficio recíproco.

Pero intercambiar – contratar – no es fácil. El motivo estriba en que, al tener cada una de las partes sus propios intereses, pueden emplear el intercambio como instrumento para apropiarse de los frutos del esfuerzo ajeno.

puede transmitirse fácil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en préstamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas”. Asimismo, la “Exposición de 06.06.1860, de los motivos y fundamentos del proyecto de ley hipotecaria”: “(...) Nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación... la reforma es urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos sobre la cosa, para poner límites a la mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados”. Pone de manifiesto B. Oliver que en aquella época (1855) el Gobierno dedicó todos sus esfuerzos “al estudio de los medios más conducentes y rápidos para atraer los capitales con que debían fomentarse las tres principales fuentes de la riqueza pública; la agricultura, el comercio y la industria. Y juzgando que los primeros y más fuertes obstáculos que se oponían... nacían de la legislación mercantil, en lo que toca al crédito comercial e industrial, y de la legislación civil en lo que toca al crédito territorial y agrícola, acordó acometer simultáneamente la reforma de ambas legislaciones y llevarla a cabo en el más breve plazo posible”. Esta reforma simultánea de la legislación mercantil e hipotecaria con la finalidad de fomentar el crédito – comercial e hipotecario – apenas ha sido puesta de manifiesto por la doctrina hipotecaria española. El estudio conjunto de ambas reformas hubiera facilitado grandemente la comprensión de la función y de la arquitectura registral que se introducía, como he puesto de manifiesto en otro lugar. Vide: MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernano Pedro. *El registro como instrumento de intervención en el mercado*. Discurso de Clausura del II Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles e España, Santiago de Compostela 24 de Octubre de 2004.

Esta lucha expropiatoria derrocha recursos de forma directa e indirecta.⁶ Directamente, porque requiere dedicar medios valiosos tanto para efectuar el fraude o engaño como para evitarlo. Indirectamente, porque al darse cuenta del riesgo que corren, muchos contratantes potenciales se niegan a contratar, reduciendo así el grado de especialización.

Debido a esta posibilidad de conducta oportunista, para que sea viable la especialización, es necesario organizar los intercambios de tal modo que se armonicen los intereses potencialmente conflictivos de las partes. Como ha observado R. Wright, para que los individuos y grupos – que persiguen el interés propio – quieran obtener beneficios comunes, es decir, quieran cooperar, intercambiar, es preciso resolver dos problemas previos: la incomunicación y la desconfianza,⁷ o, si se prefiere, la desconfianza generada por el desconocimiento, la desinformación, la incomunicación.⁸

Pues bien, la humanidad, a lo largo de la historia ha ido generando todo tipo de tecnologías dirigidas a superar estos obstáculos y, de este modo, facilitar los intercambios.

Así, como han puesto de manifiesto A. Johnson y T. Earle, en la época de los liderazgos supraldeanos, en sociedades que desconocían la escritura, existía una figura –“el hombre importante”–, dotado de una memoria prodigiosa para las relaciones de parentesco y para las transacciones del pasado.⁹

La invención de la escritura fue decisiva para contribuir a vencer estos obstáculos. Si la falta de información, y, por tanto, las dificultades para obtenerla, son uno de los obstáculos básicos para la cooperación, es obvio que las nuevas tecnologías de la información –cual es el caso de la escritura– facilitan la cooperación y por lo tanto los intercambios. La escritura, además, no solo sirve para transmitir información, sino para generar confianza.¹⁰

⁽⁶⁾ HIRSHLEIFER, J. The dark side of the force. *Economic Inquiry*, n. 32, 1994. Apud ARRUÑADA, B. “Límites institucionales al desarrollo de la empresa”. *Pepeles de la Economía Española*, n. 78-79, 1999.

⁽⁷⁾ Vide: WRIGHT, R. *Nadie pierde. La teoría de los juegos y la lógica del destino humano*. Barcelona: Tusquets, 2005. p. 354.

⁽⁸⁾ Todas las actividades económicas están sometidas a esta lógica, que obliga a los individuos a salvaguardar con cuidado los intercambios, lo que impone unos costes que se han venido en denominar “costes de transacción”, que tienen por finalidad reducir este derroche de recursos y posibilitar una mayor especialización.

⁽⁹⁾ JOHNSON, A.; EARLE, T. *The evolution of human societies: from Foraging Group to Agrarian State*. Stanford U. P., 1987.

⁽¹⁰⁾ De hecho, como pone de manifiesto Wright (op. cit., p. 107), aunque la escritura ha sido y es instrumento de algunas de las más altas expresiones del espíritu humano – poesía, filosofía, ciencia–, surgió como instrumento de lo más prosaico: la economía, la administración, la política. Es interesante reproducir aquí, la siguiente cita que hace del *New York Times* de 11 nov. 1997, que decía lo siguiente: “La referencia

En efecto, en la Antigua Mesopotamia, el prestamista no temía que el prestatario le negase la recuperación del préstamo, ni el prestatario temía que el prestamista hinchase la deuda, porque había un registro que lo atestiguaba.

Pero, como observa R. Wright, la escritura no fue ni mucho menos lo único que contribuyó a solucionar el problema de la confianza en los antiguos estados de Asia, Oriente Próximo y Mesoamérica.

Otro medio fue la sistematización de la justicia: la seguridad de que los tramposos serían castigados. Pero también para ello la escritura era de un valor inestimable, ya que los códigos tienen más precisión y autoridad cuando se gravan en algo. Así, el Código de la ciudad mesopotámica de Eshnuna – escrito un siglo antes que el celeberrimo Código de Hammurabi – no deja dudas sobre lo que ocurría si pagábamos un siclo a un hombre para que nos segara el campo y el hombre no se presentaba: tendría que darnos diez siclos.

También en Mesopotamia, los funcionarios tenían unos sellos cilíndricos con adornos que, cuando se estampaban en una tablilla de arcilla, dejaban impresa una firma prestigiosa, de valor oficial, que reforzaba la confianza, cuando se trataba de préstamos u otras transacciones.¹¹

La clave está en que, las tecnologías de la información, al abaratar el coste del transporte de datos y su conservación, vencen la desinformación y, junto con la actuación compulsiva del Estado, fundamentan la confianza, por lo que facilitan la coordinación de los intereses comunes, y, por tanto, la realización de los intercambios, base del crecimiento y del bienestar.

Obsérvese que las tecnologías de la información, al facilitar la obtención y difusión de la información requerida, lo que hacen en realidad es disminuir las asimetrías informativas entre los individuos.

3. Los sistemas registrales como reductores de asimetrías informativas

Piénsese que una de las características de las economías reales es que el nivel de información/desinformación *no* es homogéneo, sino que, por el contrario, son habituales los supuestos de asimetría informativa, es decir los supuestos en los que una de las partes conoce mucho mejor que la otra los atributos – incluidos los jurídicos, que constituyen el único aspecto relevante a los efectos de esta exposición – del bien objeto de intercambio.

escrita más antigua que se conserva sobre el templo del rey Salomón es una inscripción en un pedazo de arcilla del siglo VII antes de Cristo. ¿Qué podría ser?, ¿Versículos de una plegaria? ¿Un himno a la divinidad? No. Es un recibo. Un individuo donó tres siclos de plata al templo y el donativo quedó debidamente registrado”.

⁽¹¹⁾ Puede verse todo ello en: WRIGHT, R. Op. cit., p. 107 et seq.

Las derivaciones de la asimetría informativa son múltiples así como las instituciones – tecnologías organizativas – generadas por la humanidad a lo largo de la historia para prevenir o compensar los riesgos que de ella derivan.

De todo ello, interesa destacar ahora, primordialmente, dos aspectos:

(a) probablemente, a la parte mejor informada respecto de los atributos jurídicos del bien objeto de intercambio le reporte alguna utilidad ocultar esa información. Según el supuesto conductual que maximiza la riqueza, la parte mejor informada ocultará o mentirá cuando el beneficio de tal comportamiento sea mayor que el de las oportunidades alternativas que se le ofrezcan. La asimetría informativa, por tanto, genera el riesgo de comportamientos oportunistas, especialmente graves en el ámbito inmobiliario, lo cual dificulta el intercambio y la especialización.¹²

(12) El éxito del oportunista conduce a un incremento generalizado de costes transaccionales. Sobre este particular, mas extensamente: MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. "La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho". In: GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (ed.). *La calificación registral*. Madrid: Civitas, 1996. t. I. Piénsese que uno de los problemas fundamentales que se planteaban en España con anterioridad a 1861 era el denominado *crimen stellionatus*, es decir, la ocultación por el vendedor al comprador de las cargas que pesaban sobre el inmueble, lo cual dificulta el intercambio y la especialización. En este sentido, es necesario considerar que, al concretar las ventajas derivadas de la especialización en el ámbito inmobiliario, suelen distinguirse las asociadas a inversiones específicas y las asociadas al papel de los inmuebles como garantía crediticia, por lo que resulta claro que el disponer de un sistema bien desarrollado de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles genera incentivos eficientes para efectuar inversiones específicas sobre esos mismos bienes y facilita su utilización como garantía para el cumplimiento de otros contratos, singularmente de crédito. Estos aspectos, fueron meridianamente puestos de manifiesto en el Dictamen de la Comisión del Congreso acerca del proyecto de ley autorizando al Gobierno para la reforma de la legislación hipotecaria vigente, emitido el 18.02.1858. En él puede leerse: "(...) las hipotecas tácitas y las cargas ocultas no permiten contratar sobre los bienes raíces con toda la seguridad que exigen la justicia y el interés público. Y por último, la existencia indefinida de estas mismas hipotecas y cargas son para el propietario una amenaza constante que le roba la tranquilidad y la confianza a que tiene derecho según la naturaleza de su dominio.

(...) El crédito territorial, que se funda principalmente en la confianza del reembolso de los capitales prestados no puede prosperar y desenvolverse allí donde la propiedad, por efecto de las leyes que la rigen, no es una garantía indefectible". En efecto, en una situación así, se genera: 1. Un bajo nivel de confianza de los inversores y, en consecuencia, bajos niveles de inversión privada. 2. Escasa seguridad en el ejercicio de los derechos, lo que condiciona, a su vez, que los mercados de compraventa y alquiler sean ineficientes. 3. Escaso desarrollo del sector crediticio, especialmente del hipotecario.

(b) la inexistencia de mecanismos eficientes y eficaces dirigidos a disminuir las incertidumbres derivadas de las asimetrías informativas deviene así en un obstáculo crítico para aumentar la especialización, el intercambio y, finalmente, el crecimiento económico y el bienestar, pues su consecución requiere una larga y compleja cadena de contratos.¹³

Pues bien, la función central de los sistemas registrales consiste en contribuir a disminuir e, incluso, eliminar – las asimetrías informativas referentes a los atributos jurídicos de los inmuebles objeto de intercambio, vedando esta vía de incursión a los comportamientos oportunistas.

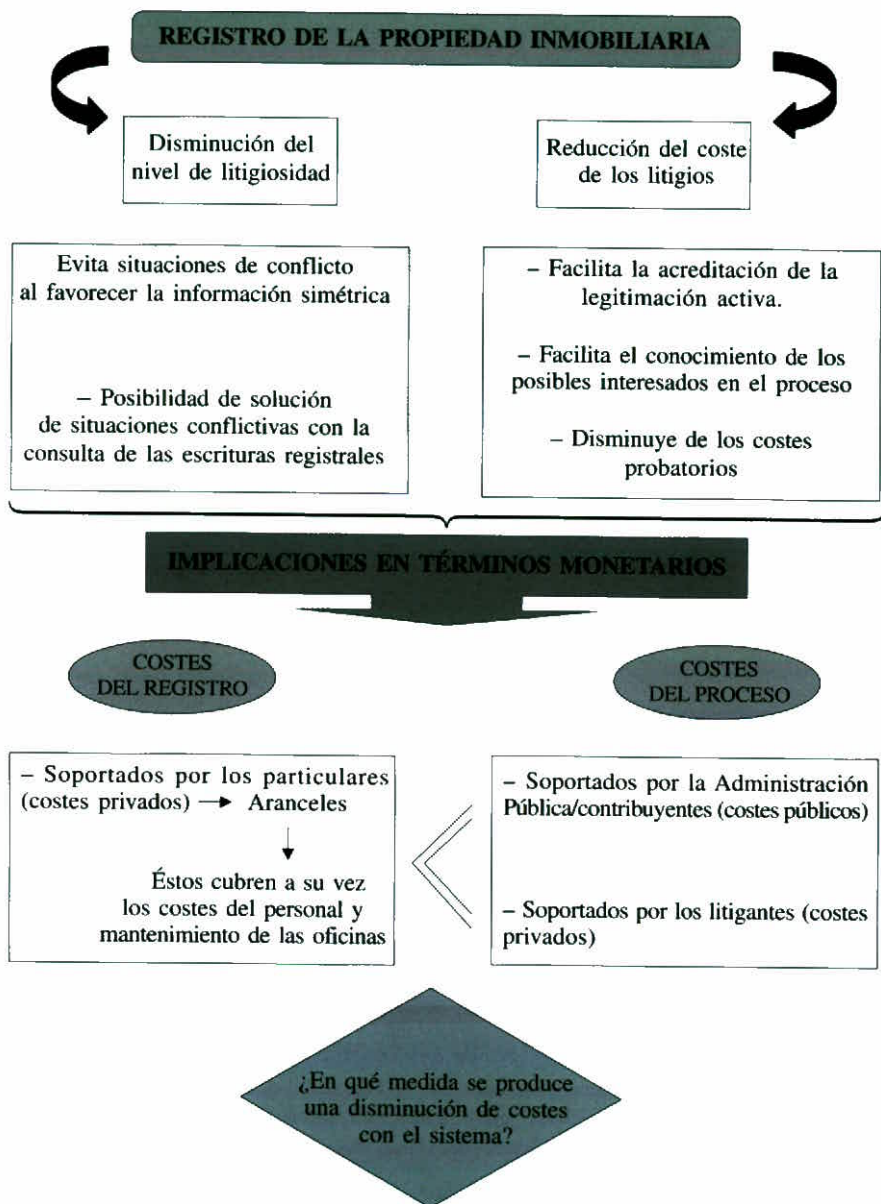
En este aspecto, cumplirán tanto más eficazmente su función cuanto más información y de mejor calidad suministren al respecto, de modo que la misma sea aceptada, tanto por sus atributos legales como por su reputación, como insumo incuestionable tanto en el ámbito contractual como en el judicial.

Desde un punto de vista económico, es esencial entender que la utilidad de los productos registrales para las empresas – para todas, pero singularmente para las crediticias – y en general para los diferentes agentes económicos depende de cuál sea el valor que les otorguen los jueces. El motivo reside en que la contratación privada sólo se basará en la información registral si, en caso de litigio, los jueces respaldan los pronunciamientos registrales, pues, de lo contrario, el mercado atenderá a otros elementos a los que los jueces concedan mayor valor probatorio.¹⁴ Ello redundará en una disminución de la litigiosidad, con el subsiguiente ahorro transaccional, dadas las diferencias de costes entre el proceso de inscripción y el de litigación hasta obtener una sentencia. Si los pronunciamientos registrales, especialmente los de los registros de derechos, gozan de respaldo judicial, contribuyen a disminuir, también, el coste de la litigación, como acreditan las siguientes tablas:

⁽¹³⁾ Vide: NORTH, D. C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económico, 1995. También: MÉNDEZ GONZÁLES, F. P. “Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema”, trabajo presentado en el Workshop del WPLA sobre *Safety Mechanisms in de vreationo immovable Property Markets: Protecting Rights*, celebrado en Madrid los días 28 y 29 de septiembre de 2000, organizado por la UN-ECE, Ministerio de Justicia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

⁽¹⁴⁾ Esta idea fundamental aparece expuesta y desarrollado en el informe *Simplificación administrativa para PYMES: Sistema de seguimiento y evaluación de proyectos. Una estrategia de creación de valor*, realizado por la empresa Registra SLU del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para el Banco Mundial, en 2005. Fue realizado por un equipo de consultores dirigido por Benito Arruñada. En dicho informe se señala también que, precisamente por este motivo, es necesario pensar en estos aspectos jurídico-judiciales cuando se proyectan reformas de los sistemas registrales, si se quiere que tales reformas sean realmente útiles para las empresas y, en general, para la economía.

El Registro de la Propiedad y los costes de litigiosidad



Aproximación a la estimación de las tasas de litigiosidad

	Hipotecarios	Arrendaticios
Volumen de litigiosidad (Registros de asuntos Juzgados de 1ª Instancia)	6.360	27.345
Volumen de Actividad	6.201.887 (*)	4,411,619 (**)
Tasa de litigiosidad (%)	1,03	6,20

(*) Inscripciones, anulaciones y cancelaciones practicadas por los Registros (2002)

(**) Número de viviendas en alquiler o bajo otro régimen, y estimación de locales comerciales y otros inmuebles no residenciales en arrendamiento

Fuente: AFI a partir de CGPJ, INE, DGRN

Costes del Registro de la Propiedad *versus* costes de la litigiosidad

Costes del Registro	Costes de un litigio	
217 €	1.320 €	} Gastos medios sentencia. Costes públicos
Arancel medio estimado para compraventa de vivienda con hipoteca (*)	9.788 €	} Gastos medios defensa pretensiones. Costes privados
	7.600 €	} Rentabilidad de activos. Costes de oportunidad
217 €	18.708 €	} Costes Totales

Nota: (*) Estimación arancel registral a partir del precio de vivienda media en España 2004 para una compraventa con hipoteca, incluyendo tasa de presentación y reducciones aplicables tras las reformas de 1999 y 2000

Es preciso también entender que el valor reputacional de la información registral – y, a la postre, también su valor legal – se halla en función directa de su calidad¹⁵ y

⁽¹⁵⁾ Calidad en el ámbito registral quiere decir extensión –idealmente complitud– que abarque todos los elementos jurídicamente relevantes – y fiabilidad. Solo de este modo, la información registral puede vencer los dos grandes obstáculos para la

ésta depende del proceso de producción de la misma. Por ello, el tipo de servicios que produce el registro viene determinado en gran medida por la estructura de la organización encargada de producirlos y, a su vez, el tipo de servicios que se desea que produzca el registro determina, en gran medida, la estructura de dicha organización.¹⁶

4. Tipos de sistemas registrales

Es sabido que no todos los sistemas registrales son del mismo tipo, y también que no todos los del mismo tipo son igualmente eficientes ni eficaces.

Expuesta la función primaria de los sistemas registrales – fomentar el crédito territorial, mediante la seguridad de la propiedad y su fácil movilidad –, es preciso hacer una breve referencia a los dos tipos fundamentales de sistemas, para, después, poder evaluar su grado de eficacia en relación¹⁷ con el objetivo perseguido o, si se prefiere, con la función asignada.

cooperación, a saber: incomunicación y desconfianza, señalados al principio de la exposición.

⁽¹⁶⁾ Es éste un aspecto fundamental en el que no nos podemos detener por no ser el objeto de esta exposición. Pero es fundamental ser consciente de ello. Obviamente la fiabilidad de la información registral requiere rigurosos controles de entrada realizados por una organización registral independiente. Tales controles suelen ser molestos para las empresas y demás agentes que operan en el mercado y, a menudo, suelen utilizar su capacidad de interlocución política para intentar suprimirlos o eliminarlos, sin ser conscientes de las graves distorsiones que pueden producirse, comenzando por la disminución de los efectos jurídicos de los registros, es decir, por la disminución de su valor legal (pérdida o disminución de valor probatorio). Esta dilución puede ser eficiente en determinados casos, pero ha de decidirse tras estudiar detenidamente costes y beneficios, en vez de dar por supuesto que los beneficios exceden a los costes. Por el contrario, la experiencia demuestra que el valor de semejantes reformas suele ser muy limitado e incluso negativo para las propias empresas, por mucho que puedan reducir sus costes – explícitos e implícitos – de tramitación. El motivo: la disminución del valor legal y judicial de la información registral impide que el registro pueda prestar su mayor utilidad: reducir costes de transacción futuros a las propias empresas y agentes en general.

Por ello, aumentar el valor legal y judicial de los pronunciamientos registrales siempre es eficiente. Ello requerirá exigir controles rigurosos, que no pueden ni deben ser suprimidos, a la vez que no deben exigirse más de los necesarios y, además, deben ser instrumentados del modo menos gravoso posible. Para que tales controles produzcan los efectos deseados se requiere una organización independiente, competente y eficientemente estructurada.

⁽¹⁷⁾ Evidentemente, se trata de una referencia somera. Por otra parte, no es momento de entrar a evaluar en profundidad las diferencias de eficacia y de eficiencia dentro de los mismos tipos de sistemas registrales, lo que se halla íntimamente relacionado con su organización y con su gestión.

En realidad, los dos tipos básicos de sistemas registrales que se conocen – de documentos y de derechos – son dos respuestas distintas a una misma pregunta: si alguien adquiere de buena fe de quien no es dueño, ¿a quién debe proteger la ley? ¿al verdadero dueño? ¿al adquirente de buena fé? Si se opta por la primera solución estaremos ante un registro de documentos; si por la segunda, ante un registro de derechos.¹⁸

Los registros de documentos – también denominados de mera oponibilidad – se caracterizan por archivar los documentos, dando fe de su entrada – cuya fecha y no la del propio documento suele ser la relevante a efectos de tercero – y emitiendo copias o certificaciones de su contenido. La ley suele establecer, además, que los documentos no presentados, no son oponibles a terceros. Por ello, no informan acerca de quién es el legítimo propietario, o, al menos, la persona de quien se puede adquirir sin temor a evicción. En consecuencia, es necesario recurrir bien a procedimientos judiciales previos a la adquisición, bien al seguro privado, si se quiere tener una cierta seguridad, al menos indemnizatoria, o si se desea utilizar el inmueble como garantía de un crédito. Cuando la ley asigna el efecto de inoponibilidad, produce una importante consecuencia: aunque no informen acerca de quién sea el dueño y demás extremos necesarios, el dueño, en relación a los terceros, solo puede ser uno de los que el registro publica, lo que acota el área y reduce los costes de investigación, tanto para adquirentes como para compañías de seguros, al reducir las fuentes generadoras de posibles “sorpresas” – en forma de *versus dominus* o de cargas preferentes ocultas, excepción hecha de los privilegios legales –.

Los registros de derechos, también denominados de fe pública, se denominan así porque la inscripción produce, junto con otros, un efecto fundamental denominado, precisamente “fe pública registral”. Tal efecto, consiste en que quien adquiere, mediante contraprestación, confiando en lo que el registro publica, es mantenido en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho del transferente, si la causa de anulación o de resolución de su derecho no constaba en el propio registro y era ignorada por el adquirente –bona fides–. El Registro desempeña, así, respecto del adquirente, una doble función: de publicidad y de garantía de lo publicado.

Para que este fundamental efecto se pueda producir es necesario que la ley prescriba que, al menos frente a tercero, el contenido de la inscripción registral se imponga al contenido del título que la motivó, salvada la buena fe del tercero. Es necesario, asimismo, que el registro ejerza una función de control legal,

⁽¹⁸⁾ Para un examen más amplio de estas cuestiones; Méndez González, F. P. “La función económica del sistema registral”. *Revista Crítica de Derecho Inmbiliario*, 2002. También: “Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema”. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. Asimismo: ARRUNADA, Benito. *Sistemas de titulación de la propiedad*. Un análisis de su realidad organizativa. Perú: Palestra, 2004. También: PARDO NÚÑEZ, C. R. “La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el derecho comparado”. In: GÓMEZ GALLIGO, F. J. *La calificación registral*. Madrid: Civitas, 1996. t. I.

mediante la cual supervisa que las correspondientes transacciones respeten el ordenamiento legal, tanto en lo que respecta a terceros como a los propios contratantes. Al control se conecta el efecto fe pública, el derecho queda intabulado y el registro se convierte en un sistema de producción de derechos de propiedad aptos para el mercado (*marketables*).

Las inscripciones registrales pueden así informar a los potenciales contratantes sobre quién es el titular de cada derecho, su capacidad para disponer y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así, idealmente, eliminar las asimetrías informativas de carácter jurídico. Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues tanto los derechos como sus titulares quedan perfectamente identificados y definidos. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz.¹⁹

En otros términos, un riguroso y fiable control de legalidad de los derechos que pretenden entrar en el registro posibilita que las inscripciones registrales gocen de fuertes efectos legales y de gran valor probatorio en caso de litigio lo que reduce los costes de transacción futuros en relación con el mismo inmueble. A su vez, si se desea reducir los costes de transacción futuros es necesario que las inscripciones registrales gocen de fuertes efectos legales y alto valor probatorio en caso de litigio, lo que requiere un control de entrada riguroso y fiable.

Obviamente, para que el control de entrada – calificación – sea creíble para el mercado es imprescindible que quienes realizan el control sean independientes, tanto de quienes desean obtener la inscripción de un derecho a su favor como de quienes tienen interés en impedir que tal inscripción se produzca. Sin independencia – y la consiguiente responsabilidad – legal y efectiva del registrador no es posible la confianza en el sistema registral.

5. La eficiencia de los sistemas registrales²⁰

Tanto la literatura académica, como los textos profesionales y los documentos de las agencias internacionales de desarrollo²¹ coinciden en señalar que el registro

⁽¹⁹⁾ Este efecto potencialmente expropiatorio de los registros de derechos – en el límite sacrifican al verdadero sueño – puede ser previsto por la ley a condición de que el supuesto de hecho no se de nunca o casi nunca, pues de lo contrario tales sistemas se colapsarían. Ello requiere que la organización registral sea independiente y muy profesional integrada por profesionales de alto nivel, de modo que la tasa de errores registrales que puedan dar lugar a expropiaciones o pérdidas de algún tipo de derechos sea insignificante. Cuestión distinta es que tales supuestos se produzcan porque los titulares no quieran acudir a la protección registral – cuando la inscripción es voluntaria –.

⁽²⁰⁾ Vide: MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. “Seguridad del tráfico...” cit.; y ARRUÑADA, B. *Sistemas de titulación...* cit.

⁽²¹⁾ Las cuales han sido muy activas durante los últimos años en organizar y apoyar sistemas institucionales en los países menos desarrollados y en las antiguas economías socialistas.

de derechos es más eficiente que el registro de documentos, sin perjuicio de que incluso este último sea preferible a una situación en la que no exista ningún tipo de publicidad registral.²²

Incluso, en los Estados Unidos los expertos independientes consideran ineficiente su peculiar sistema, basado en la mayoría de los condados en unos registros públicos de documentos – mal organizados – lo que ha hecho necesario suplir la inseguridad jurídica con un seguro privado de títulos.²³

Sistema de documentos y de derechos

	REGISTRO DE DOCUMENTOS	REGISTRO DE DERECHOS
Efectos	Inoponibilidad de los títulos no depositados	Inoponibilidad de los títulos no depositados Garantía de lo publicado
Ventajas	Fácil organización Bajos costes Celeridad	Reducción de la incertidumbre Reducción de los costes de transacción Reducción de las asimetrías informativas
Inconvenientes	Sin control previo de legalidad Seguridad jurídica insuficiente Mecanismos adicionales de aseguramiento Costes para los particulares	Costes del registro Plazos procedimiento Rigor procedimental
↓		↓
Inseguridad Jurídica		Seguridad Jurídica

Fuente: AFI

Por otro lado, esta valoración teórica tiene un fundamento empírico, pues el registro de derechos es también la fórmula dominante en el mundo.²⁴

⁽²²⁾ Pueden verse a este respecto, entre otros, el informe del Banco Mundial “From Plan to the Market”, 1996. También *Land Administration in the ECE Region. Development Trends and Main Principles 2004* Un-Ece Nueva York y Ginebra.

⁽²³⁾ BOSTICK, C. D. “Land title registration. An english solution to an american problem”. *Indiana Law Journal*, vol. 63, p. 57, 1987, sostiene que “current practices in all American jurisdictions are wasteful, unreasonably expensive, archaic, and worst of all, uncertain to achieve that which they purportedly intent to accomplish: certainty in land ownership”. Sin cuestionar estas afirmaciones, algunos autores estadounidenses guardan alguna reserva solo para el coste de introducción de un registro de derechos en un país desarrollado dotado de un registro de documentos. Vide: CRIBBET, J. E. *Principles of the Law Property*. Nineola, N.Y.: The Foundation Press, 1975.

⁽²⁴⁾ Vide, especialmente para Europa y Canadá: MANTHORPE, J. *Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation*. Imprimido y publicado

Clasificación de los registros según sistema y carácter de la inscripción

	Sistema de derechos	Sistema de documentos
Constitutivo	Alemania Austria Polonia	
Predominantemente declarativo	Dinamarca España Finlandia Grecia Hungría Irlanda Letonia Portugal República Checa Reino Unido (Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte) Suecia	Bélgica Francia Holanda Italia Luxemburgo EE.UU.

Fuente: AFI

En Europa, no solo por ser la utilizada en la mayoría de los estados, sino porque su utilización está aumentando y ello por dos vías. Por un lado, varios de los países que empleaban el registro de documentos se hallan en transición hacia un registro de derechos (Grecia y Escocia, como antes Inglaterra). Por otro lado, el registro de derechos ha sido la opción elegida por casi todos los países del este para desarrollar su sistema de seguridad jurídica de la propiedad, al abandonar el sistema de economía planificada.

Se observa asimismo que el registro de derechos es autosuficiente, en el sentido de que para cubrir el nivel de seguridad jurídica requerido por el mercado no es necesario acudir a mecanismos complementarios – con sus correspondientes costes – de seguridad económica –, lo que reviste una considerable importancia.

	USA	Inglaterra y Gales	Escocia	España	Francia	Alemania
Cost. Totales en \$						
Abogado	1.000	879	1.793	-	-	-
Certificación	-	101	100	21	12	3

en colaboración entre UN-ECE Working Party of Land Administration y Her Majesty Land Registry. London: may 2000.

	USA	Inglaterra y Gales	Escocia	España	Francia	Alemania
Notario	18	-	-	343	960	3.000
Registro	50	150	404	94	75	252
Seguro del título	525	-	-	-	-	-
Costes legales	1.593	1.130	2.297	458	1.047	3.255
A.P.I.	4.500	1.893	851	3.000	3.750	4.125
Costes de transacción	6.093	3.023	3.148	3.458	4.797	7.380
Impuestos	2.250	750	750	4.500	5.357	1.500
Costes totales	8.343	3.773	3.898	7.958	10.154	8.880
Coste en porcentaje						
Abogado	1,33%	1,17%	2,39%	-	-	-
Certificación	-	0,14%	0,13%	0,04%	0,02%	0,00%
Notario	0,02%	-	-	0,46%	1,28%	4,00%
Registro	0,07%	0,20%	0,54%	0,13%	0,10%	0,34%
Seguro del título	0,70%	-	-	-	-	-
Costes legales	2,12%	1,51%	3,06%	0,63%	1,40%	4,34%
A.P.I.	6,00%	2,52%	1,13%	4,00%	5,00%	5,50%
Costes transacciones	8,12%	4,03%	4,19%	4,63%	6,40%	9,84%
Impuestos	3,00%	1,00%	1,00%	6,00%	7,14%	2,00%
Costes totales	11,12%	5,03%	5,19%	10,63%	13,54%	11,84%

Fuente: B.Arruñada "The Economics of Notaries" *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, n. 1, 1996 p. 6
Y M. Gallanter, M. Ballard and J. Esse, "The cost of Common Legal Transactions in the United States", *Institute of Legal Studies, University of Wisconsin, Madison, WI July 1994*.

Servicio	Estados Unidos			España	Super. USA
	Mínimo	Máximo	Media		
Seguro de títulos	\$ 450	\$ 600	\$ 525	\$ 0	\$ 525
Honorarios Abogados	500	1.500	1.000	0	1.000
Derechos Registradores	40	60	50	94	-44
Derechos Notarios	10	25	18	343	-325
Coste Legal equivalente	1.000	2.185	1.593	437	1.156

Fuente: B.Arruñada "The Economics of Notaries" *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, n. 1, 1996 p. 6
Y M. Gallanter, M. Ballard and J. Esse, "The cost of Common Legal Transactions in the United States", *Institute of Legal Studies, University of Wisconsin, Madison, WI July 1994*.

En efecto, si bien la seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica, la igualdad en sentido contrario por la que la seguridad económica incorpora seguridad jurídica es imposible por definición, pues el adquirente desposeído percibe una compensación pero pierde el bien, lo que permite concluir que la seguridad económica es un sucedáneo imperfecto de la jurídica²⁵

Ello se confirma empíricamente por dos vías. Por un lado, al observar que los seguros de título estadounidenses no cubren el valor del bien, sino tan solo todo o una parte del precio de compra.²⁶

Por otro lado, el aseguramiento económico se desarrolla en proporción inversa a la seguridad jurídica.²⁷

Este último aspecto es de una especial relevancia. En efecto, como sabemos, los registros públicos se han desarrollado en grado diferente en los diferentes países, produciendo por sí mismos seguridad jurídica en grados también muy diferentes. Por este motivo, en aquellos países en los que los efectos del registro son menores, es de esperar un mayor desarrollo de las funciones ejercidas por los demás participantes en el proceso, así como la aparición de organizaciones especializadas, en respuesta a la demanda de seguridad no cubierta por el sistema registral, al contrario de lo que sucede en los países dotados de registros con mayores efectos, lo que nos permite afirmar que el nivel de seguridad jurídica del tráfico está en función directa de los efectos asignados al sistema registral por el sistema legal en cada país. En definitiva del grado en que el sistema informa de quién es el titular de cada derecho, de su capacidad para disponer, así como de las cargas que pesan sobre el inmueble y que pueden anteponerse al derecho del potencial adquirente, y del valor probatorio que tales informaciones tengan ante los tribunales en caso de litigio.

Así, las evidencias empíricas muestran que aquellos países que se han dotado de sistemas registrales productores de fuertes efectos jurídicos, el mercado no ha generado mecanismos alternativos o complementarios de seguridad sencillamente porque no los necesita.²⁸

(25) Esta idea aparece desarrollada en B. Arruñada, *Sistemas de titulación...* cit., en el que se basa gran parte de este apartado.

(26) Vide: VARGAS, J. A. *El seguro de títulos de propiedad inmobiliaria en Estados Unidos*. México: Colegio de Notarios del Distrito Federal, 1994.

(27) No existe como tal en Alemania, Inglaterra o España; ha fracasado en Australia, mientras que florece, en cambio, en Estados Unidos y, en parte, en Francia.

(28) Se observa así que en los países con registros de derechos, como son el alemán, el inglés o el español, la propia eficacia del registro en la definición y protección de los derechos hace innecesaria – e inviable por el conflicto de intereses que entrañaría – una intervención de quienes preparan los documentos – sean partes, abogados o notarios – más allá de la dirigida a conformar la voluntad de las partes. Como mucho, la intervención pública de los notarios latinos o de los abogados especializados en transacciones de “conveyance” se reduce a controlar ciertas dimensiones de la calidad de los documentos – identidad, capacidad, consentimiento y concordancia entre lo dicho y lo escrito – con el fin de que

Los fuertes efectos de los registros de derechos necesitan obviamente rigurosos controles de entrada a los mismos, efectuados por una organización independiente y cualificada, como se ha expuesto repetidamente.

6. Evidencias empíricas sobre la relación entre sistema registral y mercado hipotecario²⁹

En esta apartado, vamos a tratar de analizar si la evidencia empírica disponible sobre los dos tipos de registros – de derechos y de documentos – puede aportarnos alguna información sobre la diferente contribución de ambos al desarrollo del mercado hipotecario.

Con el fin de establecer una relación directa entre los tipos de registros y el desarrollo del mercado hipotecario, se ha realizado una comparación entre los correspondientes a los cinco mayores países de la Unión Europea: Alemania, Reino Unido,³⁰ España, Francia, e Italia. De ellos, los tres primeros poseen registros de derechos y los dos últimos registros de documentos.³¹

El contraste de los datos manejados resulta complejo en la medida en que hay factores determinantes, distintos del tipo de registro, como pueden ser los tipos de interés, el crecimiento del PIB, o la composición y costumbres de una población, que tienen también relación con el grado de desarrollo del mercado hipotecario, lo que tiende a oscurecer el efecto del tipo de registro.

Por esta razón se procura encontrar patrones comunes entre los países con un mismo tipo de registro y contrastarlos con los que se observan en los países con el tipo de registro alternativo.

6.1 Eficacia operativa de los registros

Aquí seleccionaremos tres variables directamente relacionadas con la forma de operar del registro de la propiedad en los países estudiados.

los documentos que aspiran a entrar en el registro reúnan ciertos requisitos mínimos, lo que permite, a su vez, una mayor especialización de los registros.

⁽²⁹⁾ Este epígrafe está desarrollado tomando como base dos trabajos. En primer lugar, el trabajo denominado *La función económica del registro de la propiedad inmobiliaria*. Fue elaborado por Analistas Financieros Internacionales, para el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en 2005. En segundo lugar, el trabajo denominado *Study on the Financial Integration of European Mortgage Market*, de 2003, elaborado por Mercer Oliver Wyman para la European Mortgage Federation.

⁽³⁰⁾ Aunque deberíamos diferenciar entre los registros implantados en Inglaterra y Gales y Escocia e Irlanda del Norte, por simplicidad y por la disponibilidad de datos estadísticos, los informes se refieren genéricamente al Reino Unido.

⁽³¹⁾ Todo ello con independencia de que los registros de la propiedad de cada país presenten diferencias sustanciales en términos operativos, tecnológicos e institucionales.

Costes y tiempos de los principales sistemas registrales europeos

<i>Datos 2003</i>	<i>Registro de derechos</i>			<i>Registro de documentos</i>	
	<i>RU</i>	<i>España</i>	<i>Alemania</i>	<i>Italia</i>	<i>Francia</i>
Costes operativos/saldo vivo de crédito hipotecario	0,40%	0,38%	0,43%	0,72%	0,68%
Tiempo medio de ejecución de un garantía (meses)	15	10	15	60	15
Tiempo medio de formalización del registro (meses)	0,80	0,22	0,42	1,18	1,00

Fuente: AFI, a partir de Mercer Oliver Wyman (2003)

Contrastando estas ratios con lo que cabría esperar de lo que hemos venido exponiendo de ambos tipos de registros, resulta evidente que el nivel de los costes operativos y los tiempos de ejecución y formalización son claramente mayores en los países con registro de documentos. Lo que confirma empíricamente el argumento que sostiene que el registro de derechos es más eficiente e involucra menores costes que el de documentos.

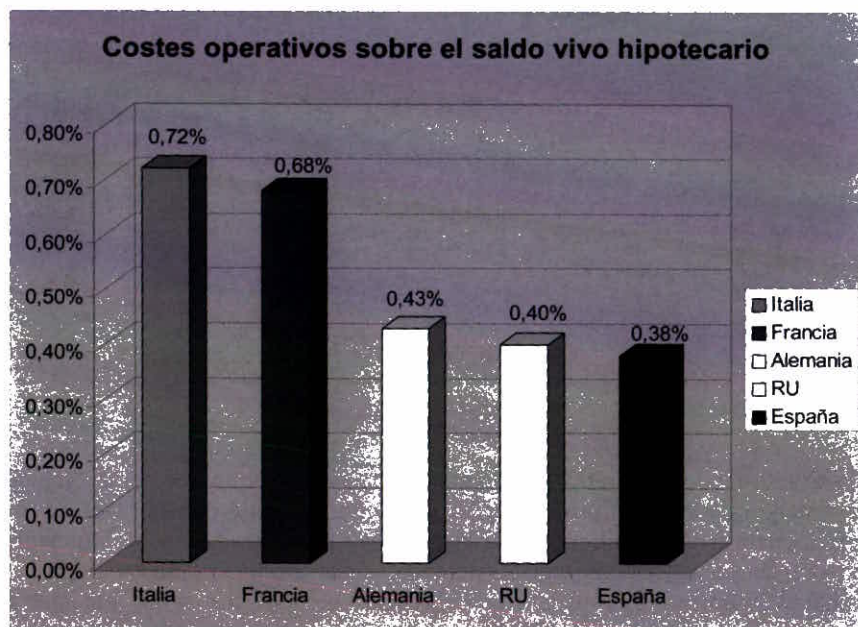
Con el fin de profundizar en este aspecto, veamos a continuación cada una de las variables manejadas.

6.1.1 Comparación de costes operativos

Un elemento particularmente relevante en la formación de precios en el mercado hipotecario viene dado por los niveles de costes de operación asociados a los procesos de distribución, establecimiento y servicio de las hipotecas.³² Aspectos relacionados con la eficiencia del registro de la propiedad y el tiempo necesario para la reposición de las garantías pueden verse reflejados en el nivel de los costes de operación de las entidades que participan en cada mercado.

Analizando la ratio de costes de operación sobre el saldo vivo de crédito hipotecario, se observa que:

⁽³²⁾ El estudio de Analistas Financieros Internacionales (AFI) toma estos datos del Informe Wyman, el cual, a pesar de afirmar que los niveles de costes son altamente comparables, también recomienda tener en cuenta las diferencias en los modelos de negocio hipotecario de cada país.

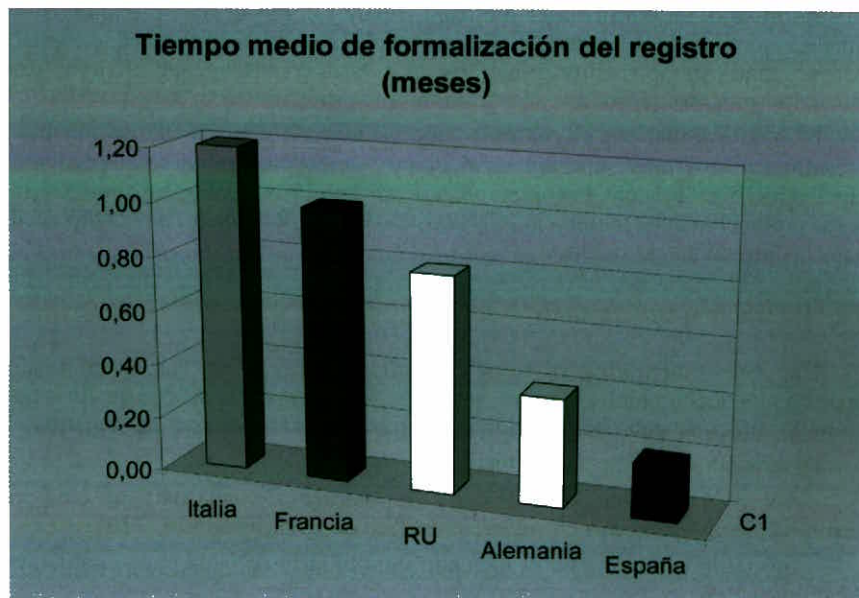


Fuente: M. O. Wyman, 2003.

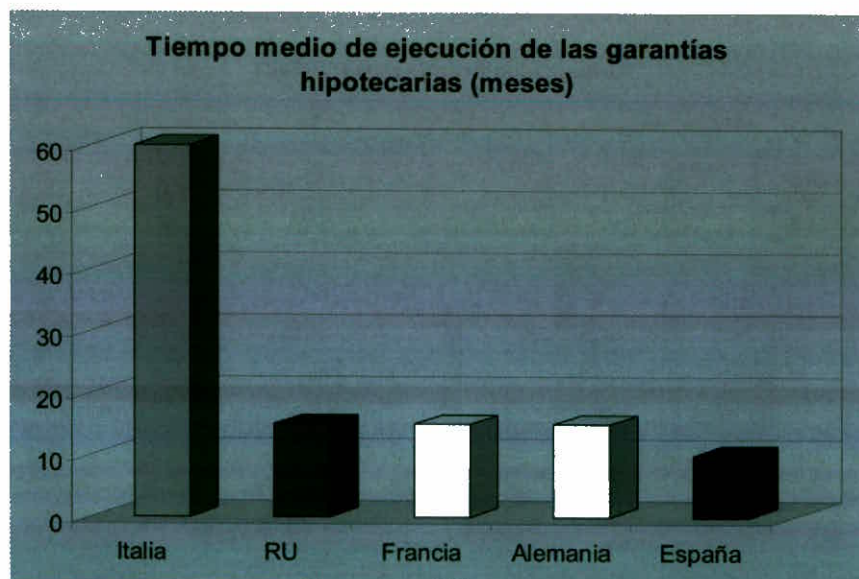
Son precisamente los países con registros de derechos – Alemania, Reino Unido y España – los que presentan una mayor eficiencia en sus procesos de gestión hipotecaria. Aunque los mercados hipotecarios del Reino Unido y de Alemania son – dentro de la muestra analizada – los de mayor tamaño, y la anterior conclusión podría interpretarse en términos de economías de escala, no sucede así en el caso de España, que, además, es el país que presenta menores *costes* operativos, por lo que nada impide asociar esta circunstancia a una mayor eficiencia de los registros de derechos, sobre todo cuando se observa el tamaño del salto que se produce en los costes operativos de los registros de documentos.

6.1.2 Tiempo de formalización de registro y de ejecución de las garantías hipotecarias

Al contrastar la ratio de eficiencia anteriormente mencionada con el tiempo medio requerido para inscribir una hipoteca y para ejecutarla en caso de impago, obtenemos una nueva evidencia empírica con respecto a la bondad de los sistemas de registros de derechos.



Fuente: M.O. Wyman, 2003



Fuente: M. O. Wyman, 2003

Asimismo, se confirma el mercado español como el más eficiente de la muestra comparada. El grado de eficiencia del Registro de la Propiedad español permite unos tiempos muy reducidos en el primer caso y que el tiempo de ejecución en caso de impago se aproxime a los diez meses.

Francia e Italia, por el contrario, que cuenta con registros de documentos, presentan plazos muy superiores. En Italia, la ejecución requiere alrededor de cinco años. Y en Francia, la complejidad de los procesos legales, así como ciertas leyes proteccionistas, incrementan los costes de establecimiento de las hipotecas para las entidades de crédito.

6.2 Variables socioeconómicas

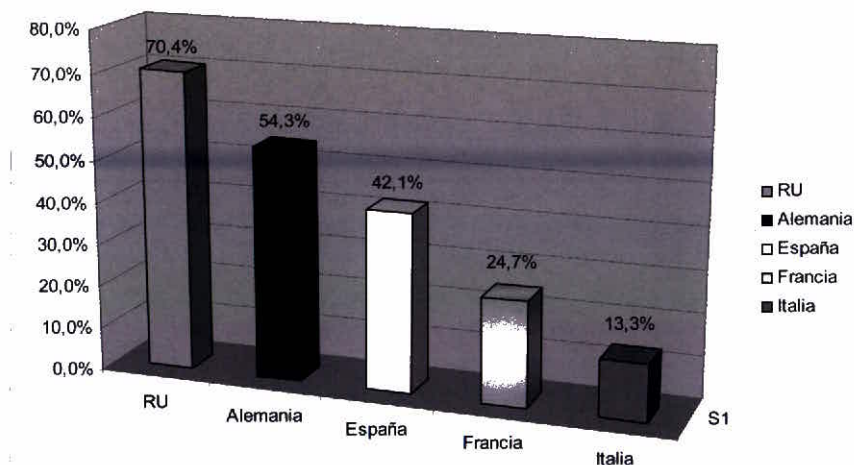
Una vez comparados los tipos de registros en relación con su eficiencia operativa, seleccionamos algunas variables socioeconómicas, con la finalidad de poder efectuar una comparación más global de ambas clases de registros.

Hemos seleccionado las siguientes:

- Volumen y evolución de la deuda hipotecaria de cada país, no tanto en términos absolutos, como en relación al Producto Interior Bruto (PIB).
- Inversión extranjera en el mercado inmobiliario de cada país, también en relación al PIB.

6.2.1 Tamaño relativo del mercado hipotecario

Deuda hipotecaria sobre PIB-2003



Al observar la muestra de países analizados, puede afirmarse claramente que el tamaño relativo del mercado hipotecario guarda relación directa con el tipo de registro. En particular, los países con registros de derechos tienen mercados hipotecarios más desarrollados en términos de su volumen sobre el PIB. Tal es el caso de Alemania, el mercado hipotecario con mayor dimensión en términos absolutos. El tamaño de su deuda hipotecaria equivale al 54,3% de su PIB. En términos relativos, el Reino Unido ocupa el primer lugar con un peso deuda hipotecaria sobre el PIB cercano al 71%, pero con un tamaño de su saldo vivo inferior al alemán, siendo la cuota de mercado sobre la UE de ambos países del 53%.

El caso español es particularmente interesante, en la medida en que es un mercado de reciente desarrollo, pero con una ratio de deuda sobre el PIB del 42,1%,³³ bastante superior al de Francia que, en teoría, debería ser un mercado más maduro, pese a lo cual cuenta con una ratio mucho menor. Aunque es evidente que el crecimiento del mercado español está explicado por la conjunción de factores más relevantes,³⁴ es interesante observar cómo Italia, con un escenario similar, no ha logrado alcanzar una mayor dimensión de su mercado hipotecario.

6.2.2 *Inversión extranjera en inmuebles*

Esta variable no permite observar una relación clara con los sistemas registrales. Y, ciertamente, existen razones para ello.

En efecto, las diferencias en términos de regulación, la fragmentación interna de la mayoría de los mercados hipotecarios europeos,³⁵ han dificultado históricamente las operaciones transfronterizas. Estas circunstancias explican que los niveles actuales de inversión inmobiliaria extranjera en cada país resulten, en general, todavía bastante limitados.

Por otro lado, puede afirmarse que los países que integran la muestra elegida gozan de un buen nivel de seguridad jurídica general, abstracción hecha del tipo de sistema registral, cuya importancia relativa aumenta, sin embargo, para el desarrollo de estas inversiones en países en transición o con cierto grado de inestabilidad.

Por otro lado, el escaso volumen de las operaciones transfronterizas en el ámbito inmobiliario también está asociado a la existencia de operativas bancarias mayoritariamente locales en muchos países³⁶

⁽³³⁾ En el momento en que se elaboró el informe de AFI. Hoy puede estar ya en torno al 50% del PIB.

⁽³⁴⁾ Convergencia de tipos de interés – en España han pasado del 16% en 1990 a los niveles actuales, situados entre el 3 y el 4% –, alargamiento de plazos, ciclo económico expansivo, abaratamiento del coste de sus productos.

⁽³⁵⁾ A pesar de los intentos habidos, no existe todavía una “eurohipoteca”, y las operaciones hipotecarias transfronterizas apenas representan el 1% del total.

⁽³⁶⁾ Hay que considerar, no obstante, que están aumentando rápidamente en el caso de España, donde, cada año, se calcula que los extranjeros – comunitarios e inmigrantes – adquieren unas 100.000 viviendas.

6.3 Los tipos de interés

Decía la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861 que si la propiedad no era segura el acreedor o bien no prestaría o bien *compensaría tal incertidumbre con interese exorbitantes*.

Habría que concluir, pues, que en la medida en que el sistema registral cumpla más eficazmente su función, los tipos de interés deberán ser comparativamente más bajos *coeteris paribus* y, desde luego, deberá aumentar el diferencial en relación a los préstamos no garantizados con hipoteca, sino tan solo con garantía personal. Sucede, sin embargo, que realizar en este punto comparaciones interinstitucionales resulta sumamente complicado.

En efecto, la evolución de los tipos de interés depende claramente de factores como la inflación, el nivel de competencia de los mercados financieros locales, el tipo de cambio, el grado de desarrollo de los sistemas financieros y, en general de todos los demás factores habitualmente considerados como determinantes de los tipos de interés. Asimismo, la legislación y la operativa con un mayor o menor grado de eficiencia de un mercado hipotecario – en el que juega un papel fundamental el sistema de registro – deberían tener algún impacto en el nivel de precio de las hipotecas, que en el mercado viene dado por los tipos hipotecarios.

Con el fin de hacer un análisis comparado más detallado de los tipos de interés y los diferenciales entre diversos tipos se han seleccionado dos periodos de estudio; por un lado, de 1993 a 1998, antes de la Unión Monetaria Europea; por otro lado, de 1999 a 2003, una vez establecido el euro. La razón de diferenciar entre ambos periodos es obvia, ya que, al menos para los países que introdujeron el euro, cambiaron significativamente las condiciones de fijación de los tipos de interés de uno a otro periodo. Los datos correspondientes para cada periodo y para el conjunto del periodo de estudio, se recogen en la siguiente tabla. Centraremos la atención en los niveles medios de los tipos de interés.

Tipos de interés y sistemas registrales

	Registro de derechos				Registro de documentos	
	RU *	España	Alemania	Italia *	Francia	
Tipo de interés hipotecario	Max.	8,88%	15,58%	8,50%	13,89%	11,50%
Periodo Completo (1993-2003)	Min.	5,30%	3,29%	4,35%	4,79%	5,08%
	Medio	7,00%	7,57%	6,20%	8,35%	7,57%
Tipo de interés hipotecario	Max.	8,88%	15,58%	8,50%	13,89%	11,50%
Periodo I (1993-1998)	Min.	6,93%	5,16%	4,80%	6,17%	6,45%
	Medio	7,87%	9,73%	6,72%	11,19%	8,73%
Tipo de interés hipotecario	Max.	7,64%	6,42%	6,53%	6,99%	6,99%
Periodo II (1999-2003)	Min.	5,30%	3,29%	4,35%	4,79%	5,08%
	Medio	6,49%	4,98%	5,56%	6,99%	6,16%
Tipo de interés hipotecario - tipo interbancario	Max.	2,38%	5,64%	3,71%	8,77%	4,33%
Periodo Completo (1993-2003)**	Min.	-0,03%	0,70%	0,13%	1,20%	1,27%
	Medio	1,18%	2,48%	1,63%	4,10%	2,81%
Tipo de interés hipotecario - tipo interbancario	Max.	2,38%	5,64%	3,71%	8,77%	4,33%
Periodo I (1993-1998)**	Min.	-0,03%	1,62%	0,13%	3,14%	1,27%

Tipo de interés hipotecario - tipo interbancario	Max.	2,12%	2,18%	3,71%	3,06%	3,52%
Periodo II (1999-2003)	Min.	0,29%	0,70%	1,26%	1,20%	1,64%
	Medio	1,35%	1,40%	1,99%	2,32%	2,61%
hipotecario	Max.	12,68%	4,70%	7,32%	n.d.	4,06%
Periodo Completo (1993-2003)	Min.	7,26%	2,04%	3,30%	n.d.	1,73%
	Medio	9,41%	3,13%	5,21%	n.d.	2,35%
hipotecario	Max.	12,68%	4,36%	5,95%	n.d.	4,06%
Periodo I (1993-1998)	Min.	9,06%	2,18%	4,81%	n.d.	1,97%
	Medio	10,65%	3,23%	5,27%	n.d.	2,58%
hipotecario	Max.	10,43%	4,70%	5,77%	n.d.	2,48%
Periodo II (1999-2003)	Min.	7,26%	2,04%	3,30%	n.d.	1,73%
	Medio	8,67%	3,01%	4,65%	n.d.	2,07%
Tipo hipotecario actual (Oct. 2004)		6,69%	3,20%	4,40%	3,50%	3,70%

* Las series de datos están disponibles a partir de 1996

** El análisis con respecto al interbancario se hace a partir de 1994, no del 1993 por la disponibilidad de los datos de Euribor

Fuente: AFI a partir de BCE y Bancos Centrales de los diferentes

Por lo que se refiere al nivel absoluto de los tipos de interés hipotecarios, para el conjunto del periodo no se observa una relación clara con la clase de registro, puesto que países con diferentes tipos registrales proporcionan el mismo tipo promedio de interés, como son los casos de España y Francia. Sin embargo, cuando contemplamos el segundo periodo, en el que cuatro de los países comparten el mismo esquema de fijación de los tipos de interés, la relación empieza a estar mucho más clara, si no fuera por el caso del Reino Unido, el único país que no forma parte del área euro. Esta circunstancia nos llevará a considerar, más adelante el diferencial entre los tipos de interés hipotecarios y los tipos interbancarios, estos últimos como representativos de la financiación en el mercado mayorista de los créditos.

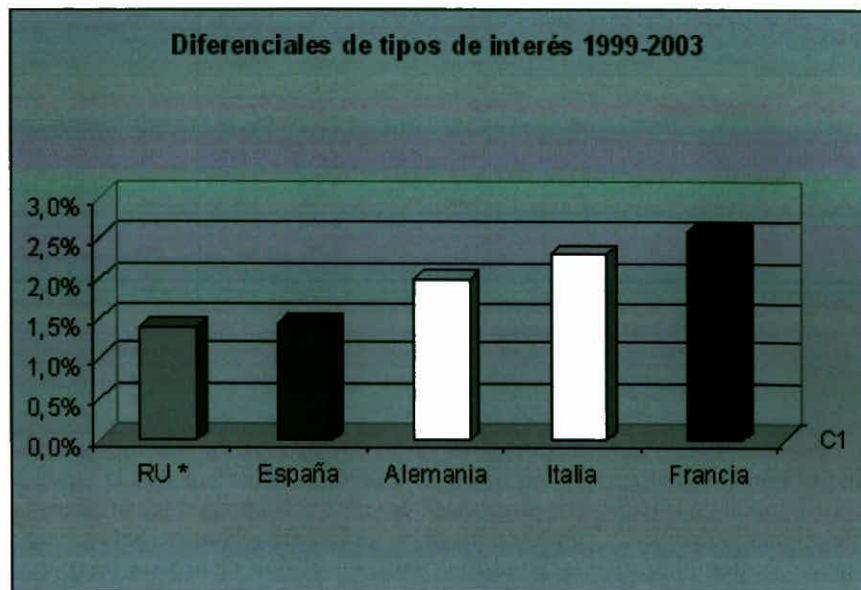
Considerando que los préstamos hipotecarios suponen un menor riesgo para las entidades prestamistas, el análisis de los diferenciales entre los tipos de interés hipotecarios y los tipos de los préstamos personales es especialmente relevante.

Sin embargo, de la tabla no se observa, a simple vista, ningún patrón claro en el comportamiento del diferencial que permita establecer alguna relación con el tipo registral de cada país. Es muy indicativo no obstante que los diferenciales sean menores en Francia – donde el registro ofrece menos garantías –. Lamentablemente, no disponemos de datos en relación con Italia.

Ahora bien, dado que el Reino Unido no se ha incorporado al euro y, en consecuencia, tiene un Banco Central que determina los tipos de forma diferente, parece conveniente hacer el análisis siguiente: restamos el libor a los tipos del Reino Unido y a los demás países el euribor, lo que nos permitirá hacer una comparación más acertada de los niveles de tipos en cada país.

Este análisis nos permite obtener los siguientes resultados:

a) En ambos periodos hay diferenciales más altos para los países con registros de documentos, tanto para el periodo completo como para el segundo periodo (1999-2003).

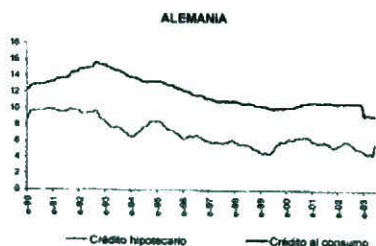


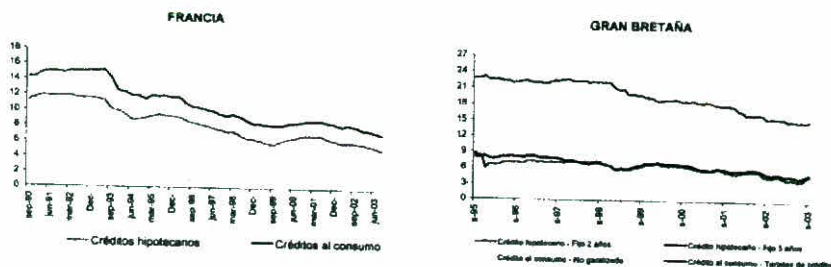
M.O Wyman, 2003 y AFI, 2005

b) En el periodo 1993-1998 aunque los tipos promedios de los registros de documentos son también sustancialmente altos, España – con un registro de derechos – presenta un nivel de tipos incluso superior al francés, lo que debe atribuirse al mayor nivel de los mismos propios de una economía con moneda débil.

Tal y como se observa en los siguientes gráficos (2.6), si bien la caída de los tipos de interés ha sido un fenómeno general europeo, el punto de partida de los tipos españoles fue sustancialmente alto.

Evolución de los tipos de interés de créditos hipotecarios y créditos personales





Fuente: AFI a partir de BCE

c) Asimismo, el grado de desarrollo económico de los países europeos en el primer periodo (1993-1998), era más desigual que en el segundo y, por tanto, el nivel comparado de tipos de interés para ese periodo tiene menos validez, debido a las diferencias existentes en los fundamentos de cada economía. Por el contrario, el análisis del segundo periodo, donde la caída de tipos ha tenido lugar y la brecha de desarrollo entre los países de la muestra se ha estrechado, la comparación entre los diferenciales de los tipos hipotecarios sobre el interbancario pone de manifiesto que los tipos hipotecarios de Francia e Italia – países con registros de documentos – son los más altos de la muestra estudiada.

Todo lo cual permite concluir lo que el sentido común suponía: existen indicios racionales que permiten afirmar que existe una relación directa entre los tipos hipotecarios y el tipo de sistema registral.

Los registros de derechos dan mayor seguridad a la tenencia de derechos, facilitan su transmisión y adquisición, impiden sorpresas a los adquirentes y acreedores y facilitan la ejecución hipotecaria, lo que facilita la contención de los tipos de interés y aumenta el tamaño del mercado hipotecario, lo que redundará en un beneficio general para los ciudadanos, para las empresas y para la economía.

En América Latina no se dispone de la misma riqueza estadística que en la Unión Europea, desgraciadamente. Por otro lado, las grandes diferencias existentes entre los diferentes países, la ausencia de instituciones económicas comunes, hacen muy difícil la comparación interinstitucional. No obstante, puede afirmarse que los mercados hipotecarios se hallan muy poco desarrollados, que los tipos hipotecarios son relativamente altos en relación a la inflación, que no hay un gran diferencial con los préstamos personales y que hay una larga demora en la ejecución en caso de impago, con independencia del tipo de sistema registral, lo que puede deberse a problemas endógenos de los sistemas judiciales o a otras causas. En cualquier caso, en los países menos desarrollados, con sistemas registrales más débiles, apenas hay mercados hipotecarios y los costes de transacción son muy altos.

7. Obstáculos para el desarrollo empresarial en América Latina

Relación de obstáculos calificados

	Obstáculos	Obstáculos	Obstáculos
Acceso financiación	Tipos impositivos	Crimen y robo	Infraestructura inadecuada
Burocracia ineficiente	Regulaciones fiscales	Inflación en el trabajo	Falta de ética
Corrupción	Regulaciones laborales	Regulaciones de tipo de cambio	
Políticas inestables	Inadecuada formación	Golpes de estado	

Fuente: Porter, Michael E. y otros 2005

Según los propios empresarios, los obstáculos más importantes para el desarrollo en América Latina son la corrupción, la inestabilidad de las políticas, la ineficiencia de la burocracia y el acceso al crédito. En una escala de uno a 10, las dificultades de acceso al crédito, merecen una puntuación de 10.³⁷

Obstáculos de relevancia media y alta

Obstáculos	Calificación	Número de países donde el obstáculo está entre los 3 primeros	Obstáculos	Calificación	Número de países donde el obstáculo está entre los 3 primeros
Acceso financiación	10,00	11	Tipos impositivos	5,30	3
Burocracia ineficiente	10,00	14	Regulaciones laborales	5,01	2
Corrupción	9,32	12	Infraestructura inadecuada	5,10	1
Políticas inestables	9,24	10	Inadecuada formación de la fuerza de trabajo	4,70	3

Fuente: Elaboración propia a partir de cifras en Porter, Michael E. y otros (2005)

(37) Vide: PORTER, Michael E. et al. World Economic Forum 2004-2005. *The Global Competitiveness Report 2004-2005*. Nueva York. Palgrave. Macmillan. Según el Informe *Doing Business 2006* elaborado por expertos del Banco Mundial, de 155 países estudiados, Brasil ocupa el 119 en cuanto a las dificultades legales y administrativas para la creación de empresas y el último lugar en cuanto a la ineficiencia de su burocracia fiscal. Sin duda, todo ello se halla relacionado con el hecho de que, mientras Brasil ha ido creciendo en los últimos años a un ritmo del 3%, India lo ha hecho al 8% y China al 11%.

Obstáculos de relevancia baja

<i>Obstáculos</i>	<i>Calificación</i>	<i>Número de países donde el obstáculo está entre los 3 primeros</i>
Crimen y robô	4,07	4
Inflación	2,10	1
Regulaciones de tipo de cambio	1,00	1
Golpes de estado	2,30	1

Fuentes: Beato P. y Vives A. a partir de cifras en Porter, Michael E. y otros (2005)

Como se ha señalado acertadamente,³⁸ tales dificultades contrastan poderosamente con la liquidez de los bancos en América Latina y con su capacidad para aumentar el volumen de sus préstamos, manteniendo unos coeficientes de solvencia aceptables. Existe, pues, una demanda insatisfecha de crédito, junto con un sistema bancario con capacidad para aumentar sus balances, pero temeroso de hacerlo.³⁹

Esta situación, se debe, entre otras, a las siguientes causas:⁴⁰

1. Los bancos pueden tener dificultades en cobrar préstamos impagados por la lentitud del sistema legal.

2. Adicionalmente, la deficiencia en las legislaciones referentes a liquidación, reposición de activos, *constitución de garantías y registro de la propiedad – mueble e inmueble* –, desincentiva al sector financiero a prestarle al sector privado, particularmente al de la micro, pequeña y mediana empresa – más del 98% de las empresas de América Latina.

Todas estas imperfecciones y otras⁴¹ presentes en la mayor parte de los países en vías de desarrollo, potencian su efecto negativo cuanto peor sea la distribución

⁽³⁸⁾ Vide: BEATO, Paulina; VIVES, Antonio. *¿Por qué se está quedando atrás América Latina?* Washington: Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. Subdepartamento de Empresa Privada y Mercados Financieros, 2005.

⁽³⁹⁾ Como señalan P. Beato y A. Vives (op. cit.), las siguientes preguntas son relevantes para este debate: ¿Son las limitaciones del sistema legal las causantes del desequilibrio entre la oferta y demanda de préstamos?, ¿Son las regulaciones de prudencia bancaria las culpables? ¿Es la oferta de enormes cantidades de deuda pública lo que está impidiendo que los bancos atiendan la demanda de crédito de los clientes privados?

⁽⁴⁰⁾ Vide: BEATO, P.; VIVES, A. Op. cit.

⁽⁴¹⁾ Idem. Argumentan acertadamente que la consideración de la estabilidad del sistema financiero como prioridad máxima, desincentiva su función de intermediación en operaciones que puedan acarrear riesgos. De este modo, los bancos, enfrentando

de la renta. En efecto, solo accederán a los préstamos aquellas familias que tengan activos líquidos que ofrecer, mientras que los demás no podrán explotar sus oportunidades de inversión.

En íntima relación con lo anterior, es necesario destacar que la seguridad jurídica es una de los factores con mayor poder explicativo del crecimiento económico. En efecto, como ha mostrado Barro, Robert J. a mayor nivel de seguridad jurídica, mayor crecimiento anual acumulativo y mayor aumento de la inversión privada.

Capacidad de hacer cumplir las leyes y regulaciones (Calificación del año 2005)

Argentina	1,5	Ecuador	-	Paraguay	2,0
Bolivia	3,0	El Salvador	3,0	Perú	3,0
Brasil	2,5	Haití	1,0	República Dominicana	2,0
Colombia	1,0	Honduras	1,5	Uruguay	2,5
Costa Rica	4,0	México	3,0	Venezuela	3,0
Chile	5,0	Nicaragua	2,0	Media ALC	2,5
Guatemala	2,5	Panamá	3,0	China	5,0

Fuente: *International Country Risk Guide*

Ello ya es razón suficiente para considerar una prioridad en cualquier política para aumentar la inversión y la competitividad, el aumento de la seguridad jurídica. Más aún, si consideramos la baja puntuación de los países de la región al respecto y el hecho de que los países competidores de América Latina tiene puntuaciones muy altas: de 0 a 6, China obtiene 5, Corea del Sur 4,5 e India 6, mientras que la puntuación media de la región se sitúa en el 2,5.

Por otro lado, el exceso de regulaciones y el intervencionismo del Estado fomenta no solo la falta de respeto por las leyes sino también la corrupción. Por el

poca competencia en la captación de depósitos, pueden preferir colocar sus recursos en deuda del estado, estrangulando así la demanda de crédito privado, elevando las tasas activas de interés y los márgenes de intermediación.

contrario, la liberalización de las actividades empresariales reduce necesariamente la corrupción y favorece el respecto a la legalidad. El beneficio económico de la lucha contra la corrupción y el aumento de la legalidad compensará el costo fiscal que su eliminación requiere.⁴²

Para la consecución de una mayor seguridad jurídica en su ámbito competencial – muebles e inmuebles, sociedades mercantiles –, el papel de los registros de la propiedad es clave, especialmente, el de los registros de derechos que requieren un riguroso control *ex ante* de que no se han violado normas imperativas en los actos o negocios de los que resulten los derechos cuyo reconocimiento y atribución frente a terceros se exige del Registro.

8. Referencia a las políticas de formalización y su impacto sobre el crédito hipotecario

Hernando de Soto formuló en su día una pregunta clave:⁴³ ¿Qué es lo que desprende valor de una simple casa y lo fija de forma tal que le permite desprender capital?. Su respuesta: que sea una propiedad identificada, documentada y protegida por un sistema formal de derechos de propiedad.

En Occidente, observa, todo activo – toda parcela de tierra, vivienda o bien mueble de consumo duradero – ha sido formalmente fijado en registros mantenidos al día y regidos por normas contenidas en el sistema de propiedad, de modo que todo incremento en la producción, todo producto, inmueble u objeto con valor comercial es propiedad formal de alguien. La propiedad formal invita a percibir la casa como algo más que mero refugio y, por ello, un activo inerte; invita a verla como capital vivo.

En Occidente, nos dice el ilustre economista, los inmuebles formales son fáciles de usar como garantía para un préstamo; para obtener una inversión mediante su intercambio por activos; como domicilio para el cobro de deudas o de impuestos, o con fines comerciales o judiciales, de modo que, mientras las casas como tales actúan como refugios o lugares de trabajo de sus dueños, sus acreditaciones formales de propiedad llevan una vida paralela, cumpliendo varias funciones adicionales para afianzar los intereses de quienes intentan crear nueva riqueza.

Por el contrario, aquellos activos cuyos aspectos jurídicos – y magnitudes relevantes desde un punto de vista económico – no están fijados en un sistema de propiedad formal son sumamente difíciles de mover en el mercado y su

⁽⁴²⁾ Idem. Citando investigaciones de Barro (1997) y los datos del *International Country Risk Guide*, publicación mensual de The PRS Group Inc, East Syracuse, Nueva York. <<http://w.w.w.prs.group.com>>, afirman que un nivel superior en la escala 1 a seis, explica un mayor crecimiento anual acumulativo de un 0,3%, durante el periodo 1980-2004. Y que un aumento de un punto en la calificación, aumenta la inversión privada en un 1,1%.

⁽⁴³⁾ Vide: DE SOTO, H. *El misterio del capital*. Por que el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo. Barcelona: Península/Atalaya, 2001.

intercambio comercial se circunscribe a círculos básicamente locales de amigos y conocidos.

Los efectos de este fallo legal son dificultar la contratación con extraños, restringir la división del trabajo y frenar la productividad y, finalmente, el crecimiento económico y el bienestar.

Asimismo, en Occidente, continúa diciéndonos, sus sistemas formales de propiedad se caracterizan por que, si bien están concebidos para proteger tanto la seguridad de los títulos como la de las transacciones, conceden prioridad a la seguridad de estas últimas con el fin de facilitar que los activos puedan cumplir su función paralela como capital.

Por ello, la mayor parte de los países avanzados se han dotado de sistemas registrales de derechos, en tanto que muchos de los países en vías de desarrollo siguen anclados en sistemas registrales de documentos, los cuales se limitan, como observa De Soto, “a ser guardianes de los deseos de los muertos”.

“Esto acaso explique – continúa el ilustre economista – por qué crear capital sobre propiedades occidentales es tan sencillo y por qué en los países en vías de desarrollo, la mayor parte de los activos se ha escabullido del sistema formal legal en busca de movilidad.”

Pues bien, mientras eso es lo que sucede en los países desarrollados, en América Latina, según las investigaciones llevadas a cabo por el equipo de De Soto, al menos seis de cada ocho edificaciones se hallan en el sector subcapitalizado y el 80% de toda la propiedad inmobiliaria es poseída fuera de la ley. Si consideramos, por otro lado, que dos tercios de la riqueza nacional de los países en vías de desarrollo, están relacionados con la propiedad inmobiliaria, la conclusión inevitable es que la ley es la excepción y la marginalidad la norma y que, debido a ello, concretamente a la ausencia de un sistema formal y universalizado de derechos de propiedad, dos tercios de los activos físicos están inhabilitados para crear capital, no sirven como garantía para obtener un crédito ni tampoco para desempeñar ninguna de las demás funciones que las representaciones formales de la propiedad permiten.

Todo ello constituye un auténtico dispendio en un mundo inmerso en una auténtica lucha – nacional e internacional – por la captación de capitales.

En Estados Unidos, por el contrario, la mayor fuente individual de recursos para nuevos negocios es la hipoteca sobre la vivienda del empresario. O en España, como hemos visto, el volumen de los saldos vivos de los activos hipotecarios se sitúa en torno al 50% del PIB, y cada año se constituyen más de un millón de nuevas hipotecas.

Se hace imperativo, por tanto, concluye De Soto, legalizar la situación extralegal de las posesiones inmobiliarias de esos países, si se quiere que puedan empezar a generar capital.

La cuestión, obviamente, es cómo integrar los activos extralegales de un país en un único sistema de propiedad formal, especialmente cuando la situación de extralegalidad afecta a una gran parte de los activos inmobiliarios.

Prescindiendo de otros aspectos, esta cuestión se presenta como un auténtico desafío jurídico – y no solo jurídico –; su solución requiere una sofisticada tecnología jurídica capaz de ofrecer soluciones sencillas, universales, poco costosas y sumamente eficaces en la protección de los derechos y, sobre todo, de las transacciones.⁴⁴

El asunto es, sin duda alguna, complejo. De Soto apunta cuatro líneas maestras, con las que coincido plenamente:

a) Para crear una economía moderna de mercado se necesitan estándares comunes precisados en único cuerpo de normas.⁴⁵

b) Los sistemas deben proteger los derechos de propiedad y las transacciones, pero, sobre todo, estas últimas.⁴⁶

c) Deben facilitarse los expedientes para ingresar en los sistemas formales; mas concretamente, a mi juicio, deben facilitarse los procedimientos para que las propiedades que viven fuera del registro ingresen en el sistema registral⁴⁷

d) La cuestión básica no consiste en mapear y fotografiar los edificios y las tierras, sino en fijar reglas que reflejen un consenso sobre cómo los activos físicos deben ser poseídos, intercambiados y utilizados.

Si las políticas de formalización no responden a estas ideas o no se ejecutan correctamente, pueden conducir a grandes dispendios seguidos de grandes frustraciones.

No es mi propósito evaluar ahora los resultados de tales políticas, sino simplemente realizar algunas llamadas de atención al respecto.

En ocasiones, se han llevado a cabo costosísimos programas de mapeo para organizar catastros, esperando que se produjeran resultados mágicos que, obviamente, no se han producido. Un catastro es necesario para la Administración, especialmente la fiscal, pero no para la seguridad de los derechos ni de las

⁽⁴⁴⁾ Esta cuestión – cómo – deviene así en un asunto crítico, pues es sabido que una mala instrumentación de una buena idea puede acabar invalidando la idea misma.

⁽⁴⁵⁾ Esta necesidad está tras el proceso de creación de los estados nacionales, superando el régimen feudal, y tras el proceso de creación de instituciones de vocación global: la necesidad de crear zonas libres de fricción para el comercio, con códigos de conducta únicos en sus líneas esenciales.

⁽⁴⁶⁾ En realidad cuanto más se protejan las transacciones más se protegen los derechos. El pretendido dilema planteado en su día por V. Ehrenberg entre la seguridad del tráfico y la seguridad de los derechos es un falso dilema. Vide: MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. *Seguridad del tráfico...* cit.

⁽⁴⁷⁾ El sistema español contiene soluciones originales y que se han demostrado eficaces. Facilita los sistemas de inmatriculación, lo que permite el acceso de la propiedad no inscrita o informal al registro, sin demasiadas garantías, por lo que el sistema no le asigna sus efectos hasta transcurridos dos años, previa realización de las publicaciones correspondientes.

transacciones, como demuestra la historia de todos los países europeos sin excepción. Un magnífico catastro, integrado por exquisitas fotos y planos etc., no producirá ningún efecto sobre la economía, si no hay un registro, especialmente de derechos, cuyos pronunciamientos tengan un alto valor probatorio ante los tribunales. Por el contrario, un registro de derechos tiene grandes efectos sobre el crédito y las transacciones, aunque no haya catastro. La razón es muy sencilla: para que las transacciones inmobiliarias sean seguras no es necesario que las fincas estén perfectamente identificadas; basta con que la identificación disponible evite, en la mayor parte de los casos, su confusión. La perfecta identificación es, además, una cuestión de derecho, no de hecho. Además, los individuos se comportan racionalmente e invierten en costes de transacción hasta el límite de la utilidad marginal: invertirán en identificación tanto más cuanto mayor sea el valor del inmueble.⁴⁸ Finalmente, el coste explícito e implícito – tiempo – de supeditar las inscripciones a la elaboración gráfica catastral conlleva, en la generalidad de los casos, un balance negativo. La hipotética mejor identificación no compensa ni los retrasos que provoca.

Cuando se desarrollan proyectos catastrales debe quedar claro que no son proyectos registrales y que, por lo tanto, no se puede esperar de ellos, lo que solo puede esperarse de los registros.

Lo mismo puede decirse de algunos programas de titulación masiva los cuales, en mi opinión, pueden llegar a ser contraproducentes.

En economías de subsistencia caracterizadas por la escasez de los intercambios inmobiliarios, realizados normalmente entre personas conocidas de grupos reducidos, no tiene el menor sentido que el Estado les obligue o les presione para registrar sus propiedades, ya que el registro les servirá solo para informarles de lo que ya saben – quién es el dueño de cada inmueble –, no para solicitar créditos que no se hallan en su horizonte vital. Forzarles a ello, solo genera desconfianza, expande la creencia de que, en realidad, es una estrategia para obligarles a pagar impuestos – lo que, en ocasiones, es, además, cierto – y todo ello, junto con lo anterior, explica que apenas se registren segundas transacciones.

Por el contrario, hay que organizar un sistema registral sencillo, de fuertes efectos jurídicos, de utilización voluntaria, totalmente separado del sistema fiscal, que pueda ser usado cuando el individuo lo considere necesario, dada la evolución de su situación personal y de las oportunidades que ofrezca la economía.

⁽⁴⁸⁾ En algunos proyectos se han gastado sumas fabulosas; hay países que se han catastrado varias veces, en ocasiones por un precio superior al de los propios inmuebles. El desconocimiento, las presiones de grupos de interés, la corrupción, se hallan sin duda tras estas prácticas. Es más fácil, sin duda, vender ordenadores, planos etc. que un concepto y su organización, cual es el caso del registro. Los fracasos, sin embargo, acabarán imputándose a un concepto y a una institución que nunca se desarrollaron.

Es obvio que el hecho de que los derechos informales no puedan ser comercializados e intercambiados más allá de la comunidad es uno de los motivos por los que, en muchas circunstancias históricas, han evolucionado hacia derechos de propiedad más formalizados, pero solo una vez que los valores del recurso han aumentado lo suficiente como para justificar el coste de hacerlo. Los mecanismos principales de formalización son los registros, especialmente los de derechos, los cuales no solamente proporcionan protección frente a reivindicaciones de otros individuos, sino que facilitan su transmisión, y por ello, los convierten en activos aptos como garantía para respaldar créditos.⁴⁹

Hay que tener en cuenta también que el efecto positivo de la formalización sobre la concesión de crédito, no se produce de un modo automático, general y homogéneo. La titulación e inscripción formales del suelo probablemente tendrán un efecto importante sobre la concesión de crédito en situaciones en las que los mercados de crédito informales ya sean operativos y exista una demanda latente de crédito formal que no puede ser satisfecha como consecuencia de la falta de título formal.

Ello sucede cuando se ha alcanzado un cierto nivel de renta per cápita, de forma que el suelo ya no es la principal red de seguridad y existen oportunidades de inversión rentable para los potenciales prestatarios.

Cuando se dan tales condiciones, la concesión de títulos formales puede contribuir a la emergencia de los mercados financieros.

Sin embargo, pueden darse muchas circunstancias en las que los títulos formales no tengan repercusiones sobre el acceso al crédito. A saber: (1) no es viable la ejecución hipotecaria,⁵⁰ (2) puede no existir un sistema bancario o financiero que preste a pequeños productores, (3) puede no haber proyectos suficientemente rentables.

Sao Paulo (Brasil) 15 de Septiembre de 2006.

⁽⁴⁹⁾ En efecto, una diferencia clave entre la posesión informal y un sistema de derechos de propiedad más formalizado es que, en este último, quienes ostentan los derechos podrán acudir a los poderes coercitivos del Estado para que les garantice el cumplimiento forzoso en caso de vulneración de sus derechos, en lugar de verse obligados a confiar únicamente en sus propias fuerzas. Por ello, el valor de los registros será escaso, si sus pronunciamientos no son respaldados por los tribunales, si acceder a éstos es costoso, si son corruptos, o si son incapaces de hacer cumplir sus decisiones.

⁽⁵⁰⁾ El motivo radica en que, con niveles de renta bajos y a falta de otros mecanismos de seguridad social, el suelo sirve como red de seguridad social. En tales circunstancias, la ejecución en caso de impago privaría a las familias de sus medios básicos de subsistencia, lo que puede no ser socialmente deseable y constituye el motivo esencial por el que los sistemas consuetudinarios limitan la comercialización del suelo. Y, en tales condiciones, los bancos no concederán préstamos.

Características sistemas de responsabilidad registral

	Registros de derechos		
	Torrens	Germanico	Franquicia
Financiación del registro	Propia	Propia (+ Estado)	Propia
Ámbito de responsabilidad	Amplia	Parcial estricta	Parcial
Cobertura de responsabilidad	Fondo	Estado	Seguro

Fuente: AFI

Comparación de plazos en los distintos registros de la propiedad

PLAZOS				
REGISTROS PROPIEDAD INTELECTUAL		Resolución de las solicitudes		6 meses
REGISTRO GENERAL PROPIEDAD INDUSTRIAL (1)	Patentes	sin examen previo	Publicación solicitud	18 meses
			Concesión patente	14 meses desde publicación solicitud
			TOTAL	32 meses
		con examen previo	Publicación solicitud	18 meses
	Signos distintivos (2)		Concesión patente	24 meses desde publicación solicitud
			TOTAL	42 meses
		sin objeciones	Resolución solicitud	12 meses
		con objeciones	Resolución solicitud	20 meses
REGISTRO PROPIEDAD INMOBILIARIA		Calificación		15 días

Comparación de tasas en los distintos registros de la propiedad

COSTES (en Euros)						
REGISTRO PROPIEDAD INTELECTUAL		REGISTRO GENERAL PROPIEDAD INDUSTRIAL			REGISTRO PROPIEDAD INMOBILIARIA	
		INDUSTRIAL				
			Patentes	Signos distintivos (3)		
Tramitación solicitud	11,26	Solicitud registro	—	142,62	Asiento presentación	6,010121
Certificaciones	13,38	Solicitud renovación	—	165,10	Certificación de cargas i de dominio	33,055666
Notas marginales	3,75	Certificaciones	—	15,15	Notas marginales	3,005061
Copia certificada de obra	10,00	Consulta, vista y copia de expediente	—	13,40		9,015182
Anotaciones preventivas, cancelaciones, modificaciones y traslados	11,26	Mantenimiento (1)	702,73	110,51	Inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones (4)	148,750462
TOTALES	49,65	(2)	1.302,73	446,8		199,836492

(1) Tasas sin recargos a pagar en los 10 primeros años

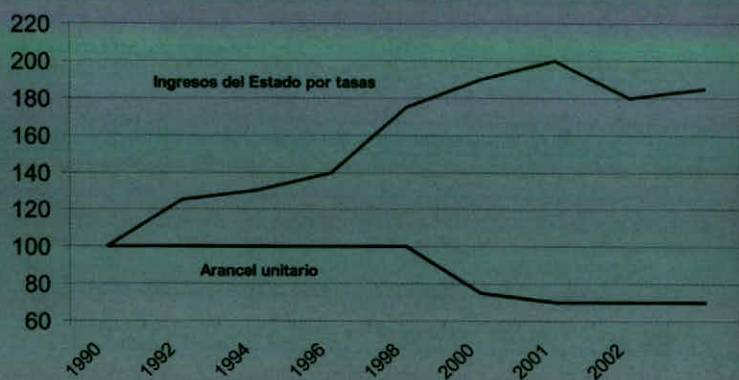
(2) El coste medio publicado por la OEPM hasta la concesión de patente nacional en España sin examen previo son 600 euros, a lo que añadimos el coste de mantenimiento (hemos supuesto 10 años)

(3) Tasas para marcas o nombres comerciales

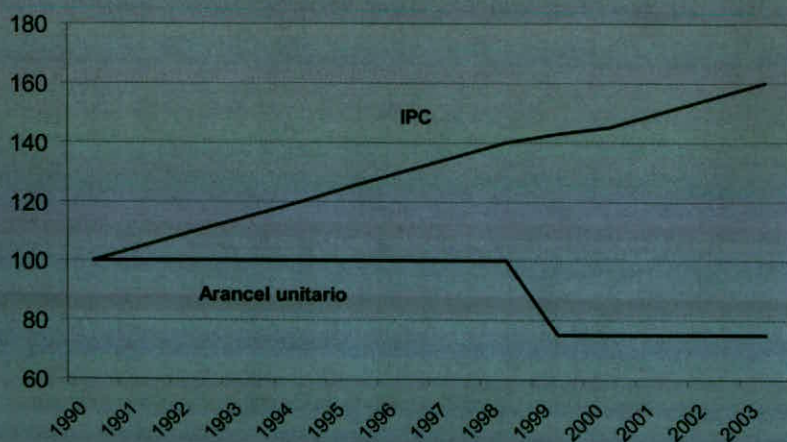
(4) Suponemos un valor de la finca superior a 120.202, que implica el máximo arancel

Fuente: AFI a partir de CORPME, Ministerio de Cultura (www.mcu.es) OEPM

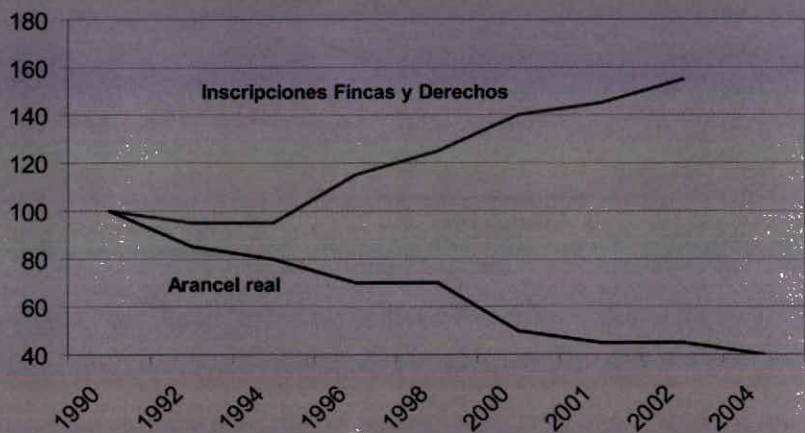
Evolución de los ingresos por tasas y precios públicos y arancel unitario (Base 100=1990)



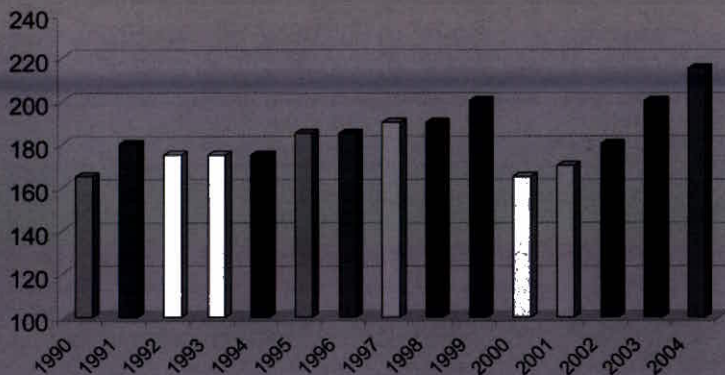
Evolución del IPC y arancel unitario (Base 100=1990)



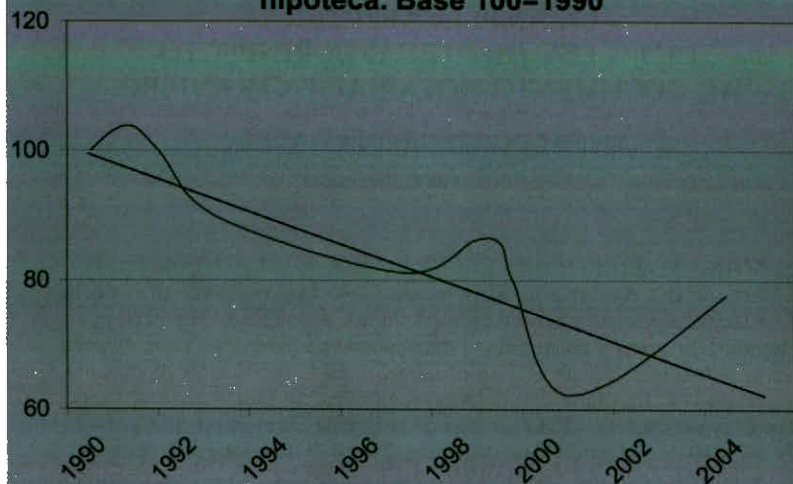
Evolución real del arancel registral y estimación del volumen de actividad. (Base 100=1990)



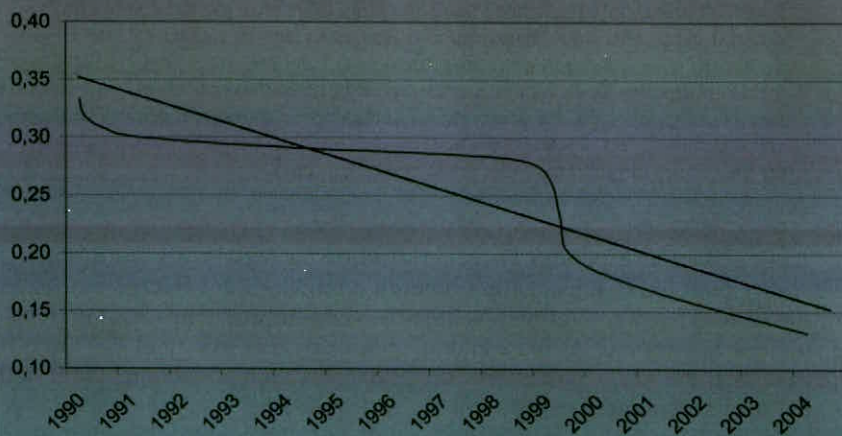
Costes arancelarios de inscripción de vivienda e hipoteca desde 1990 (Arancel efectivo)



Evolución en términos reales del arancel efectivo para una inscripción de vivienda e hipoteca. Base 100=1990



Evolución costes de los aranceles de inscripción de vivienda e hipoteca sobre el precio medio de la vivienda (en %)



2. DOCTRINA INTERNACIONAL

2.2

LA AMPLIA APERTURA DE LA LEY HIPOTECARIA RESPECTO AL DOCUMENTO NOTARIAL EXTRANJERO

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

Registrador de la Propiedad.

SUMARIO: 1. El art. 608 del CC – 2. El art. 4 de la Ley Hipotecaria – 3. El art. 36 del Reglamento Hipotecario – 4. Los comentaristas de la legislación hipotecaria han interpretado el art. 4 de la Ley Hipotecaria en sentido aperturista y no cerrado al documento extranjero – 5. La distinción entre defectos subsanables e insubsanables en la legislación hipotecaria española – 6. La pluralidad de documentos inscribibles en la legislación hipotecaria española – 7. El art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil – 8. El art. 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil – 9. Los requisitos formales y los efectos de la inscripción – 10. El art. 11 del CC – 11. El art. 9.6 del Convenio de Roma – 12. El art. 1.216 del CC – 13. Los arts. 1.462.2.º y 1.464 del CC – 14. El art. 10.1 del CC y de toda la normativa de la ley hipotecaria resultante de la aplicación de dicho precepto – 15. La clara separación entre los efectos inter partes de la forma notarial y los efectos de oponibilidad respecto a terceros y presunciones de exactitud del asiento registral – 16. Los juicios del notario español para la autorización y la calificación del registrador para la inscripción y su incidencia en el documento extranjero – 17. Las presunciones de veracidad e integridad de la legislación notarial española en nada afectan a la inscripción del documento notarial extranjero – 18. El preámbulo Del real Decreto 1039/2003, de 1.º de agosto y la distinción entre la actuación del notario y del registrador – 19. La normativa de la Unión Europea guarda identidad con el art. 4 de la Ley Hipotecaria – 20. La desacertada pretensión de monopolización y discriminación de un determinado tipo de documentos notariales de un país en una época de intensas relaciones internacionales.

La legislación española en general, tanto la legislación civil como la registral y también la legislación procesal, admiten el documento autorizado por notarial extranjero con plenos efectos, siempre que tenga autenticidad y se sujete a las normas de los estatutos personal, real y formal del Derecho Internacional Privado. En cambio, no se exige a dichos documentos ningún requisito ni solemnidad específicos de la legislación notarial española, por no estar previstas dichas exigencias para que el documento extranjero tenga fuerza en España.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, la primera ley de la codificación, que ha sido objeto de admiración y crítica favorable en forma unánime, es una verdadera manifestación de apertura hacia los documentos extranjeros en contra de cualquier postura de monopolio del documento notarial de un determinado país, siendo por ello, un ejemplo a seguir en esta materia y también un elemento fundamental en la interpretación de la normativa vigente. Dice así la Exposición de Motivos:

“Otra cuestión importante y nueva en nuestra patria debía resolver la comisión, a saber: si han de ser inscritos los documentos o títulos, otorgados en el extranjero, que, a haberse celebrado en España, estarían sujetos a la inscripción. No puede en nuestros días (1861;;) el legislador desentenderse del Derecho Internacional Privado (...).

Los principios de este derecho internacional, formulados por ilustres escritores, desenvueltos en gran parte por la práctica judicial, sancionados, aunque en menor escala, por algunos tratados entre las diferentes potencias de Europa y de América, y comenzados a escribir con timidez y concisión en las leyes, van ya formando un derecho consuetudinario, que mas pronto o más tarde concluirá por dominar en todas las naciones civilizadas. No será España la que más tarde en entrar en este camino: la historia de lo pasado es el pronóstico para lo futuro”.

La legislación vigente se mueve en la misma línea, según resulta de las normas que se comentan seguidamente.

1. El art. 608 del CC

Hay que partir del art. 608 del CC español, que dentro del Libro Segundo denominado “De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones” regula los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad, estableciendo:

“Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de los mismos, la manera de llevar el registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”.

Por tanto, el Código Civil atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria.

En el ámbito de la regulación de la adquisición del dominio y de los derechos reales el Código Civil no se remite a la legislación notarial. Únicamente, en el ámbito de la “prueba de las obligaciones”, dentro del Libro IV de las obligaciones y contratos, hay una remisión a la legislación notarial en el art. 1.217 del propio Código, al regular los documentos públicos a efectos de esa prueba de “obligaciones” diciendo que “los documentos en que intervenga notario público se regirán por la legislación notarial”. Pero tampoco dice que se trate de la “legislación notarial española”, sino que lógicamente, ha de ser la “legislación

notarial”, correspondiente a la ley que regule las “formas y solemnidades del contrato”, conforme al art. 11 del CC. En cambio, respecto a la remisión a la regulación de la Ley Hipotecaria, no hay ninguna duda de que el art. 608 del Código se refiere a la Ley Hipotecaria española, pues la publicidad registral de los inmuebles sitos en España se rige por la Ley Hipotecaria española, conforme al art. 10 del CC.

La citada remisión del art. 608 del CC a la Ley Hipotecaria para determinar los títulos formales inscribibles y la forma y efectos de los mismos, nos lleva fundamentalmente al art. 4 de la Ley Hipotecaria, y desde éste a numerosos otros preceptos de la propia Ley Hipotecaria y de su Reglamento, todos los cuales son bien explícitos respecto a la completa liberalización y apertura hacia el documento notarial extranjero, a efectos de su inscripción en el registro, siempre que reúna los requisitos de inscripción establecidos por la Ley Hipotecaria.

2. El art. 4 de la Ley Hipotecaria

La Ley Hipotecaria regula en el art. 4 los títulos otorgados en país extranjero, y en cambio, la Ley del Notariado, que no es competente en este caso, según se ha indicado, tampoco regula dichos títulos, sino sólo los otorgados por notario español. La Ley del Notariado no se ocupa de los títulos notariales extranjeros, lo que demuestra esa carencia de competencia respecto a los mismos, lo cual es lógico si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 11 del CC, que no obliga a cumplir los requisitos de forma y solemnidades del documento a través de los requisitos de la ley de situación del inmueble, sino que también impone varias posibilidades, entre ellas la conocida regla *locus regit actum*.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 ya hemos visto que dio una verdadera lección de apertura hacia los documentos extranjeros en contra de cualquier postura de monopolio del documento notarial de un determinado país.

Fiel a este criterio de apertura, el art. 4 de la Ley Hipotecaria regula la inscripción de documento otorgado en el extranjero limitándose a exigir únicamente el requisito de que “tengan fuerza en España con arreglo a las leyes”.

La expresión “fuerza en España con arreglo a las leyes” no puede interpretarse como sinónima de los requisitos formales y solemnidades exigidas al documento notarial español, pues el art. 4 es diferente del art. 3 de la propia Ley Hipotecaria, que se refiere exclusivamente a los documentos otorgados en España.

Si el art. 4 tiene algún sentido es por la diferencia con el art. 3, y por tanto, mientras el art. 3 se refiere a los documentos formales en general, el art. 4 se refiere a los documentos otorgados en territorio extranjero. En otro caso, el art. 4 de la Ley Hipotecaria devendría completamente inútil, pues cada legislación notarial del país respectivo establece los requisitos y garantías de dación de fe correspondientes, y esto es lo único que exige el art. 4 de la Ley Hipotecaria.

La referencia en el citado art. 4 a que ha de tratarse de documentos que tengan "fuerza en España con arreglo a las leyes", tiene el mismo significado que tenía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y luego en la de 1881 y de la ley vigente de 2000, haciendo referencia a las normas del Derecho Internacional Privado, aparte de la necesidad lógica de la "autenticidad" del documento extranjero (pues en otro caso no podría demostrarse ni siquiera su existencia o procedencia, para que tuviera efecto en España). Así lo entendieron y entienden los autores hipotecaristas al interpretar el art. 4. Es lógico además que tener "fuerza en España con arreglo a las leyes" se refiera exclusivamente al de las normas de Derecho Internacional Privado, porque es un precepto regulador de un supuesto de Derecho Internacional Privado, cual es el de documento otorgado en país extranjero, y además se refiere a la "fuerza de dicho documento extranjero en España", razón por la cual, la fuerza la ha de dar la ley que rige los requisitos de esos documentos en España, que son precisamente las normas de los arts. 8 a 12 del CC, que son los que específicamente regulan los antes denominados estatutos personal, real y formal y sus requisitos. Pero aparte de ello, tiene que darse el requisito de la "autenticidad" del documento, pues mal podría tener fuerza en España un documento del que se careciera de todo requisito de autenticidad, que afectaría incluso a su existencia como tal documento.

En consecuencia, el documento extranjero requiere para su inscripción tener fuerza en España con arreglo a las leyes, es decir, los siguientes requisitos resultantes de las normas de Derecho Internacional Privado:

- Que tenga autenticidad y la correspondiente apostilla cuando ésta es aplicable como norma de autenticidad. El requisito de la autenticidad opera como un presupuesto para que tenga fuerza en España el documento, pues afecta a la prueba de su existencia misma como tal documento.

- Que cumpla los requisitos de Derecho Internacional Privado atendiendo a los correspondientes puntos de conexión establecidos por las normas de Derecho Internacional Privado. Así, en materia de capacidad, ha de estarse a la ley de la nacionalidad, que en el caso de otorgantes alemanes, es la legislación alemana y no la española, y respecto a ella es más conocedor el notario alemán que el español. Respecto a la forma y solemnidades del documento, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 11 del CC, sin que sea requisito imprescindible que cumpla las formas y solemnidades de la legislación española, pues permite atenerse a la ley del lugar de celebración del acto, salvo en los casos de negocios solemnes como sería, por ejemplo, la donación de inmuebles, en que el Convenio de Roma exige atenerse a la ley de la situación del bien. Respecto al estatuto real, ha de estarse al lugar de la situación del bien, es decir, la legislación española (entre cuyos requisitos está la tradición instrumental por escritura pública que puede ser la escritura notarial de cualquier país, pues el art. 1.462 del CC que regula la tradición instrumental no se refiere a una escritura pública española, sino a cualquier escritura pública notarial). Y también es la legislación española la que rige la publicidad registral, que es la Ley Hipotecaria, en cuyo art. 4 y sus concordantes prevé la inscripción del documento extranjero cumpliendo los requisitos de Derecho Internacional Privado.

Por tanto, un documento extranjero autorizado por un notario alemán o de otro país de la Unión Europea, e incluso de cualquier parte del mundo, cumple los requisitos exigidos en el art. 4 de la Ley Hipotecaria, es decir, cumple el requisito de tener “fuerza en España con arreglo a las leyes”, cuando se adapta a las normas de Derecho Internacional Privado, pues son las que regulan los requisitos del documento y del acto según los puntos de conexión establecidos en los arts. 8 y 12 y en el Convenio de Roma, sin que sean exigibles otros requisitos, formalidades o solemnidades, como serían las de la legislación notarial española, que por definición, no son aplicables a dichos documentos, por no estar sometidos los notarios extranjeros a la normativa de la Ley del Notariado española, ni tampoco limitarse la Ley Hipotecaria española a los documentos notariales españoles, dada la gran apertura del art. 4 de la propia Ley Hipotecaria.

3. El art. 36 del Reglamento Hipotecario

El art. 36 del Reglamento Hipotecario, que es el precepto que desarrolla lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Hipotecaria, produce también una completa claridad sobre la apertura hacia el documento extranjero por parte de la legislación hipotecaria española. Dicho Reglamento es el encargado de desarrollar los requisitos relativos a tener fuerza en España con arreglo a las leyes, desde el punto de vista del acceso del documento extranjero al registro.

Pues bien, el Reglamento Hipotecario aclara definitivamente esa expresión del art. 4 de la Ley Hipotecaria, en el art. 36, § 1.º, pues dice lo siguiente:

“Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”.

Es decir, confirma la interpretación del art. 4 en el sentido de que documentos “con fuerza en España con arreglo a las leyes” significa documentos auténticos que cumplan los requisitos de las normas de Derecho Internacional Privado. En cambio, no hay rastro de que pretenda referirse a los requisitos de la legislación notarial española, que según hemos visto, dicha legislación tampoco se refiere a ellos.

Y además, se atribuye al registrador en el último párrafo del propio art. 36 del Reglamento Hipotecario como órgano encargado del control de acceso al registro de los documentos, la “calificación” de los requisitos de “la legislación extranjera” sobre formas y solemnidades extranjeras y sobre aptitud y capacidad legal necesaria para el acto”. Una cosa es la calificación registral de los documentos extranjeros a efectos de su inscripción en el registro y otra distinta los dictámenes o medios de prueba sobre el derecho extranjero. Por eso, el precepto, reconociendo que los funcionarios públicos españoles no tienen la obligación de conocer la totalidad del derecho extranjero, pero sí la de exigir que se aplique el mismo para que el documento tenga fuerza en España, prevé que por medio de informes o aseveraciones de otros funcionarios, como el notario o cónsul español, o diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la

legislación aplicable, se pueda acreditar y probar el derecho extranjero, a efectos de la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad español.

De lo que se trata es de acreditar y probar el cumplimiento del derecho extranjero, y no de excluir el documento notarial extranjero para sustituirlo por un nuevo otorgamiento de documento notarial español, que sería totalmente contrario al art. 4 de la Ley Hipotecaria y 36 de su Reglamento, y al art. 11 del CC.

4. Los comentaristas de la legislación hipotecaria han interpretado el art. 4 de la Ley Hipotecaria en sentido aperturista y no cerrado al documento extranjero

Ya en el año 1862, al año siguiente de publicarse la primera Ley Hipotecaria, el hipotecarista más relevante de aquellos tiempos, que participó en la redacción del proyecto de Ley Hipotecaria y en la famosa Exposición de Motivos de la misma, decía lo siguiente sobre la equivalencia de formas en los distintos países, a efectos registrales:

“Hay otros Estados en que los jueces son los que dan la autenticidad a los actos de la vida civil, así sucede en Austria, donde las atribuciones de los notarios se limitan a los protestos de las letras de cambio; en Prusia, a pesar de que en esta Monarquía hay unos funcionarios públicos, cuya misión es recibir los contratos entre personas que no saben escribir (...) Respecto a los Estados que se hallan en este caso, no es dudoso, a nuestro juicio, que aunque no son documentos hechos ante notarios, y que por lo tanto no pueden llamarse en rigor notariados, deben considerarse comprendidos entre los que son válidos en España, porque no tienen menor autenticidad que aquellos que pasan ante notarios, y esto es lo que quiere nuestro derecho, que en todas las precauciones que establece, sólo tiene por objeto evitar que pasen como verdaderos y legítimos documentos que sean obra del fraude” (Pedro Gómez de la Serna. *La Ley Hipotecaria comentada y concordada*. Madrid, 1862. t. I, p. 370-371).

Los comentaristas posteriores también han interpretado el concepto de “fuerza en España con arreglo a las leyes” del art. 4 de la Ley Hipotecaria, en el sentido de referirse a los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al propio tiempo a las normas de Derecho Internacional Privado y no a especiales normas del Derecho Notarial español.

Así por ejemplo, Galindo y Escosura, que son los primeros comentaristas de la Ley Hipotecaria (*Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*. 4. ed., t. I, reimpresso en 1903, p. 496), señalan los siguientes requisitos para que el título otorgado en el extranjero tenga fuerza legal en España:

1.º) Que el acto o contrato a que deba origen, sea lícito y permitido por nuestras leyes (una compraventa con precio es lícita y permitida por las leyes de España).

2.º) Que los contratantes tengan aptitud y capacidad para obligarse con arreglo a las leyes de su patria.

3.º) Que en el otorgamiento se hayan observado las fórmulas establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos.

4.º) Que además de tener los documentos todas las circunstancias exigidas en la nación donde se otorgan, reúnan las que requieren las leyes españolas para su autenticidad (art. 600 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855).

Morell y Terry, otro gran hipotecarista repite los mismos requisitos en su obra escrita muchos años después (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1925, t. I, p. 5), destacando que esos mismos requisitos son los que señalaba el art. 47 del Reglamento Hipotecario de 1915, precedente directo del actual art. 36 del Reglamento Hipotecario que desarrolla lo dispuesto en el art. 4. Dicho autor señala que hay que seguir la regla *locus regit actum*, debiendo celebrarse el acto “ante el funcionario que las leyes del país en que se otorgue declare competente, y con los testigos y demás solemnidades externas que aquéllas exijan para su otorgamiento, siendo por tanto, inscribibles, por más que las leyes patrias reclamen otra cosa. *De no ser así, contra la independencia de que goza cada país, sería obligarle a que tuviera distintos funcionarios, y a que se observasen requisitos y formalidades distintas para contratos de una misma especie, pero radicantes en distintos países, lo cual es imposible*” (op. cit., p. 707). Y cita además, la Resolución DGRN de 18.03.1908 y la de 25.03.1908, que son contrarias y mucho más abiertas, a pesar de su fecha, que la actual que ahora se impugna.

Los comentaristas más actuales también interpretan en forma amplia el art. 4 de la Ley Hipotecaria. Es el caso de Roca Sastre, según el cual, “no precisa que el acto o contrato se acomode a las leyes españolas, sino simplemente que su asunto, materia u objeto, no sea de los que rechazan las leyes prohibitivas vigentes en España” (*Derecho hipotecario*. 6. ed., t. II, p. 597). Y dice también que el “criterio de este precepto (el art. 4) es el de referir el problema a otras leyes, es decir, que no estatuye los requisitos de esta inscribibilidad, sino simplemente, declara inscribibles los títulos que tengan fuerza en España según las leyes”. Y que cuando se promulgó la primera Ley Hipotecaria estas leyes eran el Real Decreto de 17.10.1851 que establecía los requisitos para que produjeran efecto ante los tribunales españoles los contratos y demás actos públicos notariados en cualquier país extranjero”, y que al entrar en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, estas leyes se consideraron sustituidas por el art. 600 de la misma, que mantuvo los requisitos del Real Decreto de 1851 y de 17.11.1852, añadiendo que debía contener la legalización y los demás requisitos para su autenticidad en España, Y que el Reglamento Hipotecario siguió los requisitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es también la opinión de los especialistas en Derecho Internacional Privado, como José Antonio Miquel Calatayud (*El documento extranjero ante el Registro de la Propiedad español*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001. p. 198) y también las profesoras internacionalistas Downes Peiru y Delgado Castro, n. 5.319 de la Revista Jurídica *LA LEY*, de 30 mayo 2001).

En sentido similar, me pronuncié hace tiempo, entendiendo que el art. 4 de la Ley Hipotecaria "tiene un mayor ámbito que el art. 3 de la misma, y que debe interpretarse a la luz de lo que establezca la legislación extranjera sobre la forma del otorgamiento, en relación con la autenticidad del acto" (*Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. III, 2002, p. 606 y siguientes).

5. La distinción entre defectos subsanables e insubsanables en la legislación hipotecaria española

La omisión de determinados requisitos formales a efectos de la inscripción en el registro plantea el problema de si se trata de defectos subsanables o insubsanables. Si son subsanables, no será necesario un nuevo otorgamiento y la fecha del acto puede mantenerse debidamente complementada por el cumplimiento del requisito con posterioridad. Si son insubsanables, es que se trata de un vicio de nulidad absoluta y entonces será necesario un nuevo otorgamiento.

El incumplimiento de requisitos formales necesarios para la inscripción debe plantearse en general desde la perspectiva de que se trata de defectos subsanables, salvo que afecten a la forma solemne del negocio jurídico, que siempre es un supuesto excepcional por imperar el principio contractual de libertad de forma.

El art. 65 de la Ley Hipotecaria distingue entre los defectos subsanables e insubsanables, pudiendo perfectamente subsanarse los primeros sin necesidad de nuevo otorgamiento, sino completando únicamente el documento notarial con el documento que falte. Pues bien, la mayor parte de las omisiones que puedan producirse respecto a los requisitos de inscripción de los documentos extranjeros constituyen defectos subsanables, que pueden perfectamente solucionarse sin necesidad de nuevo otorgamiento, sino acreditando directamente ante el registrador el documento o documentos que faltan (la licencia, el seguro, el complemento de capacidad, etc.).

Esto significa que la legislación hipotecaria española tiene en su propia regulación un sistema muy flexible para solucionar todos los problemas que pueden producirse respecto a los documentos extranjeros, lo que permite dar entrada a cualesquiera documentos notariales extranjeros, incluso respecto a países en que la legislación notarial es totalmente rudimentaria y no desarrollada como la legislación notarial española.

En principio, la solución será que las formas y solemnidades del documento extranjero se rigen por la respectiva legislación notarial extranjera conforme a lo dispuesto en los arts. 11 del CC y 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario. Pero si se produce la omisión de cualquier requisito necesario para la inscripción, conforme establece el art. 21 de la Ley Hipotecaria, que es norma de publicidad y por tanto, aplicable al documento extranjero, entonces se produce un defecto subsanable, que no exige un nuevo otorgamiento del acto o contrato,

sino la subsanación del defecto mediante el correspondiente documento complementario. Pero sin que sea necesario un nuevo otorgamiento ante un notario español, pues eso significaría infracción de los preceptos indicados, que se refieren a la publicidad registral y no a la forma o solemnidad del documento.

6. La pluralidad de documentos inscribibles en la legislación hipotecaria española

La Ley Hipotecaria no sólo admite la escritura notarial como título inscribible, sino que admite también los documentos judiciales y administrativos, e incluso los documentos privados en una serie de supuestos específicamente señalados.

Pues bien, en todos esos supuestos, el legislador no ve ningún problema en que no se hayan cumplido los requisitos de la legislación notarial, a efectos de inscripción, y sin embargo, admite como títulos inscribibles esos documentos.

Así por ejemplo, en el caso ya citado el documento privado de distribución de hipoteca, o en el caso de instancia de heredero único o en el contrato privado de crédito refaccionario, puede plantearse algún problema de acreditación de la representación, y ésta se hará directamente ante el registrador, sin que se apliquen los requisitos de acreditación de la representación previstos exclusivamente para el documento notarial.

El art. 103 de la Ley Hipotecaria prevé que “la fe de conocimiento” la pueda realizar el registrador cuando se trate de documento privado.

Lo mismo ha de entenderse cuando en un documento judicial no conste la correspondiente licencia municipal de parcelación o de obra nueva, pues no se soluciona la cuestión exigiendo un otorgamiento ante notario español, sino presentando ante el registrador la licencia municipal que sea necesaria como complementaria del documento judicial correspondiente.

Lo mismo ha de entenderse respecto a los documentos notariales extranjeros. La falta de un determinado requisito para la inscripción, no determina que esa falta haya de ser suplida por un notario español ni siquiera por el otorgamiento conforme a la legislación notarial española, sino que lo único que determina es la subsanación del defecto mediante la aportación de la licencia o requisito omitido.

7. El art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

El art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil confirma lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Hipotecaria sobre la fuerza en España de los documentos otorgados en el extranjero, pues no exige que el documento extranjero cumpla ningún requisito específico de la legislación notarial española, lo cual sería absurdo, sino que simplemente se refiere a los requisitos tradicional de la “fuerza en España”, que son los siguientes:

- Los requisitos del país donde se otorgue.
- Los requisitos de apostilla y autenticidad.
- Las normas de Derecho Internacional Privado sobre capacidad, objeto y forma, entendiéndose por probadas las declaraciones de voluntad, es decir, el hecho de haberse declarado la voluntad, pero no los requisitos, lo que demuestra que el documento notarial sólo prueba hechos y no requisitos.

8. El art. 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

A su vez, el art. 319 Ley de Enjuiciamiento Civil en general, es igualmente claro pues la “fuerza probatoria” del documento público se refiere exclusivamente al “hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”. Lo cual demuestra que se trata de lo mismo que el art. 1.218.1º del CC, es decir, el hecho del otorgamiento y la fecha, y no ninguna presunción sobre cumplimiento de requisitos, ni ninguna valoración de legalidad, ni de los requisitos del acto o contrato.

La legislación notarial española es concordante con esas leyes, es decir, con el Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Hipotecaria, pues las presunciones de veracidad e integridad las limita con arreglo a la propia legislación notarial y a las leyes, y las leyes relacionadas con la legislación notarial son las tres indicadas, que de ninguna manera se refieren a presunciones de legalidad ni de exactitud respecto al fondo del acto, ni de los requisitos del acto. Y la Ley del Notariado, en su art. 1.º se refiere a la función de los notarios de dar fe “con arreglo a las leyes”. Aun en el supuesto de que se refiera a que debe cumplir las leyes al dar fe, no da lugar a ninguna presunción, sino a una obligación del funcionario, que no es constitutiva de la validez del documento, ni mucho menos a efectos de inscripción, pues en ningún precepto está establecida como requisito de la inscripción en el Registro de la Propiedad español. El requisito es el documento auténtico y el requisito de calificación registral del art. 18 de la Ley Hipotecaria.

9. Los requisitos formales y los efectos de la inscripción

La Ley Hipotecaria define los títulos sujetos en los arts. 3 y 4 de la Ley Hipotecaria en la forma ya indicada, y luego respecto a la inscripción establece en los arts. 6 a 41 “de la forma y efectos de la inscripción”, es decir, los requisitos formales de la inscripción, y los efectos de la inscripción relacionados con esos requisitos formales, pues se consignan conjuntamente ambos en el título II de la Ley Hipotecaria.

Entre los requisitos formales de la inscripción está el requisito de la Calificación Registral del art. 18 de la Ley Hipotecaria, y los demás requisitos

formales (tracto sucesivo, requisitos formales de la inscripción), pero no se alude ni a la calificación notarial ni a ningún control notarial de legalidad como requisito de la inscripción.

Entre los efectos de la inscripción, están las presunciones de exactitud de legitimación y fe pública de los arts. 38 y 34 de la Ley Hipotecaria, ya indicadas anteriormente, que por referirse a la existencia y pertenencia de los derechos “en la forma determinada por el asiento respectivo”, tienen relación exclusivamente con el requisito de calificación registral de la legalidad del art. 18 de la Ley Hipotecaria, y no con ninguna presunción de veracidad e integridad notariales, que se refieren exclusivamente a los hechos.

El Código Civil, cuando se remite a la legislación notarial, lo hace con referencia exclusiva a aspectos de forma y de prueba del negocio obligacional.

Así, en los arts. 1.278 a 1.280 del CC, establece la regla general de libertad de forma, pues dice que los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, y la “obligación de escritura pública” del art. 1.280 do CC es interpretada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia como forma *ad probationem* y *ad utilitatem*.

Y en el art. 1.214 y siguientes, se refiere a la prueba de las obligaciones, no la de la existencia y pertenencia del derecho real como los asientos del registro, y aun en aquel campo, sólo respecto al hecho del otorgamiento y la fecha (art. 1.218 do CC), en concordancia con la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 319 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y con la Ley Hipotecaria (autenticidad o dación de fe), pero no respecto al fondo o requisitos del acto o contrato, pues de ellos no da fe el notario, aunque pueda emitir un juicio (“a su juicio” dice el art. 17.bis de la Ley del Notariado).

10. El art. 11 del CC

El art. 11 del CC establece en su apartado 1 que “las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen”, admitiendo seguidamente otras posibilidades, lo que demuestra el criterio del legislador en materia de formas y solemnidades, a diferencia de lo establecido en materia de publicidad registral por el art. 10 del propio Código.

Por tanto, en materia de publicidad ha de estarse necesariamente a la Ley Hipotecaria, que es la ley que rige la publicidad registral, pero no a la Ley del Notariado.

Y en materia de formas y solemnidades, ha de estarse a la ley del país en que se otorgue el documento y por tanto, a las leyes civiles y a las leyes del notariado de los países respectivos, que son las que establecen las formas y solemnidades de los actos y contratos.

El apartado 2 de dicho art. 11 confirma dicha interpretación, pues sólo aplica la ley reguladora del contenido cuando las formas y solemnidades son exigidas “para la validez del acto”, y aun así, lo único que exige es que el acto en ese caso se otorgue en la forma pública prevista en la legislación del contenido, pero no que se apliquen las solemnidades de la legislación notarial española, pues éstas nunca son requisito de validez del acto. Así por ejemplo, en materia de donación de inmuebles, la legislación del contenido si es la española, establece la necesidad de otorgamiento en escritura pública, pero no dice que tenga que ser una escritura pública ante notario español, sino escritura pública otorgada ante notario, aunque sea extranjero.

El Código Civil no discrimina las escrituras públicas por razón de su autor, sino que sólo exige la solemnidad del acto ante un notario, por lo que, una vez que se acredite que se ha otorgado ante un notario, se cumple perfectamente la forma o solemnidad establecida para la validez del acto, sin que sea necesario que se trate de escritura otorgada ante notario español.

La tradicional regla *locus regit actum* no es que haya sido relativizada, sino que ha sido ampliada admitiéndose una pluralidad de criterios en materia de forma, por lo que no puede hablarse de relativización, sino de ampliación y no de reducción del criterio de la regla *locus regit actum* para intentar transformarla en una supuesta e inadmisibles regla de “monopolización del funcionario autorizante en el lugar de situación del inmueble”, que sería insólita y contraria al art. 11 del CC.

No puede admitirse una distinción, a efectos de forma del negocio jurídico, entre “forma de consentimiento” y “forma de control”, porque no aparece en ninguna disposición legal ni reglamentaria, y además, trataría de sustituir a la regla *locus regit actum* por otra regla totalmente diferente, que no está prevista en el art. 11 ni en ningún otro precepto, que es la regla *auctor regit actum*, desenfocando y confundiendo ambas reglas.

No existe distinción alguna entre “forma de consentimiento” y “forma de control”. La forma es única, aunque tenga diferentes finalidades según los sistemas, pero cuando el Derecho Internacional Privado se refiere a la forma del acto no hace distinción alguna, y parte de la admisión de la forma sea cual fuere la finalidad de la misma.

Por tanto, no es posible desenfocar el concepto de “forma” en contra del apartado 1 del art. 11 del CC, ni introducir aditamentos artificiales para tratar de relativizar el principio *locus regit actum*, que está ampliamente admitido por el apartado 1 del art. 11 del CC, y que es perfectamente aplicable a este caso, por remisión de lo dispuesto en los arts. 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La forma es simplemente el medio por el cual se exterioriza la declaración de la voluntad de las partes, y viene regulado por los distintos países. Por tanto, no hay distinción entre forma de consentimiento y forma de control, sino

simplemente “forma del acto o negocio jurídico” según la legislación del país que sea aplicable. No se puede introducir un elemento, que no aparece en los textos legales vigentes de Derecho Internacional Privado, para desvirtuar éstos. No se puede introducir la “forma de control” como distinta de la “forma de consentimiento”, porque se trataría de conceptos ajenos al derecho nacional y al Derecho Internacional Privado.

La “forma” es sólo *ad probationem* o *ad solemnitatem*. Tratándose del negocio más frecuente sobre inmuebles, que es la compraventa, la forma en el sistema español es la forma *ad probationem*, y no puede convertirse en forma *ad solemnitatem* en contra de la legislación vigente.

Ni siquiera sería aplicable el apartado 2 del art. 11 del CC como corrección a la regla *locus regit actum*, pues este apartado se refiere a los supuestos en que la forma es contemplada como forma de “validez” en la legislación del lugar de los inmuebles. Pero la legislación del lugar de los inmuebles, si fuera la española, no contempla como forma *ad solemnitatem* la escritura pública para la compraventa, por lo que tampoco por esta vía sería aplicable la legislación española.

Pero aun suponiendo que por razones del registro se considere imperativa la forma “pública”, ésta se cumple perfectamente por el principio o regla de equivalencia de formas, a través de la forma pública de otorgamiento ante el notario de cualquier país de la Unión Europea, o incluso de otros países, en la forma ya indicada anteriormente.

Con ello se cumple perfectamente el Convenio de Roma en su art. 9.6 (al que luego se aludirá especialmente), que prevé la aplicación de la forma pública en supuestos en que se exija la validez por la ley del lugar de situación del inmueble.

Por tanto, tratándose de compraventas de bienes inmuebles, ya sea por aplicación del apartado 1 o del apartado 2 del art. 11 del CC, se llega a la misma conclusión: la validez del acto por la forma notarial de cualquier país. Y por tanto, tiene fuerza legal en España conforme a las normas de Derecho Internacional Privado a las que se refiere el citado art. 36 del Reglamento Hipotecario, que a su vez desarrolla lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Hipotecaria.

Lo que no sería convincente es producir una interferencia de la regla *auctor regit actum* para neutralizar la regla *locus regit actum* o para neutralizar la regla de “equivalencia de formas”.

La regla *auctor regit actum* o sujeción del funcionario a las solemnidades de la ley del foro es una norma que se aplica partiendo de las otras normas, pues no aparece en el art. 11 del CC. Es decir, si se llega a la conclusión de que el acto es válido con sujeción a la forma de la legislación de un determinado país extranjero, el “auctor”, que es el notario de ese país, aplicará las solemnidades de la legislación notarial respectiva y no las de la legislación notarial española. Y viceversa, si por cualquier causa se quiere otorgar la escritura ante el notario español, éste, que entonces será el “auctor” aplicará las formas de la legislación

notarial española. Pero lo que carece de toda base legal es inventar un criterio de prevalencia absoluta de la regla *auctor regit actum* en el sentido erróneo de considerar que aunque correspondiese aplicar la forma de la legislación extranjera, prevalecería la aplicación de la legislación notarial española respecto a los requisitos de la forma. Sería tanto como reinventar y ampliar injustificadamente el elemento de orden público en una materia totalmente ajena a dicho concepto.

Es decir, no se puede confundir la forma del negocio con requisitos de la legislación notarial respectiva. Una cosa es que se exija en un determinado supuesto forma notarial (por ejemplo, para la inscripción en España), y otra diferente es que esa forma notarial tenga que ser precisamente la forma notarial de la legislación española.

Lo que no puede admitirse con las distinciones artificiales de “forma de consentimiento” y “forma de control” es llegar a la conclusión de que el notariado del país de la situación del inmueble es el único a tener en cuenta a efectos de inscripción en el registro, pues en tal caso se prescinde de las reglas de Derecho Internacional Privado sobre la forma y además, se vulnera la distinción entre forma y publicidad registral, en clara contravención a lo dispuesto en los arts. 10.1 y 11.1 y 2 del CC.

El apartado primero del art. 11 del CC establece el principio de validez de los actos por razón de la forma, permitiendo perfectamente la aplicación de la regla *locus regit actum*, aunque también permita la aplicación de otras reglas. Por tanto, según el § 1.º del art. 11 del CC, está perfectamente admitido que el acto se rija por la ley de la forma del lugar del otorgamiento, sin más distinciones. Pero es que, además, permite que el acto se otorgue bajo la forma de la ley del contenido, que puede ser distinta de la ley de la situación del inmueble, y permite que el acto se otorgue conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Y admite incluso, como potestativo, pero no como obligatorio, que el acto se otorgue bajo la forma de la ley del lugar de situación de los inmuebles.

El Apartado 2 del art. 11 del CC sólo prevé que se aplique la forma pública del lugar de la situación cuando dicha forma pública está prevista para la validez del acto, pero no tiene que ser necesariamente con unas formalidades específicas de la legislación notarial de un país, pues ello iría en contra del principio de “equivalencia de formas”, que es esencial en el Derecho Internacional Privado.

11. El art. 9.6 del Convenio de Roma

Dicho art. 9.6 del Convenio de Roma, se refiere únicamente a los supuestos de forma *ad solemnitatem* establecidos para los bienes inmuebles, como sería el caso de una escritura pública de donación. En cambio, para la compraventa de bienes inmuebles, no existe ningún precepto que establezca la escritura pública como requisito de “validez” del contrato, por lo que el art. 9.6 del Convenio de Roma no es aplicable a este caso.

Para demostrar que cuando se trata de compraventa de inmuebles, no estamos ante un caso de “forma de validez”, basta recordar la interpretación unánime y reiteradísima de los arts. 1.278, 1.279 y 1.280 del CC por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cuando el art. 1.280.1º del CC dice que deberán constar en documento público los actos de transmisión de bienes inmuebles, dice el Tribunal Supremo que ello no significa que la forma se convierta en “forma de validez del contrato” ad solemnitatem, porque sería contradictorio con el art. 1.278 del CC, que establece el principio general de libertad de forma para la compraventa de bienes inmuebles, sino que significa únicamente que si una de las partes exige a otra que se eleve a público un documento privado, la parte que lo pida tiene derecho a ello conforme al art. 1.279 del CC.

Por tanto, como en la legislación española, la escritura pública notarial no es requisito de validez, es inaplicable el art. 9.6 del Convenio de Roma, que sólo se refiere a los supuestos de forma de validez y no de forma de eficacia.

Pero aun en el supuesto de que se entendiera que es aplicable el art. 9.6 del Convenio de Roma, interpretando que la escritura pública notarial se exige para la inscripción, aunque no sea para la validez, y que es aplicable por analogía o por lo que sea, es evidente que por el principio de equivalencia de formas del que parte el Convenio de Roma, la escritura pública notarial del país del otorgamiento sería la escritura pública que para la validez exige el art. 9.6 del Convenio, pues es claro que no es ningún documento privado, único que excluye el art. 9.6 del Convenio de Roma.

12. El art. 1.216 del CC

El art. 1.216 del CC define los “documentos públicos” como “los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”.

A diferencia del art. 608 del CC, que se remite, para los requisitos y efectos de la publicidad a una determinada ley, que es la Ley Hipotecaria, en el art. 1.216 del CC no hay remisión a una determinada ley española. Por una parte, el art. 1.216 del CC define el documento público como el autorizado no sólo por notario sino también por “empleado público competente”. Por otra parte, es un precepto que está en la “prueba de las obligaciones”, en las que predomina un principio de libertad de forma y prueba (arts. 1.278 del CC y Ley de Enjuiciamiento Civil). En cualquier caso, el art. 1.216 del CC, aunque se interpretara en el sentido de que se refiere sólo a funcionarios españoles, no es norma de Derecho Internacional Privado, por lo que, en cualquier caso, sería preferente la aplicación del art. 11 del CC y el art. 4 de la Ley Hipotecaria.

13. Los arts. 1.462.2.º y 1.464 del CC

Por la misma razón anteriormente indicada, el § 2.º del art. 1.462 del CC, que regula la tradición instrumental, no se aplica exclusivamente a las escrituras

públicas otorgadas ante notario español, cuando dicho precepto no distingue y se refiere sólo a la escritura pública, sin distinciones, por lo que es aplicable a cualquier documento que merezca el calificativo de escritura pública, como es la del notario de cualquier país, máxime cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado el art. 1.462.2.º no sólo a las escrituras públicas notariales sino también a los demás documentos públicos autorizados por funcionarios distintos de los notarios.

El precepto se refiere únicamente al otorgamiento de escritura pública, por lo que al no distinguir, se refiere a cualquier escritura pública sin distinguir entre notario español y extranjero.

La *ratio* del art. 1.462.2.º del CC es la espiritualización de la tradición material o posesoria, entendiendo que la “forma solemne” de un acto cuando no se expresa lo contrario equivale a la transmisión del dominio, sin requerir la entrega manual posesoria material. Pues bien, si esa es la *ratio* inspiradora del precepto, y lo que cuenta es la solemnidad de la intervención del funcionario público, y la espiritualización de la tradición posesoria o material, es indiferente que el funcionario público sea español o extranjero, pues la solemnidad a estos efectos, es la misma.

El modo o “traditio” no es negocio jurídico sino un acto debido, que no requiere legalidad alguna, a diferencia del título. Basta que el título sea válido para el modo, automáticamente, se produzca a través de un título formal válido. Por ello, son totalmente intrascendentes a efectos del modo o traditio, el problema de las concretas formalidades de la legislación notarial de un determinado país, pues lo importante a estos efectos es la declaración solemne ante el funcionario público notario, sea español o extranjero, pues las distintas formalidades concretas no pueden afectar al requisito de la tradición instrumental, que es ajena a concretos requisitos por estar relacionada con esa declaración solemne ante el funcionario público, sea de una u otra clase, o sea de un país u otro.

Y se confirma porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene asignando la función de “traditio” instrumental a los documentos públicos de transmisión aunque no hayan sido autorizados por notario. Así por ejemplo, se considera incluido en el § 2.º del art. 1.462, como forma de tradición instrumental, el auto de adjudicación de una finca en un proceso de ejecución, sea hipotecaria o no, porque se entiende que existe la misma razón que la solemnidad de la escritura pública. Pero no se trata de ninguna cuestión de legalidad, sino de formalidad del acto. Por tanto, si ni siquiera en derecho español el notario tiene el monopolio de la tradición instrumental, mucho menos puede tenerlo respecto a documentos notariales extranjeros perfectamente admisibles conforme al Derecho Internacional Privado.

Por otra parte, es indiferente que el derecho del país en que se otorgue el acto regule o no la tradición u otra forma equivalente de transmisión, pues según el art. 10.1º del CC, la adquisición del derecho real se rige por la legislación del país de la situación del inmueble, por lo que lo que importa es que exista traditio, no que la traditio provenga de la escritura de un determinado funcionario público

o de otro. Si el funcionario extranjero, en lugar de aplicar el mecanismo de una transmisión por acuerdo abstracto, por ejemplo, ha formalizado una escritura de compraventa equivalente a la del notario español, en lugar de un acuerdo meramente real abstracto, expresando un precio, es un título de adquisición, y al estar consignado en la solemnidad de una escritura ante un funcionario público, se produce el resultado de tradición instrumental a efectos de la legislación del país que admita dicha forma de tradición, conforme al derecho español del art. 1.462.2º del CC, sin que dicho precepto señale a un concreto funcionario español como artífice o autor del documento, sino que no discrimina a efectos de la tradición instrumental.

Supongamos que se produce una doble venta, una en escritura ante un notario español y otra ante un notario de otro país por parte del mismo vendedor. Es evidente que, conforme al art. 1.473.2º del CC, la propiedad pertenece a quien primero inscriba en el Registro de la Propiedad, con independencia de quién sea el que antes haya escriturado, pues se trata de una norma de publicidad registral. Ahora bien, si al comprador en escritura extranjera se le exigiera para inscribir, que otorgara una nueva escritura ante notario español, se le estaría diciendo en definitiva, que ante una doble venta, puede quedar retrasada su adquisición por el mero hecho de haberse formalizado ante un notario de otro país, lo que es contrario a la letra y al espíritu del art. 1.473.2º del CC. Pero además, si no hay inscripción, lo importante es quién sea primero en la posesión, y si no hay posesión, quién tiene título de fecha más antigua, y para todo ello, es fundamental comparar las escrituras notariales extranjera y española, sin dar un plus a la española, exigiendo por ejemplo, que se otorgue una nueva escritura española, que cambiaría la fecha del acto, en contradicción con la letra y espíritu del § 3.º del art. 1.473 del CC.

En fin, existe una gran discusión doctrinal en la legislación española acerca de si para poder realizar la inscripción se necesita o no tradición. Existen numerosísimas teorías, unas que entienden que la inscripción sustituye con ventaja a la tradición, otras que es imposible exigir tradición porque ésta presupone al posesión del tradens, y según el art. 5 de la Ley Hipotecaria los títulos referentes a la posesión no son inscribibles, y otras porque es la inscripción la que produce el efecto de tradición, conforme al inciso segundo del § 1.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria, según el cual, con la inscripción del derecho "se presume que el titular tiene la posesión del mismo". La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado en ocasiones que este precepto implica la posesión "ficta" que opera alternativamente a la tradición instrumental de la escritura pública, por lo que la tradición instrumental no es excluyente de otras formas de tradición, ni tampoco excluye que la inscripción que se practique sin tradición instrumental pueda dar lugar a la posesión ficta del asiento conforme al art. 38. inciso segundo del § 1.º. Este argumento se expresa subsidiariamente, pues es evidente que, por lo dicho anteriormente, la tradición instrumental vendría ya realizada por la escritura pública otorgada ante cualquier notario, sea español o extranjero, sin discriminación alguna.

Por último, no puede dejar tampoco de atender en determinados casos, al art. 1.464 del CC, que prevé para los bienes incorpóreos la aplicación del § 2.º

del art. 1.462, es decir, la tradición en escritura pública, pero no excluye que también pueda producirse la tradición por otro hecho, como es la entrega de los títulos de pertenencia por parte del comprador, por lo que a lo sumo, debería bastar esto, sin necesidad de hacer nueva escritura, o bien acreditando el uso del derecho por el comprador consintiéndolo el vendedor. Estas modalidades de tradición son perfectamente aplicables a las ventas de la nuda propiedad de partes indivisas, pues es evidente que se trata de un bien incorporal. Por otra parte, si el vendedor se reserva el usufructo vitalicio, hay base para entender que la tradición se produce automáticamente por el “constituto posesorio”, como modalidad específica de tradición admitida doctrinal y jurisprudencialmente sin necesidad de ningún traspaso posesorio material ni formal.

14. El art. 10.1 del CC y de toda la normativa de la ley hipotecaria resultante de la aplicación de dicho precepto

El art. 10.1 del CC se refiere a la “publicidad”, que es un concepto diferente de la forma, sin que puedan hacerse equivalentes a efectos del Derecho Internacional Privado, pues la publicidad tiene una regulación específica en el citado art. 10.1, a diferencia de la forma, que viene regulada en el ya comentado art. 11 del propio CC.

La “forma” se refiere a las declaraciones de voluntad del negocio jurídico. En cambio, la publicidad se refiere a la exteriorización del derecho real en un registro para conocimiento y eficacia respecto a terceros.

El art. 10.1 del CC no se refiere a la “forma”, pues ésta viene regulada en el art. 11 del propio Código, en la forma ya expuesta, sin que se pueda confundir con la publicidad registral del art. 10.1, que a diferencia de la forma, vincula la publicidad al ámbito de la situación del inmueble y de los derechos reales.

Por tanto, en materia de publicidad registral hay que estar para los requisitos y efectos del asiento, a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y no en la Ley del Notariado español. El ya citado art. 608 del CC español es terminante: para determinar los títulos sujetos a inscripción y para determinar los efectos de la inscripción, pues dice que hay que estar a la Ley Hipotecaria y no a la legislación notarial.

15. La clara separación entre los efectos *inter partes* de la forma notarial y los efectos de oponibilidad respecto a terceros y presunciones de exactitud del asiento registral

En esta materia no se pueden producir confusiones entre la función notarial, de efectos entre partes, y la legislación registral, de efectos *erga omnes*. La escritura pública no tiene funciones de oponibilidad respecto a terceros en materia de inmuebles, pues esto no resulta de ningún precepto de la legislación vigente, por corresponder dichos efectos a los asientos del registro, a los que se remite el ya citado art. 608 del CC.

La oponibilidad es un efecto *a posteriori* de la inscripción, y no un “requisito de la escritura” que en nada impide que pueda tener eficacia el documento notarial extranjero, pues si se inscribe en el registro, tendrá dichos efectos de oponibilidad.

El art. 608 del CC establece que los requisitos y efectos de los asientos se rigen por la Ley Hipotecaria.

El art. 13 de la Ley Hipotecaria establece que los derechos reales tienen efectos contra terceros en virtud de la inscripción. El art. 32 de la Ley Hipotecaria, idéntico al 606 del CC, establece que los títulos –incluidos los notariales– no inscritos no perjudican a tercero. El art. 34 de la Ley Hipotecaria establece la adquisición “*a non domino*” de los terceros partiendo de lo que consta en los asientos y partiendo de la propia inscripción del comprador, no de la escritura pública. El art. 1.526 del CC distingue perfectamente los efectos de la escritura y de la inscripción respecto a derechos inscribibles, pues los efectos de la fecha respecto a terceros se producen a partir de la inscripción y no de la escritura. El art. 1.473.2º del CC es igualmente claro pues en caso de doble venta, la venta que se inscribe determina la adquisición respecto a la venta que no se inscribe. El art. 1.537 del CC hace una remisión global de todos los preceptos sobre compraventa a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto a terceros, y así también numerosos preceptos del Código Civil aludiendo a terceros. Por tanto, la oponibilidad respecto a terceros en materia de inmuebles se produce a partir de la inscripción y no de la escritura.

Los efectos de la escritura “contra tercero” son sólo en cuanto al hecho del otorgamiento y en cuanto a la fecha, según el art. 1.218 del CC, pero este precepto es igualmente aplicable al documento notarial extranjero, puesto que no distingue, y además, es un precepto incluido en el capítulo de la “prueba de las obligaciones”, no de los derechos reales, por lo que la oponibilidad de los derechos reales se produce respecto a terceros a partir de la inscripción y no de la escritura, conforme al art. 10.1 del CC, según todos los preceptos anteriormente expresados.

El art. 1.257 del CC deja bien claro que los efectos de los contratos –sean o no formalizados en escritura pública notarial española o extranjera o en documento privado– son sólo entre los contratantes y sus herederos, y no respecto a terceros.

Por tanto, no hay rastro de oponibilidad ni de inoponibilidad de la escritura respecto a terceros en materia de bienes inmuebles en el ordenamiento jurídico español, siendo indiferente que las escrituras públicas de la legislación extranjera tengan o no efectos de oponibilidad o inoponibilidad en su legislación, pues la oponibilidad es efecto de la publicidad registral, que se regula por la Ley de la situación del inmueble, con independencia de la ley de la forma.

A su vez, las presunciones de exactitud y de existencia y pertenencia del derecho, así como la salvaguarda judicial de los asientos, se producen como consecuencia de la inscripción en el registro, conforme a los arts. 38, 34 y 1.3º de la Ley Hipotecaria, siendo indiferente a tales efectos, que se trate de escritura pública otorgada ante notario español o extranjero, pues tales presunciones se

producen como consecuencia de la inscripción y no de la escritura. Los juicios de suficiencia del notario así como las presunciones de veracidad e integridad del documento notarial son cuestiones diferentes de la oponibilidad y de la presunción de exactitud de los asientos, según se indica seguidamente.

Por si no fuera suficiente, el preámbulo del Real Decreto 1039/2003, de 1.º de agosto, sobre el derecho de los interesados a instar la intervención del registrador sustituto, deja bien claras las distintas funciones de notario y registrador en la legislación vigente.

En dicho preámbulo, aprobado por el Gobierno de España, del que no puede abdicar la Dirección General de los Registros, parte de dicho gobierno, se dice que la función notarial se refiere a los intereses de las partes, y en cambio la función registral protege y se refiere a los intereses de terceros. Y además, asigna al registro las funciones de presunciones de legalidad, de legitimación y de fe pública registral, entre otras, que es precisamente todo lo contrario de lo que dice la presente resolución que se impugna.

16. Los juicios del notario español para la autorización y la calificación del registrador para la inscripción y su incidencia en el documento extranjero

Cada legislación notarial del Estado respectivo puede exigir al documento notarial que esté adornado de los requisitos formales y solemnidades que estime pertinentes. Dichos requisitos vendrán siempre referidos a la autorización del documento por el notario español y estarán dentro del ámbito de las formas y solemnidades del documento.

Pero el art. 4 de la Ley Hipotecaria permite atenerse a la legislación notarial respectiva del Estado correspondiente y la legalidad de las formas extrínsecas del documento será uno de los elementos que podrá calificar el registrador conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria.

En aquellos supuestos en que la legislación notarial española exige un juicio de legalidad del notario español, la falta de ese juicio de legalidad afecta a la autorización del documento, pero no a la inscripción del mismo.

Así por ejemplo, el art. 22 de la Ley del Suelo y el art. 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación exigen respectivamente, la licencia municipal de obras y la acreditación del seguro decenal para que se pueda autorizar el documento y para que se pueda inscribir en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, en el supuesto de que el notario autorice el documento sin exigir dichos requisitos por haber cometido un olvido o por entender que desde su punto de vista no es exigible, eso no afecta a la calificación registral ulterior prevista a efectos de obtener la inscripción.

Si la leyes lo establecieran como requisitos formales "constitutivos", el registrador tendría que devolver el documento para el respectivo notario volviera a redactar la escritura incluyendo el requisito omitido.

Pero las leyes no regulan el control del notario de ese modo. El notario habrá cometido una irregularidad y podrá ser objeto de expediente disciplinario, en su caso. Pero si el documento notarial se presenta acompañado de la licencia municipal o de la acreditación del seguro decenal, no hay medios hábiles para que el registrador rechace la inscripción, pues dichos requisitos se exigen para que el registrador pueda inscribir el documento. Lo que está previsto es que el registrador no podrá inscribir sin que se acredite la licencia y el seguro decenal. En cambio, no se regula el supuesto diciendo que el registrador ha de exigir que la escritura se autorice cumpliendo el requisito de la licencia y del seguro decenal. Lo importante es el cumplimiento de los requisitos exigidos para la inscripción y no la autorización de la escritura de una determinada forma.

Aplicadas estas ideas al documento notarial extranjero resultará lo siguiente. Aunque en la legislación notarial extranjera no esté previsto que el notario exija un determinado requisito legal, como la legislación hipotecaria española prevé que el registrador realice un control de legalidad a través de la calificación registral, no será posible inscribir el documento notarial extranjero si no viene acompañado de la licencia municipal y de la acreditación del seguro decenal, cuando sean necesarios. Pero no porque se trate de requisitos de la autorización notarial, si la legislación notarial extranjera no lo prevé, sino porque se trata, en todo caso, de requisitos de la legislación registral, es decir, relativos al acceso del documento al Registro de la Propiedad español. Los requisitos de autorización no son aplicables al documento notarial extranjero, pero los requisitos de inscripción son aplicables a dicho documento.

Por tanto, los juicios o controles de legalidad que se establezcan o puedan establecerse en el futuro respecto al documento notarial español lo son a efectos de su autorización y no afectan ni al documento notarial extranjero ni a su inscripción en el Registro de la Propiedad español, si cumplen en el momento de la inscripción los requisitos de control previstos para la publicidad registral, que son los que se imponen en la legislación española al registrador español.

Lo mismo ha de entenderse respecto a la reseña y al juicio de suficiencia en materia de representación. La acreditación de la representación puede hacerse a través de esos requisitos conforme al art. 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, según redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre. Pero si el notario español no cumple esos requisitos, ello no obsta para la inscripción si se acompaña el documento de poder al registro y se califica favorablemente por el registrador la existencia, vigencia y subsistencia de la representación. Respecto al notario extranjero, si la legislación notarial extranjera no prevé una fórmula similar a la de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el registrador ha de exigir la acreditación de la representación a través de los medios ordinarios para acreditar la representación.

Es lo mismo que ocurre respecto a la inscripción de documentos privados otorgados en España en los que se plantee una cuestión de representación. Así por ejemplo, la distribución de hipoteca entre varias fincas está admitida por

documento privado. Si se utiliza, como normalmente ocurre, un poder por los representantes de las entidades bancarias, habrá de acompañarse la copia auténtica de la escritura de poder al registro para que el registrador pueda calificar la representación. Lo que está permitido en caso de documento privado español no iba a ser diferente para el documento notarial extranjero.

17. Las presunciones de veracidad e integridad de la legislación notarial española en nada afectan a la inscripción del documento notarial extranjero

Las presunciones establecidas en la legislación notarial española son las de veracidad e integridad, según conforme al art. 17.bis de la Ley del Notariado. Dichas presunciones son exclusivamente las citadas, sin que puedan añadirse otras no previstas, como serían las presunciones de legalidad o de exactitud, ni tampoco la salvaguarda de los tribunales, pues la legislación notarial española sólo establece esas presunciones no otras, y además, condiciona incluso las dos presunciones de veracidad e integridad a que son las que están de acuerdo con esa Ley del Notariado, y otras leyes, es decir, con la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el Código Civil y con la Ley Hipotecaria, en ninguna de las cuales se prevén las presunciones notariales de legalidad ni de exactitud.

La tramitación del art. 17 bis, aunque fue objeto de una inusitada rapidez, propia de las llamadas leyes de acompañamiento, se basa en varios anteproyectos existentes en los Ministerios de Justicia y de Economía, que fueron puestos de manifiesto a las corporaciones interesadas. Frente a un primitivo anteproyecto en el que se pretendía dar una amplitud excesiva de las presunciones notariales, el texto definitivo corrigió la exageración de las referencias a presunciones de legalidad y de salvaguarda judicial, y centró las presunciones exclusivamente en las de veracidad e integridad, para no confundirlas con las presunciones registrales de los asientos, añadiendo además que ello debía interpretarse conforme al sistema tradicional, y por ello, aludió a las leyes como delimitadoras de esas presunciones, para evitar que pudieran producirse extralimitaciones.

Las presunciones notariales de veracidad e integridad se refieren a los hechos, pues sólo los hechos son veraces o falsos. Los juicios del notario son meras opiniones del notario.

Hay que tener en cuenta también que las presunciones legales no se presumen. Según el art. 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo se admiten como tales y les da nombre las que "la ley establece". Por tanto, no se pueden deducir más presunciones que las dos establecidas en el precepto. Además, admiten prueba en contrario, por lo que pueden desvirtuarse en el correspondiente procedimiento de que se trate.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, véanse sentencias de 02.06.1983 y 07.07.1989) ha venido insistiendo en que el art.

1.218 del CC se refiere exclusivamente al hecho del otorgamiento y a la fecha, y aun así, sin que pueda tener preferencia, en materia de inmuebles, respecto a otros otorgamientos que se hayan anticipado en el acceso al registro (Cf. arts. 608, 1.473.2º y 1.526.2º del CC y 17, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria).

En cambio, a efectos registrales, existen las presunciones legales de existencia y pertenencia del derecho (arts. 38 y 34 de la Ley Hipotecaria) y de salvaguarda judicial de los asientos (art. 1, § 3.º, de la Ley Hipotecaria), siendo los asientos inatacables cuando se trate de un adquirente de buena fe que sea tercero cumpliendo los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, los asientos registrales son distintos de las escrituras públicas, y de ahí la calificación del registrador encargado de la práctica de los asientos, que no puede suplirse ni quedar mediatizada ni condicionada con las presunciones de la legislación notarial.

Por tanto, es completamente indiferente, a efectos del documento extranjero, que la legislación notarial extranjera establezca o no las presunciones de veracidad e integridad, pues a efectos registrales, lo que interesan son las presunciones de la legislación registral o hipotecaria española, que se producen *a posteriori*, una vez cumplidos los requisitos de acceso al registro establecidos por la legislación hipotecaria y una vez practicada la inscripción o asiento de que se trate, y nunca por la legislación notarial española, pues esta última es inaplicable a los documentos extranjeros.

En consecuencia, la inscripción en el registro se produce por la intervención del funcionario correspondiente, con el cumplimiento de los requisitos necesarios para la inscripción. Las presunciones son efectos y no requisitos de acceso al registro.

En la legislación hipotecaria se regula la “forma y efectos de la inscripción” en los arts. 6 a 41 de la Ley Hipotecaria. La “forma” va unida al procedimiento de inscripción, que exige la solicitud, la calificación registral de la legalidad y el cumplimiento de los requisitos de tracto sucesivo y prioridad. Los efectos de los asientos son los que producen las presunciones de exactitud, de inatacabilidad y salvaguarda de los asientos por los tribunales. Pero no hay un *prius* de las presunciones respecto a la práctica del asiento. El *prius* consiste en los requisitos formales exigidos para la inscripción. Las presunciones son los efectos que produce el asiento, sin perjuicio de que la legislación notarial respectiva pueda establecer las presunciones que estime pertinentes al documento notarial de que se trate.

18. El preámbulo Del real Decreto 1039/2003, de 1.º de agosto y la distinción entre la actuación del notario y del registrador

El preámbulo del Real Decreto 1039/2003, de 1.º de agosto sobre el derecho de los interesados para instar la intervención del registrador sustituto, confirma todo lo que resulta de los preceptos legales anteriormente estudiados, pues

distingue perfectamente la función notarial relacionada con los efectos entre partes de los otorgantes o clientes del notario y los efectos *erga omnes* o respecto a terceros de los asientos registrales a cargo del registrador.

Dicho preámbulo sirve de confirmación de que es perfectamente posible que un ciudadano pretenda otorgar una escritura ante el notario que elija, sea español o extranjero, y que luego, el registrador y los demás órganos de control registral, como son la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Juez de Primera Instancia de la capital de la provincia, ejerzan el control de legalidad correspondiente a la ley de la publicidad registral, que es la de la situación del bien inmueble.

El repetido preámbulo del Real Decreto 1039/2003, de 1.º de agosto, sobre el derecho de los interesados a instar la intervención del registrador sustituto, deja bien claras las distintas funciones de notario y registrador en la legislación vigente, pues dice que la función notarial se refiere a los intereses de las partes, y en cambio la función registral protege y se refiere a los intereses de terceros. Y además, asigna al registro las funciones de presunciones de legalidad, de legitimación y de fe pública registral, que nada tienen que ver con las presunciones de veracidad e integridad del documento notarial, según hemos tratado anteriormente.

Se lee en el preámbulo:

“La razón de esta tensión entre la agilidad y la seguridad, que son los dos principios que han de presidir el tráfico inmobiliario y mercantil, obedece a la existencia de intereses distintos, incluso antagónicos, entre las partes que intervienen en los negocios jurídicos y los terceros que pueden ser afectados –y perjudicados– por ellos cuando a su través se crean, declaran, reconocen, modifican o extinguen derechos reales inmobiliarios que, por definición, afectan a toda la comunidad.

El primero de ellos está representado por el de quienes directamente los otorgan. Confiados en el asesoramiento de que han sido objeto, ya sea por los servicios jurídicos que han contratado, ya por el notario, al que, de común acuerdo, han decidido encomendar esta función, su único interés se centra en obtener cuanto antes la protección jurídica que el registro le confiere a través de las presunciones de legalidad, de legitimación y de fe pública registral, entre otras, que proporcionan los pronunciamientos registrales.

El segundo grupo de intereses potencialmente afectados por la realización de un negocio jurídico inmobiliario o mercantil es el de los denominados terceros, pues, a través de los asientos registrales, se impone a la comunidad entera un determinado *statu quo* jurídico-real inmobiliario. Por ello, bajo esta expresión se engloba con carácter general a toda la comunidad. A demás, no en vano el incumplimiento por las partes de una norma, ya sea una disposición legal o reglamentaria, ya una ordenanza municipal o cualquier otra de carácter vinculante, perjudica a todos y, con carácter específico, a los terceros, que son aquellas personas, muchas veces desconocidas e indeterminadas, que como acreedoras,

titulares de derechos, inscrito o no, o de expectativas sobre ellos están interesadas en la suerte de tales derechos. Si las partes consiguiesen eludir normas imperativas con éxito, obtendrían ventaja competitividad sobre el resto, lo que incrementaría los costes transaccionales y la ineficiencia del sistema económico.

El carácter general de estos intereses, así como el frecuente anonimato de sus titulares, llevó a nuestro legislador a organizar su tutela con arreglo a unos principios distintos a los que instrumentan la protección de los intereses de las partes y a atribuir esta tarea a un cuerpo específico de funcionarios, dotados de una especial responsabilidad”.

La perfecta explicación de esta Exposición de Motivos, continuadora en el siglo XXI, de la famosa Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 en este concreto ámbito, hace ver que la intervención notarial tiene su función propia y específica, en materia inmobiliaria, en las relaciones entre partes, y en cambio, el asiento registral confiere efectos específicos respecto a las relaciones con terceros. A efectos de la documentación notarial, resulta indiferente, para los efectos respecto a terceros, que se trate de notario español o extranjero, pues en todo caso, el asiento registral produce los efectos de publicidad registral de la legislación hipotecaria. No hay razón alguna, teniendo en cuenta a los terceros, para que haya una discriminación para el documento notarial extranjero, y se impida que pueda gozar de los efectos de los asientos registrales. Y para ello, es indiferente que una determinada legislación notarial de un país amontone especiales requisitos formales o de control al documento notarial, pues ello es indiferente para los efectos de los asientos, pues éstos se producen con completa indiferencia respecto a los efectos de la clase de documentos notariales que accedan al registro, teniendo en cuenta la pluralidad de documentos que se admiten a inscripción en el sistema hipotecario español.

19. La normativa de la Unión Europea guarda identidad con el art. 4 de la Ley Hipotecaria

Las normas de la Unión Europea son de directa aplicación en los Estados, por lo que no podría interpretarse ni aplicarse una determinada norma de un país potencialmente contraria a la libre circulación de servicios y de capitales. La adquisición de bienes inmuebles se engloba con frecuencia en el ámbito de la libre circulación de capitales (arts. 56 a 60 del Tratado de la Comunidad Europea) o en la libre prestación de servicios (arts. 43 a 55 del Tratado de la Comunidad), en este último caso tanto si el móvil de la adquisición aparece vinculado a una actividad profesional o económica como si obedece a razones de ocio y turismo. Todo ello con independencia de la eventual incidencia de las normas sobre protección del consumo. Además, una cosa es que los funcionarios de un país no puedan ejercer la función en otro país, y otra diferente es que el documento público autorizado en un determinado país puedan y deban traspasar las fronteras, para surtir plenos efectos en todos los países, una vez cumplido el requisito de la autenticidad y las normas de Derecho Internacional Privado.

La necesidad de que las operaciones relativas a bienes inmuebles se formalicen ante un notario español impone objetivamente unos costes o una limitación que restringe o dificulta tales operaciones, al obligar a las partes a desplazarse a España o ante una autoridad española. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 1.º.02.1996 (Asunto C- 177/94: "Perfili") deja clara la posibilidad de que una determinada exigencia de forma, en concreto en relación con un documento público, pueda resultar contraria al derecho comunitario (fundamentos 17.º y 18.º), al igual que cualquier otra disposición de Derecho Civil que pueda restringir las transacciones entre dos Estados-miembros.

Se ha dicho con acierto que esta traba en el tráfico intracomunitario, aunque no sea inicialmente discriminatoria –pues obliga por igual, al menos formalmente, a españoles y extranjeros–, se funde en un interés general digno de protección (la seguridad jurídica del tráfico) y se estima adecuada al fin que persigue, puede considerarse contraria al derecho comunitario si se considera desproporcionada. En materia de "formas" o "autorizaciones", uno de los criterios básicos que utiliza el TJCE para medir la desproporción es que la exigencia del derecho nacional no provoque una "duplicidad" respecto a las formas o condiciones cumplidas en el otro Estado-miembro (por ejemplo, sentencias TJCE de 18.01.1979, Asuntos 110 y 111/78: "Van Wesemael"; de 1.º.12.1998, Asunto C-410/06: "Ambry"; de 07.10.2004, Asunto C-189/03: "Comisión/Países Bajos").

Si se piensa que la liberalización en materia de libre circulación de capitales es mundial, esta reflexión se entronca con la desaparición de la exigencia de necesaria intervención del notario del país de situación del inmueble tras el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, que regula las inversiones extranjeras en España y exime de tal requisito a las adquisiciones de inmuebles por no residentes.

El Dictamen motivado de la Comisión Europea de 27.01.1998, en relación con el ya derogado art. 17 del Real Decreto 671/1992, sobre inversiones extranjeras que monopolizaba en el documento notarial la forma de constancia de tales inversiones, ya consideró que "el Reino de España, al mantener una normativa conforme a la cual la adquisición de bienes inmuebles por parte de personas que no dispongan de residencia en España sea formalizado en un documento autorizado por un notario español con vistas a su inscripción en el Registro de la Propiedad en España, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 48, 52 y 59 del apartado 1 del art. 73 B del Tratado de la CE".

20. La desacertada pretensión de monopolización y discriminación de un determinado tipo de documentos notariales de un país en una época de intensas relaciones internacionales

Con independencia de lo anterior, aunque no existiera la normativa europea en el sentido indicado, habría que inventarla. Los monopolios y las discriminaciones no guardan ninguna relación con el espíritu europeo. En un

mundo de continuas e intensas relaciones internacionales y de apertura de personas en todos los países, con vocación de ser ciudadanos del mundo, sería verdaderamente insólito que no se admitiera a inscripción en cualquier Registro de España o de otro país, cualquier documento de notario extranjero, lo que daría lugar, aparte de los referidos monopolios y discriminaciones documentales, a unas enormes molestias y desconsideración a los ciudadanos que, sujetándose a las normas de Derecho Internacional Privado, hayan preferido documentar sus actos y negocios en un determinado país distinto del que rige la publicidad registral.

Carece de toda justificación que se pretenda monopolizar en el notariado de un determinado país el otorgamiento de escrituras públicas, cuando existe el principio de libertad de forma, la normativa de la publicidad registral que se remite a los documentos de países extranjeros, no justificándose ningún criterio de orden público que pueda provocar una especie de cierre de frontera para los documentos notariales extranjeros.

La Ley Hipotecaria española es exponente de la máxima apertura en esta materia, conforme a los principios de Derecho Internacional Privado más elementales, por lo que los juristas y profesionales del derecho han de oponerse con todos los argumentos al intento de cerrar la frontera al documento notarial extranjero, que no puede tener otra explicación que la pretensión de un blindaje documental para alterar los principios generales constitucionales, que imponen el libre acceso al Registro de la Propiedad, para la plena defensa de los ciudadanos a través de una institución que ha de abrir sus puertas a todos los ciudadanos, nacionales y extranjeros sin limitación documental alguna, salvo la necesaria autenticidad del documento conforme a las normas y principios del Derecho Internacional Privado y del Derecho Inmobiliario Registral.

Y carece de sentido la discriminación documental en un sistema de seguridad jurídica respecto a terceros, que busca la concordancia entre registro y realidad (Cf. arts. 39 y 40 de la Ley Hipotecaria).

LA EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS REGISTRALES EN EUROPA

NICOLÁS NOGUEROLES PEIRÓ

Registrador de la Propiedad, Doctor en Derecho.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. La evolución de los registros de documentos (Francia, Bélgica, Italia, Luxemburgo y Holanda) – 3. La evolución en los sistemas de registros de derechos (Alemania, Austria, Suiza, registros del Norte de Italia, Finlandia, Suecia, Dinamarca, Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda) – 4. Los sistemas registrables: un intento de clasificación – 5. Conclusiones.

1. Introducción

El Libro Verde sobre el Crédito Hipotecario en la Unión Europea de julio de 2005 muestra la preocupación de la Comisión Europea por la existencia de cargas que afectan al derecho de propiedad y que no tienen reflejo en los registros de la propiedad, y señala que el conocimiento del funcionamiento de los registros de la propiedad resulta crucial para poder desarrollar el crédito transfronterizo. Aunque el Libro Verde renuncia a plantear preguntas sobre la posible convergencia o armonización de los sistemas registrales no deja por otra parte de reconocer que ello tendría una gran importancia para el mercado interior.¹

Tradicionalmente se distingue, a efectos expositivos, entre dos modelos registrales, el llamado registro de documentos (*deed system*) y el registro de derechos (*title system*), aunque esta distinción admite una gran variedad de matices. En ambos modelos se observa una tendencia dirigida a reforzar los registros y a lograr que la información suministrada sea más completa y fiable. Esta tendencia se ha manifestado en las reformas legislativas, en las interpretaciones realizadas

⁽¹⁾ Con anterioridad, en 2004 el Forum Group sobre el Crédito Hipotecario en la UE, impulsado por la Dirección General del Mercado Interior, tras afirmar que existen en Europa distintos sistemas registrales, que varían notablemente de un país a otro entendió que ello no era un obstáculo para el crédito transfronterizo siendo el verdadero problema el acceso a la información registral. Aunque el Forum Group llamó la atención sobre un aspecto importante este no resulta determinante. Son aspectos cruciales para el desarrollo del crédito transfronterizo el poder formalizar contratos de hipoteca en cualquier país de la Unión Europea y que la hipoteca sea inscribible en el país en el que radiquen los bienes así como facilitar su ejecución.

por la jurisprudencia y en las aportaciones doctrinales. Podría pensarse que la diversidad de regímenes dificulta la convergencia, aunque en el fondo responden a una misma tendencia y lo que nos encontramos son sistemas en distinto grado de evolución. Comenzaremos señalando las notas que definen los modelos originarios de registro de documentos y de derechos para posteriormente analizar la evolución en cada uno de los puntos.²

El registro de documentos se caracteriza:

1. Por la limitación de negocios jurídicos que acceden al registro. Sólo acceden los negocios *intervivos* y no las adquisiciones *mortis causa*.³

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

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

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

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

En este sistema el registro no es prueba de la propiedad, es una mera publicidad carente de cualquier presunción de exactitud. En definitiva prevalece el título sobre el asiento y la función del registro consiste fundamentalmente en atribuir prioridad. Jerarquiza los derechos conforme a la regla de prioridad pero no excluye los derechos y títulos contradictorios.⁴

El modelo de registro de derechos se caracteriza por los siguientes rasgos:

⁽²⁾ Sobre la convergencia se han publicado recientemente importantes trabajos como: PAU, A. *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*. Madrid 2004; CAMARA LAPUENTE, S. *Los sistemas registrales en el marco del derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos*. Anuario de Derecho Civil, jul.-sep. 2004, p. 929 et seq.

⁽³⁾ Con la expresión limitación de negocios que acceden al registro no se está haciendo referencia al problema del *numerus clausus* y los sistemas registrales. Un estudio más detallado de las relaciones entre la libertad de configurar derechos reales y el sistema registral puede verse en B. Arruñada, *Sistemas de titulación de la propiedad*, Lima 2004, p. 92. Este autor realiza un análisis econométrico y llega a la conclusión de que el número de derechos reales es mayor en los países con registro de documentos, que en los países con registro de derechos.

⁽⁴⁾ PARDO, C. "La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el derecho comparado". Incluido en la obra *La calificación registral*, Madrid, 1996, t. I, p. 57.

1. Los derechos reales, se adquieran *intervivos* o *mortis causa*, acceden al registro aunque la inscripción puede tener distinto valor en un caso y en otro.

2. La llevanza del registro sigue la técnica del folio real, lo que significa que el archivo se lleva por fincas y cada folio contiene todo el historial jurídico de la finca. La organización es mas complicada que en el registro de documentos.

3. Se aplica el principio de tracto sucesivo, lo que significa que nadie puede inscribir si aquél de quién adquiere su derecho o contra el que dirige su pretensión no tiene inscrito su derecho. Además cierra al registro a los derechos contradictorios.

4. El efecto de la inscripción es la prelación de lo inscrito frente a lo no registrado y por tanto, el que adquiere confiando en lo que el registro publica es protegido aunque el derecho del transferente se anule por causas que no constan en el registro. Este efecto recibe el nombre de fe pública y admite distintos grados de eficacia pudiendo variar los requisitos exigidos para su aplicación de un país a otro.

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

En este sistema el registro es la prueba de la propiedad, no se trata sólo de publicar sino también de garantizar lo publicado. Lo inscrito goza de presunción de exactitud y prevalece el asiento respecto del título.⁵

2. La evolución de los registros de documentos (Francia, Bélgica, Italia, Luxemburgo y Holanda)

El paradigma del registro de documentos es la conservaduría francesa regulada por la Ley de Transcripciones de 23.03.1855.⁶ Las sucesivas reformas del sistema francés han influido, aunque con distinta intensidad, en los demás países que adoptaron dicho sistema. Analizaremos la evolución de los sistemas a través de los siguientes aspectos: la ampliación de los negocios y actos que pueden acceder a las conservadurías, la organización del archivo en las conservadurías, el principio de tracto sucesivo, la oponibilidad y la calificación.

1. La primera línea de evolución está constituida por la ampliación del número de negocios y actos que pueden acceder a las conservadurías. – En Francia la Ley de 1855 restringía la publicidad sólo a los negocios jurídicos *inter vivos*,

⁽⁵⁾ Hemos prescindido de un aspecto importante que es la responsabilidad por los errores o la garantía del título según la literatura anglosajona.

⁽⁶⁾ El origen del sistema de la conservaduría se encuentra en la Ley de 11 de brumario del año VII (1.º.11.1789). El Código Civil de 1804 recoge solo parcialmente la Ley de brumario. Para un estudio mas extenso (SIMLER, Ph. *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, p. 616).

constitutivos o traslativos, de derechos reales, a las sentencias traslativas de derechos reales inmobiliarios, y en última instancia a algunos derechos personales como los arrendamientos de mas de 10 años. El Decreto Ley de 30.10.1935 extendió la transcripción a las sucesiones por causa de muerte así como a las sentencias y actos declarativos, (particiones y transacciones). Posteriormente el Decreto Ley de 17.06.1938 permitió la transcripción de los embargos judiciales.

En Bélgica, la Ley Hipotecaria de 16.12.1851, excluyó de la transcripción los actos *mortis causa*,⁷ por considerar innecesaria la transcripción para que el derecho adquirido afecte plenamente a tercero, y porque la transcripción no puede utilizarse como mecanismo para resolver un conflicto de títulos entre adquirentes *mortis causa* de una misma persona.⁸ Sin embargo la doctrina belga considera que la no transcripción de las adquisiciones *mortis causa* es una laguna en el sistema de publicidad inmobiliario.⁹ Únicamente se transcriben, por tanto, los actos *inter vivos*, a título oneroso o gratuito, traslativos o declarativos de derechos reales inmobiliarios. Las sentencias, con valor de cosa juzgada y que tengan su origen en acuerdos o títulos de transmisión de derechos reales, también son objeto de transcripción.¹⁰

El sistema italiano de transcripción regulado en el Código Civil de 1865 no incluía en su art. 1.932 la transcripción de los actos *mortis causa*, únicamente se transcribían las adquisiciones *intervivos*, a título oneroso o gratuito,¹¹ considerando, a semejanza de los casos francés y belga, que la transcripción no sirve como mecanismo para resolver el posible conflicto entre títulos sucesorios. El Código Civil de 1942 introdujo como novedad el art. 2.648, que regula la transcripción de la aceptación de herencia o de legado. Hasta entonces la no transcripción de los actos *mortis causa* impedía que consultando la conservaduría

⁽⁷⁾ Durante los trabajos preparatorios de la Ley de 1851 se optó expresamente por excluir las adquisiciones *mortis causa*.

⁽⁸⁾ GENIN, E. *Traité des hypothèques et de la transcription*. Bruselas, 1935. p. 8: En las adquisiciones *mortis causa* solo es adquirente el que adquiere en virtud del último testamento. La adquisición en virtud de un testamento anterior revocado es nula.

⁽⁹⁾ HANSENNE, J. *Les Biens*. Lieja, 1998. t. I, p. 503. GENIN, E. Op. cit., p. 9.

⁽¹⁰⁾ Los actos sujetos a transcripción están recogidos en el art. 1 de la Ley Hipotecaria Belga de 1851. Sobre esta cuestión, cf. C. Martínez Escribano, *Breve aproximación al sistema registral belga*, en Libro Homenaje a Manuel Amorós Guardiola, pendiente de publicación.

⁽¹¹⁾ Sin embargo el art. 1.933 permitía transcribir la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, pero la transcripción de la aceptación no se realizaba en la conservaduría correspondiente al lugar donde radicaban los bienes, sino en la conservaduría del lugar donde se abría la sucesión. La falta de transcripción no afectaba a la adquisición, ni tampoco, su falta daba lugar a ninguna sanción. Estos preceptos fueron objeto de crítica por I. Luzzati, *Della trascrizione*, Turín, 1905, t. I, p. 286.

se pudiese reconstruir la cadena de transmisiones porque faltaba un eslabón allí donde había tenido lugar una transmisión *mortis causa*.¹²

El sistema de transcripción fue establecido en Luxemburgo por la Ley de 25.09.1905. El art. 1 de la Ley admitió únicamente la transcripción de los actos *intervivos*, a título gratuito u oneroso traslativos de derechos reales inmobiliarios, así como los privilegios e hipotecas. Sin embargo las adquisiciones *mortis causa* por herencia o legado no podían ser transcritas. Aunque leyes posteriores han incrementado el número de supuestos objeto de transcripción,¹³ no se ha introducido la posibilidad de hacer constar las transmisiones *mortis causa*, como ocurrió en Francia con el Decreto Ley de 30.10.1935.¹⁴

Holanda siempre sufrió la influencia francesa hasta el punto que el Code de 1804 rigió hasta la aprobación de su propio Código en 1838. El sistema registral de inspiración francesa vedaba el acceso de las adquisiciones *mortis causa*. El nuevo Código Civil de 1992 regula en el art. 17 del Libro III, dedicado al derecho patrimonial el acceso de las sucesiones al registro aunque únicamente se refiere a las sucesiones referentes a propiedades ya inscritas.

Los sistemas de inspiración francesa se ordenan en torno a dos líneas: 1) Francia, Italia y Holanda, que han ampliado el número de negocios y actos objeto de publicidad, en particular las adquisiciones *mortis causa* por herencia o legado; y 2) Bélgica y Luxemburgo, que han permanecido ancladas en el modelo originario de exclusión de las adquisiciones *mortis causa*. La tendencia a la ampliación se ha justificado por la necesidad de ofrecer una publicidad cada vez mas completa evitando lagunas en las conservadurías. Esta ampliación es pieza clave para incrementar la seguridad del sistema y es determinante para poder introducir los principios de tracto o de continuidad, como veremos en el apartado tercero, que han constituido el mayor avance en la mejora de estos sistemas.

2. La organización del archivo en las conservadurías en principio se caracteriza por una mayor simplicidad, se ordena por personas y no por fincas y el criterio es meramente cronológico. Pese a utilizar la expresión "transcripción", hoy los documentos no se transcriben sino que son objeto de depósito. En Francia desde la Reforma de 1955 ya no se utiliza la expresión transcripción y se ha sustituido por la de publicidad. Dos nuevos elementos han sido determinantes

⁽¹²⁾ La doctrina italiana había criticado el no acceso de las adquisiciones *mortis causa*. Así N. Coviello, *Della trascrizione*, Turín-Nápoles, 1924, vol. I, p. 349 y ss, recoge los argumentos a favor y en contra de transcribir los actos *mortis causa*. También F. Gazzoni, *La trascrizione immoobiliare*, Milán, 1793, t. II, p. 102.

⁽¹³⁾ Ley de 15.03.1979 en casos de expropiación, Ley 18.07.1983 Monumentos Nacionales y de 25.03.1964 respecto a bienes rurales.

⁽¹⁴⁾ También los autores luxemburgueses señalan la laguna que supone para el sistema el que no accedan los títulos *mortis causa*. Una persona puede aparecer como propietario cuando ha dejado de serlo. WATGEN, R. y M. *La propriété immobilière*. Luxemburgo, 1999. p. 289.

para facilitar la ordenación y búsqueda; primero la creación de fichas reales y segundo la informatización y posterior escaneo o digitalización de los archivos registrales que permiten buscar los títulos de modo similar a como se realiza en los registros de derechos, por finca (folio real).

La creación del *fichier immobilier* fue una de las grandes novedades de la reforma de 04.01.1955 en Francia,¹⁵ y está compuesto por un fichero personal, antiguo repertorio, y el nuevo fichero real que contine la información jurídica conectada a una parcela o inmueble. La creación del fichero real supone un acercamiento a las formas de publicidad real. Si al fichero real le unimos el tracto sucesivo y también el efecto cierre nos encontramos ante una mayor aproximación al registro de derechos.

La progresiva informatización de índices o libros ha permitido cruzar informaciones y por tanto hacer búsquedas en atención a datos de la finca y no sólo personales. Este proceso que se ha iniciado con desarrollo desigual en los diferentes países con registro de documentos,¹⁶ no convierte al sistema en real pero sí permite una mas fácil investigación de los títulos.

Otro elemento que no hay que desdeñar en los sistemas de folio personal es la posible colaboración con el catastro, al estar este último organizado por fincas. Aunque los catastros tienen una función principalmente fiscal, existe entre las conservadurías y los catastros un intercambio de información que se ha intensificado en los últimos años. En Francia se ha establecido la concordancia entre el *fichier immobilier* y el catastro. En otros países donde no existe un fichero inmobiliario en la conservaduría la coordinación se produce tomando los datos del catastro. Así ocurre en Holanda e Italia, donde existe una conexión informática dentro de la misma agencia. En Francia, al tener un fichero inmobiliario, la coordinación tiene lugar en el ámbito de la conservaduría y tiene cierto valor jurídico.¹⁷ En los otros

⁽¹⁵⁾ La doctrina francesa insiste en la perfección que era la publicidad meramente personal, incompleta, de difícil búsqueda y fuente continua de errores. Bastaba una coincidencia de nombres o un mero error ortográfico para que el sistema no funcionase. PICOD y. *Suretes Publicité Foncière*. 7. ed. París. p. 538.

⁽¹⁶⁾ Francia se encuentra en una situación de progresiva informatización de los ficheros, a través de la Ley 06.04.1998 y el Decreto 553 de 03.07.1998. Italia comenzó en 1985 la llamada mecanización, y aunque carece de fichero real, los medios informáticos permiten realizar búsquedas por fincas con la Ley de 23.02.1985. n. 52. Muy optimista se muestra P. Zanelli, *Trascrizione*. 3. ed. Roma: Bolonia. p. XXXI al afirmar que la mecanización hace desaparecer la base personal del sistema y con ello las diferencias con Alemania. En realidad aunque se permitan las búsquedas en base a la finca ello no hace perder al sistema su carácter personal y menos borra las diferencias con un sistema germánico. En Luxemburgo y Bélgica la informatización es mas incipiente. El país con mayor grado de informatización es Holanda. No solo se lleva informáticamente sino que se estan digitalizando los archivos.

⁽¹⁷⁾ El art. 2 del Decreto 04.01.1955 dice "aucune modification de la situation juridique d'un immeuble ne peut faire l'objet d'une mutation cadastrale, si l'acte ou la decision

casos es un mero intercambio de información sin valor legal, además no siempre los datos catastrales coinciden con los jurídicos de la conservaduría.¹⁸

3. La incorporación del principio de tracto sucesivo por parte de los sistemas de folio personal supone un cambio trascendental, más importante que los señalados en los dos números anteriores. El incremento de los negocios que acceden a las conservadurías ha servido no solo para hacer completa la información sino también para allanar el camino para la implantación del principio del tracto o de la cadena. Los países que todavía no han regulado el acceso de las adquisiciones *mortis causa* se ven imposibilitados para mantener una regularidad en la cadena de titulares y por tanto no aptos para introducir el principio de tracto. Este principio marca la ruptura con el modelo puro de registro de documentos.

En Francia, el tracto junto con el fichero inmobiliario son la gran novedad de la Reforma de 1955. El art. 3 del Decreto de 1955 recoge este principio con el nombre de *effet relatif* y significa que ningún acto puede ser publicado si el título del donante o último titular no ha sido previamente publicado. La falta de previa publicación impide al título acceder a la conservaduría. Sin embargo, este principio de previa inscripción, no excluía los títulos contradictorios, es decir, no producía el cierre respecto de los títulos incompatibles. Esta forma de entender el tracto permitía la existencia de dobles cadenas. Si A transmite a B y a C, tanto la adquisición a favor de B cuanto la de C pueden ser publicadas si A ha publicado previamente su título. Esta posición está expresamente consagrada en el art. 34.2 del Decreto de 14.10.1955.¹⁹ Sin embargo la jurisprudencia, frente al tenor literal del precepto antes apuntado, ha admitido el *effet relatif* entendido como cierre respecto de los títulos contradictorios.²⁰ Como se puede ver, la aproximación al modelo del registro de derechos, se ha producido por vía jurisprudencial.

En Italia, el Código Civil de 1942 introdujo el principio de continuidad de las transcripciones. Este principio recogido en el art. 2.650 do CC pretende lograr que la cadena completa de transmisiones y demás derechos reales pueda encontrarse en la conservaduría. El modo de operar del principio de continuidad italiano es distinto del *effet relatif* francés por los siguientes motivos:

a) No se exige como requisito necesario para practicar la inscripción o transcripción. Un documento puede ser publicado por la conservaduría italiana aunque el transferente o último titular no hubiese llevado su título a la conservaduría.

judiciaire constant cette modification n'e pas été préalablement publié au fichier immobilier".

⁽¹⁸⁾ Las diferencias son menores en Holanda que en Italia.

⁽¹⁹⁾ Il n'y a pas discordance lorsque le titre de la personne indique comme disposant ou dérivier titulaire, au sens de l'article 33, a cessé postérieurement à sa publication au fichier immobilier, de produire tout ou partie de ses effets en raison d'un acte ou d'une décision judiciaire ultérieurement publié.

⁽²⁰⁾ Así, la sentencia de la Corte de Casación n. 1.135 de 12.06.1996.

b) No cierra el acceso a los títulos contradictorios y por ello no ayuda a que la conservaduría depure los títulos incompatibles.

c) No lleva a una ordenación cronológica del archivo, puede ocurrir que el título de adquisición se publique antes que el título del transferente. El principio de continuidad italiano sólo exige que para que una inscripción o transcripción surta efectos, el título del transferente o disponente haya sido transcrito, pero no dice cuando. No es más que un medio para estimular que los títulos se presenten en la conservaduría. Este principio no va tan lejos como el *effet relatif*, pero supone un avance respecto de la situación anterior.

Sin embargo, los sistemas belga y luxemburgués no han introducido el principio de tracto ni en la versión francesa, ni a través del principio de continuidad de la versión italiana. Al no admitir todavía el acceso de las adquisiciones *mortis causa* a las conservadurías, estos sistemas se ven imposibilitados para dar el salto cualitativo en el modelo registral.

También el sistema holandés carece de tracto, pero ha introducido unos mecanismos que en la práctica intentan corregir esta insuficiencia. Para que pueda inscribirse, el nuevo Código Civil de 1992 no exige que se haya adquirido de titular inscrito, pero si el registrador observa, conforme al art. 19.3 del Libro III, que el título presentado es incompatible con otro que figura en el registro, puede advertirlo tanto al presentante cuanto a otros interesados. Esta advertencia no impide que si el presentante insiste en registrar el documento, el registrador tenga que practicar la inscripción. Sin embargo, existe un mecanismo indirecto por el que el registrador ejerce un mayor control. Tras la nueva Ley Catastral de 1991, el registrador no sólo es el encargado del Registro Público de Bienes Inmuebles, al que se refiere el art. 16 del Libro III del CC, sino también del Registro Catastral regulado en el art. 48 de la Ley Catastral. Este registro tiene una función eminentemente fiscal, no atribuye derechos ni tiene valor jurídico, sirve para recaudar impuestos. A diferencia de lo que ocurre en el Registro Público, donde las dudas del registrador sólo dan lugar a una advertencia, en el Registro Catastral estas mismas dudas llevan a que el registrador no practique la adaptación catastral y por tanto no cambie la titularidad.²¹ En la práctica, dicen los autores holandeses, nadie contratará con un titular que no figure en el Registro Catastral. De este modo indirecto el registrador conseguirá respetar el tracto y excluir los títulos de propiedad contradictorios. Pero con este mecanismo queda limitado el derecho de propiedad y no permite asegurar el tracto de los demás derechos reales.²²

⁽²¹⁾ LOUWMAN, W. *The protection of land rights in Netherlands*. Ponencia presentada al XIV. Congreso Internacional de Derecho Registral (Cinder) Moscú. Disponible en: <www.cinder.info>.

⁽²²⁾ ZEVENBERGEN, J. *Registration of property rights*, Noatarius internacional 1, 2/2003, p. 135, pone este autor como ejemplo la venta de un palacio residencia de la Reina de Holanda el registrador advertirá y ante ello el notario no solicitará la inscripción, salvo que sea participe en el fraude. No corresponde ahora plantear los supuestos de

En definitiva, el principio de tracto llamado *effet relatif*, en Francia junto con la jurisprudencia potenciando el cierre registral, el tímido principio de continuidad en Italia, así como los mecanismos indirectos de la "advertencia" y "adaptación catastral" en Holanda suponen una evolución en los registros de documentos en el sentido de aproximarlos a los registros de derechos ofreciendo mayor seguridad. El reforzamiento del tracto y cierre respecto de los títulos incompatibles permite al sistema ofrecer mayor seguridad, que con la ayuda de las nuevas tecnologías podría dar lugar a una reformulación del concepto de oponibilidad.

4. El efecto fundamental de los registros de documentos es la oponibilidad de los derechos atendiendo a la fecha de la transcripción, y por tanto prefiriendo al que primero transcribe respecto del que transcribe después, aunque hubiese adquirido con anterioridad. Esto supone para algunos una derogación del principio de prioridad y para otros, con mejor criterio, que la prioridad la atribuya la conservaduría. Doctrinalmente una de las cuestiones mas problemáticas es explicar las relaciones entre el consentimiento con efecto real y el principio de oponibilidad.²³

El principio de oponibilidad está regulado en Francia en el art. 30 del Decreto de 04.01.1955, en Italia en el art. 2.644 del CC, en Bélgica en el art. 1 de la Ley Hipotecaria de 1851 y en Luxemburgo. art. 11 de la Ley sobre Transcripción de Derechos Reales Inmobiliarios de 25 de septiembre de y art. 2.134 del CC. En todos ellos hay que tener presente que el principio sólo sirve para resolver los conflictos entre varios adquirentes *intervivos* de un mismo autor, es decir, adquisiciones derivativas. No resuelve conflicto entre adquisiciones a título originario ni tampoco *mortis causa*. La doctrina y la jurisprudencia han discutido sobre el requisito de la buena fe del segundo adquirente que primero inscribe.

Lo importante de la oponibilidad en estos momentos consiste en que la aparición en estos sistemas del principio de tracto entendido como cierre de los títulos contradictorios podría dar lugar a una nueva lectura del principio de oponibilidad, porque cuanto la primera enajenación pretende acceder después de que la segunda enajenación esté inscrita se le cierra la conservaduría, a diferencia de lo que acontecía en el modelo puro de registro de documentos en los que ambas enajenaciones accedían a la conservaduría, pero una de ellas prevalecía por razón de la prioridad sobre la otra.

captura de los funcionarios con clientela libremente elegibles. Si el Notario insiste en que se inscriba tendrá que practicarse la inscripción. Los casos dudosos en los que no exista adaptación catastral, para que los notarios puedan el documento solicitarán un informe a la compañía de seguros dando su conformidad. Aquí encontramos un nuevo agente en el sistema holandés que brinda seguridad económica. LOUWMAN, W. Op. cit.

⁽²³⁾ Un estudio de la materia y las distintas construcciones en el derecho italiano puede verse en mi trabajo, "Documentos, calificación y efectos en el sistema registral italiano" pendiente de publicación incluido en libro *Homenaje a Manuel Amoros Guardiola*.

Pero para que la oponibilidad pudiese desplegar todos sus efectos debería ir acompañada de un principio de exactitud del contenido registral. Sin embargo, al faltar este último principio, la oponibilidad sólo puede tener lugar entre los adquirentes de una misma persona o dentro de la misma cadena de titulares no cuando se adquiere de persona distinta o esta proviene de otra cadena de titulares.²⁴

En Holanda, el Código Civil de 1992 ha incrementado los efectos del registro, otorgando mayor protección a los terceros que en la situación anterior. Esta protección se logra con una nueva regulación de la oponibilidad y una protección del tercero ante la inexactitud del registro en los siguientes términos:

Primero: La regulación de la oponibilidad se encuentra en el nuevo art. 24 del Libro III y supone un avance respecto a las regulaciones de la oponibilidad existentes en Francia, Italia, Bélgica y Luxemburgo. Según el art. 24 del Libro III, los hechos susceptibles de ser registrados que no lo estén no pueden oponerse al adquirente a título particular que haya inscrito su título. Sin embargo los demás sistemas latinos, antes examinados, circunscriben la oponibilidad al supuesto en que una misma persona hubiese enajenado *intervivos* a diferentes personas. La oponibilidad holandesa se asimila a la consagrada en el art. 32 de la Ley Hipotecaria española, lo no inscrito no perjudica a tercero, esta oponibilidad podríamos llamarla amplia, mientras que la oponibilidad francesa, italiana, belga y luxemburguesa es una oponibilidad restringida. Existen excepciones a la oponibilidad recogidos en los párrafos 2 y 3 del art. 24. relativos a supuestos en que los hechos están inscritos o pueden inscribirse en otros registros, determinados supuestos de las sucesiones hereditarias y la prescripción.²⁵

Segundo: En los arts. 25 y 26 del Libro III se han incluido normas de protección a terceros para los casos de inexactitud del registro. Los preceptos distinguen los supuestos en que la inexactitud provenga de una escritura

⁽²⁴⁾ Nótese aquí la diferencia con el art. 32 de la L.H. precepto que consagra el principio de oponibilidad pero no solo respecto de los adquirentes del mismo autor sino respecto a cualquier derecho no registrado, pero ello es posible porque existe una presunción de exactitud de los asientos del registro. Vid por todos GARCIA GARCIA, J. M. *Derecho inmobiliario o registral*. Madrid, 1993. t. II. p. 29 et seq.

⁽²⁵⁾ Art. 24 Libro III. "1. si en el momento en que se inscriba en los registros un acto jurídico para la adquisición de un derecho sobre un bien registrable a título particular, un hecho igualmente susceptible para la inscripción en los registros en relación con aquel bien registrable no estuviera inscrito, no puede ser objetado este hecho al adquirente, a menos que lo conociese. 2. El apartado primero no es de aplicación con respecto a: a) hechos que según su naturaleza sean susceptibles para ser inscritos en un registro del estado civil, un registro de bienes matrimoniales o un registro de masa de bienes, también si el hecho es un caso dado no puede ser inscrito en el mismo, porque la ley neerlandesa no sea de aplicación a aquello; b) puesta bajo curatela y el levantamiento de la curatela inscrito en el registro de curatelas; c) pronunciamientos judiciales inscritos en el registro de quiebras y en el registro de suspensiones de pagos; d) aceptación y renuncia de una herencia; e) prescripción" (VAN REIGERSBERG VERSLUIS, J. G. *Derecho patrimonial Neerlandes*. Málaga, 1996).

autenticada por un funcionario o no.²⁶ El art. 88 del Libro III protege al tercero que inscribe aunque la persona que le transmitió adquirió en virtud de un negocio inválido, por falta de legitimación para disponer del anterior transmitente y esa misma falta no afecte al actual disponente.²⁷ La doctrina holandesa entiende que no existirá protección del tercero cuando al iniciarse la cadena de transmisiones el primer disponente no era dueño o existía una prohibición de disponer, como por ejemplo resultante de una situación de quiebra.²⁸ Se trataría de una fe pública pero para supuestos muy limitados, no existiría siempre una posición inatacable del tercero.

Tercero: La protección del tercero exige que éste siempre actúe con buena fe, requisito expresamente regulado por el Código Civil. Sin embargo esta buena fe no exige que realice indagaciones fuera del registro. Se trata de un no conocer o que hubiere podido conocer consultando el registro. El registro agota el ámbito de la diligencia que le es exigido para conocer, arts. 23 y 26 del Libro III.²⁹

Todo lo anterior vendrá a mostrar como el sistema holandés, desde el punto de vista de su regulación jurídica, ha ido aproximándose a los sistemas de fe pública. Es el sistema de transcripción o copia de documentos al que la legislación reconoce mayores efectos respecto del tercero que confía en lo registrado. Protege al tercero de determinadas inexactitudes del registro aunque no de todas.

5. La calificación, o control de entrada de los documentos en las conservadurías generalmente tiene un carácter meramente formal y por ello se

(26) La doctrina holandesa pone como ejemplo el caso de existir una identificación falsa por parte del notario, la inexactitud del registro no perjudica al tercero que confía en lo que dice el registro.

(27) Art. 88 Libro III. "1. A pesar de la incapacidad del enajenante es válida una transmisión de un bien registrable, de un derecho nominativo, o de otro bien al que el art. 86 no sea de aplicación, si el adquirente es de buena fe y la incapacidad se deriva de la invalidez de una transmisión anterior, la que no fuera la consecuencia de la incapacidad del enajenante de antaño. 2. El apartado 1 no rige para las cosas muebles que en virtud de la ley para la conservación del patrimonio cultural hayan sido designadas como objeto protegido en cuanto la transmisión sea inválida como consecuencia de lo dispuesto en el art. 7 de esa ley" (VAN REIGERSBERG VERSLUIS, J. G. Op. cit. Málaga, 1996).

(28) VAN VLIET, L. *The new Law of Land. Registration*. Portland. Oregon, 2003. p. 188.

(29) Art. 23 Libro III. "La invocación de un adquirente de un bien registrable a la buena fe no se admite, cuando esta invocación incluya una invocación al desconocimiento con hechos que se hubieran conocido consultando los registros". Art. 26, Libro III. "Si en el momento en que un acto jurídico se inscriba para la adquisición de un derecho sobre un bien registrable a título particular, en relación con aquél bien registrable estuviera inscrito un hecho incorrecto, no puede ser objetada al adquirente la inexactitud de este hecho por el que hubiera podido encargarse razonablemente de la concordancia de los registros con la realidad, a menos que éste conociese la inexactitud o hubiera podido conocer su posibilidad por la consulta de registros". VAN REIGERSBERG VERSLUIS, J. G. Op. cit.

dice que el conservador adopta un papel pasivo. Así resulta del art. 2.199 del CC francés, del art. 130 de la Ley Hipotecaria belga, del art. 2.674 del CC italiano, el art. 2.199 del CC de Luxemburgo y el art. 19.1 del Libro III del CC holandés.

Sin embargo lo anterior requiere algunas matizaciones. En materia de cancelación de inscripciones, las conservadurías tienen facultades de calificar no sólo aspectos formales, sino también de fondo, y en particular la capacidad. En esta línea el art. 2.158 del CC francés, el art. 92 de la Ley Hipotecaria belga, art. 2.158 del CC luxemburgués y los arts. 2.882 y 2.883 del CC italiano.³⁰

La jurisprudencia francesa, también ha reconocido la facultad de calificar el fondo y la forma en materia de cancelación, aunque un notario certifique la representación. Esta posición es la sustentada por las sentencias de la Sala 3.^a de la Corte de Casación de 16.07.1975 y 09.02.1994. Del mismo modo la jurisprudencia belga mantiene el mismo criterio que la francesa desde el 10.05.1894, y en Italia la Corte de Casación el 16.09.1957, y el Tribunal de Apelación de Milán, 17.05.1946.

La doctrina rechaza una concepción exclusivamente pasiva de la actividad del conservador. Así Dagot³¹ Simler y Delebecque³² en Francia, Dekker en Bélgica,³³ Zevenbergen J. y Lowman W. en Holanda³⁴ y Maltese en Italia.³⁵

Algunas reformas legislativas han incrementado las facultades de control, como la operada en Italia por la Ley de 27.02.1985, al introducir el art. 2.674.bis del CC. Este precepto ha servido para que los conservadores italianos denieguen la transcripción del trust por tener graves y fundadas dudas sobre la transcribibilidad.³⁶ En Holanda, como hemos visto anteriormente, art. 19.3 Libro III del nuevo CC/1992, junto con las facultades que proceden de la Ley Catastral de 1991 permiten al conservador en la practica ejercer un mayor

⁽³⁰⁾ Un estudio mas detallado en mi trabajo "y Belga: El control del conservador en los sistemas Francés La Cancelación". *La Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 694/661 et seq. Y para Italia "Documentación...", cit., pendiente de publicación libro *Homenaje Amoros Guardiola*. Sobre la calificación del conservador belga, C. Martínez Escribano, *Breve aproximación...*, cit.

⁽³¹⁾ Las cuestiones de forma y fondo estan profundamente imbricadas. Todos los usuarios de publicidad inmobiliaria saben que el conservador juega un papel que no deja de incidir sobre el fondo. DAGOT, M. *La publicité foncière*. París, 1981. p. 60.

⁽³²⁾ El papel no es meramente pasivo, controla seguridad formal (SIMLER, P. y DELEBELQUE, P. *Droit Civil. Suretés. La publicité foncière*. 3. ed. París, 2000. p. 678).

⁽³³⁾ El conservador juega un papel activo como guardian de la Ley Hipotecaria Belga. DEKER. *Precis de Droit civil Belge*. Bruselas, 1954. t. I.

⁽³⁴⁾ El registrador adopta un papel activo. ZEVENBERGEN, J. Op. cit. p. 134. LOWMAN, W. Op. cit.

⁽³⁵⁾ MALTESE, D. "Registri immobiliari". *Enciclopedia del Diritto*. Milán: Giuffrè 1988. vol. XXXIX, p. 484.

⁽³⁶⁾ En un estudio mas detallado en mi trabajo sobre el sistema italiano.

control que el que revelaría la simple lectura de los textos legales. La practica impone un mayor control.

En síntesis, tanto la jurisprudencia cuanto la doctrina reconocen que en algunos casos la función del conservador no es meramente pasiva en la llevanza de los registros de documentos y cuando de esta actuación pueden resultar efectos jurídicos irreversibles coinciden en otorgar al conservador facultades de control no sólo de la forma sino también del fondo, así ocurre con las cancelaciones.

3. La evolución en los sistemas de registros de derechos (Alemania, Austria, Suiza, registros del Norte de Italia, Finlandia, Suecia, Dinamarca, Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda)

Incluimos dentro de esta categoría sistemas registrales que aunque responden a distintas tradiciones jurídicas como son la germánica, la escandinava y la anglosajona,³⁷ son bastante similares. Los sistemas que han experimentado mayores cambios en los últimos años han sido los anglosajones. En Escocia en 1979 se optó claramente por establecer un registro de derechos y estamos todavía en un período en el que conviven los dos modelos, el registro de documentos y el registro de derechos, en transición hacia el registro de derechos.³⁸ En Inglaterra y Gales el registro de derechos fue implantado en 1862 aunque no directamente en todo el territorio sino progresivamente, frente a las muchas resistencias de los grupos de interés que se veían desplazados. La ley inglesa fue reformada en 1925 y recientemente en 2002, con el objeto de fortalecer el registro. En Irlanda, desde su implantación a finales del siglo XIX, el registro de derechos ha convivido con el registro de documentos y el empujón definitivo hacia la extensión del registro de derechos se produjo en 1964. En los países nórdicos también se han introducido reformas en 1970 y en los años noventa y en Finlandia en 1995. En cambio, ninguno de los países de influencia latina ha cambiado su modelo, aunque sí que han introducido reformas. Los países anglosajones, al adoptar decisiones más radicales han establecido plazos más flexibles de adaptación.³⁹

Tras esta genérica aproximación a la normativa de cada país, analizaremos a partir de ahora los concretos aspectos de interés de los sistemas registrales, siguiendo el mismo esquema que en el apartado precedente.

1. En los sistemas de registros de derechos no existen restricciones para el acceso al registro de los negocios jurídicos por los que pueden adquirirse los derechos reales. La limitación existente afecta a los derechos y recibe el nombre

⁽³⁷⁾ Seguimos en esta exposición la distinción de familias del derecho europeo realizada por ZWEIGERT, K. y KOTZ, H., *Introduction to comparative Law*, 3. ed., Oxford, 1998, p. 63 et seq.

⁽³⁸⁾ Land Registration Act 1979.

⁽³⁹⁾ No se produce un cambio del sistema, aunque algunos de ellos se lo plantearon así, Italia en 1942, Francia 1955, Italia 1942 y Holanda 1992.

de *numerus clausus*.⁴⁰ Sin embargo los negocios jurídicos pueden o no necesitar la inscripción para dar lugar a la adquisición de un derecho real. En otros términos, en unos casos la inscripción es constitutiva y en otros no, pero todos los supuestos pueden acceder al registro. La inscripción no tiene carácter constitutivo en todos aquellos casos en que se adquiere por ministerio de la ley, como ocurre con las sucesiones. En estos casos, aunque no es necesaria para adquirir el derecho, sin embargo se necesita para que el posterior adquirente por negocio voluntario pueda inscribir, es decir, a efectos de tracto (Alemania, Austria, Suiza, Regiones del Norte de Italia). Así, en los registros de derechos podemos distinguir:

a) Los supuestos en que es necesaria la inscripción para que el derecho sea adquirido: inscripción constitutiva. Generalmente se trata de supuestos de adquisición a título particular y por negocio *intervivos*.

b) Los supuestos en los que no es necesaria la inscripción para que el derecho sea adquirido, aunque es necesaria para que luego pueda disponer por aplicación del principio de tracto: inscripción declarativa. Generalmente se trata de las adquisiciones a título universal y por negocio *mortis causa*.

c) Los supuestos en los que los derechos reales o actos despliegan su eficacia al margen del registro y no acceden al mismo. Son generalmente las limitaciones legales, retractos, restricciones de derecho público y algunas servidumbres.

La existencia de cargas al margen del registro supone siempre una imperfección en el sistema, son una excepción a los efectos del sistema, en particular la fe pública. En la literatura anglosajona se denomina a las cargas ocultas *overriding interest* (derechos dominantes) y se les considera una quiebra del *mirror principle*.⁴¹ La reforma de la Land Registration Act de 2002 ha reducido considerablemente el número de *overriding interest* en relación con la Ley de 1925.⁴²

⁽⁴⁰⁾ El llamado *numerus clausus*, de los sistemas germánicos no tiene carácter rígido así en Alemania la carga real admite los más variados contenidos imaginables (PAU, A. *La publicidad registral*. Madrid, 2001. p. 56). En las regiones del norte de Italia, en las que rige el sistema tabular, la carga real está recogida art. 9 del nuevo Texto de la Ley General sobre Libro Fondiario R. D. 28.03.1929, n. 499. En Austria la rigidez del *numerus clausus* ha impedido el acceso de figuras nuevas, como la multipropiedad o time-sharing, y ha sido neceria crear mecanismos alternativos de publicidad que han resultado insatisfactorios.

⁽⁴¹⁾ El "mirror principle" significa que el registro ha de reflejar de modo preciso la situación del propietario y de los derechos de terceros que la afectan. Solo afecta a la propiedad lo que aparece en el registro. RUOF, T. *An Englishman looks at the Torrens system*. Sydney, 1957. p. 8.

⁽⁴²⁾ La ley de 2002 ha reducido los *overriding interest* a 14 categorías de las cuales 5 desaparecerán en el plazo de 10 años. La ley distingue según se trate de una inmatriculación o de ulteriores disposiciones. Además realiza un listado de todos ellos muy inferior al contenido en la Sección 70(1)(a) de la ley de 1925. Puede verse la Schedule 1 y Schedule 3 de la Land Registration Act. ABBEY, R. y RICHARD, M. *The Land Registration Act*. Oxford, 2002. p. 151.

El principal objetivo de la Ley de 2002 es que el registro sea fiel y completo reflejo del estado de la propiedad inmobiliaria de manera que baste consultar el Registro sin necesidad de ulteriores indagaciones,⁴³ y por eso los llamados *overridings interest* son un obstáculo.

En las regiones del norte de Italia, en las que esta vigente el sistema tabular, también se ha ampliado el número de supuestos que pueden acceder al registro, pero al no ser derechos reales, únicamente acceden como anotación. La finalidad ha sido en unos casos crear una publicidad de menor grado llamada "publicidad noticia" y en otros casos dotar de oponibilidad a estas situaciones. En última instancia, se evita que aparezca un tercero protegido por la fe pública registral y permite que los supuestos que pueden transcribirse en los registros de documentos accedan también a los libros Fundiarios.⁴⁴

2. La ordenación del archivo registral en todos estos sistemas se realiza por fincas utilizando el folio real. En los países de inspiración germánica se lleva un sistema de encasillado (Alemania, Austria, Suiza, regiones del Norte de Italia). En los países del *common law*, el registro individual o folio consta de tres partes,⁴⁵ cada una de ellas es considerada como un registro particular: a) de la propiedad (*property register*), b) del propietario (*proprietorship register*), c) de cargas (*charges register*).⁴⁶ Todos unidos forman el folio y por tanto la consulta es tabular y no genealógica. La llevanza informática del registro ha supuesto un cambio importante en los certificados del título, la llevanza en papel hacía que apareciera todo el historial, aunque se hubiesen cancelado los asientos; ahora sólo aparece lo que esta vigente y lo histórico ha desaparecido.⁴⁷ Así se ofrece más claridad, aplicándose el principio del telón (*courtain principle*): basta consultar la última actualización del folio, el registro se convierte en la única fuente de información.⁴⁸ En Escocia la situación es similar, se abre la hoja del título y se lleva con unas secciones similares al sistema inglés.⁴⁹

⁽⁴³⁾ Informe de la Law Comisión y del H. M. *Land Registry* 271/16, "Land Registration for de twenty-first century".

⁽⁴⁴⁾ Son los arts. 19 y 20 de Decreto de 04.03.1929. n. 499, "Nuovo testo della legge generale sui libri fondiari" que fueron modificados por el art. 26 de la ley de 29.10.1974, y el art. 1 de la ley de 08.08.1977. Especial atención merecen los arrendamientos por más de 9 años, las circunstancias relativas a la capacidad y la figura del precontrato.

⁽⁴⁵⁾ En Inglaterra, *Land Registration Rules* 2003, Sección 3.(2) "On first registration of a registered state the register may open an individual register for each separate area of land affected by propietor's registered state as he designals".

⁽⁴⁶⁾ *Land Registration Rules*, Sección 4.

⁽⁴⁷⁾ La llevanza electrónica hace que desaparezca del folio toda la historia, pero esto no significa que no pueda conocerse. La Sección 69 de la L.R.A. 2002 regula la información histórica.

⁽⁴⁸⁾ ROUFF, T. B. Op. cit., p. 11.

⁽⁴⁹⁾ Secciones 5 y 6 Ley de Inscripción de Bienes Inmuebles de Escocia 1979. La hoja registral consta de cuatro secciones: 1. Property section, 2. Proprietorship Section, 3.

Por otra parte, la llevanza por fincas no es incompatible con la posibilidad de abrir un folio para todas las fincas de una persona que a medida que se enajenan salen del folio, este es el sistema utilizado en las regiones del Norte de Italia con la llamada *partita tavolare*, y lo fue en el pasado en algunas zonas de Alemania.

Destacamos particularmente el hecho de que todos los documentos que constituyen la prueba del derecho, que dan lugar a la práctica de la inscripción en el Grundbuch, Hauptbuch o Libro Tavolare son archivadas en el propio registro formando los libros de actas (Alemania),⁵⁰ la colección de documentos (Austria e Italia) y los documentos justificativos (Suiza). Especial interés presenta Alemania porque a pesar de ser un sistema abstracto, el negocio obligacional también es archivado en el registro. En los registros de inspiración germánica se archivan los documentos como también se archivan en los registros de documentos. La existencia de este archivo plantea algunos problemas, unos relacionados con la de la fe pública a los que nos referiremos en extensión más adelante y otros relacionados con la consulta del registro. Desde el punto de vista práctico hay que consultar sólo el Libro Principal (libro de inscripciones) o también es necesario consultar los archivos. ¿Exige la buena fe consultar los archivos? Además los sistemas de información *on-line*, en la medida en que la información se obtiene del libro principal, se ven afectados por esta cuestión y su información puede resultar incompleta.

También en los sistemas anglosajones se archivan los documentos, aunque la problemática es menor que la que se plantea en los sistemas germánicos.⁵¹ La extensión de cada una de las secciones es variable según el contenido que se introduzca, no es una casilla rígida.

Por contraposición a estos sistemas, en el modelo español de toma de razón por extracto los libros de inscripciones contienen más información que la incluida en los correspondientes libros de cualquier sistema germánico, anglosajón o nórdico, y de este modo, no se hace necesario archivar el expediente.⁵²

3. El principio de tracto esta recogido en todos los registros de derechos. La inscripción sólo puede practicarse cuando la persona cuyo derecho va a resultar perjudicado figure como titular.⁵³ Este principio se conoce en todos

Charges Section y 4. Burdens Section. Así aparece regulado en las Secciones 4, 5, 6 y 7 de las Land Registration Rules 1980.

⁽⁵⁰⁾ El plazo de conservación de estas actas en Alemania es de 30 años que coincide con el plazo máximo de prescripción.

⁽⁵¹⁾ Sec. 203 y Land Registration Rules 2003. Inglaterra y Gales.

⁽⁵²⁾ Hoy estas diferencias de organización pueden ser salvadas por la informática en la medida que puede asociarse a cada asiento todos los documentos digitalizados que han sido necesarios para practicarlo. No obstante ningún registro de derechos europeo ha emprendido todavía esta tarea dado los altos costes económicos.

⁽⁵³⁾ Parágrafo 39 de Ordenanza Inmobiliaria Alemana (GBO), parágrafos 24 y 94 de la Ley del Registro Inmobiliario Austriaca (GBG), y Sección 26 Ley del Registro de la Propiedad

los sistemas con el nombre de tracto sucesivo o principio de la cadena. El tracto lleva consigo el cierre de todos los títulos incompatibles de manera que una vez practicada la inscripción los anteriores titulares ya no figuran más como titular y no puede inscribirse ningún derecho que tenga su base en anteriores asientos, salvo excepciones.⁵⁴

4. Las mayores diferencias entre los diferentes registros de derechos se muestran en cuanto a los efectos que producen los asientos. La existencia del principio de fe pública o únicamente de una presunción de exactitud entendida como legitimación sirve para establecer la primera diferencia. La segunda proviene de la fuerza con la que se recoge el principio de fe pública y la inatacabilidad de la posición del tercero. Podemos clasificar los diferentes modelos según exista fe pública y las excepciones a la misma.

4.1 El primer grupo está constituido por los sistemas de base germánica, Alemania, Austria, Suiza y las regiones del Norte de Italia, que representan un modelo de máxima protección para el tercer adquirente que confiando en lo dispuesto en el registro adquiere un derecho real. Para el tercero el registro se presenta como exacto e íntegro, y la protección de este tercero inscrito se logra extinguiendo los derechos que son incompatibles y no constan en el registro.⁵⁵ Tres aspectos vienen a modalizarlos efectos de la fe pública: a) la existencia de excepciones, derechos que aunque no constan en el registro no se ven afectados por la fe pública, b) la buena fe exigible al tercero que adquiere, y c) la extensión de la fe pública a no sólo de los asientos del Libro Principal (Hauptbuch o Libro Tavolare) sino también a los actos de la inscripción, colección de documentos o piezas justificativas.

de Inglaterra (LRA 2002). En los registros anglosajones el principio de tracto se construye a partir del principio de legitimación a favor del titular registral y de la técnica que hace desaparecer del folio todos los datos históricos es una prueba de ello.

⁽⁵⁴⁾ El efecto cierre del registro respecto de los títulos incompatibles lleva a plantear si este efecto es una manifestación del principio de tracto o ha de construirse como un nuevo principio hipotecario. Roca-Sastre lo presentó como una manifestación del principio de prioridad, así su conocida definición de la prioridad como “el principio hipotecario en virtud del cual el acto registrable que primeramente ingrese en el Registro de la Propiedad se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado al registro o lo hubiere sido con posterioridad, aunque dicho acto fuese de fecha anterior” (ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho hipotecario*. 8. ed. Barcelona, 1995. t. II, p. 1). Esta opinión no puede ser compartida, pues en todos los registros de documentos hay prioridad pero no existe cierre. El cierre deriva del tracto o se construye como un nuevo principio hipotecario. Sobre el tracto y cierre, C. Pardo, “Entre la purga y la fe pública”, *R.C.D.I.* año 1993, p. 188.

⁽⁵⁵⁾ Para exposición más detallada del efecto purga, C. Pardo, “Entre la purga...”, cit., p. 188. En el derecho suizo lo expone con claridad P. H. Steinauer, *Les droits reels*, Berna, 1997, t. I. p. 258.

a) En todos los sistemas registrales, aunque sean de fe pública, existen situaciones y derechos que aunque no tengan su reflejo registral perjudican al tercero protegido por la fe pública. Estos derechos son generalmente cargas de derecho público o derechos que tienen un origen legal.⁵⁶ El sistema será mas perfecto, y por tanto mayor la protección cuanto menor sea el número de las cargas ocultas. Esta, como hemos expuesto al principio, es una de las preocupaciones del Libro Verde de la Unión Europea sobre el Crédito Hipotecario. Los sistemas registrales europeos han seguido dos vías, primera la reducción del número de cargas ocultas,⁵⁷ y segundo permitir el reflejo registral de estas cargas de derecho público o limitaciones, como una publicidad noticia, aunque su falta de reflejo no les priva de eficacia.⁵⁸

b) La exigencia de buena fe por parte del tercer adquirente ha sido utilizado por algunos como un medio de disminuir la fuerza de los pronunciamientos registrales en la medida que obliga al adquirente no sólo a consultar el registro sino también a realizar indagaciones fuera del registro. Si se mantiene esta posición, la fe pública se encuentra debilitada en la medida que para el tercer adquirente no es suficiente confiar en el contenido del registro, prevaleciendo situaciones extraregistrales que debe indagar. En los registros de inspiración germánica la buena fe es un concepto puramente negativo, la ignorancia de la inexactitud del registro. No se equipara el conocimiento con el desconocimiento inexcusable.⁵⁹ Por ello el tercer adquirente no está obligado a indagar si el contenido del registro se ajusta a la situación

⁽⁵⁶⁾ En el derecho suizo, por ejemplo, no necesitan inscripción las hipotecas legales que proceden del derecho federal (arts. 808, 810, 818 y 819 del CC) como tampoco las que proceden del derecho cantonal (hipoteca por los gastos hechos por el acreedor para conservar la garantía, primas del seguro para conservar la garantía) y cargas reales de derecho público (art. 784 del CC), servidumbres de agua, luz y gas (art. 676.3 y 691 del CC). En derecho alemán las cargas de derecho público, parágrafo 54 Ordenanza inmobiliaria (GBO) y las restricciones de disposición absoluto, como por ejemplo la contenida en el parágrafo 1.365 del BGB. También M. Wolff, *Tratado del derecho civil – Derecho de cosas*, Barcelona, 1971, vol. I, t. III, p. 278, señala distintas situaciones en las que la fe pública no surge efecto. En el derecho inglés los overriding interest en las Secciones 11 y 12, así como, en la 29 y 30 de la Land Registration Act 2002 y en los anexos (Schedule) primero y tercero. En Escocia art. 28 Land Registration Act 1979.

⁽⁵⁷⁾ La reforma inglesa de 2002 ha ido encaminada a la reducción de los overriding interest por ser estos la mayor causa de incerteza como reconocía la Law Commission.

⁽⁵⁸⁾ En el sistema Escocés es posible hacer constar los overriding interest en el registro por medio de una nota, formulario V.

⁽⁵⁹⁾ WOLFF, M. Derecho de..., cit., p. 274. En la misma línea los mas moderados autores como H. Schöner y K. Stöber, *Grundbuchrecht*, Munich, 2001, p. 109. El desconocimiento de la inexactitud del Registro de la Propiedad debido a negligencia no equivale a su inexactitud. Lo mismo sucede con las meras dudas acerca de la exactitud del registro

jurídica real. Esta es la construcción de la buena fe que impera en Alemania al interpretar el parágrafo 892 del BGB.

La interpretación de los defensores de una "buena fe-diligencia" suele apoyarse en el art. 974 del CC suizo, cuando se dice que "la inscripción no puede ser invocada por aquél que ha conocido o debido conocer sus vicios". Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal⁶⁰ viene considerando que el art. 974 no obliga a consultar los documentos que forman parte del expediente y que sirvieron de base a la inscripción. Así, por ejemplo, en materia de quiebras ha entendido que en el período comprendido desde la declaración y la publicación de la quiebra, el tercero que confía del registro debe ser protegido sin que deba realizar ninguna indagación extraregistraral.⁶¹ Igualmente ha apuntado que el adquirente, para descubrir el carácter inexacto de la inscripción, no está obligado a indagar el plano catastral.⁶² Tampoco se puede hacer valer contra el adquirente de una finca enclavada en otra, un derecho de paso que no esté inscrito; basta que el adquirente se fíe del registro y no esta obligado a examinar de hecho el inmueble.⁶³ Como se puede apreciar, el sentido de la buena fe que resulta de la jurisprudencia del Tribunal Federal no obliga ni a examinar los planos catastrales ni los documentos que sirvieron de base a la inscripción aunque ha de ser una de las inscripciones, ni siquiera a examinar el inmueble. Solo cuando el adquirente conoce hechos que pueden desvirtuar el contenido del registro desaparece la buena fe.

En el sistema tabular italiano existe también controversia respecto la buena fe exigible; la jurisprudencia entiende que para estar en buena fe no basta con no conocer sino que es necesario también no haber podido conocer.⁶⁴ Para la doctrina el tercero no ha de tener mala fe, entendida como conocimiento efectivo de las vicisitudes extraregistrales, pero no equipara la culpa con la mala fe.⁶⁵ La doctrina italiana pone de relieve que una "buena fe-diligencia", en el sentido de obligar a verificar si el contenido de los libros registrales se corresponde con la realidad desvirtúa el sistema registral. ¿Qué sentido tiene establecer un sistema con fe pública si prevalece lo que no está en los libros? En cambio no puede protegerse al que conoce la inexactitud del registro porque la buena fe es un principio general del ordenamiento.

c) En el funcionamiento diario de los registros de inspiración germánica los usuarios que solicitan información consultan no sólo el Libro de Inscripciones

⁽⁶⁰⁾ Tribunal Federal Suizo 82/1956 II 103/114 y 56/1930 II 84/89. Citadas por P. H. Steinhauer, op. cit.

⁽⁶¹⁾ Tribunal Federal Suizo 55/1929, III 167.

⁽⁶²⁾ Tribunal Federal Suizo 109 II 102 JT 1985 I 348.

⁽⁶³⁾ Tribunal Federal Suizo 98 II 191 JT 1973 I 190.

⁽⁶⁴⁾ Casación 06.07.1973, n. 1948; 08.11.1973, n. 2939; 25.05.1983, n. 3605; 17.07.1993, n. 4564; 22.07.1993, n. 18193.

⁽⁶⁵⁾ Esta posición es defendida por L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, 3. ed., Milán, 1994, p. 96.

sino también en los documentos en base a los cuales el encargado del Registro tomó la decisión de inscribir un derecho. Ello ha llevado a plantear si la fe pública se aplica sólo a los asientos del Grundbuch, Hauptbuch o Libro Maestro o se extiende a los documentos que sirvieron de base contenidos las actas (Grundakten) o colección de documentos. Si esto último fuese cierto, el libro de inscripciones se convertiría en un simple índice para localizar donde encontrar los documentos que gozan de fe pública. Esto último aproximaría el sistema en cuanto a su manera de operar a los registros de documentos. El investigador o examinador de títulos, figura tan frecuentemente en los registros de documentos encontraría aquí una función similar. Por ello, la doctrina alemana ha sido unánime en el pasado y ahora al afirmar que el ámbito de protección de la fe pública es la hoja del inmueble gravado, y no el correspondiente archivo.⁶⁶

En las regiones del Norte de Italia sujetas al sistema tabular, esta materia ha sido específicamente regulada por el nuevo texto de la ley general sobre el libro fundiario aprobado por RD de 28.03.1929. En el art. 5 prevé la posibilidad de hacer una remisión en la inscripción del Libro Maestro, a los documentos en los que se funde la inscripción que están recogidos en la colección de documentos. Pero esta remisión ha de ser precisa a aquellos datos que configuran el contenido y extensión del derecho, objetiva y subjetivamente, y por tanto se tienen por inscritas en el Libro Maestro. En este caso la fe pública se extiende a los datos a los que se remite específicamente el Libro Maestro y en la práctica obliga a consultar no sólo el libro maestro sino también la colección de documentos.⁶⁷

⁶⁶) NUSSBAUM, A. *Tratado de derecho hipotecario alemán*. Madrid, 1929, p. 42: "La eficacia de la fe pública no se hace extensiva al Archivo ni a las Tablas en que se apuntan o resumen las inscripciones. Sólo el registro hace fe y a él es necesario acudir para adquirir plena seguridad" y mas recientemente.

SCHÖNERH H. y STÖBER, K. Op. cit., p. 108. "El ámbito de protección es el contenido del Registro de la Propiedad, es decir, la hoja abierta para el inmueble de que se trate (...). El contenido de los datos consignados en la columna 4 de la primera sección del registro sobre el fundamento de la inscripción no participa de la fe pública del Registro de la Propiedad". Sin embargo en un reciente viaje a Alemania pude comprobar las consultas a los documentos, igual Italia del Norte y Austria. Algunos notarios de Baviera pusieron de relieve que aunque en el sistema de transmisión alemán el acuerdo real está desconectado del negocio obligacional y desde el punto de vista teórico, nada impide que un notario autorice el negocio obligacional y otro el acuerdo real, en su actuación manifestaron que no autorizan ningún acuerdo real sin tener presente el negocio obligacional y ambos negocios se contienen en las actas del registro.

⁶⁷) El libro fundiario esta compuesto por el libro maestro y la colección de documentos art. 1 nuevo texto de la ley general sobre el libro fiduciario. De cada documento en base al cual se practica la inscripción se guarda una copia en la colección de documentos art. 6. La inscripción se practica en virtud del "Decreto Tavolare" decisión del encargado del registro, que ha de expresar las circunstancias esenciales del derecho inscrito.

En el sistema suizo, la fe pública se extiende no sólo al Libro Principal "Grand Livre" sino también a los documentos complementarios en la medida que haya un reenvío del primero a los segundos.⁶⁸ El art. 971 del CC sirve de fundamento al decir que la extensión de un derecho puede ser precisada, dentro de los límites de la inscripción por los documentos justificativos. La inscripción puede contener el derecho genericamente pero puede reenviar a los documentos justificativos.⁶⁹ Los preceptos del derecho suizo están redactados de modo más general que los de las regiones del Norte de Italia, que parecen exigir mayor precisión en la remisión que se hace en el Libro Principal.

En Austria el Registro de la Propiedad está constituido por el Hauptbuch o Libro Principal y la Urkundensammlung o colección de documentos, según establece el párrafo 1 Grundbuchgesetz (GBG) o Ley del Registro Inmobiliario.⁷⁰ El párrafo 5 (GBG) permite que en el libro principal se realice una remisión a una cuestión concreta contenida en los documentos, indicando la cláusula exacta.⁷¹ La mayoría de la doctrina y también la jurisprudencia señalan que la obligación de consultar los documentos es excepcional que reducen a tres supuestos: a) cuando se realiza la remisión; b) cuando deriva la sospecha que no coincide con el contenido del documento; y c) cuando es usual la consulta.⁷² Sin embargo en la práctica, para conocer el contenido y alcance de los derechos es necesario examinar los documentos.

Los sistemas de folio real se llevaron históricamente transcribiendo el contenido de los documentos. La aparición de la fe pública registral trajo consigo una nueva técnica de llevanza de los libros basados en la inscripción y con ella el desarrollo de los libros de inscripción bajo sus distintas denominaciones Grundbuch -Alemania-, Hauptbuch -Austria-, Grand Livre -Suiza- y Libro Maestro -Italia-. Esta nueva técnica hizo que los documentos pasaran a ocupar un segundo plano. Actualmente, la remisión a los documentos archivados que hacen los sistemas registrales pueden conducir a pensar que la fe pública que corresponde al libro principal se traslada a los documentos. Podría incluso plantearse si no se estan convirtiendo en sistemas de transcripción de documentos con fe pública. El libro principal operaría como un índice para buscar los documentos, y esto supondría una aproximación entre los sistemas.⁷³ No obstante aunque esto pudiera

⁽⁶⁸⁾ STEINAUER, P. H. *Les droits reels* t.I, p. 256.

⁽⁶⁹⁾ ATF. 56 II 84 JT 1930 I 487.

⁽⁷⁰⁾ Un estudio más profundo en C. Martínez Escribano, "Luces y sombras de la fe pública registral en el derecho austriaco", pendiente de publicación en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

⁽⁷¹⁾ La doctrina, Feil, Marent y Preisl, como pone de relieve C. Martínez Escribano, "Luces y sombras...", cit., recomiendan utilizar excepcionalmente esta técnica con el fin de evitar que la colección de documentos suplante al libro principal.

⁽⁷²⁾ OGH, 23.03.1976 (5 ob 4/76) y todos los demás que cita C. Martínez Escribano, op. cit.

⁽⁷³⁾ El encasillado de los sistemas germánicos se asimilaría a los índices en los sistemas de transcripción y ambos sistemas archivarían todo el documento.

pensarse siempre habría una diferencia de grado, los efectos del sistema. En realidad la remisión a los documentos sirve para poner de relieve la insuficiencia de la técnica de llevanza del registro por el sistema encasillado. La casilla no sirve para reflejar los derechos adecuadamente en cuanto a su contenido y extensión y por ello los sistemas utilizan las remisiones, que es tanto como decir que lo que figure en el documento se da por reproducido en la inscripción. Estas remisiones deben ser concretas, en la medida que la remisión sea más genérica puede convertirse en una fuente de problemas. Puede confundirse el contenido real del derecho con otros aspectos carentes de trascendencia real. Es posible que surjan discrepancias entre el contenido del documento y el derecho reflejado en la inscripción. En principio respecto a terceros debe prevalecer la inscripción pero en la medida que los terceros también pueden consultar la colección o archivo de documentos el problema dista de ser pacífico.

La regulación Suiza contiene una remisión genérica en cambio la austriaca e italiana contienen una remisión concreta, que técnicamente parece la mejor solución. La regulación alemana no regula las remisiones y atribuye fe pública solo al Grundbuch. Sin embargo el funcionamiento diario de estos registros parece desmentir la regulación normativa. En Austria se han suscitado diferentes problemas.⁷⁴ En todos estos sistemas los usuarios consultan no solo el libro principal sino también los documentos y el sistema alemán parece ser el menos adaptado a esta realidad.

4.2 Un segundo grupo está constituido por los países nórdicos en los que el principio de fe pública ofrece al tercer adquirente una protección de grado menor. Utilizamos esta expresión para significar que la protección ofrecida por estos sistemas al adquirente es inferior a la que procede de los sistemas germánicos que les sirvieron de inspiración.⁷⁵ Existen en los países nórdicos una serie de causas de anulación que aunque no consten en el registro, perjudicarán al tercer adquirente y por tanto, su adquisición, aunque inscrita, no será inatacable. En Finlandia el Código de Bienes Inmuebles⁷⁶ establece en el Capítulo 13, Sección 5 como causas de invalidez la falsedad del título o del poder de representación, la coacción en la prestación del consentimiento, y cuando por error el transmitente o el titular de una carga ha sido registrado como propietario o si el asiento en el registro no esta basado en una decisión del registrador. En Suecia el Código de la Propiedad de 17.12.1970, Capítulo 18, art. 3, señala tres excepciones: a) La falsedad o coacción en el otorgamiento del documento; b) La falta de capacidad del otorgante por quiebra o incapacitación o actuar en nombre de otro sin tener facultad dispositiva; c) La

⁽⁷⁴⁾ Ver trabajo: C. Martínez Escribano. "Luces y sombras...", cit.

⁽⁷⁵⁾ GONZALEZ, J. *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*. Madrid, 1948, t. I, p. 182.

⁽⁷⁶⁾ De 12 de abril 1995/540.

invalidéz por no observancia de la forma, falta de consentimientos o permisos.⁷⁷ En Dinamarca, la Sección 27 de la Ley del Registro de la Propiedad⁷⁸ establece como causas de invalidéz que afectan incluso a terceros de buena fe, la falsedad, la violencia o intimidación y la falta de capacidad.⁷⁹

La buena fe del tercer adquirente, necesaria para la protección registral, consiste tanto en Suecia como en Finlandia en no conocer ni haber podido conocer. En cambio en Dinamarca se exige que haya sido gravemente negligente en no conocer,⁸⁰ exceptuando la regla general del derecho danés según la cual la negligencia se equipara al no conocer.⁸¹ En última instancia, refleja la mayor protección de que goza el tercero inscrito.

4.3 La protección que recibe el adquirente inscrito en los sistemas anglosajones recibe el nombre de “indefeasibility”, inatacabilidad.⁸² La reforma del registro inglés operada en 2002 ha incrementado los efectos de la inscripción y la doctrina habla de la existencia en Inglaterra de una “qualified indefeasibility”.⁸³ La construcción de la protección del titular inscrito procede de la “conclusivness”, recogida en la Sección 58;⁸⁴ de la prioridad regulada en las Secciones 29 y 30; de la legitimación del titular inscrito en la Sección 26; y de la disminución de supuestos que dan lugar a rectificación sin consentimiento del titular registral.⁸⁵ En el sistema inglés el titular registral que ha sido parte en un negocio invalido no es inatacable (“immediate indefeasibility”) y por tanto puede ser rectificado el registro sin su consentimiento. En cambio, el tercero que ha inscrito goza de una posición inatacable (“deferred indefeasibility”), lo que supone

(77) SOLCHAGA LOPEZ DE SILANES, A. M. “Unos breves apuntes sobre el sistema registral sueco”. *Boletín del Colegio de Registradores* 99/305, año 2004.

(78) De 31.03.1926.

(79) ARMIJOW, P.; NOLDE, B. y WOLF, M., *Traite de Droit Compare*, París, 1950, t. II, p. 476 e informe de U. Jensen, del Ministerio de Justicia danés.

(80) Sección 5, Ley del Registro de la Propiedad.

(81) Los datos del sistema danés han sido suministrados en un informe emitido por U. Jensen, del Ministerio de Justicia.

(82) La expresión se utiliza en los sistemas Torrens distinguiendo entre “deferred indefeasibility”. En el primer caso se protege incluso al que ha sido parte en un negocio invalido en el segundo supuesto solo al que es tercero. La figura aparece conectada con el principio del espejo así T. B. Rouff, op. cit., p. 8, “in many jurisdictions they use the word” indefeasibility when describing the conclusive state of a title, meaning thereby that the state of registered proprietor is paramount and prevails against all comers. In England we speak of an absolute-title it means the same thing.

(83) ROUFF T. B. and ROOPER. *Registered Conveyancing*. London, 2004, 46/3.

(84) El adquirente deviene legítimo propietario con la inscripción, según la Sección 58 de la Land Registration Act. 2002.

(85) La nueva ley distingue entre supuestos de rectificación y de alteración. Schedule 4, que reduce los supuestos de la Sección 82 de la ley de 1925.

un avance respecto a la legislación de 1925.⁸⁶ Se protege al adquirente de defectos en transacciones anteriores mediante la aplicación del principio del telón.

Existe también un supuesto en el que el titular registral aunque haya sido parte en el negocio inválido, es protegido por estar en posesión del inmueble “qualified indefeasibility”, salvo en los casos de complicidad en el fraude o de falta de cuidado adecuada (“lack of proper care”) que haya causado o contribuido determinadamente al error. En el anexo (Schedule) 4 se evita utilizar la expresión buena fe (“good faith”) y se opta por la expresión nueva terminología “lack of proper care”. También es una excepción a la “qualified indefeasibility” la existencia de “cualquier otra razón por la que sería injusto no rectificar”. Se trata de una cláusula abierta. Si a lo anterior le añadimos la reducción de los *overriding interest* o cargas ocultas, nos encontramos que la protección del sistema no llega al grado máximo de los Torrens pero se mueve en unos parámetros similares a los de los sistemas de base germánica. Se otorga la máxima protección al tercero, que se encuentra en una situación inatacable, siempre que no sea cómplice en el fraude y no haya causado el error.⁸⁷

En Escocia los efectos de la inscripción confieren a la persona inscrita un derecho real sobre el bien inmueble y sólo se verá afectado por derechos que no consten en el registro y por los llamados *overridings interest*, Sección 3. La rectificación de las inexactitudes se encuentra en la Sección 9. Existe una regla particular de protección en el Apartado 3 de la Sección 9 para proteger al propietario en posesión. No existe nunca protección estando en posesión si la inexactitud ha sido causada por fraude o negligencia del titular inscrito. La protección escocesa es similar a la que existía en Inglaterra con anterioridad a la Ley de 2002. En los casos de inexactitud, la posición del tercero no es inatacable, a diferencia de lo que acontece en Inglaterra.

Una situación similar es la irlandesa. La Sección 3.1 regula la inscripción considerándola la prueba del derecho, no se ve afectado por lo no inscrito salvo

⁽⁸⁶⁾ El siguiente ejemplo muestra el cambio legislativo. Si A es un propietario registrado y B falsifica la firma de A y se registra como propietario, A puede rectificar el registro y volver aparecer como propietario. Pero si B durante el tiempo que figuraba como propietario constituye una hipoteca a favor de C que registra, la rectificación deja a salvo la posición de C conforme a la Sección 58. En cambio con arreglo a la legislación de 1925 también la titularidad de C hubiese sido rectificable adoptando la misma solución aplicable a la propiedad no registrada. El principio *nemo dat quod non habet* se aplicaba en toda su extensión. El titular registral únicamente tenía derecho a una indemnización.

⁽⁸⁷⁾ La expresión indefeasibility parece comprender dos aspectos la inscripción convalidante o sanante y la protección de la fe pública. En los sistemas europeos no existe generalmente este carácter convalidante entre partes pero sí la protección de terceros. Para la destrucción entre inscripción convalidante, inscripción constitutiva y fe pública (EHERENBERG, V. *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. Madrid, 2003. p. 28 et seq.).

los derechos o situaciones que no necesitan estar inscritas, Sección 72. En Escocia e Irlanda lo que existe es únicamente una presunción de exactitud del contenido del registro, sin llegar a reconocerse una posición inatacable al tercero.

5. La calificación en todos los sistemas de registro está directamente relacionada con los efectos que producen los asientos. Sin embargo, el ámbito de esta calificación puede variar según cual sea el mecanismo traslativo de la propiedad.

Dentro de los sistemas de inspiración germánica, Alemania tiene un mecanismo de transmisión abstracto. En principio, queda fuera del ámbito de la calificación el negocio causal pero ello no significa que se reduzca la intensidad de la calificación. El registrador debe calificar la legitimación para otorgar el consentimiento para la inscripción (parágrafos 19 y 20 GBO), lo que exige calificar la capacidad jurídica y en particular la representación. El registrador alemán examina los poderes⁸⁸ hasta el punto que si observa auto contratación puede comprobar el negocio obligacional.⁸⁹ También ca examina el acuerdo real y califica los presupuestos de la inscripción, así como el tracto, que el derecho sea inscribible, y que se acrediten las autorizaciones correspondientes.⁹⁰ La jurisprudencia se ha pronunciado señalando que el registrador no debe colaborar en la inexactitud del registro y por tanto, admite que pueda rechazar una solicitud cuando tenga conocimiento fundado en la inexactitud sin que sea suficiente cualquier duda. La relación que antes hemos señalado entre Grundbuch y Grundakten hace que también llegue al registro también el negocio obligacional.

Frente al modelo abstracto alemán, Suiza, Austria y las regiones del norte de Italia siguen el sistema causalista de la teoría del título y el modo. El ámbito de la calificación es en consecuencia mayor porque comprende el negocio causal (parágrafo 94 de la Grundbuchgesetz, en Austria, los arts. 965, 966 y 976 del CC suizo y el art. 24 de la Ordenanza del Registro Inmobiliaria, en Suiza, y los arts. 26, 93 y 94 del nuevo texto del Libro Fundiario en el norte de Italia). En todos estos países se controla también la representación.

En los sistemas de corte anglosajón, el registrador mantiene importantes poderes de decisión. En Inglaterra y Gales, el reglamento, Land Registration Rules (LRR) anterior a la Reforma de 2002 señalaba expresamente que el registrador podía suspender la entrada de cualquier documento que fuera impropio en la forma y la sustancia (Sección 78 LRR). Actualmente el art. 16 de las LRR 2003 atribuye al registrador facultades para hacer un requerimiento si los documentos de la solicitud no están en orden (is not order) o cuando hay un

⁽⁸⁸⁾ Este dato puede ser comprobado personalmente en un registro alemán en el que se presentaban los poderes al encargado de la oficina.

⁽⁸⁹⁾ WOLFF, M. Derecho de..., cit., p. 200.

⁽⁹⁰⁾ PAU, A. "Panorama del derecho inmobiliario alemán incluido en". *La publicidad registral*. Madrid, 2001. p. 75.

MARTINEZ VELENCOSO, L. M. *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el derecho alemán*. Aspectos registrales. Madrid, 2004. p. 79 et seq.

defecto sustancial (substantial defective) para rechazar.⁹¹ Tiene también facultades el registrador para admitir dilaciones en los plazos, sección 6, pedir nuevos documentos, Sección 17 LRR, así como realizar notificaciones, Sección 197 y siguientes LRR. En materia de poderes se deben presentar al registrador y serán objeto de calificación conforme a la Sección 61 y siguientes de las LRR.

También tiene el registrador facultades para exigir el otorgamiento o aportación de determinados documentos, Secciones 75 LRA 2002, y 201 y 55 LRR, y para distribuir costes económicos entre las partes en los procedimientos que se sustancian ante él (Sección 76 LRA 2002 y 202 LRR). Las objeciones que realice una parte ante una solicitud de inscripción las decide el adjudicator, pero si el registrador la considera infundada tiene la facultad de no elevar la objeción, Sección 73 LRA 2002.⁹² En Irlanda las facultades de poder del registrador son muy amplias además de una calificación amplia, también tiene poderes para investigar art. 93 LRA 1964, y para exigir “productions of documents” y distribuir costes, art. 94 LRA 1964, así como facultades para resolver conflictos referentes a linderos y ejerce funciones arbitrales dirimientes en disputas sobre la cabida de fincas transmitidas, arts. 64, 87 y 88 de la Land Registration Act 1964.

En los sistemas nórdicos los encargados de los registros cuentan también con amplias facultades de calificación. En Suecia califican los obstáculos que surgen del registro, la validez del negocio y en particular la no vulneración de una norma imperativa Secciones 6 y 7 del Capítulo 20 del Land Code, pero tiene también amplias facultades para la formación o subsanación de un título incompleto, así puede citar a las partes a una comparecencia, y conceder derecho de audiencia a los interesados y realizar notificaciones. En Finlandia con arreglo al Código de Bienes Inmuebles de 1995 califica la forma y la validez como resulta del Capítulo 12 Sección 4 y del Capítulo 14 Sección 2. También goza de poderes para obtener información de los demás registros públicos Capítulo 6 Sección 4. Si es necesario aclarar algún extremo de la solicitud el registrador puede oír a las partes y recabar escritos. Y al igual que en Suecia tiene facultades para formar el título cuando el documento presentado es insuficiente, pudiendo solicitar nuevas pruebas. Capítulo 12 Sección 3.

En Dinamarca, conforme a la Ley del Registro de la Propiedad de 1926, el registrador califica el fondo y la forma. En particular, califica la legitimación para disponer y por ello se le ha de presentar el correspondiente poder. (Sección 1 y siguientes Ley del Registro de la Propiedad).

⁽⁹¹⁾ Un estudio mas completo, A. M. Solchaga Lopez de Silanes, “El sistema registral en Inglaterra y Gales” pendiente de publicación en el libro *Homenaje a Manuel Amoros Guardiola*.

⁽⁹²⁾ Puede verse. HILL, G.; WALLINGTON, R.; DEW, R.; HARRY, T. *The Land Registration Act 2002*. Londres, 2005. p. 324 et seq.

4. Los sistemas registrables: un intento de clasificación

Atendiendo a la protección que ofrece el sistema registral, manifestada a través de los principios de oponibilidad, presunción de exactitud, y la fe pública, así como la existencia del principio de tracto y en su caso del cierre registral podemos realizar la siguiente clasificación.

1. Sistema de registros únicamente con oponibilidad, con exclusión de la publicidad de las sucesiones *mortis causa*: Bélgica y Luxemburgo, que representan el modelo puro de registro de documentos.

2. Sistema de registro con oponibilidad y continuidad de los asientos: Italia.⁹³

3. Sistema de registro con oponibilidad y tracto, entendido este último no sólo como adquisición previa de un titular inscrito sino también como cierre registral: Francia, aunque el cierre registral no está expresamente recogido en la ley ha sido una aportación jurisprudencial.

4. Sistema de registro con oponibilidad, en sentido amplio, y protección de terceros inatacable en muy limitados casos: Holanda, aunque no hay tracto sucesivo, ni cierre desde el punto de vista legal, la práctica lleva a ello al utilizar el catastro para conseguirlo.

5. Sistema de registro con oponibilidad, en sentido amplio, tracto y cierre, y presunción de exactitud: Alsacia, Lorena y Portugal dentro de los sistemas latino-germánicos, y Escocia e Irlanda dentro de los sistemas anglosajones.⁹⁴

6. Sistemas de registro con fe pública con protección de grado débil porque existen causas de anulación de las enajenaciones antecedentes, no reflejadas en el registro, que dejan desprotegido al tercero: los sistemas nórdicos, Suecia, Dinamarca y Finlandia.

7. Sistemas de registro con fe pública con una protección de grado fuerte al proteger al tercer adquirente de la anulación o resolución por causas que no figuren en el registro: Alemania, Austria, Suiza, Norte de Italia, Inglaterra-Gales y España.

Este modelo sin embargo admitiría variaciones internas en función del papel atribuido a la buena fe. En el modelo alemán y el español la buena fe es el no conocimiento, mientras que en Suiza, Austria y el Norte de Italia la buena fe es

(93) El modelo italiano lograría una inatacabilidad a favor de tercero inscrito frente a demandas de nulidad transcurridos determinados plazos, art. 2.652 del CC.

(94) Portugal tiene un sistema que camina hacia protección del tercero transcurridos tres años desde la inscripción; con lo que se aproximaría a los modelos de fe pública de protección media como Austria. La materia no es pacífica en la doctrina portuguesa por la discordancia entre el art. 17 del Código del Registro Inmobiliario y el art. 291 del CC. En la doctrina portuguesa J. A. Mouteira Guerreiro, L. A. Carvalho Fernandez, M. Jardim, recogido por C. Martínez Escribano, "Lineas generales del sistema registral portugues", pendiente de publicación *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

el “no conocer ni haber podido conocer”. La buena fe es entendida como buena fe-diligencia y por tanto lleva a hacer indagaciones fuera del registro, como se defiende que ocurre en el sistema suizo, de modo que la protección de este modelo sería inferior al modelo alemán o español. Sin embargo como hemos señalado, la jurisprudencia suiza adopta una orientación restrictiva sobre que se entiende por “no haber podido conocer”. El modelo inglés, aunque ya no utiliza la expresión buena fe, pertenecería a este grupo.

También existen supuestos en que la posición del tercero respecto vicios del negocio antecedente no es inatacable hasta transcurrido un período de tiempo. Es el caso de Austria, donde hasta que transcurran tres años⁹⁵ puede anularse la inscripción antecedente sin que el tercero quede protegido, y una vez transcurrido este plazo de tres años desde la inscripción anterior, la posición del tercero deviene inatacable. Esto puede llevar a considerar que hay una suspensión de efectos, y por tanto la protección sería de grado medio. En las regiones del Norte de Italia los plazos son más breves, 60 días para impugnar si se notificó la inscripción y tres años a la falta de notificación.⁹⁶

8. Sistemas en los que existe no sólo fe pública frente a terceros e inscripción convalidante entre las partes, es lo que la doctrina anglosajona llama “indefeasibility” que es la inatacabilidad tanto entre partes como entre terceros. Este modelo no sería seguido por ningún país europeo y es el vigente en los sistemas Torrens de Australia.

5. Conclusiones

Primera: No existen modelos puros de registros de documentos. Hoy existe una gran variedad de sistemas de transcripción que caminan todos hacia un reforzamiento del registro y encontrándose en distinto grado de evolución. Utilizan mecanismos alternativos para reforzar el valor de los asientos como la reducción de plazos para atacar los asientos de la conservaduría en Italia o la ayuda del catastro para la gestión del registro en Holanda. También en los registros de derechos existen distintos grados de protección y las excepciones existentes de la fe pública hacen que esta nunca tenga un carácter absoluto.

Segunda: Todas las reformas que han tenido lugar en Europa desde la francesa de 1955 hasta la actualidad han reforzado con mayor o menor intensidad el papel del registro y la protección de terceros. Así ha ocurrido en Holanda en 1992, Grecia en 1996. En los países anglosajones, Irlanda 1964, Escocia 1979, Inglaterra 2002. En los países nórdicos, Suecia 1970 y 2000, Finlandia 1995. En los países de influencia germánica, no se ha dado ningún retroceso en cuanto al modelo registral y ha correspondido a la jurisprudencia y la doctrina su desarrollo.

⁽⁹⁵⁾ Parágrafo 64 Grundbuchgesetz.

⁽⁹⁶⁾ Arts. 63 y 64. Nuovo testo della legge generale sui libri fondiari.

Tercera: Tanto los registros de documentos cuanto los registros de derechos funcionan con documentación privada con firmas autenticadas. Es un mito creer que esto sólo ocurre en los registros de documentos. En los países nórdicos, anglosajones, así como Austria y el Norte de Italia se funciona con documentación privada y en Suiza en determinados supuestos. La opción por un tipo u otro de documentación es una decisión de conveniencia o prudencia política del legislador pero no representa ninguna exigencia intrínseca de los sistemas, ni en los registros de fe pública, ni en los de documentos. Actualmente hay procesos de reforma hacia la desformalización como es el caso de Portugal, que no corresponde ahora estudiar.⁹⁷

Cuarta: En los registros de documentos, Francia, Italia, Bélgica y Luxemburgo, el mecanismo de transmisión de la propiedad es el contrato con efectos reales. En los sistemas de fe pública conviven mecanismos de transmisión abstractos – Alemania y en cierta medida Inglaterra, que distingue entre contrato y title–, y mecanismos de transmisión causal –Austria, Suiza, Norte de Italia–. En principio, los sistemas registrales permiten operar con distintos mecanismos de transmisión de la propiedad.

⁹⁷ Por ello no responde con la realidad de los modelos registrales la afirmación de la Resolución n. 70/2005 de la Unión Internacional del Notariado de que “la calidad y garantía del documento notarial es lo que permite que, mediante su inscripción, los asientos del registro puedan, en algunos sistemas, estar investidos de una especial eficacia protectora e incluso constitutiva, superior a la simple publicidad frente a terceros” y la menos todavía, la contenida en la resolución de la DGRN de 07.02.2005 “solo el título impregnado de una presunción de legalidad debe acceder al registro, a fin de comunicar ese mismo valor al asiento articulándose a partir de aquí el fundamento del llamado principio de legitimación registral”. La realidad desmiente estas afirmaciones existen registros de fe pública con fuertes efectos derivados de los asientos y los documentos que acceden son privados y, doctrinalmente son incorrectas porque no cabe confundir las presunciones de un documento que no alcanzan a la veracidad del contenido y las presunciones del registro, que son presunciones de derechos, y el contenido del registro se presume exacto e íntegro.

Con mejor criterio y de mayor valor el Tribunal Constitucional en su sentencia de 24.04.1997 “en la práctica ni todo lo que figura en los documentos suele ser objeto de asiento, ni el contenido de esto se ciñe exclusivamente a lo establecido en aquellos, y por fin, lo que es más relevante, aún en los casos en los que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación, no los documentos de los que traen causa”. En la misma línea como la eficacia registral no es una proyección de la eficacia documental. PAU PEDRON, A. “La teoría de los principios hipotecarios”. *La evolución del derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Madrid, 1997. p. 39 et seq.; MENDEZ GONZALEZ, F. “La función calificadora una aproximación desde el análisis económico del derecho”. *La calificación registral*. Madrid, 1996. t. I, p. 23 et seq. GARCIA GARCIA, J. M. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid, 1993 y 2002. t. II y III.

Los sistemas de fe pública pueden operar con distintos mecanismos de transmisión de la propiedad y el consentimiento real no es un obstáculo, pese a lo que algunos autores afirman. Naturalmente supondrá una excepción de algunos efectos del consentimiento real, pero el mismo problema doctrinal se ha suscitado entre el principio de oponibilidad y el consentimiento real.⁹⁸ Problema distinto es el valor que se le da a la inscripción. Naturalmente adoptar un mecanismo u otro de transmisión tendrá efectos sobre el sistema registral y viceversa, pero en principio el sistema registral de fe pública no está necesariamente conectado con un único mecanismo de transmisión como tampoco lo está necesariamente con la inscripción constitutiva.

Quinta: En todos los registros europeos sean de la familia germánica (Alemania, Austria, Suiza y norte de Italia), anglosajona (Inglaterra, Escocia, Irlanda), o nórdica (Suecia, Dinamarca y Finlandia), la calificación de la representación corresponde al encargado del registro. En los sistemas latinos, cuando el acto puede producir unos efectos irreparables, la calificación corresponde también al registrador, así ocurre en Francia, Bélgica y Luxemburgo, en materia de cancelaciones de hipoteca, y en Portugal, en todo caso.⁹⁹

⁽⁹⁸⁾ Las distintas concepciones existentes en la doctrina italiana sobre la oponibilidad han tratado de demostrar su lugar con el principio de consentimiento real. Están recogidos en mi trabajo "Documentación...", cit., pendiente de publicación libro *Homenaje Manuel Amoros Guardiola*.

⁽⁹⁹⁾ Por ello la Ley 24/2005 de 18 de noviembre de impulso a la productividad no ha impulsado la homologación del sistema registral español con Europa, sino con Argentina, Uruguay, Guatemala y El Salvador. Para mas detalle puede verse el informe del Colegio de Registradores a la consulta que dio lugar a la Resolución de 12.04.2002.

2. DOUTRINA INTERNACIONAL

2.4

O REGISTO PROVISÓRIO DE AQUISIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

MÓNICA JARDIM

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O ordenamento jurídico português admite, desde há muito tempo, a inscrição provisória de aquisição e de constituição de hipoteca a favor de pessoa certa, antes de titulado o contrato.

Do ponto de vista registal esta inscrição representa uma “reserva de lugar”, uma salvaguarda de prioridade condicionada à futura realização do contrato produtor de efeitos reais.

De facto, já a Lei hypothecaria de 04.07.1863, no Capítulo II, art. 53.º reconhecia a possibilidade de requerer *registro provisório a quem quisesse constituir hipoteca sobre os seus prédios ou direitos prediais*.

Posteriormente, o Código de Seabra, através do art. 967.º, veio alargar a possibilidade de reserva de prioridade em sentido próprio ao admitir, para além do registro provisório de todas as hipotecas voluntárias e das hipotecas legais mencionadas nos ns. 3.º e 6.º do art. 906.º, o registro provisório das *transmissões por efeito de contrato*.

Por seu turno, o Código de Registo Predial de 1959 (Dec.-lei 42.565) veio admitir, de forma expressa, o registro provisório de aquisição de outros direitos para além da hipoteca e da propriedade.

Até 1984, o registro provisório de aquisição era lavrado em face de declaração escrita pelo proprietário ou pelo titular dos respectivos direitos e assinada pelo mesmo, perante o notário, com reconhecimento da letra e da assinatura. Portanto, até essa data, o registro em apreço era lavrado apenas com base em declaração autónoma emitida, especificamente com esse objectivo, pelo titular do direito.

Foi o Código de Registo Predial de 1984 (Dec.-lei 224/84) que introduziu a possibilidade deste registro ser feito com base em contrato-promessa.

Actualmente, o registro provisório de aquisição encontra-se regulado no art. 47.º do C.R.Pred., nos termos do qual:

“1. O registro provisório de aquisição de um direito ou de constituição de hipoteca voluntária, antes de titulado o negócio, é feito com base em declaração do proprietário ou titular do direito.

2. A assinatura do declarante deve ser reconhecida presencialmente, salvo se for feita na presença do funcionário da conservatória competente para o registo.

3. O registo provisório de aquisição pode também ser feito com base em contrato-promessa de alienação”.

Traduzindo-se o registo provisório de aquisição, do ponto de vista registal, numa reserva de prioridade própria, pretende assegurar o futuro adquirente de que a situação registal permanecerá inalterada entre o momento em que é feito o registo provisório e o momento em que, efectivamente, obtém o direito a que tal registo confere publicidade. Assim sendo, pretende proteger o futuro adquirente contra a inscrição de factos jurídicos aquisitivos que possam ocorrer entre o momento em que consultou o registo e o momento em que o registo definitivo é feito a seu favor.

Sendo este o objectivo da figura, a sua consagração no nosso ordenamento jurídico parece de louvar. Mas, quando se analisa com mais pormenor esta hipótese de reserva de prioridade em sentido próprio, várias questões se colocam, nomeadamente:

Em que medida o nosso sistema de direito substantivo suporta a possibilidade de se reservar a prioridade para um direito que ainda não nasceu?

Qual o valor que deve ser reconhecido ao registo provisório de aquisição?

A quem deve ser reconhecida legitimidade para solicitar o registo provisório de aquisição baseado em contrato-promessa?

As respostas a estas questões não têm sido unívocas; de facto as opiniões dividem-se, *maxime* entre os Tribunais e o Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado. Porque assim é, antes de expormos a nossa opinião, começaremos por apresentar, muito resumidamente, a posição que tem sido mantida ao longo dos tempos pelo Conselho Técnico e a mais recente posição adoptada pelo Supremo Tribunal de Justiça.

O registo provisório de aquisição na perspectiva do Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado

Segundo o Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado, o registo provisório de aquisição significa uma “reserva de lugar”, tem um fim cautelar e de pré-protecção tabular. Apesar de a transferência do direito de propriedade se operar com o contrato futuro, e não com a declaração do titular registal ou com o contrato-promessa, aquele que passa a ser titular do registo provisório de aquisição pode opor a terceiros o direito que adquirir por efeito do futuro contrato *a partir do registo provisório*.

Um registo, ainda que provisório, pode (porque a lei assim quis) conferir uma eficácia e uma oponibilidade perante terceiros desde a data em que é lavrado. Só que, no caso de provisoriedade, tais efeitos ficam condicionados a que (no prazo da sua vigência) venham ser convertido em definitivo. Ou, noutra

perspectiva, essa prevalência que constitui uma *mais-valia*, um direito (tabular), resolver-se-á se e quando extinguírem-se os efeitos desta inscrição por caducidade ou por cancelamento (art. 10.º do C.R.Pred.).

O Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado recusa, assim, o argumento, amiúde utilizado, de que a simples declaração do proprietário ou o contrato-promessa sem eficácia real só gera direitos de natureza puramente obrigacional. Pois afirma: se é verdade que inexistindo registo esses são os únicos efeitos que se verificam, também é verdade que uma vez realizada a inscrição provisória por natureza de aquisição, com suporte naqueles apontados títulos, ela passa a ser invocável perante terceiros, pois, no sistema registal português, o registo acrescenta à eficácia *inter partes* do facto registado a oponibilidade deste a terceiros a partir da data do registo, por força do n. 1 do art. 5.º e do art. 6.º, ambos do C.R.Pred.

Em resumo, na perspectiva do Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado o registo provisório de aquisição, do ponto de vista da eficácia substantiva em face de terceiros que tenham adquirido direitos do, ou contra o, ainda proprietário do bem, pouco ou nada diverge do registo definitivo do contrato-promessa dotado de eficácia real. Existindo apenas, por força da lei, diversidade quanto à técnica ou procedimento registal subsequente a cada um desses registos, pois um é lavrado como provisório enquanto o outro o é como definitivo.

Quanto à questão de saber quem tem legitimidade para requerer o registo provisório de aquisição baseado em contrato-promessa, o Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado reconhece legitimidade quer ao promitente alienante, quer ao promitente adquirente. Por um lado, porque considera que o pressuposto genérico do registo provisório da aquisição é a declaração de intenção de alienar ou de onerar que consta, obviamente, no contrato-promessa. Por outro, porque entende que tal solução é a que resulta do art. 36.º do C.R.Pred., segundo o qual: “Têm legitimidade para pedir o registo os sujeitos, activos ou passivos, da respectiva relação jurídica e, em geral, todas as pessoas que nele tenham interesse”.

O registo provisório de aquisição na perspectiva do Supremo Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal de Justiça, através dos acórdãos de 08.02.2000¹ e de 15.05.2001,² manifestou opinião idêntica à do Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado, afirmando que, uma vez celebrado um con-

(1) Acórdão recolhido na base de dados da DGSJ. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>.

(2) Acórdão disponível em <<http://cidadevirtual.pt/stj/jurispt>>.

trato-promessa de compra e venda de um imóvel e obtida a inscrição provisória da aquisição, ao abrigo do art. 92, n. 1, g, do C.R.Pred., a posterior aquisição por escritura pública, antes da caducidade desse registo, mantém a prioridade que já tinha como provisória, nos termos do art. 6.º, n. 3, do mesmo Diploma. E que, assim sendo, mesmo que tenha sido efectuada e registada a penhora desse imóvel, antes de celebrada a escritura de compra e venda mas depois de efectuada aquela inscrição provisória, nem por isso a venda é ineficaz relativamente ao exequente.

Entretanto, a 25.06.2002, o Supremo Tribunal de Justiça veio adoptar um entendimento diametralmente oposto. De facto, o Supremo Tribunal de Justiça, neste acórdão, com base nos arts. 408.º, n. 1, 1.316.º e 1.317.º, c, do CC, deu por assente que o simples registo provisório de aquisição não pode ter o efeito de fazer retroagir a aquisição da propriedade à data do dito registo provisório e, por isso, no caso em apreço, considerou que o registo posterior de um arresto devia ter sido feito como definitivo, não sendo aplicável a alínea *a* do n. 2 do art. 92.º do C.R.Pred. nem, consequentemente, o art. 119.º do mesmo Diploma, e afirmou que o dito arresto prevalecia sobre a alienação posteriormente feita a favor do titular do registo provisório.

Extrapolando o raciocínio desenvolvido pelo Supremo Tribunal de Justiça para uma hipótese em que em confronto estivessem um registo provisório de aquisição e um registo de um facto aquisitivo incompatível, a favor de um terceiro, com base na vontade do proprietário do bem, chegamos à conclusão de que o Supremo Tribunal de Justiça, com base no art. 408.º, n. 1, do CC, teria reconhecido prevalência ao direito do terceiro, considerando a alienação posteriormente feita a favor do titular do registo provisório como uma alienação de coisa alheia.

Portanto, se bem entendemos, o Supremo Tribunal de Justiça, actualmente, nega ao registo provisório de aquisição uma qualquer função de pré-protecção tabular e, consequentemente, um qualquer efeito em face de um direito de terceiro.

O registo provisório de aquisição na nossa perspectiva

Na nossa perspectiva, o registo provisório de aquisição, do ponto de vista registal, traduz-se, como já afirmámos, numa reserva de prioridade própria e causal. Reserva essa a que se tem de reconhecer, necessariamente, efeitos substantivos, pois admitir que o registo provisório de aquisição se limita a aspectos meramente registais, sem prejudicar a prioridade substantiva, implica torná-lo absolutamente ineficaz, para além de altamente enganador para quem o solicita e por ele paga. A afirmação é evidente quando se tem em conta que a reserva de prioridade só conduziria a um aparente regime de segurança provisória, já que, em caso de colisão de interesses, a questão da prioridade substantiva teria de ser, sempre, resolvida pelos tribunais, e estes, em caso de incompatibilidade entre um direito nascido e consumado perante as regras de direito civil e outro sim-

plesmente projectado e anunciado, dariam preferência, indubitavelmente, ao primeiro, com desprestígio para a norma de direito registal.

E contra o acabado de afirmar, não colhe o argumento segundo o qual o registo provisório não pode ter consequências substantivas à medida que nenhuma norma do Código Civil lhe reconhece tal eficácia. E isto porque, se é verdade que o direito registal é direito adjectivo ao serviço do direito substantivo, também é verdade que no nosso Código de Registo Predial existem normas com eficácia substantiva, para o comprovar, basta lembrar o n. 1 do art. 5.º.³

Afastamo-nos, assim, da argumentação avançada, recentemente, pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Não obstante, também não perfilhamos a posição do Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado, segundo a qual o registo provisório de aquisição, do ponto de vista da eficácia substantiva em face de terceiros que tenham adquirido direitos do, ou contra o, ainda proprietário do bem, não diverge do registo definitivo do contrato-promessa dotado de eficácia real, existindo, apenas, por força da lei, diversidade quanto à técnica ou procedimento registal subsequente a cada um desses registos; e ainda, segundo a qual deve ser reconhecida legitimidade para requerer o registo provisório de aquisição baseado em contrato-promessa, com eficácia meramente obrigacional, quer ao promitente alienante, quer ao promitente adquirente, tal como quando está em causa um registo de um contrato-promessa dotado de eficácia real.

⁽³⁾ Segundo o n. 1 do art. 5.º do C.R.Pred.:

“Os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo” (cf. n. 1 do art. 5.º).

Tentando conciliar esta regra com o princípio da consensualidade consagrado no art. 408.º, n. 1, do CC, por força do qual a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada se dá por mero efeito do contrato, a melhor doutrina afirma que o registo *consolida* as situações jurídicas emergentes dos actos sujeitos a registo, ao assegurar-lhes a manutenção da sua plena eficácia – interna e externa. E que, consequentemente, na falta de registo, quem seja parte no negócio corre o risco de, com base na situação registal anterior – em relação à qual funciona a presunção de titularidade de direito –, ver constituída e registada a favor de outrem uma situação jurídica incompatível com a emergente do seu negócio e sobre ela prevalecente, à medida que beneficia de registo prioritário (cf. art. 6.º do C.R.Pred.).

Ou seja, segundo a doutrina nacional dominante, por força da lei o registo de um negócio jurídico, que não padece de outra causa de invalidade que não seja a ilegitimidade do *tradens* decorrente da anterior disposição válida, atribui o direito ao titular inscrito e, porque não podem passar a existir dois direitos incompatíveis, ao mesmo tempo, resolve, na medida do necessário, os efeitos da primeira aquisição.

Assim, a inscrição no registo, de um facto aquisitivo, que quando analisado isoladamente é válido, funciona como condição legal da eficácia da segunda transmissão e, simultaneamente, como *condictio iuris* resolutive da primeira. *Condictio iuris* resolutive cujos efeitos se produzem apenas para o futuro.

Quanto a nós, também não é esta a melhor interpretação da lei.

Imaginemos o seguinte exemplo:

– *A*, proprietário de um prédio urbano, pretende celebrar com *B* um contrato-promessa de compra e venda;

– *B* pretende dotar o referido contrato-promessa de eficácia em face de terceiros, nos termos do art. 413.º do CC;

– *A* recusa-se, pois sabe que um seu credor se prepara para intentar contra si uma acção executiva e receia que esse credor venha a impugnar o pretendido contrato-promessa, designadamente através de uma acção pauliana;

– Acaba por ser celebrado um contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, fixando-se a data da celebração da escritura de compra e venda para dali a 5 meses;

– *B* dirige-se à conservatória do Registo Predial e com base no contrato-promessa requer a seu favor um registo provisório de aquisição.

Se *A*, antes da data fixada para a celebração do contrato de compra e venda e, portanto, antes da propositura de qualquer eventual acção de execução específica, vir o seu prédio penhorado no âmbito de uma acção executiva, que direitos serão reconhecidos a *B*?

Na perspectiva do Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado, como ao registo provisório de aquisição se devem reconhecer os mesmos efeitos que ao registo definitivo do contrato-promessa, a penhora registada posteriormente há de ser ineficaz em face de *B*, não obstante a que este adquira o direito real tal como havia projectado.

Parece-nos excessivo.

Entendemos, por um lado, que o legislador português não teve a intenção de atribuir legitimidade ao promitente adquirente para requerer o registo provisório de aquisição.

E entendemos, por outro, que o legislador não pretendeu equiparar os efeitos do registo provisório de aquisição aos efeitos do contrato-promessa dotado de eficácia real.

Vejamos com mais pormenor.

Da legitimidade para requerer o registo provisório de aquisição

Através do registo provisório de aquisição publicita-se um direito real ainda não existente na esfera jurídica daquele que passa a constar como titular registal, não se publicita um direito real já existente nem sequer um direito de crédito.

O que se inscreve é a aquisição, mas o título que serve de base a este registo não é um facto jurídico aquisitivo de um direito real, pois tal título ainda não existe; espera-se que venha a existir e a produzir os correspondentes efeitos

reais. É por isso que a inscrição é feita provisoriamente por natureza – ela publica um direito antes do correspondente facto aquisitivo ocorrer (v.g., a compra e venda, a doação etc.). Daí que tenhamos dito que este registo configura uma hipótese de reserva de prioridade própria.

O título que serve de base a esta inscrição provisória é a declaração proferida pelo titular registal que pretende transmitir ou onerar, no futuro, o seu direito. Declaração essa que pode ser feita autonomamente ou ser inerente a um contrato-promessa através do qual o titular registal se tenha vinculado a transmitir o direito. De facto, mesmo quando o registo provisório de aquisição é realizado com base na apresentação de um contrato-promessa, o título que serve de base à inscrição de aquisição não é esse contrato-promessa, gerador de uma relação jurídica obrigacional insusceptível de ser inscrita, mas a declaração do titular registal que nele está contida. Declaração essa especialmente qualificada: pois quem se obriga a alienar ou a onerar manifesta – porque o mais contém o menos – a intenção de alienar ou de onerar.

Porque assim é, entendemos que apenas deve ser reconhecida legitimidade para requerer o registo provisório de aquisição ao titular registal, mesmo quando exista contrato-promessa. Na verdade, não obstante o art. 36.º do C.R.Pred. reconhecer legitimidade a quem seja sujeito activo ou passivo da relação jurídica a inscrever, consideramos que este artigo supõe que a dita relação jurídica já exista, o que nesta hipótese não ocorre.

Acresce que, tendo em conta que o registo provisório de aquisição priva o até ali titular dos benefícios inerentes à sua posição registal, em prol do futuro adquirente, não é plausível que o legislador tenha pretendido que a feitura do referido registo provisório dependesse apenas da declaração de intenção de alienar ou de onerar contida no contrato-promessa. Parece-nos mais razoável que o legislador tenha pretendido também uma manifestação de vontade tendente à produção de tal efeito, ou seja, a solicitação do registo feita pelo titular registal.

Consideramos, consequentemente, que apenas deve ser reconhecida legitimidade àquele que é sujeito do acto que titula o registo, ou seja, àquele que declara a sua intenção de, no futuro, vir a alienar ou onerar – o actual titular registal – e que quer, através desse registo, limitar a eficácia aos actos de alienação ou de oneração posteriores que se revelem incompatíveis com o futuro direito daquele a favor de quem é feita a inscrição provisória.⁴ Limitação de eficácia essa que findará caso o registo provisório caduque ou venha a ser cancelado.

⁽⁴⁾ Sob pena de na prática poderem ocorrer situações como a que em seguida se descreve:

- A, proprietário de um prédio urbano, pretende celebrar com B um contrato-promessa de compra e venda;
- A exige a B um sinal simbólico de 1.000 Euros;
- B pretende dotar o referido contrato-promessa de eficácia em face de terceiros, nos termos do art. 413.º do CC;

É esta interpretação que melhor se harmoniza, por um lado, com o art. 34.º, n. 2, do C.R.Pred., uma vez que reconhecer ao futuro adquirente legitimidade para solicitar o registo provisório de aquisição, sem prévia manifestação de vontade expressa do titular registal quanto à feitura desse novo registo, implica a atribuição do poder de alterar um registo alheio, envolvendo, assim, uma clara violação do princípio do trato sucessivo. E por outro, com o preceituado no n. 4 do art. 92.º do mesmo Diploma Legal, onde é exigido para a renovação da inscrição do registo provisório de aquisição baseada em contrato-promessa de alienação, documento que comprove o consentimento das partes, não bastando um pedido formulado por um dos interessados.⁵

Acresce que esta é a única interpretação compatível com a soberania característica dos direitos reais, pois é absolutamente inconcebível que um terceiro

– A recusa-se, pois não afasta a hipótese de vender o dito prédio a outra pessoa, caso esta lhe ofereça um preço que considere vantajoso, tendo em conta a obrigação, imposta por lei, de entregar a *B* o sinal em dobro;

– Acaba por ser celebrado um contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, fixando-se a data da celebração da escritura de compra e venda para dali a seis meses;

– *B* dirige-se à conservatória do Registo Predial e com base no contrato-promessa requer a seu favor um registo provisório de aquisição.

– *A*, antes da data fixada para a celebração do contrato de compra e venda, aliena o bem a *C*.

– *C* requer o registo da aquisição e este é lavrado como provisório por natureza, de acordo com o prescrito na alínea *b* do n. 2 do art. 92.º.

– *B*, tomando conhecimento do ocorrido, intenta acção de execução específica e regista-a provisoriamente (cf. alínea *a* do n. 2 do art. 92.º). Registo este que é feito por averbamento (cf. art. 100.º, n. 1.º, do C.R.Pred.) daquela outra inscrição, de modo a completá-la com a introdução dos efeitos pretendidos na acção.

– A acção de execução específica é julgada procedente – tendo em conta o prioritário registo provisório de aquisição.

– É registada a decisão (também, por averbamento, nos termos da alínea *c* do n. 2.º do art. 101.º do C.R.Pred.) e, consequentemente, caduca o registo feito a favor de *B* (cf. o n. 6 do art. 92.º do C.R.Pred.), ficando *A* obrigado a indemnizá-lo.

⁽⁵⁾ Foi, como já referimos, o Dec.-lei 533/99 que introduzindo esta exigência veio deixar claro que a renovação não pode ocorrer com base na vontade de apenas uma das partes do contrato.

Refira-se que em face da expressão anteriormente utilizada pelo legislador, no n. 3 do art. 92.º do Dec.-lei 355/85 – “a pedido dos interessados” – o Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado defendia que a circunstância de ser usado o plural “interessados” no normativo em questão não significava, necessariamente, uma referência a ambas as partes do contrato-promessa. Até porque, quando a lei fala em “interessados no registo” quer normalmente reportar-se aos beneficiários desse mesmo registo ou àqueles que, embora indirectamente, tenham interesse em tal registo.

possa, sem autorização expressa da lei e independentemente da vontade do titular do direito real, alterar a sua situação registal para, assim, tentar tornar, em face de si, ineficazes os actos de alienação ou de oneração praticados, posteriormente, por, ou contra, aquele que detém o domínio.

Por último, refira-se que quanto mais efeitos substantivos se reconhecerem ao registo provisório de aquisição mais força ganham os argumentos supra-referidos.

Em resumo, na nossa opinião, o legislador quando, em 1984, admitiu a possibilidade de o registo provisório de aquisição ser lavrado com base em contrato-promessa, não visou atribuir legitimidade ao promitente adquirente para requerer o referido registo; visou, apenas, facilitar a actuação do titular do registo definitivo, deixando de lhe exigir que manifestasse autonomamente a intenção de alienar ou de onerar o bem no futuro, sempre que já houvesse celebrado um contrato-promessa.

Dos efeitos que devem ser reconhecidos ao registo provisório de aquisição

O legislador português não teve a intenção de equiparar a eficácia do registo provisório de aquisição à eficácia do contrato-promessa dotado de eficácia real, desde logo, porque a consagração legislativa do registo provisório de aquisição é bem mais antiga do que a admissibilidade do contrato-promessa dotado de eficácia real. Por outro lado, o legislador quando admitiu o contrato-promessa dotado de eficácia real não lhe pretendeu atribuir a função e os efeitos já antes reconhecidos ao registo provisório de aquisição. Isso mesmo resulta da evolução legislativa ocorrida quer em matéria de registo provisório de aquisição quer em matéria de contrato-promessa.

Analisemos a referida evolução legislativa.

Como já se referiu, foi o Código de Seabra que, através do art. 967.º, admitiu pela primeira vez o registo provisório das *transmissões por efeito de contrato*, exigindo, nos termos do art. 969.º, que tal registo fosse feito “em presença de simples declarações escritas e assinadas pelo possuidor do prédio” sendo a letra e a assinatura reconhecidas por tabelião.

Por seu turno, foi o actual Código Civil, na sua versão primitiva de 1966, que através do art. 413.º, veio admitir o contrato-promessa dotado de “eficácia real”, exigindo às partes, que pretendessem dotar o contrato de tal eficácia, que o reduzissem a escritura pública e que requeressem o correspondente registo.

Pois bem, se a intenção do legislador tivesse sido a de atribuir ao registo do contrato-promessa dotado de eficácia real os mesmos efeitos substantivos que reconhecia ao registo provisório de aquisição, por que é que haveria de exigir que o contrato-promessa fosse reduzido a escritura pública?

Por outro lado, cabe perguntar: Se essa tivesse sido a intenção do legislador, até que ponto a novidade legislativa seria vista pelos particulares como algo de vantajoso? De facto, quem despenderia o seu dinheiro numa escritura pública

para obter os mesmos efeitos substantivos que obteria com uma declaração escrita *pelo proprietário ou pelo titular dos respectivos direitos* e assinada pelo mesmo, perante o notário, com reconhecimento da letra e da assinatura, nos termos do art. 122.º do C.R.Pred. de 1959? Sobretudo, tendo em conta que o Código de Registo Predial de 1959 havia estendido para 180 dias o prazo durante o qual o registo provisório de aquisição haveria de ser convertido?

Acresce que, posteriormente, o Código de Registo Predial de 1984 veio admitir a possibilidade de o registo provisório de aquisição ser feito com base em contrato-promessa, dotado de eficácia meramente obrigacional, com reconhecimento presencial das assinaturas. E o Dec.-lei 355/85 veio prever um prazo excepcional de vigência para o registo provisório de aquisição baseado em contrato-promessa – três anos –, renovável por períodos de igual duração, *a pedido dos interessados*, mediante documento que comprovasse a subsistência da razão da provisoriedade. Mantendo-se, não obstante, incólume o art. 413.º do CC, nos termos do qual as partes caso pretendessem atribuir eficácia real ao contrato-promessa o deviam reduzir a escritura pública e efectuar o correspondente registo.

E, em 1986 quando, através do Dec.-lei 379/86, foi reformulado integralmente o art. 413.º do CC, a dita reformulação não visou, como se sabe, reduzir as exigências impostas para se dotar um contrato-promessa de “eficácia real”, muito pelo contrário, a reformulação do referido artigo trouxe consigo uma nova exigência – a declaração expressa de que as partes pretendem dotar o contrato-promessa de eficácia *erga omnes*.

Ao invés, o Código de Registo Predial de 1999, de 11 de dezembro, veio facilitar o ingresso do registo provisório de aquisição, quando fundado em contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, ao prescindir do reconhecimento presencial das assinaturas dos outorgantes.⁶

Pois bem, da diversidade de exigências formuladas pelo legislador, ao longo dos tempos, consoante em causa esteja um registo provisório de aquisição ou um

⁶ É certo que o Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado já afirmou que a alteração da regra do n. 3 do art. 47.º do C.R.Pred. apenas teve em vista aceitar os requisitos e os efeitos que a lei substantiva considera inerentes ao contrato-promessa. Mas, a verdade é que, também concluiu: “O contrato-promessa de compra e venda de edifício que não contenha as formalidades exigidas pelo art. 410.º, n. 3, do CC enferma de uma nulidade mista ou atípica (e não de uma nulidade absoluta ou manifesta), pelo que, por tal motivo, não pode ser recusado o registo provisório de aquisição, pedido com base em contrato-promessa de compra e venda de edifício que não tenha o reconhecimento presencial das assinaturas dos promitentes, nem a certificação, pelo notário, da existência de licença de construção ou de utilização – arts. 47.º, n. 3, 68.º e 69.º, n. 1, d, do C.R.Pred.”.

Cf. parecer do Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado proferido no Processo n. RP 296/2000.DSJ-CT, recolhido na base de dados da DGRN – Direcção Geral dos Registos e do Notariado – Publicações – BRN, II Caderno, 10/2001, disponível em: <http://www.dgrn.mj.pt/BRN_1995-2001/htm>.

registo de um contrato-promessa dotado de eficácia real, têm de ser retiradas consequências. Pois, se é verdade que negar eficácia substantiva ao registro provisório de aquisição implica retirar qualquer utilidade a este registro, deixando, assim, sair pela janela aquilo que o legislador fez entrar pela porta em nome e no interesse da segurança do comércio jurídico, também é verdade que, reconhecer ao registro provisório de aquisição os mesmos efeitos que ao registro do contrato-promessa dotado de "eficácia real" é deixar entrar pela janela aquilo que o legislador, no Código Civil, impediu que entrasse pela porta. Sobretudo quando se sabe que o legislador só foi tão exigente, no domínio do contrato-promessa dotado de eficácia em face de terceiros, porque pretendeu assegurar-se de que as partes ao celebrarem o dito contrato estariam perfeitamente esclarecidas do que é a "eficácia real", ideia que ainda hoje não faz parte do *património cultural comum*.

E nem se diga que as exigências formuladas pelo legislador são diversas, consoante os casos, porque num caso estamos perante um registro provisório enquanto no outro está em causa um registro definitivo.

Entendemos, ao invés, que a dita disparidade resulta do facto de o legislador nacional não ter reconhecido ao contrato-promessa dotado de eficácia real a mesma função e efeitos que reconhecia ao registro provisório de aquisição. E que o facto de um dos registros ser definitivo e o outro provisório é também consequência da sua diversa função.

Esclarecendo e concretizando.

Na nossa perspectiva, na esteira do Prof. Dr. Henrique Mesquita, o registro do contrato-promessa dotado de eficácia em face de terceiros, ou de "eficácia real", cumpre uma função idêntica à da pré-inscrição do direito alemão, ou seja, dota o direito de crédito decorrente do contrato-promessa de eficácia equiparada à dos direitos reais, afastando, assim, o perigo de ele vir a ser inviabilizado, no todo ou em parte, por actos de alienação ou de oneração do objecto do contrato prometido registados posteriormente, pois estes são, em face de si, ineficazes.

Consideramos, portanto, que o legislador através do contrato-promessa dotado de eficácia real visou proteger um direito de crédito já existente ou, por outras palavras, visou proteger aquele que tem um direito à alienação ou constituição de um direito real contra o titular registal inscrito.

Por seu turno, consideramos que o registro provisório de aquisição se traduz numa reserva de prioridade própria e que o legislador, através dele, permite que o titular registal inscrito, que pretenda alienar o seu direito apenas no futuro, limite a eficácia substantiva de actos posteriores que se revelem incompatíveis com o direito que virá a nascer na esfera jurídica daquele a favor de quem é feita a inscrição provisória, ficando, por isso, desde logo, privado dos benefícios inerentes à sua posição registal, em proveito do futuro adquirente. Não obstante, deve entender-se que tal limitação apenas opera em face de posteriores direitos incompatíveis que assentem em título dispositivo proveniente do titular inscrito, não assegurando, portanto, o futuro adquirente em face de actos praticados por terceiros contra o titular do registro definitivo (v.g., arresto, penhora ou apreên-

são em processo de falência), já que não é razoável supor que o legislador tenha pretendido atribuir ao titular registal inscrito a possibilidade de limitar a eficácia substantiva de uma eventual e futura actuação legítima de um terceiro.

Entendemos que esta é a interpretação mais conforme ao preceituado no art. 9.º do CC segundo o qual: “A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”.

Consequências a retirar da posição assumida em face de algumas hipóteses que podem ocorrer na prática

1.ª hipótese: A, proprietário do prédio urbano X e titular registal inscrito, solicita o registo provisório de aquisição do dito prédio a favor de B com base em contrato-promessa. Posteriormente A aliena o bem em causa a C, sendo este negócio registado provisoriamente, de acordo com o art. 92.º, n. 2, b, do C.R.Pred. Se A, em seguida, alienar, novamente, o bem a B, ou se a pedido de B for decretada a execução específica do contrato, quando for solicitado o registo desta aquisição o registo provisório converter-se-á em definitivo (mercê da excepção consagrada na parte final do n. 2 do art. 34.º do C.R.Pred.), conservando a prioridade que tinha como provisório (cf. o n. 3 do art. 6.º do mesmo Diploma Legal) e, consequentemente, será cancelado oficiosamente o registo de C, de acordo com o n. 6 do art. 92.º do C.R.Pred.

Como resulta do exposto, a posição jurídica de B prevalecerá sobre a de C, em virtude do registo provisório de aquisição.

E a explicação para tal desfecho é esta: A, ao solicitar o registo provisório de aquisição a favor de B, limitou, voluntariamente, a eficácia dos actos de alienação ou de oneração que posteriormente viesse a praticar e se revelassem incompatíveis com o futuro direito de B; tal limitação de eficácia, surgindo com o registo, nasceu e tornou-se pública em simultâneo e, portanto, qualquer futuro interessado em celebrar com A um negócio tendente à aquisição de um direito incompatível com a projectada aquisição de B foi informado de que o dito negócio, apesar de válido, seria ineficaz no confronto de B, e que o correspondente registo apenas poderia ser feito como provisório por natureza – à medida que dependia indirectamente da sorte do registo feito a favor de B. Mais: foi informado de que tal negócio, porque ineficaz em face de B, não geraria a impossibilidade de cumprimento do contrato-promessa, podendo, consequentemente, o contrato prometido ser válida e eficazmente celebrado, quer voluntariamente, quer no âmbito de uma acção de execução específica e dar origem à conversão em definitivo do registo provisório de aquisição, bem como ao cancelamento oficioso de qualquer registo provisório de um negócio em face de si ineficaz.

Assim sendo, caso C opte por celebrar o negócio com A, não poderá depois alegar ter adquirido, por mero efeito do contrato (cf. art. 408.º do CC), o direito

real antes de *B*, pois os direitos reais transmitem-se por mero efeito do contrato e tornam-se eficazes *erga omnes*, mas é suposto que o referido contrato exista, seja válido e eficaz, e neste caso o negócio é perante *B* ineficaz.⁷ Por outro lado, de nada adiantará a *C* vir invocar o registo feito a seu favor, pois este nunca beneficiou de prioridade em face do registo provisório de aquisição, ao invés, esteve sempre dependente da sorte que este viesse a ter.

Por último, refira-se que não obstante o direito de *B* prevalecer, não temos dúvidas de que este apenas foi adquirido na data da celebração do contrato prometido, mesmo em face de *C*.⁸

Afastamo-nos, assim, da posição do Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado e concordamos com o Supremo Tribunal de Justiça quando afirma que o simples registo provisório de aquisição com base em contrato-promessa não tem o efeito de fazer retroagir a aquisição da propriedade à data do registo provisório. Consideramos necessário distinguir o acto de aquisição em face do correspondente registo, bem como os efeitos de um perante os efeitos do outro; pois se é verdade que, por força do n. 3 do art. 6.º do C.R.Pred., os efeitos do registo definitivo retroagem à data do registo provisório, também é verdade que a aquisição do direito, entre nós, não é, em regra, um efeito do registo definitivo, mas sim um efeito do acordo de vontades.

Mas tal não obsta, quer do ponto de vista substantivo quer do ponto de vista registal, à prevalência do direito de *B* em face de *C* pois, na nossa perspectiva, este adquiriu um direito ineficaz em face de *B*.

Em resumo, apesar de chegarmos ao mesmo resultado prático que o Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado, não defendemos que o que justifica a prevalência do direito de *B* em face do de *C*, seja o facto de *B* poder opor a *C* o direito que apenas virá a adquirir no futuro, porque após a conversão tudo se vai passar como se o direito tivesse ingressado no seu património a partir do registo provisório da aquisição. Consideramos, ao invés, que o que justifica a prevalência do direito de *B* em face do de *C* é o facto de o registo provisório de aquisição, por si só, independentemente da conversão, gerar a

(7) No âmbito de uma acção de execução específica *A*, também, não poderá invocar, procedentemente, a impossibilidade de cumprimento decorrente da alienação feita a *C*, uma vez que esta ocorreu durante o período em que os seus actos de alienação ou de oneração a favor de terceiro estavam, por si, voluntariamente, privados de eficácia.

(8) Quem considerar que, após a conversão, o beneficiado com o registo provisório de aquisição é, em face de um terceiro, o verdadeiro titular do direito desde a data deste registo, tem que reconhecer àquele, e não a este, o direito aos frutos que a coisa produziu entre a data em que foi celebrado o negócio com o terceiro e a data em que ocorreu a conversão em definitivo do registo provisório de aquisição.

Não obstante, é claro que, entre nós, o referido terceiro tem sempre a possibilidade de invocar o direito aos frutos percebidos como possuidor de boa fé, de acordo com o art. 277.º, n. 3, que remete para o art. 1.270.º, n. 1, ambos do CC.

ineficácia substantiva de quaisquer negócios incompatíveis que venham a ser celebrados pelo titular da inscrição definitiva, que foi quem, ao solicitar aquele registo, voluntariamente limitou a eficácia dos negócios que viesse a celebrar posteriormente. Embora, obviamente, tal limitação de eficácia num primeiro momento esteja condicionada resolutivamente, só se estabilizando e tornando permanente após o registo tempestivo do contrato para o qual foi reservada a prioridade.⁹

2.^a hipótese: A, proprietário do prédio X e titular registal inscrito, solicita o registo provisório de aquisição a favor de B; posteriormente, o dito prédio é alvo de um arresto, de uma penhora ou de apreensão em processo de falência ordenada contra A.

Quid iuris?

Concordamos com o Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado quando afirma que existindo registo provisório de aquisição a favor de pessoa diversa do requerido ou do executado, o arresto, a penhora ou a apreensão em processo de falência deve ser registado provisoriamente por natureza, nos termos do art. 92.º, n. 2, a, – sob pena de não se cumprir o disposto no n. 2 do art. 34. do C.R.Pred. –, devendo, consequentemente, considerar-se aplicável o art. 119.º do C.R.Pred.¹⁰

No entanto, nesta hipótese, não reconhecemos ao titular do registo provisório de aquisição, mesmo que continue a pretender a referida aquisição, a possibilidade de vir ao processo declarar que o direito lhe pertence, quando citado nos termos do n. 1 do art. 119.º do C.R.Pred., e entendemos que, caso o faça,

⁽⁹⁾ Registo este que é feito por averbamento, nos termos da alínea c do n. 2 do art. 101.º do C.R.Pred.

⁽¹⁰⁾ Além de entendermos que o conservador não pode tomar outra atitude em face do princípio do trato sucessivo, consideramos que esta é a atitude mais razoável tendo em conta que ao conservador não compete decidir qual é o melhor direito; o que viria a fazer caso efectuasse como definitivo o registo do arresto, da penhora ou da apreensão. Por outro lado, na nossa perspectiva, a citação do titular inscrito provisoriamente, ao abrigo do art. 119.º, tem todo o interesse para a certeza e segurança das relações jurídicas registadas e a registar, porque ao dar ao interessado registal a oportunidade de se pronunciar sobre o seu eventual direito, estimula-o a fazer prova dele, se entretanto já o tiver adquirido, dirimindo-se, na sequência, as questões que sejam suscitadas, nos meios comuns, sobre a prevalência dos direitos incompatíveis – tudo antes de prosseguir a titulação definitiva de subsequentes actos.

Afastamo-nos, assim, da opinião manifestada pelo Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 25.06.2002, segundo a qual o registo de um arresto ordenado contra aquele que consta do registo como titular registal definitivo, mesmo que efectuado depois de um registo provisório de aquisição, não deve ser feito como provisório por natureza, nos termos da alínea a do n. 2 do art. 92.º do C.R.Pred., porquanto a propriedade não está registada a favor de pessoa diversa do arrestado, não conduzindo, assim, à aplicação do art. 119.º do C.R.Pred.

pelos meios processuais comuns, o litígio há de ser resolvido contra si. Porquanto, como referimos, não nos parece correto aceitar a afirmação segundo a qual, o titular do registo provisório de aquisição pode opor o direito que virá a adquirir no futuro, porque após a conversão tudo se passará como se o direito tivesse ingressado no seu património a partir da data do registo provisório. O registo provisório de aquisição, uma vez convertido, conserva a prioridade que tinha como provisório e, assim, faz retroagir os efeitos do registo definitivo, mas não faz retroagir a aquisição do direito que, repetimos, não é um dos efeitos do registo definitivo.

Portanto, a questão está em saber se o registo provisório de aquisição, por si só, independentemente da conversão, gera a ineficácia relativa não só de quaisquer negócios incompatíveis que venham a ser celebrados pelo titular da inscrição definitiva, mas ainda de actos que um terceiro solicite contra este, como, por exemplo, um arresto, uma penhora ou a apreensão em processo de falência.

Ora, como também já afirmámos, não deve entender-se que, do registo provisório de aquisição, decorra tal consequência. Primeiro, porque equiparar os que actuam contra o titular registal àqueles que dele adquirem voluntariamente é admitir que ao titular registal assiste a possibilidade de, através do registo provisório de aquisição, subtrair, na prática, um determinado bem da garantia patrimonial dos seus credores,¹¹ não obstante tal bem continuar no seu património. O que implica uma alteração ao princípio, essencial da responsabilidade patrimonial universal consagrado no art. 601.º do CC e envolve, obviamente, uma situação de privilégio injustificado.¹² Segundo, porque não nos parece plau-

⁽¹¹⁾ Sem colocar o dito bem, acrescente-se, à mercê dos credores daquele que se beneficia do registo provisório de aquisição, uma vez que, caso estes pretendam satisfazer os seus créditos à custa do valor do bem em causa, o registo do arresto, da penhora ou da apreensão em processo de falência será feito como provisório por natureza (cf. alínea a do n. 2 do art. 92.º do C.R.Pred.) sendo aplicável o art. 119.º do CC, podendo, portanto, o titular registal inscrito definitivamente vir a provar que a alienação projectada ainda não ocorreu. E mesmo que, por qualquer motivo, não se cumpra o prescrito no art. 119.º do C.R.Pred., o titular inscrito definitivamente pode, sempre, defender o seu direito deduzindo embargos de terceiro no âmbito da acção executiva, apresentando reclamação para restituição e separação no âmbito do processo de falência, intentando acção para a restituição e separação de bens que há de ser apensada ao processo de falência ou intentando uma acção de reivindicação.

⁽¹²⁾ E contra este argumento não procede a afirmação segundo a qual os credores têm, sempre, ao seu dispor a acção de nulidade e a acção de impugnação pauliana (cf. art. 605.º e art. 610.º et seq. do CC), como meios de conservação da garantia patrimonial, para reagir contra a declaração, do seu devedor, que esteve na base da feitura do registo provisório. Assim, mesmo que se entenda que a declaração tendente à obtenção do registo provisório pode ser alvo de uma destas acções, o que não nos parece líquido, sempre se há de reconhecer que com tal afirmação se está a admitir que o titular registal pode, efectivamente, mediante a solicitação do registo provisório de aquisição subtrair, na prática, um determinado bem da garantia patrimonial dos seus

sível que o legislador, por um lado, tenha prescrito que após o arresto, a penhora ou a apreensão em processo de falência, os actos praticados pelo devedor, apesar de válidos, seriam ineficazes¹³ em face do requerente, do exequente ou da massa falida e, por outro, tivesse atribuído ao dito devedor a possibilidade de, sem dispor ou onerar o bem, através de um registo provisório de aquisição, obter o resultado inverso, ou seja, o de eliminar, em face do beneficiado com o registo provisório de aquisição, a eficácia daquelas providências que viessem a surgir no futuro, assegurando, assim, a eficácia do acto de disposição ou oneração posterior. E contra o afirmado não procede o argumento segundo o qual apenas são ineficazes, no confronto do credor, os actos de disposição ou oneração registados posteriormente à providência por si requerida, e não os registados anteriormente, pois em causa não está um acto deste tipo e o titular do registo provisório de aquisição ainda não é titular de um qualquer direito substantivo.

Por último, rejeitamos a ideia de que o registo provisório de aquisição gera a ineficácia relativa do arresto, da penhora ou da apreensão em processo de falência porque entendemos que tal desvirtuaria o objectivo para o qual, na nossa perspectiva, foi criada esta figura, ou seja, o de permitir ao titular inscrito que pretende alienar o seu direito apenas no futuro, assegurar, desde logo, o futuro adquirente perante actos de alienação ou de oneração que possa vir a praticar voluntariamente, retirando-lhes eficácia em face daquele.¹⁴⁻¹⁵

credores, limitando-se apenas essa possibilidade dizendo: mas o acto há de ser válido e dele não há de resultar a impossibilidade para o credor de obter a satisfação integral do seu crédito, ou o agravamento dessa impossibilidade.

⁽¹³⁾ Cf. os arts. 622.º e 819.º do CC e art. 147.º, n. 1, do CPREF.

⁽¹⁴⁾ Antes do Dec.-lei 201/2003 que, como se sabe, veio reformar o processo executivo, ainda se poderia colocar a questão de saber se não devia prevalecer o beneficiado com o registo provisório de aquisição em face do exequente sempre que tivesse sido o executado a nomear o bem à penhora, pois nesse caso sempre se poderia considerar decisiva a interferência ou a cooperação do executado. Mas actualmente resulta claro que a nomeação dos bens à penhora é um acto que não assenta, sequer parcialmente, na vontade do executado, uma vez que: é o exequente quem, logo no requerimento executivo, nomeia os bens à penhora (cf. art. 810.º); a penhora ocorre num enorme grupo de casos sem que haja citação prévia do executado – em todas as hipóteses previstas no art. 812.º-A, n. 1, por força do disposto no art. 812.º-B, n. 1, bem como na hipótese prevista no n. 2 do art. 812.º-B; o executado quando citado, nos termos do n. 5 do art. 833.º, para pagar ou indicar bens para a penhora é advertido de que, na ausência de pagamento, a falta de indicação de bens à penhora, quando estes existam no seu património, sujeitá-lo-á à sanção pecuniária compulsória, no montante de 1% da dívida ao mês, desde a data da omissão até a data descoberta dos bens.

⁽¹⁵⁾ Com base neste argumento defendemos, também, que em caso de conflito entre o titular do registo provisório de aquisição e um credor que tenha registado uma hipoteca legal ou judicial posteriormente àquele registo, mas antes da aquisição do direito por parte do beneficiado com o registo provisório, deve prevalecer a posição jurídica do credor.

Consequentemente, reafirmamos que em caso de conflito entre o beneficiado com um registo provisório de aquisição e os credores do titular registal definitivo, e ainda titular do direito, deve prevalecer a posição jurídica destes.¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸

Nesta hipótese o credor depois de obter o registo provisório de hipoteca (nos termos da alínea *b* do n. 2 do art. 92.º) deve, imediatamente, intentar e registar acção declarativa tendente ao reconhecimento de que o bem não pertence ao titular do registo provisório de aquisição continuando, ao invés, a fazer parte do activo patrimonial do seu devedor. E sendo esta acção julgada procedente, entendemos que deve ser reconhecido ao credor a possibilidade de pedir a conversão em definitivo do registo da hipoteca, analogamente ao que ocorre nas hipóteses que conduzem à aplicação do art. 119.º do C.R.Pred.

(16) É claro que esta posição envolve para os credores uma maior tutela do que aquela que é oferecida ao terceiro adquirente do imóvel que, como se viu, sucumbe em face de quem se beneficia de um registo provisório de aquisição, logo que este registo seja convertido em definitivo. Mas não nos podemos esquecer que o terceiro que se prepara para celebrar um negócio de aquisição ou oneração com o titular registal, após ter sido lavrado registo provisório de aquisição, é informado de que tal negócio será ineficaz em face do titular do registo provisório e portanto, quando o celebra, fá-lo com consciência dos riscos que corre. Enquanto os credores que solicitam uma das providências em apreço, fazem-no porque confiam no facto de o dito bem continuar a responder pelas dívidas do seu devedor, uma vez que não chegou a sair do património deste, nem foi objecto de um contrato-promessa dotado de eficácia real.

(17) Defendemos, obviamente, a mesma solução quando o conflito surja entre os credores do beneficiado com um registo provisório de aquisição e os credores do, ainda, titular registal definitivo; ou seja devem prevalecer os interesses dos credores deste. Imaginemos a seguinte hipótese:

A, proprietário do prédio *X* e titular registal inscrito, solicita um registo provisório de aquisição a favor de *B*. Posteriormente, na vigência do registo provisório de aquisição, o prédio *X* é arrestado por *C* – credor de *B* – e nomeado à penhora por *D* – credor de *A*.

Entendemos que, não obstante o registo da penhora ser posterior ao registo do arresto, deve ser aquela a prevalecer, pois prevalecendo a penhora em face do titular do registo provisório de aquisição tem necessariamente que prevalecer em face daqueles que obtiveram um registo com base no daquele.

(18) Se, à hipótese em apreço, acrescentarmos o facto de, após o arresto, a penhora ou a apreensão em processo de falência, o titular registal inscrito definitivamente (*A*) alienar o prédio a *B* e deste obter a conversão do registo provisório em definitivo, nem por isso se altera a solução. Primeiro, porque se o registo provisório de aquisição não limita a eficácia de uma providência requerida por um terceiro contra o titular do registo definitivo, é evidente que a sua conversão não consolida qualquer limitação de eficácia em face de tal terceiro. Segundo, porque a referida conversão não faz retroagir os efeitos do facto aquisitivo, não podendo, portanto, *B* vir alegar que adquiriu o direito antes do registo feito a favor do credor ou da massa falida. Terceiro, porque se é verdade que a conversão faz retroagir os efeitos do registo definitivo à data do registo provisório, e que um desses efeitos é o de o registo consolidar a eficácia do negócio, assegurando a sua manutenção em face de actos

Sabemos bem que a maioria dos registos provisórios de aquisição, actualmente, é lavrada com base em contrato-promessa, a pedido do promitente adquirente, e por imposição da instituição bancária que se disponibilizou a financiar a celebração do contrato prometido. Instituição bancária que, desta forma, pretende ver criada uma situação registal que suporte, desde logo, um pedido de registo provisório de constituição de hipoteca a seu favor, porque supõe que ao registo provisório serão reconhecidos os mesmos efeitos que ao registo do contrato-promessa dotado de eficácia real. Consequentemente, temos perfeita consciência de que a solução por nós defendida, caso resultasse de forma expressa de uma disposição legal, conduziria a um decréscimo significativo do número de registos provisórios de aquisição e perturbaria a concessão de crédito, uma vez que as instituições bancárias querem estar seguras, desde a data do contrato-promessa, de que obterão a satisfação do seu futuro crédito, à custa do valor do bem objecto do contrato-promessa, com prioridade perante outros credores do seu cliente e ainda perante os credores do promitente alienante caso estes requeiram, por exemplo, o arresto ou nomeiem à penhora o dito bem.

Não obstante, não cremos que tal problema durasse por muito tempo, pois, para atingir o mesmo objectivo, as instituições bancárias só teriam que passar a exigir que o contrato-promessa, celebrado pelo seu cliente, fosse dotado de eficácia real. Desta forma, não obstante deixarem de poder se beneficiar de um registo provisório de constituição de hipoteca, estariam seguras de que o direito de crédito do seu cliente, em face do promitente alienante, prevaleceria perante actos dispostivos conflituantes, quer estes assentassem quer não num acto de vontade do promitente-alienante. E, consequentemente, estariam seguras de que prevaleceria uma hipoteca a seu favor, desde que esta fosse titulada e registada imediatamente a seguir à celebração e registo do contrato prometido.

3.^a hipótese: A, proprietário do prédio urbano X e titular registal inscrito, solicita o registo provisório de aquisição a favor de B; posteriormente celebra um contrato-promessa com C, incorre em mora e este, na vigência do registo provisório de aquisição, intenta uma acção de execução específica.

Quid iuris?

Sem prescindir do afirmado na hipótese anterior – quanto à manutenção da eficácia substantiva dos actos praticados contra o titular inscrito definitivamente no registo, após a existência de um registo provisório de aquisição –, entendemos que, nesta hipótese, deve prevalecer a posição jurídica do titular do registo provisório de aquisição. Tal acontece quer esteja em causa uma acção de execução específica tendente ao cumprimento de um contrato-prom-

posteriores incompatíveis, também é verdade que, quando, excepcionalmente, a data do registo é anterior à data da celebração do negócio – como aqui ocorre, por força do n. 3 do art. 6.º do C.R.Pred. –, o registo só consolida os efeitos do negócio jurídico à data em que ele seja celebrado, não assegurando, portanto, a sua manutenção em face de actos incompatíveis e plenamente eficazes praticados anteriormente.

messa meramente obrigacional, quer uma acção de execução específica tendente ao cumprimento de um contrato-promessa que se pretendeu dotado de eficácia real, mas que só foi registado após o registo provisório de aquisição e que, consequentemente, o foi como provisório por natureza, de acordo com a alínea *b* do n. 2 do art. 92.º do C.R.Pred.

Vejamos com mais pormenor:

Sub-hipótese A – O contrato-promessa celebrado entre *A* e *C* é dotado de eficácia simples ou meramente obrigacional.

Através da acção de execução específica, como se sabe, o autor requer ao tribunal a prolação de uma sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso. Por outras palavras, o autor pede ao tribunal que realize, coactivamente, mediante sentença, a prestação que o devedor não cumpriu, não estando impossibilitado de cumprir.

Ora, na sub-hipótese em apreço, o registo provisório de aquisição feito a favor de *B* não gera a impossibilidade de cumprimento do contrato prometido, gera apenas, na nossa perspectiva, a ineficácia relativa (em face de *B*) do contrato prometido, caso este venha a ser celebrado. E tal ineficácia poderá cessar, caso o registo provisório de aquisição venha a caducar. Consequentemente, entendemos que nada obsta à procedência da acção de execução específica.

Mas, como se sabe, o tribunal quando decreta a execução específica substitui-se ao promitente alienante, dando como produzidos os efeitos que resultariam da declaração negocial a cuja emissão ele estava vinculado. E, no caso em concreto, se *A* emitisse, voluntariamente, a declaração negocial em falta, o negócio com *C* seria celebrado validamente, mas seria ineficaz em face de *B*. Consequentemente, se o negócio for celebrado no âmbito da acção de execução específica também será ineficaz perante *B*.¹⁹

Sub-hipótese B – *A* e *C* pretenderam dotar o contrato-promessa de “eficácia real”.

Não obstante *A* e *C* terem pretendido dotar o contrato-promessa de eficácia real, entendemos que deve prevalecer a posição jurídica do beneficiado com o registo provisório de aquisição. Por um lado, porque tendo *A* limitado, voluntariamente, a eficácia dos actos de alienação ou de oneração que viesse a praticar no futuro e que se revelassem incompatíveis com o direito do beneficiado com o registo provisório de aquisição, consideramos que também limitou o seu poder de celebrar com um terceiro um contrato-promessa dotado de eficácia *erga omnes* que assegurasse o cumprimento do direito de crédito à alienação ou constituição de um direito real mesmo em face do titular do registo provisório de aquisição.

⁽¹⁹⁾ Por isso, se o registo provisório de aquisição feito a favor de *B* assentasse em contrato-promessa e *A* se recusasse a cumprir voluntariamente, nada impediria *B* de intentar e ver julgada procedente uma acção de execução específica.

Por outro lado, porque assumindo o registo do contrato-promessa dotado de eficácia real, o papel de tornar o direito de crédito dele decorrente oponível a terceiros, ampliando, assim, os efeitos de tal direito, há que afirmar que o direito de crédito de *C* nunca se tornou oponível em face de *B*, uma vez que, havendo um prévio registo provisório de aquisição, o contrato-promessa apenas terá sido registado provisoriamente por natureza.

Consequentemente, a solução desta sub-hipótese é a mesma que enunciámos para a anterior.

Refira-se, por último, que defender solução contrária, em quaisquer das sub-hipóteses, implica abrir a porta a eventuais falsas acções de execução específica, intentadas por promitentes adquirentes com prévio acordo do titular do registo definitivo/promitente alienante ou onerante, como forma de eliminarem, antes do decurso do período de vigência do registo provisório de aquisição, a limitação de eficácia dos negócios celebrados pelo titular do registo definitivo que foi voluntariamente gerada por este. Lesando-se assim o beneficiário do registo provisório de aquisição e privando este registo de qualquer efeito.

4.^a hipótese: *A*, proprietário do prédio *X* e titular registal inscrito, solicita o registo provisório de aquisição a favor de *B*. Ainda na vigência do registo provisório *A* aliena, validamente, o bem a *B*, mas este não solicita a conversão do registo provisório em definitivo. Posteriormente o dito prédio é alvo de um arresto, de uma penhora ou apreensão em processo de falência ordenada contra *A*.²⁰ *B*, tomando conhecimento do ocorrido, solicita a conversão do registo provisório em definitivo.

Quid iuris?

Nesta hipótese, entendemos que, sendo *B* citado nos termos do art. 119.º do C.R.Pred., tem toda a legitimidade para declarar que o bem lhe pertence, pois os direitos reais adquirem-se por mero efeito do contrato (cf. art. 408.º do CC).

Depois, caso seja intentada contra si acção declarativa, com o objectivo de demonstrar que o proprietário do bem é o *A*, esta deverá ser julgada improcedente, caducando, consequentemente, o registo provisório da providência requerida contra *A*. O credor interessado, obviamente, não conseguirá provar que o bem ainda pertencia a *A* na data em que foi registada a providência contra este. E nem sequer poderá alegar que o direito real adquirido por *B* é, em face de si, inoponível, por não ter sido registado antes da referida providência, uma vez que o registo convertido em definitivo conserva a prioridade que tinha como provisório.

(20) Caso a alienação tivesse ocorrido após a caducidade do registo provisório de aquisição, este deixaria, obviamente, de ter relevância para a solução do conflito, tudo se reconduzindo à já clássica questão de saber se o art. 5.º do C.R.Pred. pressupõe ou não que os direitos incompatíveis em presença tenham por fonte actos jurídicos sucessivos do mesmo alienante – aqui se situa, como se sabe, a discussão sobre as concepções restrita e ampla de terceiro para efeitos do art. 5.º do registo predial.

Ou seja, apesar de considerarmos que o registo provisório de aquisição não gera a ineficácia substantiva dos actos praticados por terceiros contra o titular do registo definitivo, de entendermos que a sua conversão em definitivo não estabiliza e torna permanente qualquer limitação de eficácia substantiva dos referidos actos – uma vez que esta nunca existiu – e de negarmos, à referida conversão, o poder de fazer retroagir os efeitos do acto aquisitivo à data do registo provisório, não podemos negar, porque tal decorre de forma expressa do n. 3 do art. 6.º do C.R.Pred., que os efeitos do registo definitivo da aquisição retroagem à data do registo provisório. Ora, um dos efeitos que se reconhece ao registo definitivo feito pelo primeiro adquirente é o de consolidar a sua aquisição, ao assegurar-lhe a manutenção da plena eficácia – interna e externa – do acto em que interveio em face de actos posteriores incompatíveis. Consequentemente, temos de reconhecer que, com a conversão do registo, *B* viu consolidada a eficácia externa do seu direito real desde a data em que celebrou o negócio aquisitivo, não podendo tal eficácia ser afectada por um arresto, uma penhora ou a apreensão em processo de falência ordenada, posteriormente, contra *A*.

Em resumo, o direito de *B* prevalece, pois se beneficia não só da prioridade substantiva, como também da prioridade registal.

3. ENCONTRO IBERO-AMERICANO DE DIREITO REGISTRAL – DECLARAÇÕES

3.1

IV ENCONTRO IBERO-AMERICANO DE DIREITO REGISTRAL – Cartagena de Índias (Colômbia) – 28 de abril de 2006

Registro das garantias mobiliárias como instrumento para o desenvolvimento econômico – Manifesto

SUMÁRIO: 1. O volume de crédito em movimento gera e reflete a riqueza dos Estados – 2. Os sistemas de registro, garantidores dos direitos individuais e favorecedores do tráfico jurídico e econômico – 3. O registro da propriedade móvel define juridicamente os direitos reais e de propriedade mobiliária em particular – 4. O registro da propriedade móvel admite sistemas modernos de gestão para a organização dos direitos – 5. Benefícios de um adequado desenvolvimento do registro de bens móveis – 6. Conclusões.

1. O volume de crédito em movimento gera e reflete a riqueza dos Estados

A capacidade para gerar e favorecer o movimento de crédito é um indicador confiável da riqueza das nações. Um alto índice de crédito revela a existência de um nível equivalente de investimentos, gastos, geração de riqueza e movimentação econômica.

Um elevado índice de investimentos não é gerado de forma espontânea, ao contrário, precisa de condições financeiras e jurídicas adequadas que permitam seu desenvolvimento.

A geração de movimento de crédito que nutra de liquidez o mercado, obtenha os rendimentos suficientes e permita a elevação de renda dos cidadãos é o objetivo de qualquer governo responsável.

O setor privado é responsável pela realização dos investimentos necessários para beneficiar o mercado e contribuir para a geração de riqueza. No entanto, não existirá investimento se o marco jurídico econômico não for propício. O capital privado, em busca da máxima eficácia, procurará mercados alternativos caso não encontre segurança jurídica suficiente para o desenvolvimento de sua atividade.

Do ponto de vista dos cidadãos, a falta de um marco jurídico econômico adequado impede o acesso a um mercado de capitais suficientemente aberto e condena-os à ilegalidade, o que se traduz em condições mais severas e em taxas de juros fortemente onerosas devido às incertezas geradas.

Essas situações ocorrem em países com muita pobreza entre sua população.

A ONU declarou como um dos objetivos do milênio a erradicação da pobreza (Objetivos do Desenvolvimento do Milênio. Cúpula do Milênio. Setembro de 2000. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD).

A comunidade internacional considera que o microcrédito é um instrumento essencial para que as pessoas pobres aumentem sua renda, invistam em bens e tenham mais capacidade de reduzir sua vulnerabilidade diante de situações de desastre.

Para que produza um efeito saudável é indispensável que o microcrédito se integre no sistema financeiro do país, o que implica que as autoridades devem potencializar o desenvolvimento e sustento de entidades financeiras saudáveis (*Key principles of microfinances*, CGAP – Consultancy Group to Assist the Poor, declaração avaliada pelo G8 na Cúpula de Sea Island, em 2004).

Porém, como manifesta o PNUD, o alívio da pobreza é inseparável do desenvolvimento e não se pode alcançar esse desenvolvimento somente beneficiando o sistema de entidades financeiras eficazes. O desenvolvimento é impossível sem a ampliação dos direitos econômicos dos mais desfavorecidos. Para que os direitos dos cidadãos estejam devidamente resguardados, é imprescindível a existência de um sistema judicial eficaz, independente e transparente, que permita o acesso efetivo à justiça.

No âmbito do PNUD, o 1.º Foro Americano de Acesso à Justiça manifestou, em suas conclusões, que o acesso à Justiça é um direito humano de terceira geração.

O acesso à justiça não implica somente a oportunidade de dirigir-se aos tribunais em plano de igualdade, mas também a consecução do amparo do ordenamento jurídico para proteção dos direitos dos particulares.

2. Os sistemas de registro, garantidores dos direitos individuais e favorecedores do tráfico jurídico e econômico

A luta contra a pobreza exige sistemas jurídicos eficazes que proporcionem a máxima garantia ao capital emprestado, para aumentar as expectativas de recuperação do investimento e favorecer a baixa dos juros num ambiente de segurança jurídica.

A produção do crédito foi desenvolvida historicamente no âmbito dos bens imóveis por suas especiais características: alto valor em troca, relativa facilidade para identificação e individualização, reipersecutoriedade, vinculação com títulos de propriedade etc. Não é de se estranhar que a garantia imobiliária tenha sido o suporte do mercado de crédito durante os últimos 150 anos. Conseqüentemente, a ciência jurídica beneficiou-se de importantes instrumentos para assegurar a eficiência do sistema e criou, até o momento, o modelo mais avançado para garantir o crédito territorial: o registro da propriedade imobiliária.

Por outro lado, os bens móveis foram considerados tradicionalmente pouco aptos para a prestação de garantias por apresentarem um caráter residual: seu escasso valor de troca (*res mobilis, res vilis*, segundo o aforismo), a dificuldade de provar o título de propriedade, a dificuldade para ser identificado e individualizado e os problemas provenientes da mobilidade, especialmente críticos quando se trata de executar a garantia.

Essa percepção, no entanto, já não corresponde à realidade. Não só porque existem atualmente bens móveis de grande valor de troca e, portanto, ótimos para serem considerados como garantia, mas também porque, diferentemente dos bens imóveis, estão ao alcance de toda a população e podem servir de suporte a investimentos modestos e igualmente geradores de riqueza e bem-estar.

Sendo assim, os bens móveis são idôneos para servir de suporte a operações de crédito de escassa quantia e curtos prazos, especialmente nos países em desenvolvimento ou com níveis consideráveis de pobreza.

Para que isso seja possível, é preciso gerar os meios jurídicos que permitam o desenvolvimento do crédito num ambiente de segurança: por um lado, os credores gozam de uma razoável expectativa de recuperação de seu investimento e, por outro, os prestatários podem desfrutar de taxas de juros reduzidos, fugindo de situações de ilegalidade ou clandestinidade e integrando-se plenamente ao sistema legal de seu país (*Princípios e práticas para a regulação e supervisão das micro-finanças*. Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2003).

Dessa forma, as características especiais dos bens móveis os tornam adequados não só para servirem de suporte a operações de empréstimo como, também, para servir de base a uma “ampla gama de serviços financeiros que forem convenientes, flexíveis e de custos razoáveis” (CGAP, *Key Principles of Microfinances*).

O segredo é que os bens são os mais adequados para serem financiados com o mesmo bem, objeto do financiamento, ou seja, não é necessário possuir um capital prévio para ter acesso ao financiamento e, finalmente, à propriedade.

Um sistema de proteção e estímulo do crédito mobiliário deve proporcionar os seguintes resultados (UN.ECE, *Land administration guidelines*, 1996; ver também: *Social and economic benefits of good land administration*, 1998):

- proporcionar segurança jurídica sobre o direito de propriedade que recai sobre o bem móvel, assim como sobre os direitos de terceiros no mesmo bem;
- proporcionar certeza aos credores dos direitos da garantia sobre o bem concreto, assim como sobre as eventuais cargas que pesem sobre ele. Do mesmo modo, o titular do bem móvel deve desfrutar da certeza de que sua titularidade não poderá ser alterada sem seu consentimento, salvo por resolução judicial em um procedimento no qual tenha a oportunidade de se defender;

- proporcionar publicidade de fácil acesso a qualquer pessoa com um interesse legítimo, de forma que possa conhecer permanentemente o *status* jurídico do bem móvel;

- o sistema deve ser flexível, seguro e acessível economicamente.

Alcançar esses objetivos requer um sistema legal poderoso, juridicamente avançado e bem definido, cujas características essenciais são as seguintes:

- o sistema legal deve conter uma definição inequívoca dos direitos;

- o sistema legal deve eliminar o processo de investigação da cadeia de títulos;

- o sistema deve proporcionar os mecanismos processuais necessários para a realização da garantia, sem a falta dos direitos individuais do seu titular.

É de responsabilidade do Estado a construção de um sistema semelhante que deva implementar as medidas necessárias para sua construção e manutenção (CGAP, *Key Principles of Microfinance*. Ver também: *Building Inclusive Financial Systems*, 2004). Uma vez em andamento, o sistema deve ser autofinanciável.

O registro de bens móveis é um instrumento jurídico extremamente poderoso para a construção dessas metas e objetivos.

3. O registro da propriedade móvel define juridicamente os direitos reais e de propriedade mobiliária em particular

Da mesma forma que o registro de propriedade imóvel, o registro de bens móveis é o suporte jurídico idôneo para a construção e manutenção de um sistema legal, flexível, acessível e econômico para servir de apoio ao mercado de capitais e reduzir os custos de transação num ambiente de certeza e segurança.

Como o registro de propriedade imóvel, o registro de bens móveis deve basear-se em princípios jurídicos sólidos, embora devidamente adaptados às suas peculiaridades:

- o registro de bens móveis deve estar baseado no fôlio real, sendo aberto a cada bem móvel que aceda ao arquivo, de forma que demonstre o histórico jurídico do referido bem, concretamente. O fôlio deve conter uma descrição precisa do bem móvel que permita sua identificação e individualização, é preciso permitir a consideração de um grupo de bens fungíveis como objeto aos efeitos de garantia. Entre os bens móveis, devem ser compreendidos tanto os animais quanto os bens imateriais. A especial flexibilidade do registro de bens móveis permite que acedam a seus livros não só os direitos reais que recaem sobre os bens móveis, como também qualquer limitação que lhes afete e que derive de contratos de financiamento (princípio de especialidade);

- uma vez inscrito um bem no registro de bens móveis presume-se que o bem existe e que pertence a seu titular da forma como publica o registro.

Conseqüentemente, ninguém pode impugnar a titularidade que o registro publica sem demandar o titular registral (legitimação passiva). O titular registral pode empreender ações contra quem perturbar a titularidade, sem ter de provar a existência da inscrição a seu favor – legitimação ativa (princípio da legitimação);

- como conseqüência do que foi mencionado anteriormente, não se pode inscrever no registro nenhum título relativo ao domínio ou outro direito real que não tenha sido outorgado pelo titular (princípio de trato sucessivo);

- qualquer adquirente a título oneroso de um direito inscrito no registro de bens móveis que tenha confiado no que o registro publica será mantido em sua aquisição. Perante ele, não poderão ser opostos direitos não inscritos (princípio de fé pública);

- os direitos acedem ao registro de bens móveis na ordem em que foram apresentados, o que determinará, nesse caso, a ordem de satisfação dos interesses dos credores (princípio da prioridade);

- o registro de bens móveis deve estar a cargo de um funcionário independente e juridicamente qualificado, ao qual corresponde a qualificação dos documentos que acedem com plena submissão à lei (princípio da legalidade).

A publicidade registral beneficia de segurança as relações jurídicas, pois implica a presunção de veracidade, proporcionando a verdade oficial. Sua finalidade primordial é proporcionar segurança a quem adquire algum direito sobre bens móveis. O adquirente tem certeza de que o publicado pelo registro é a verdade oficial e, como titular, fica plenamente protegido por ela.

A inscrição no registro possui importantes efeitos jurídicos (legitimação, prioridade, trato sucessivo, oponibilidade, fé pública registral), derivados da aplicação correta por parte do registrador por meio da qualificação registral e dos princípios hipotecários. Portanto:

A garantia delimita-se juridicamente, facilitando o crédito mobiliário

Os importantes efeitos da inscrição, mencionados anteriormente, possibilitam que o direito conferido por uma garantia mobiliária sobre bens em garantia seja oponível a terceiros somente quando se tenha cumprido com o requisito de seu acesso ao registro.

A prioridade evita os conflitos judiciais entre títulos contraditórios

A prelação da garantia determinada pelo momento de apresentação do título respectivo no registro confere ao credor garantido o direito de persecução (reipersecutoriedade) sobre bens em garantia, com o propósito de exercitar os direitos da garantia.

O financiador tem garantias suficientes para executar a dívida

O credor garantido, que pretenda dar início a uma execução em caso de inadimplência do devedor, possui, a seu favor, não só os efeitos da inscrição

anteriormente indicados, como também poderá inscrever, mediante o correspondente formulário registral, a inscrição da execução no registro, dando publicidade dessa situação a possíveis terceiros adquirentes.

Dessa maneira, contribui-se decisivamente para evitar os conflitos judiciais e as indignidades pessoais que ocorrem naqueles casos em que o financiamento não estiver protegido pelas mínimas garantias legais. As famílias em situação de marginalidade podem ter acesso mais fácil à titularidade e publicidade dos bens móveis, o que evita que tal usuário tenha de recorrer a outros mecanismos nos quais não existe segurança jurídica, uma vez que, ou o bem móvel não está bem determinado, ou os juros são abusivos devido ao risco de perda do capital emprestado, descaracterizando a figura do financiamento (CGAP, *Guiding Principles on Regulation and Supervision of Microfinance*, 2003).

4. O registro da propriedade móvel admite sistemas modernos de gestão para a organização dos direitos

A organização do registro de bens móveis deve basear-se nos sistemas mais modernos de gestão empresarial:

- o registro de bens móveis deve contar com repartições modernas e acessíveis para toda a população e, nesse caso, com informação centralizada que permita conhecer, de qualquer lugar do país, o histórico jurídico de um bem;

- as repartições do registro de bens móveis devem ser auto-suficientes, como garantia da independência e imparcialidade na qualificação, sem prejuízo à responsabilidade do Estado. Os gastos necessários para o funcionamento e conservação dessas repartições, conforme o princípio de autofinanciamento, estarão a cargo do registrador que responde pelo perfeito funcionamento do registro no qual exerce sua função;

- as repartições devem possuir capital humano necessário para proporcionar a formação jurídica e tecnológica adequada. A flexibilidade do sistema exige que os funcionários do registro de bens móveis sejam capazes de adaptar-se às modificações legais e às inovações tecnológicas, o que exige um sistema de reeducação permanente;

- o registro de bens móveis é especialmente capaz de ser conduzido integralmente de forma eletrônica digital. O fólio real eletrônico é uma ferramenta importante a serviço do Estado, das companhias de financiamento e dos próprios usuários. O desenvolvimento eletrônico digital do registro permite a padronização dos processos de dados, assim como do procedimento de registro, reduzindo os prazos e barateando o sistema. Com isso, é possível evitar as duplicações de documentos e favorecer a realização e conservação de arquivos de segurança, o que facilita enormemente a gestão da publicidade do conteúdo do registro, seu acesso remoto por terceiros, o tratamento de dados, a elaboração de estatísticas e o controle da qualidade de todo o processo.

5. Benefícios de um adequado desenvolvimento do registro de bens móveis

O registro de bens móveis é uma importante ferramenta jurídica que implica uma série de vantagens para o Estado, para as instituições financeiras e para o usuário. Podemos resumí-las da seguinte maneira:

- simplificação e aceleração de trâmites e eliminação de tortuosas esperas por parte do cidadão;
- modernização dos critérios de gestão e eliminação do suporte papel;
- diminuição dos custos de transação e diminuição das taxas de juros ao eliminar incertezas;
- rapidez de acesso à informação atualizada, ordenada e veraz sobre os bens móveis por meio da Internet;
- facilitação do controle de ordenação dos bens móveis oferecidos em garantia por parte da Administração, fornecendo-lhe os meios para conhecimento do mercado de crédito;
- oferecimento de segurança jurídica às entidades financeiras, o que facilita a obtenção de informação e a realização dos trâmites precisos para inscrição e proteção de seus direitos.

6. Conclusões

O registro de garantias mobiliárias configura-se como um elemento chave para o desenvolvimento econômico. No entanto, qualquer iniciativa legislativa deixará de produzir os resultados esperados se não estiver acompanhada de decisiva ação de governo.

A segurança jurídica que proporciona o registro de bens móveis complementa a proporcionada pelo registro da propriedade, no âmbito imobiliário, e contribui decisivamente para a expansão da legalidade no mercado de capitais, com os benefícios inerentes que comporta.

O registro de bens móveis proporciona certeza e, portanto, ausência de risco para o mercado financeiro, o que estimula o investimento do capital pelo caminho da formalidade e da segurança jurídica e beneficia toda a comunidade, especialmente os que desejam desenvolver projetos empresariais, embora de caráter modesto, no âmbito do microfinanciamento.

A flexibilidade do registro de bens móveis aumenta o número de bens, atos e contratos que podem ser utilizados pelo mercado financeiro, coadjuvando sua evolução ao permitir incorporar fórmulas modernas de financiamento, especificamente as garantidas com o próprio bem adquirido, o que permite o acesso ao capital pelas classes menos favorecidas.

A inscrição no registro de bens móveis aumenta os efeitos jurídicos de legitimação, oponibilidade, prioridade e fé pública registral. Como registro de direi-

tos, é o que protege, de forma mais efetiva, o tráfego jurídico e a expansão do mercado de capitais.

O procedimento registral do registro de bens móveis caracteriza-se por ser rápido, ágil, barato e simples, permitindo o acesso de documentação simples com segurança jurídica, garantida pela qualificação registral e permitindo o desenvolvimento dos efeitos protetores dos princípios registrais.

Como registro jurídico, o registro de bens móveis é realizado por meio do sistema de fôlio real, recolhendo todo o histórico jurídico do bem, desde o momento em que foi inscrito, aumentando a certeza e a publicidade de seu estado jurídico.

O registro de bens móveis assegura a categoria de preferências, evitando o conflito entre os credores e permitindo um procedimento rápido de realização do bem em caso de inadimplência.

3. ENCONTRO IBERO-AMERICANO DE DIREITO REGISTRAL – DECLARAÇÕES

3.2

V ENCONTRO IBERO-AMERICANO DE DIREITO REGISTRAL – La Antigua (Guatemala) – 11 a 14 de setembro de 2006

Princípios organizacionais orientativos do cartório de registro do século XXI

SUMÁRIO: 1. Princípio da independência e da territorialidade – 2. Princípios da igualdade de oportunidades, da imparcialidade e da qualificação no acesso à profissão – 3. Princípios da autogestão e da autonomia financeira – 4. Princípio da recuperação de custos – 5. Princípios de responsabilidade pessoal do registrador e estabilidade profissional – 6. Princípio da uniformidade – 7. Princípio da descentralização – 8. Princípio da colaboração e subordinação – 9. Princípio da modernização – 10. Princípios da transitoriedade e eficiência.

1. Princípio da independência e da territorialidade

O Registro de Imóveis é uma instituição jurídica e de direito privado que presta inequivocamente um serviço público cujas inscrições estão dotadas de importantes efeitos dos princípios registrais aplicados com independência pelo registrador, com a intenção de proteger o tráfico jurídico e contribuir, com isso, para o fortalecimento do Estado de Direito.

Para que o registrador possa exercer sua atividade de forma independente deve configurar-se como um jurista investido de funções públicas, ao mesmo tempo em que um profissional do direito que, sob sua responsabilidade, controla o tráfico jurídico, assessora e protege os usuários, zelando pelo correto funcionamento do registro.

Para que as decisões dos registradores gerem confiança absoluta é necessário que eles se beneficiem das mesmas garantias de independência e autonomia que possuem os juízes. Para isso, é preciso que os assentos do registro sejam praticados na circunscrição territorial onde está radicado o imóvel.

Esses princípios, acompanhados de um conhecimento completo do ordenamento jurídico por parte do registrador, são pressupostos essenciais para a criação de um sistema registral moderno e eficiente.

2. Princípios da igualdade de oportunidades, da imparcialidade e da qualificação no acesso à profissão

O acesso à profissão de registrador será realizado de acordo com o método mais idôneo, determinado pela legislação de cada Estado, que deve estar fundamentado nos princípios de qualificação, imparcialidade e igualdade de oportunidades. Conforme a doutrina mais autorizada, é realizado por meio de concurso público.

Os órgãos corporativos de cada país devem proporcionar ao registrador os meios adequados para facilitar sua formação contínua mediante cursos, escolas de formação ou qualquer outra atividade que contribua para sua atualização acadêmica.

Por ser configurado o registro como uma instituição essencialmente jurídica por seu procedimento, conteúdo e controle exercido pelo registrador, é necessário que ele obtenha uma completa formação jurídica.

A seleção e a formação dos encarregados pelo sistema são consideradas um tema chave para o bom funcionamento do registro.

É preciso nomear registradores profissionais como única opção para uma organização registral forte e, também, é recomendado que eles sejam selecionados por meio de um sistema de concurso entre pessoas com formação universitária.

3. Princípios da autogestão e da autonomia financeira

a) A organização do Cartório de Registros deverá ser realizada de acordo com os princípios empresariais próprios do setor privado de autogestão e autonomia financeira, de tal forma que permita ao registrador:

1. contratar os empregados, devidamente formados, que forem necessários para atender ao serviço público corretamente, já que o sucesso do sistema registral requer a formação de seu pessoal em todos os níveis;

2. adquirir os recursos materiais indispensáveis para o funcionamento do mesmo;

3. adaptar o cartório de registro às exigências que, em cada momento, forem solicitadas pela denominada sociedade de informação.

Para realizar estas tarefas, o cartório de registros não deve depender de uma atribuição orçamentária rígida, nem de dilatórias autorizações que entorpeçam sua manutenção e constante modernização, já que o setor privado desempenha um papel muito importante na inscrição da propriedade imobiliária, sem prejuízo do que possa estabelecer a regulação e política de cada país.

b) A remuneração, contratação de empregados, assim como os gastos de manutenção e melhorias do cartório de registro correspondem exclusivamente ao registrador, que responde pelo funcionamento do mesmo.

O trabalho ágil, a contínua atualização dos bens materiais e pessoais e as responsabilidades pessoais do registrador compõem este sistema. O cumprimento de todas estas exigências ficará sujeito a sua inspeção por meio dos órgãos diretivos correspondentes.

Conforme o princípio da autonomia financeira, a remuneração dos funcionários do cartório de registro será realizada levando-se em consideração sua qualificação profissional e seu grau de responsabilidade no exercício do cargo.

Para isso, é aconselhável que a remuneração não seja fixada a cargo dos orçamentos gerais do Estado, e sim estabelecida pelos emolumentos pagos pelos usuários do cartório de registro, dispensando ou bonificando a receita de emolumentos nos casos expressamente determinados na lei.

Os emolumentos deverão estar sujeitos a recurso perante o órgão correspondente, com o objetivo de evitar corruptelas e abusos no cálculo dos mesmos.

Um sistema registral com atribuições orçamentárias gerais pode degenerar-se em um sistema ineficaz por carência de meios, chegando a ser deficitário.

4. Princípio da recuperação de custos

Os emolumentos pagos diretamente pelos usuários do registro serão fixados pelo Estado correspondente, baseados nos serviços realmente prestados, que serão determinados levando-se em consideração não só as operações materiais realizadas, mas também os efeitos protetores que oferece o sistema e a responsabilidade produzida pelos erros do mesmo.

Deste modo, a quantia paga pelo usuário será fixada com base na segurança que proporciona o sistema, na responsabilidade pelos erros cometidos e tendo em vista o trabalho realizado e os custos de manutenção e conservação do cartório de registros.

5. Princípios de responsabilidade pessoal do registrador e estabilidade profissional

Sem prejuízo do regime de responsabilidade determinado pela legislação de cada Estado, os registradores deverão responder pessoalmente pelo inadequado funcionamento do cartório de registros e pelos danos cometidos por erros no exercício de sua função, contribuindo, dessa forma, não só para incentivar uma atuação profissional e responsável dos encarregados pelo Registro, mas também para prevenir o Estado de todo tipo de custo referente a esse tema.

Para facilitar o cumprimento do que foi mencionado no parágrafo anterior, os registradores organizarão, por meio de seu Colégio, Associação ou Organização respectiva, um sistema coletivo de seguro de responsabilidade civil que garanta, em todo caso, o pagamento da indenização pelos erros cometidos.

Em caso de afastamento do serviço, será proposto que esta medida seja adotada pelo Ministro da Justiça ou Autoridade competente, por proposta da Direção Geral dos Registros e do Notariado (ou equivalente), com audiência do interessado e relatório não vinculado ao Colégio, Associação ou Organização respectiva, tramitando-se o oportuno expediente, referente ao registrador que tenha incorrido em sanção muito grave no ato da profissão, da forma mencionada no primeiro parágrafo do segundo princípio.

6. Princípio da uniformidade

A modernização e atualização dos cartórios de registros deverão ser realizadas de forma gradual e uniforme, conforme uma estratégia previamente definida, proporcionando cursos de formação que forem necessários e estabelecendo um razoável período de pilotagem.

Para isso, deverão ser utilizados programas de informática uniformemente possíveis e de incontestável qualidade que facilitem:

1. evitar que sejam produzidas assimetrias no funcionamento dos cartórios de registros;
2. identificar a propriedade registral com as bases gráficas;
3. a interconexão entre os cartórios registrais de cada país com outros (judiciais, notariais, fiscais, cadastrais etc.), conforme o princípio de cooperação e colaboração dos registradores com a administração;
4. oferecer uma publicidade por via telemática suficientemente eficiente, a fim de atrair a inscrição e, portanto, reduzir a informalidade e incentivar a atividade econômica.

Ao ser concebido o sistema registral como um todo, os programas informáticos de cada país deverão ser os mais uniformes possíveis e estarem preparados diante das novas exigências da sociedade do século XXI. Para isso, é preciso fomentar a entrada telemática, o georreferenciamento de propriedades, a assinatura eletrônica avançada e a publicidade registral por intermédio da internet.

A carência no funcionamento de alguns cartórios de registros pode colocar em dúvida a qualidade do sistema.

7. Princípio da descentralização

Para facilitar o cumprimento dos objetivos anteriormente mencionados, é aconselhável a criação de um Órgão Corporativo, Colégio ou Associação cujo funcionamento seja determinado em seus estatutos respectivos e sustentado pelas quotas colegiais pagas pelos seus membros, que será fixada com base nos critérios de número de registros praticados, tempo de serviço na hierarquia e coresponsabilidade na manutenção do sistema.

Estes órgãos corporativos servirão de enlace entre os registradores, a administração e a sociedade.

Para realizar seus propósitos, é aconselhável a descentralização da estrutura colegial, criando órgãos e cargos como: decanos e assembleias regionais.

Este órgão central zelará:

1. pela aplicação das novas tecnologias nos cartórios de registros, visando oferecer à sociedade um serviço público de qualidade por meio de uma tecnologia mais avançada;
2. promover a formação contínua dos registradores mediante a criação de centros de estudos, organização de cursos, jornadas, conferências e envio de livros;
3. controlar e inspecionar a atividade registral e defender seus membros perante os Tribunais;
4. propor reformas legislativas e adotar todas aquelas medidas que contribuam para o prestígio da função registral.

8. Princípio da colaboração e subordinação

Devido ao caráter transversal que apresenta a função registral e sem prejuízo da atuação independente do registrador no exercício de sua atividade, ele deve, por um lado, prestar sua colaboração com outras administrações nas matérias que estejam relacionadas com a atividade registral, e por outro, estar subordinado às decisões de seus órgãos diretivos na supervisão do cumprimento de determinados objetivos.

9. Princípio da modernização

A aposta por uma sólida renovação tecnológica dos cartórios de registros, unida a uma aplicação correta dos princípios registraes, incrementa incontavelmente o nível de eficácia e segurança de nossos sistemas registraes que,

como vimos anteriormente, contribui para reduzir a informalidade, os custos, incentivar a atividade econômica e fortalecer o Estado de Direito. Para isso, os Cartórios de Registros deverão estar preparados para afrontar os desafios da sociedade do século XXI.

10. Princípios da transitoriedade e eficiência

As conclusões estabelecidas neste encontro não implicam, em nenhum caso, uma ruptura com o modelo anterior de cada país, mas sim uma reorganização do mesmo em busca, por meio de propostas aos respectivos governos, de um modelo gestão-tipo do cartório de registros; pois para estabelecer um sistema registral ágil, moderno e eficiente, não bastam somente uns princípios registrais perfeitamente desenhados, que sejam sólidos e suficientemente flexíveis para incorporar aquelas modificações legislativas que exijam a demanda social, mas, além disso, é preciso uma estrutura corporativa com uma sede central da qual dependam os diferentes cartórios de registros como unidades autônomas interconectadas, que estejam devidamente administradas e preparadas por meio de sistemas informáticos idôneos para fazer frente aos requerimentos da sociedade do século XXI que exige uma informação registral de sua propriedade de forma rápida, barata, veraz, exata, uniforme e o mais completa possível.

Atendendo à configuração poliédrica que possui a propriedade e ao importante trabalho que possui a função registral na configuração das políticas públicas dos respectivos Estados (urbanismo, regularização fundiária, meio ambiente, proteção de consumidores, entre outras), propõe-se, por meio dos princípios indicados, não só um cartório de registros aberto a todo tipo de usuários, mas também, além disso, um cartório que colabore para evitar os assentamentos humanos em lugares indignos e/ou onde proliferem desastres naturais, facilitando o acesso dos direitos de propriedade informal ao registro, que é um elemento necessário para incentivar a atividade econômica de um país, fortalecer sua segurança jurídica e melhorar a qualidade de vida de todos os cidadãos.

Estes princípios organizacionais apresentam um *caráter orientativo* e será respeitado em qualquer caso conforme determinar a legislação vigente de cada país.

Na elaboração dos princípios indicados anteriormente, estiveram presentes:

1. a experiência, idéias e conhecimentos proporcionados por todos e cada um dos assistentes e participantes deste encontro registral;

2. entre outras, a seguinte documentação internacional:

- a) conforme a Declaração da Antiga de 2003 Ponto 2-3. A necessidade de gerar uma confiança absoluta nas decisões dos registradores obriga que o orde-

namento jurídico lhes beneficie das mesmas garantias de independência e não mobilidade dos juízes e magistrados;

b) uma das conclusões da Conferência da ONU/CEE sobre “mecanismos de segurança na criação dos mercados imobiliários: a proteção dos direitos”, Madrid, 2001; que os registradores deveriam realizar um controle pleno de legalidade sobre a base de um conhecimento completo do sistema normativo, como pressupostos para a criação de um sistema registral moderno;

c) assim, no documento da ONU/CEE sobre “benefícios econômicos e sociais de uma boa administração do solo”, obtém-se como requisito para o estabelecimento de um adequado sistema de registro que ele esteja dotado de “claros poderes” legalmente instituídos;

d) Assembléia XIV de Prefeitos em Manágua (Nicarágua) Ponto 7.º. É imperativo para o desenvolvimento dos programas de formalização da propriedade que exista uma convicção política e que os funcionários de alto nível, os registradores e beneficiários: facilitem o acesso dos direitos de propriedade informal; promovam sua permanência dentro da formalidade; estabeleçam benefícios e propiciem facilidades para registrar;

e) Documento ONU/C “Revisão técnica do plano de ação para o mercado imobiliário na Albânia”, realizado pelo grupo Mola em colaboração com a agência de cooperação dos Estados Unidos (Usaid): “recomendo um sistema com registradores profissionais como única alternativa para a consolidação de uma instituição forte, selecionado por um sistema de livre avaliação entre pessoas com formação universitária”;

f) a Conferência da ONU sobre “mecanismos de segurança na criação de mercados imobiliários: a proteção dos direitos, Madrid, 2001”, conclui com um dos critérios que deve basear um sistema eficiente e moderno de registro; é um completo conhecimento do sistema normativo por parte do registrador;

g) Documento sobre “Projeto de Titulação e Inscrição de Propriedade em países da ECA”, do Banco Mundial diz: “O setor privado pode desempenhar um papel importante no registro da propriedade imobiliária, exceto no que se refere à regulação política... As limitações virão impostas pelas tradições e pela política do país, as disposições legais e a capacidade”, referindo-se ao sistema brasileiro de concessão como exemplo de relação com o setor privado;

h) no “Estudo sobre aspectos chave da legislação sobre Cadastro e Registro” da ONU/CEE, observa-se que uma grande maioria dos países europeus pesquisados financia seus sistemas com os emolumentos pagos pelos usuários. Nesta maioria, os países com sistema de registro são unanimidade praticamente; por outro lado, nos supostos de sistemas registraes de recente criação, a solução não

é unívoca e isso funciona dessa maneira porque em suas origens os sistemas registrais tendem a ser deficitários.

Foi observado que a receita dos registros no sistema orçamentário geral gerou em uma rápida obsolescência do sistema e uma generalização da carência do meio. É o que a ONU e a União Européia recomendam para os países em transição, ou seja, um sistema autofinanciável de registro;

i) o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia pronunciou-se por ocasião dos emolumentos pagos para o registro dos atos societários no Registro Mercantil, considerando a possível conciliação entre tais direitos e os impostos sobre sociedades; o tribunal, de acordo com a normativa comunitária, considera tais direitos admissíveis enquanto se destinem a financiar o serviço prestado;

j) Estatutos da Associação de Encarregados de Registro na França, onde o registrador responde pessoal e financeiramente pelos erros registrais cometidos e estatutos da Associação Espanhola de Registradores, precedente do Colégio Nacional de Registradores de Espanha no mesmo sentido;

k) o Tribunal Constitucional Espanhol quando examina a natureza dos colégios profissionais diz: “São corporações setoriais que se constituem para defender primordialmente os interesses privados de seus membros, e também atendem a finalidades de interesse público, em razão das quais se constituem como pessoas jurídico-públicas ou corporações de direito público (STC 18.02.1988)”;

l) documento realizado em Genebra, em setembro de 1998, para o Comitê de Assentamentos Humanos do Conselho Econômico Social: “O objetivo de qualquer sistema de terras que funcione adequadamente é o que deveria ser autofinanciável”. O investimento constante e os custos correntes para manter um sistema registral e proporcionar seus serviços deveriam ser totalmente cobertos por taxas ou emolumentos pagos pelos usuários de tais serviços. Isto não pode ser sempre alcançado, sendo realistas, nos primeiros anos de desenvolvimento de um novo sistema (...). “É importante, a este respeito, que os Governos de Países em transição aceitem o seu financiamento durante os primeiros anos de funcionamento do sistema. Isso, em realidade, é um investimento no desenvolvimento da economia em seu conjunto. Os títulos registrados são os ativos econômicos e negociáveis do país. Eles atraem de forma progressiva o investimento e constroem a confiança de empresas e particulares para participarem no desenvolvimento da economia do país”;

m) o documento do Banco Mundial sobre “Projetos de Titulação e Inscrição de Propriedades em países da ECA”, distingue entre cadastro legal ou registro da propriedade, cadastros físicos e cadastros fiscais. O cadastro fiscal determina o valor das propriedades com fins fiscais, e o cadastro físico daria

informação sobre a base física dos imóveis e o registro de imóvel conformaria a informação jurídica definidora dos direitos sobre propriedades, publicando os titulares dos mesmos e a legitimação para dispor deles o que “é fundamental em uma economia de mercado”, pois “promove um mercado da propriedade imobiliária mais eficiente”.

O presente texto foi subscrito pelos representantes de todos os países participantes e assistentes deste encontro, que são: Argentina, Brasil, Chile, Cuba, Equador, El Salvador, Espanha, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, República Dominicana, Uruguai, Venezuela e como entidade internacional, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

4. JURISPRUDÊNCIA

Seleção

SÉRGIO JACOMINO e ADEMAR FIORANELLI

4.1

1.ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO

4.1.1 CUSTAS E EMOLUMENTOS. Hipoteca. Fração ideal. Incorporação imobiliária.

Processo 583.00.2006.115863-2-SP (9.º SRI) – 1.ª VRPSP – Juíza Maria Isabel Romero Rodrigues Henriques – j. 31.07.2006 – Legislação: art. 29 da Lei Estadual 11.331/2002; art. 32 da Lei 4.591/64; art. 203 da Lei 6.015/73.

Ementa não oficial: 1. O registro da incorporação imobiliária cria uma nova realidade jurídica, sobre a qual serão estabelecidos os negócios jurídicos. 2. Por sua vez, os atos de registro recaem sobre cada uma das frações ideais, tantas quantas forem previstas na incorporação, sendo correta a cobrança dos emolumentos a cada uma das unidades. 3. O registro da hipoteca decorrente de empréstimo destinado à edificação não pode ter como base um terreno uno e indivisível. Dúvida procedente.

Vistos.

Cuida-se de pedido formulado pela sociedade Pilux Brazil S.A., que, com esteio no art. 29 da Lei Estadual 11.331/2002, reclama da sistemática de cobrança das “custas, emolumentos e contribuições” exigidas para o registro de escritura pública de compra e venda.

Informou que foi levada ao registro uma escritura pública de compra e venda de fração ideal de terreno, com correspon-

dência a unidades futuras de apartamentos, conforme registro de incorporação imobiliária, e o Sr. Oficial, arbitrariamente, pretende a cobrança das custas e emolumentos com base em cada unidade condominial prevista na incorporação, o que estaria a gerar verdadeiro enriquecimento ilícito.

O 9.º Oficial de Registro de Imóveis prestou esclarecimentos às f. O representante do Ministério Público opinou pela rejeição da inicial e, subsidiariamente, pela procedência da dúvida (f.). A Arisp também se manifestou nos autos, no mesmo sentido do oficial registrador (f.).

É o relatório.

DECIDO – Cuida-se de dúvida inversamente suscitada pela interessada, que tem por objeto a discussão a respeito da legalidade e legitimidade da cobrança de emolumentos pelo Sr. oficial registrador. Portanto, não se trata propriamente de “dúvida”, mas de reclamação relativamente à forma de cobrança das custas e emolumentos.

Todavia, no curso do procedimento, denota-se que a parte apresentou o título original e acrescentou a sua discordância quanto ao proceder do Sr. Oficial em considerar as unidades autônomas para fins de cobrança das custas e emolumentos. Este juízo já teve oportunidade de julgar situações semelhantes, enfrentando a problemática da situação jurídica de imóveis após o

registro da incorporação imobiliária. Assim os procedimentos julgados (n. 000.04094418-2, de 14.02.2005, n. 000.04100944-4 (14.º SRI), de 10.02.2005, n. 000.04094418-2 (14.º SRI), de 14.12.2004 e n. 000.05028328 (10.º SRI), de 02.05.2005).

Nesse sentido, a mais recente decisão proferida, Procedimento 000.05.028328, de 02.05.2005, em relação ao 10.º Oficial de Registro de Imóveis, consignou o seguinte entendimento: A dúvida levantada pelo oficial registrador revela o acerto da postura adotada pela serventia. A este respeito, houve o julgamento de outra dúvida registral enfocando a questão da incorporação e a mutação jurídica que esta provoca no momento em que é registrada.

Nesse sentido foi considerado o seguinte: É correto o entendimento de que o registro definitivo da incorporação, após o exaustivo atendimento das exigências estampadas no art. 32 da Lei 4.591/64, altera a realidade jurídica do imóvel objeto do empreendimento, determinando uma mutação, deixando de representar apenas um terreno não edificado, se transformando em um imóvel reservado para futura construção de edifício pré-destinado a abrigar um número certo de unidades autônomas, com dimensões exatas relativas às áreas privativas e áreas comuns.

O registro da incorporação confere este novo sentido e o projeto de edificação conquista um sentido jurídico imediato. Tanto é assim, que esgotado o prazo e as formas de desistência da incorporação, se consolida o empreendimento, abrindo-se a possibilidade de “venda” das unidades autônomas futuras, através de instrumentos contratuais que passam a conferir direito à compulsória adjudicação do bem. Portanto, o registro definitivo da incorporação, redesenha a realidade jurídica, passando a reconhecer a existência da edificação futura.

Neste contexto, evidente que o registro da *hipoteca*, decorrente do empréstimo

destinado à própria edificação, não pode ter como base o terreno uno e indivisível. Esta base física deixou de representar a realidade jurídica. Destarte, e acompanhando o raciocínio desenvolvido pelo oficial suscitante, não pode a garantia real se fundar sobre uma *realidade jurídica* que já não mais existe. O imóvel se encontra predeterminado à edificação de *unidades* destinadas à oferta pública, e esta é a situação que deve pautar os termos da garantia, mormente quando o financiamento não se encontra atrelado à edificação. Portanto, as decisões perfilham o entendimento de que a partir do momento em que houve a incorporação imobiliária, todas as relações jurídicas se estabelecem com base na nova realidade, vale dizer, com base nas unidades condominiais que a incorporação criou. Logo, correta a posição do Sr. oficial quando exigiu custas e emolumentos de acordo com cada futura unidade, individualizada.

A decisão encartada pela parte interessada às f., aliás, adotou o mesmo posicionamento, que não a favorece. A bem da verdade, as questões já decididas por este juízo sempre se referiram aos casos em que o empreendedor constituiu hipoteca em contrato de financiamento, como mecanismo para permitir a construção da edificação, dando o terreno como garantia. A dúvida estava em saber se a hipoteca deveria incidir sobre o terreno uno e indivisível ou sobre as unidades autônomas. Portanto, as decisões enfrentadas não tratavam especificamente a respeito da cobrança dos emolumentos.

No entanto, apesar dos precedentes não se aplicarem integralmente ao caso sob exame, o fundamento utilizado é essencialmente o mesmo: o registro da incorporação imobiliária cria uma nova realidade jurídica sobre a qual devem ser estabelecidos os negócios jurídicos. Consequentemente, os atos de registro recaem sobre as frações ideais, uma a uma, tantas quantas forem as frações ideais previstas na incorporação.

A tudo deve ser acrescentado que ainda há uma particularidade na hipótese em aná-

lise, que reforça ainda mais o posicionamento do Sr. oficial. É que um dos blocos que integram a incorporação imobiliária – Bloco B – Edifício Glória (Av. 4/140.827 – f.) já foi construído e foram abertas as correspondentes matrículas referentes às suas unidades autônomas, com a fração ideal de 1,0417% sobre todo o terreno atrelada à cada unidade, inclusive sobre o terreno remanescente que é objeto da escritura pública de compra e venda. Tanto é que nas informações de f. consta que “os apartamentos concluídos no Bloco B já possuem lançamento individual”. Portanto, na situação dos autos há uma particularidade que está a impedir o registro do título na forma pretendida pela interessada, porque foi instituído o condomínio relativamente a um dos Blocos. Daí por que deve ser mantida a exigência apresentada pelo Sr. Oficial de Registro de Imóveis.

Diante do exposto, julgo procedente a dúvida, para manter a exigência do Sr. oficial.

Cumpra-se o disposto no art. 203 da Lei de Registros Públicos.

P.R.I.C.

São Paulo, 31 de julho de 2006 – MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES, juíza de direito.

(DOE 21.08.2006)

4.1.2 FIDEICOMISSO. Formal de partilha. Arrolamento de bens. Testamento. Novo Código Civil.

Processo 583.00.2006.122508-0-SP (4.º SRI) – 1.ª VRPSP – Juíza Maria Isabel Romero Rodrigues Henriques – j. 03.07.2006 – Legislação: Código Civil de 1916; novo Código Civil e art. 6.º da LICC.

Ementa não oficial: 1. Na instituição de fideicomisso, se o legislador pretendeu a imposição da restrição apenas para a si-

tuação do art. 1.848 do novo CC, foi porque realmente desejou não impor a exigência de aditamento para as demais situações não contempladas. 2. Quisesse o legislador impor a restrição de aditamento à situação ora em análise, teria-o feito expressamente. Se não o foi, não cabe ao intérprete estabelecer tamanha analogia. 3. A lei sempre procurou prestigiar a vontade do testador, retirando do aplicador da lei a possibilidade de lhe emprestar conteúdo divergente da sua vontade. Dúvida improcedente.

Vistos.

Cuida-se de procedimento de dúvida suscitada pelo 4.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, que recusou o registro do formal de partilha extraído dos autos de arrolamento dos bens deixados com o falecimento de Irineo de Campos Carvalho.

Dos autos consta que o falecido lavrou testamento em janeiro de 2000 e instituiu fideicomisso em relação aos bens integrantes da legítima de seu filho José Renato Teixeira de Campos.

No entanto, o Sr. oficial sustenta a sua recusa com fundamento nas disposições do novo Código Civil, uma vez que a nova regra proibiu a instituição de fideicomisso quando o fideicomissário já tenha sido concebido.

A parte interessada foi intimada e deixou de apresentar impugnação.

A representante do Ministério Público opinou pela improcedência da dúvida e registro do formal de partilha, em prestígio ao ato de última vontade do testador (f.).

É o relatório.

DECIDO – A dúvida não merece ser acolhida.

Destarte, o feito encerra a discussão a respeito do cumprimento de testamento lavrado sob as regras do antigo Código Civil quando o testador faleceu já na vigência do novo Código.

Especificamente na situação dos autos, o testador instituiu o fideicomisso em relação a fideicomissários já concebidos, disposição que violaria previsão contida no art. 1.952 do novo Código, por vedar expressamente a substituição de fideicomissária em favor dos não concebidos.

O Sr. oficial recusou o ingresso do título ao fôlio real sob o argumento de que o registro viola expressa disposição legal. Entretanto, embora se reconheça a possibilidade de ser adotado o posicionamento do Sr. oficial, não é essa a melhor interpretação dos princípios e regras que regem a matéria, nem foi essa a opção do legislador.

Isto porque, as Disposições Finais e Transitórias do novo Código Civil, que norteiam a aplicação das regras do antigo e do novo Código Civil, especialmente quanto às incompatibilidades e contradições, nada mencionou a respeito da situação ora enfrentada, quanto à validade do testamento que institui fideicomisso em favor de fideicomissário já concebido.

Com efeito, o art. 2.041 do novo CC, determinou que "As disposições deste Código relativas à ordem de vocação hereditária (art. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior". No artigo seguinte, determinou que "aplique-se o disposto no *caput* do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei 3.071, de 1.º.01.1916; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não substituirá a restrição".

Ora, da leitura dos citados artigos, parece-me que não é possível concluir pela analogia, como se posiciona o Sr. oficial, estendendo a necessidade de aditamento do testamento, imposta especificamente para a situação prevista no art. 1.848 do novo

Código ("Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incommunicabilidade, sobre os bens da legítima") para querer aplicá-la à hipótese do art. 1.952. As situações envolvendo testamentos lavrados antes da vigência do novo Código Civil e abertura da sucessão já sob a vigência do novo Código indubitavelmente foram previstas pelo legislador e era de se esperar que este regulamentasse as situações de incompatibilidade. Se este pretendeu a imposição da restrição apenas para a situação do art. 1.848 do novo CC, foi porque realmente desejou não impor a exigência de aditamento para as demais situações não contempladas.

Quisesse o legislador impor a restrição de aditamento à situação ora em análise, teria-o feito expressamente. Se não o foi, não cabe ao intérprete estabelecer tamanha analogia.

Não bastasse referida análise, duas outras considerações mostram-se relevantes, a reforçar a possibilidade de registro do formal de partilha.

Há dois outros dispositivos legais que devem ser levados em conta na situação dos autos. Tanto o Código de 1917, quanto o novo Código Civil, trazem disposição expressa no sentido de que "quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador". Em outras palavras: a lei sempre procurou prestigiar a vontade do testador, retirando do aplicador da lei a possibilidade de lhe emprestar conteúdo divergente da sua vontade.

Na mesma medida, o art. 6.º da LICC ressalva a obediência ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, mesmo em caso de advento de nova lei.

A combinação de referidos artigos, em prestígio à vontade do testador e ao ato jurídico perfeito, sinaliza para que se deva

respeito ao ato de última vontade do testador, o qual ofereceu fundadas razões para que se instituisse o fideicomisso.

Finalmente, durante o procedimento de inventário em nenhum momento se cogitou da impossibilidade de cumprimento da última vontade exarada no testamento, tampouco de possível violação ao novo Código Civil, sendo o testamento aberto, cumprido e a partilha homologada pelo MM. Juízo, em obediência aos requisitos legais.

Assim, por não vislumbrar violação à lei, é de serem acolhidos os argumentos da parte interessada e da representante do Ministério Público, para ser registrado o formal de partilha, nos termos desta decisão. Daí por que entende-se como improcedente a dúvida ofertada pelo Sr. registrador.

Diante do exposto, julgo improcedente a dúvida suscitada pelo 4.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital.

Por consequência, após o trânsito em julgado, cumpra-se a presente decisão, permitindo o ingresso do título ao fôlio real.

P.R.I.C.

São Paulo, 3 de julho de 2006 – MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES, juíza de direito.

(DOE 18.07.2006)

4.1.3 ARREMATÇÃO. Penhora de direitos. Obrigação *propter rem*. Qualificação registral. Título judicial. Especialidade subjetiva. Continuidade.

Processo 583.00.2006.119356-6-SP (5.º SRI) – 1.ª VRPSP – Juíza Maria Isabel Romero Rodrigues Henriques – j. 14.07.2006 – Legislação: Lei 6.015/73.

Ementa não oficial: 1. Os títulos judiciais não são imunes à qualificação registral, pois esta não promove incursão sobre

o mérito da decisão judicial, mas à apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e a sua formalização instrumental. 2. Tanto a penhora quanto a carta de arrematação deveriam ter recaído sobre os direitos que o executado detinha sobre o bem, não se confundindo com a titularidade dominial. 3. As exigências quanto à correta qualificação registral são pertinentes, pois conferem a segurança e autenticidade aos atos e negócios jurídicos levados à registro. Dúvida procedente.

Vistos.

Cuida-se de procedimento administrativo de *dúvida inversa*, suscitada nos termos de art. 198 da Lei de Registros Públicos, pelo interessado Cesar de Oliveira contra o ato do 5.º Oficial de Registro de Imóveis, que recusou o registro da carta de arrematação expedida nos autos da ação de execução movida contra Daniel Chvaicer, relativamente à Unidade Autônoma 310/313 do Edifício Maggi, transcrito sob o n. 17.207 da 5.ª Serventia Imobiliária.

Sustenta que a recusa do Sr. oficial é descabida, uma vez que o imóvel foi arrematado por meio de leilão judicial em regular processo judicial, com origem em obrigação *propter rem*, sendo o executado revel, citado por edital, tornando impossível a obtenção de sua qualificação e certidão de casamento.

O Sr. oficial prestou esclarecimentos às f., insistindo na necessidade das exigências, em obediência ao princípio da continuidade registral e ausência de citação dos titulares de domínio e compromissários na ação de execução. Foi juntada certidão de objeto e pé do processo de execução (f.).

O Ministério Público opinou pela procedência da dúvida (f.).

É o relatório.

DECIDO – A dúvida é procedente.

Cuida-se de dúvida suscitada pelo Sr. oficial, recusando o registro da carta de ar-

rematação expedida em ação de execução judicial em face de Daniel Chvaicer, que recaiu sobre a Unidade Autônoma 310/313 do Edifício Maggi, objeto da transcrição 17.207 de propriedade de Paula Menni Maggi.

Os elementos necessários à decisão já se encontram no procedimento, tornando inoportunas novas diligências ou esclarecimentos.

De início, cumpre consignar, como já decidido inúmeras vezes pelo Conselho Superior da Magistratura (vide, por exemplo, ApCív 464-6/9, São José do Rio Preto) que "apesar de se tratar de título judicial, está ele sujeito à qualificação registrária".

O fato de tratar-se o título de mandado judicial não o torna imune à qualificação registrária, sob o estrito ângulo da regularidade formal.

O exame da legalidade não promove incursão sobre o mérito da decisão judicial, mas à apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e a sua formalização instrumental.

A questão de fundo não é nova nesta Vara Especializada e já foi objeto de inúmeras decisões judiciais, inclusive do E. Conselho Superior da Magistratura, todas no sentido apontado pelo Sr. Oficial de Registro de Imóveis.

Embora inegavelmente se reconheça que a recusa do Sr. registrador traz, por certo, inúmeros transtornos para o cumprimento das decisões judiciais e desamparo aos possíveis credores, fato é que, sob uma outra ótica, a Lei de Registros Públicos impõe a obediência de princípios e regras que merecem observação, sob pena de quebra de toda a sua sistemática, capaz de dar segurança, autenticidade e eficácia aos atos jurídicos, exigindo o legislador que se obedeça à forma para garantia das informações e dados contidos no registro.

Na situação dos autos, a carta de arrematação recaiu sobre a unidade de apartamento. Conforme o título de f., ficou constando que o bem era a Unidade Autô-

noma 310/313 de propriedade de Daniel Chvaicer. Logo, aqui já se verifica o primeiro óbice.

A bem da verdade, tanto a penhora quanto a carta de arrematação deveriam ter recaído sobre os direitos que o executado detinha sobre o bem, direitos que não se confundem com a titularidade domínial. Como bem ressaltou o Sr. oficial, o imóvel ainda continua na propriedade de terceira pessoa, que não figurou na ação judicial, seja de conhecimento ou de execução, titular de domínio de nome Paula Menni Maggi. Portanto, como exigiu o Sr. oficial na nota de devolução, a arrematação deveria ter recaído sobre os direitos que o executado detinha sobre o bem e não sobre o imóvel.

A titular de domínio e os demais compromissários compradores, Roberto Sabadini e Victor Florêncio, não foram citados na ação judicial que culminou com a arrematação do imóvel. Consequentemente, a permitir o ingresso da carta de arrematação ao fôlio, o executado Daniel Chvaicer deve figurar como titular de domínio do imóvel arrematado, sob pena de ofensa ao princípio da continuidade. Como ensina Afrânio de Carvalho: "O princípio da continuidade, que se apóia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente".

Na mesma linha de raciocínio é a lição de Narciso Orlandi Neto, na obra *Retificação do Registro de Imóveis*, São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 55-56: "No sistema que adota o princípio da continuidade, os registros têm de observar um encadeamento subjetivo. Os atos praticados têm de ter, numa das partes, a pessoa cujo nome já consta do registro. A pessoa que

transmite um direito tem de constar do registro como titular desse direito, valendo para o registro o que vale para validade dos negócios” Também não se desconhece o fato de que a obrigação discutida nos autos era *propter rem*.

Entretanto, esta característica eficaz, não admite que a ação judicial de cobrança ou outra qualquer seja aforada contra uma determinada pessoa, depois seja cumprida em face de terceira pessoa. Trata-se de uma questão, que não comporta mitigação, sendo da essência do devido processo legal, que não admite condenação sem processo ou oportunidade de defesa. Logo, para tornar possível a arrematação do imóvel do mero compromissário cessionário do bem – Daniel Chvaicer necessária a regularização dominial do executado, para que se estabeleça e observe o princípio da continuidade estabelecido no art. 237 da Lei de Registros Públicos.

Por outro lado, caso atendida a apontada exigência, a carta de arrematação ainda demandaria outras observações, especialmente a qualificação completa e demonstrada do executado. A exigência da qualificação do devedor na certidão poderia parecer de excessivo rigor. Todavia, entre os requisitos da matrícula, constantes do art. 176 da Lei 6.015/73, constam o nome, domicílio, nacionalidade, estado civil, profissão e o número de inscrição no Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade ou, à falta deste, a filiação. Importa dizer, então, que o estado civil do devedor deve também constar da certidão, para se verificar o atendimento aos princípios da especialidade subjetiva e a continuidade. Pertinente, portanto, a exigência quanto à correta qualificação do devedor. São exigências que conferem a segurança e autenticidade aos atos e negócios jurídicos levados à registro. Sem o estrito atendimento, está o oficial legitimado a recusar o ingresso do título, razão para se concluir como correta a decisão em negar o ingresso do título ao fôlio.

Portanto, por tais razões, é de ser acolhida a dúvida trazida pelo 5.º Oficial de Registro de Imóveis, mantendo-se a recusa ao registro da carta de arrematação.

Ante o exposto, julgo procedente a dúvida. Cumpra-se o disposto no art. 203 da Lei de Registros Públicos. Ciência às partes.

P.R.I.C.

São Paulo, 14 de julho de 2006 – MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES, juíza de direito.

(DOE 27.07.2006)

4.1.4 CESSÃO DE DIREITOS. ITBI. Recolhimento. Prescrição. Decadência. Fiscalização.

Processo 583.00.2006.154847-6-SP (10.º SRI) – 1.ª VRPSP – Juíza Maria Isabel Romero Rodrigues Henriques – j. 11.07.2006 – Legislação: Art. 156 do CTN e arts. 203 e 289 da Lei 6.015/73.

Ementa não oficial: 1. Embora o oficial registrador tenha a obrigatoriedade de fiscalizar o pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes são apresentados, a este não cumpre o reconhecimento da inexigibilidade do crédito tributário, bem como sua prescrição ou decadência. 2. A legislação municipal determina o recolhimento de imposto para o registro do instrumento de cessão e transferência de direitos e obrigações decorrentes de compromisso de compra e venda. Dúvida procedente.

Vistos.

Cuida-se de procedimento de dúvida suscitada pelo 10.º Oficial de Registro de Imóveis em relação ao interessado Odilon da Silva Novais, recusando o ingresso do título – instrumento particular de cessão e transferência de direitos e obrigações decorrentes de compromisso de venda e com-

pra de imóvel uma vez não comprovado o recolhimento do imposto municipal de transmissão, de acordo com a legislação em vigor. Houve juntada da legislação municipal (f.).

O interessado apresentou impugnação a f., postulando pelo ingresso do título sem a exigência do recolhimento do imposto.

A representante do Ministério Público opinou pela procedência da dúvida (f.).

É o relatório.

DECIDO – A dúvida deve ser julgada procedente, mantendo-se o óbice apresentado pelo Sr. registrador.

Com efeito, o interessado insurge-se contra a exigência do Sr. oficial relativa ao recolhimento do Imposto de Transmissão *Inter Vivos* no valor de R\$ 1.728,80, conforme nota de devolução de f., sob o fundamento de que tal exigência é indevida, uma vez que o título refere-se a uma cessão de direitos sobre imóvel e o fato gerador do imposto limita-se à transmissão de propriedade, que não se confunde com a aludida cessão.

No mais, segundo o interessado, ainda que se entendesse pela legalidade da exigência, o crédito tributário estaria extinto pela prescrição ou decadência, na forma do art. 156 do CTN.

Todavia, os argumentos trazidos pelo interessado não conduzem ao desfecho pretendido.

Ao oficial de registro cumpre fiscalizar o pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhe forem apresentados em razão do ofício, na forma do art. 289 da Lei 6.015/73 e dentre estes impostos se encontra o de transmissão, cuja prova do recolhimento, ou isenção, deve instruir o pedido. Inexistente tal prova, correta a recusa manifestada pelo Sr. oficial ao registro do título porque não tem, entre suas atribuições, a de reconhecer inexistência de crédito tributário.

O art. 289 da Lei de Registros Públicos é categórico ao estabelecer que 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.

Na situação dos autos, o art. 1.º, II, da Lei 11.154/91 prevê como fato gerador do imposto de transmissão *inter vivos*, “a cessão, por ato oneroso, de direitos relativos à aquisição de bens imóveis”.

O Dec. 46.228, de 2005, alínea c, por sua vez, também prevê como fato gerador do imposto a transmissão *inter vivos*, “a cessão, por ato oneroso, de direitos relativos à aquisição de bens imóveis”. E mais, no art. 2.º, dispõe que estão compreendidos na incidência do imposto, “a cessão de direitos decorrente de compromisso de compra e venda” (inc. IX).

Como se observa, a legislação municipal determina o recolhimento de imposto para o registro do instrumento de cessão e transferência de direitos e obrigações decorrentes de compromisso de venda e compra, como é o caso dos autos (f.).

Por outro lado, não compete aos oficiais, evidentemente, o reconhecimento de eventual prescrição ou decadência.

Cogita-se de questão que só pode ser objeto de discussão e decisão em esfera própria, a qual, sem dúvida, não coincide com o restrito âmbito de atuação dos registradores. Ademais, não participa deste procedimento o credor tributário que é o titular do direito cuja pretensão pretende seja declarada extinta. Esta esfera não é a apropriada para discussão complexa sobre a constitucionalidade ou legalidade da legislação municipal. “O que ora se analisa, isto sim, é o acerto da negativa do registrador, o qual se baseia, em sua atividade de qualificação, nas determinações concretas provenientes das normas positivas aplicáveis, sem que lhe sejam permitidas elucubrações acerca de sua perfeita adequação à Magna Carta” (ApCív 365-6/7, desta Capital).

“Caso se pretenda sustentar a inconstitucionalidade da legislação de regência, o caminho a ser trilhado é o jurisdicional, com escolha do remédio processual apropriado” (ApCív 36-6/7).

O oficial, portanto, agindo nos limites administrativos da qualificação que lhe compete, com verificação formal da regularidade fiscal, ateu-se ao texto legal e, em face dele, recusou o registro pelo motivo já mencionado.

Diante do exposto, julgo procedente a dúvida para manter a recusa do Sr. oficial em relação ao ingresso do título no fôlio real sem a comprovação do recolhimento do imposto, no valor exigido. Cumpra-se o disposto no art. 203 da Lei de Registros Públicos.

P.R.I.C.

São Paulo, 11 de julho de 2006 – MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES, juíza de direito.

(DOE 25.07.2006)

4.1.5 SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES. Vedação. Regime de bens. Código Civil.

Processo 583.00.2006.154923-2-SP (RTDPJ) – 1.ª VRPSP – Juíza Maria Isabel Romero Rodrigues Henriques – j. 24.07.2006 – Legislação: art. 977 do novo CC; art. 3.º da Lei 4.121/1962; entre outras.

Ementa não oficial: Ainda que a vedação legal para a constituição de sociedade entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória seja considerada retrógrada, não cabe ao intérprete decidir contrariamente à vontade do legislador, tampouco ser considerada inconstitucional. Dúvida procedente.

Vistos. Cuida-se de procedimento de *dúvida inversa* suscitada por Gerenza Engenharia S.C. Ltda. contra o ato do 3.º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São Paulo, que se recusou ao registro de alteração contratual da sociedade sob o fundamento de que há ofensa à lei (art. 977 do novo CC). Sustenta a interessada que o óbice apresentado pelo Sr. oficial não deve prevalecer, pois deve respeitar o ato jurídico perfeito, na medida em que a sociedade foi constituída anteriormente à vigência do novo Código. O Sr. oficial prestou esclarecimentos às f. A representante do Ministério Público opinou pela procedência da dúvida e manutenção do óbice registrário (f.).

É o relatório.

DECIDO – A dúvida deve ser julgada procedente. A matéria em análise encerra a discussão a respeito das sociedades comerciais mantidas entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens e a sua legalidade face às disposições do novo Código Civil.

Especificamente na situação dos autos, a parte interessada levou a registro um instrumento de alteração contratual da sociedade Gerenza Engenharia S.C. Ltda., tratando de questões outras, quando então o Sr. oficial percebeu a desobediência à nova previsão legal relativa à sociedade mantida entre cônjuges, obstando o ingresso do título. Isto porque, o art. 977 do novo CC traz a seguinte disposição:

“Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”. Em outras palavras: de acordo com o novo Código, não mais é permitida a constituição de sociedade entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória.

À época, muito se discutiu a respeito da inconveniência da nova regra. Diz-se que a “inovação” foi retrógrada porque antes do advento do referido ato normativo a própria doutrina e a jurisprudência, de forma dominante, entendiam pela possibilidade de os cônjuges constituírem sociedade limitada entre si ou com terceiros, independentemente do regime matrimonial de bens, até porque o art. 3.º da Lei 4.121/1962 (“Estatuto da Mulher Casada”), de forma clara, distinguia o patrimônio de cada cônjuge, ainda que o regime fosse o da comunhão universal.

Também se falou que a nova regra foi também criticada pelo incentivo que passou a dar à inclusão da figura do “laranja”, isto é, alguém que integraria o quadro societário tão-somente para, formalmente, atender à previsão legal. Porém, o legislador, distanciando-se do posicionamento predominante entre os operadores do direito, acabou optando por vedar a possibilidade de constituição de sociedade entre cônjuges, em sendo o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória. E ainda, mesmo ciente dos inúmeros problemas que a nova regra traria às sociedades constituídas antes do novo Código, não excepcionou a regra prevista nas Disposições Transitórias, vale dizer, aquela prevista no art. 2.031, *in verbis*: “As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, terão o prazo de um ano para se adaptarem às disposições deste Código, a partir de sua vigência; igual prazo é concedido aos empresários”.

Acrescente-se que o prazo foi alterado pela Lei 11.127/2005, permitindo a adaptação até 11.01.2007.

Portanto, mesmo ciente das dificuldades que a nova regra geraria, o legislador preferiu a adoção da regra geral, isto é, a necessidade de adequação de todas as sociedades às novas posturas.

Nos demais dispositivos das Disposições Transitórias não se encontra nenhum arti-

go expresso no sentido de que a regra proibitiva não se aplica às sociedades anteriormente constituídas.

Quisesse o legislador adotar entendimento desta jaez, teria-o feito expressamente. Não cabe ao intérprete, quanto mais nesta esfera puramente administrativa, decidir contrariamente à vontade do legislador. Também não se vislumbra inconstitucionalidade desta regra, sob o fundamento de que vem a ferir o “ato jurídico perfeito” (arts. 5.º, XXXVI, da CF e 6.º, § 1.º, da LICC).

Tais sociedades não podem ser qualificadas como consumadas, aperfeiçoadas e acabadas, já que seus efeitos se prolongam no tempo, renovando, a cada sua, sua existência e funcionamento.

O STF, REsp 226.894-2, em que foi relatado por Min. Moreira Alves (DJU 07.04.2000), trouxe relevantes argumentos a respeito do tema:

“Por fim, inexistente, no caso, ofensa ao art. 5.º, XXXVI, da Constituição, porquanto os conceitos de direito adquirido e de ato jurídico perfeito, para a aplicação desse dispositivo constitucional, são ínsitos a questão de direito intertemporal, vedado que é constitucionalmente que a lei nova possa prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, e, portanto, ser aplicada nessas hipóteses retroativamente, o que, no caso, não ocorre, pois nele não está em causa a aplicação retroativa da norma jurídica (...).

É de notar-se, ainda, que se assim não fosse, toda questão relativa à violação, no âmbito puramente legal ou convencional, de direito ou do estipulado em ato jurídico (assim, por exemplo, num contrato) daria ensejo à alegação de ofensa ao art. 5.º, XXXVI, da Constituição, porque todo direito seria direito adquirido (ou seja, direito que nasceu da ocorrência, no mundo real, da hipótese de incidência da norma jurídica cuja consequência é o nascimento desse direito) e todo ato jurídico validamente celebrado seria ato jurídico perfeito”.

Assim, a solução que o ordenamento jurídico oferece à situação que se coloca é a integração de novo sócio à sociedade ou, ainda, embora discutível, a alteração do regime de bens dos cônjuges, judicialmente.

Embora indiscutivelmente se reconheça que a nova regra tenha causado inúmeros inconvenientes às sociedades desta natureza, inviável afastar-se da vontade do legislador.

Deste modo, correto o posicionamento perfilhado pelo Sr. oficial.

Diante do exposto, julgo procedente a dúvida para manter o óbice registrário.

Cumpra-se o disposto no art. 203 da Lei de Registros Públicos.

P.R.I.C.

São Paulo, 24 de julho de 2006 – MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES, juíza de direito.

4.1.6 RENÚNCIA UNILATERAL DE PROPRIEDADE. Instrumento particular. Condomínio edifício. Box de garagem.

Processo 583.00.2006.160370-0-SP (5.º SRI) – 1.ª VRPSP – Juíza Maria Isabel Romero Rodrigues Henriques – j. 20.07.2006 – Legislação: art. 12 da Lei 4.591/64 e Lei 6.015/73.

Ementa não oficial: 1. O desatendimento a quaisquer das exigências feitas pelo Sr. oficial importará na procedência da dúvida. 2. A renúncia de qualquer condômino aos seus direitos não valerá como escusa para exonerá-lo de seus encargos. 3. Mesmo sendo a renúncia ato pessoalíssimo, em se tratando de unidade condominial, exige-se a comprovação de prévia deliberação pela Assembléia Geral. Dúvida procedente.

Vistos.

Cuida-se de procedimento de *dúvida* suscitada pelo 5.º Oficial do Registro de Imóveis desta Capital, em relação ao requerimento de Antonio Carlos Kherlakian, tendo por objeto a recusa ao registro de instrumento particular de renúncia a propriedade imóvel feita por José Luiz Kherlakian. Sustenta que o título se refere a uma renúncia à propriedade sobre um Box de garagem, constituindo-se como unidade condominial. Alega o Sr. oficial que a recusa ao registro do instrumento particular deveu-se ao descumprimento das exigências inseridas na nota de devolução encartada aos autos, desatendidas pelo interessado. O interessado apresentou impugnação às f., alegando que não pode prevalecer a recusa do Sr. oficial registrador, uma vez que a renúncia unilateral é plenamente válida, sem exigir a indicação de beneficiário ou anuência dos demais condôminos, bem como indevidas as demais exigências. A representante do Ministério Público apresentou parecer às f., pela procedência da dúvida, mantendo-se o óbice registrário.

É o relatório.

DECIDO – A dúvida é procedente. Como se sabe, o desatendimento a quaisquer das exigências feitas pelo Sr. oficial importará na procedência da dúvida. Logo, ainda que se entenda dispensável uma delas por meio do procedimento de dúvida, ainda restará o exame dos demais requisitos.

Com efeito, a situação dos autos encerra a discussão em torno da renúncia unilateral a propriedade de imóvel inserido em condomínio edifício. Pela via reflexa, depende da análise da necessidade de um beneficiário e da anuência dos demais condôminos à renúncia. Especificamente na situação dos autos, ainda foram desatendidos requisitos previstos na Lei de Registros Públicos. Apesar da possibilidade de que no ato de renúncia dispense-se a figura do beneficiário, fato é que no caso em

exame, ainda que se acolham os argumentos do interessado. Nesse sentido (amparado pela doutrina de Silvio Rodrigues, Carlos Roberto Gonçalves e Washington de Barros Monteiro), ainda existiria óbice insuperável para o registro do instrumento particular de renúncia.

Lúcida é a visão do 1.º Oficial de Registro de Imóveis, ao apontar que “uma das características próprias do condomínio edilício, que o diferencia da comunidade ordinária e da propriedade individual, é a falta de efeitos da renúncia unilateral liberatória de qualquer condômino a seus direitos e obrigações. Ao ingressar no condomínio, o condômino assume a obrigação *ex vi legis* de concorrer para as despesas condominiais relativas a conservação e reparações na proporção de suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção”. E prossegue o mesmo registrador, “A legislação brasileira afasta a possibilidade de simples e pura renúncia ao direito de propriedade no condomínio edilício, conforme disposição do parágrafo quinto, do art. 12 da Lei 4.591/64, segundo o qual “a renúncia de qualquer condômino aos seus direitos, em caso algum valerá como escusa para exonerá-lo de seus encargos”.

Portanto, apesar de constituir-se a renúncia como um ato personalíssimo, em se tratando de unidade condominial, exige-se a comprovação de prévia deliberação pela assembléia geral, com respeito à exoneração ou não do renunciante do pagamento das contribuições condominiais futuras, cuja circunstância deverá constar do registro para efeitos de publicidade.

Averbada a renúncia, cabe ao oficial de registro de imóveis comunicar a perda de domínio ao Município ou ao Distrito Federal, se a unidade autônoma se achar nas respectivas circunscrições, visto que, se não se encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e depois de três anos passar à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, conforme sua localização (CC, art.

1.276, *caput*). No caso, o interessado, por meio de instrumento particular, renunciou à propriedade de um box de garagem, transcrito sob o n. 113.054 do 5.º Cartório de Registro de Imóveis, quando então declarou que “todos os impostos, taxas e tarifas, inclusive condominiais, incidentes sobre o imóvel objeto deste contrato, que se acham perfeitamente em dia com seus pagamentos, conforme já consignado, a partir desta data, deixarão de ser honrados pelo renunciante, uma vez que se considera de fato e de direito, não mais proprietário ou mesmo possuidor”.

Embora plausíveis os argumentos apresentados pelo requerente, a solução pretendida não está amparada na legislação específica a reger a matéria, já que, em se tratando de renúncia envolvendo unidades inseridas em condomínio edilício, outros princípios e regras são aplicáveis. Logo, a regra prevista no art. 1.275, II, do CC deve ser interpretada em sintonia com a regra do art. 12, § 5.º, da Lei 4.591/64.

Assim, se por um lado o proprietário tem direito a renunciar à propriedade, com fundamento no art. 1.275, II, do CC, tal renúncia não liberará o renunciante ao pagamento das verbas condominiais, em obediência ao art. 12, § 5.º, da Lei 4.591/64, relativa às obrigações futuras, como se infere do próprio dispositivo: “A renúncia de qualquer condômino aos seus direitos, em caso algum valerá como escusa para exonerá-lo de seus encargos”. Tal regra, como se percebe, vem de encontro à natureza jurídica do condomínio edilício.

O condomínio edilício possui uma série de peculiaridades, dentre as quais a coexistência da co-propriedade das áreas comuns e a propriedade exclusiva de cada unidade autônoma, a existência de convenção para administrar os interesses comuns, a instituição de assembléia como órgão deliberativo e eleição de síndico administrador, enfim um agrupamento de interesses dos condôminos. Ora, é sabido que a propriedade é fonte de deveres e obrigações, algo

que foi corretamente observado pelo parecer ministerial.

Em se tratando de propriedade inserida em condomínio edilício, tais deveres e obrigações são exigidos em sua plenitude, na medida em que a alteração de um dos fatores interfere inegavelmente no âmbito de interesses dos demais condôminos. Nesta medida, qualquer alteração que modifique a “configuração” do condomínio, impõe a convocação de assembléia para que os condôminos tomem conhecimento e deliberem a respeito da situação jurídica diversa. No caso dos autos, não se trata de mera compra e venda, doação, ou transmissão do imóvel a terceiro, negócios que fazem parte do cotidiano de qualquer condomínio, independentemente, portanto, da anuência dos condôminos.

Na hipótese dos autos, a renúncia importará num “vazio” de propriedade, que naturalmente refletirá nos direitos e obrigações dos demais condôminos, modificando toda a situação jurídica antes definida, como por exemplo, o rateio das despesas entre os demais.

Conseqüentemente, é de interesse de todos os condôminos a deliberação a res-

peito da renúncia e por tal razão absolutamente legítima a exigência do Sr. oficial quanto à deliberação da Assembléia a respeito das obrigações futuras do condômino renunciante. Neste passo, o instrumento particular, com unilateral liberação do renunciante às despesas futuras relativas ao condomínio, não poderá mesmo ser registrada sem a comprovação de que a assembléia assim concordou. Logo, correto o posicionamento do Sr. oficial em recusar o registro do título desacompanhado de referido documento. Ainda que se alegue ausência de incidente do imposto de transmissão, o interessado não cumpriu as demais exigências do Sr. oficial, o que mais uma vez conduz à manutenção do óbice.

Diante do exposto, julgo procedente a dúvida para manter a recusa ao ingresso do título ao fôlio.

Cumpra-se o disposto no art. 203 da Lei de Registros Públicos.

P.R.I.C.

São Paulo, 20 de julho de 2006 – MARIA ISABEL ROMERO RODRIGUES HENRIQUES, juíza de direito.

(DOE 03.08.2006)

4.2

CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4.2.1 PUBLICIDADE REGISTRAL. Consulta visual de livros. Cobrança de emolumentos.

Processo 42.249/2005-São José do Rio Preto – Protocolado CGJSP – Vicente de Abreu Amadei – j. 26.01.2006 – Legislação: art. 19 do Dec. 4.857/39; art. 16 da Lei 6.015/73; Lei Estadual 11.331/2002, entre outras.

Ementa: Registro de imóveis – Dúvida referente à cobrança de emolumentos pela “consulta visual (sem extração de cópia) de alguma das matrículas de imóveis” – Distinção entre publicidade direta e indireta, observando que aquela, antes prevista no Dec. 4.857/39 (art. 19), não é acolhida pela Lei 6.015/73 (art. 16), que, em regra, segue o sistema da publicidade in-

direta (via certidões e informações, que não se confundem com exibição direta de livros ou fichas) – Consulta prejudicada.

Exmo. Sr. Desembargador Corregedor-Geral da Justiça:

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça de São José do Rio Preto, Dr. Ary César Hernandez, sobre a legalidade da conduta do 2.º Oficial do Registro de Imóveis desta Cidade em cobrar emolumentos (R\$ 2,53) para toda pessoa que pretende apenas a consulta visual de matrículas, inclusive de advogados.

É o relatório. Opino.

Estivéssemos apenas na esfera de consulta decorrente de dúvida na cobrança de emolumentos, forçoso seria concluir pela atribuição primeira do Juízo Corregedor Permanente, na forma do art. 29 da Lei Estadual 11.331, de 26.12.2002, encaminhando-se os autos para aquele juízo, sem conhecimento direto da consulta nesta Corregedoria-Geral da Justiça.

Todavia nota-se que a consulta formulada tem como pressuposto situação que extrapola a esfera da mera dúvida sobre a cobrança de emolumentos: noticia-se prática de “consulta visual (sem extração de cópia) de alguma das matrículas de imóveis” (f.).

Assim, importa saber em primeiro plano se é regular, ou não, essa “consulta visual de matrículas”, ou seja, se pode, ou não, o oficial registrador apresentar as próprias fichas de matrículas, para que interessados em informações as leiam e as consultem na unidade de serviço.

A resposta, em meu ver, é negativa.

Com efeito, ao tempo do Dec. 4.857/39, nos termos de seu art. 19, a publicidade registraria era não só indireta (via certidões), mas também direta (pela exibição dos próprios livros):

“Art. 19. Os oficiais, bem como as repartições encarregadas dos registros serão obrigados:

1. a passar certidões requeridas;
2. a mostrar às partes, sem prejuízo da regularidade do serviço, os livros de registro, dando-lhes, com urbanidade, os esclarecimentos verbais que publicarem”.

No entanto, com o advento da Lei 6.015/73, esse sistema de publicidade foi parcialmente alterado, consolidando-se, como regra, apenas a publicidade indireta (por certidões e informações), como consta em seu art. 16, não mais havendo previsão legal para a exibição dos próprios livros (ou das fichas que os substituírem):

“Art. 16. Os oficiais e os encarregados das repartições em que se façam os registros são obrigados:

1. a lavrar certidão do que lhes for requerido;
2. a fornecer às partes as informações solicitadas”.

Confira a lição de Walter Ceniviva, que bem distingue “exibição de livros” de “informação”: “Informação é simples notícia dada a todo aquele que, tendo interesse no ato jurídico correspondente ao registro, nele figura. Esse entendimento se reforça se comparado o texto atual com o anterior, no qual era permitida a exibição às partes, sem prejuízo da regularidade do serviço, dos livros de registros, dando-lhes o oficial, com urbanidade, os esclarecimentos que pedirem” (*Lei dos Registros Públicos comentada*, 7. ed. São Paulo: São Paulo: Saraiva, p. 26).

Deste modo, como regra geral, a publicidade registraria se efetiva apenas indiretamente (via certidões e informações), não diretamente (com acesso do interessado aos próprios livros ou fichas que os substituem, ainda que só para leitura ou “vista” na própria unidade de serviço); só por exceção, diante de expressa previsão legal, admissível a publicidade direta, tal como se colhe no art. 24 da Lei 6.766/79, que assegura o exame direto do “processo de loteamento e contratos depositados (...) independentemente do pagamento de custas e emolumentos, ainda que a título de busca”.

Essa orientação, aliás, está em sintonia com o princípio de segurança jurídica que, “ainda mais do que um simples fim, é a plenitude do Sistema Registral, sua entelequia” (...), que “orienta cada um e todos os atos próprios da função de registro predial” (...), inclusive “a publicidade que relativamente à inscrição, *fundamentaliter*, se concede” (Ricardo Dip. “Certidões integrais do registro imobiliário: da prevalência do meio reprográfico”. *Registro de Imóveis* (Vários estudos). Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 418-419).

Não se pode deixar de ter em conta que, iluminado pelo princípio maior de segurança jurídica, entre os primeiros deveres dos oficiais de registro, consta o de manter em ordem os livros, guardando-os em locais seguros (art. 30, I, da Lei 8.935/94; art. 24 da Lei 6.015/73), integrando-se como cautelas decorrentes desse dever de conservação dois óbices: a) primeiro, o da deslocação dos livros de registros, bem como das fichas que os substituam, para fora da unidade de serviço, salvo mediante autorização judicial (art. 22 da Lei 6.015/73); b) segundo, o da publicação direta (“consulta visual”) dos referidos livros e fichas que os substituam (art. 16 da Lei 6.015/73, *a contrario sensu*). Afinal, em ambas situações (deslocação não autorizada e publicação direta), os livros e as fichas que os substituam estariam expostos aos riscos de dano ou de perda, graves prejuízos ao serviço público delegado.

Não se diga que a falta de publicidade direta poderia importar alguma diminuição à publicidade registrária ou algum risco à transparência dos serviços, pois os oficiais de registro têm fé pública – quer naquilo que certificam, quer naquilo que informam –, e, para verificação da regularidade (inclusive do que publicam com fé pública) estão sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, que se realiza de ofício ou por provação de qualquer interessado.

Deste modo, impõe-se concluir que, não se admitindo a sistemática de “consulta

visual de alguma das matrículas de imóveis” em Serventia Predial, uma vez que o sistema de publicidade registrária é, em regra, indireto, por certidão ou informações (que não se confunde com exibição de livros ou fichas), fica automaticamente prejudicada a dúvida referente à respectiva cobrança de emolumentos.

Anota-se, por último, que o oficial registrador pode, para bem informar, extrair cópia da matrícula (sem necessariamente lavrar certidão), o que irá autorizar a cobrança de emolumentos relativos à informação, tal como prevê a Lei Estadual 11.331/2002, no item 13 da Tabela II.

Diante do exposto, o parecer que, respeitosamente, submeto à elevada apreciação de V. Exa. é no sentido de dar por prejudicada a presente consulta, por irregularidade no pressuposto fático que lhe serve de suporte (“consulta visual de matrículas”), com determinação de ciência ao consulente e, ainda, de encaminhamento ao MM. Juiz Corregedor Permanente do 2.º Oficial de Registro de Imóveis deste parecer e da decisão que eventualmente o aprovar, para que dê ciência ao referido oficial, objetivando estancar eventual prática de publicidade direta das matrículas nessa unidade de serviço, se houver.

Sub censura.

São Paulo, 26 de janeiro de 2006 – VICENTE DE ABREU AMADEI, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

4.2.2 LOTEAMENTO. Desdobro. Contrato-padrão. Restrição urbanística. Municipalidade. Aprovação. Irrelevância.

Processo CG 29/2006-Indaiatuba – Álvaro Luiz Valery Mirra – j. 28.04.2006 – Legislação: Lei Municipal 4.066/2001 e Lei de Parcelamento do Solo Urbano.

Ementa: Registro de imóveis – Loteamento – Requerimento de averbação de desdobro de lote – Existência de restrição em contrato-padrão arquivado no registro predial que veda a subdivisão de lotes – Prevalência da restrição convencional – Aprovação do desdobro pela Prefeitura Municipal – Irrelevância – Averbação indeferida – Recurso não provido.

Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça:

Trata-se de recurso administrativo interposto por Henrique do Rosário Marques Varella contra decisão do MM. Juiz Corregedor Permanente do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Indaiatuba que indeferiu requerimento de averbação, na Matrícula 28.878 da referida Serventia, de desdobro do Lote 15, da Quadra “E”, do Loteamento “Vila Rubens”, em virtude de vedação existente no contrato-padrão arquivado (f.).

Sustenta que o desdobro em questão foi aprovado em 14.07.1999, não incidindo, na espécie, a Lei Municipal 4.066/2001. Além disso, idêntico desdobro foi autorizado e regularmente averbado na matrícula do imóvel vizinho (Lote 14 da mesma Quadra “E” do Loteamento), não havendo razão para a resistência ora manifestada pelo oficial registrador. Por outro lado, acrescenta, a restrição existente no contrato-padrão arquivado por ocasião do registro de loteamento, referente à impossibilidade de divisão dos lotes, era aplicável tão somente à época do lançamento do empreendimento, com limite temporal determinado para o momento do cumprimento das obrigações assumidas na compra e venda, não podendo ser exigida atualmente. Por fim, aduz que a própria Lei Municipal 4.066/2001 anistiou os desdobros irregulares, regularizando-os, circunstância a autorizar a pretendida averbação (f.).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido do não provimento do recurso (f.).

O recurso foi inicialmente distribuído ao C. Conselho Superior da Magistratura e, na sequência, remetido a esta Corregedoria-Geral da Justiça, por não envolver dissensão sobre registro em sentido estrito (f.).

É o relatório.

Passo a opinar.

A hipótese versa sobre pleito do recorrente de averbação, na Matrícula 28.878 do Registro de Imóveis da Comarca de Indaiatuba, de desdobro do Lote 15, da Quadra “E”, do Loteamento “Vila Rubens”, localizado naquela Cidade.

Em que pesem os argumentos expendidos pelo recorrente, o referido desdobro não pode ser averbado na matrícula em questão, como bem decidido pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, à luz ainda dos pareceres do Ministério Público em ambas as instâncias.

Com efeito, do contrato-padrão de compromisso de compra e venda dos lotes do aludido empreendimento, arquivado na serventia predial por ocasião do registro do loteamento, consta a obrigação do compromissário comprador de “não subdividir o imóvel” objeto da negociação (Cláusula 7.^a, c – f. v.). Tal cláusula, sem dúvida, inviabiliza a realização do desdobro do lote em questão e a sua averbação no registro imobiliário.

Observe-se que, como salientado na decisão recorrida e no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, restrição convencional dessa natureza, inserida em contrato-padrão de loteamento, tem prevalência ainda que o desdobro tenha sido aprovado pela Municipalidade ou que lei municipal a tenha afastado.

Isso porque a restrição em causa, como outras incluídas nos contratos-padrão, tem por finalidade assegurar a qualidade urbana do loteamento e garantir ao adquirente e aos demais proprietários de lotes o padrão do local e as características do empreendimento. Bem por isso, inclusive, a obrigatoriedade do depósito de modelo dos

contratos no registro de imóveis, para que todos os interessados possam ter ciência das restrições convencionais.

Como tem decidido o C. Conselho Superior da Magistratura a respeito da matéria:

“Procedimento de dúvida – Escritura pública de divisão amigável de lote – Registro – Inadmissibilidade – Imóvel situado em loteamento, cuja inscrição veda o desdobro – Restrição urbanística que prevalece, não obstante a acenada aprovação municipal do refraçãoamento – Supremacia dos limites convencionais inscritos, cujas regras são supletivas da legislação pertinente – Recusa confirmada – Recurso não provido.

(...)

A despeito da licença municipal obtida, pende, na hipótese vertente, restrições convencionais, entre elas, a vedação do desdobramento de lotes, a ensejar o motivo da acertada recusa, na consideração de que a restrição segue o imóvel, independentemente da mudança de titularidade, pois almeja obter padrão urbanístico planejado para aquela urbanização.

Bem por isso, em precedente análogo sobre o tema, já ficou assentado que “as restrições urbanísticas convencionais de caráter genérico, sejam consideradas estipulações em favor de terceiros (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, 1979, p. 67), sejam obrigações *in rem scriptae* (cf. Orlando Gomes, *Direitos reais*, 1978, p. 186), entrelaçando direitos reais e obrigacionais (Philadelpho Azevedo, *Destinação do imóvel*, 1957, com notas de José Geraldo Rodrigues Alckmin, p. 138), concorrem com as restrições legais e devem ser objeto de aferição registrária: é que, para logo, inscritas, configuram matéria de conhecimento oficial do registrador; demais, porque o registro predial desempenha tarefa importante na execução da política urbanística (v. José Maria Chico Ortiz, “La urbanización – La Ley de Suelo y la Propiedad”, *R. Cr. D. I.* 528/927 et seq.,

José Luis Benevides Del Rey, “Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de urbanismo”, *R. Cr. D. I.* 538/609 et seq.). A existência de ação própria para inibir a afronta a restrições convencionais do parcelamento do solo urbano (art. 45 da Lei 6.766/79) não implica a ausência de poderes para o controle registral dos títulos em relação ao registro anterior” (ApCív 14.094-0/5, Comarca de Palmital).

A circunstância de a Municipalidade deter atribuição para a fixação dos limites mínimos locais de fracionamento do solo urbano, respeitado o preceito do art. 4, II, da Lei 6.766, de 19.12.1979, não rende ensejo à ineficácia de regras convencionais de restrições urbanísticas que limitem ou interditem as segregações e os desmembramentos, cujas regras são supletivas da legislação pertinente.

O fato relativo à aprovação do refraçãoamento, de lote, de modo oposto à restrição convencional, a cargo da Municipalidade, não é apto a infirmá-la. Trata-se de autorização administrativa, com reflexo urbanístico e também registrário, mas que não significa, só por si, superação dos limites convencionais inscritos (cf. Jesus Gonzales Pérez, “Las licencias de urbanismo y el Registro de la Propiedad”, *R. Cr. D. I.* 528/913 et seq.) (ApCív 22.300-0/0, j. 11.05.1995, rel. Des. Antonio Carlos Alves Braga).

‘Registro de imóveis – Dúvida – Ingresso de formal de partilha no qual consta desmembramento de lote instruído com aprovação municipal – Ofensa a restrição convencional constante do contrato padrão inscrito, e que prevalece enquanto não for regularmente levantada – Pretensão de registro indeferida – Recurso improvido.

(...)

(...) o posicionamento deste C. Conselho Superior da Magistratura, como exposto nas razões da dúvida e na r. decisão do MM. Juiz Corregedor Permanente, é no

sentido de que as restrições convencionais impostas por ocasião da implantação e registro do loteamento, constantes do contrato padrão arquivado, prevalecem em face de regras administrativas municipais mais brandas, necessário o regular levantamento dessas restrições para os casos em que descarta a proposta original de parcelamento, desnecessária a repetição dessas restrições nos títulos de transferência do domínio (...)” (ApCiv 63.641-0/6, j. 28.10.1999, rel. Des. Sérgio Augusto Nigro Conceição).

Registre-se, em acréscimo, que, diversamente do sustentado pelo recorrente, a restrição convencional ora em discussão, da Cláusula 7.^a, c, do Contrato-padrão, foi estabelecida para vigorar sem prazo determinado, em nada interferindo a disposição contida na Cláusula 15.^a, a qual se refere às obrigações decorrentes da compra e venda dos lotes (f.).

Por outro lado, a própria Lei 4.061/2001, editada pelo Município de Indaiatuba, ao disciplinar o uso e a ocupação do solo no Município, dispõe, expressamente, que os loteamentos e os desmembramentos aprovados até a data da publicação da lei poderão ter seus lotes divididos, desde que os terrenos resultantes sejam iguais ou inferiores aos menores lotes existentes nos respectivos loteamentos ou desmembramentos e desde que não haja restrição imposta quando da aprovação e do registro na circunscrição imobiliária (f.).

Como se vê, a própria lei municipal autoriza desdobros de imóveis loteados, condicionada, porém, essa autorização, à inexistência de restrição decorrente do projeto tal como aprovado e registrado no serviço de imóveis. E como, na hipótese, consta restrição convencional que impede a divisão dos lotes, inviável se mostra o pretendido desdobro.

Finalmente, cumpre salientar que o fato de ter sido admitida a averbação do desdobro aqui pleiteado, relativamente a outro imóvel do mesmo loteamento (f., itens 2, 3 e 4), não implica, por óbvio, na autorização para averbações de desdobros futuros,

pois, como reiteradamente decidido por esta Corregedoria-Geral da Justiça, erros pretéritos do registro não autorizam nova e repetida prática do ato registral irregular. Ao contrário, as averbações à primeira vista irregulares do desdobro envolvendo o Lote 14 do loteamento em questão é que deverão ser objeto de análise e correção, o que se sugere seja determinado por V. Exa.

Portanto, deve-se ter como correta a recusa do oficial registrador no tocante à averbação do desdobro pretendida pelo recorrente, como decidido pelo MM. Juiz Corregedor Permanente.

Nesses termos, o parecer que se submete à elevada consideração de V. Exa. é no sentido de ser negado provimento ao recurso interposto, determinando-se ao Meritíssimo Juiz Corregedor Permanente do Registro de Imóveis de Indaiatuba a adoção das providências cabíveis no tocante a possível irregularidade na averbação do desdobro concernente ao Lote 14 da Quadra “E” do Loteamento “Vila Rubens”.

Sub censura.

São Paulo, 28 de abril de 2006 – ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria e por seus fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso.

Proceda-se na forma sugerida.

Publique-se.

São Paulo, 8 de maio de 2006 – GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor-Geral da Justiça.

4.2.3 MEIO AMBIENTE. Áreas contaminadas. Publicidade registral. Restrições ambientais. Averbação. Numerus apertus.

Processo CG 167/2005-SP – Drs. Álvaro Luiz Valery Mirra, Ana Luiza Villa

Nova, Roberto Maia Filho e Vicente de Abreu Amadei – j. 20.04.2006 – Legislação: art. 246 da Lei 6.015/73; Lei Estadual 997/76; art. 5.º do Decreto Estadual 8.468/76, entre outras.

Ementa: Registro de imóveis – Cadastramento de áreas contaminadas sob a responsabilidade da Cetesb, qualificado com presunção de veracidade e legalidade, própria dos atos da Administração Pública – Interesse público que envolve a referida matéria ambiental e que impõe amplitude de informação – Segurança jurídico-registral, estática e dinâmica, que reclama concentração da notícia de contaminação, oficialmente declarada, no fólio real – Integração do Registro Predial na esfera da tutela ambiental – Admissibilidade da publicidade registral de áreas contaminadas por substâncias tóxicas e perigosas, por averbação enunciativa de “declaração” ou “termo” emitido pela Cetesb – Inteligência do art. 246 da Lei de Registros Públicos – Consulta conhecida, com resposta positiva.

Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça:

O Ministério Público do Estado de São Paulo e a Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo formulam consulta a respeito da viabilidade de recepção e arquivamento nas Serventias de Registro de Imóveis do Estado de São Paulo do “Cadastro de Áreas Contaminadas” elaborado pela Cetesb, a fim de que todas as certidões emitidas pelos oficiais registradores apontem, quando o caso, o fato de o imóvel correspondente estar situado em área identificada como contaminada.

Sustentam que não têm sido raras as hipóteses de adquirentes de imóveis verem-se surpreendidos pela informação de que passaram a ocupar áreas contaminadas por substâncias perigosas, sujeitas a restrições administrativas de natureza sanitária e ambiental, as quais, frequentemente, impedem construções de qualquer natureza,

notadamente nos grandes centros urbanos, como nas cidades da Região Metropolitana de São Paulo, Ribeirão Preto e Campinas, dentre outras. Assim, a utilização do Sistema Registral de Imóveis, nessas hipóteses, permitiria maior garantia aos adquirentes de propriedades imobiliárias, especialmente quando enquadrados na figura de consumidores, evitando que, inadvertidamente, se tornem proprietários de bens atingidos por vícios que afetam seu direito ao uso da coisa, por força da contaminação do solo subjacente ou armazenamento neste de produtos nocivos à saúde pública e ao meio ambiente, inclusive com o risco de sofrer sanções previstas na legislação ambiental.

Acompanham a consulta relação de áreas contaminadas do Estado de São Paulo (f.) e relatório de atividades do Grupo Interinstitucional para Estabelecimento de Procedimentos em Áreas Contaminadas (Giac), elaborado em fevereiro de 2005 por representantes do Ministério Público Estadual (Centro de Apoio Operacional de Urbanismo e Meio Ambiente), da Cetesb e da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente, com a contribuição de outras entidades, como o Secovi, a Aelo, o Irib, o Sinduscon, a Juceesp e a Prodesp (f.).

Solicitados esclarecimentos por esta Corregedoria-Geral da Justiça (f. e v.), vieram os informes de f.

É o relatório. Passamos a opinar.

Constitui entendimento tranqüilo desta Corregedoria-Geral da Justiça que não merecem conhecimento consultas formuladas, salvo casos em que se justifique a apreciação, dadas a peculiaridade, repercussão, interesse de âmbito geral e excepcionalidade da matéria questionada.

E, de fato, a hipótese dos autos atende às peculiaridades apontadas, face à importância e à gravidade de que se revestem as áreas contaminadas no Estado de São Paulo e à necessidade de ampla informação pública a respeito. Por essa razão, tem-se que a consulta deva ser conhecida.

1. O problema das áreas contaminadas no Estado de São Paulo

“Áreas contaminadas”, conforme definição apresentada pelo Grupo Interinstitucional para Estabelecimento de Procedimentos em Áreas Contaminadas (Giac), são todas as áreas onde há contaminação comprovada do solo e/ou subsolo por substâncias perigosas, capaz de causar danos à saúde humana ou a outros bens a proteger (f.).

De acordo com estudo desenvolvido pela Cetesb – Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo, órgão ambiental de controle da poluição integrante da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, a origem das áreas contaminadas em São Paulo está relacionada ao desconhecimento, no passado, de procedimentos seguros para o manejo de substâncias perigosas, bem como ao desrespeito aos procedimentos conhecidos e à ocorrência de acidentes ou vazamentos durante o desenvolvimento de processos produtivos, transporte ou armazenamento de matérias primas e produtos (f.).

Ao longo dos anos, a Cetesb vem adotando procedimentos de gerenciamento das áreas contaminadas, tendo identificado, no Estado de São Paulo, em 2002, a existência de 255 áreas com tais características, número esse que subiu para 727 em 2003 e para 1.336 em 2004, época da última atualização da lista divulgada (f.). Observe-se, a propósito, que o número de áreas contaminadas listadas tende a aumentar com a continuidade das ações de fiscalização empreendidas pelo referido órgão ambiental (f.).

Os principais contaminantes encontrados nas áreas contaminadas foram combustíveis líquidos, solventes aromáticos, Hidrocarbonetos Policíclicos Aromáticos (PAHs), metais e solventes halogenados (f.), que têm como principais fontes emissoras postos de combustíveis, atividades industriais, atividades comerciais e instalações para destinação de resíduos (f.).

Dentre os problemas gerados pela existência de uma área contaminada podem ser apontados danos à saúde da população, comprometimento da qualidade dos recursos hídricos, restrições ao uso do solo, danos ao meio ambiente e danos ao patrimônio público e particular decorrentes da desvalorização da propriedade (f.).

A situação assume, no presente, evidente gravidade, bastando para compreendê-la o exame do Cadastro de Áreas Contaminadas divulgado pela Cetesb (f.), de onde se extraem inúmeras ocorrências em Municípios espalhados pela totalidade do território do Estado de São Paulo.

Ressalte-se que por atingirem, frequentemente, o subsolo e as águas subterrâneas, tais contaminações não são conhecidas ou percebidas pela população em geral e, em especial, por aquela residente na vizinhança próxima à área e, normalmente, são ignoradas pelos adquirentes dos terrenos sobrejacentes, em transações imobiliárias.

Outrossim, atento ao fato de que a Cetesb é órgão delegado do Governo do Estado de São Paulo para aplicação da Lei Estadual 997, de 31.03.1976, e de seu Regulamento (art. 5.º do Decreto Estadual n. 8.468/76), responsável pelo controle e preservação do Meio Ambiente (art. 6.º do mesmo Decreto Estadual 8.468/76), seu Cadastramento de Áreas Contaminadas é qualificado como oficial e, assim, tem a marca da presunção relativa de veracidade e legalidade, própria dos atos da Administração Pública.

2. A necessidade de ampla informação à população a respeito das áreas contaminadas

De acordo com o Princípio n. 10 da Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, adotada no Rio de Janeiro em 1992, “a melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso

adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos (...)".

Estabeleceu-se, assim, o princípio da informação como um dos princípios fundamentais do direito ambiental (cf.: Paulo Affonso Leme Machado, *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 84-88; Édís Milaré, *Direito do ambiente*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 162-163; Antonio Herman V. Benjamin, "A principiologia do estudo prévio de impacto ambiental e o controle da discricionariedade administrativa". *Estudo prévio de impacto ambiental*. São Paulo: RT, 1993, p. 76 et seq.; Helita Barreira Custódio, *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Millennium, 2005, p. 4-11), a ser incorporado em normas e tratados internacionais e no direito interno dos diversos países.

No plano do direito interno, que é o que ora interessa mais de perto, cabe ressaltar, no Brasil, a edição da Lei 10.650/2003, a qual dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.

Nos termos do art. 2.º do referido Diploma Legal, os órgãos e entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, integrantes do Sisnama, ficam obrigados a permitir o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico, especialmente as relativas a: (a) qualidade do meio ambiente; (b) resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de con-

trole de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas; (c) acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais; (d) emissões de efluentes líquidos e gasosos e produção de resíduos sólidos; (e) substâncias tóxicas e perigosas (incisos I, III, IV, V e VI).

Estabeleceu-se, assim, no direito brasileiro, de maneira expressa, por um lado, o direito de todos terem acesso às informações em matéria ambiental e, por outro lado, o dever de o Poder Público informar a população (cf.: Paulo Affonso Leme Machado, *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 38), sobretudo no tocante à qualidade do meio ambiente, aos resultados do monitoramento das atividades potencialmente degradadoras, às situações de risco e emergência ambientais e à emissão e depósito (incluindo o depósito por contaminação) no ar, nas águas superficiais e subterrâneas e nos solos e subsolos de substâncias tóxicas e perigosas.

A Cetesb, como órgão ambiental estadual encarregado do controle da poluição, é entidade integrante do Sisnama (art. 6.º, V, da Lei 6.938/1981) e, assim, está obrigada não apenas a permitir o acesso da população às informações sobre o estado do meio ambiente como também a informar periodicamente o público a respeito das situações de risco e da contaminação do ambiente por substâncias tóxicas e perigosas, como as que se verificam nas denominadas "áreas contaminadas" do Estado de São Paulo.

Daí por que se exige do referido órgão ambiental ampla e adequada publicidade a respeito das áreas contaminadas do Estado, a fim de que todos possam ter ciência das contaminações existentes e posicionar-se na defesa desse bem de uso comum que é a qualidade ambiental (art. 225, *caput*, da CF) e na defesa dos próprios interesses individuais, seja na condição de vizinhos dos imóveis contaminados, imediatamente

afetados pela contaminação, seja, até mesmo, na condição de adquirentes desses terrenos, já que, ao se tornarem proprietários dos imóveis, estarão sujeitos a restrições de ordem sanitária e ambiental, quanto ao uso e gozo da coisa e aos riscos decorrentes da contaminação.

Como analisa Paulo Affonso Leme Machado:

“A informação serve para o processo de educação de cada pessoa e da comunidade. Mas a informação visa, também, a dar chance à pessoa informada de tomar posição ou pronunciar-se sobre a matéria informada.

Como já salientaram os juristas da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, os dados ambientais devem ser publicados. A publicidade está ligada à informação” (op. cit., p. 86).

Afinal, sem difusão de informações, sem capacitação cognitiva e sem tradição de saber não há cultura sã e, nas sábias palavras de José Renato Nalini “apenas uma nova cultura ambiental poderá coibir a reiteração de práticas lesivas, hoje disseminadas e, pior ainda, toleradas” (*Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001. p. XXIII).

Sob outra perspectiva de análise, cumpre anotar, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro erigiu, igualmente, como direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6.º, III, da Lei 8.078/1990). Além disso, “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito” (art. 8.º, *caput*, do mesmo Diploma Legal).

Trata-se, sem dúvida, de normas que reforçam a necessidade de ampla publicidade e informação sobre as áreas contaminadas, já que, como sabido, inúmeras negociações imobiliárias envolvem relações de consumo, com consumidores, de um lado, e fornecedores, de outro lado (arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990).

3. A publicidade do registro de imóveis e a informação a respeito das áreas contaminadas no fôlio real

Nessa orientação estabelecida, de procurar assegurar ampla informação e publicidade a respeito do estado do meio ambiente e, bem assim, da existência e localização de áreas contaminadas por substâncias tóxicas e perigosas, tem-se cogitado da integração do Sistema de Registro de Imóveis com as ferramentas de tutela ambiental.

Mas, note-se que isso não só atende ao interesse público nessa matéria ambiental, que impõe amplitude de informação. Concentrar no fôlio real a notícia de contaminação, oficialmente declarada, do imóvel respectivo, agrega, sem dúvida, segurança jurídica formal, estática e dinâmica, própria do registro predial. Esse, pois, é o ponto central, que, sob o ângulo registral imobiliário, também justifica a admissibilidade da publicidade das áreas contaminadas no registro de imóveis.

Afinal, registro imobiliário tem por fim minimizar incertezas de situações jurídico-prediais e, na mira da publicidade exata e integral da res certa, conferir, por esse sistema de publicidade registrária, tutela pela aparência, pelo sinal, enfim, segurança jurídica formal (confira, entre outros, Ricardo Dip: a) O conceito de direito registral imobiliário, b) Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica, c) Sobre a qualificação no registro de imóveis – em *Registro de Imóveis* (Vários estudos), Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 44, 114-117 e 173; J. A. Mouteira Guerreiro, *Noções de direito registral*, 2. ed.,

Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, p. 15; Angel Cristóbal Montes [com menção as doutrinas de Sanz Fernandez, Hernández Gil, Gimenez Arnau e Roca Sastre], *Direito imobiliário registral*, trad. Francisco Tost, Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 165-166.

Ora, na medida em que se multiplicam, a cada dia, restrições administrativas à propriedade imobiliária de diversas ordens de interesses públicos (urbanísticos, histórico-culturais, ambientais etc), impõe-se reconhecer que o desafio de hoje é “transformar os serviços registraes em confiáveis, céleres, acessíveis e absolutamente seguros. Aí o princípio da concentração terá precioso espaço”, observando-se que a matrícula “deve ser tão completa que dispense diligências outras, até criar-se a cultura da segurança jurídica” (Décio Antônio Erpen; João Pedro Lamana Paiva. “Princípios do registro imobiliário formal”. *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 172 e 181).

Ademais, é certo que o registro de imóveis é e continuará sendo, como consta em sua feição clássica, instituição destinada a assegurar “a organização jurídica da propriedade privada imobiliária” e, com isso, “garantir as liberdades históricas e concretas do povo” (Ricardo Dip. “O registro de imóveis: ser e dever ser institucional”, cit., p. 578), residindo, nisso, sua principal “função social” (Ricardo Dip: a) Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica; b) Sobre a função social do registrador de imóveis – op. cit., p. 117 e 151). É sistema de publicidade da situação jurídica dos prédios, em vista da segurança nas transmissões de imóveis, aparecendo como verdadeiro guardião do direito de propriedade e da segurança do tráfego imobiliário.

Entretanto, com a evolução havida na sociedade, marcada pela transição do individual para o social e pela crescente urbanização, verificaram-se os fenômenos da transformação da concepção da propriedade, com destaque a sua função social, e da consolidação do direito urbanístico e am-

biental, trazendo como reflexo verdadeira necessidade de integração com o registro de imóveis, quer pelas exigências próprias dessas novas frentes de interesse público que se abriram, quer pela necessidade de fomento da segurança jurídica inerente ao próprio Sistema de Publicidade Registral-imobiliária.

Por isso, com Narciso Orlandi Neto, se pode concluir que o “registro de imóveis, instituto de direito privado, inicialmente com vocação para os direitos reais imobiliários, para o interesse privado, cedo mostrou-se eficaz para o Poder Público” e, assim, passou a ter significativa presença no foco do interesse público, não só em fiscalização de recolhimento de impostos e contribuições, mas também em caráter de proteção do ‘meio ambiente’” (Narciso Orlandi Neto. “Registro de Imóveis – herói ou vilão?”. *Registros Públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 86-87).

Assim, o registro de imóveis tem, hoje, múltiplas funções sociais: além de sua função precípua de proteção do direito de propriedade, assumiu, ainda, funções secundárias, mas de significativa relevância, atuando como instrumento protetivo-social e de controle urbanístico e ambiental, com feição integrativa a novos ramos jurídicos diversos do direito civil (direito agrário, direito urbanístico, direito ambiental etc).

Essa via de integração do Sistema Registral Imobiliário, em crescente intensidade, por exigências legais, culturais e factuais da vida hodierna, aliás, não é novidade.

De acordo com a doutrina de Vicente de Abreu Amadei, um dos autores deste parecer:

“Das características da sociedade contemporânea, em especial da tendência de transição cultural do enfoque individual para o enfoque social aliada ao fenômeno da urbanização, (a) afirma-se a concepção contemporânea da propriedade com maior destaque à sua função social, (b) consolida-se o direito urbanístico e (c) destaca-se, por

reflexo, no registro imobiliário, sua crescente importância como instrumento protetivo-social e como instrumento urbanístico.

(...)

(...) sem desmerecer a instrumentalidade do registro imobiliário na proteção do direito de propriedade e dos demais 'direitos reais menores' e, por consequência, na consolidação da segurança jurídica (estática e dinâmica), que são, aliás, o núcleo finalístico da instituição registrária, não se pode negar a importância instrumental protetivo-social e urbanística do registro imobiliário, que tende a crescer, na proporção em que crescem o destaque à função social da propriedade e os instrumentos legais urbanísticos.

Ademais, esses dois enfoques instrumentais não são contraditórios, mas são complementares, pois, sendo o imóvel o centro em torno do qual gravitam os atos registrários, atingir-se-á em maior amplitude a finalidade à qual o registro imobiliário é destinado (segurança jurídica) quando maior for a concentração de informações existentes no fôlio real relativas ao imóvel especificamente considerado, tenham ou não conotação protetivo-social ou urbanística, e, por outro lado, atingir-se-á maior eficácia no controle urbanístico da propriedade quanto maior for o vínculo entre os instrumentos da política de desenvolvimento urbano em atuação (afetando determinadas propriedades) e o registro predial" ("Anotações para uma reflexão sobre o aspecto instrumental do registro imobiliário no controle urbanístico da propriedade". *Revista de Direito Imobiliário* 31-32/22 et seq., especialmente p. 45-47, jan.-dez. 1993).

Em conformidade, ainda, com o entendimento de Marcelo Augusto Santana Melo:

"O Registro de Imóveis é uma instituição que surgiu como necessidade do Estado de controlar o direito de propriedade e como instrumento de segurança jurídica para o tráfico imobiliário. Em razão da evolução

do estudo do meio ambiente e consequente transformação do direito de propriedade que após a Constituição Federal deve atender a uma função social, tornou-se necessário também estudar essa nova característica do registro imobiliário brasileiro, principalmente na necessidade de sua adaptação às normas protetoras do meio ambiente e utilização de sua estrutura para tal finalidade.

(...)

A Constituição Federal ao instituir em cláusula pétrea a função social da propriedade (art. 5.º, XXIII) e ao declarar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) atribuiu ao Registro de Imóveis características que outrora não possuía, como a necessidade de incorporação do conceito de função social da propriedade e do meio ambiente, percepção claramente observada pelo legislador no Estatuto da Cidade e na legislação ambiental.

Mas não é somente na publicidade dos espaços territoriais especialmente protegidos que o Registro de Imóveis pode ajudar o meio ambiente; várias são as situações em que podemos nos valer do instituto, ou melhor, da estrutura do Registro de Imóveis para garantir o respeito e a reparação do meio ambiente (...).

Podemos conceituar o Registro de Imóveis como 'órgão auxiliar do direito civil destinado ao assentamento de títulos públicos e privados, outorgando-lhes oponibilidade a terceiros, com ampla publicidade e destinado ao controle, cadastro, eficácia, segurança e autenticidade das relações jurídicas envolvendo imóveis, garantindo-lhes presunção relativa da prova da propriedade'.

Esse é conceito tradicional do Registro de Imóveis, contudo, hodiernamente não exerce somente a função de guardião do direito de propriedade, mas também a novel missão de guardião da função social da propriedade, nesta incluída a ambiental. Observe a facilidade natural de concentração

das informações imobiliárias e o fato de se tratar de órgão constitutivo da propriedade através do registro, levou no decorrer dos anos a exercer funções atípicas como fiscalizar o recolhimento de tributos (imposto predial e territorial urbano, imposto de transmissão de bens imóveis, imposto territorial rural, entre outros)" ("O meio ambiente e o registro de imóveis". *Revista de Direito Imobiliário* 57/111-147, especialmente p. 111 e 117-118, jul.-dez. 2004).

Essa tem sido, por fim, a orientação do direito estrangeiro, como o revela Antonio Giner, a respeito da situação atual na Espanha e no âmbito da União Européia:

"(...) Os Estados criaram e organizaram os cartórios registrais como mecanismos ou instrumentos para o cumprimento da função de segurança do mercado imobiliário ou do registro da propriedade. Entretanto, as já examinadas características desses cartórios propiciaram aos referidos Estados que os utilizem para outras funções além da original. Cabe inclusive destacar que são utilizados não apenas pela administração da qual dependem organicamente, mas também por outras administrações distintas, devido a suas características especiais, fundamentalmente seu caráter territorial. Assim, à guisa de exemplo, os cartórios registrais podem desenvolver algumas das seguintes funções, que transcendem sua finalidade original.

O Cartório de Registro de Imóveis tem as seguintes funções:

a) fiscais: os cartórios registrais têm sido utilizados pelos Estados como mecanismo para garantir a cobrança dos diferentes impostos que recaem sobre os imóveis. Assim, é necessário o pagamento dos impostos devidos em função das operações imobiliárias cujo registro se solicita (portanto, seu pagamento é um requisito para gozar da proteção propiciada pelo registro) (...).

b) proteção aos consumidores: o âmbito imobiliário, especialmente em matéria de moradia, é um dos que sofrem maior inci-

dência da atuação pública, destinada a proteger os consumidores. Para tal função, os cartórios registrais têm sido utilizados como autênticos cartórios de informação ao consumidor (...).

c) urbanísticas: o desenvolvimento urbanístico implica uma série de operações que se refletem no registro da propriedade: alteram-se fisicamente os imóveis, a titularidade muda, estabelecem-se gravames sobre os bens (...). Ademais, a legislação urbanística exige do registro da propriedade a função de informar sobre a situação urbanística dos imóveis situados em sua circunscrição. Do mesmo modo, colabora com a administração nas tarefas de disciplina urbanística, tanto preventiva quanto punitiva. Assim, os registradores devem exigir certos requisitos de natureza urbanística para o acesso registral de determinados atos jurídicos (declaração de edificações, transformação e loteamento do solo etc.). Igualmente, os registradores comunicam à administração determinadas operações que podem infringir as normas urbanísticas.

d) penais: a informação dos registros tem sido utilizada para evitar e punir determinadas atividades, como as derivadas de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, fraude etc.

(...)

O Cartório de Registro de Imóveis, como vimos, tem uma função principal ou original: a de acomodar o registro de propriedade. No entanto, como vimos, suas características o qualificam para outras funções que interessam aos poderes públicos. Entre essas funções, propomos que se inclua a de proporcionar aos cidadãos um espaço acessível, onde recebam informação sobre a situação do meio ambiente, tanto em escala geral, mas sobretudo, a respeito do território de sua circunscrição (...)" ("O registro de imóveis e a informação ambiental". *Revista de Direito Imobiliário*, 57/171-182, especialmente p. 175-176 e 178, jul.-dez. 2004).

Saliente-se que, entre as informações passíveis de constar do registro imobiliário, para fins de publicidade ambiental, indicadas pela doutrina especializada, está, precisamente, a concernente às áreas contaminadas, devido à circunstância de configurarem fator relevante para a propriedade, por limitarem seu regular uso, e ao fato de implicarem potencial risco aos adquirentes, pelo desconhecimento dessa condição (cf.: Marcelo Augusto Santana de Melo. Op. cit., p. 127-131; Vicente José Garcia-Hinojal López. “Publicidade registral das limitações ambientais que afetem imóveis concretos e determinados”. *Revista de Direito Imobiliário* 57/152, jul.-dez. 2004; Marta Valls Teixidó; Mercedes Tormo Satonja. “Meio ambiente e registro de imóveis. Título passível de inscrição”. *Revista de Direito Imobiliário* 57/197, jul.-dez. 2004).

Colhe-se, ainda, no direito comparado, em abono, o recente Decreto Real Espanhol 9, de 14.01.2005, que não só estabeleceu, naquele país, a relação de atividades potencialmente contaminantes do solo, bem como os critérios para a declaração de solos contaminados, mas também explicitou as respectivas formas de publicidade registral em seu art. 8.º, cumprindo aqui destacar, porque oportuno, a de registro imobiliário, inserta em seu item 3:

“3. La resolución administrativa por la que se declare el suelo contaminado se hará constar en el folio de la finca o fincas registrales a que afecte, por medio de nota extendida al margen de la última inscripción de dominio.

La nota marginal se extenderá en virtud de certificación administrativa en la que se haga inserción literal de la resolución por la que se declare el suelo contaminado, con expresión de su firmeza en vía administrativa, y de la que resulte que el expediente ha sido notificado a todos los titulares registrales que aparecieran en la certificación a la que se refiere el apartado anterior.

Dicha certificación habrá de ser presentada en el Registro de la Propiedad por du-

plicado, y en ella se harán constar, además de las circunstancias previstas por la legislación aplicable, las previstas por la legislación hipotecaria en relación con las personas, los derechos y las fincas a las que afecte el acuerdo.

La nota marginal de declaración de suelo contaminado se cancelará en virtud de una certificación expedida por la Administración competente, en la que se incorpore la resolución administrativa de desclasificación” (disponível em: http://www.juridicas.com/base_datos/Admin/rd9-2005.html – a8).

Nesses termos, parece, com efeito, factível a integração do Sistema de Registro Imobiliário no controle ambiental, sobretudo a partir da publicidade que por seu intermédio se consegue dar às informações ambientais relevantes que afetam o imóvel (primeiro objeto de inscrição) e refletem no direito de propriedade (situação jurídico-real de maior relevo que o registro predial pública), como as relacionadas às áreas contaminadas objeto da presente consulta.

4. A modalidade de inscrição das áreas contaminadas – a averbação

Verificada a viabilidade da publicidade registral das áreas contaminadas, à vista do exposto, resta precisar de que forma deve ela ser implementada.

Considerando que o cadastramento oficial da Cetesb implica, em si e em certa medida, alteração da situação jurídica do imóvel, por constatação de novidade fática antes ignorada (“área contaminada”), que resulta em restrições ao uso e gozo da coisa dela decorrentes, a contaminação de áreas por substâncias tóxicas e perigosas deve ter sua inserção no registro imobiliário efetivada, para fins de publicidade, pela via da averbação de mera notícia, ou seja, como ato averbatório de publicidade enunciativa.

Publicidade, lembre-se, é “l’apertura allá diffusa conoscenza” (Adriano de Cupis. *Osservatorio sul diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 253), “atividade orienta-

da a difundir e fazer notório um acontecimento" (Angel Cristóbal Montes. Op. cit., p. 15), "disponibilização da informação" (Narciso Orlandi Neto. "Distorções da finalidade do registro: compromisso de compra e venda não registrado ganha eficácia sobre o credor hipotecário". *Jornal Anoreg-SP*, ano III, n. 4, abr. 2000).

Publicidade enunciativa é aquela decorrente de inscrição que nada acresce à situação substantiva, "esgotando-se a sua função na genérica mera notícia do *facto* a que se reporte" (José de Oliveira Ascensão. *Direito civil* – Reais. 5. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. p. 358).

Averbação, como ensina Serpa Lopes, "serve, em princípio, para tornar conhecida uma alteração da situação jurídica ou de fato, seja em relação à coisa, seja em relação ao titular do direito real. Representa, além disso, uma medida complementar, tendente a, pelo meio aludido, tornar o Registro de Imóveis um índice seguro do estado do imóvel, do seu desmembramento, da mudança de numeração, bem como da mudança de nome do titular do domínio, das alterações que possam influir na sua capacidade etc." (*Tratado dos registros públicos*. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1962. vol. IV, p. 196).

Não é o outro o entendimento de Vicente de Abreu Amadei, ao discorrer sobre a atuação do registro de imóveis como instrumento de controle urbanístico e ambiental:

"Oportuno, no momento, salientar, analiticamente, como age (ou pode agir) o registro de imóveis nesse controle urbanístico, considerando suas funcionalidades de qualificação, inscrição e publicidade.

Partindo, então, da publicidade, cumpre lembrar que, nesse enfoque funcional, o registro imobiliário também atua como elemento de informação jurídica da situação do imóvel e, conseqüentemente, quanto maior for a concentração de informações relativas ao imóvel no fôlio real, maior será a proteção dos terceiros interessados na aquisição do prédio.

Assim, a centralização de informações específicas na matrícula do imóvel atua no sentido de aumentar a segurança do tráfico imobiliário, o que justifica *la máxima amplitud* do registro imobiliário.

Por isso, partindo dessa necessidade de centralizar as informações de dados específicos relativos a atos ou situações jurídicas que atingem o imóvel, conjugada com a conveniência de ampliação das informações do registro imobiliário, a funcionalidade publicitária do registro predial é refletida na funcionalidade registrária da inscrição, ampliando as hipóteses de ingresso desses dados específicos na matrícula, especialmente por via de averbação" (Op. cit., p. 48).

Ressalte-se que, embora a contaminação de áreas não esteja prevista no rol do art. 167, II, da Lei 6.015/1973, como ocorrência que autoriza averbação na matrícula do imóvel, esta resta ainda assim possível à luz do disposto no art. 246, *caput*, do mesmo Diploma Legal.

Efetivamente, nos termos da referida norma, "além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, serão averbadas na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro". Tal dispositivo legal atribui ao elenco de hipóteses de averbação discriminadas na Lei de Registros Públicos o caráter de rol meramente exemplificativo, diversamente do que se passa com as hipóteses de registro do art. 167, I, enumeradas em caráter taxativo (cf.: Vicente de Abreu Amadei. Op. cit., p. 50, nota 111; Valmir Pontes. *Registro de Imóveis*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 178, nota 2).

Esse, a propósito, o entendimento de Serpa Lopes, após ressaltar a taxatividade das hipóteses em que a lei impõe a averbação, sem obstar igual inscrição em relação a outras ocorrências, para fins de mera publicidade:

"Analisada, assim, a natureza jurídica da averbação, no que diz respeito ao Registro

de Imóveis, passaremos, em seguida, ao estudo de cada um dos casos em que a lei taxativamente a impõe.

Convém salientar, no entretanto, que esta enumeração não se deve tomar como uma formalidade restrita aos mesmos, mas, muito ao contrário, de vez que se trata de um ato acessório, tendente a publicar as mutações de índole secundária, em relação ao imóvel ou à pessoa do titular de direito sobre o mesmo, lícito é interpretá-lo de um modo mais amplo, admitindo-se a averbação mesmo para outros atos ou fatos análogos, ou ainda que simplesmente interessem a uma publicidade mais completa, acerca da situação do imóvel em todos os seus sentidos" (Op. cit., p. 199).

Não é outra, ainda, a doutrina de Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva, quando discorrem sobre o princípio da concentração: "O art. 167, da Lei 6.015/73, pode ser considerado exaustivo por alguns. Todavia, o apego a essa conclusão não enriquece o sistema, também porque o art. 246, da mesma Lei, permite ilações no sentido de se dar elasticidade ao comando legal" (op. cit., p. 181).

Anotese que esta E. Corregedoria-Geral da Justiça já se pronunciou no sentido da não taxatividade do rol do art. 167, II, da Lei 6.015/1973, ao responder a consulta do extinto Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal - IBDF sobre a possibilidade, no Estado de São Paulo, de averbação, à margem das transcrições imobiliárias, de "termo de responsabilidade pela preservação de florestas", em cumprimento ao disposto no art. 16 do Código Florestal. Da decisão proferida no caso, da lavra do eminente Des. Adriano Marrey, então Corregedor-Geral da Justiça deste Estado, extrai-se a seguinte passagem:

"O termo de responsabilidade em questão visa apenas estabelecer, de modo preciso, os limites da área preservada. A averbação desse termo não encontra nenhum óbice na Lei de Registros Públicos. É exato

que, entre as treze hipóteses do inc. II do art. 167 da referida Lei, não se inclui o termo. Mas o elenco de hipóteses não é taxativo, e a averbação sempre cabe desde que guarde pertinência com o registro e represente alteração dos elementos que o compõem.

É óbvio que o termo de responsabilidade pela preservação de florestas se traduz na delimitação de uma área específica da propriedade, que não poderá ser explorada, e tal circunstância modifica o registro de propriedade. A averbação se destina a tornar pública a obrigação assumida, de preservação permanente da área florestada" (Processo CG 53873 - decisão proferida em 30.01.1980).

Idêntica orientação, quer nos parecer, s.m.j. de V. Exa., deve ser adotada no tocante às "áreas contaminadas", já que a contaminação do solo e do subsolo de imóveis por substâncias tóxicas e perigosas, como referido, em conformidade com o tipo e o grau de contaminação, acarreta restrições importantes ao uso e gozo da coisa pelo proprietário e a imposição de obrigação de descontaminação, bem como, eventualmente, de sanções administrativas e penais. Evidente, por isso, como também já referido, a necessidade de dar publicidade à condição de tais imóveis, como áreas contaminadas. Nesse sentido, a averbação enunciativa nada mais fará do que tornar pública a situação fática e jurídica dos imóveis em questão, para ciência da população em geral, dos vizinhos e habitantes de áreas próximas e de eventuais adquirentes dos bens, os quais terão conhecimento das restrições, ônus e obrigações que pesam sobre os imóveis adquiridos.

Por outro lado, para que a averbação das áreas contaminadas se efetive concretamente, parece-nos conveniente a observância de algumas cautelas. Em primeiro lugar, afigura-se necessária a prévia identificação do imóvel e sua correspondência com uma dada matrícula ou registro ante-

rior do registro de imóveis. Em segundo lugar, ainda se impõe que a Cetesb promova a cientificação (pessoal, por carta com AR ou outro meio comprobatório de recepção, ou por edital, conforme o caso) do titular do domínio do imóvel (e de eventuais titulares de direitos reais menores afetados com a inscrição), à luz dos dados tabulares, quanto ao cadastramento do seu imóvel entre as áreas contaminadas.

5. O título passível de averbação – termo ou declaração de área contaminada expedido pela Cetesb

Por fim, cumpre analisar o ponto relativo ao aspecto formal do documento a ser apresentado pela Cetesb às serventias de registro de imóveis para averbação da circunstância de o imóvel em causa estar localizado, total ou parcialmente, em “área contaminada”.

Inserido determinado imóvel no cadastro de áreas contaminadas do Estado de São Paulo – cuja prévia investigação, análise de dados, delimitação de área e certeza da assertiva de contaminação é de atribuição e responsabilidade da própria Cetesb, em procedimento administrativo adequado, para o qual se anota recomendação de cientificação do proprietário indicado como tal no registro de imóveis –, a Cetesb poderá emitir “termo” ou “declaração” de área contaminada para averbação na matrícula do imóvel afetado. Com isso, poder-se-á ter como formalizado o título para a pretendida averbação, a fim de ser dada publicidade da certificação administrativa da condição do imóvel como área contaminada, seja em prol da preservação do meio ambiente e da saúde pública, seja em benefício dos vizinhos e moradores das proximidades da área, seja, finalmente, para proteção dos interesses de possíveis adquirentes posteriores da coisa (cf.: Marta Valls Teixidó; Mercedes Tormo Satonja. Op. cit., p. 197).

É certo que os requisitos formais da certificação (“termo” ou “declaração” de área

contaminada) firmada por quem, na Cetesb, esteja dotado da faculdade certificante, dependerá também de normas reguladoras do órgão administrativo, mas, em se tratando de título referente a ato administrativo destinado à inscrição predial, não se pode deixar de apontar, desde já, a necessidade de satisfação de determinados requisitos que dimanam do Sistema Registral, com especial atenção aos princípios de trato sucessivo, de legitimação e de especialidade, conforme doutrina de Rafael Arnaiz Eguren, que, nada obstante própria à Lei Hipotecária da Espanha, vale, diante da raiz principiológica da lição, para cá (“Registro de la propiedad y urbanismo – Estudio sobre la inscripción de actos y negocios de naturaleza urbanística”. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 148-152), cumprindo destacar a lição que impõe a necessidade de menção no título do comparecimento ou da notificação dos titulares do direito registrado afetado pelo ato inscristível: “(...) contra o sin contar con la voluntad del titular registral, como ocurre, en general, con las anotaciones preventivas o con la inscripción de resoluciones judiciales, el sistema suple dicha falta de consentimiento con la necesidad de notificación al titular o de su comparecencia en el expediente de que se trate, e, incluso, con la exigencia de que el titular sea parte en el procedimiento. Este mismo criterio es de inexcusable aplicación en materia de inscripción de actos inscribibles de naturaleza urbanística” (op. cit., p. 150-151).

Assim, em atenção aos princípios registrais, oportuno consignar que o referido “termo” ou “declaração” deve indicar e especificar o imóvel em que incide a situação de “área contaminada” certificada pelo órgão ambiental, no todo ou em parte, o número de sua matrícula ou do registro anterior, o nome e a qualificação do(s) proprietário(s) e eventual(is) titular(es) de direito real menor afetado, em conformidade com os dados tabulares existentes, bem como a informação quanto ao compa-

recimento ou cientificação deles no procedimento administrativo respectivo.

Observa-se, ainda, que, para a hipótese de contaminação parcial do imóvel, bastará constar essa referência ("parcial") na escrituração da averbação, sem especificação da área contaminada, lembrando-se que, para a hipótese de segregação do bem, cada uma das partes seccionadas não sujeitas à contaminação, segundo declaração da Cetesb, não terão nas novas matrículas abertas, obviamente, a averbação enunciativa de "área contaminada".

Por fim, convém consignar que a descontaminação, igualmente declarada pela Cetesb, também poderá ser levada ao registro imobiliário, por averbação.

6. Conclusão

Em conclusão, à vista de todo o acima exposto, o parecer que submetemos à elevada consideração de V. Exa. é no sentido de ser conhecida a consulta formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo, com resposta positiva quanto à possibilidade de averbação enunciativa ou de mera notícia, no Estado de São Paulo, de "termo" ou "declaração" de área contaminada oficialmente emitido pela Cetesb, observadas as cautelas mencionadas, nas matrículas dos imóveis atingidos por contaminação de produtos tóxicos e perigosos.

Caso aprovado, recomenda-se a publicação deste parecer e da decisão que o aprovar, diante de seu caráter normativo.

Sub censura.

São Paulo, 20 de abril de 2006 – ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, Juiz Auxiliar da Corregedoria – ANA LUIZA VILLA NOVA, Juíza Auxiliar da Corregedoria – ROBERTO MAIA FILHO, Juiz Auxiliar da Corregedoria – VICENTE DE ABREU AMADEI, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

DECISÃO: Aprovo o parecer dos MM. Juizes Auxiliares da Corregedoria e por seus fundamentos, que adoto, conheço da consulta formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo, com resposta positiva quanto à possibilidade de averbação enunciativa ou de mera notícia, no Estado de São Paulo, de "termo" ou "declaração" de área contaminada oficialmente emitido pela Cetesb, observadas as cautelas mencionadas no parecer, nas matrículas dos imóveis atingidos por contaminação de produtos tóxicos e perigosos. Dou caráter normativo à solução apontada. Publique-se, inclusive o parecer.

São Paulo, 2 de maio de 2006 – GILBERTO PASSOS DE FREITAS – Corregedor-Geral da Justiça.

(DOE 12.06.2006)

4.2.4 TITULARIDADE DOMINIAL. Regime matrimonial. Casamento celebrado no estrangeiro. Via judicial.

Processo CGJ 755/2005-SP (1.º SRI) – Vicente de Abreu Amadei – j. 02.02.2006 – Legislação: art. 246 da Lei 6.015/73; art. 7.º, § 4.º, da LICC, entre outras.

Ementa: Registro de Imóveis – Decisão que defere averbação enunciativa de titularidade exclusiva de domínio – Varão, casado no Japão ao tempo da aquisição de metade ideal de imóveis, expressa apenas em seu nome, que indica, segundo a lei japonesa, situação de bens especiais não integrantes do patrimônio comum do casal – Divórcio, posterior casamento do varão com aquela que figura no registro como co-proprietária e reconhecimento pela ex-consorte da situação de patrimônio separado, sem litigiosidade quanto à incomu-

nicabilidade – Averbação de mera notificação destinada a publicar a exclusividade de titulação, útil para aclarar no fôlio real a certeza do domínio, possível, nos termos do art. 246 da Lei 6.015/73 – Recurso não provido.

Exmo. Sr. Des. Corregedor-Geral da Justiça:

Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra decisão do Juízo da Corregedoria Permanente do 1.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital, que deferiu (f.) pedido de Yuji Urakawa e Yurko Urakawa no sentido de averbar nas Matrículas 18.411, 18.412 e 18.413 do referido Registro Predial que os respectivos imóveis tocam, exclusivamente, ao requerente Yuji Urakawa, que, na ocasião das transmissões, era casado com Sachiro Urakawa, considerando o regime de bens e a legislação japonesa aplicável ao caso (art. 7.º, § 4.º, da LICC).

Em suas razões (f.), o representante do Ministério Público sustenta, em suma, que: a) os bens adquiridos na constância do matrimônio, em não havendo disposição em contrário decorrente do regime de separação de bens, integram o patrimônio do casal, sob o império da lei brasileira, local das aquisições; b) a via administrativa não é adequada para solução diversa, sendo necessária a presença da ex-esposa em relação processual litigiosa para acolher a pretensão do requerente; c) a solução pode ocorrer pela recepção da renúncia expressa pela ex-esposa como doação, desde que observadas as formalidades legais. Pede, pois, a reforma da apontada decisão.

Recebido o recurso, vieram as contrarrazões dos recorridos (f.), com preliminar de objeto recursal alheio ao objeto da retificação pretendida, bem como manifestação, no mérito, pela regularidade da decisão proferida. Pedem, pois, não seja conhecido o recurso ou, se conhecido, sua improcedência.

A Procuradoria-Geral da Justiça opina pelo desprovimento (f.).

É o relatório. Opino.

Trata-se de procedimento de cunho meramente administrativo relativo a averbações em matrículas de registro imobiliário, para constar que a parte dos respectivos imóveis que cabe ao varão adquirente é de domínio exclusivo dele, sem comunicação à ex-esposa, com quem era casado à época das transmissões aquisitivas, conforme o regime de bens e a legislação japonesa aplicável. Logo, a atribuição recursal é desta Corregedoria-Geral da Justiça e o recurso tem previsão no art. 246 do Código Judiciário do Estado de São Paulo.

A preliminar de inadmissibilidade do recurso não pode ser acolhida, porque o recurso interposto tem pertinência temática com a pretensão de averbação deduzida: afinal, tudo (pedido de averbação, decisão proferida e razões de recurso) está no mesmo contexto que diz respeito à questão da averbação esclarecedora da titularidade dos bens, ou seja, em vista de saber se, no caso, por averbação é, ou não, possível constar que os imóveis adquiridos por Yuji Urakawa são de sua exclusiva propriedade, sem comunicação com a ex-mulher.

Logo, creio que se deva afastar essa preliminar, para conhecer o recurso ministerial.

No mérito, com respeito ao entendimento diverso, penso que o recurso não procede.

De saída, é preciso consignar que não se trata de aquisição apenas em nome do varão, inicialmente qualificado como solteiro, mas que, em realidade era casado no exterior, mas sim de imóvel adquirido em comum por Yuji e Yurko, ele erroneamente qualificado como solteiro, quando, em rigor, era casado no Japão, conforme a legislação daquele país, com Sachiko, da qual se divorciou e, então, casou-se com Yurko.

O erro relativo ao estado civil já está sanado: Av. 06/18.411 (f.), Av. 07/18.412 (f.) e Av. 07/18.413 (f.).

Todavia, agora, resta esclarecer se na aquisição da metade ideal desses três imóveis (apartamento n. 191 e duas vagas de garagem, com matrículas autônomas, no mesmo Edifício Debret, do Conjunto Brasil Pitoresco), que consta em nome de Yuji, operou-se, ou não, comunicação à ex-esposa (Sachiko), por força do casamento.

A solução do julgador está exata, pois a aquisição da fração do varão integrava, desde então, apenas o patrimônio separado dele: a) a uma, porque, em respeito ao prescrito no art. 7.º, § 4.º, da LICC brasileiro – que segue para as relações econômicas do matrimônio o critério da lei do domicílio (Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. vol. I, p. 217) –, bem como considerando que o casamento ocorreu no Japão sem notícia de domicílio do casal Brasil, forçosa a aplicação da lei japonesa e, assim, diante do art. 762 do CC japonês, impõe-se a conclusão de que os bens adquiridos só pelo varão, são apenas dele, pois “obtidos em seu próprio nome durante o matrimônio, são considerados como especiais” (f.); b) a duas, porque a ex-esposa (Sachiko) reconhece a propriedade exclusiva do ex-esposo (Yuji) sobre os imóveis em foco, em declaração firmada perante Tabelião de Tóquio (f.), que afasta, no caso, a necessidade de processo judicial e prestação jurisdicional, bastando esta via administrativa para averbação enunciativa, que não é inadequada; c) a três, porque, diante da conjugação dos itens anteriores (“a” e “b”), bem como considerando que a aquisição apenas pelo varão foi de parte ideal, em condomínio com outra mulher (não com a ex-consorte), com a qual veio a se casar após o divórcio, fica bem esclarecida a situação não litigiosa de incommunicabilidade, por ausência de esforço comum entre Yuji e Sachiko na formação de patrimônio no Brasil e ao tempo em que se operaram as aquisições em foco.

Logo, viáveis as averbações da relevante situação jurídica constatada, destinada

apenas a anunciar que a parte ideal do varão (Yuji) é de sua exclusiva titularidade, averbações essas de mera publicidade que têm amparo no art. 246 da Lei de Registros Públicos.

Diante do exposto, o parecer que, respeitosamente, submeto à elevada apreciação de V. Exa. é no sentido de conhecer o recurso administrativo, negando-lhe provimento.

Sub censura.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2006 – VICENTE DE ABREU AMADEI, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

Processo CG 755/2005-Capital – Ministério Público do Estado de São Paulo – Partes: Yuji Urakawa e Yuko Urakawa – Advogados: Lílían Tarcha Malta, OAB-SP 168.800 e Flávio Tsuyoshi Oshikiri, OAB-SP 43.269

DECISÃO: Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria e por seus fundamentos, que adoto, conheço do recurso administrativo interposto e nego-lhe provimento. Publique-se.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2006 – GILBERTO PASSOS DE FREITAS – Corregedor-Geral da Justiça.

(DOE 29.03.2006)

4.2.5 MATRÍCULA. Duplicidade. Vício intrínseco. Nulidade. Bloqueio administrativo. Discriminação. Terra devoluta. Sobreposição de glebas.

Processo CG 825/2005-Iguape – Álvaro Luiz Valery Mirra – j. 26.01.2006 – Legislação: Art. 214, da Lei 6.015/73.

Ementa: Registro de imóveis – Nulidade de pleno direito de matrícula (art. 214 da LRP) – Duplicidade de matrículas relativas ao mesmo imóvel – Impossibilidade de

constatação pelo simples exame formal das matrículas – Vício que, se existente, no caso, é de natureza intrínseca e não extrínseca – Impossibilidade de reconhecimento na esfera administrativa – Inviabilidade do cancelamento administrativo da matrícula – Recurso não provido. Registro de imóveis – Bloqueio administrativo de matrícula – Providência acautelatória que deve ter amparo no art. 214 da LRP – Determinação até que a nulidade da matrícula seja apurada em processo jurisdicional – Inadmissibilidade, no âmbito administrativo, se inviável a constatação da nulidade de pleno direito do ato – Providência a ser objeto de exame pelo órgão jurisdicional eventualmente provocado – Recurso não provido.

Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça:

Trata-se de recurso administrativo interposto pela Fazenda Estadual contra decisão do MM. Juiz Corregedor Permanente do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Iguape que julgou extinto processo administrativo instaurado para cancelamento da Matrícula 89.562 da referida Serventia, por entender necessária a provocação da via jurisdicional para apuração da nulidade do ato, mostrando-se inviável conversão do presente para processo jurisdicional.

Sustenta a recorrente que o imóvel concernente à Matrícula 89.562, em nome de Agroeste Ltda., encontra-se sobreposto à Gleba Devoluta 09/27/012, objeto da Matrícula 151.998 do Cartório de Registro de Imóveis de Iguape, aberta após demarcação da área realizada em ação discriminatória julgada procedente por sentença transitada em julgado. Assim, segundo entende, deve prevalecer a Matrícula 151.998, sendo nula de pleno direito a Matrícula 89.562, razão pela qual pede o cancelamento desta última ou, pelo menos, o seu bloqueio, a fim de evitarem-se novos registros até que a nulidade do ato seja apurada em processo jurisdicional (f.).

A Agroeste Ltda. manifestou-se em contra-razões, argumentando com a impossibilidade de cancelamento da matrícula ora em discussão em processo administrativo, já que ausentes vícios extrínsecos no ato, não se podendo discutir vícios intrínsecos em esfera que não seja a jurisdicional. De outra parte, acrescenta que o seu título de propriedade decorre de sentença proferida em 16.10.1941, na mesma ação discriminatória, em que se reconheceram expressamente como particulares algumas porções de terras, entre as quais a abrangida pela Matrícula 89.562. Por fim, aduz que se há, no caso, duplicidade de matrículas, o cancelamento deverá atingir a última delas, ou seja, a Matrícula 151.998 e não a anterior (f.).

O representante do Ministério Público apresentou seu parecer às f., no sentido de ser negado provimento ao recurso interposto.

É o relatório.

Passo a opinar.

A recorrente pretende o cancelamento da Matrícula 89.562 do Registro de Imóveis da Comarca de Iguape, sob o argumento de ser o ato registral em questão nulo de pleno direito, devido ao fato de referir-se a imóvel abrangido pela Matrícula 151.998, aberta na mesma Serventia, após regular processo discriminatório relativo ao 9.º Perímetro do Município de Iguape (Gleba 09/27/012 – Terras Devolutas).

De início, cumpre anotar que, como observado pela Agroeste Ltda. e pelo representante do Ministério Público, a nulidade de pleno direito a que se refere o art. 214 da Lei 6.015/73 é aquela de ordem formal, extrínseca, passível de ser declarada diretamente em processo administrativo, independentemente de ação. Por essa razão, para o seu reconhecimento deve o vício ser evidente ao simples exame do ato (registro, averbação ou matrícula), sem necessidade de verificações outras concernentes ao título, não se admitindo, portanto,

na esfera administrativa, o exame de elementos intrínsecos, que refogem à atividade qualificadora do oficial registrador.

Nesse sentido, é a lição de Narciso Orlandi Neto:

"A nulidade que pode ser declarada diretamente, independentemente de ação, é de direito formal, extrínseca. Ela pode não alcançar o título, que subsiste íntegro e, em muitos casos, apto a, novamente, ingressar no registro.

O registro é nulo de pleno direito quando não observados os requisitos formais previstos na lei: 'A chamada nulidade de pleno direito, tal como prevista no art. 214 da Lei de Registros Públicos, não admite o exame de elementos intrínsecos, que refogem à atividade qualificadora do oficial registrador. E em não existindo vício na qualificação do título, ou no processo de registro propriamente dito, não há o que corrigir na esfera administrativa' (Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, parecer do Juiz Marcelo Martins Berthe, aprovado pelo Des. Márcio Martins Bonilha, DJE 22.22.1996, parte I, p. 37).

(...)

(...) a nulidade do registro, para ser declarada autonomamente, sem processo contencioso, deve ser evidente ao simples exame do registro. Não há outro modo de interpretar-se o requisito da lei, de que a nulidade deve estar provada independentemente de ação direta. Se não há ação, não há processo contencioso, não há fase instrutória, não há ocasião para produzir-se prova diversa dos elementos que compõem o próprio registro. A irregularidade formal que leva à anulação deve, pois, ser vistosa, deve ser percebida visualmente, sem necessidade de exame de outros documentos ou fatos.

(...)

Se o registro está extrinsecamente perfeito, se foram cumpridas as exigências legais relativas aos elementos objetivos e

subjettivos, não há nulidade do registro. Por mais que seja evidente a irregularidade do título, a causa de anulabilidade, sempre será necessária a declaração em processo contencioso movido contra aquele a quem o registro aproveita (...)" (*Retificação do Registro de Imóveis*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 185-186 e 196).

Essa, ainda, a orientação seguida por esta Corregedoria-Geral da Justiça, conforme parecer da lavra do MM. Juiz Auxiliar Marcelo Fortes Barbosa Filho, no Processo CG 2.341/96:

"Esta Corregedoria-Geral, conforme entendimento consolidado firmemente a partir do decidido no Processo CG 203/81 (*Decisões administrativas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, 1981/1982*. São Paulo: RT, 1982. p. 74 et seq.), tem reiterado que as hipóteses de incidência do art. 214 da Lei 6.015/73, com lastro no qual podem os órgãos censores (as Corregedorias Permanentes e a Corregedoria-Geral da Justiça) ordenar cancelamentos ou bloqueios, como medidas saneatórias, se limitam às de nulidade atinente, direta e exclusivamente, ao ato de registro, o que só ocorre quando se identifica desrespeito às normas e aos princípios norteadores da atividade do registrador.

A própria Lei 6.015/73, ao distinguir outras hipóteses, previstas no art. 216, faz uma clara delimitação. As nulidades relativas ao registro não se confundem com aquelas relativas ao título que dá origem a um registro, servindo como sua causa, ou seja, seu fundamento jurídico, e é imprescindível o acionamento da tutela jurisdicional, para sanear vício relativo ao ato jurídico *lato sensu*, correspondente à causa.

O reconhecimento administrativo de todas as espécies de nulidade resta, portanto, impossibilitado. Os vícios registraes, e apenas estes, podem autorizar a atuação dos órgãos censores e a assunção de medidas saneatórias, capazes de atingir o ato administrativo de registro. Os demais vícios

deverão ser conhecidos em sede de jurisdição contenciosa” (*Decisões administrativas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo* – 1996. São Paulo: RT, 1997. Ementa 27).

Na hipótese, sustenta a recorrente a existência de duplicidade de matrículas para o mesmo imóvel, havendo sobreposição da área do imóvel particular descrito na Matrícula 89.562 com a área do imóvel pertencente ao Estado de São Paulo, descrito na Matrícula 151.998.

Ocorre que tal duplicidade de matrículas não pode ser verificada, no caso, pelo simples exame dos dados relativos à situação geográfica e à descrição dos imóveis por elas individuados, constantes de uma e outra, conforme, inclusive, indicado pelo Sr. Oficial do Registro de Imóveis de Iguape (f.).

De fato, da Matrícula 151.998, identificadora do imóvel de propriedade da Fazenda do Estado de São Paulo, consta a seguinte descrição do bem:

“Gleba de terras do 9.º (nono) Perímetro Estadual, situado neste Município e Comarca de Iguape-SP, que assim se descreve: Partindo-se do Marco 039/0019 com coordenadas 271.640,56m, Este, 7.294.775,14m norte, segue-se pela margem esquerda do Rio Canela ou Cacunduva no sentido jusante, confrontando com a Gleba 97/27/006, Terras Particulares do Sítio Canela em Área Estadual do município de Iguape com o lado de 2.774,13m, chega-se ao Marco 039/0029; deste, segue-se por uma Linha Seca, confrontando com a Gleba 09/27/007, Terras Particulares do Sítio Pogoçá ou Ponta em Área Estadual do Município de Iguape com o rumo 25.º 13' 23" SE e lado, 1.828,20m, chega-se ao Marco 039/0030; deste, segue-se pela margem esquerda do Rio Una do Prelado ou Rio Comprido no sentido montante confrontando com o 10.º Perímetro de Iguape no Município de Iguape, com o lado de 7.608,80m, chega-se ao Marco 039/0048; deste, segue-se por uma Linha Seca, con-

frontando com a Gleba 09/27/015, Terras Particulares do Sítio Estirão Comprido em Área Estadual do Município de Iguape com o rumo 24.º 27' 12" NO e lado 3.710,74m, chega-se ao Marco 039/0078; deste segue-se pela margem esquerda do Rio Canela ou Cacunduva no sentido jusante, confrontando com a Gleba 09/27/005, Terras Devolutas em área estadual do Município de Iguape com o lado de 742,48m, chega-se ao Marco 039/0044; deste, segue-se pela margem esquerda do Rio Canela ou Cacunduva no sentido jusante com o lado de 4.066,44m, chega-se ao Marco 039/0020; deste, atravessando-se o Ribeirão Canelinha com rumo 50.º 26' 37" NO e lado 7,91m, chega-se ao Marco 039/0019, confrontando com Terras Particulares do Sítio Canela em Área Estadual do Município de Iguape, Gleba 09/27/006; do Marco 039/0044 até o Marco 039/0019, marco inicial da descrição desta gleba” (f.).

Já da Matrícula 89.562 extrai-se a seguinte descrição do imóvel de propriedade da Agroeste Ltda.:

“Um sítio denominado ‘Morrote’, neste Município e Comarca de Iguape, situado à margem esquerda do Rio Una do Prelado, confrontando do lado de cima com terras de herdeiros de João Rodrigues Bandeira, na frente a barranca do Rio Descalvado, do lado de baixo com terras de João Sabino Pinto, ou Pequeno Estelho” (f.).

Como se vê, do simples exame das descrições dos imóveis das matrículas em questão não é possível a constatação da alegada sobreposição de áreas, com a abrangência do imóvel matriculado sob o n. 89.562 pela área objeto da Matrícula de n. 151.998. Para que se chegue a conclusão segura a respeito, impõe-se a produção de provas outras, notadamente de natureza técnica, somente passíveis de serem realizadas em processo jurisdicional, sendo inadmissível, por evidente, a conversão deste feito em processo de tal natureza.

Nesses termos, ausentes vícios direta e exclusivamente relacionados ao ato im-

pugnado, com desrespeito às normas e princípios da atividade do registrador, resulta inviável, nesta esfera administrativa, o reconhecimento da nulidade da Matrícula 89.562, com o consequente cancelamento do ato, como pretendido pela recorrente.

Quanto ao bloqueio da matrícula em discussão, pleiteado em caráter subsidiário pela recorrente, tem-se que tampouco pode ser determinado na hipótese.

Em conforme com o entendimento já manifestado no âmbito desta Corregedoria-Geral da Justiça, “o bloqueio constitui uma criação administrativo-judicial, que busca a correção de erro registral pretérito e ostenta certa função acautelatória, impedindo, simplesmente, novos assentamentos sejam exarados com base em registro maculado” (Decisões administrativas da Corregedoria-Geral da Justiça, 1996, ementa 54). Ademais, “O bloqueio administrativo de atos de registro e averbação devem sempre ter amparo no art. 214 da Lei 6.015/73” (Decisões administrativas da Corregedoria-Geral da Justiça, ano de 1996, ementa 63).

Dessa forma, nos termos do disposto nos §§ 3.º e 4.º do referido art. 214 da Lei 6.015/73, a providência do bloqueio destina-se, a rigor, a impedir danos de difícil reparação, na hipótese de nulidade de pleno direito do registro, danos esses que poderiam ser causados na superveniência de novos registros.

Na espécie, contudo, como visto, inexistente vício registral passível de ser reconhecido nesta esfera administrativa, já que impossível, sem processo jurisdicional, a verificação da nulidade de pleno direito da matrícula impugnada pela recorrente (de n. 89.562).

Assim, com razão, ainda neste ponto, o digno representante do Ministério Público, ao sustentar competir ao juízo da ação tendente ao cancelamento da matrícula, a ser eventualmente proposta pela Fazenda Estadual, o exame do cabimento de provi-

dência cautelar dessa natureza, à luz dos elementos que lhe forem apresentados no âmbito jurisdicional.

Portanto, à vista de todo o acima exposto, entende-se que o recurso interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo não comporta provimento.

Nesses termos, o parecer que se submete à elevada consideração de V. Exa. é no sentido de que seja negado provimento ao recurso interposto.

Sub censura.

São Paulo, 26 de janeiro de 2006 – ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

4.2.6 MATRÍCULA. Bloqueio. Nulidade. Terceiro de boa-fé. Prescrição aquisitiva.

Processo CG 885/2005-Iguape – Roberto Maia Filho – j. 1.º.03.2006 – Legislação: art. 214, § 5.º, da Lei de Registros Públicos.

Ementa: Registro de imóveis – Bloqueio e declaração de nulidade da matrícula – inviabilidade, se em prejuízo de terceiro de boa-fé, estando as eventuais irregularidades já acobertadas pela prescrição aquisitiva – inteligência do art. 214, § 5.º, da LRP – Manutenção da decisão de primeiro grau.

Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça:

Cuida-se de recurso interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Corregedor Permanente do Oficial do Registro de Imóveis e anexos da Comarca de Iguape.

Tal decisão (f.) desacolheu pedido de bloqueio e declaração de nulidade da Matrícula 64.859, em razão da atual redação dada ao art. 214, § 5.º, da LRP.

Alega o recorrente (f.), em resumo, ser totalmente incabível a manutenção da de-

cição atacada, havendo vícios aptos a ensejar bloqueio e declaração de nulidade da Matrícula 64.859.

O Ministério Público opinou pela manutenção do *decisum* (f.).

É o relatório.

Passo a opinar.

Em que pese o esforço do digno recorrente, não é caso de modificação do decidido pelo MM. Juízo *a quo*.

Como ressaltado na r. sentença recorrida, bem como nos substanciosos pareceres do Ministério Público aqui exarados, eventuais irregularidades teriam ocorrido anteriormente a 1.947 e não afetariam a essência dos atos aqui questionados.

Assim, transcorrido de há muito o prazo máximo previsto para a prescrição aquisitiva, não há como, em prejuízo de terceiros de boa-fé, se atender a postulação do recorrente sem afrontar o art. 214, § 5.º, da LRP.

Por outro lado, conforme observado pelo registrador, foram obedecidos os princípios da continuidade, especialidade e disponibilidade, tanto na Matrícula 64.859, quanto em sua cadeia de origem.

Não há, pois, qualquer vício insanável que não tenha sido consolidado pelo tempo. Sustentar o contrário implica em sacrificar o princípio da segurança das relações jurídicas.

Bem observou o MM. Juiz sentenciante que o Estado quer, mais, esquivar-se da obrigação de efetuar o pagamento por desapropriação indireta incidente sobre a área em questão, e, menos, zelar pela higidez do sistema registrário.

Certo é que, no presente feito, nenhum terceiro interessado compareceu para demonstrar concretamente sua boa-fé e o decurso do lapso prescricional. Mas o contrário igualmente não foi comprovado pelo recorrente. E nem seria o caso de isto de dar nesta via administrativa-correcional, lembrando-se que a boa-fé se presume, até

prova em contrário, gozando ainda os registros públicos de presunção *juris tantum* de veracidade.

Diante do exposto, o parecer que respeitosamente submeto à elevada apreciação de V. Exa. é no sentido de que:

A) se mantenha o decidido pelo MM. Juiz Corregedor Permanente.

B) ocorra, ao final, o arquivamento destes autos na origem.

Sub censura.

São Paulo, 1.º de março de 2006 – ROBERTO MAIA FILHO, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

4.2.7 PROVIMENTO CGJ 19/2006. NSCGJ. Alteração. Condomínios especiais. Área. Graproháb.

Provimento CG 19/2006-SP – Des. Corregedor-Geral Gilberto Passos de Freitas – j. 1.º.08.2006 – Subitem 211.3, c, do Capítulo XX, t. II, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça.

Ementa: Altera a redação do subitem 211.3, c, do Capítulo XX, t. II, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça.

O Des. Gilberto Passos de Freitas, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, considerando o disposto no subitem 211.3, c, do Capítulo XX, t. II, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, em sua redação dada pelo Provimento 21/98, que disciplina o registro imobiliário de incorporação e instituição de condomínios especiais, sujeitos, no caso, à aprovação do GRAPROHAB;

Considerando, ainda, a orientação diversa adotada pelo GRAPROHAB na maté-

ria, no tocante aos empreendimentos de condomínio especial que tenham área superior a 15.000m² (quinze mil metros quadrados), a ensejar dúvida e insegurança na atividade registral;

Considerando, por fim, a necessidade de adequação das NSCGJ à orientação seguida pelo GRAPROHAB, já que as normas de serviço visam, no âmbito de atuação da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, a tornar efetiva a disciplina sobre a matéria estabelecida pelo referido órgão colegiado, conforme decidido no Processo CG 823/2004 – DEGE 2.1.

Resolve:

“Art. 1.º O subitem 211.3, c, do Capítulo XX, t. II, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, passa a vigorar com a seguinte redação:

211.3. (...)

c) tenha área superficial de terreno superior a 15.000m² (quinze mil metros quadrados).

Art. 2.º Este provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

São Paulo, 1.º de agosto de 2006”.

(DOE 03.08.2006)

4.3

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

4.3.1 CARTA DE ADJUDICAÇÃO. CND. INSS. Receita Federal. Dispensa. Ativo fixo.

ApCív 467-6/2-Guarujá – rel. Gilberto Passos de Freitas – j. 13.07.2006 – Legislação: Lei 8.212/1991, entre outras.

Ementa: Registro de imóveis – Dúvida julgada procedente – Negativa de acesso ao registro de carta de adjudicação expedida nos autos de ação de adjudicação compulsória – Ausência de apresentação de certidões negativas de débitos do INSS e da Receita Federal – Possibilidade, porém, no caso, de dispensa das certidões exigidas para fins de registro – Evidência de que a alienante é empresa cuja atividade é a comercialização de imóveis e de que o bem objeto da adjudicação compulsória não integra o seu ativo fixo – Registro possível – Recurso provido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív 467-6/2, da Comarca de Guarujá, em que é apelante Alfredo Aqueu e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da mesma Comarca.

Acordam os desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por v.u., 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 Celso Luiz Limongi, pres. do Tribunal de Justiça e Caio Eduardo Canguçu de Almeida, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 13 de julho de 2006 – GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Registro de imóveis – Dúvida julgada procedente – Negativa de acesso

ao registro de carta de adjudicação expedida nos autos de ação de adjudicação compulsória – Ausência de apresentação de certidões negativas de débitos do INSS e da Receita Federal – Possibilidade, porém, no caso, de dispensa das certidões exigidas para fins de registro – Evidência de que a alienante é empresa cuja atividade é a comercialização de imóveis e de que o bem objeto da adjudicação compulsória não integra o seu ativo fixo – Registro possível – Recurso provido.

1. Cuidam os autos de dúvida de registro de imóveis suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica do Guarujá, referente ao ingresso no registro de carta de adjudicação expedida nos autos da ação de adjudicação compulsória que tramitou perante a 1.ª Vara Cível do Guarujá, concernente a imóvel objeto da Transcrição 37.977 do CRI daquela localidade. Após o regular processamento, com manifestação do interessado Alfredo Aqueu e pronunciamento do representante do Ministério Público, a dúvida foi julgada procedente para o fim de manter a recusa do oficial em proceder ao registro, devido à ausência de apresentação de certidões negativas de débitos do INSS e da Receita Federal, reputada imprescindível (f.).

Inconformado com a r. decisão, interpôs o interessado Alfredo Aqueu, tempestivamente, o presente recurso. Sustenta que a carta de adjudicação foi expedida em processo judicial que reconheceu o seu direito à transmissão do domínio sobre o imóvel, tendo a sentença produzido todos os efeitos da declaração de vontade omitida pela transmitente do bem. Além disso, a cedente é empresa inativa, que não pode ser localizada, não havendo, de todo modo, que ser aplicada a Lei 8.212/1991, posterior ao contrato firmado, datado de 1971 (f.).

Determinaram-se, nesta segunda instância, a vinda de certidão atualizada da Trans-

crição 37.977 e a prestação de informações pelos oficiais do 2.º Registro de Imóveis de Santos e do Registro de Imóveis do Guarujá (f.).

O Ministério Público, em ambas as instâncias, opinou no sentido do provimento do recurso (f.).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

2. Embora, como regra, o registro de carta de adjudicação expedida em processo de adjudicação compulsória esteja condicionado à apresentação de certidões negativas da Previdência Social e da Receita Federal (CSM – ApCív 31.436-0/1), tem-se admitido, em caráter excepcional, o afastamento de tal exigência, nas hipóteses em que o imóvel pertença a empresa cuja atividade seja a de comercialização de imóveis e o bem não integre o ativo fixo desta.

Fundamentam, com efeito, a dispensa da apresentação das certidões negativas em questão, atos normativos do próprio Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) – Ordens de Serviço 156/1997, 163/1997, 182/1998, 207/1999 e 211/1999 – e da Secretaria da Receita Federal – n. 93/2001. No caso, não resta dúvida, à luz, sobretudo, dos documentos de f., que o lote prometido à venda ao apelante integra loteamento promovido pela Empresa Imobiliária e Incorporadora Dior S.A.

Trata-se, portanto, de unidade imobiliária que pertencia a empresa cuja atividade era, inequivocamente, a de comercialização de imóveis, configurando, por outro lado, bem integrante do ativo circulante da pessoa jurídica, circunstâncias que tornam dispensável a apresentação de certidões negativas do INSS e da Receita Federal.

Não se ignora, aqui, o fato de que tanto o INSS quanto a Receita Federal, em hipóteses que tais, exigem, para verificação dos requisitos necessários à dispensa das certidões, a declaração expressa da pessoa jurídica a respeito da sua atividade ou apre-

sentação dos atos constitutivos correspondentes ao tabelião de notas (OS 207/1999 do INSS) ou, ainda, a apresentação de demonstrativo contábil capaz de evidenciar que o imóvel em tela compõe o ativo circulante da empresa (IN 03/2005 da SRF).

Contudo, na impossibilidade de obterem-se referidas declaração e documentação, aparece como viável supri-las com elementos outros de convicção.

Na espécie, cabe ressaltar que a empresa vendedora sequer outorgou a escritura definitiva de venda e compra do imóvel ao apelante, o qual precisou se valer da ação de adjudicação compulsória para ver a vontade daquela substituída por sentença judicial. Além disso, no processo judicial referido, a empresa não foi localizada para fins de citação, que acabou se aperfeiçoando pela via de edital (f.).

Assim, seria mesmo impossível ao apelante obter da transmitente do imóvel declaração expressa a respeito da sua atividade e da condição do bem de não integrante de seu ativo fixo e, muito menos, a apresentação de demonstrativo contábil capaz de comprovar tais fatos.

Dessa forma, viável a verificação, na hipótese concreta, das circunstâncias autorizadoras da dispensa das certidões, por meio de elementos outros, como aqueles ora trazidos ao conhecimento deste órgão administrativo, no bojo do procedimento de dúvida registral.

Registre-se que, nessa mesma direção, já vem caminhado recentemente este C. Conselho Superior da Magistratura, conforme se verifica do julgado relativo à ApCív 385-6/8, relatado pelo eminente Des. José Mário Antonio Cardinale, então Corregedor-Geral da Justiça:

“Registro de imóveis – Carta de sentença – Adjudicação de unidade autônoma condominial por substituição da vontade da construtora incorporadora – Evidência de que não integra seu ativo permanente – Bem destinado à venda – Dispensa, *ipso*

facto, de certidões negativas do INSS e da Receita Federal – Registro possível – Recurso provido.

(...)

Como já reconhecido por este Conselho Superior na ApCív 99.827-0/3, da Comarca da Capital, mercê de seguidas instruções normativas (OS 156/97, 163/97, 182/98, 207/99 e 211/99), os próprios órgãos arrecadadores vêm dispensando a apresentação de certidões negativas quando o imóvel pertença a empresa cuja atividade seja a de comercialização de imóveis, e desde que ele não integre seu ativo fixo.

A referência é a ordem de serviço do INSS. Não é diferente a orientação veiculada pela Receita Federal por meio da IN SRF 93, de 23.11.2001, cujo art. 17, *caput*, estabelece: É dispensada a apresentação de Certidão Negativa de Tributos e Contribuições Federais nas transmissões de imóveis, não integrantes do ativo permanente, realizadas por empresa que exerce a atividade de compra e venda de imóvel, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou de construção de prédios destinados à venda.

É certo que, em tais diplomas, as entidades arrecadadoras permitem que se presume existir tal situação, sem mais perquirições, quando houver declaração expressa da pessoa jurídica alienante nesse sentido (par. ún. do artigo *supra*), ou forem apresentados os respectivos atos constitutivos ao tabelião que lavrar a escritura, os quais ficarão arquivados no serviço de notas (OS 207/99 do INSS, item 6.3).

Porém, em caso de substituição da vontade da alienante por decisão judicial que acarrete adjudicação compulsória, pressupõe-se não ter havido outorga de escritura definitiva (inviabilizando que se pense em prévia exibição de atos constitutivos ao notário), nem comparecimento da vendedora (que, se omitiu a própria escritura, certamente terá omitido a referida declaração expressa).

Sobreveio a recentíssima IN 3, de 14.07.2005, da Secretaria da Receita Previdenciária, prevendo, ao invés de declaração ou atos constitutivos, a apresentação de demonstrativo contábil revelador de que o imóvel compõe o ativo circulante, para comercialização, e não consta do ativo permanente da empresa. Tal exigência substitutiva revela claramente que o que mais importa, mais do que esta ou aquela formalidade, é a efetiva existência da vislumbrada situação de fato.

Se a vendedora, como observado, nem sequer compareceu para outorgar escritura e chegou a ponto de ver sua vontade substituída por sentença, por certo igualmente não terá trazido esse demonstrativo contábil, só passível de obtenção a partir de seus próprios arquivos, de acesso inviável para a ora adquirente. Mas, em casos como o presente ou semelhantes, em que evidenciada essa impossibilidade, as CNDs somente poderão ser dispensadas se suprida a dita demonstração, em concreto, por eloquentes elementos de certeza.

Na hipótese aqui em exame, houve esse suprimento (sem a inviabilizada exibição de lançamentos contábeis, declaração ou atos constitutivos) graças aos sólidos e convincentes subsídios encontrados nos autos. Idêntico posicionamento verifica-se, ainda, na ApCív 000.335.6/0-00.

Portanto, em conclusão, diante das peculiaridades do caso acima discriminadas, respeitado sempre o entendimento diverso do MM. Juiz Corregedor Permanente prolator da sentença recorrida, o ingresso da carta de adjudicação ora discutido deve ser autorizado, mostrando-se possível superar o óbice levantado pelo oficial registrador.

Nesses termos, pelo meu voto, à vista do exposto, dou provimento ao recurso, para o fim de julgar improcedente a dúvida.

GILBERTO PASSOS DE FREITAS,
Corregedor-Geral da Justiça e relator.

(DOE 19.09.2006)

4.3.2 COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. Especialidade objetiva. Procuração. Poderes. Servidão.

ApCív 524-6/3-Serra Negra – rel. Gilberto Passos de Freitas – j. 03.08.2006 – Legislação: Art. 661, § 1.º, do CC; arts. 196 e 228 da Lei 6.015/73; entre outras.

Ementa: Registro de imóveis – Procedimento de dúvida. 1. Compromisso de venda e compra que se limitou a reproduzir a precária descrição do imóvel constante na matrícula – Ofensa ao princípio da especialidade objetiva. 2. Procuração hábil a alienar deve conter poderes, não só expressos, como também especiais – Inteligência do art. 661, § 1.º, do CC em vigor. 3. Servidão – incerteza na sua localização – Desobediência ao princípio da especialidade objetiva. 4. Procedimento de dúvida julgado procedente, negando o registro – Recurso improvido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív 524-6/3, da Comarca de Serra Negra, em que é apelante Antonio Jair de Santi e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da mesma Comarca.

Acordam os desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por v.u., 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 Celso Luiz Limongi, pres. do Tribunal de Justiça e Caio Eduardo Canguçu de Almeida, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 3 de agosto de 2006 – GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Registro de imóveis – Procedimento de dúvida.

1. Compromisso de venda e compra que se limitou a reproduzir a precária descrição do imóvel constante na matrícula – Ofensa ao princípio da especialidade objetiva.

2. Procuração hábil a alienar deve conter poderes, não só expressos, como também especiais – Inteligência do art. 661, § 1.º, do CC em vigor.

3. Servidão – incerteza na sua localização – Desobediência ao princípio da especialidade objetiva.

4. Procedimento de dúvida julgado procedente, negando o registro – Recurso improvido.

1. Cuida-se de recurso interposto contra sentença proferida (f.) pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis de Serra Negra, que, apreciando dúvida suscitada, obistou o ingresso no fôlio real de instrumento particular de promessa de venda e compra.

Foi ele celebrado por Hirohumi Nakashima, Rosa Yoshie Nakashima, Antonio Jair de Santi e Nair Vancine de Santi, sendo relativo a uma propriedade agrícola denominada Sítio Coração de Jesus, situado no Bairro da Serra de Cima, na zona rural do Município de Serra Negra, matriculado sob n. 8.431.

Assim se decidiu em razão de estar o imóvel precariamente descrito, tanto no título, quanto na matrícula, representando ofensa ao princípio da especialidade objetiva.

Ademais, o instrumento de mandato está a exigir poderes expressos e especiais, nos termos do art. 661 do CC em vigor.

Finalmente, estaria se instituindo uma servidão sem a sua devida especialização.

Por tais razões, a pretensão dos compradores, de ingressar com seu título no fôlio, foi repelida, sendo a dúvida julgada procedente para obstar o registro.

Houve recurso de apelação a f., no qual há insurgência com relação ao decidido.

Isto porque o recorrente considera incabíveis tais exigências do oficial.

A uma, em razão de já existir matrícula aberta para o imóvel e nela constar sua descrição, que foi integralmente reproduzida no título aqui em questão.

A duas, em razão de estar regular a procuração outorgada pela esposa ao marido (ambos promitentes vendedores), que contém poderes expressos para a alienação de bens.

A três, por não se estar instituindo qualquer servidão, mas tão-somente se criando uma obrigação de posteriormente instituí-la.

Assim, seria viável o registro do compromisso de venda e compra.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso, pois corretos os fundamentos expostos pelo registrador (f.).

É o relatório.

2. A r. decisão atacada não comporta reforma.

Analizando os elementos constantes dos autos, não há mesmo como se realizar o registro.

Trata-se de um imóvel agrícola denominado Sítio Coração de Jesus, situado no Bairro da Serra de Cima, na zona rural do Município de Serra Negra, matriculado sob n. 8.431.

A descrição do bem, tanto na matrícula, quanto no compromisso em comento, é mesmo vaga, imprecisa e insuficiente. Não há descrição do espaço ocupado pelo imóvel no solo, medidas perimetrais, rumos norteadores ou pontos de amarração, sendo que a perpetuação de tal irregularidade representa manifesta ofensa ao princípio da especialidade objetiva.

Este E. Conselho Superior da Magistratura, nos autos da ApCív 000.430.6/4-00, teceu considerações sobre dito princípio, no seguinte jaez:

Tal preceito, no dizer de Afrânio de Carvalho, “significa que toda inscrição deve

recair sobre um objeto precisamente individuado". Pondera que, para tanto, há requisitos a serem observados. "Esses requisitos são os dados geográficos que se exigem para individuar o imóvel, isto é, para determinar o espaço terrestre por ele ocupado" (*Registro de Imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 203).

Nesse ritmo, explicita Ricardo Dip: "A determinação de um imóvel, corpo físico, unitário e atual, em ordem a sua matriculação, é o que se entende sob a denominação especialidade objetiva. Determinar essa substância corpórea individua é identificá-la por algumas das categorias ou predicamentos que nos dizem qual é o modo de ser da substância.

Em particular, o que se faz com determinar um imóvel é responder a estas indagações: qual é o seu tamanho? qual é sua figura? onde se localiza? Em outros termos: quais são sua quantidade, sua qualidade e seu lugar?" ("Do controle da disponibilidade na segregação imobiliária", apresentado no XIV Encontro Nacional dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, 1987, p. 3 *apud* Narciso Orlandi Neto, Retificação do Registro de Imóveis, São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 66).

Na hipótese vertente, observando-se a matrícula, constata-se que é apenas mencionada a dimensão da área, seguida da expressão "mais ou menos", seguindo-se um elenco de nomes de confrontantes (f.). Não há medidas, rumos, amarrações ou referências. Nada que permita saber onde está, realmente, o terreno.

Evidentemente, embora haja previsão na Lei de Registros Públicos (arts. 196 e 228) e nas Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de que na abertura de matrícula serão levados em consideração elementos constantes do registro anterior, mister se faz obter, em casos como o presente, mediante o procedimento apropriado, os dados necessários para a adequada identificação do bem, sob pena

de não se dar efetividade ao sistema legalmente instituído.

Ensina, assim, Afrânio de Carvalho: "A matrícula recebe um número, correspondente à sua posição cronológica, com o qual se distingue de qualquer outra, e deve ter um teor em forma narrativa, mas abreviada, que satisfaça sua finalidade, que é individualizar o imóvel e o seu proprietário.

Tendo por extremas o objeto e o titular do direito real, abrange dados individualizadores de um e de outro. Tanto o imóvel como o proprietário hão de ser descritos precisamente, sem que reste dúvida sobre a sua identidade, declinando-se, por fim, o vínculo ou título que prende o primeiro ao segundo, vale dizer, o número de registro anterior. O imóvel deve ser descrito de modo a fixar exatamente o lugar que ocupa na superfície da terra, a sua situação no País e na circunscrição territorial. A descrição há de mencionar primeiramente o terreno, com os seus limites e confrontações, e secundariamente as construções, se houver, porque estas são meras acessões.

Tanto vale dizer que, em se tratando de imóvel urbano, não está na ordem natural das coisas mencionar primeiro as casas ou moradas e depois o terreno, com suas medidas e confrontações. Estas abrangem os limites e os nomes dos confrontantes, porque sem estes se torna não raro impossível situar no espaço a figura do imóvel. As confrontações dos imóveis rurais são referidas aos pontos cardeais: confronta ao norte com ..., ao sul com ..., a oeste com ..., chegando a maior precisão, nordeste, noroeste, sudeste, sudoeste, rumo e metragem" (op. cit., p. 361).

Aqui, porém, trata-se de área que, como frisado pelo registrador, não se encontra perfeitamente identificada no âmbito tabular, ausentes as medidas e coordenadas perimetrais.

Ou seja, os elementos presentes no álbum real, que são os que efetivamente importam para a finalidade colimada, não

propiciam a certeza e a segurança indispensáveis sobre sua localização. Mostra-se realmente imperioso, em situações como a presente, que se adote o procedimento necessário para a adequada especificação geográfica.

Tudo com esquite no art. 176, § 1.º, II, n. 3, da Lei 6.015/73, que estabelece como requisito inarredável a exata identificação do bem. E, se a matrícula foi aberta abrindo os parcos dados de transcrições anteriores, cumpre ter em mente que não se pode eternizar a omissão.

Certo é que, no presente caso, houve tão-somente a celebração de compromisso de venda e compra, mas este, em sendo irrevogável e irretroatável, estando ainda quitado, uma vez registrado conferirá direito real de aquisição a possibilitar posterior adjudicação compulsória, com fulcro nos arts. 1.417 e 1.418 do CC, *verbis*:

“Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrendimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel”.

“Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel”.

O mesmo se depreende da leitura dos arts. 5.º e 22 do Dec.-lei 58/37, bem como do art. 25 da Lei 6.766/79.

Atente-se para o decidido pelo E. Conselho Superior da Magistratura nos autos da ApC 71.416.0/3-00:

“O ato de registro do compromisso de compra e venda encontra previsão no art. 167, I, 9 da Lei 6.015/73, por constituir ele um direito real, que se formaliza no fôlio real para garantia do comprador.

O instrumento particular de compromisso de venda e compra (...), ao contrário do que afirma a apelante, não é apenas uma cessão, ele transfere direitos sobre o imóvel, em consonância com sua cláusula nona, onde textualmente a apelante e os vendedores pactuaram que o compromisso é celebrado com ‘cláusula de irrevogabilidade e irretroatabilidade, não admitindo arrendimento unilateral’.

O compromisso de venda não é verdadeiramente um contrato preliminar. Não é por diversas razões que completam a originalidade do seu escopo, principalmente a natureza do direito que confere ao compromissário. Tem ele, realmente, o singular direito de se tornar proprietário do bem que lhe foi prometido irretroatavelmente à venda, sem que seja inevitável nova declaração de vontade do compromitente” (Orlando Gomes. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 329).

O mesmo E. Conselho Superior da Magistratura, quando do julgamento da Ap 40.014.0/7, da Comarca de Atibaia, firmou o entendimento que não há como negar ser o compromisso de compra e venda uma das formas de oneração previstas em lei, dada a formação de um direito real de aquisição.

Razão pela qual, ainda que se trate de compromisso de venda e compra, bem como o fato de a precária descrição do imóvel ser a mesma constante da matrícula, não há como se permitir o registro sem ofensa ao princípio da especialidade objetiva. Mas não é só.

O instrumento de mandato está a exigir poderes expressos e especiais, nos termos do art. 661, § 1.º, do CC em vigor, *verbis*:

“Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1.º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos”.

Note-se que a lei menciona os poderes como sendo especiais E expressos, ou seja, as duas hipóteses cumulativamente.

E há distinção entre ambas.

Assim são os ensinamentos de Pontes de Miranda:

Mandato expresso e mandato com poderes especiais são conceitos diferentes. É expresso o mandato em que se diz: "com poderes para alienar, hipotecar, prestar fiança".

Porém não é especial. Por conseguinte, não satisfaz as duas exigências do art. 1.295, § 1.º, do CC (atual 661, § 1.º) que fala de "poderes especiais e expressos". Cf. o CCo, art. 134, *in fine*, poderes expressos são os poderes que foram manifestados com explicitude. Poderes especiais são os poderes outorgados para a prática de algum ato determinado ou de alguns atos determinados.

Não pode hipotecar o imóvel "a" o mandatário que tem procuração para hipotecar, sem se dizer qual o imóvel:

Recebeu poder expresso, mas poder geral, e não especial (*Tratado de direito privado*. Parte especial. 3. ed., reimpressão. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. t. XLIII, p. 35.4).

No mesmo sentido é a lição de Ovídio Rocha Barros Sandoval (Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho (Coord.). *O novo Código Civil* – Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTR, 2003. p. 605), que ainda faz referência um julgado publicado in *JTJ* 191/283.

Conclui-se, pois, que os poderes especiais e os poderes expressos, referidos no § 1.º do art. 661 do CC, têm significados diversos.

Estes últimos são os referidos no mandato (exemplo: poderes para vender, doar, hipotecar etc.).

Já aqueles correspondem à determinação específica do ato a ser praticado (exem-

plo: vender o imóvel "A", hipotecar o imóvel "B" etc.).

E o ordenamento jurídico, como já visto, exige a presença de ambos na procuração com o escopo de se alienar bens.

Isso mais se avulta quando a hipótese envolve a venda de imóveis, cujo alto valor que, em regra, tais negócios encerram, já impõe, por si só, redobrada cautela, ainda que outorgante e outorgado sejam entre si casados.

Daí decorre o entendimento de Carvalho Santos, citado por Arnaldo Marmitt:

"Da necessidade dos poderes expressos e especiais para poder o mandatário alienar bens de propriedade do mandante resulta, também, a necessidade de constarem na procuração os bens a serem vendidos, devidamente individualizados, a não ser que os poderes abranjam todos os bens do mandante" (*Mandato*, Aide Editora, 1992, p. 182.3).

No mesmo sentido, decidiu o TRF 5.ª Reg.:

"O mandato, para conferir poderes que ultrapassem a simples administração ordinária, deve ser outorgado em termos especiais, isto é, os poderes devem referir-se, especificamente, determinadamente, ao negócio jurídico que se tem em mira.

(...)

Os poderes conferidos sempre se interpretam restritivamente. Incidência, na hipótese, dos arts. 145, III, e 1.295, § 1.º, do CC, anterior às alterações introduzidas pela Lei 10.406/2002" (ApCív 303.001-PB, rel. Des. Federal Frederico Azevedo, j. 11.12.2003, por unanimidade).

O mandato, assim, embora contenha poderes expressos para alienar, não atribui poderes especiais para a transação em questão.

Finalmente, é de todo incabível a instituição de servidão (ou, como prefere o recorrente, da obrigação de se posteriormente instituí-la), a recair sobre dois outros imó-

veis, um dos próprios vendedores e o outro de propriedade de terceiros, ainda mais sem que haja uma perfeita identificação da sua exata localização.

Nesse sentido, já se pronunciou este Conselho Superior da Magistratura ao decidir a ApCív 000.353.6/2-00, cuja ementa a seguir se transcreve:

Registro de imóveis – Dúvida – Carta de adjudicação – Servidão administrativa – Princípio da especialidade – Impossibilidade de identificar a servidão dentro da área do imóvel supostamente atingido, em razão da descrição lacunosa contida na matrícula para este aberta – Registro recusado – Recurso a que se nega provimento. Há, portanto, pertinência na recusa formulada pelo registrador.

Ante o exposto, é negado provimento ao recurso interposto, ficando mantida a r. sentença de primeiro grau que acolheu a dúvida e considerou inviável o registro.

GILBERTO PASSOS DE FREITAS,
Corregedor-Geral da Justiça e relator.

(DOE 29.09.2006)

4.3.3 PENHORA. INSS. Fazenda Nacional. Indisponibilidade. Carta de arrematação.

ApCív 558-6/8-Marília – rel. Gilberto Passos de Freitas – j. 03.08.2006 – Legislação: art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/91.

Ementa: Registro de imóveis – Penhoras registradas a favor do INSS e da Fazenda Nacional – Indisponibilidade (art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/91), que obsta o ingresso de carta de arrematação enquanto perdurar – Recurso não provido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív 558-6/8, da Comarca de Marília, em que são apelantes

Oriovaldo Alves Giraldi e Gabriel Borguetti da Silva e apelado o 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da mesma Comarca.

Acordam os desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por v.u., 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 Celso Luiz Limongi, pres. do Tribunal de Justiça e Caio Eduardo Canguçu de Almeida, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 3 de agosto de 2006 – GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Registro de imóveis – Penhoras registradas a favor do INSS e da Fazenda Nacional – Indisponibilidade (art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/91), que obsta o ingresso de carta de arrematação enquanto perdurar – Recurso não provido.

1. Trata-se de apelação tempestiva interposta por Oriovaldo Alves Giraldi e Gabriel Borguetti da Silva contra sentença que julgou procedente a dúvida suscitada pelo 1.º Oficial de Registro de Imóveis de Marília, o qual recusou o registro de carta de arrematação, por prévio registro de penhora a favor do INSS e da Fazenda Nacional, acarretando a indisponibilidade do imóvel.

Sustentam os apelantes, em resumo, que: a) arrematou o bem em execução fiscal promovida pela Fazenda Pública Estadual, à qual não se pode opor a referida indisponibilidade, que incide só em relação a credor particular; b) o privilégio da União é em relação ao produto da arrematação, não ao bem propriamente dito; c) a indisponibilidade não pode apanhar o bem já penhorado, observando a precdência da penhora relativa ao processo em que houve a arrematação, bem como que as penhoras a favor da Fazenda Nacional

são posteriores à própria arrematação, que seguiu o devido processo legal. Pedem, pois, o provimento do recurso para o registro do título.

A Procuradoria-Geral da Justiça manifesta-se pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

2. Pretende-se o registro de carta de arrematação prenotada, expedida pelo juízo do serviço anexo das Fazendas da Comarca de Marília, a favor dos apelantes, e extraída dos autos da ação de Execução Fiscal 488/96 que a Fazenda do Estado de São Paulo promove contra Melhoramentos Materiais para Construções Ltda., referente aos imóveis indicados nas Matrículas 32.820, 32.821 e 32.822 do 1.º Registro de Imóveis de Marília, arrematados em praça pública pelos recorrentes.

Correta a recusa, não se acolhe a irrisignação recursal.

Com efeito, dispõe o § 1.º do art. 53 da Lei 8.212/91 que, na execução judicial de dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, os bens penhorados nos termos do referido Dispositivo legal ficam desde logo indisponíveis.

Ademais, o Conselho Superior da Magistratura, mesmo mudando a orientação para admitir o registro de penhora em situação de indisponibilidade decorrente dessa lei (ApCív 411.6/8-00, da Comarca de São José do Rio Preto), sustenta que essa indisponibilidade não implica impenhorabilidade, mas observa, com ênfase, que a possibilidade do registro de penhora posterior não importa em viabilidade de ingresso de futura carta de arrematação ou adjudicação, cujo óbice subsiste enquanto a indisponibilidade perdurar: “forçoso é reconhecer que enquanto perdurar a indisponibilidade, novo registro de penhora referente ao imóvel poderá ser feito, o que, de outra parte, não significará que o imóvel objeto da presente matrícula poderá ser alienado, pois o registro de eventual carta de arrematação ou adjudicação – que não

tenha relação com penhora da Fazenda Nacional – não terá ingresso no fôlio real sem que baixada a restrição” (ApCív 429.6/0-00, da Comarca de Campinas).

Ora, no caso, operou-se a arrematação dos imóveis em praça de 14.12.2004 (f.), observando-se registradas as respectivas penhoras em 27.05.1996 (R.1/32.820, R.1/32821 e R.1/32.822).

Outrossim, registradas penhoras para os mesmos imóveis, a favor do INSS, em 05.11.2002 (R.7/32.820, R.4/32821 e R.4/32.822), e, a favor da Fazenda Nacional, em 7 e 09.03.2005 (R.8,9 e 10/32.820; R.5, 6 e 7/32.821; R.5, 6 e 7/32.822), 5 e 24.05.2005 (R.11 e 12/32.820; R.8/32.821; R.8/32.822), anotando-se que as respectivas penhoras são, obviamente, anteriores aos tais registros.

Ressalte-se que, pelo texto da lei (art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/91), o que gera a indisponibilidade dos bens é a penhora (ato de constrição que se aperfeiçoa no processo de execução fiscal), não seu registro, que tem efeito de mera notícia; todavia, ainda que em sede de qualificação registrária se reporte à situação jurídica publicada nas matrículas na data da apresentação do título, em vista da natureza formal do juízo de qualificação, outra não pode ser a solução, uma vez que, também no universo formal do registro predial, aos olhos do registrador, evidencia-se a indisponibilidade decorrente das penhoras registradas, uma delas (aquela a favor do INSS) antecedente até à arrematação e todas (a favor do INSS e da Fazenda Nacional), à apresentação da carta de arrematação para registro, o que, por si, obsta o acesso desse título ao registro imobiliário diante da indisponibilidade.

O que importa, pois, é que as inscrições das constrições a favor do INSS e da Fazenda Nacional são preexistentes à apresentação do novo título (carta de arrematação) para registro, pois nesse momento (apresentação do título) é que são aferidas pelo registrador as condições para seu

ingresso no fôlio real, entre elas a disponibilidade. Assim, constatada indisponibilidade dos bens por força de expressa previsão legal ao tempo da qualificação, inviável o registro da carta de arrematação.

Nesse sentido, há diversos julgados do Conselho Superior da Magistratura:

– “A indisponibilidade de bens é forma especial de inalienabilidade e impenhorabilidade, impedindo o acesso de títulos de disposição ou oneração, ainda que formalizados anteriormente à ordem de inalienabilidade” (ApCív 29.886-0/4-SP, rel. Des. Márcio Bonilha);

– “É na data da apresentação do título ao registrador que será feita a sua qualificação (art. 534, do CC, c/c os arts. 174, 182 e 186 da Lei de Registros Públicos). ‘O registro encontra disciplina no princípio *tempus regit actum*; é sujeito à lei vigente ao tempo da apresentação do título, pouco importando a data do contrato’ (TJSP, JB 25/172). (...) A existência de indisponibilidade imposta por lei é o suficiente para impedir o registro do título em questão. É situação que cerceia atributo essencial da propriedade, ou seja, a faculdade de disposição do bem por seu titular, acarretando, em consequência, a incommunicabilidade e impenhorabilidade.

Enquanto não vier o levantamento da indisponibilidade na esfera jurisdicional, persiste o óbice. (...). Sendo a inscrição da constrição preexistente à apresentação do novo título para registro, momento em que aferidas as condições para seu ingresso no fôlio real, verifica-se, por força de expressa previsão legal de indisponibilidade dos bens, a inviabilidade do registro das novas constrições. Pouco importa a data da lavratura da escritura de anticrese e a data das penhoras nas execuções fiscais, uma vez que as constrições foram registradas anteriormente ao pretendido registro do ato notarial” (ApCív 80.106-0/0-São José dos Campos, rel. Des. Luís de Macedo);

– “E o impedimento subsiste ainda que a adjudicação tenha se operado antes da decretação da indisponibilidade, tendo em

vista que a carta de adjudicação foi expedida e apresentada ao registro quando a indisponibilidade já constava do registro” (ApCív 000.219.6/1-00-Pirajuí, rel. Des. Antonio Cardinale). Errônea, ainda, a alegação de que a indisponibilidade não pode apanhar o bem já penhorado, por precedência da penhora relativa ao processo em que houve a arrematação, diante não só do conjunto dos argumentos já expostos, mas também porque penhora não tem a força de obstar decretação de indisponibilidade e sua precedência “não gera direito adquirido, nem é ato jurídico perfeito no que tange a satisfação do crédito” (ApCív 000.219.6/1-00-Pirajuí, rel. Des. Antonio Cardinale).

A circunstância de que a arrematação ocorreu em execução fiscal promovida pela Fazenda Pública Estadual é indiferente, pois a indisponibilidade *ex lege* do § 1.º do art. 53 da Lei 8.212/91 apanha todas as alienações, inclusas as judiciais (CSM: ApCív 29.886-0/4-SP, rel. Des. Márcio Bonilha; ApCív 07-6/4-Rio Claro, rel. Des. Luiz Tâmbara), sem distinção alguma e, como se sabe, *ubi lex non distinguit nec nostrum est distinguere*.

Não se diga, também, que o privilégio da União seja tão-somente em relação ao produto da arrematação, não propriamente aos bens, pois o legislador impôs, expressamente, “indisponibilidade” de bens, que não se confunde com “preferência” em concurso de credores.

Por fim, ainda que assim não fosse, desqualificação do título judicial perduraria, por necessidade de aditamento da carta de arrematação para a completa qualificação dos arrematantes (como aponta o oficial registrador – f.), em respeito ao princípio da especialidade subjetiva.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

GILBERTO PASSOS DE FREITAS,
Corregedor-Geral da Justiça e relator.

(DOE 29.09.2006)

4.3.4 USUFRUTO. Compra e venda. Nua-propriedade. Regime matrimonial. Separação obrigatória de bens. Patrimônio comum. Continuidade.

ApCív 581-6/2-Sertãozinho – rel. Gilberto Passos de Freitas – j. 06.07.2006 – Legislação: Código Civil de 1916; Súm. 377 do STF entre outras.

Ementa: Registro de imóveis – Dúvida procedente – Escritura pública de instituição de usufruto de esposa em favor de esposo, bem como venda e compra da nua propriedade, figurando apenas a esposa como vendedora – Outorgante (mulher) casada no regime da separação obrigatória de bens – Aquisição onerosa na constância do casamento e ao tempo da vigência do Código Civil de 1916 – Aplicação do art. 259 do CC antigo, conforme a orientação jurisprudencial consolidada (Súm. 377 do STF) – Inadmissibilidade do usufruto em favor de quem se presume titular do condomínio de direito de família – Inadmissibilidade da venda da totalidade da nua-propriedade de bens, que se presumem do patrimônio comum do casal, apenas por um dos cônjuges, em respeito ao princípio de continuidade – Apelação não provida.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCív 581-6/2, da Comarca de Sertãozinho, em que são apelantes Joaquim Elzo Ferreira (assistido por Maria Eurides Tonani Ferreira) e outros e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da mesma Comarca.

Acordam os desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por v.u., 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 Celso Luiz Limongi, pres. do Tribunal de Justiça

e Caio Eduardo Canguçu de Almeida, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 6 de julho de 2006 – GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Registro de imóveis – Dúvida procedente – Escritura pública de instituição de usufruto de esposa em favor de esposo, bem como venda e compra da nua propriedade, figurando apenas a esposa como vendedora – Outorgante (mulher) casada no regime da separação obrigatória de bens – Aquisição onerosa na constância do casamento e ao tempo da vigência do Código Civil de 1916 – Aplicação do art. 259 do CC antigo, conforme a orientação jurisprudencial consolidada (Súm. 377 do STF) – Inadmissibilidade do usufruto em favor de quem se presume titular do condomínio de direito de família – Inadmissibilidade da venda da totalidade da nua-propriedade de bens, que se presumem do patrimônio comum do casal, apenas por um dos cônjuges, em respeito ao princípio de continuidade – Apelação não provida.

1. Trata-se de apelação interposta por Joaquim Elzo Ferreira, Pedro Guilherme Rissatto, Antonio Ernesto Rissatto, Vilmar Ferreira e Waldir Ferreira, contra r. sentença (f.) que julgou procedente dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Sertãozinho, mantendo o óbice ao registro de escritura pública de instituição de usufruto e de compra e venda da nua propriedade, referente a dois imóveis matriculados sob ns. 3.282 e 3.611 daquela serventia predial, porque a proprietária Hermínia Francisco Ferreira não poderia instituir usufruto ao seu marido (já comunheiro por força do casamento) nem poderia alienar, sozinha, a totalidade da nua-propriedade dos bens adquiridos na constância do casamento, que se comunicaram ao esposo, mesmo no regime da separação obrigatória de bens, conforme a Súm. 377 da Suprema Corte.

Os apelantes sustentam, em suma, que Antonio Ferreira, cônjuge de Hermínia Fran-

cisco Ferreira também subscreveu o ato notarial, expressando sua outorga, havendo, ainda, instituição de usufruto vitalício em favor dele, do qual os adquirentes são filhos e netos, tudo sem afronta a lei e sem desrespeito à Súm. 377 do STF.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do apelo (f.).

É o relatório.

2. Apresentado ao registro imobiliário escritura pública lavrada em 13.11.1991, no 2.º Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Sertãozinho, Livro 250, p. 177 et seq., prenotada no Registro de Imóveis da mesma Comarca sob o n. 081247, em 04.06.2004, pela qual Hermínia Francisco Ferreira, casada com Antonio Ferreira em 1.º.09.1976 sob o regime da separação obrigatória de bens, institui usufruto vitalício em favor de seu esposo, em relação aos imóveis matriculados sob ns. 3.282 e 3.611 daquela serventia predial – aquele adquirido em 23.12.1977 (R.1/3.282); este, em 21.03.1978 (R.1/3611) –, e vende a nua-propriedade desses mesmos bens para os apelantes.

Diante desse título e do óbice levantado pelo oficial registrador – que, em última análise, está lastreado nos efeitos da comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, nada obstante o regime da separação obrigatória de bens, conforme o teor da Súm. 377 do E. STF –, não há como deixar de reconhecer a procedência da dúvida levantada, situação essa que resulta no desprovimento do presente recurso.

Com efeito, a tendência do Conselho Superior da Magistratura é no sentido de que a matéria pertinente à interpretação da disposição da Súm. 377 do STF deve ser considerada na esfera administrativa da qualificação registrária (e daí na requalificação que se opera no âmbito da dúvida), para reconhecer a presunção de comunicação de bem adquirido, a título oneroso, na constância do casamento, em situação de

regime de separação legal (sem pacto antenupcial instituidor da separação pura, total e absoluta, ou prova de que seja produto de sub-rogação de bens anteriores ao enlace), admitindo-se a quebra dessa presunção apenas por decisão proferida pelo juízo competente, no exercício da função jurisdicional: ApCív 9.954-0, Comarca de Araraquara, rel. Des. Álvaro Martiniano de Azevedo, j. 29.05.1989; ApCív 11.156-0/7, Comarca de Campinas, rel. Des. Onei Raphael, j. 21.05.1990; ApCív 029448-0/6, Comarca da Capital, rel. Des. Márcio Martins Bonilha, j. 31.05.1996; ApCív 083.199.0/4-00, Comarca de Bauru, rel. Des. Luís de Macedo, j. 27.12.2001; ApCív 094.159.0/8-00, Comarca da Capital, rel. Des. Luiz Tâmbara, j. 20.09.2002; ApCív 000.376.6/7-00, Capital, rel. Des. José Mario Antonio Cardinale, j. 06.10.2005.

Ademais essa interpretação não é criação jurisprudencial carente de suporte normativo, mas é fruto da inteligência do art. 259 do CC/1916, repita-se, sintetizada na referida Súm. 377 do STF, que, em sede registrária, termina refletida na necessidade de respeito ao princípio de continuidade (art. 195 da Lei 6.015, de 31.12.1973).

Por isso, se, por força da comunicação de bens decorrente do matrimônio (e do prescrito no art. 259 do CC/1916, conforme o enunciado da Súm. 377 do STF), os imóveis matriculados sob ns. 3.282 e 3.611 do Registro de Imóveis de Sertãozinho, adquiridos a título oneroso na constância do casamento, embora apenas em nome de Hermínia Francisco Ferreira, também pertencem ao seu esposo Antonio Ferreira, não é viável a apontada instituição de usufruto vitalício de Hermínia em favor de Antonio nem a venda da nua-propriedade apenas por Hermínia (sem constar seu esposo Antonio como vendedor).

Destoa da verdade expressa no título prenotado a alegação dos apelantes de que a instituição do usufruto em favor de Antonio Ferreira partiu dos apelantes, adqui-

rentes dos bens imóveis, que, pelo usufruto, ficaram apenas com a nua-propriedade.

A presença de Antonio Ferreira, por ocasião da lavratura do ato notarial, foi como “outorgado usufrutuário”, sendo Hermínia Francisco Ferreira a única “outorgante vendedora” e instituidora do usufruto (f.). Esse comparecimento de Antonio ao negócio, que não se operou, como alienante (“outorgante vendedor”), não pode, agora, ter leitura de expressão de vontade que vá além das forças do próprio título.

Assim, não se pode entender que quem, no título, expresse apenas vontade de aceitar usufruto (que, em rigor, sequer poderia ser instituído), esteja, implicitamente, manifestando vontade de alienar (ou vender).

Em suma, inadmissível, pois, usufruto em favor de quem se presume titular do condomínio de direito de família (ou seja, entre cônjuges co-titulares da universalidade do patrimônio comum), bem como a venda da totalidade da nua-propriedade de bens que se presumem do patrimônio comum do casal, apenas por um dos cônjuges (sob pena de ofensa ao princípio de continuidade).

Assim, impõe-se reconhecer a improcedência do recurso de apelação.

Pelo exposto, nego provimento à apelação, mantendo a negativa de registro.

GILBERTO PASSOS DE FREITAS,
Corregedor-Geral da Justiça e relator.

(DOE 06.09.2006)

4.4

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.4.1 DESAPROPRIAÇÃO. Titularidade. Expropriante. Sentença. Título hábil. Retificação. Divisas e área. Procedimento judicial.

REsp 468.150-RS – rel. Denise Arruda – j. 06.12.2006 – Legislação: Arts. 27, § 2.º, 29 e 34, caput e par. ún., do Dec.-lei 3.365/41.

Ementa: Administrativo. Desapropriação. Registro de área não-titulada em nome do expropriante, que já tinha ciência da situação do bem. Impossibilidade. 1. A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, pois a transferência da propriedade opera-se pelo fato jurídico em si, independentemente da vontade do expropriado, que se submete aos imperativos da supremacia do interesse público sobre o privado. 2. Constitui efeito da sentença proferida em sede de desapropria-

ção a sua utilização como título hábil à transcrição do bem expropriado no competente registro de imóveis, não podendo haver discussão, ao menos no âmbito da ação expropriatória, em torno de eventual direito de terceiros. 3. Na hipótese dos autos, todavia, os recorrentes já conheciam, de antemão, a situação em que se encontrava a área objeto da presente irrisignação, não se podendo falar em propriedade aparente. 4. “Não obstante seja verdadeiro afirmar que a desapropriação é forma de aquisição originária, não se deve olvidar que não se pode retirar a propriedade de quem não a tem” (1.ª T., REsp 493.800-RS, rel. Min. José Delgado, DJ 13.10.2003). 5. Eventual alteração das divisas e da área do imóvel expropriado, para acrescentar aquela da qual os expropriantes detêm a posse reconhecida em juízo, deverá ser buscada mediante a utilização

do procedimento adequado. 6. Recurso especial a que se nega provimento.

REsp 468.150-RS (2002/0106794-1).

Relatora: Ministra Denise Arruda.

Recorrentes: Alcoa Alumínio S.A. e outros.

Advogados: André Ribas de Almeida e outro.

Recorridos: Valter Klein e outro.

Advogados: Almo Jorge Brandão e outro.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 1.^a T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra-relatora.

Brasília, 6 de dezembro de 2005 – DENISE ARRUDA, relatora.

RELATÓRIO – A Exma. Sra. Ministra Denise Arruda (relatora): Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, em face de acórdão do TJRS, cuja ementa é a seguinte:

“Apelação cível. Desapropriação por utilidade pública. A existência de propriedade anterior é pressuposto necessário para a desapropriação. Impossibilidade de abertura de registro de imóvel não titulado. Necessidade de ação própria para tanto.

Para que se efetue o registro de parte do imóvel adquirido em virtude de acordo sobre posse, é necessário que os apelantes busquem os meios legais para adquirirem a propriedade da área da qual agora têm posse de direito.

Apelo não provido” (f.).

No recurso especial (f.), os recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 27, § 2.º, 29 e 34, *caput* e par. ún., do Dec.-lei 3.365/41.

Afirmam, em síntese, que a desapropriação caracteriza-se como modo originário de aquisição da propriedade, ensejando o registro da área total expropriada, inclusive da área ocupada a título de posse, em uma única matrícula. Sustentam, ainda, que a sentença da ação expropriatória é título hábil à transcrição do bem no registro de imóveis.

A demonstração do suposto dissídio pretoriano escora-se em julgados de outros tribunais nos quais se decidiu que a inexistência de transcrição anterior em nome do expropriado é irrelevante para o registro do imóvel em nome do expropriante, por ser modo originário de aquisição da propriedade.

Transcorrido *in albis* o prazo para apresentação das contra-razões e admitido o recurso, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – A Exma. Sra. Ministra Denise Arruda (relatora): Não se pode negar que a desapropriação seja forma originária de aquisição da propriedade, pois a transferência da propriedade opera-se pelo fato jurídico em si, independentemente da vontade do expropriado, que se submete aos imperativos da supremacia do interesse público sobre o privado.

Em sede doutrinária, José dos Santos Carvalho Filho, (*Manual de direito administrativo*. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 656), citando Celso Antônio Bandeira de Mello e Diógenes Gasparini, traz a seguinte lição:

“A desapropriação é, realmente, modo *sui generis* de aquisição da propriedade. Mas pela forma como se consuma, é de ser considerada forma de aquisição originária, porque a só vontade do Estado é idônea a consumir o suporte fático gerador da

transferência da propriedade, sem qualquer relevância atribuída à vontade do proprietário ou ao título que possuía. A desapropriação, assim, é considerada o ponto inicial da nova cadeia causal que se formará para futuras transferências do bem”.

O mesmo doutrinador menciona, ainda, os efeitos advindos de tal fato:

“Dessa premissa surgem dois importantes efeitos. O primeiro consiste na irreversibilidade da transferência, ainda que indenizado tenha sido terceiro que não o dono do bem desapropriado. Ademais, com a desapropriação consideram-se extintos os direitos reais de terceiros sobre a coisa”.

Essa, inclusive, é a exata exegese do art. 31 do Dec.-lei 3.365/41, que assim dispõe:

“Art. 31. Ficam subrogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado”.

Não resta dúvida, portanto, que um dos efeitos da sentença na ação de desapropriação é a sua utilização como título hábil à transcrição do bem expropriado no competente registro de imóveis, não podendo haver discussão, ao menos no âmbito da ação expropriatória, em torno de eventual direito de terceiros sobre o referido bem.

Diferente, todavia, é a situação discutida nos presentes autos.

Ora, os recorrentes já conheciam, de antemão, a situação em que se encontrava a área objeto da presente resignação. Oportuno transcrever o seguinte trecho da petição inicial:

“Desta forma, e com fundamento nos dispositivos legais citados, para que se torne viável a construção da Usina Hidrelétrica de Machadinho, as expropriantes vêm postular a desapropriação de uma área de terras com 27.895 m² (vinte e sete mil oitocentos e noventa e cinco metros quadrados), (...) composto por uma área de 25.000 m² (vinte e cinco mil metros

quadrados) devidamente matriculada sob o n. 2.671, às f., do Livro 2, do Ofício dos Registros Públicos do Município de Machadinho-RS, Comarca de São José do Ouro-RS, e por uma área de posse com 2.895 m² (dois mil oitocentos e noventa e cinco metros quadrados), tudo conforme certidão, planta e memorial descritivo em anexo” (f.).

Não se trata, portanto, de propriedade aparente. Há que se entender, desse modo, no tocante à área ocupada por simples posse, que a sentença proferida na presente ação não é, por si só, título hábil à transcrição do bem no competente registro de imóveis.

Como já bem ressaltou o eminente Min. José Delgado, quando foi relator do REsp 493.800-RS, cujo contexto fático é idêntico ao dos presentes autos, “não obstante seja verdadeiro afirmar que a desapropriação é forma de aquisição originária, não se deve olvidar que não se pode retirar a propriedade de quem não a tem”.

O respectivo acórdão ficou assim ementado:

“Desapropriação. Domínio e posse. Retificação de registro. Abertura de nova matrícula. Impossibilidade quanto a área de posse. Exegese do art. 213, § 2.º, da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). Alegativa de afronta aos arts. 2.º, 29 e 34 do Dec.-lei 3.365/41. Ausência de questionamento. Inexistência de ofensa ao art. 535, II, do CPC. Divergência demonstrada. Recurso especial conhecido e desprovido.

1. O acórdão questionado não emitiu pronunciamento sobre os arts. 2.º, 29 e 34 do Dec.-lei 3.365/41, o que inviabiliza o conhecimento do apelo especial quanto à alegativa de ofensa aos citados dispositivos. Por outro lado, não sinaliza afronta ao art. 535, II, do CPC, o decisório cujos fundamentos não foram aduzidos com o enfoque desejado pelas recorrentes. Tal circuns-

tância não o eiva de nulidade por ausência de fundamentação.

2. Não obstante seja verdadeiro afirmar que a desapropriação é forma de aquisição originária, não se deve olvidar que não se pode retirar a propriedade de quem não a tem. Portanto, não é possível, em sede de ação de desapropriação direta, a abertura de matrícula e registro da área identificada como de posse. *In casu*, a retificação requerida acarretará modificação das divisas e da área do imóvel configurando, portanto, a hipótese de que trata o art. 213, § 2.º, da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), o qual preconiza: “§ 2.º Se da retificação resultar alteração da descrição das divisas ou da área do imóvel, serão citados para se manifestar sobre o requerimento em dez dias, todos os confrontantes e o alienante ou seus sucessores, dispensada a citação deste último se a data da transcrição ou da matrícula remontar a mais de vinte anos”.

3. Para a obtenção da retificação pleiteada, faz-se necessário o ajuizamento de ação própria de jurisdição contenciosa, posto que, tratando-se de área de posse, deverão ser intimados todos os confrontantes do imóvel, sendo desvaliosa, no caso, a afirmativa feita no sentido de que “se houvesse quem duvidasse ou questionasse a planta e o memorial descritivo apresentados pelas apelantes, a par da movimentação natural ocorrida no imóvel expropriando, certamente já teria se manifestado e ingressado na ação de desapropriação”: editais de intimação de interessados não suprem tais lacunas.

4. Recurso especial conhecido e desprovido” (1.ª T., REsp 493.800-RS, rel. Min. José Delgado, DJ 13.10.2003).

Abstrai-se, outrossim, do julgado acima transcrito, que eventual alteração das divisas e da área do imóvel expropriado, para acrescentar aquela da qual os expropriantes detêm a posse reconhecida em juízo, deverá ser buscada mediante a utilização do procedimento adequado.

Digno de transcrição, também, considerando a identidade de fundamentos, o seguinte trecho do voto condutor do acórdão recorrido:

“Por fim, convém salientar que o pedido dos apelantes nada mais é do que uma tentativa implícita de retificação de registro, na medida em que requerem a abertura de uma única matrícula para a totalidade da área, compreendendo a já titulada, como também a parte de posse. Por esse ângulo, incabível, também, o deferimento da pretensão recursal, diante da ausência de legitimidade ativa e necessidade de ação própria, para maior cognição, conforme arts. 212 e 213, ambos da Lei Federal 6.015/73, bem como pela ausência de pedido expresso ou para declaração incidental da retificação” (f.).

Deve ser afastada, nesse contexto, a alegada infringência dos arts. 27, § 2.º, 29 e 34, *caput* e par. ún., do Dec.-lei 3.365/41. Quanto ao dissídio pretoriano, conquanto devidamente demonstrado com julgados de outros tribunais, incide o óbice da Súm. 83 do STJ, cuja redação é a seguinte: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

À vista do exposto, é de ser negado provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO - 1.ª T.; número do registro: 2002/0106794-1 - REsp 468150-RS; números de origem: 11272, 70002134823 e 70003288230; pauta: 1.º.12.2005; julgado: 06.12.2005; relatora: Exma. Sra. Ministra Denise Aruda; presidente da sessão: Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. João Pedro Bandeira de Melo; secretária: bela. Maria do Socorro Melo.

Autuação - Recorrentes: Alcoa Alumínio S.A. e outros; advogados: André Ri-

bas de Almeida e outro; recorridos: Valter Klein e outro; advogados: Almo Jorge Brandão e outro.

Assunto: Administrativo – Intervenção do Estado na propriedade – Desapropriação.

Certidão – Certifico que a E. 1.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-relatora.

Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra-relatora.

Brasília, 6 de dezembro de 2005 – Maria do Socorro Melo, secretária.

(DJ 06.02.2006).

5. PARECERES

5.1

**A DIFERENÇA ENTRE A SOCIEDADE SEDIADA
NO EXTERIOR QUE PARTICIPA DIRETAMENTE DA
ECONOMIA E A QUE DELA PARTICIPA INDIRETAMENTE –
NECESSIDADE DA NOMEAÇÃO DE UM REPRESENTANTE
PARA A SOCIEDADE ESTRANGEIRA NO BRASIL COM
PODERES PARA RESOLVER QUAISQUER QUESTÕES,
INCLUSIVE PARA RECEBER CITAÇÃO JUDICIAL –**
Aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas
às sociedades limitadas

NELSON LOPES DE OLIVEIRA FERREIRA JR.

Procurador do Estado em exercício na Procuradoria da Jucesp.

As leis brasileiras, tanto o Código Civil (art. 1.138¹⁾) quanto a Lei das Sociedades Anônimas (art. 119²⁾), impõem à sociedade estrangeira, aqui instalada, o dever de nomear um representante com plenos poderes para resolver os negócios societários, inclusive demandar e ser demandado. Os dispositivos legais postos entre parênteses são de ordem pública, destinados à proteção dos cidadãos brasileiros que entram em relações jurídicas com as pessoas sediadas no exterior.³

Ao mencionarmos os dois dispositivos, temos que, de passagem, distinguir as sociedades estrangeiras que aqui se instalam por si mesmas ou por filiais, sucursais ou agências e aquelas que ingressam no mercado brasileiro como sócias ou acionistas de empresas nacionais. As primeiras dependem de autorização para funcionamento no território nacional, as últimas não. Quando da tramitação do projeto da vigente Lei Societária 6.404/76 – comenta Modesto Carvalho-

⁽¹⁾ Determina o art. 1.138 do CC: “Art. 1.138. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar é obrigada a ter, permanentemente, representante no Brasil, com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade. Parágrafo único. O representante somente pode agir perante terceiros depois de arquivado e averbado o instrumento de sua nomeação”.

⁽²⁾ Lei 6.404/76: “Art. 119. O acionista residente ou domiciliado no exterior deverá manter, no País, representante com poderes para receber citação em ações contra ele, propostas com fundamento nos preceitos desta lei. Parágrafo único. O exercício, no Brasil, de qualquer dos direitos de acionista, confere ao mandatário ou representante legal qualidade para receber citação”.

⁽³⁾ RT 208/350 apud Cunha Peixoto, *Sociedade por ações*, 1972, vol. 2, p. 251.

sa –,⁴ o Deputado Erasmo Martins Pedro propôs que o fossem considerados ineficazes, por fraude ao preceito que exige autorização para funcionamento, os atos de uma sociedade estrangeira, de aquisição do controle (quotas ou ações) ou de fundação de sociedade comercial nacional com a mesma finalidade social. Tal proposta visava a evitar a possibilidade do *doing business* indireto. Assim se manifestou – segundo Modesto Carvalhosa – o proponente sobre a disposição: “É a consagração do funcionamento por intermédio de outrem, o *doing business* indireto, através de um ato, que se diria isolado, mas integra uma operação total, a do exercício permanente de uma atividade extraterritorial pela sociedade comercial estrangeira, controladora de outra, nacional. Constitui passe típico de sociedade multi ou transnacional, e que se verifica, habilmente, na compra ou na fundação de sociedade nacional com a mesma finalidade de estrangeira, com o mesmo objetivo social”.

Anota o sítio eletrônico do Escritório de Advocacia Muzzi que a participação no quadro societário de sociedade nacional “tem sido a forma mais usual de presença de empresas estrangeiras no Brasil, uma vez que não necessitará do cumprimento das formalidades legais mencionadas”. Para esse escritório, a sociedade estrangeira também poderá ser quotista nas chamadas sociedades limitadas, visto que a impropriedade da redação do art. 1.134 do novo CC, apesar de restritiva, pode ser interpretada como inconstitucional diante da EC 6/95. A única exigência genérica que se faz ao investidor estrangeiro é o atendimento ao disposto no art. 119 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), que se refere à necessidade de se nomear um procurador, com domicílio no Brasil, para receber citações em seu nome. A regra geral é, pois, que não-residentes, aí incluídas as sociedades estrangeiras, podem ser sócios, acionistas ou, ainda, quotistas de sociedade nacional.

Deflui-se dessa pequena digressão sobre a diferença entre a sociedade sediada no exterior que participa diretamente da economia e a que dela participa indiretamente, interagindo no País por meio de sua participação no capital de sociedade nacional, que o art. 1.138 do CC/2002 não se aplica a esta segunda espécie. Porém, diante da ausência de previsão, no capítulo das sociedades limitadas, do modo como se deve dar a representação de sócia pessoa jurídica estrangeira, diante, outrossim, de igual ausência no conjunto de normas que regem a sociedade simples, torna-se aplicável, supletivamente, o disposto no art. 119 da Lei do Anonimato, e, portanto, obrigatória a previsão, na procuração outorgada por sociedade estrangeira, que o procurador tenha poderes para receber citação.

A aplicação das regras da sociedade anônima para suprir as lacunas e omissões das normas reguladoras da sociedade limitada, quando tais lacunas e omissões não se resolverem pelas disposições regentes da sociedade simples, é totalmente aceitável. Nesse aspecto, oportuna, uma vez mais, é a lição de Modesto

⁽⁴⁾ *Comentários ao Código Civil*. Saraiva, 2003. t. XIII, p. 589.

Carvalhosa, nos seus *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 44, a saber: “pode ocorrer de a limitada ter um modelo com estrutura mais próxima à da anônima, adotando, por exemplo, a divisão de seu capital em quotas preferenciais e ordinárias e a criação de um Conselho de Administração, e, ao mesmo tempo, deixar de optar expressamente no contrato social pela adoção das regras da sociedade anônima como supletiva. Nesse caso, ter-se-ia, pela letra do art. 1.053, de recorrer às disposições da sociedade simples, que nada diz sobre as matérias especificamente mencionadas. Parece-nos claro, nesses casos, que ao intérprete caberá o recurso à Lei de Sociedades Anônimas. E essa aplicação da Lei do Anonimato dar-se-á ou pelo reconhecimento de que a verdadeira intenção das partes (art. 112 do CC/2002) era optar pela regência supletiva das sociedades anônimas, formatando sua sociedade com características de uma sociedade de capitais, ou por analogia (art. 4.º da LICC), diante da lei supletiva.

Para defender criteriosa interpretação, com a licença da expressão de Eduardo de Carvalho, citado por Cunha Peixoto (op. cit., nota 3, p. 250) nada mais seria necessário do que aventar a hipótese do chamamento a juízo, por ato ou operação praticados no Brasil, de uma sociedade anônima estrangeira, aqui instalada, mas que, sem o dispositivo em exame, não possuísse representante com poderes expressos para receber citação inicial. Esta teria que ser feita por carta rogatória remetida pelo juízo brasileiro ao Ministério da Justiça, que por sua vez a teria que encaminhar ao Ministério das Relações Exteriores, o qual, por fim, remetida ao país da sede da sociedade citanda, por intermédio do departamento diplomático ou consular do Brasil, lá existente. Somente após esses percalços, lograria o requerente, autor da ação, que fosse providenciada a citação do representante legal da companhia demandada – tendo-se em vista, ainda, as possíveis exigências da lei nacional daquela.

Poder-se-ia argumentar, para o efeito de avigorar o raciocínio ou a conclusão de que a legislação brasileira não veda a exclusão expressa, em instrumentos de mandato outorgados por sócios estrangeiros aos seus representantes no país, dos poderes para receber citação, que, nos termos do art. 119, par. ún., da Lei 6.404/76, o exercício no Brasil de qualquer dos direitos de acionistas, confere ao representante legal que age no exercício de tais direitos, por presunção, qualidade para receber citação judicial. Assim, por essa presunção, a sociedade estrangeira sócia de uma sociedade nacional jamais estaria desfalcada de uma pessoa para receber citação.

A presunção é excepcional e aplica-se à hipótese de a sociedade operar sem representante legal regularmente instituído, imputando-se àqueles que firmam os documentos em nome da sociedade a condição de verdadeiros representantes legais ou mandatários (mandato não escrito). Mas uma vez que a sociedade estrangeira eleja um representante – o que é *ab initio* obrigatório –, haverá, naturalmente, de fazê-lo de acordo com as exigências da IN 76/98 do DNRC, mais precisamente do art. 2.º deste Diploma.⁵

¹⁵¹ “Art. 2.º A pessoa física, brasileira ou estrangeira, residente e domiciliada no exterior e a pessoa jurídica com sede no exterior, que participe de sociedade mercan-

Uma leitura restritiva da parte final do *caput* do art. 119 da Lei das Sociedades Anônimas, que é repetida também na parte final da IN 76/98, leva a supor que as citações que o mandatário constituído tem poderes para receber somente são aquelas que dizem respeito às ações de natureza societária, ou seja, aquelas que regem o respectivo tipo societário, e não às que se referem às ações tributárias e outras que atingem a sociedade por ter esta violado disposição de lei. Não é, entretanto, a leitura correta. A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou não os havendo, por intermédio de qualquer administrador que aja ostensivamente. Todos os diplomas legais que regem os vários tipos societários existentes contêm dispositivos que se referem à violação da lei ou do estatuto ou que apregoam a necessidade de os administradores e as sociedades satisfazerem as exigências do bem comum e da função social da empresa etc. Por conseguinte, não teria sentido nenhum que as citações se limitassem, exclusivamente, às ações originárias de atos e fatos societários.

Não é por outra ordem de motivos que o Código Tributário Nacional prevê a responsabilidade pessoal dos mandatários, prepostos e empregados, dos diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes e infração à lei, contrato social ou estatuto, (art. 135, II e III, do CTN).

Em conclusão de tudo quanto foi considerado temos que a interpretação do art. 1.134 do CC mais consentânea com o sistema é a que admite a possibilidade de uma sociedade estrangeira ser sócia de uma sociedade limitada e não somente acionista de uma sociedade anônima brasileira, como indica a redação do dispositivo, e que para estas duas hipóteses de participação indireta na economia local não há necessidade de autorização do Ministério da Indústria e Comércio, que, aliás, sequer emite autorizações para tal espécie de ingresso de sociedade estrangeira no quadro societário ou acionário de sociedade empresária nacional. As únicas exigências iniciais que vêm sendo feitas para as sociedades estrangeiras que querem tomar parte do capital social de sociedade brasileira são: (a) nomeação de um representante no Brasil com poderes para tratar dos assuntos societários e para agir ativa e passivamente em nome da sociedade e receber citações; (b) obter o prévio cadastramento no CNPJ.

til ou de cooperativa, deverão arquivar na Junta Comercial procuração específica, outorgada ao seu representante no Brasil, com poderes para receber citação judicial em ações contra ela propostas, fundamentadas na legislação que rege o respectivo tipo societário”.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

A

- A. Johnson – 159
A. M. Solchaga Lopez de Silanes – 243, 246
A. Nussbaum – 240
A. Pau – 222, 234, 245, 249
Ada Pellegrini Grinover – 54
Afrânio de Carvalho – 50, 60
Agostinho Arruda Alvim – 46
Aida Rosa Kemelmajer Carlucci – 53, 54, 57
Aires F. Barreto – 42
Alejandro Nieto – 114
Almeida Costa – 90, 101
André Luiz Mendonça da Silva – 20, 21, 22
Anselmo Castro – 101
Antônio Carlos Araújo Cintra – 54
Antonio Carlos Efig – 26
Antonio Jeová Santos – 31
Antonio Joaquim Ferreira Custódio – 55
Antonio Vives – 183
Antunes Varela – 101, 103
Arnaldo Rizzardo – 18
Arnoldo Medeiros da Fonseca – 43
Arthur Anselmo de Castro – 64
Arthur Rios – 55, 61
Ary José de Lima – 60
Así N. Coviello – 225

B

- B. Delgado Castro – 200
B. Nolde – 243
Benito Arruñada – 159, 166, 167, 171, 222
Bruno Mattos Silva – 17

C

- C. D. Bostick – 168
C. Martínez Escribano – 224, 241, 247
C. R. Pardo Núñez – 166, 222, 237
Caio Mário da Silva Pereira – 27, 46
Cândido Rangel Dinamarco – 54
Carlos Maximiliano – 64
Carvalho Santos – 43
Célia Barbosa Abreu Slawinski – 45
Clóvis Bevilaqua – 59, 77
Clóvis do Couto e Silva – 46
Cunha Peixoto – 343, 345

D

- D. C. North – 162
D. Maltese – 232
De Plácido e Silva – 56
Décio Erpen – 23, 24

E

- E. Genin – 224
Ebert Vianna Chamoun – 46
Eduardo de Carvalho – 345
Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento – 54

F

- F. Gazzoni – 225
 F. J. Gómez Gállico – 161, 166
 F. Mendez Gonzalez – 249
 Fernando Pedro Méndez González – 158, 161, 162, 166, 167, 187
 Francesco Carnelutti – 32
 Francisco Luiz Cavalcanti Horta – 46

G

- G. Baudry-Lacantinerie – 33
 G. Hill – 246
 Gallardo Rueda – 55
 Gerson Branco – 46
 Giuseppe Chiovenda – 54
 Gladston Mamede – 24
 González Pérez – 56
 Gustavo Tepedino – 23

H

- H. de Dekker – 232
 H. Kotz – 233
 H. Schönerh – 240
 Hahnemann Guimarães – 46
 Hans Kelsen – 31
 Helena Sayoko Enjoi – 60
 Hely Lopes Meirelles – 58
 Henri Lepage – 157
 Henrique Ferraz de Mello – 43, 58
 Henrique Mesquita – 90, 101, 103, 261
 Hernando de Soto – 185
 Humberto Theodoro Júnior – 31, 47

I

- I. Luzzati – 224

J

- J. A. Vargas – 171
 J. E. Cribbet – 168
 J. G. Van Reigersberg Versluis – 230, 231
 J. Hensenne – 224
 J. Hirshleifer – 159
 J. L. Lacruz Bardejo – 53, 54
 J. M. Garcia Garcia – 230
 J. Miguel Lobato Gómez – 26
 J. Monthorpe – 168
 J. Morell y Terry – 199
 J. P. Remédio Marques – 90
 J. Zevenbergen – 228, 232
 Jesus Lopez Medel – 37, 65
 João Bastos – 87
 José Afonso da Silva – 37
 José Antonio Miquel Calatayud – 200
 José Barroso Filho – 32
 José Carlos Moreira Alves – 46
 José de Oliveira Ascensão – 34, 40
 José Manuel de Arruda Alvim – 38, 43, 44
 José Manuel Garcia Garcia – 71, 249
 José Maria Chico y Ortiz – 53, 54, 55, 58, 62
 José Maria Corral Gijón – 53, 57
 José Olympio de Castro Filho – 64
 Juan María Díaz Fraile – 53
 Judith Martins-Costa – 46

K

- K. Stöber – 240
 K. Zweigert – 233
 Karl Larenz – 48
 Kioitsi Chicuta – 59, 60, 67

L

- L. Carvalho Fernandes – 101
 L. Galindo – 199
 L. M. Martinez Velencoso – 245
 L. Van Vliet – 231
 Lebre de Freitas – 90, 101
 Leon Duguit – 33
 Leonardo Brandelli – 24
 Louis Jossierand – 44
 Ludwig Raiser – 51, 54
 Luis Roca-Sastre Muncunill – 56, 237

M

- M. Dagot – 232
 M. Richard – 234
 Marcel Planiol – 32
 Marcelo Terra – 48, 53, 70
 Maria Helena Diniz – 27, 44
 Martín Wolff – 51, 54, 238, 243, 245
 Melhim Namem Chalhuh – 61, 62
 Michel E. Porter – 182
 Miguel Maria de Serpa Lopes – 66, 71
 Miguel Mesquita – 82, 90, 101
 Miguel Reale – 46, 49
 Miguel Teixeira de Sousa – 101
 Modesto Carvalhosa – 343

N

- N. Downes Peiru – 200
 Narciso Orlandi Neto – 71
 Nehemias Gueiros – 46
 Nicolau Albino Filho – 71
 Norberto Bobbio – 31

O

- Orlando Gomes – 46, 47
 Orosimbo Nonato – 46

P

- P. Armijow – 243
 P. Delebelque – 232
 P. H. Steinauer – 237, 241
 P. Simler – 232
 P. Zanelli – 226
 Paulina Beato – 183
 Pedro Gomes de La Serna – 131, 199
 Pellise Prats – 129
 Philadelpho Azevedo – 46
 Pires de Lima – 101
 Pontes de Miranda – 40, 63, 64, 74

R

- R. A. Posner – 157
 R. Abbey – 234
 R. Dew – 246
 R. Escosura
 R. Wallington – 246
 R. Wright – 159, 160

R. y M. Watgen – 225

Rafael Arnaiz Eguren – 68

Rafael Colina Garea – 49

Ramón de La Rica – 55

Ramon María Roca Sastre – 54, 56, 59,
200, 237

Regnoberto M. de Melo Jr. – 19

Ricardo Dip – 52, 54, 59, 63, 77

Rodolfo Luiz Vigo – 31

Román Calderón – 55

Ruy de Azevedo Sodré – 32

Ruy Rosado de Aguiar Júnior – 62

S

S. Camara Lapuente – 222

S. Tomaz de Aquibo – 33

Salvatore Pugliatti – 32

Sérgio Jacomino – 60

Silvio de Salvo Venosa – 48

Steven Pinker – 156

Sylvio Marcondes – 46

T

T. B. Rouff – 235, 243

T. Earle – 159

T. Harry – 246

T. Ruof – 234

Theóphilo de Azeredo Santos – 46

Torquato Castro – 46

V

V. Eherenberg – 244

Valmir Pontes – 67

Vaz Serra – 90, 101

Venício Antonio de Paula Salles – 37

Ventura Traveset – 55

Vicente de Abreu Amadei – 59, 61

W

W. Louwman – 228, 229, 232

Walter Ceneviva – 19

Washington de Barros Monteiro – 43

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

- Abandono da propriedade – 38
- Ação revisional de contrato de fiança – Legitimidade – 21
- Acesso à justiça – 274
- Adjudicação – 88, 94
- Afiliação do registrador – 137
- Alienação
 - de bem penhorado – 88
 - de imóvel pelo mutuário – 19
- Ampla abertura de la ley hipotecaria respecto al documento notarial extranjero (La) – 194
- Aposentadoria facultativa – 109
- Apreensão judicial de bens – 82, 86
- Áreas contaminadas – Meio ambiente – 307
- Arrematação. Penhora de direitos. Obrigação *propter rem*. Qualificação registral. Título judicial. Especialidade subjetiva. Continuidade – 293
- Arrolamento de bens – 291
- Asilos – 109
- Assento registral – 12
 - Efeitos *inter partes* – 211
 - Oponibilidade a terceiros – 211
- Assinatura
 - eletrônica – 138, 140, 141, 147, 148, 151
 - eletrônica avançada – 142
 - qualificada – 146
- Atividade empresarial – Registrador – 117
- Ativo fixo – 326
- Autenticação de documentos – 151

- Autonomia organizativa – 15
- Auxiliares do cartório – 118
- Averbação – 66, 307
- Averbabilidade do protesto contra alienação de bens – 70

B

- Bem penhorado
 - Alienação – 88
 - Oneração – 88
- Bem-estar coletivo – 39
- Bens impenhoráveis – 84
- Bens móveis – Suporte para operações de crédito – 275
- Boa-fé
 - objetiva – 45, 47, 48, 49, 64
 - subjetiva – 48
- Box de garagem – 299
- Burocracia – 114, 128, 182

C

- Caducidade dos direitos reais – 94
- Cancelamento de registro – 94
- Capacidade civil – 105
- Capital privado – 273
- Carta de adjudicação. CND. INSS. Receita Federal. Dispensa. Ativo fixo – 326
- Carta de arrematação – 334
- Cartão do cidadão – 148
- Cartório
 - Auxiliares – 118
 - Custeio de instalação – 126

- Demissão de funcionários – 124
- Funcionamento – 281
- Local – 125
- Oficiais – 119
- Produtividade – 136
- Receita – 120, 121
- Regime de ocupação do local – 126
- Remuneração – 120, 282
- Casa própria – 23
- Casamento celebrado no estrangeiro – 318
- Código Civil
 - art. 93 – 74
 - art. 104 – 105, 112
 - art. 108 – 105
 - art. 112 – 48, 345
 - art. 146 – 60
 - art. 151 – 111
 - art. 152 – 60, 111
 - art. 166 – 106, 111
 - art. 186 – 48
 - art. 215, § 2.º – 105
 - art. 421 – 46, 48
 - art. 422 – 46
 - art. 661, § 1.º – 329
 - art. 834 – 59
 - art. 930 – 22
 - art. 977 – 297
 - art. 1.134 – 344, 346
 - art. 1.138 – 343
 - art. 1.225 – 43
 - art. 1.228, § 1.º – 34
 - art. 1.228, § 2.º – 34
 - art. 1.228, § 3.º – 34
 - art. 1.228, § 4.º – 34
 - art. 1.475 – 25
 - art. 1.475, par. ún. – 28
 - art. 2.035 – 49
 - art. 2.035, par. ún. – 34
- Certidão permanente – 150
- Certificação digital – 143
- Certificado digital – 145, 151
- Cessão de direitos. ITBI. Recolhimento. Prescrição. Decadência. Fiscalização – 295
- Constituição Federal
 - art. 1.º, III – 36
 - art. 5.º – 106
 - art. 5.º, XXII – 36
 - art. 5.º, XXIII – 23, 36
 - art. 5.º, XXXV – 58
 - art. 170, III – 35
 - art. 173, § 1.º, I – 36
 - art. 182, *caput* – 36
 - art. 182 – 36
 - art. 182, § 1.º – 37
 - art. 182, § 2.º – 36
 - art. 184 – 36, 39
 - art. 185 – 39
 - art. 186 – 39
 - art. 236 – 55, 109
- Chave
 - privada – 151
 - pública – 145, 146
- Cidades – 36
- Cláusula geral – 62
- Cláusula que condiciona a venda do imóvel financiado à anuência do credor hipotecário – 17
- Cláusulas abusivas – 53
- Clientela registral – 114
- Coação – 111
- Cobrança de emolumentos – 301
- Código de Defesa do Consumidor – 26
- Código Hash – 142, 143
- Cognoscibilidade legal – 57

- Coisa penhorada – Frutos – 88
- Colégio de Registradores – 137
- Compra e venda – Nua-propriedade – 337
- Compromisso de venda e compra. Especialidade objetiva. Procuração. Poderes. Servidão – 329
- Concurso
 - de credores – 93
 - de vagas – 123
 - público – 116
- Condomínio edilício – 299
- Condomínios especiais – 325
- Conflito intertemporal de leis – 27
- Consulta visual de livros – 301
- Contratação de empregados do cartório – 281
- Contrato
 - celebrado *on line* – 141
 - de financiamento – 17
 - de financiamento – 21
 - de gaveta – 17
 - padrão – 303
 - promessa – 251, 268
- Controle
 - de legalidade – 214
 - social – 31
- Correio eletrônico – Entrega de peças processuais – 147
- Corrupção – 182
- Código de Processo Civil
 - art. 485, V – 64
 - art. 655 – 84
 - art. 798 – 70
 - art. 869 – 67, 70
 - art. 870 – 70
- art. 1.109 – 63, 64, 75, 77
- art. 1.109, § 2.º – 63
- Crédito – 182
 - Produção – 274
 - Volume em movimento – 273
- Credor
 - hipotecário – 17, 19, 25, 98, 155, 185, 277
 - Intervenção em execução pendente – 91
 - penhorante – 100
- Criptografia assimétrica – 142
- Código Tributário Nacional
 - art. 135, II – 346
 - art. 135, III – 346
 - art. 156 – 295
- Custas e emolumentos. Hipoteca. Fração ideal. Incorporação imobiliária – 289
- Custeio de instalação do cartório – 126

D

- Decreto
 - 4.857/39 – art. 19 – 301
- Decretos-leis
 - 58/37 – art. 11 – 61
 - 3.365/41
 - art. 27, § 2.º – 339
 - art. 29 – 339
 - art. 34, *caput* – 339
 - art. 34, par. ún. – 339
- Decadência – ITIBI – 295
- Demissão de funcionários do cartório – 124
- Desapropriação. Titularidade. Expropriante. Sentença. Título hábil. Retificação. Divisas e área. Procedimento judicial – 339
- Desdobro – 303
- Desenvolvimento econômico – 273

Deveres conexos – 47

Diferença entre a sociedade sediada no exterior que participa diretamente da economia e a que dela participa indiretamente. Necessidade da nomeação de um representante para a sociedade estrangeira no Brasil com poderes para resolver quaisquer questões, inclusive para receber citação judicial. Aplicação subsidiária da lei das sociedades anônimas às sociedades limitadas (A) – 343

Digitalização de registros – 138

Dignidade da pessoa humana – 36

Direito

- à dignidade – 106
- de propriedade – 36
- de propriedade não registrado – 99
- internacional – 194
- real de garantia – 90, 101

Direitos

- coletivos – 30
- da propriedade do cidadão – 09
- individuais – 274
- reais – 43

Documento

- Apresentação temática – 138
- eletrônico – 140, 145, 147, 151
- estrangeiro – 194
- público – 208

Doing business – 344

Duplicidade de matrícula – 320

E

Economia

- de créditos – 157
- digital – 139

Economia digital e as oportunidades para a actividade registral (A) – 139

Eficácia dos sistemas registrais como base da proteção jurídica dos direitos da propriedade do cidadão – 09

E-government – 147

Embargos de terceiro – 20, 94

- à execução – 93

Emolumentos – 129, 130, 131, 135, 282, 289, 301

- de intervenção – 129
- fiscais – 129

Empresa *on line* – 149

Empresário empregador – Registrador – 117

Erradicação da pobreza – 273

Erro – 71

- evidente – 63

Escaneamento – Livros de registro – 125

Escritura – 159

- de venda de imóvel financiado – 28
- pública – 68, 151, 208

Especialidade objetiva – 329

Estatuto da Cidade – 36

Estatuto da Terra – 39

Estatuto do Idoso e a função notarial (O) – 104

Evolución de los sistemas registrales em Europa (La) – 221

Execução – 83

- de garantias hipotecárias – 174

Exequente – Negligência – 94

Extinção

- da execução – 95
- da penhora – 94

F

Favela – 41

Fé pública – 104, 141, 166

Fideicomisso. Formal de partilha. Arrolamento de bens. Testamento. Novo Código Civil – 291

Fiel depositário – 88

Financiamento – 21

Força probatória – 202

Formal de partilha – 291

Formalização de registro – 174

Fotografia aérea de propriedade – 138

Fraude imobiliária – 60

Frutos da coisa penhorada – 88

Função

- do direito – 31
- jurisdicional – 54
- notarial – 104
- qualificadora – 59
- registral – 14, 50
- social da propriedade – 32, 76
- social do contrato – 44
- social do imóvel rural – 39
- social do registrador de imóveis – 52

Função social da propriedade e sua repercussão no registro de imóveis – 30

Funcionário público – 116, 133

Funcionários de cartório – 118

Funções sociais das cidades – 36

G

“Gaveteiro” – 21

Governo responsável – 273

Gratuitus – 325

H

Hipoteca – 10, 17, 90, 98, 289

Honorários dos registradores – 134

I

Idoso – 104

– Direito de contratar – 109

Igualdade formal – 44

Imóvel

– financiado – 28

– rural – 39

Incapaz – 105

Incorporação imobiliária – 289

Índices de registros – Livros – 125

Informação registral – 165

Informações via internet – 138

Inscrição – 203

– provisória de aquisição – 251

INSS – 326, 334

Instabilidade política – 182

Instrumentalidade

– particular – 299

– Registro – 57

Interesse coletivo – 44

Internet – 138

Intervenção

– de credores em execução pendente – 91

– em atos negociais – 105

– notarial – 140

Invasão de terras – 41

Investimento – 273

IPTU – Progressividade – 42

ITBI – 295

J

Jurisdição

– contenciosa – 56

- hipotecária - 58
- registral - 55, 58
- voluntária - 54

L

Leis

- 4.121/62 - art. 3.º - 297
- 4.380/64 - art. 8.º - 23
- 4.504/64
- art. 2.º - 39
- art. 12 - 39
- art. 13 - 39
- 4.591/64
- art. 12 - 299
- art. 32 - 289
- 6.015/73 - 51, 293, 299
- art. 16 - 301
- art. 167, I - 76
- art. 167, II, n. 12 - 70
- art. 196 - 329
- art. 203 - 289, 295
- art. 213 - 72, 73
- art. 213, § 1.º, 1.ª parte - 63, 71
- art. 213, § 1.º, 2.ª parte - 63
- art. 213, § 2.º - 71, 72, 73
- art. 213, § 4.º - 63, 71, 73, 75
- art. 214 - 320
- art. 214, § 5.º - 324
- art. 216 - 63, 71, 72
- art. 228 - 329
- art. 246 - 67, 307, 318
- art. 289 - 295
- art. 292 - 18, 28
- 6.216/75 - 51
- 6.404/76
- art. 119 - 343, 344
- art. 119, par. ún. - 345
- 6.766/79 - 61
- art. 19, § 4.º - 61
- 8.004/90 - 17
- 8.212/91
- art. 53, § 1.º - 334
- 8.935/94 - 55, 109
- 10.150/2000 - 22
- 10.257/2001 - 36
- 10.741/2003 - 104
- art. 1.º - 105
- art. 2.º - 105
- art. 3.º, par. ún. - 106
- art. 35 - 109
- art. 95 - 106
- art. 96 - 106
- art. 97 - 107
- art. 98 - 107
- art. 99 - 107
- art. 100 - 107, 109
- art. 101 - 107
- art. 102 - 107, 109
- art. 103 - 108
- art. 104 - 108, 110
- art. 105 - 108
- art. 106 - 108, 110
- art. 107 - 108, 111
- art. 108 - 108, 111
- Levantamento da penhora - 95, 96
- Lei de Introdução ao Código Civil
 - art. 2.º, § 1.º - 18, 26
 - art. 2.º, § 2.º - 27
 - art. 4.º - 345
 - art. 5.º - 35
 - art. 6.º - 291
 - art. 7.º, § 4.º - 318
- Livre economia de mercado - 114
- Livro
 - de interdições - 125
 - inventário - 127

Livros de registro – 124
 – Escaneamento – 125
 – Suporte informático – 124
 Livros mecanográficos – 125
 Locação – Função social da propriedade – 41
 Localização de propriedade – 138
 Loteamento – 61
 Loteamento. Desdobro. Contrato-padrão. Restrição urbanística. Municipalidade. Aprovação. Irrelevância – 303
 Lotes urbanos “tragados por uma favela” – 41

M

Mandatário – Sociedade estrangeira – 345
 Mandato – 111
 Matrícula. Bloqueio. Nulidade. Terceiro de boa-fé. Prescrição aquisitiva – 324
 Matrícula. Duplicidade. Vício intrínseco. Nulidade. Bloqueio administrativo. Discriminação. Terra devoluta. Sobreposição de glebas – 320
 Meio ambiente. Áreas contaminadas. Publicidade registral. Restrições ambientais. Averbação. *Numerus apertus* – 307
 Mercado
 – hipotecário – 172
 – informal imobiliário – 24
 – de crédito hipotecário – 155
 Microcrédito – 273
 Mobilidade
 – de vaga – 116
 – do registrador – 123
 Morte de mutuário – 21
 Mútuo – 17

N

Negócio jurídico – 105
 Nomeação à penhora – 96, 99
 Nua-propriedade – 337

O

Obrigaçāo *propter rem* – 293
 Oficiais de registro – 119
 – Decisões – Imparcialidade – 57
 – Inamovibilidade – 57
 – Independência – 57
 Oneraçāo de bem penhorado – 88
 Oponibilidade a terceiros – Assento registral – 211
 Oposiçāo
 – à execuçāo – 94
 – à penhora – 94
 Organizaçāo empresarial do registro – 116

P

Patrimônio debitório – 82
 Peças processuais – Entrega por correio eletrônico – 147
 Penhora – 20
 – de direitos – 293
 – Levantamento – 85
 – Substituiçāo por cauçāo idônea – 94
 Penhora de imóvel (aspectos substantivos, processuais e registraes) – 82
 Penhora. INSS. Fazenda Nacional. Indisponibilidade. Carta de arremataçāo – 334
 Plano diretor – 37
 Pobreza – 273, 274
 Poder discricionário – 62

Política urbana – 36, 38

Prescrição

- aquisitiva – 324
- ITBI – 295

Presunção

- de integridade – 11, 214
- de validade – 68
- de veracidade – 214

Princípio

- da autogestão – 281
- da autonomia financeira – 281
- da colaboração – 284
- da consensualidade – 97
- da descentralização – 283
- da efetividade – 75
- da eficiência – 284
- da estabilidade profissional – 282
- da igualdade de oportunidade – 280
- da imparcialidade – 280
- da independência – 280
- da inoponibilidade – 11
- da legalidade – 52, 59, 62, 108
- da legalidade estrita – 63
- da modernização – 284
- da prioridade – 89
- da proteção da confiança – 102
- da qualificação no acesso à profissão – 280
- da recuperação de custos – 282
- da responsabilidade pessoal do registrador – 282
- da segurança jurídica – 58
- da subordinação – 284
- da territorialidade – 280
- da transitoriedade – 284
- da uniformidade – 283
- do trato sucessivo – 95, 227

Princípios organizacionais orientativos do cartório de registro do século XXI – 280

Prioridade registral – 271

Procedimento retificatório – 72

Procuração – 111, 329

Propriedade – 76, 185

- Concepções restritivas – 30
- informal – 24
- Renúncia unilateral – 299

Proteção jurídica dos direitos da propriedade do cidadão – 09

Protesto contra alienação de bens – 70

Protocolos criptográficos – 141

Provimento CGJ 19/2006. NSCGJ. Alteração. Condomínios especiais. Área. Grapohab – 325

Publicidade

- do registro – 65
- jurídica – 57
- registral – 10, 11, 13, 97, 115, 141, 150, 307

Publicidade registral. Consulta visual de livros. Cobrança de emolumentos – 301

Q

Qualificação registral – 59, 68, 293

R

Receita do cartório – 120, 121

Receita Federal – 326

Regime de bens – 297, 318, 337

Registrador – 52

- Afiliação – 137
- Cobrança da fatura – 134
- como funcionário público – 116, 133
- espanhol – 115
- Fatura – 134

- Mobilidade – 123
- Remuneração – 135

Registro – Instrumentalidade – 57

Registro

- da penhora – 86, 89
- Via eletrônica – 86
- da propriedade imobiliária – 163
- de bens móveis – 276
- Organização – 278
- de direitos – 166, 168, 186, 222, 233
- de documentos – 166, 168, 222
- de garantias mobiliárias – 273
- em Luxemburgo – 225
- espanhol – 135
- imobiliário
- Função – 51
- Serviço público – 55
- na Bélgica – 224
- na França – 223
- na Holanda – 225
- na Itália – 224
- paroquial – 50
- provisório de aquisição – 251, 253
- Efeitos – 259
- Legitimidade – 257

Registro das garantias mobiliárias como instrumento para o desenvolvimento econômico – 273

Registro de la propiedad y desarrollo de los mercados de credito hipotecario – 155

Registro imobiliário. Autonomia financeira e autogestão (O) – 113

Registro provisório de aquisição no ordenamento jurídico português (O) – 251

Relação trabalhista – 117

Remuneração no cartório – 120

Renúncia unilateral de propriedade. Instrumento particular. Condomínio edilício. Box de garagem – 299

Representação legal – 105, 112

Reserva de lugar – 251

Responsabilidade pessoal do registrador – 282

Restrição urbanística – 303

Restrições ambientais – 307

Retificação – 63, 77, 339

- administrativa de erro – 71
- bilateral administrativa – 71
- de registro – 71, 72, 74

Revogação da Lei 8.004/90 pelo novo Código Civil. Vedação de cláusula que condiciona a venda do imóvel financiado à anuência do credor hipotecário (A) – 17

S

Segurança

- do comércio jurídico imobiliário – 102
- do tráfico imobiliário – 63
- jurídica – 16, 52, 104, 110, 136, 149

Seguridade

- econômica – 171
- jurídica – 169, 171

Seguro habitacional – 21

Separação obrigatória de bens – 337

Serviço público – 55

Servidão – 329

Sesmarias – 50

Sistema Financeiro da Habitação – 17

Sistema registral – 155, 157, 165

- Eficiência – 167
- espanhol – 113, 129
- europeus – 221

Sobreposição de glebas – 320

Sociedade entre cônjuges. Vedação. Regime de bens. Código Civil – 297

Sociedade estrangeira – 343
– Representante legal – 343

Sociedades anônimas – 343

Software livre – 146

Supremo Tribunal Federal

- Súmulas
- 84 – 20
- 377 – 337
- 473 – 58

T

Teoria da vontade – 44

Terceiro de boa-fé – 324

Terra devoluta – 320

Testamento – 291

Titulação autêntica – 12

Titularidade dominial. Regime matrimonial. Casamento celebrado no estrangeiro. Via judicial – 318

Título judicial – 68, 293

Tradição – 51

Tráfico jurídico – 274

– Segurança – 57

Transações imobiliárias – 17, 188

Transcrição – 51

Transmissão do direito de propriedade – 99

U

Usucapião – 30, 38, 72

- coletiva – 38
- disfarçada – 75
- especial urbana – 38

Usufruto. Compra e venda. Nua-propriedade. Regime matrimonial. Separação obrigatória de bens. Patrimônio comum. Continuidade – 337

V

Venda de imóvel

- financiado – 17, 28
- hipotecado – 28

Vício intrínseco – 320

Vizinhança – 40

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, estes trabalhos consideram-se licenciados para a Editora Revista dos Tribunais com exclusividade para o veículo impresso em papel ou digital, pelo prazo de duração dos direitos patrimoniais do autor. Os trabalhos também poderão ser publicados em outros lugares desde que após autorização prévia da Editora Revista dos Tribunais citada a publicação original como fonte, constando o nome da editora, a cidade, o ano e as páginas.

2. Os trabalhos podem ser enviados por via postal, em arquivos gravados em disquetes de 3,5 polegadas (Recomendamos a utilização do processador de texto *Microsoft Word 97*. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF (*Rich Text Format*), que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto), acompanhados de prova impressa para a Editora Revista dos Tribunais, aos cuidados do Editorial de Revistas, na Rua do Bosque, 820, Barra Funda, São Paulo, SP (CEP 01136-000); ou, pelo correio eletrônico, para o endereço <editorial.revista@rt.com.br> (caso em que não é necessário o envio por correio), juntamente com endereço completo para correspondência, *curriculum* resumido, autorização de publicação em caso de aprovação e declaração de ineditismo do artigo.

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 na qual se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de 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-chave (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 – Delinquência econômica ...

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. Será prestada uma retribuição autoral pela licença de publicação dos trabalhos em nossas revistas ou qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (Internet, CDROM, e-book etc.), correspondente a um exemplar da revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado ou do produto digital quando contido em suporte físico.

10. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

11. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Diretivo da revista. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos. Se o trabalho aprovado para publicação não estiver de acordo com as normas, o mesmo será devolvido para que o autor faça a padronização.

CONTRATO E RACIONALIDADE

MARCOS CÁPRIO F. S.

Mestre em Sociologia pela UFRGS. Advogado.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A racionalidade jurídica e o contexto atual do direito privado: 2.1. A matriz weberiana: 2.2. Reflexões contemporâneas – 3. A mudança paradigmática no direito privado brasileiro – 4. A pesquisa empírica: o caso do SFH – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

Resumo: O presente artigo é fruto de pesquisa empírica levada a cabo junto aos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, especificamente em matéria contratual. Aqui, trago as conclusões obtidas no âmbito dos contratos abrangidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Delimitei a racionalidade jurídica nutrida pelos desembargadores de referido Tribunal ao procederem às tomadas de decisões neste tema. Após precisar o conceito central deste trabalho (racionalidade), exponho e analiso os dados obtidos junto aos acórdãos coletados, promovendo uma classificação dos atores jurídicos consentâneo o teor argumentativo invocado na fundamentação dos votos, ocasião em que a nova teoria dos contratos passa a ser contextualizada em meio a um processo de transformações pelas quais vem passando o direito privado como um todo.

Abstract: The present article is a result of empiric research made next to judgements of Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, specifically in contractual subject. Here, I bring the conclusions got among the contracts embroced by the Sistema Financeiro de Habitação. I delimited the juridical rationality sustained by magistrates of the abovementioned Tribunal when they took decisions on this matter. After precisising the main concept of this work (rationality). I expose and analyse data got next to judgements collected, promoting a classification of the juridical actors according to the armentative contents evoked in the fundamentation of votes, occasion where the new theory of contracts starts to be contextualized in a process of transformations by which private law is passing as a whole.

Palavras-chave: Cláusulas gerais – Juros – Revisão contratual – Racionalidade – Rematerialização.

Keywords: General clauses – Interest – Contractual review – Rationality – Rematerialization.

1. Introdução

[illegible]

2. Bibliografia (exemplos fonte: livro, periódico, jornal, e internet)

OLIVEIRA, José Antonio. Verdade real. In: STOCO, Rui (coord.). *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 5, t. II.

SILVA, José Augusto da. Ação declaratória. *Revista de Direito Privado*, n. 30. São Paulo: RT, 2000, p. 12.

SILVA, José Augusto da. E o Brasil, como vai? *Folha de S. Paulo*, Cad. Mundo, 24 jan 2004.

SILVA, José Augusto da. Ação incidental. www.jusnavigandi.com Acesso em 25 maio 2004.

61 - ANO 29 - JULHO-DEZEMBRO DE 2006

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Repositório de jurisprudência
autorizado pelo TRF da 5.^a Região.

Sistemas registrais – Revogação da Lei 8.004/90 – Função social da propriedade – Penhora de imóvel – Estatuto do idoso e a função notarial – Registro imobiliário – Economia digital e sua influência para a atividade registral – Mercado de crédito hipotecário – *Evolución de los sistemas registrales* em Europa – Registro provisório de aquisição em Portugal.

ISSN 1413-4543

2140060061



9 771413 454001



00061



Instituto de Registro
Imobiliário do Brasil

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS