



**A PREVALÊNCIA
DA HIPOTECA**

**UM ESTUDO SOBRE
A SÚMULA 84 (STJ)**

ABECIP

ÍNDICE

À Guisa de Introdução Ministro Paulo Távara	Página 3
Parecer do Professor J. M, de Arruda Alvim Neto	Página 5
Parecer do Professor Humberto Theodoro Júnior	Página 60

À Guisa de Introdução

*Paulo Távora **

Ministro Aposentado do STJ

A Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – Abecip formulou consulta aos professores Arruda Alvim e Humberto Theodoro Junior sobre o alcance da Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no confronto entre a penhora de imóvel em execução de crédito hipotecário e embargos de terceiro possuidor, imitado no assento real.

A excelência dos estudos produzidos faz jus à nomeada dos insignes jurisprudentes que dispensam apresentação. Cumpre-me anotar que fui distinguido com o convite do diretor da Abecip, Ministro Arnoldo Prieto, para dizer algumas palavras introdutórias à divulgação desses relevantes trabalhos sobre tema que está na ordem do dia dos Tribunais do País.

Registra-se profundo contraste entre a jurisprudência do Superior Tribunal Federal (STF), compendiada na súmula nº 621, até o advento da Constituição de 1988, e o acervo exegético que, a partir de então, o Superior Tribunal de Justiça veio a acumular como intérprete maior da legislação infra-constitucional. Enquanto o Pretório Máximo – não admitia embargos de terceiro à penhora com base em promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis, a Súmula nº 84 do STJ os acolhe para discutir o mérito do desfazimento da contribuição judicial.

Compreende-se a preocupação do setor econômico com a segurança do retorno de seus investimentos em tempo de próprio, suscetível de afetar a atratividade de emprego de capitais na indústria da construção, diante da mudança radical de orientação judiciária. Cabe de logo ponderar – que não se pode descartar a hipótese de a questão voltar a ser revista pela Suprema Corte no exercício de sua jurisdição não materialmente constitucional ou no julgamento de aplicação de comandos fundamentais, objeto de pré-questionamento e decisão pertinentes.

A ortodoxia da Súmula nº 621 do STF repelia a oponibilidade de qualquer direito pessoal fora do círculo fechado entre promitente-vendedor e promissário-comprador, excluindo pudesse haver turbação da posse resultante desse contrato não inscrito pelo ato judicial da penhora promovida pelo credor exeqüente. Já a súmula nº 84 do STJ sensibilizou-se com a situação dos pré-adquirentes menos informados que deixavam de registrar esses contratos e viam-se depois surpreendidos com a apreensão judicial da moradia, não raro já pagas todas as prestações do preço, na execução de outras dívidas do promitente-vendedor, em cujo nome o imóvel continuava a figurar na matrícula pública. Remontou o Superior Tribunal de Justiça à natureza de crédito exequendo alhures para, quando identificado no mesmo plano de direito pessoal, com o do promissário-comprador sem registro, decidir o recurso de embargos pela manutenção do possuidor que se instalara no imóvel.

Os acórdãos que lastreiam a Súmula nº 84, com exceção de um, ativeram-se a esses limites e não cuidaram de execução de crédito reais, que vinculam a coisa diretamente à sua satisfação e gozam de preferência em lei expressa sobre os direitos pessoais, salvo os trabalhistas e tributários. Sem embargo dos poucos precedentes conhecidos, em que a posse do promitente-comprador levou a melhor frente à penhora da excussão hipotecária, estou que os fundamentos do Direito Civil, no estado atual da legislação, não se compadecem com essa subordinação na arena forense. Eis a lição dominante que se recolhe da resposta à consulta dos dois mestres de S. Paulo e Minas Gerais.

Ainda que julgados esporádicos não denotem uma tendência, o mercado imobiliário há de estar atento, na esteira de recente e dramática inadimplência de projeção nacional, que os empréstimos para incorporações de solo constituído devem certificar-se da prévia e regular inscrição do empreendimento no registro imobiliário e, no seu transcurso, adotar outros esquemas de proteção ao grande e ao pequeno investimento, do financiador ou construtor ao adquirente das unidades em planta.

POSIÇÃO FIRMADA NO PARECER:

***NO CONFRONTO ENTRE UMA SITUAÇÃO DE
DIREITO REAL E OUTRA DE DIREITO OBRIGACIONAL -
SALVO LEI EXPRESSA EM SENTIDO CONTRÁRIO – PREVALECE,
SEMPRE, A SITUAÇÃO DE DIREITO REAL,
LEGITIMAMENTE CONSTITUÍDA***

PARECER

José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Professor do Curso de Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Regente da Cadeira de Direito Civil-Direitos Reais (1977-1998)*

I

OBJETO CENTRAL DA CONSULTA

Somos consultados a respeito de alguns aspectos relativos à interpretação ao âmbito da súmula de nº 84, da jurisprudência predominante do Colendo Superior Tribunal de Justiça.¹ Os quesitos encontram-se no fim do Parecer e aí estão respondidos (item XIX). É certo, pela consulta formulada, que este Parecer tratará, por excelência, dos **direitos reais de garantias imobiliárias** em confronto com outras situações em que se consubstanciem **direitos obrigacionais ou direitos pessoais**.

¹ A Súmula nº 84 é do seguinte teor:

É admissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse, advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

Com ela objetivou-se dirimir o cabimento dos embargos de terceiro, suscetível de serem utilizados, por compromissário comprador, ainda que ao seu compromisso não haja sido dada publicidade, vale dizer, mesmo para a hipótese de tratar-se de compromisso de compra e venda de imóvel, não registrado.

Com essa súmula de nº 84, do Colendo Superior Tribunal de Justiça altera-se o radicalismo ou a rigidez de precedente súmula do Colendo Superior Tribunal Federal, que na sua súmula de nº 621 negava mesmo legitimidade ao compromissário-comprador, cujo compromisso não estivesse inscrito, para a utilização de embargos de terceiro, enquanto possuidor.

Essa súmula-STJ de nº 84 reinterpretou o art. 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil.

II

ANÁLISE E ESTUDO DAS SITUAÇÕES CONSTANTES DA JURISPRUDÊNCIA DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE MOTIVARAM PROXIMAMENTE A EDIÇÃO DA SÚMULA-STJ DE N° 84

O lastro de decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça, imediatamente antecedentes e **geticamente** ligadas à edição da Súmula-STJ 84, nas quais originariamente se baseou essa Colenda Corte, são as decorrentes dos julgamentos dos Recursos Especiais, indicados e analisados a seguir. Esta análise procura surpreender os conteúdos de tais decisões e respectivos fundamentos constantes, e, tem em vista, precisamente, as situações com as quais a posse de compromissário comprador, sem compromisso registrado, se confrontou.

(1° REsp 188-0-PR (4ª T 08.08.89 - DJ 31.10.89))

Neste REsp. 188-PR o que se confrontou foi a situação de compromissário com situação creditória, direito pessoal, com a situação daquele que havia emprestado ao promitente-vendedor (RSTJ 49/303, do voto do Min. Sálvio de Figueiredo). Em precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal, invocados pelo Min. Bueno de Souza, que resultou ser o relator para o acórdão deste REsp. 188-PR, verifica-se, igualmente, que o confronto era entre a situação de credor do promitente-vendedor e a do compromissário²; vale dizer, sempre comparação entre duas situações, ambas de direito pessoal.³

Nos precedentes constantes da RSTJ 49, pp. 306/310 (itens 4 e 5 voto do Min. Bueno de Souza), verificam-se hipóteses, julgadas pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, em que se confrontaram direitos obrigacionais, ou seja, do compromissário-possuidor e outra situação de direito obrigacionais, ou, de crédito, contra o promitente-vendedor. O cerne da discussão encontra-se bem expressado no voto do Min. Athos Carneiro:

² Refere-se o Min. Bueno de Souza, no seu voto, a acórdão no RE 71.162-GB, j. em 12.10.1971, pelo Min. Amaral Santos - cf. RSTJ 49/305, medio.

³ Servem de base, ao voto do Min. Bueno de Souza, também os pronunciamentos do Min. Rodrigues Alckmin, onde este refere acórdão relatado pelo Min. Ribeiro da Costa (este publicado na RTJ 30/401; e, o do Min. Amaral Santos, na RTJ 60/494).

"Então se pergunta: entre **duas pretensões**, a do **credor, direito pessoal**, e a do **promitente-comprador** com justa posse, **direito também pessoal**, qual é aquele que merece maior tutela, maior proteção da ordem jurídica" (RSTJ 49/314, medio - grifou-se).

Está virtualmente implicado que só entre situações, ambas, de direito pessoal, viável seria o propender-se pela situação do compromissário, sem compromisso registrado.

Admitiu-se, portanto, que, tratando-se de direitos de idêntica natureza jurídica (direitos pessoais), possível é a opção pela situação possessória do compromissário-comprador, sem compromisso inscrito.

(2º) REsp 226-0-SP (3ª T. 19.09.89 - DJ 30.10.89)

Neste Resp 226-0-SP discutiu-se, também, a respeito de crédito contra o promitente-vendedor, confrontado, com a posse, do compromissário-comprador, sem compromisso inscrito (v. a hipótese no relatório do Min. Gueiros Leite, RSTJ, 49/317, medio). No caso o acórdão local não aplicou o entendimento da Súmula-STF 621,⁴ dizendo-a protetiva dos credores, porque “destinada à proteção dos credores contra eventual fraude à execução” (RSTJ 49/319, do voto do relator). Neste caso, no voto-vista do Min. Nilson Naves, verifica-se que juridicamente a hipótese é a mesma que a do REsp. 188, pois disse este em. Ministro, verbis:

“De fato, cuidando-se, como se cuida, de direitos de idêntica natureza, melhor proteção merece o do promitente-comprador com justa posse, ausente, em consequência, qualquer espécie de fraude” (RSTJ 49/327, fine).

(3º) REsp 9.448-0-SP (2ª T. 31.03.93 - DJ 26.04.93)

Trata-se, como se lê do voto do Ministro Antonio Pádua Ribeiro (2ª Turma), de recurso especial não conhecido, mas que, se houvesse sido conhecido, teria tido o resultado dos precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 49/391).

⁴ Era o seguinte o teor da Súmula-STF nº 621: “NÃO ENSEJA EMBARGOS DE TERCEIRO À PENHORA A PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO INSCRITA NO REGISTRO DE IMÓVEIS”

(4º) REsp 662-0-RS (3ª T 17.10.89 - DJ 20.11.89)

Trata-se de confronto/comparação de situação de credor do promitente-vendedor com a do compromissário-possuidor, sem compromisso inscrito (RSTJ 49, p. 353 e p. 356, medio, parte final do voto, do relator, Min. Waldernar Zveiter). Vale dizer, igualmente, confronto com direito pessoal, ou, confronto de duas situações de direito pessoal.

Restou admitida ou possível a preponderância pela situação possessória do compromissário, sem compromisso inscrito, porque o balanceamento de valores verificou-se entre duas situações de direito pessoal.

(5º) REsp 696-0-RS (4ª T 17.10.89 - DJ 20.11.89)

Trata-se também de hipótese de comparação de situações de direitos obrigacionais, uma delas a do compromissário-possuidor, sem compromisso inscrito. Lê-se no voto do Min. Fontes de Alencar (RSTJ 49/361, medio) que "O caso guarda similitude com o REsp. 188 onde se deu um abrandamento da Súmula 621, consoante se lê no voto do eminente Ministro Athos Carneiro,...", dizendo ainda o Min. Bueno de Souza que essa hipótese do REsp. 696-0-RS "em tudo se assemelha àquela que fez objeto do Recurso Especial 188-PR e 247-SP" (RSTJ 49/363).

Da mesma forma que anteriormente, a comparação situações feriu-se entre direitos pessoais.

(6º) REsp 866-0-RS (3ª T. 10.10.89 - DJ 30.10.89)

A hipótese é análoga à do REsp. 696-0-RS, sendo o recorrente em ambos os REsp. 866-RS-0 e 696-0-RS, a mesma pessoa e sempre na qualidade de credor. Em ambos os casos a devedora era a promitente-vendedora.

Circunscreveu-se a comparação neste REsp. 866, exclusivamente, a situações de direito pessoal, uma delas a do compromissário-comprador, sem compromisso registrado.

(7º) REsp 1.172-0-SP (4ª T. 13.02.90- DJ 16.04.90)

No voto do Min. Athos Carneiro, relator, há remissão aos REsps. 188 e 1.310 (deste último relator o próprio Min. Athos Carneiro), com o que se verifica a analogia deste caso com os precedentes. Na parte final do voto do Min. Athos Carneiro (RSTJ 49/382, item 4º do voto) lê-se a respeito:

“Esta condição, a transcrição, refere-se àqueles terceiros que invoquem direito incompatível com o direito adquirido por via do instrumento particular”.

A contrario sensu está virtualmente aceito que, se o direito for incompatível, não seria o caso de dar pela prevalência da situação possessória do compromissário, sem compromisso registrado, pois, de direito pessoal trata-se esta última.

*

Constata-se que essa comparação só é possível, viável ou legítima, se não se invocar “direito incompatível com o direito adquirido por via de instrumento particular”, que é, precisamente, a situação de direito subjetivo real.

Disse o Min. Athos Carneiro, mais adiante que

“O direito pessoal cederá, então, ante o direito real sobre o imóvel.

Não há, entretanto, incompatibilidade entre um direito de crédito de A contra B, e a justa posse, com embasamento em contrato aquisitivo, exercida por C em imóvel pertence a B. Os direitos pessoais, podem ambos substituir (rectius, subsistir); apenas não poderá o credor exercer sua pretensão executória (CPC, art. 591) sobre aquele bem na posse plena de C, em virtude de direito igualmente pessoal, e constituído em situação que não denota fraude a credores ou à execução". (RSTJ 49/382-383).

Vale dizer, restou excluída a hipótese de preponderância de direito pessoal sobre direito real, pois, como resta dito, na fundamentação, do voto do Min. Athos Carneiro **"o direito pessoal cederá, então, ante o direito real sobre o imóvel"**.

(8º) REsp 2.286-0-SP (3ª T. 17.04.90- DJ 07.05.90)

Constata-se do voto do relator, Min. Cláudio Santos, tratar-se de hipótese juridicamente idêntica às dos demais recursos especiais, lendo-se no voto, onde se transcreve trecho de voto proferido no REsp. 1.190-SP, 4ª T., rel. Min. Fontes de Alencar, em que se sublinha que o

registro do compromisso seria necessário para outros fins, mas afirmando-se que a hipótese aí julgada desse registro prescinde, dizendo-se verbis: "Não é o caso do credor do promitente-vendedor", ou seja, para balancear a situação do compromissário-possuidor, sem compromisso registrado com a de to pessoal, não é imprescindível o registro.

Constata-se, Identicamente, que foram avaliadas duas situações contrapostas, ambas de direito pessoal.

(9º) REsp 8.598-0-SP (3ª T. 08.04.91 – DJ 06.05.91)

Neste caso, lê-se do voto do relator, Min. Dias Trindade, diante âmbito do que havia sido devolvido ao Tribunal local, que aí não haviam sido admitidos os embargos de terceiro, à luz do enunciado da Súmula-STF 621. Por isso, o espectro do recurso especial, a isso se adstringiu, lendo-se, no final do voto que se dava ao provimento recurso “para cassar o acórdão, de modo que o órgão julgador examine a apelação, afastado o óbice da Súmula STF/621” (RSTJ 49/388, fine).

(10º) REsp 573-0-SP (4ª T. 08.05.90 – DJ 06.08.90)

Este V. Acórdão, data veniadata vênia, discrepa da linha que se pode dizer uniforme da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, e, por isso mesmo, não se ajusta à fundamentação constante do REsp. 188, neste REsp. 573 invocado, como precedente (RSTJ 49, p. 335, item 6º, do r. voto). Por isto demanda um exame algo mais extenso.

Trata-se de execução hipotecária, tendo como objeto terreno. Neste REsp. 573 confrontaram direito real de hipoteca, de um lado, e, de outro, compromisso não registrado. Argumenta-se que poderia mesmo ter-se verificado a incidência do art. 171, II, do Código Penal, como, ainda, o credor hipotecário haveria de ter diligenciado, nos termos do art. 32, da Lei nº 4.591/64, a respeito da "verificação da existência ou não de contratos de compra e venda de unidades autônomas" (RSTJ 49, p. 332-333).

Data vênia, o art. 32, da Lei nº 4.591/64 não se refere a eventual credor hipotecário, senão que estabelece deveres dirigidos ao incorporador.⁵ Aduza-se mais que nesse V. Ac., do REsp. 573 diz-se que "negligenciou o apelado [=credor hipotecário] a verificação da

⁵ Veja-se, amplamente, Caio Mario da Silva Pereira, Condomínio e Incorporações, Rio de Janeiro, 1985, 5ª ed., ed. Forense, esp. nº 139-A, p. 272 e passim.

existência ou não de contrato de compra e venda de unidades autônomas..." (RSTJ 49, pp. 332-333). Ainda aqui, data venia, não procede o argumento, porque é só - e, exclusivamente só - com a inscrição de compromissos, que existiria eficácia desses, em relação a terceiros. Diz-se a respeito do art. 5º, do Decreto-lei nº 58/1937 - e, também, sobre o art. 25, da Lei de Parcelamento do Solo - que só com a inscrição "Opõe-se, sim e apenas, a terceiros, eventuais titulares de direitos reais oriundos de alienações ou onerações posteriores".⁶

Argumenta-se, ainda, com o art. 171, II, do Código Penal, quando, ainda data venia, o compromisso é uniformemente havido como estranho a essa figura típica.⁷

Basicamente, todavia, admitiu-se o prevalecimento de compromisso não inscrito, em detrimento de garantia real, o que, data veniadata vênua, não se afeiçoa, de forma alguma, ao nosso direito positivo, como se procura, exaustivamente, demonstrar neste Parecer, inclusive, com especial relevo a Vv. Acórdãos do Colendo Superior Tribunal de Justiça, cuja espinhal dorsal dos fundamentos, desautoriza a base deste V. Acórdão, objeto de exame, neste passo.

O que se constata, pelo exame desta jurisprudência, é que as questões que se feriram, no âmbito da Súmula-STJ 84, expressam quase que invariavelmente o confronto da situação de compromissário-possuidor, sem compromisso registrado, com a situação de crédito, postulada contra o promitente-vendedor.

A matéria foi finalmente submetida à Corte Especial, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em 18.06.93, com o resultado do julgamento publicado no DJ 02.07.93, p. 13.283 (cf: Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 49, pp. 299 e seguintes).

⁶ Cf. Darcy Bessone de Oliveira Andrade, DA COMPRA E VENDA - Promessa & Reserva de Domínio, Belo Horizonte, 1960, ed. Bernardo Álvares S. A., nº 64, p. 174, com farta doutrina, no mesmo sentido; do mesmo autor, na terceira edição desta mesma obra, São Paulo, 1988, ed. Saraiva, nº 64, p. 139, onde trata do mesmo art. 5º, do Decreto-lei nº 58, e, bem assim, do art. 25, da Lei nº 6.766 (Lei do Parcelamento do Solo).

⁷ Celso Delmanto atualizado por Roberto Delmanto, Código Penal Comentado, Rio de Janeiro, 1991, 3ª ed., Renovar, coms. ao art. 171, § 2º, II, p. 309, onde, indiscrepantemente o entendimento dos Tribunais - sem exceção dos acórdãos neste obra citados - é o de que essa figura "Não abrange o compromisso".

Diz-se mais que "não pode figurar como vítima o promitente-comprador que não registrou sua promessa e não pode opor a quem receber depois, mas registrou (STF, RT 584/425) - (op. ult. cit., p. 309). Diz-se, ainda que: "Ônus real: A instituição de ônus real sobre imóvel prometido à venda não configura o delito deste inciso" (TACrSP RT 431/327) - (op. ult. cit., p. 310).

III

A SIGNIFICAÇÃO ESPECÍFICA DA EFICÁCIA ERGA OMNES

O problema nodal e efetivamente central, na interpretação dessa súmula, consiste em indagar-se e responder-se, qual a solução a ser dada, em face da hipótese de confronto entre uma situação constitutiva de direito real e outra, que não consubstancie direito real (ainda que possa envolver esta última situação possessória, v. g., a de um embargante de terceiro, que se fundamenta em compromisso de compra e venda, não inscrito). Poderão apresentar-se tais situações – real e obrigacional - como aparentemente opostas e mutuamente excludentes, e, por isso mesmo necessário será dirimir qual delas deve preponderar. Ilustre tratadista espanhol em densa e clássica obra, estuda o fenômeno a “partir da base de uma possível desigualdade no trato jurídico dos direitos”, afirmando que um direito pessoal não é a mesma coisa que um direito real, para finalizar conclusivamente que o princípio absoluto, nesta temática, é o de que o direito não inscrito é inoponível ao inscrito, e, por isso mesmo, impõe-se a preferência do direito inscrito ou registrado sobre o não registrado.⁸

Adianta-se que a resposta é no sentido de que o direito real legitimamente constituído tem de preponderar sobre o direito obrigacional, o que não colide com o enunciado da súmula de nº 84-STJ, mas, ao contrário, esta solução coaduna-se com as hipóteses que, sob a luz dessa súmula-STJ 84, tem sido predominantemente assim dirimidas, i. e., a solução ofertada neste Parecer é compatível com o âmbito do que em torno dessa Súmula-STJ 84 tem sido decidido.

Vale dizer, não se deve extrair da súmula nº 84-STJ o entendimento de que direitos pessoais podem preponderar sobre direitos reais legitimamente constituídos.

O Código Civil é taxativo - ao lado de todos os outros textos e princípios referidos neste Parecer - a esse respeito, dispondo:

⁸ Cf. José Maria Chico y Ortiz, Estudios sobre Derecho Hipotecaria, Madrid, 1996, 3ª ed., Marcial Pons editor, Iº vol., Capítulo XV, A), pp. 370-371.

“**Art. 1.560.** O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; salvo a exceção estabelecida no parágrafo único do art. 759; o crédito pessoal privilegiado ao simples, e o privilégio especial, ao geral”. (quanto a extensão da derrogação deste princípio, v. a nota de rodapé, nº 15).

E, ainda, dispõe o mesmo Código Civil:

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

Procurar-se-á demonstrar que, diante dessa situação, aqui delineada, a preferência deve ser pela situação retratadora de direito real, em detrimento imediato do direito obrigacional. Conquanto este subsista como tal, não pode direta e imediatamente sobrepujar o direito real, devendo o credor do direito obrigacional postular pelos seus possíveis direitos contra aquele que em relação a ele se obrigou.

Em essência objetiva-se indagar e responder a respeito da valoração que têm no ordenamento jurídico, tendo em vista duas situações, sendo uma delas consubstanciadora de direito real e outra sendo de direito obrigacional; ou seja, em havendo necessidade de decidir qual dessas situações deve preponderar, diante da contingência de julgar-se em favor do direito real ou do direito obrigacional. A decisão deve ser em favor do direito real, apenas no sentido de que prevalece imediatamente o direito real, e, em relação à situação obrigacional, deverá esta ser resolvida com o outro obrigado, dessa mesma relação obrigacional, **justamente porque a relação obrigacional vale e deve ser eficaz tendo em vista o outro obrigado e não erga omnes**. Não se julgará o direito obrigacional, em si mesmo, senão que, apenas, verificar-se-á que não pode afastar o direito real. Se assim é, por certo, exclui-se possa a situação obrigacional valer e ser eficaz, com o não reconhecimento imediato do direito real; ao contrário, é este que vale e é eficaz erga omnes, inclusive em relação a quem se apresente como titular de relação obrigacional. Uma tal decisão não torna injurídica e nem anula a relação obrigacional; não a afeta intrinsecamente. Pela circunstância de o direito real ser dotado de eficácia erga omnes, tem de prevalecer, em detrimento da situação obrigacional, justamente porque esta não tem o atributo da eficácia erga omnes. O compromisso de compra e venda, a respectiva cessão, só terão eficácia erga omnes quando inscritos; ipso facto, resta translucidamente evidente que, não inscritos, não podem ser opostos a situações de direito real, no caso, a da garantia hipotecária.

IV

A SÚMULA-STJ DE Nº 84 CORRENTEMENTE NÃO TEM ABRIGADO SITUAÇÕES EM QUE DIREITOS PESSOAIS SOBREPUEM E PREVALEÇAM SOBRE SITUAÇÕES QUE SE CONSTITUEM EM DIREITOS REAIS - A SOLUÇÃO CORRETA - EM FACE DO SISTEMA JURÍDICO - É A DE QUE DIREITOS REAIS NÃO SÃO PRETERIDOS OU SOBREPUEJADOS POR DIREITOS PESSOAIS

PERFIL DOS DIREITOS REAIS, SUA POSIÇÃO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS (BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO), ESPECIALMENTE TENDO EM VISTA SEREM DIREITOS ABSOLUTOS E TEREM EFICÁCIA ERGA OMNES AS REGRAS ATINENTES AOS DIREITOS REAIS SÃO DE ORDEM PÚBLICA OU COGENTES

O DIREITO REAL É DIREITO ABSOLUTO

O Prof. José de Oliveira Ascensão, que é especialista, com diversas obras fundamentais no campo dos direitos reais, ensina a respeito da nota mais relevante a respeito do direito absoluto, o seguinte: "O que é preciso para caracterizar os direitos absolutos, é a observação de que há direitos que na sua existência estão ao abrigo da atuação de outros sujeitos - até do próprio concedente desse direito, caso se trate de direito derivado - e direitos que estão sujeitos a essa atuação. Os primeiros são direitos absolutos (ou independentes, no sentido originário dessa palavra);..."⁹ Precisamente a respeito do aparente dilema que se pode colocar em relação à opção entre um **direito real** se confrontado ou comparado com a posse, diz o Prof. Oliveira Ascensão, ao discutir a natureza da posse, verbis:

"Daqui não se pode inferir que a posse não é um autêntico direito: também o crédito referente a uma coisa é autêntico direito, e todavia o direito real prevalece sobre ele".¹⁰

Procurar-se-á traçar um panorama geral dos direitos reais, com vistas a demonstrar os atributos que o marcam e o qualificam, nos ordenamentos jurídicos - pois a solução pela qual se

⁹ Cf. José de Oliveira Ascensão, A Tipicidade dos Direitos Reais, Lisboa, 1968, p. 264.

¹⁰ Cf. José de Oliveira Ascensão, Direito Civil - Reais, Coimbra, 1993, Coimbra Editora, 5ª ed., n° 57, II, pp.127-128 - (grifou-se).

preponderará é a mesma no direito comparado -, para ao depois, sucessivamente, procurar-se demonstrar a aplicação dessa solução-premissa às diversas hipóteses, do direito brasileiro, em face e com referências exaustivas ao ordenamento do direito positivo.

Os direitos reais gozam de posição nitidamente definida e eminente no sistema jurídico.

As normas disciplinadoras dos direitos reais são, uniformemente, consideradas como regras cogentes, imperativas ou de ordem pública.¹¹ O instituto da hipoteca tem sido considerado, desde sempre, como de ordem pública.¹² É sob esta marca das normas de ordem pública que se devem entender os princípios dos direitos reais, regime jurídico e conseqüências de sua existência dos direitos reais e o seu confronto com situações não reais.

Para os fins específicos deste Parecer - ainda que se faça referência aos princípios definitórios do que é direito real - avulta o predicado de que os direitos reais **são direitos absolutos**,¹³ e, por isso mesmo, justamente por isso, **tem validade e eficácia erga omnes. Todo o regime jurídico dos direitos reais é voltado para essa caracterização como direito absoluto, e, por isso mesmo, ao direito real agrega-se instrumental para efetivar-se essa validade e eficácia erga omnes.**

Se os direitos reais são direitos absolutos,¹⁴ dentro do sistema jurídico, este predicado é, desde logo, indicativo de que - salvo leis ou textos expressos, cujas hipóteses são excepcionais,¹⁵ e, portanto, taxativamente indicadas, porque derogatórias desse atributo - no Confronto com outros direitos, que são,

¹¹ Cf. Guillermo L. Allende, *Panorama de Derechos Reales*, Buenos Aires, 1967, ed. LA LEY, Capítulo III, intitulado "Normas de Ordem Pública", item 2º ("Los Derechos Reales y el Orden Público"), p. 69, onde diz que "Os tratadistas estão concordes em que a ordem pública desempenha papel preponderante dentro da órbita dos direitos reais". Na doutrina alemã (cf. Philipp Heck, *Grundriß des Sachenrechts* [Compêndio de Direito das Coisas], 1930, Tübingen, reedição da Scienria Aalen, 1970, § 2º, 6, p. 7 onde diz: "A titularidade e o exercício dos direitos das coisas são em grande escala disciplinados por normas jurídicas de direito público" ["Ausübung und Innehabung der Sachenrechte sint in großem Umfang durch öffentlich-rechtliche Normen geregelt"]

¹² "CI: Didimo Agapito da Veiga, *DIREITO HYPOTHECARIO, COMMENTARIO* ao Decreto nº 169, de 19 de janeiro de 1890, Rio de Janeiro, 1899, ed. Lammert & C., nº 89, p. 76, onde já dizia: "Se a hipoteca é de ordem pública e os princípios que a regulam escapam às convenções das partes, todavia, a graduação do credor é de interesse privado, pode ser alterada pela convenção".

¹³ "O Prof. José de oliveira Ascensão, na sua obra *Direito Civil - Reais*, cit., nº 19, I, p. 45, enfatiza o caráter dos direitos reais, como direitos absolutos, ao passo que, em relação aos direitos obrigacionais, afirma que "O direito relativo [=obrigacional, pessoal] é o que assenta numa relação. E a relação jurídica é uma figura perfeitamente demarcada, pois supõe sujeitos determinados, cuja posição é reciprocamente delimitada". Sublinha-se, a seguir, (op. cit., nº 19, II, p. 45) que o direito do credor - que é o caso do compromissário-comprador, sem compromisso registrado - "é um direito contra um sujeito [que é o promitente-vendedor], titulada pela relação entre ambos constituída. Por isso o direito do credor apoia-se em razão relativas ---- razões pessoalmente dirigidas àquele sujeito" (colchetes nossos).

¹⁴ "Cf. Orlando Gomes, *Direitos Reais*, Rio, 1958, Forense, 1ª. ed., nº 5, p. 19.

¹⁵ "As exceções existentes são as seguintes; 1. art. 186, do Código Tributário Nacional (crédito tributário prefere a qualquer outra, inclusive obrigações garantias por direitos reais, mas, àquele preferem, ainda, créditos trabalhistas); 2. aplica-se esse princípio aos créditos de natureza não tributária, mas regidos pelo art. 4º, § 4º, da Lei 6.830, de 22.9.1980; c) tem preferências, os créditos previstos nos arts. 148 e 449, da Consolidação das Leis do Trabalho; d) a hipótese disciplinada pelos arts. 1.560 c/c o 759, § único, do Código Civil.

precisamente, os de carácter obrigacional (pessoais ou creditórios), prevalecem os direitos reais. Deflui, precisa e justamente, desse atributo – **direito absoluto** – a validade e a eficácia de tais direitos, em relação a todos, quer dizer, **tem os direitos reais validade e eficácia erga omnes. O que se deseja sublinhar é que estes atributos – dentre outros – não são atributos discutíveis, senão que o entendimento doutrinário é absolutamente uniforme a respeito de sua existência, nos dias correntes, como, também, ao longo da história do direito.**

Neste sentido, pode-se dizer que são mais do que, propriamente, princípios, mas pelo grau de certeza de que existem como tais, e, justamente porque as leis os consagram e sempre os consagraram, praticamente galgam a categoria de verdadeiros axiomas.

Autor que fez escola de excepcional prestígio na Argentina distingue, em uma de suas obras, das dedicadas ao tema, que

“Direitos absolutos são aqueles que existem em relação a todos (erga omnes), ou seja, aqueles em que ao poder ou à faculdade do titular do direito corresponde um dever de abstenção de todos os demais. Ao contrário, são direitos relativos, aqueles que outorgam ao seu titular determinado comportamento de pessoa ou pessoas determinadas, podendo esse comportamento consistir não somente em uma abstenção, senão que, também (e, principalmente) em uma ação ou fato positivo”.

Os direitos reais dizem-se direitos absolutos, ao passo que, os direitos obrigacionais dizem-se “relativos”, i. e., **referem-se só e exclusivamente ao outro obrigado, destituído de validade e de eficácia em relação a terceiros, justamente porque, em relação a estes não se põe a possibilidade de serem atingidos.**¹⁶

À categoria dos direitos absolutos pertencem os direitos da personalidade, os direitos puros de família, os intelectuais (tendo em vista os seus aspectos morais e o direito de exploração da obra) e os direitos reais. Dizem-se “relativos”, os direitos creditórios.^{17 – 18} Eminent autor alemão, ao comentar a característica de serem os direitos reais absolutos, para o que é Imprescindível o princípio da publicidade,

¹⁶ Cf. Edmundo Gatti, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, ed. De Abeledo-Perrot, edição de agosto de 1975, Capítulo I, letra D, 1, p. 15.

¹⁷ Cf. Edmundo Gatti, *Teoría General de los Derechos Reales*, loc. Cit.

¹⁸ A literatura pode-se – quando às afirmações centrais do deste Parecer – é, absolutamente uniforme: Ernest Rouguin, *La Régle de Droit*, Lausanne, 1989, n.ºs 106 a 126, pp. 207 a 243, classifica os direitos obrigacionais como direitos relativos e relações como direitos absolutos; b) para uma posição densa e crítica de diversas tendências, v. José de Oliveira ascensão, *As Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, 1962, livr. Morais Editora, Secção I, n.º 5 e ss, p. 23 e ss.

observa que as modificações nas relações dos direitos reais tem necessariamente de ser dada publicidade, eis que precisam dessa ciência a terceiros, diante do caráter absoluto, pois em relação a todos valem, Sucessivamente, comparando essa situação com a dos direitos obrigacionais, diz: “É simplesmente natural, tendo em vista as relações obrigacionais, que desnecessitam ser exteriorizadas, dado que só dizem respeito a ambas as partes, dado que com elas não se pretende eficácia sobre ninguém, do mesmo modo que a ninguém dizem elas respeito, mas [diferentemente], em comparação com os direitos reais, que deve ser respeitado por todos e, por isso, tem de ser conhecidos. Por isso é que se fala em princípio da publicidade em relação ao direito das coisas”.¹⁹

Diz-se, ainda, que a dicotomia, entre direitos pessoais, obrigacionais (ou, ainda, também denominados relativos), de um lado, e, de outro, os direitos reais, são autênticas categorias do pensamento jurídico, e, por isso mesmo, “não poderiam elas faltar em direito algum e em qualquer uma de sua época”.²⁰

¹⁹ Karl Heinz Schwab, *Sachenrecht [Direito das Coisas]*, Munique, 20ª ed., ed. Beck'sche, § 2º, 1, p. 5, verbis: "Dem absoluten Charakter der dinglichen Rechte entspricht das Streben des Sachenrechts Erkennbarkeit der dinglichen Rechtslage und ihrer Veränderung auch für unbeteiligte Dritte. Es ist natürlich, daß die Schuldverhältnisse, die nur die beiden Partner berühren, nach außen, nicht in Erscheinung zu treten brauchen, weil sie eben auf niemand sonst wirken, also auch niemand sonst angehen, daß dagegen dingliche Rechte, die jedermann zu respektieren hat, auch für andere erkennbar sein sollen. Man spricht in diesem Sinn vom Publizitätsprinzip in Sachenrecht". Pierre-Claude Lafond, *DROIT DES BIENS*, Montréal, 1991, ed. Thémis, n° 2.12.1.1, p. 126 bem distingue, ao dizer que “o direito pessoal é um direito de crédito que uma pessoa tem em relação a outra”, dizendo respeito a relação entre duas pessoas, credor e devedor, e, “como seu próprio nome indica, é exercido contra uma pessoa”; já o direito real (op. cit., 2.1.2.2, p. 128) “é um direito que uma pessoa pode exercer diretamente sobre um bem. Trata-se de uma relação direta, inexistindo intermediário entre o titular do direito e o bem”. São seus principais atributos o direito de seqüela e o de preferência (op. cit., p. 129).

²⁰ “Cf. Edmundo Gatti, *Teoría General de los Derechos Reales*, cit., Capítulo III, A, 1, p. 21. Referem-se embasando essa afirmação Windsheid, na obra anotada por Fadda e Bensa, nas *Pandette* daquele e anotadas pelos dois últimos; ainda, Rudolph Sohm, nas suas *Instituições de direito privado romano*, 17ª ed., Madrid, 1928, n° 112, p. 636 e outros mais.

V

OS PRINCÍPIOS QUE CARACTERIZAM E CONFORMAM PRIVILEGIADAMENTE OS DIREITOS REAIS NOS SISTEMAS JURÍDICOS

Para que seja possível, funcional ou operacional, que os direitos reais gozem da posição que desfrutam, nos ordenamentos jurídicos,²¹ submetem-se princípios são fundamentalmente os seguintes:

1º) legalidade e tipicidade, o que significa que os direitos reais somente podem existir desde que a respectiva figura esteja prevista na lei e desde que o negócio ocorrido haja se submetido ou subsumido ao tipo legal; disto se segue que somente os direitos constituídos e configurados à luz dos tipos rígidos e exaurientes (modelos) consagrados no texto positivo é que poderão ser tidos como reais. Por tipos rígidos significa-se que os requisitos existem na regra jurídica, haverão de, necessária e imprescindivelmente de ser observados. Ademais o tipo legal do direito real contém elementos normativos e definitórios exaurientes, o que quer significar que o tipo legal prevê todos os elementos necessários à configuração do direito real, tudo, sob pena de, não respeitado o modelo, o negócio realizado poder valer, apenas e eventualmente, como direito obrigacional;²²

²¹ Na Alemanha a literatura aborda sempre preambularmente nas exposições sobre Direito das Coisas os chamados princípios referentes ao tema: a) v. Philipp Heck, Grundriß des Sachenrechts [Compêndio dos Direitos das Coisas], cit., § 1º, 10, letras "a" e "b", p. 5; b) Manfred Wolf, Sachenrecht [Direito das Coisas], Munique, 1976, ed. Beck'sche, 2º, p. 8 e seguintes; c) Friedrich Quack, Münchner Kommentar, Munique, 1986, 2ª ed., 4º vol., Einleitung [Introdução] n.ºs 45-63, p. 13-16; Karl Heinz Schwab, Sachenrecht [Direito das Coisas], cit., § 2º, pp. 5-7. Estes autores enunciam os mesmos princípios que estão no texto, com alguma variação nominal, mas não fundamental, salvo no que diz com o princípio da abstração que é próprio do direito alemão, inexistente entre nós (para uma notícia, entre nós, desse princípio e comparação com nosso sistema, v. Soriano Neto, Publicidade Material do Registro Imobiliário (Efeitos das Transcrição), Recife, 1940, esp. VI, n.º 32 e seguintes, p. 71 e seguintes; IV, n.º 24 ss, p. 55 ss).

²² “No direito comparado, cujo regramento é categórico e inteiramente válido para o direito brasileiro, há textos expressos nesse sentido, v. g., no Código Civil argentino, art. 2.502 e no Código Civil Português, art. 1.306, I. Entre nós, nesse sentido, Orlando Gomes, Direitos Reais, cito, n.º 5, fine, p. 19. Dispõe o art. 2.502, do CCArgentino: “Art. 2.502. Todo o contrato ou disposição de última vontade que constituir outros direitos reais, ou modificar os que por este Código se reconhecem, só valerá como constituição de direitos pessoais, se como tal puder valer”. Dispõe o art. 1.306, inc. I, do CCPortuguês: (“Numerus clausulus”) - Art. 1.306. 1. Não é permitida a constituição, com caráter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares [onde esta a hipoteca] deste direito, senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”.

2º) taxatividade ou *numerus clausus*, o que significa que estes tipos são previstos pela lei de forma taxativa. Isto não quer significar, entretanto, que inexista liberdade com relação aos negócios em envolvam direitos reais. Não há, isto sim, liberdade no que diz respeito à configuração dos direitos reais, dado que esta configuração se encontra exaurientemente descrita na lei, e essa descrição é imutável, tendo sido tudo, portanto, estabelecido pelo legislador; diz-se que a definição é imutável porque não sofre, **nunca**, influência da realidade social, **mas, ao contrário, o objetivo do sistema dos direitos reais é o de que a ele se submetam os negócios que se realizem; nunca, o contrário.** Tanto é assim que, um instituto que, empiricamente, cai em desuso, v. g., como a enfiteuse, não vê a sua estrutura e regime jurídico alterados, mas, apenas, deixa de ser utilizado; nada diferente disto.

3º) publicidade, por excelência para os bens imóveis, com o que se quer significar que os **direitos reais são objeto de uma publicidade específica e ABSOLUTAMENTE INDISPENSÁVEL**, a qual, não ocorrente, não se terá direito real;

4º) validade e eficácia *erga omnes*, pois em virtude de tais atributos ou efeitos, essa publicidade é exigida justamente porque os direitos reais sejam por todos respeitados, precisamente porque os direitos reais tem validade e eficácia *erga omnes*, necessário é que sejam exatamente conhecidos, inclusive podendo-se saber quem é o titular desses;

5º) inerência ou **aderência**, o que significa que o **direito real adere à coisa e a segue**, manifestando-se esse princípio no *ius persecuendi* e no *ius preferendi*, significando este último que o titular do direito real deve “ter preferência no exercício do seu direito, até mesmo em relação a outros direitos reais constituídos posteriormente sobre a mesma coisa, em conformidade com a máxima *prior in tempore potior in iure*. ...[Já] em relação “aos direitos pessoais nenhum credor pode invocar uma preferência para a satisfação do seu crédito com relação a credores posteriores do mesmo devedor. **Quando a lei, excepcionalmente, reconhece um privilégio ao credor, a preferência não depende quase nunca da data do crédito, salvo se este estiver conectado com um direito real de garantia (hipoteca, penhor)”**.²³

A **inerência** por certo, pressupõe o **princípio da especialidade**, que consiste em ser a coisa, objeto do direito real, necessariamente determinada e, por isso mesmo, vinculada ao direito subjetivo real do seu titular.

²³ “Cf. Beatriz Arean, CURSO DE DERECHOS REALES, PRIVILÉGIOS y DERECHO DE RETENCIÓN, Buenos Aires, 2ª ed., 3ª reimpressão, ed. Abeledo Perrot, Capítulo I, V, letra “p”, p. 30.

6º) direito de seqüela, o que consiste em o direito real **aderir** à coisa, **que resta afetada ao titular do direito real**,²⁴ perseguindo-a onde quer que ela se encontre, sem a possibilidade útil de que se lhe oponham quaisquer situações, inclusive se lastreada em direitos obrigacionais. O direito de seqüela é nota privativa dos direitos reais, não os tendo os direitos pessoais ou obrigacionais.²⁵⁻²⁶

No caso da hipoteca, **mesmo em caso de alienação (ou seja, com transferência do domínio) subsiste para o credor hipotecário o direito de promover a expropriação do bem hipotecado (*ius distrahendi*)**.²⁷

A propósito desta tipo de eficácia, específico do direito real, já se disse que “Os jurisconsultos de todos os tempos o tem chamado de direito real” (Troplong, Droit Civ. Expliqué - Louage, nº 5).

O Prof. Orlando Gomes, com inteira propriedade, sublinha, fazendo eco a pensamento comum, que, à luz desses princípios

“Já se disse, com razão que constituem [a seqüela e a preferência] as superioridades dos direitos reais sobre os de crédito”²⁸.

E, essa superioridade, projeta-se inequivocamente, na solução da questão central deste Parecer, pela seguinte premissa, mercê da qual devem ser solucionadas discussões a respeito:

"Premissa básica: salvo lei expressa em sentido contrário, prevalece, sempre, a situação de direito real, legitimamente constituída, em face do direito obrigacional".

²⁴ A este propósito observa Oliveira Ascensão (Direito Civil - Reais, cit., nº 23, III, p. 55) que “A afetação da coisa que referimos permite-nos ultrapassar o significado imediato material; ainda há uma afetação da coisa na hipoteca”.

²⁵ V. Álvaro Moreira Carlos Fraga (compilação de preleções do Prof. C. A. Mona Pinto), Direitos Reais, Coimbra, Livr. Almedina, s/d, nº 16, p. 51.

²⁶ Especificamente no que com respeito à hipoteca diz-se que, conquanto o credor não possa se opor à alienação do imóvel, mas como não sofrer prejuízo, socorre-lhe o direito de seqüela [=droit de suite], que atinge, especialmente, terceiros adquirentes, que não podem alegar prejuízo algum, diante da inscrição que é pública e de que tinham de ter conhecimento (V. Alain Piédelièvre, Droit des Biens, cit., Paris-N. York-Barcelona-Milão, 1997, ed. Masson, nº 373, 4, p. 330). Igualmente, diz-se que “se uma pessoa adquire em virtude de um negócio jurídico um imóvel gravado com hipoteca, a propriedade mudará de titularidade, mas o gravame continuará afetando-a” (Cf. José María Chico y Ortiz, Estudios sobre Derecho Hipotecario, cit., Iº vol., Capítulo XII, letras “C” e “d”, p. 318).

²⁷ v. Afonso Dionysio Gama, DIREITOS REAIS DE GARANTIA (PENHOR, ANTICHERESE E HIPOTECA), São Paulo, 1930, Livraria Acadêmia, nº 236, p. 251, estribando a afirmação do texto no *ius pignus persecuendi*, dos Romanos, vale dizer, o “direito de perseguir a coisa onde estiver e penhorá-la”, lembrado o disposto no art. 755, do Código Civil. E, no nº 237, p. 252, é claro ao dizer que “as alienações posteriores do imóvel, no todo ou em parte, por título oneroso ou gratuito, singular ou universal”, não afetam a garantia real da hipoteca. A única forma do terceiro detentor “livrar-se plenamente dos efeitos do direito de seqüela” é promovendo a remissão do imóvel (nº 238, p. 252). Em nosso direito anterior, era precisamente essa a situação (v. Didimo Agapito da Veiga, DIREITO HYPOTHECARIO, COMMENTARIO ao Decreto nº 169, de 19 de janeiro de 1890, cit., nº 194, p. 246). A mesma coisa no direito italiano, onde se diz que a hipoteca, porque direito real “attribuisce al titolare di essa il diritto di sequela, ossia il diritto di espropriare il bene anche se esso viene alienado in confronto al terzo acquirente” (cf. CODICE CMLE, aos cuidados de Pietro Rescigno, 1994, 2a ed., Giuffrè, parte comentada por Ivano Tosti, alms. ao art. 2.808, do Código Civil italiano, 1, p. 2.962).

²⁸ V. Orlando Gomes, Direitos Reais, cit., nº 4, p. 16.

VI

A POSIÇÃO DE QUAISQUER TERCEIROS, QUE INVOQUEM, OU NÃO, SITUAÇÕES JURÍDICAS, EM FACE DE TITULARES DE DIREITOS REAIS

Do que se acabou de dizer resultam, no campo da doutrina, explicações para estabelecer a posição de quaisquer terceiros, em face de uma situação de direito real, e, essas explicações convergem para a idéia comum de que **os terceiros, em relação a uma situação de direito real, devem se abster.**²⁹ Terceiro, no caso, define-se como sendo aquele que "no ha intervenido en un acto o contracto inscrito", Vale dizer, são todos aqueles estranhos ao negócio jurídico real. Outros autores (como Roca Sastre) dizem que "os adquirentes a título gratuito, com boa ou má fé "são terceiros porque não são partes em relação a uma situação registral anterior à sua aquisição".³⁰

²⁹ "Assim é que Marcel Planiol (*Traité élémentaire de Droit Civil*, Paris, 1904, 3ª ed., tomo I, § 1.904, p. 679 e ss., refere-se a uma obrigação passiva universal, que atinge todos os terceiros; essa tese ou explicação foi amplamente desenvolvida por H. Michas, na sua obra *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, Paris, 1900, p. 68 e ss. Teixeira de Freitas, muito antes de Planiol, ao tratar dos direitos absolutos, dizia que 'A condição distintiva dos direitos absolutos é que a obrigação que lhes diz respeito afeta a massa inteira das pessoas com as quais o agente do direito pode estar em contato', e, por isso mesmo, afirmou que de obrigação negativa se tratava. Entre nós Orlando Gomes (op. ult. cit., n°5, p. 19) diz que "Os direitos reais são absolutos. Implicam, portanto, na obrigação imposta a toda a gente de respeitá-los".

³⁰ "Cf. José Maria Chico y Ortiz, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, cit., IIº vol., Capítulo XII, letras "C", "a" e "b", pp. 312-313

VII

OS PRINCÍPIOS DOS DIREITOS REAIS ENCONTRAM-SE CONSAGRADOS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O princípio da legalidade e da taxatividade encontram-se previstos, no direito brasileiro, no art. 674, do Código Civil, que dispõe: "**Art. 674** - São direitos reais, além da propriedade: I - a enfiteuse; II - as servidões; III - o usufruto; IV - o uso; V - a habitação; VI - as rendas expressamente constituídas sobre imóveis; VII - o penhor; VIII - a anticrese; IX - a hipoteca. Este texto contém o rol básico de direitos reais, o que não quer dizer que, por lei, não se possam estabelecer outros direitos reais.³¹

O **art. 676**, do Código Civil, a seu turno, dispõe: "Art. 676 - Os direitos reais sobre imóveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da

³¹ Os direitos reais necessitam ter tido sua instituição por lei. Por isto é que, o que a lei ou o sistema jurídico instituído, é interpretado taxativamente, com o que inexistem direitos reais não previstos na lei ou no sistema. O elenco fundamental, em nosso sistema é o do art. 674, do Código Civil. Há autores que colocam, ainda, como direitos reais as seguintes hipóteses: a) a alienação fiduciária em garantia (como direito real de garantia -v. a propósito deste assunto, José Carlos Moreira Alves, Da Alienação Fiduciária em Garantia, Rio de Janeiro, 1987, 3ª ed., Forense, nº 20, p. 154 e também na obra Posse - Estudo Dogmático, II, 1º tomo, Rio de Janeiro, 1990, Forense, pp. 245-246, concluindo em ambas as obras ser a alienação fiduciária uma forma de , propriedade limitada e não um direito real); b) o direito à aquisição da coisa prometida vender, desde que seja promessa de compra e venda irrevogável e irrevogável, e, desde que devidamente registrada (cf. amplamente, José Carlos MOREIRA ALVES, Posse - Estudo Dogmático, II, 1º tomo, cit., pp. 243-244; c) agregue-se a esse rol, ainda, a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares (decreto-lei 271, de 28.2.1967, arts. 7º e 8º, observando-se que essa concessão deve ser inscrita, na forma do § 1º, do art. 7º, do decreto-lei 271); c) as hipóteses dos arts. 5º e 22, do decreto-lei 58, de 10.12.1937 (redação que lhes deu a lei 6.014, de 27.12.73, art. 1º), e, bem assim, a hipótese do art. 25, da Lei 6.766, de 19.12.1979, que Pontes de Miranda (cf. Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, 1971, 3ª edição, Borsoi, § 1.461 e seguintes, página 111 e seguintes) considera constituir o poder de oponibilidade, em prol do promitente comprador, em relação a ulteriores promessas; vários autores o acompanham, tais como, entre outros, Clóvis do Couto e Silva e Antunes Varela, e, Moreira Alves [Posse, II, 1º tomo, p. 249]; d) mencione-se, ainda, a hipótese do art. 69, da Lei 4.380, de 21.8.1964, em que se disciplina o contrato de promessa de cessão de direitos relativos a imóveis não loteados, sem cláusula de arrependimento e com imissão de posse, desde que inscrito no registro imobiliário, devendo-se mencionar, ainda, o disposto na Lei 4.591, art. 35, § 4º, em que, se faz decorrer da averbação da carta-proposta ou do documento de ajuste preliminar, precisamente eficácia do negócio em relação a terceiros. Moreira Alves (v. Posse, cit., II, 1º tomo., p. 252) conclui que não são, propriamente, direitos reais senão que se trata "simplesmente, de eficácia erga omnes conferida à promessa). Assim também pensamos, há muitos anos, tratar-se de eficácia real agregada a situação obrigacional (cf. Arruda Alvim, voto vencido, na apel. nº 264.534, 1º TACSP, que prevaleceu no julgamento dos Embargos Infringentes, de que relator o Dr. Rafael Granato -publicado em apenso à obra de Ricardo Arcoverde Credie, Adjudicação Compulsória, ed. da Revista dos Tribunais, várias edições - na 3ª ed., esses votos estão às páginas 91 e seguintes, firmando-se aí também que a ação de adjudicação compulsória independia da inscrição; estas mesmas afirmações encontram-se na Teoria Geral do Direito das Coisas" In Revista do Advogado, (20):9-10; esse entendimento veio a tomar-se pacífico no Colendo Superior Tribunal de Justiça); poder-se-ia, ainda, mencionar a Lei n. 9.514, de 20.11.97 - art. 23 - de acordo com o qual "constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis do contrato que lhe serve de título"; o Decreto-lei nº 911, de 1.10.69, art. 1º, que faz referência à alienação fiduciária de coisa móvel; o art. 50 do Código de Águas (uso da derivação). Com este elenco parece que se exaurem situações jurídicas reais fora do Código Civil.

transcrição, ou da **inscrição, no Registro de Imóveis**, dos referidos títulos (arts. 530, I, e 856), salvo os casos expressos neste Código". Isto significa que, como regra geral inexistem direitos reais, sem publicidade.³²

No que diz respeito aos direitos reais, estes, igualmente, pela letra do art. 676, do Código Civil, somente resultam adquiridos com publicidade. A regra geral do referido art. 676, do Código Civil, a se turno, é objeto de especificações, em relação aos diversos direitos reais existentes no sistema.³³

³² A frase final, do art. 676, do Código Civil, dispõe: "Art. 676 - Os direitos reais sobre imóveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no Registro de Imóveis, dos referidos títulos (arts. 530, I, e 856), salvo os casos expressos neste Código". Ora, quando o sistema de direito civil, expressamente, dispõe que só mediante os "casos expressos", a respeito dos quais, portanto, tem de haver exceção legal, isto quer significar que a publicidade é princípio geral do direito das coisas. Os casos expressos encontram-se nos incisos II, III e IV. do art. 530, verbis: "Art. 530 - Adquire-se a propriedade imóvel: I - pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel: II - pela acessão; III - pelo usucapião; IV - pelo direito hereditário". Ora, pelo inciso I, verifica-se a presença do princípio geral, ou seja, só com a publicidade, vale dizer, só com a transcrição adquire-se a propriedade, ao passo que, nos incisos II, III e IV, do mesmo art. 530, do Código Civil, encontram-se hipóteses em que - apesar da ausência de registro ou transcrição - resulta adquirido o direito real, a que esses textos dizem respeito.

³³ Cf. Alessandro Natucci, *La Tipicità dei Diritti Reali*, edição revista e atualizada, Padova, 1988, ed. Cedcam. Capítulo 4°, 4, p. 115.

VIII

SÍNTESE CONCLUSIVA

Esta exposição nos permite, conclusivamente, afirmar que, no sistema brasileiro, as situações subsumidas a esses princípios e enquadradas nos textos que a elas dizem respeito, são direitos reais, e, por isso mesmo, são estas as situações que têm validade e eficácia erga omnes. Do que se acabou de expor e concluir, deve-se ter presente que a validade e a eficácia do direito real, em detrimento de direitos pessoais ou obrigacionais, representa um verdadeiro princípio, pois, existe como regra geral que emerge de diversos textos, com o mesmo e idênticos sentido e função no ordenamento. Ilustre tratadista da matéria afirma, precisamente nessa linha, que "Normalmente o direito real prevalece sobre os direitos obrigacionais" porque, como havia dito pouco antes o mesmo autor "O direito real é um direito subjetivo de conteúdo patrimonial que recai diretamente sobre uma coisa ou um direito e o seu titular goza de um poder de exclusão em relação a qualquer outra pessoa, estando o seu exercício protegido por uma ação real".³⁴

³⁴ Cf. Antonio Roman Garcia, La Tipicidad en los Derechos Reales, Madrid, 1994, Editorial Montecorvo S. A., capítulo VI, A, pp. 69-70.

IX

OS DIREITOS REAIS DE GARANTIA E O DIREITO REAL DE GARANTIA DE HIPOTECA – A HIPOTECA TEM POR FIM AFASTAR TODO E QUALQUER OUTRO CREDOR DO DEVEDOR COMUM

Os direitos reais de garantia gozam, por tudo quanto se disse, de uma tutela ou ‘garantia’ de caráter absoluto.

São “os direitos reais de garantia ... direitos que conferem o poder de, pelo valor de uma coisa ou pelos valor dos seus rendimentos, um indivíduo obter, com preferência sobre todos os outros credores, o pagamento de uma dívida de que é titular ativo”.³⁵

Por **terceiros** devem-se entender, não só aqueles aqueles que são estranhos a um dado negócio, que esteja protegido por garantia real, como também os que possam pretender ter um direito subjetivo, que, eventualmente possa ser confrontado com uma situação constitutiva de direito real, É, esse terceiro, sempre alguém estranho “aos sujeitos entre os quais uma determinada relação se constituiu, e também no que diz respeito à hipoteca pode-se reconhecer uma tutelabilidade erga omnes, como nos outros direitos reais”.³⁶ O Prof Alessandro Natucci, discorrendo sobre o regime jurídico da hipoteca, observa ser suficiente - além de ser pacífico na doutrina italiana - ter-se em mente que a hipoteca tem o caráter de oponibilidade a terceiros adquirentes, sobre cujo assunto “non vi possono essere dubbi”.³⁷ A hipoteca é um direito real pela

³⁵

³⁶

³⁷ Cf. Alessandro Natucci, *La Tipicità dei Diritti Reali*, cit., cap. 4º, 4, p. 115-116.

circunstância, verdadeiramente qualificante dos direitos reais, da sua oponibilidade a terceiros adquirentes.³⁸

³⁸ Cf. Alessandro Natucci, *La Tipicità dei Diritti Reali*, cit., cap. 4º, 4, p. 117, verbis: "Diritto reale essa [=a hipoteca] sarebbe comunque a nostro avviso per il dato, veramente qualificante dei diritti reali, dall'oponibilità ai terzi acquirenti. (art. 2.808 c.c.[italiano])". Entre nós, o Prof. Darcy Bessone Cf. (Darcy Bessone, *Direitos Reais*, São Paulo, 1988, ed. Saravia, nº 292, p 398) com linguagem que tem por óbvia essa questão diz: "É claro que se trata de direito real, porque vincula a coisa à razão creditória". Autores mais antigos, sempre marcando ser a hipoteca direito real, afirmavam, com razão que, uma vez verificada a hipoteca "o domínio [do devedor hipotecário] acha-se desde então desfalcado de faculdades importantes, quer no tocante ao jus abutendi [limitação ou ineficácia de alienações, em detrimento do credor hipotecário]" (Cf. Affonso Fraga, *Direitos Reais de Garantia - Penhor, Antichrese e HYPOTHECA*, São Paulo, 1933, Livr. Acadêmia-Saraiva, ° 187, p. 411, acrescentando, ainda, que "Estabelecido o princípio doutrinário e legal de ser a hipoteca um direito real, é conseqüente se concluir que ela importa na desintegração do domínio da coisa que presta a garantia" (nº 188, p. 413). A mesma ponderação, de que a hipoteca diminui o i us abutendi (o direito de disposição sobre a coisa) é feita por Cf. Tito Fulgêncio, *Direito Real de HYPOTHECA*, São Paulo, 1928, Livr. Acadêmica - Saraiva, coms. ao art. 756, do Código Civil, item 4º, p. 9.

Vejam-se, ainda, no mesmo sentido:

a) "Em face de terceiros, a hipoteca, uma vez levada a registro, cria um vínculo real entre o credor e a coisa, que é oponível "erga omnes". Por conseqüência, o adquirente do imóvel hipotecado não pode, alegando ignorância do fato, impedir que o prédio seja objeto de execução ou de alienação" (Sérgio Shimura "Título executivo", São Paulo, 1997, ed. Saraiva, n. 3.6.7.2, p. 304);

b) "La fe pública del registro protege únicamente, a tenor de las normas generales, al que adquiera la hipoteca o un derecho sobre la misma, de buena fe y por negocio jurídico. (...) El registro vaie como exacto frente al tercero (§ 892 BGB)" (Enneccerus, Kipp, Wolff "Tratado de Derecho Civil", Barcelona, 1953, 2ª ed., tradução de Blas Pérez González Y José Alguer, Tomo III - parte 2ª, §137, p. 252.

c) Art. 167, nº 1, da Lei nº 6.015/73 - "Por força de sua função positiva, resulta que a Hipoteca é plenamente eficaz, desde que inscrita [registrada]. A sua eficácia é "erga omnes", atuando em relação a todos os terceiros, de qualquer espécie, no sentido mais absoluto, tenham tido ou não conhecimento efetivo da inscrição [registro], pois esta, quer como forma de publicidade constitutiva tornando líquido o direito, quer como simples sistema de publicidade, é suficiente para conter em si própria a possibilidade de conhecimento, em face de todos" (Miguel Maria de Serpa topes "Tratado de Registros Públicos", 6ª ed., 1996, vol. II, nº 323, p. 359).

A hipoteca pode ser descrita como sendo "uma garantia real, em princípio imobiliária, que se realiza sem o desapossamento do devedor. Afeta-se um imóvel à garantia de uma obrigação, de tal modo que, da afetação resultam o direito de preferência, **oponível aos demais credores do devedor comum**, e o direito de seqüela, que, no que interessar à eficácia da garantia hipotecária, se opõe [mesmo] a qualquer direito real ou de outra natureza".³⁹ O direito de preferência, a seu turno" consiste no dever de pagar o credor hipotecário, pelo produto da alienação da coisa, **antes e com exclusão de qualquer outro credor**. Também é sabido que o direito de seqüela autoriza a perseguição da coisa, para garantir-se a dívida a que ela se vinculava realmente".⁴⁰

Diga-se mais ainda que "A hipoteca constitui-se sem o desapossamento do devedor, o que significa que este conserva a posse da coisa, juridicamente vinculada ao crédito garantido".⁴¹

Isto deixa claramente evidente que a hipoteca marca-se pelo vínculo real de afetação da coisa imobiliária à garantia de um débito, sem que se cogite de transferência da posse ao credor hipotecário. Esta remanesce com o devedor hipotecário, podendo este transferi-la a outrem. Se, todavia, o devedor transferir a posse a outrem, nem por isso desaparece a garantia real, a qual subsiste integralmente. Com isto fica evidente que a mutação na situação possessória não influi e não afeta a plenitude da garantia.

O que é elementar à hipoteca, para ser ela considerada como tal, é o requisito da publicidade, com o qual se instaura efetivamente o direito real de garantia hipotecária. É a regra do art. 828, do Código Civil.⁴²

Aliás, diz-se acertadamente que o fim precípua - **ontológico e inerente à hipoteca** - da hipoteca é valer contra terceiros, mesmo porque **"Sem validade contra terceiro, a hipoteca esvaziar-se-ia, pois que ela só se compreende operando contra terceiro, sejam estes credores (direito de preferência) ou titulares de direito real sobre a coisa (direito de seqüela)**".⁴³

³⁹ Cf. Darcy Bessone, *Direitos Reais*, cit., n.º 289, p. 393 (grifou-se).

⁴⁰ Cf. Darcy Bessone, *Direitos Reais*, op. e loc. ult. cits. (grifou-se).

⁴¹ Cf. Darcy Bessone, *Direitos Reais*, cit., n.º 289, p. 393.

⁴² Cf. Darcy Bessone, *Direitos Reais*, cit., n.º 290, p. 395, ao tratar dos elementos constitutivos da hipoteca.

⁴³ Cf. Darcy Bessone, *Direitos Reais*, cit., n.º 290, p. 395.

X

OS BENS HIPOTECÁVEIS

Podem ser objeto de hipoteca o terreno, sobre o qual se pretende construir, como, ainda, os próprios apartamentos a serem construídos.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira: "Embora a lei especial se lhe não refira por expresso, entendemos ainda que **é possível a hipoteca sobre o apartamento a construir, gravando desde logo a fração ideal do terreno, e abrangendo a construção na medida em que emerge da fase de mera expectativa e se converte em realidade material.** A argumentação fundada na necessidade de especialização da hipoteca não tem procedência, porque a descrição da unidade opera como uma especialização antecipada".⁴⁴

Aduz Darcy Bessone que "pode garantir-se, por hipoteca, a dívida futura, como, por exemplo, nos financiamentos hipotecários de construção a se realizar",⁴⁵ não sendo, sequer necessário que tenha sido expedido o 'habite-se'.

⁴⁴ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, Rio, 1994, ed. Forense, 11ª ed., pp. vol. IV, 223/224.

⁴⁵ Cf. Darcy Bessone, Direito Reais, cit., p. 394

XI

A ESSÊNCIA DO REGIME DA HIPOTECA - A SUA EXECUÇÃO NO REGIME DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA CONEXÃO COM O CÓDIGO CIVIL – A LEI N° 5.471, DE 1° DE DEZEMBRO DE 1971.

A hipoteca, direito real que é, adere à coisa. Dispõe o art. 755, do Código Civil, na parte referente aos **Direitos Reais de Garantia** que: "**Art. 755.** Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou **hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação**". Ademais, a hipoteca é indivisível - salvo convenção expressa em sentido contrário -, dispendo a esse respeito o Código Civil, verbis: "**Art. 758.** O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título, ou na quitação”.

XII

GARANTIA HIPOTECÁRIA E O SISTEMA PROCESSUAL DE SUA REALIZAÇÃO - A LEI Nº 5.471, DE 1º. 12.1971

No plano do processo, **no regime geral ou comum**, em havendo **execução hipotecária** somente será válida a nomeação, que seja feita pelo devedor, se indicar o bem hipotecado, o qual fica, **também no plano processual, afetado à realização da garantia**. É o que reza o art. 655, § 2º, do Código de Processo Civil: “§ 2º Na execução de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, a penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia”. E, o art. 656, do mesmo Código de Processo Civil, congruentemente, dispõe: “Art. 656. Ter-se-á por ineficaz a nomeação, salvo convindo o credor: I - ...; II - se não versar sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento;...”. Estas regras são, a seu turno, rigorosamente compatíveis com a do art. 759, do Código Civil, ao disciplinar os **Direitos Reais de Garantia**: “**Art. 759. O credor hipotecário e o pignoratício tem o direito de executar a coisa hipotecada, ou empenhada, e preferir no pagamento, a outros credores**, observada, quanto à hipoteca, a prioridade da inscrição”.

A Lei nº 5.471, de 1º de dezembro de 1971, **deferiu proteção especial ao credor hipotecário, no SFH**, pois essa lei “**Dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação**”.

Devem ser sublinhados os seguintes pontos, desse regime especial: **a)** não havendo pagamento, depois de proposta a execução, dispõe o art. 4º, dessa lei que “efetuar-se-á a penhora do imóvel hipotecado,...; **b)** se o executado não estiver na posse “o juiz ordenará a expedição de mandado de desocupação contra a pessoa que o estiver ocupando, para entregá-lo ao exequente no prazo de 10 (dez) dias” (art. 4º, § 1º); **c)** o executado poderá opor embargos, dentro em dez dias, e, **somente se alegar que** “depositou por inteiro a importância reclamada na inicial” ou “que resgatou a dívida, oferecendo desde logo aprova da quitação”, **é que os embargos terão efeito suspensivo**, dado que “os demais fundamentos dos embargos previstos no art. 741, do Código de Processo Civil, não suspendem a execução” (art. 5º, I e II e parágrafo único); **d)** e, não havendo “licitante na praça pública, o juiz adjudicará, dentro de quarenta e oito horas, ao exequente o imóvel hipotecado,...”.

Ora a simples leitura do regime da execução hipotecária de créditos referentes ao SFH, demonstra o tipo de proteção de que gozam, porque se constituem na causa principal da possibilidade de construções, destinadas a habitações.

Não fossem suficientes os argumentos extraíveis da Lei nº 5.471/71, e, do próprio sistema do Código de Processo Civil, além dos fundamentos radicalmente decisivos do sistema do Código Civil, em relação aos direitos reais e à proteção da garantia hipotecária, há de se ter presente que, ao lado da possibilidade de execução hipotecária, pelo rito da Lei nº 5.471/71, existe o caminho da possibilidade da execução extrajudicial, cuja previsão tem sido havida como constitucional, inclusive pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça,⁴⁶ jamais tendo deixado de ser tida como constitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. E, nessa esteira, que já tem historicidade, entre nós, dessa proteção ao financiamento imobiliário, vale lembrar a recente Lei nº 9.514, de 20.11.1997, em que se instituiu, em favor do financiamento, a alienação fiduciária da coisa imóvel, ao lado de outras possíveis garantias (art. 17). **Estas referências evidenciam, apenas, que o sistema jurídico reservou à hipoteca, no contexto do financiamento imobiliário, lugar particularmente destacado.**

⁴⁶ Conferir os seguintes acórdãos:

TRF da 1ª Região - AC 94.01.24.085-0/PI, 4ª Turma, Rel. Juíza Eliana Calmon, publ. no DJU de 03/11/94, p. 62.654; Acórdão do TRF 1ª Região - Tribunal Pleno - em suspensão de segurança, nº 95.01.08962-2/MT, em cuja ementa se lê: "SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70/66. LEGALIDADE - II - Jurisprudência firme do extinto T.F.R. e dos T.R.Fs. que se mantém em sintonia com a Carta Política de 88, demonstrando sua valia pela proteção judicial aos mutuários do S.F.H. pelas tradicionais vias das ações cautelares, anulatórias, consignatórias etc.";

TRF da 2ª Região - AC 90.02.21032-9, 1ª Turma, Rei. Des. Clélio Erthal, julgado em 11/09/91 e publ. no DJU de 17/10/91; v. ainda, deste TRF 2ª Região: AC 205581/RJ, 1ª Turma, DJ 26.03.96; AC 205668/RJ, 1ª Turma, DJ 08.10.91; AC 204830/RJ, 1ª Turma, DJ 01.08.91; AC 211712/RJ, 1ª Turma, DJ 03.08.93; AC 219863/RJ, 1ª Turma, DJ 07.10.93; AC 210867/RJ, 1ª Turma, DJ 08.10.91; AC 212050/RJ, 1ª Turma, DJ 21.11.91; AC 219119, 1ª Turma, DJ 05.05.92 (todos relatados pelo Juiz Clelio Erthal); AC 205023/RJ, 1ª Turma, DJ 25.08.94; AC 216347/RJ; 1ª Turma, DJ 28.03.95; AC 207121/RJ, 1ª Turma, DJ 09.06.95 (todos relatados pelo Juiz Frederico Gueiros); AC 210132/RJ, 1ª Turma, DJ 10.11.93; AC 207958/RJ, 1ª Turma, DJ 03.09.91; AC 219355/RJ, 1ª Turma, DJ 13.11.90 (todos relatados pela Juíza Tania Heine); AC 121682/RJ, 3ª Turma, DJ 09.07.96, rel. Juiz Valmir Peçanha; AC 223527/RJ, 3ª Turma, DJ 20.05.93, rel. Ney Valadares; AC 211408/RJ, 3ª Turma, DJ 17.08.93, rel. juiz Celso Passos;

TRF da 4ª Região: AC 416398/RS, 3ª Turma, DJ 12.08.92; AC 411641/SC, 3ª Turma, DJ 06.05.92; AC 409715/SC, 3ª Turma, DJ 11.09.91; AC 409293/SC, 3ª Turma, DJ 22.01.92 (todos relatados pelo Juiz Fábio B. da Rosa); AC 406008/RS, 3ª Turma, DJ 11.01.95, rel. Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar; AC 422899/SC, 2ª Turma, DJ 11.10.94, rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler; AC 410085/SC, 2ª Turma, DJ 21.09.94, rel. Juiz José Fernando Jardim de Camargo; AC 416147/RS, 3ª Turma, DJ 26.05.93, rel. Gilson Langaro Dipp.

TRF da 5ª REGIÃO: AC 575816/CE, 3ª Turma, DJ 06.10.95, rel. Juiz Rivalvo Costa.

TJRS, Ap. nº 591020185, 5ª Turma, Rel. Des. Lio Cezar Schmitt, - votos vencedores dos Desembargadores, Rui Rosado de Aguiar Jr. e Sergio Pilla da Silva - j. un. 2/5/91

STJ - REsp nº 46.050-6, Reg. 94.0008625-3, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 27/04/94 e publ. no DJU de 30/05/94.

A hipoteca, para ser efetivamente considerada tal, deve ser objeto de publicidade, ou seja, deve ser inscrita (Código Civil, **Art: 831**. “Todas as hipotecas serão inscritas no lugar do registro do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um”; Art. 828 – “As hipotecas legais, de qualquer natureza, não valerão em caso algum contra terceiros, não estando inscritas e especializadas”) e Lei n° 6.015, de 31.12.1973 (Registros Públicos), art. 167, I, 2). Uma vez hipotecado o bem, quaisquer acessões, melhoramentos ou construções, ficam compreendidos ou abrangidos em favor da garantia hipotecária (Código Civil, art. 811, 1ª parte). Subsistem apenas os ônus reais "constituídos e transcritos" anteriormente à hipoteca (**Código Civil, art. 811, 2ª parte**). A garantia hipotecária é realizável por ação executiva, contra o devedor (**ou, contra quaisquer possuidores ou detentores**),⁴⁷ **afetada a coisa a essa finalidade, por vínculo real; se, porventura, se fizer a venda de imóvel hipotecado, sem se ter notificado disso o credor hipotecário, essa alienação judicial é nula (Código Civil, art. 826)**.

O direito de seqüela ganha significação prática, subsistindo, mesmo se ocorrerem mutações sucessivas à constituição da garantia hipotecária, dizendo-se, corretamente que "A ação hipotecária permite ao credor promover a penhora da coisa sem considerar as mutações materiais ou jurídicas posteriores à constituição do vínculo real (direito de seqüela) e, penhorada e alienada, o credor hipotecário prefere aos demais, quanto ao produto da alienação. Se o bem é penhorado em execução promovida por outro credor, também o direito de preferência se exerce, até mesmo contra O exequente".⁴⁸

Os direitos reais de garantia, igualmente, submetem-se, para serem considerados efetivamente como tais, à exigência, **absolutamente imposterável**, da publicidade.

No que diz respeito à hipoteca, para ser considerada direito real, na plenitude dos efeitos de uma situação real, haverá de ter sido objeto de publicidade (com sua inscrição e especialização do bem), na forma do art. 828, do Código Civil.

O Código Civil deixa inequivocamente claro que só ônus reais precedentes à hipoteca subsistem, o que, curialmente, **afasta quaisquer outras situações que não sejam ônus reais precedentes à hipoteca**, em detrimento desse direito real, em que se consubstancia a garantia hipotecária, verbis:

“Art. 811 - A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e transcritos, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel”.

A disciplina do Código Civil (art. 676) é, ademais de tudo, completada pela da Lei de Registros Públicos (Lei n° 6.015, de 31.12.73.).

⁴⁷ Ao credor hipotecário sempre coube uma ação privilegiada, executiva (em tempos mais antigos, a decendiária), não só contra o devedor “como também contra quaisquer terceiros) - v. Affonso Dionysio Gama, DA HYPOTHECA, 1930, p. 198, p. 197; no mesmo sentido, Alfonso Dionysio Gama, Dos direitos reais de garantia (penhor, Anticrese e Hypotheca), São Paulo, cit., n° 259, p. 263.

⁴⁸ Cf. Darcy Bessone, Direitos Reais, cit., n° 293, pp. 399-400.

XIII

O DIREITO OBRIGACIONAL PODE RESTAR FORTALECIDO SE SE LHE AGREGAR UM PREDICADO PRÓPRIO DOS DIREITOS REAIS

Demogue afirmava,⁴⁹ com inteira razão que, para se fortalecer uma relação obrigacional, a esta poderia o legislador vir atribuir-lhe a possibilidade de ter publicidade, tal como se se tratasse de um direito real, ou mesmo, transformando-a em um direito real. Afirmava que o direito real é dotado de elementos que tornam a sua fruição e exercício mais cômodos, e, conferindo ao direito real maior grau de oponibilidade.⁵⁰ Em realidade, o que efetivamente ocorre é atribuir-se

eficácia real, erga omnes, a uma situação obrigacional, originariamente despida dessa eficácia *erga omnes*.

A possibilidade de atribuir-se publicidade a relações obrigacionais tem existido, entre nós, em matéria locatícia e tendo em vista negócios imobiliários, decorrentes de pré-contratos. Se não ocorrer a publicidade ou o registro do pré-contrato, tem esse natureza obrigacional.⁵¹ Todas

⁴⁹ Veja-se Rene Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1991, p. 405 ss; *Traité des Obligations en general*, Paris, 1923, tomo I, n° 4, p. 5 ss.

⁵⁰ Veja-se Guillermo L. Allende, *Panorama de Derechos Reales*, cit., Capítulo III, C, d, p. 46, que analisa minudente e profundamente a posição de Demogue.

⁵¹ Cf. Arnaldo Rizzardo, *PROMESSA DE COMPRA E VENDA E Parcelamento do Solo Urbano*, Coleção AJURIS - 15, Capítulo VI, 4, pp. 79-80, dizendo em relação à Lei do Parcelamento do Solo e ao Decreto-lei n° 58/1937 que, esses textos "infundem nítida certeza quanto à natureza obrigacional da convenção, ..."; se registrado o compromisso, ter-se-á direito real, ainda que haja opiniões desencontradas, mas que guardam um fundo comum (Cf. Arnaldo Rizzardo, *PROMESSA DE COMPRA E VENDA E Parcelamento do Solo Urbano*, cit., Capítulo VIII, p. 91); substancialmente em termos práticos, no mesmo sentido, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, 1977, 4ª ed., tomo XIII, § 1.464, I, p. 115, opinando em face do decreto-lei 58/1937, sendo que no § 1.464,7, diz que a averbação "assegura (=dá eficácia) contra terceiros"; José Osótió de Azevedo Júnior, *Compromisso de Compra e Venda*, São Paulo, 1983, 2ª ed., Saraiva, 2., na parte que trata do "O Direito Real", p. 59, desde que inscrito o compromisso. Outros referem-se a eficácia real da obrigação (Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., vol. 13, § 1.433, letra "c", p. 34; Des. César Peluco, voto publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 495/p. 155, entre outros). Darcy Bessone, *DA COMPRA E VENDA Promessa & Reserva de Domínio*, São Paulo, 1988, 3ª ed., Saraiva, distinguindo e invocando a posição dominante de que sem inscrição tem-se uma relação obrigacional (Capítulo III, p. 15 e ss), ao passo que, com a inscrição do compromisso de compra e venda, ter-se-á direito real (Capítulo IX, p. 138 e ss). Seria ocioso continuar com mais referências, pois a distinção é em suas linhas gerais, pode-se dizer, unânime; a) sem registro, trata-se de direito obrigacional; b) com registro, tem-se direito real; c) O Prof. Oliveira Ascensão (*Direito Civil - Reais*, cit.) coloca ao lado dos direitos reais, propriamente ditos, a figura da obrigação a que se agregue um atributo dos direitos reais, ao que, então designa como "eficácia externa da obrigação", que é, - acrescentamos nós - precisamente, o caso do compromisso de compra e venda registrado (op. cit., n° 20, I, p. 47). Diz mais que o direito real, propriamente dito, "fundado em razões absolutas, exerce-se sem atenção paaprticular de ninguém. O sujeito passivo da pretensão real é designado pela mera circunstância objetiva e exterior de representar um obstáculo ao direito real", concluindo que "o direito real é um direito absoluto, por oposição aos direitos relativos [obrigacionais]" (op. ult. cit., n° 19, II, pp. 47-48). Aduz ainda que o direito real é "funcionalmente dirigido à afetação da coisa" (op. ult. cit., n° 23, p. 53).

as leis, que se referem ao assunto, consagram a distinção,⁵² o que deixa evidente tratar-se de um sistema sem falha e sem exceções. Nem pelo fato de admitir-se, entre nós e fora daqui, **execução específica**, necessário é ter presente isso não altera a solução dada ao tema, dado que "a possibilidade de execução específica não significa, porém, eficácia real", pois situação real só se terá - entre nós e fora do Brasil - "num contrato-promessa de alienação onerosa de bens imóveis ou de móveis sujeitos a registro, **se as partes atribuíram eficácia real ao contrato**".⁵³

Pode-se dizer que a unanimidade dos doutrinadores reconhece que o compromisso só passa a ter eficácia em relação a terceiros, com a inscrição.

Segundo leciona corretamente Darcy Bessone: "reputamos corretíssima a afirmação de que, 'sem a inscrição, a promessa de compra e venda, mesmo com a renúncia do direito de arrependimento, se malograria pela possibilidade da transmissão do imóvel a um terceiro, contra a qual não poderia ela ser oposta, não se encontrando inscrita'. Mas ousamos observar que é precisamente por isso que o registro é essencial à garantia real contra as alienações ou onerações posteriores (Decreto-Lei nº 58, art. 5º)".⁵⁴⁻⁵⁵

⁵² Foi com a disposição do art. 5º, do Decreto-lei 58/37 que declara: "a averbação atribui ao compromisso direito real oponível a terceiro, quanto à alienação ou oneração posterior", que se instituiu, entre nós a possibilidade de ser o compromisso de compra e venda, de imóveis loteados, considerado como direito real, ou, como uma obrigação com eficácia real. Sucessivamente, no mesmo sentido, veio dispor o art. 25 da Lei nº 6.766/79 (Art. 25. São irretiráveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessões, os que atribuam direito de adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros"). A lei nº 649/1949, estendeu o sistema do decreto-lei 58/1937, aos compromissos de compra e venda referentes a imóveis não loteados (a redação da Lei nº 649/1949 é a que lhe deu a Lei nº 6.014, de 27.12.1973, que deu nova redação aos arts. 16 e 22, do Decreto-lei nº 58/37, e este art. 22, encontra sua origem na Lei nº 649).

A lei que dispõe sobre "Condomínio em Edificações e as Incorporações Imobiliárias", quanto a esse ponto, é de clareza meridiana, dispondo no seu art.32, §2º (Lei nº 4.591 de 16.12.1964), que: "Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas, serão também averbáveis [hoje, registráveis] à margem do registro de que trata este artigo ...".

O mesmo Caio Mario em outra obra ("Condomínio e Edificações, Rio de Janeiro, 1985, 5ª ed., Forense, pp. 290-291) leciona que, com o registro da incorporação, depois do oficial proceder ao exame da documentação (art. 32, § 1º, da Lei nº 4.591/641), é possível averbarem-se os compromissos, e, portanto, com "o registro da incorporação e a averbação dos contratos têm [estes] validade contra todos" (Caio Mario, op. ult. cit., p. 291), dispondo textualmente a respeito do direito real, no caso, o Decreto nº 55.815, de 8.3.1965.

Neste exato sentido, dispõe o art. 167, nº 18, da Lei nº 6.015/73: "No registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos: I - o registro:... nº 18 - dos contratos de promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas, condominais a que alude a Lei nº 4.591 de dezembro de 1.964, quando a incorporação ou a instituição de condomínio se formalizar na vigência desta lei".

⁵³ V. Álvaro Moreira Carlos Fraga, Direitos Reais, cit., nº 48, letra "B", p. 141.

⁵⁴ Cf. Darcy Bessone, Da compra e venda - Promessa e reserva de domínio, 1988, 3ª ed., Editora Saraiva, 1988, p. 143.

⁵⁵ Este também o entendimento de Orlando Gomes, para quem o compromisso de compra e venda "adquire, porém, eficácia real a partir do momento em que é inscrito no registro imobiliário e trancada, por efeito dessa inscrição, a possibilidade de qualquer disposição sobre o imóvel que implique ou prejudique a pretensão" (Orlando Gomes, Direitos Reais, Editora Forense, 10ª ed., 2ª tiragem, 1992, p. 314). Do contrário, ou seja, em não se registrando o compromisso de compra e venda no Registro de Imóveis, não poderá referido contrato, ser oposto contra terceiros.

Outro não é o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, referindo-se aos requisitos do que chama de direito real da promessa de venda: “O momento culminante da gestação deste direito real é a inscrição no registro imobiliário. Sem ela, a apuração dos demais requisitos é nada. Verificado que sejam, e inscrito o documento, vigora o direito real de promessa de venda. Evidentemente, a partir do momento do registro. Até aquela data, o contrato de promessa de venda existe, porém gerador de direitos meramente obrigacionais. Operada a inscrição constitui-se o direito real. Seus efeitos 'erga omnes' originam-se da data do registro, e somente com ele podem ser invocados”.⁵⁶

Outrossim, em matéria de locação, a publicidade [=registro] do contrato, é que lhe confere o direito de oponibilidade.

Fica evidente, do que se diz, que somente com a inscrição do compromisso de compra e venda, poder-se-ia cogitar da existência de direito real.⁵⁷

⁵⁶ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro, 1994, Ed. Forense, 11ª ed., vol. IV, p. 317.

⁵⁷ A vigente lei 8.245, de 18.10.1991, no seu art. 33, regula os efeitos decorrentes da publicidade do contrato de locação, no caso de alienação, pelo locador em que haja sido preterido o direito de preferência; a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015, de 31.12.73), no seu art. 167,3), prevê que, com o registro do contrato de locação, que tenha cláusula de vigência, no caso de alienação da coisa locada, deflue o preavalecimento da locação. A Súmula-STF 442 do seguinte teor "A inscrição do contrato de locação no registro de imóveis, para a validade da cláusula de vigência contra o adquirente do imóvel, ou perante terceiros, dispensa a transcrição no registro de títulos e documentos", publicada no DJU de 8.10.1964, p. 3.645, evidencia o quanto é antiga essa regra, mas sempre, para uma relação obrigacional ter eficácia real, imprescindivelmente dependia do registro ou inscrição, ao registro competente.

XIV

O ÂMBITO LEGÍTIMO DA TESE JURÍDICA DA SÚMULA-STJ Nº 8

A Súmula-STJ nº 84 abriu um espaço que inexistia com a precedente orientação do Colendo Supremo Tribunal Federal, através da sua Súmula nº 621. Por esta Súmula 621 negava-se a possibilidade, sequer, de utilização de embargos do devedor, por compromissário-comprador, na hipótese do compromisso de compra e venda não estar inscrito, i. e., não ter a publicidade possível pelo Decreto-lei nº 58/1937 ou pela lei do Parcelamento do Solo, ou, ainda, em outras hipóteses análogas, previstas em lei. O Colendo Superior Tribunal de Justiça, modificou o precedente entendimento, admitindo, apenas, que um compromissário-comprador, em tais condições, i. e., sem ter o seu compromisso de compra e venda inscrito, pode utilizar-se de embargos de terceiro. Entendeu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que este entendimento é o que retrata corretamente a interpretação que se há de ter do art. 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil.

O exame da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em que se embasa essa Súmula 84, revela que, por excelência, o que colimou o esse Colendo Tribunal foi 'deixar espaço' ao magistrado para avaliar as situações postas em confronto, a do compromissário-comprador, cujo compromisso de compra e venda não tenha sido inscrito e outra situação 'que ocupe o mesmo espaço' que a situação do compromisso não inscrito.

O âmbito legítimo da Súmula-STJ no 84 é o de ser possível que, diante de situações de direito pessoal ou obrigacional, **vale dizer, situações homogêneas**, que sejam postas em confronto, sendo uma delas a do compromissário-comprador, o magistrado possa pender para a situação do compromissário-comprador, em virtude de sua posse.

Como se observa do item II, deste Parecer, em que estão analisados os precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em relação à Súmula 84, o que se verifica é que, diante da possibilidade de utilização de embargos de terceiro, fundados na posse, oponíveis por compromissário-comprador, cujo compromisso de compra e venda não está inscrito, o juiz poderá avaliar, sopesando, qual a situação merecedora de proteção, se a do compromissário-possuidor, ou a

outra. Mas, esta "outra situação", para poder vir a ser **sobrepujada** pela situação do compromissário-possuidor, não poderá ser uma situação de direito real, pois que, do contrário, ao lado de dar-se uma interpretação excessiva e incorreta ao art. 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil, **em si mesmo considerado**, estar-se-ia, todavia, desconhecendo toda a sistemática dos direitos reais. E, em realidade, isto não tem acontecido.

XV

A POSSE, SUA 'CATEGORIA JURÍDICA' E O SEU REGIME NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, COM REFERIBILIDADE ESPECÍFICA AO ASSUNTO ORA TRATADO

Pode-se afirmar, categoricamente, que a situação do compromissário-comprador, cujo compromisso não está inscrito, é uma categoria que se insere dentre os direitos pessoais. Ilustra-se esta afirmação - além do que já foi dito - com inúmeros precedentes, do próprio Colendo Superior Tribunal de Justiça, que também interessam ao tema:

a) "Se não estiver inscrita a promessa, o promitente comprador é simples titular de direito pessoal, - e embora na posse do imóvel, não pode atacar o ato de constrição judicial que é a penhora, como não o poderiam o comodatário, o locatário, o depositário, também possuidores e titulares de mero direito pessoal com relação à coisa penhorada.»Este segundo precedente da Súmula 621, é oportuno recordar, prevaleceu por pequena maioria, ficando vencidos os Ministros Soares Muñoz, Cunha Peixoto, Rodrigues Alckmin e Xavier de Albuquerque. Assim também ocorreu, aliás, com o terceiro precedente (embargos ao RE 89.696-RJ, 8-8-79, Rei. Min. Moreira Alves, RTJ 95/282), quando ficaram vencidos os Ministros Soares Muñoz, Cunha Peixoto Xavier de Albuquerque e Thompson Flores (colhido do item 7º do voto do Min. Bueno de Souza, RSTJ 5/392, julgamento do REsp 188-PR)".

b) "Então vemos aqui os dois pratos da balança: de um lado, temos o direito do credor, direito, pessoal; do outro lado o direito, também pessoal, do possuidor e promitente comprador. Geralmente, como ao caso dos autos, o possuidor já mantinha o seu direito de posse e os direitos à aquisição decorrentes de sua promessa de compra e venda desde antes do surgimento do crédito que origina a penhora.Então se pergunta: entre as duas pretensões, a do credor, direito pessoal, e a do promitente comprador com justa posse, direito também pessoal, qual é aquela que merece maior tutela, maior proteção da ordem jurídica?" (colhido do voto do Min. Athon Carneiro, RST 5/394, no julgamento do REsp. 188-PR).

c) "Assim, antes de registrada a promessa de venda e compra, os efeitos dela

decorrentes adstringem-se aos pactuantes e são de natureza pessoal. O compromissário-comprador, com efeito, à falta de registro imobiliário, como assinalou o Ministro Moreira Alves, «é simples titular de direito pessoal e, embora esteja na posse do imóvel, não pode atacar o ato de constrição judicial, que é a penhora, como não poderiam o comodatário, o locatário, o depositário, também possuidores e titulares de mero direito pessoal com relação à coisa penhorada» (-STF RTJ, vol. 89, p. 292)".

d) "O caso é semelhante àqueles dois outros precedentemente apreciados por esta Turma, ou seja, de uma parte o direito pessoal de crédito contra o promitente vendedor, crédito esse traduzido executoriamente numa penhora; e, de outra parte, o direito também pessoal decorrente da promessa de compra e venda. E quis parecer aqui, à maioria, que no choque entre esses dois direitos de natureza pessoal, tinha maior importância social, merecia prevalência, merecia maior tutela jurídica do direito pessoal do promitente comprador, quem, além do direito pessoal, pode invocar a seu favor o fato de posse de boa-fé, tranqüila e prolongada, portanto merecedora de maior tutela jurídica (colhido da RSTJ 7/282, do voto Min. Athos Carneiro, no julgamento REsp. 212)".

e) "Firme é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de um abrandamento da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, a fim de que o promitente comprador possa opor embargos de terceiro, objetivando livrar da constrição judicial o imóvel penhorado com execução contra o promitente vendedor, embora não tenha a promessa sido registrada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp 188, 226, 696 e 698)". Em outro julgamento, no REsp 1.310 - SP, 4ª Turma, Relator o eminente Ministro Athos Carneiro (DJ de 18-12-89), Foi pronunciado: **O registro imobiliário somente é imprescindível para a oponibilidade face aqueles terceiros que pretendam sobre o imóvel direito juridicamente incompatível com a pretensão aquisitiva do promitente comprador.** Não é o caso do credor do promitente vendedor. Orientação de ambas as turmas da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça". Finalmente, em decisão da 3ª Turma, REsp nº 886 - RS, DJ de 30-10-89, Relator o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, Foi proclamado: "O promitente comprador, imitado na posse, poderá defendê-la pela via dos embargos de terceiro." (colhido da RSTJ 10/470, do voto do Min. Cláudio Santos, em que resenha as decisões do STJ, até a época, J. em 17.4.90, REsp. 2.286)".

f) no mesmo sentido, o que consta de RSTJ 11/300, 4ª T., rel. Athos Carneiro, REsp. 1.310, sendo que consta de parte da ementa, do acórdão referente a este julgamento:

"O promitente comprador, por contrato irrevogável, devidamente imitado na posse do imóvel, pode opor embargos de terceiro possuidor - CPC, art. 1.046, § 1º - para impedir penhora promovida por credor do promitente vendedor. A ação do promitente comprador não é obstada pela circunstância de não se encontrar o pré-contrato registrado no ofício imobiliário. Inocorrência de fraude à execução. O registro imobiliário somente é imprescindível para a oponibilidade face aqueles terceiros que pretendam sobre o imóvel direito juridicamente incompatível com a pretensão aquisitiva do promitente comprador. Não é o caso do credor do promitente vendedor. Orientação de ambas as Turmas da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça".

Na parte final do voto consta o seguinte:

"Nestes termos, mantido o posicionamento já remansoso desta Turma e da 2ª Seção, conheço do recurso pela letra c, mas ao mesmo nego provimento" (RSTJ 11/306).

g) Encarando o assunto, sob outro ângulo, tenha-se presente a orientação atinente à necessidade, ou não, de citação do cônjuge, o que se colhe da RSTJ 77/165, tendo em vista o voto do Min. Nilson Naves:

"Art. 10: 11. 'Sem embargo dos respeitabilíssimos argumentos em contrário, em princípio é prescindível a citação do cônjuge nas ações possessórias. Consoante concluiu majoritariamente o 'V Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, com acerto, **'não se tratando de ação real**, dispensável é a vênua conjugal para propô-la. Necessidade da citação de ambos os cônjuges, quando o fato da posse disser respeito ou derivar de atos por ambos praticados" (RSTJ 32/269 e RT 686/196, maioria).

'Ação possessória. **Não se tratando de ação real**, dispensável é a vênua conjugal para propô-la. Necessidade de citação de ambos os cônjuges, quando o fato da posse disser respeito ou derivar de atos por ambos praticados" (V ENTA - concl. aprovada por 12 votos a 6). Neste sentido: RT 468/83, 478/82, 508/88, 515/226, 518/107 (caso especial), 578/213 (decisão excelentemente fundamentada), RF 251/205, RJTJESP 37/78,58/124, JTA 90/107.

No mesmo sentido da conclusão do V Encontro, veja-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça, segundo essas ementas:

- "Processo Civil. Possessória. Citação do cônjuge. Dispensabilidade. Ressalva. Correntes. CPC, art. 10. Recurso não conhecido.

I - Sem embargo dos respeitabilíssimos argumentos em contrário, em princípio, é prescindível a citação do cônjuge nas ações possessórias.

II - Consoante concluiu majoritariamente o 'V Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada', com acerto, 'não se tratando de ação real, dispensável é a vênia conjugal para propô-la. Necessidade da citação de ambos os cônjuges, quando o fato da posse disser respeito ou derivar de atos por ambos praticados.'" (REsp nº 7.931, Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 9.12.91).

- "Processual Civil. Turbação de posse. Ação de manutenção. Caráter pessoal. Tem caráter pessoal a ação de manutenção de posse, para obviar atos de sua turbação, consistentes na retirada de madeiras pelo turbador, a dispensar a citação do seu cônjuge para a demanda." (REsp-34.756-0, Sr. Ministro Dias Trindade, DJ de 21.3.94)".

Verifica-se com expressiva e transparente clareza que o entendimento constante do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que está subjacente às inúmeras decisões, aqui referidas, caracterizam a posse como enquadrável na categoria de direito pessoal, tendo em vista o que, neste Parecer se discute.

A doutrina respalda esse entendimento, em escala altamente apreciável.⁵⁸

Se a situação do compromissário-comprador, cujo compromisso não está registrado, é representativa de uma posse assentada em direito pessoal, no confronto com situação de direito real - direito real de garantia hipotecária, com validade erga omnes - segue-se que aquela situação, despida de eficácia erga omnes (**que só teria se o compromisso de compra e venda estiver inscrito ou registrado**) é insuscetível de ser oposta à do credor hipotecário.

A nossa jurisprudência, ainda que sem estribar-se na antiga Súmula-STF 621, sempre propendeu pela situação de direito real, em detrimento de situação de direito pessoal.

Assim é que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em hipótese em que os embargantes já haviam mesmo obtido adjudicação compulsória, sem lograr registro, todavia, reconheceu a validade e a eficácia do direito real de hipoteca, fixando no fundamento-chave do V. Acórdão:

⁵⁸ V. José de Oliveira Ascensão, Direito Civil - Reais, cit., nº 59, I e II, pp. 130-131. onde afirma que "A posse não é um direito real", e, sucessivamente, trata do tema da posse "como direito não absoluto", pois que "... a posse não é oponível erga omnes".

"Como bem ressalta o digno Magistrado, o Colendo Supremo Tribunal Federal, reiteradamente tem decidido que não pode o mero possuidor opor seu direito àquele de natureza real, emanado do registro e sobre o qual recaiu a penhora. ...Assim, no caso, não titulares do domínio não podem opor os embargantes, meros possuidores, esse direito em contraposição, atingido pela penhora".⁵⁹

Esta questão também foi precisamente enfrentada pela Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Fixou-se na ementa: **"Quem se encontra na posse de imóvel, em razão de contrato de promessa de compra e venda irrevogável, irrevogável e quitada, mas não registrada, não tem ação de embargos de terceiro contra o credor hipotecário que adquiriu esse direito antes da celebração do mencionado contrato"**. Este V. Acórdão sequer se estriba na Súmula-STF 621 (dizendo-se nele: "E, para assim concluir, sequer é 'necessário filiar-se à corrente jurisprudencial que deu origem à Súmula 621 do STF, pois mesmo os adeptos da corrente contrária não dariam razão aos embargantes, por exigirem que a promessa anteceda à dívida executada". Mas, no caso em tela, concluiu-se diante do ponto nodal, dizendo-se:

"Da maneira como argumentam os apelantes, até parece que o promitente comprador de imóvel hipotecado tem o direito de impedir que o titular dessa garantia real,..... É cediço que o promitente comprador, na situação dos apelantes, é tão somente titular de direito pessoal"⁶⁰

⁵⁹ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo [março e abril 1988], 111/p. 95, medio, Apelação cível, 116.698-2, 10ª C., rel. Des. Nigro Conceição, j. em 7.10.1987 (grifou-se).

⁶⁰ Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul [setembro 1988], p. 254, fine e p. 255 medio, apelação cível 1880095518, 1ª C., rel. Juiz Luiz Felipe Azevedo Gomes, j. em 15.3.1988 (grifou-se).

XVI

DA NÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO À GARANTIA HIPOTECÁRIA, NO CASO DA CONSULTA

Desde logo, é necessário indagar-se se o credor hipotecário, que emprestou dinheiro, a uma construtora - e, nisso se exauriu a sua atividade - pode ver esse negócio assim celebrado sujeito às disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tendo em vista impugnação de terceiro, estranho ao negócio celebrado entre credor e devedor (construtora). Julgamos que tendo o credor realizado uma operação absolutamente normal e rotineira, tal como todos os bancos todos os investidores, em relação a uma entidade que não é consumidora, que o negócio de mútuo e a garantia hipotecária não estão sujeitos ao regime do consumidor, por postulação de alguém absolutamente estranho a esse negócio; na realidade, um terceiro em relação esse negócio. No negócio celebrado e respectiva hipoteca, não existe consumidor final. Quem, unicamente, no caso é fornecedor, é a construtora e consumidores, os promissários compradores. Quem emprestou numerário ao fornecedor/construtora, está fora desse esquema, tendo em vista terceiros relativamente a esse mútuo, com garantia real.

Fornecedor *"é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual"*.⁶¹

Os pólos da relação de consumo são fornecedor e consumidor. Aquele que negocia com o fornecedor, emprestando-lhe numerário, não está sujeito ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tendo em vista postulação de alguém que com fornecedor haja negociado. O credor hipotecário não foi nem é fornecedor de quem negocie com o seu devedor hipotecário. Dentre as atividades sujeitas ao CDC, quais sejam, as de *"produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação serviços"*, tendo como fim a colocação de produtos no mercado ou prestação de

⁶¹ J José Geraldo Brito Filomeno, Nelson Nery Júnior e outros, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, São Paulo, 4ª ed., Forense Universitária, p, 36.

serviços,⁶² não se encontra empréstimos bancários ao fornecedor.

De resto, o que se acabou de dizer encontra-se expresso no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, art. 2º: "*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*".

Precisamente neste sentido diz Maria Antonieta Zanardo Donato que "*Se o contrato bancário tiver sido realizado pela pessoa jurídica buscando o alcance de uma atividade intermediária, não há que se falar em relação de consumo*", precisamente a hipótese de que se cogita. No mesmo sentido, o Dr. Antonio Carlos Efig.⁶³

No mesmo e idêntico sentido, ainda, o Prof. Fábio Ulhôa Coelho, que diz:

"Contudo, se se tratar de contrato bancário com um exercente de atividade empresarial, visando ao implemento de sua empresa, deve-se verificar se este pode ser tido como consumidor. Se o empresário apenas intermedia o crédito, a sua relação com o banco não se caracteriza, juridicamente, como consumo, incidindo na hipótese, portanto, apenas o direito comércia".⁶⁴

Ou seja, o que regula o contrato de mútuo e sua hipoteca, no caso, é o direito comum, e, como, no caso, precisamente, há hipoteca, em rigor, o que disciplina o assunto é o direito civil, por imposição textual do Código Civil (art. 811: "**A lei da hipoteca é a civil** e civil a sua jurisdição, ainda que a dívida seja comercial e comerciante as partes").

O que é absoluta e radicalmente definitivo para afastar a possibilidade de cogitar-se de invocação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por compromissários-compradores, em relação a um negócio ao qual são eles terceiros e estranhos, é que a relação entre esses compromissários e a construtora, relação essa que nasce do mercado imobiliário, é estranha e inteiramente desvinculada de negócios da construtora.

Os negócios de consumo dizem respeito ao(s) consumidor(es) e ao fornecedor. No caso concreto, esse mercado é o mercado imobiliário e os negócios aí ocorridos, a cujo âmbito se circunscrevem eventuais promessas de aquisição. O fornecedor e o consumidor, dentro do mercado

⁶² José Geraldo Brito Filomeno, Nelson Nery Júnior e outros, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, cit., p. 36.

⁶³ Cf. Maria Antonieta Zanardo Donato, Proteção do Consumidor - Conceito e Extensão, São Paulo, 1993, ed. da Revista dos Tribunais, pp. 131-132. No mesmo sentido, Antonio Carlos Efig, Sistema Financeiro e o Código do Consumidor, na revista DIREITO DO CONSUMIDOR, vol. 17 (jan-março-1996), p. 71.

⁶⁴ V. Fábio Ulhôa Coelho, Manual de Direito Comercial, São Paulo, 1993, 4ª ed., Saraiva, pp.429-430.

⁶⁵ Cf. Rodrigo Bercovitz e Javier Salas, Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Madrid, 1992, ed. Civitas, coms. ao art. 1º, nº 2, p. 23.

respectivo, determinam a incidência e aplicação do direito do consumidor; é evidente, que o credor hipotecário está situado fora desse mercado.

É necessário que haja respeito pelas esferas jurídicas que não dizem respeito ao consumidor, e, neste caso, situa-se o âmbito da garantia hipotecária.

O espectro de incidência do direito do consumidor, universalmente, compreende dois pólos, de um lado o fornecedor, e, de outro, o consumidor, e, o credor hipotecário é estranho ao pólo do fornecedor, em relação ao qual, poder-se-ia cogitar pudesse estar.⁶⁶ Pode-se afirmar, com segurança, que consumidor é todo aquele que imediatamente negocia com o fornecedor.

Por tudo quanto se respondeu neste item XVII não tem fundamento algum a invocação do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor no caso tela.

⁶⁶ A definição da figura do consumidor, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor é: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (art. 2º, caput). Fornecedor, no mesmo Código é "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços" (art. 3º, caput). A seu turno, o art. 3º, § 1º, do mesmo estatuto do consumidor define "Produto [como] qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial". Ora, é evidente que o credor hipotecário não ofereceu, no mercado, produto algum; nem o compromissário-comprador, enquanto consumidor, negociou com o credor hipotecário e nem este é fornecedor de quaisquer bens que pudessem ser negociados com eventuais compromissários. Verifica-se, claramente, ser inaplicável o Código do Consumidor, à espécie vertente. Esta definição, de resto, pode-se dizer, com ligeiras diferenças, universal: Cf. Nicole L'Hereux, *Droit de la Consommation*, Québec, 1993, ed. Yvon Blais Inc., nº 6º, p. 9, onde diz: " ...le droit de la consommation est l' ensemble des regles applicables aus rapports entre l' entreprise, productrice ou distributrice de biens et de services, et le consommateur. C'est cette derniere définition que nous retiendront dans cet ouvrage". Esta conceituação ajusta-se inteiramente à Lei de Proteção ao Consumidor, de Quebec-Canadá [Loi sur Protection du Consommateur et reglement d'application, ed. Carswell, 1977], que, no seu art. 1º, letra "e" define o consumidor como sendo "uma pessoa física, salvo um comerciante no que diz respeito a bens referentes ao seu comércio"; no art. 1º, letra "g" define o fornecedor/manufaturador como sendo "uma pessoa que pratica o comércio de montagem, de produzir ou de transformar bens, notadamente uma pessoa que se apresenta ao público como fornecedor de um bem". No mesmo sentido, em obra fundamental, v. Thierry BOURGOIGNE, *Eléments pour une théorie du Droit de la Consommation*, ed. E. Story Scientia, 1988, Seção 3, 15, § 1º, p. 45 e seguintes, onde discute os critérios objetivo e subjetivo, e, em relação a este último refere-se a "utilização final", ou "consumidor final", sendo este propriamente o consumidor (a informação da obra é fartíssima); no mesmo sentido, Eike von Hippel, *Verbraucherschutz [Defesa do Consumidor]*, Tübingen, 1986, 3ª ed., ed. de J. C. B. Mohr-Paul Siebeck, p. 3, nota 1, onde encampa a conceituação da Carta europeia de proteção ao consumidor, de 17.3.1973, cujo texto está no fim desta nota; a lei portuguesa nº 29/81, no seu art. 2º define que é "consumidor todo aquele a que sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou coletiva que exerça, com caráter profissional, uma atividade econômica" (da obra de Carlos Ferreira de Almeida, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, 1982, Livr. Almedina, p.245); sublinha-se sempre a necessidade de tratar-se de "destinatário final" (v. Juan Gomes Calero, *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1994, ed. Dykinson, p. 43). A Carta de Proteção ao Consumidor, da Comunidade Econômica Europeia "considera unicamente como consumidor à "pessoa física ou jurídica a que se proporcionam bens e serviços para seu uso privado" (v. Maria Jose Reyes Lopes, *DERECHO DE CONSUMO*, s/d, Editorial General de Derecho, S. L., p. 49).

XVII

EXAME DO V. ACÓRDÃO PUBLICADO NA REVISTA DOS TRIBUNAIS VOL. 746/107-113 E SUA CONFIRMAÇÃO NA REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (9, PP. 297 E SS.)

XVII-1. EXAME DO V. ACÓRDÃO DA REVISTA DOS TRIBUNAIS VOL.746/_107-113

Tendo em vista a circunstância de os consulentes terem formulado quesito a respeito do V. Acórdão publicado na RT 746/107, deveremos, antes de responder ao quesito, tecer a respeito desse V. Acórdão considerações que conduzem à conclusão de sua injuridicidade.

No caso sob análise temos os seguintes fatos: a) trata-se de hipoteca com a qual se gravaram "unidades residenciais em via de construção", tendo sido, essa hipoteca constituída previamente a qualquer negociação; b) desse fato tinham os compromissários-compradores conhecimento; c) havia cláusula contratual, nos compromissos "através da qual os vendedores [rectius, promitentes-vendedores] prometiam liberar a notificada hipoteca"; d) reclamaram os compromissários-compradores, que foram os embargantes de terceiro, "que a construtora agiu levianamente, recebendo dos embargantes todas as parcelas do preço contratado, e não as repassando ao Agente Financeiro"; e) esse comportamento levou "a liberação da hipoteca"; f) noticia-se que o próprio instrumento contratual estava registrado "na Circunscrição Imobiliária competente"; g) na apelação interposta pelos compromissários pediram a aplicação do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil.⁶⁷

O confronto da hipótese, tal como relatada, com o que se disse no Parecer, leva à inescandível conclusão de que o recurso não poderia ter sido provido, e, que, por isso, correta havia sido a r. sentença de primeiro grau. Sem embargo, disto, examinem-se os fundamentos do V. Acórdão.

⁶⁷ Cf. Revista dos Tribunais, vol. 746/p. 108, relatório. Este acórdão, nesta publicação da RT 746/108 não identifica as partes. O V. acórdão da RT 746/106 encontra-se registrado no E. 1º TACSP no Livro 71, fls. 326/338 e as partes são as mesmas que as indicadas no REsp. 871, como, também,

Fundamenta-se o V. Acórdão no fato de que o credor hipotecário sabia que "o edifício foi construído, como era da própria natureza do negócio imobiliário, para ser vendido em condomínio". Se, ademais - argumenta-se ainda - permitiu esse credor as promessas fossem efetivadas, nisso estava implicado que as prestações do preço dessas promessas é que iriam satisfazer o empréstimo.⁶⁸

A isto há de se responder: **1º)** *todo e qualquer empréstimo feito em tais circunstâncias destina-se, sempre, ao financiamento da construção, cujas unidades, destinam-se inexoravelmente, a serem negociadas; 2º)* *os promitentes-compradores deviam à construtora, que era a devedora hipotecária; 3º)* *esta é que, a seu turno, era devedora de seu credor (=credor hipotecário), sendo os negócios absolutamente independentes, do ponto de vista jurídico; 4º)* *a 'permissão' do credor hipotecário, para que a coisa hipotecada fosse negociada ou alienada é irrelevante, precisamente porque à hipoteca corresponde o direito de seqüela; 5º)* *se havia cláusula contratual através da qual os promitentes-vendedores (devedores hipotecários) prometiam a liberação do bem, em relação aos seus compromissários, esta cláusula dizia respeito, única e exclusivamente, às partes nesse negócio - compromisso de compra e venda - e não afetava a prévia e pública garantia hipotecária; 6º)* *dizer-se que disto tudo "Segue-se, pois, que ele [=credor hipotecário] quis ou permitiu a venda aos embargantes, e, assim querendo, ou permitindo, consentiu também em que eles usassem dos meios processuais adequados à defesa dos direitos que lhes adviessem da aquisição..."*,⁶⁹ *data venia, é afirmação destituída de qualquer juridicidade, porque o credor hipotecário não tem que permitir ou querer que se façam negócios, porque está previamente garantido por direito real, e, esse direito real, como se procurou demonstrar, prevalece sobre a situação possessória, que não é direito real, como, ainda, é irrelevante a modificação da titularidade sobre a coisa dada em garantia. De resto, o que se retrata, tanto no relatório, quanto nesta parte da fundamentação, é o retrato do que normalmente, ou, sempre, ocorre em incorporações. Aliás, no item II, do V. Acórdão diz-se precisamente que esse é o comportamento normal ou usual, no caso.*

Argumenta-se mais que o fato de vir a ocorrer inadimplência da construtora, passa-se muitas vezes até sem conhecimento dos compromissários, mesmo porque, aduz-se mais, os compromissários "não deram seu assentimento, de forma livre, na ocasião".

⁶⁸ Cf. Revista dos Tribunais, vol. 746/p. 109.

⁶⁹ Cf. Revista dos Tribunais, vol. 746/p. 109, item I.

Diz-se mais que a construtora seria a única que haveria de responder pelo débito hipotecário e não os compromissários, senão que, em tal caso, são os adquirentes que respondem. E, essa situação deve se corrigida "pela ação pretoriana dos Tribunais", seguindo-se referências ao direito romano. E, aduz-se, ainda: "**Registre-se que em situações excepcionais é de boa prudência não se aplicar regras ordinárias de direito, como se pretende, como as inerentes à hipoteca, se a aplicação levar à injustiça**".⁷⁰

***VALE DIZER, ESTA ABERTAMENTE DITO NO V. ACÓRDÃO
QUE NÃO SE APLICOU O DIREITO VIGENTE.***

Diz-se mais que a situação é excepcional ("diante da excepcionalidade da situação"), quando, data vênua, a situação é a que normalmente ocorre, e, como se diz no próprio V. Acórdão ("**quase sempre, ...a construtora, para viabilizar o empreendimento procura obter o financiamento da construção com garantia hipotecária, não só do terreno, porém, como das próprias futuras unidades residenciais**").⁷¹

Argumenta-se mais que se haveria de indagar "se eles [=os compromissários-compradores] livremente concordaram com garantia hipotecária a favor de Instituição Imobiliária, com os efeitos jurídicos prejudiciais unicamente aos embargantes, como ocorre".

No caso o V. Acórdão não vislumbrou qualquer vício de vontade dos compromissários e a garantia hipotecária foi objeto da publicidade exigida pela lei, para valer contra quaisquer terceiros.

Argumentam que o credor hipotecário teria consentido no negócio.

O credor, como se disse, não precisa consentir ou não, porque o proprietário é livre, com ou sem consentimento alheio, de negociar o bem; o que ocorre é que com a garantia hipotecária a negociação do bem é absolutamente irrelevante para o credor hipotecário, precisamente por causa do seu direito de seqüela.

Fala-se ainda no V. Acórdão em "lealdade e confiança" e que os compromissários são "adquirentes de boa fé".

⁷⁰ Cf. Revista dos Tribunais, vol. 746/p. 110, medio, item II.

⁷¹ Cf. Revista dos Tribunais, vol. 746/p. 109 e 110.

Na realidade, não houve deslealdade ou fratura de confiança, por parte do credor, justamente porque ao seu direito havia sido dada publicidade; de outra parte, ao lado do credor hipotecário não ter relação jurídica com os compromissários, e, ainda que se pudesse dizer que estavam de boa fé, psicologicamente, do ponto de vista do Direito não podiam pretender ignorar a inscrição hipotecária, ignorando-lhe as conseqüências que disso advém.

Diz-se mais ainda que o Agente Financeiro "não diligenciou para que os pagamentos fossem exigidos dos adquirentes diretamente aos seus cofres", mesmo porque a construtora estaria em dificuldades financeiras.⁷² Este dever existiria, também, para a construtora, que era a devedora hipotecária.

Esta exigência era juridicamente inviável porque não havia relação jurídica entre a credora hipotecária e os compromissários compradores; estes deviam à devedora hipotecária, e, esta, ao seu credor hipotecário. Quem poderá a ter agido mal ou com deslealdade, terá sido, única e exclusivamente, a construtora, i. e., a promitente-vendedora. Esta conduta, porém, não interfere e não afeta direito real legitimamente constituído.

Diz-se mais no V. Acórdão que: "Já é hora de advogar a revisão e alguns conceitos jurídicos, tradicionais, aplicáveis aos casos de aquisição da casa própria,... Que houve abuso na instauração do Executivo Hipotecário não resta dúvidas. Os direitos subjetivos não podem ser exercidos como melhor parece aos seus titulares. Há limites. em grande parte, contribuiu [=o credor hipotecário] para que o pagamento não fosse feito diretamente pelos adquirentes a seus cofres".⁷³

O que se constata, data venia, é que ao lado de deixar inequivocamente claro que a lei não foi aplicada, fala-se, retoricamente, em ter havido abuso na execução hipotecária. E, como, conseqüência, o credor perdeu o seu direito, o que não deveria ter-se verificado.

Fala-se, ainda, em que teria havido abuso de direito, tendo em vista a forma pela qual atuou o credor hipotecário.⁷⁴

⁷² Cf. Revista dos Tribunais, vol. 746/p. 111, item III. Na página 112 diz-se -erroneamente - afirmando fato inviável de ocorrer que o credor hipotecário deveria ter "avisado, notificado, interpelado [aos compromissários-compradores], quer para fazerem os pagamentos diretamente ao banco imobiliário, quer, se tivessem dúvida a quem pagar, para consigná-los em juízo". O credor hipotecário, é bem de ver, não podia interferir em relação obrigacional alheia, ou seja, entre a promitente-vendedora e os compromissários-compradores desta.

⁷³ Revista dos Tribunais 746/p. 112, item III.

⁷⁴ Revista dos Tribunais 746/p. 113, item III.

O credor hipotecário, no caso, emprestou da forma que "quase sempre" - como se diz no V. Acórdão - se faz; obteve garantia real, a que, justamente por ser tal, deu-se-lhe publicidade. Não tinha que consentir, ou não, em negociações. Mercê da publicidade os compromissários-compradores, que negociaram com a construtora-promitente-vendedora tinham, o dever de saber da hipoteca, cuja única função era a de garantir o empréstimo feito. E, com esse V. Acórdão, destituído de qualquer fundamento jurídico, infringente de todos os textos que dizem respeito ao tema e aos princípios que disciplinam os direitos reais, acabou o credor perdendo o seu direito.

Por fim os Vv. Acórdãos em que este, publicado na RT 746/107 - 113, pretende se apoiar, firmam entendimento que, data veniad, não o sustentam.

O que se verifica das vv. decisões trazidas à colação, como precedentes do V. Acórdão sob análise, não o sustentam. São decisões em que, diante de disputas de direito pessoal, de credor do promitente-vendedor, de um lado - e, de outro -, a situação do compromissário comprador, com compromisso não inscrito, deu-se prevalência a este. Mas, em nenhuma delas compromisso não inscrito sobrepujou direito real. Nos Vv. acórdãos publicados na Revista dos Tribunais 399/249 e 481/156 trata-se de execuções por crédito, e, no da RT 491/55 não há referência alguma a direito real. Pelo acórdão em que se julgou a apelação nº 315.213, na 3ª Câmara do 1º TACSP, registrado no Livro 23, fls. 198, verifica-se, da mesma forma, não estar em pauta opção entre crédito hipotecário e o compromisso de compra e venda.

XVII-2.

Exame do V. Acórdão da Revista do Superior
Tribunal Tribunal de Justiça vol. 9, pág. 297 [REsp. 871]

O V. Acórdão proferido ao ensejo do julgamento do REsp 871, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, data venia, discrepa da orientação dessa Colenda Corte que, diferentemente, tem decidido a respeito do tema, objeto deste Parecer. É marcante a fundamentação constante, nesse Colendo Superior Tribunal de Justiça, como se percebe do item II, deste Parecer, no sentido de que, só confrontando-se direitos pessoais, com direitos pessoais, possível é propender-se pela situação do compromissário-possuidor, com compromisso não inscrito.

Não é, no entanto, o que se passou no âmbito deste REsp. 871.

Verifica-se desse V. Acórdão - ao adotar o relatório do V. Acórdão local - que "a despeito de se lhes ter dado conhecimento da existência de anterior hipoteca, gravando as unidades residenciais em via de construção e hoje concluídas e entregues há vários anos, mesmo assim as adquiriram, porque acreditaram em cláusula contratual através da qual os vendedores prometiam liberar a noticiada hipoteca" (RSTJ 9, pp. 297-298). Ademais disto, havia "registro do instrumento contratual na Circunscrição Imobiliária competente", o que, todavia, os compromissários entenderam ser irrelevante. Fundamentaram-se no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (RSTJ 9/298). Com base, nessas principais alegações, a Eg. 8ª Câmara do 1º TACSP, deu provimento à apelação dos compromissários, embargantes de terceiro, preterindo a garantia hipotecária.

No recurso extraordinário, porque originariamente dirigido ao Colendo Supremo Tribunal Federal, invocavam contrariedade à súmula - STF 621. ao art. 292, da Lei de Registros Públicos e ao art. 759, do Código Civil. Tratava-se de recurso extraordinário na época em vigia o Emenda Regimental 2/1985, ao regimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, e, a contrariedade à súmula, ainda assim, não ensejou o conhecimento do recurso, mas no Colendo Superior Tribunal de Justiça, diferentemente este veio a ser conhecido (RSTJ 9/299).

No relatório, agora feito pelo em. Ministro julgador, invocam os precedentes, dentre outros, dos REsp. 226, 662, 866, onde, data veniadata vênua, como se vê da análise do item II, deste Parecer, ***confrontam-se direito de crédito contra o promissário-vendedor e o direito dos compromissários-possuidores, sem compromisso inscrito, aí qualificadas, ambas as situações, como comparação ou antagonismo de direito pessoal com direito pessoal, o que não foi o caso da hipótese julgada neste REsp. 871.***

O que se verifica, portanto, é que: **a)** a hipoteca estava registrada e, dela conhecimento tinham os compromissários-compradores; **b)** a construção se fez em decorrência do financiamento do credor hipotecário; **c)** os pagamentos "do preço das unidades autônomas é [foi] pago diretamente à Construtora, obrigada esta a repassar os pagamentos ao credor hipotecário"; **d)** argumenta-se, ainda, que, pela circunstância de a construtora não ter pago o mútuo, garantido por hipoteca, por isso, pi seja "Se a Construtora não repassou os pagamentos; por não poder ou não querer, o possível direito de seqüela do credor hipotecário não operaria, dada a excepcionalidade desses negócios. Se a alienação não era vedada e os compromissários cumpriram as suas obrigações de compradores, estavam eles a salvo da ação" (RSTJ 9/300-301); **e)** sublinha-se, com insistência,

no r. voto que "É certo que os contratos, além de não inscritos, foram lavrados quando já onerava os imóveis a hipoteca do edifício de que eram unidades"; **f)** fundamentou-se o v. Acórdão - ao lado de manter os fundamentos do v: Acórdão do 1º TACSP, publ. na RT 746, acima examinado - havia boa-fé dos compromissários, porque, sabedores da hipoteca, 'acreditaram' que a construtora a quitaria, i. e., verbis "pactuaram nos contratos o seu levantamento a ser feito pela Construtora Elite Ltda., bem como a outorga das escrituras definitivas", mesmo porque, não o tendo feito, foi esta construtora condenada, em outros processos, a fazê-lo, ou seja, quitar a hipoteca; **g)** e, ainda, nessa ação "foi condenada [a construtora] a liberar a hipoteca dos apartamentos e a outorgar as escrituras definitivas". Quanto à análise das questões jurídicas aportadas no recurso, entendeu-se ter incorrido violação ao art. 759, do Código Civil, **no que, data vênia, equivocou-se o V. Acórdão, pelas seguintes razões definitivas.**

Se a hipoteca estava registrada e se, por isso, era conhecida dos compromissários; se, estes, então, disto sabedores e, sabedores mais, que era a construtora que haveria de quitar a hipoteca, é certo que a garantia real, que tinha publicidade, tinha de prevalecer contra os compromissos de compra e venda, em nome, dentre outros termos, precisamente, no do art. 759, do Código Civil. A boa-fé dos compromissários - admitida que seja -, não interfere na hipótese, porque, se existia direito real, e, se o mútuo financiou a obra, estes é que negociaram diante de tais circunstâncias; a situação do credor hipotecário vale erga omnes, ao passo que os compromissos de compra e venda não inscritos não tem essa eficácia. A circunstância da promitente-vendedora, devedora do mútuo hipotecário, não ter cumprido sua obrigação para com o credor hipotecário, não é causa de extinção da hipoteca. Na realidade, fez-se decorrer do inadimplemento da construtora, que não pagou ao credor hipotecário, o direito dos compromissários-possuidores, tornando ineficaz a garantia hipotecária. O credor hipotecário, titular de garantia real, com direito de seqüela, objetiva precipuamente que, com o não pagamento possa excutir a coisa hipoteca: este é o objetivo primordial da hipoteca e isto ao credor resultou negado. O credor hipotecário nada tem a ver com alienações, mesmo se de compra e vendas se tratasse, justamente porque tem direito de seqüela; mas, ainda assim, constava dos compromissos que "Em nenhuma hipótese, o Mutuante comparecerá às escrituras de compra e venda das unidades residenciais objeto deste mútuo, na qualidade de Anuente, para posterior recebimento dos créditos gerados pelas vendas". Há de concluir-se, portanto, que o art. 759, do Código Civil, resultou violado na sua própria ratio essendi, e, por isso mesmo, a garantia hipotecária também resultou violentada, no seu aspecto mais relevante: **negou-se o direito de executar a coisa, não pago o mútuo por ela garantido.** Em outro passo, do V.

Acórdão, no r. voto condutor, diz-se, algo diferentemente, da cláusula dos contratos, supra referida, que "Isso porque ao credor hipotecário, que consentira nas vendas, caberia o controle dessas e que não assumiu", o que não altera, absolutamente, a solução. Ao credor hipotecário é irrelevante quem seja o titular de direitos sobre a coisa, dado que, alterando-se a titularidade, nem por isto, a garantia hipotecária é afetada. Ademais da publicidade da hipoteca, no caso, e, do direito de seqüela, daí emergente, e, que não cessou de existir, foi invocado no recurso do credor hipotecário o art. 292, da Lei de Registros Públicos. Este texto é, a seu turno, expressivo, quanto à proteção deferida à garantia hipotecária, dentro do Sistema Financeiro de Habitação.⁷⁵ De outra parte, e, ainda, a execução referente ao Sistema Financeiro de Habitação encontra-se disciplinada na Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971, que especificamente assegura o direito a essa execução, e, que, diante dos Vv. Acórdãos, do Eg. 1º TACSP e do C. STJ, resultou não aplicada.

Em síntese, data venia, não está correto esse V. Acórdão, pois, se o entendimento da Súmula - STF 621 podia ser havido como excessivo - discussão essa que refoge aos fins deste Parecer -, não é possível, dentro do âmbito da Súmula - STJ 84, preterirem-se direitos reais, emprestando proteção a situação que é de direito pessoal. Por isto tudo, pensamos que a hipótese teria sido de conhecimento do recurso e provimento, com a reforma do v. Acórdão do Eg. 1º TACSP.

⁷⁵ "É o seguinte o texto do art. 292, da Lei 6.015, de 31.12.1973: "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 tenham por objeto imóvel hipotecado a entidade do Sistema Financeiro de Habitação, 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 pelo alienante, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias".

XVIII

HIPÓTESE, QUESITOS E RESPOSTAS

Formularam-se-nos os seguintes quesitos, antecedidos das hipóteses mais comumente ocorrentes na ordem prática.

Os quesitos encontram-se, um a um, devidamente respondidos.

1ª HIPÓTESE

DESCRIÇÃO DA PRIMEIRA HIPÓTESE:

**TRATA-SE DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO
PARA CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO, NO QUAL A
CONSTRUTORA DEU EM GARANTIA HIPOTECARIA
AO BANCO O TERRENO E ACESSÓRIOS.**

A construtora procede à alienação das unidades a terceiros sem anuência do Banco, e não repassa a este as importâncias recebidas para quitação da hipoteca concernente a cada unidade, nem cumpre a obrigação de pagar as prestações a que se comprometeu no contrato.

Em decorrência é ajuizada pelo Banco execução contra a construtora, recaindo a penhora sobre o imóvel hipotecado.

Considerar a possibilidade de compromissos de compra e venda não inscritos *ou inscritos posteriormente à hipoteca*.

Tendo em vista a alienação das unidades, os adquirentes ingressam com embargos de terceiro fundados na posse, a fim de livrar sua unidade da constrição.

Considerando a existência da Súmula 84 do STJ, que dispõe: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro", pergunta-se:

Quesitos

Quesito a) Referida súmula tem seu âmbito de alcance em casos como o ora narrado?

Pelas diversas razões mencionadas, não é juridicamente possível contrapor-se a garantia hipotecária, que é direito real, a alegação de situação possessória, decorrente de compromisso de compra e venda, não inscrito ou registrado.

A hipoteca, como direito real, existe para valer e ser eficaz erga omnes, não ocorrendo isso com a situação de compromissário, portador de compromisso não inscrito, ainda que esteja na posse da coisa (unidade autônoma). O compromisso, em tais condições, é titular de um direito obrigacional e essa relação jurídica diz respeito àquele que lhe compromissou a coisa.

A este respeito já se escreveu, corretamente, o seguinte:

Durante a incorporação do imóvel, a hipoteca pesará sobre o terreno e tudo quanto lhe for acrescido, inclusive, portanto, as unidades autônomas objeto de eventual promessa de venda ou de venda definitiva. Não existe a possibilidade, nesta fase, de repartição do ônus real através das unidades autônomas futuras, uma vez que nem elas nem o condomínio existem, Terminada a obra e quitada a unidade condominial, poder-se-á requerer ao credor hipotecário a desvinculação da unidade condominial do ônus real, em razão do surgimento do domínio exclusivo de cada uma delas, normalmente existindo, previamente estabelecido, um plano de futura divisão da dívida global, tantas quanto forem as unidades do projetado edifício, de maneira a extinguir-se a hipoteca sobre a totalidade do imóvel, para dar lugar à constituição do mesmo ônus real sobre cada uma das unidades per si.

Problema da maior gravidade surge quando o credor hipotecário, antes da liberação das unidades condominiais, promove a execução da hipoteca do imóvel. Nesta hipótese, a execução hipotecária atingirá todo o imóvel, inclusive as acessões realizadas, motivo pelo qual a única forma de impedir a afetação das unidades condominiais pelos adquirentes será por intermédio da remissão, prevista no art. 815 do CC que garante, ao adquirente do imóvel hipotecado, o direito de remi-lo, direito este que poderá também ser exercido pelo promitente-comprador.⁷⁶

⁷⁶ Cf. Everaldo Augusto Cambler, Incorporação imobiliária - ensaio de uma teoria geral, São Paulo, 1993, ed. Revista dos Tribunais, n. 13.3.2, p. 112.

O art. 815 Código Civil fornece a única solução para o adquirente do imóvel hipotecado, que é a remição, dizendo Maria Helena Diniz: “(...) isto porque um dos efeitos da hipoteca é o direito de seqüela do credor, fazendo com que o ônus se vincule ao imóvel, de modo que, se for alienado, transfere-se igualmente o gravame, podendo o credor segui-lo em poder de quem quer que se encontra”⁷⁷

As hipóteses que tem sido resolvidas, ao abrigo da súmula-STJ 84 não tem, rotineiramente, compreendido a situação descrita na consulta, como se examina neste Parecer.

Quesito b) Qual a situação da hipoteca diante da existência dessa súmula?

Em nosso sentir, diante de tudo quanto foi dito, a hipoteca, direito real de garantia, tem eficácia erga omnes, e, por isso mesmo, não pode perecer ou ser afastado diante de situação possessória em que exista, exclusivamente, direito pessoal, ou, direito sem eficácia erga omnes.

2ª HIPÓTESE (CONSEQUÊNCIA DA PRECEDENTE)

DESCRIÇÃO DA SEGUNDA HIPÓTESE:

TRATA-SE DE PENHORA SOBRE IMÓVEL QUE HAVIA SIDO TRANSFERIDO MEDIANTE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA SEM REGISTRO.

O compromissário comprador ingressa com embargos de terceiro fundados na posse.

Essa posse pode até ter uma causa jurídica, mas que não é oponível a quem tenha direito real. Por definição uma tal situação não configura direito real ou não configura uma obrigação com eficácia real. Só com a inscrição isso acontece. Se se atribuísse a uma tal situação possessória do compromissário-comprador; sem compromisso inscrito, oponibilidade a uma situação de direito real, estar-se-ia errando dupla e gravemente: a) despindo o direito real de garantia de sua eficácia erga omnes; b) atribuindo a uma situação que não tem eficácia erga omnes um atributo que não tem. É certo que, um tal decisão, infringiria, a um só tempo, todos os

⁷⁷ Cf. Maria Helena Diniz "Sistemas de registros de imóveis", São Paulo, 1992, ed. Saravia, nº d.2.3.5, p. 134.

textos aqui referidos, como, também, subverteria ponderavelmente nosso sistema jurídico. A única maneira possível, portanto, de cogitar-se possa ter um compromisso de compra e venda eficácia real é ter sido atribuída a ele publicidade, com o que, então e só então, poderá ter eficácia erga omnes. Se o compromisso de compra e venda estiver registrado, inviolável será, então e só então, até mesmo constituir-se garantia hipotecária.

Quesito c) Diante do disposto no art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal, art. 530 e seguintes do Código Civil e artigo 167, inciso I nº 9 da Lei de Registros Públicos, o direito de propriedade não prevalece sobre o direito de posse, em situações como as aqui retratadas?

Por todos os argumentos deste Parecer, pelos textos citados, nesta questão, agora respondida, e, outros mais, ofertados no corpo do Parecer, o direito de propriedade e a garantia real que com base naquele haja sido legitimamente constituída, com o desdobramento ou desmembramento da propriedade, prevalece sobre a situação possessória descrita na consulta. A garantia real é direito real e a situação possessória apresentada não o é.

Quesito d) Os V. Acórdãos publicados na Revista dos Tribunais, vol. 746/pp. 107-113 e na Revista do Superior Tribunal de Justiça vol. 9/pág. 297 [REsp. 871] são sustentáveis?

Por tudo quanto se argumentou, no presente Parecer, e, especialmente, conjugando-se o que consta do Parecer com o que está disto no item XVIII, a respeito desses Vv. Acórdãos, verifica-se, data veniadata vêniam, que esses Vv. Acórdãos não estão corretamente fundamentados e concluem erroneamente sobre o direito aplicável.

Quesito e) Tem cabimento a invocação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por compromissário-comprador, com compromisso não inscrito, em relação ao credor hipotecário, pretendendo-se com isso afetar a garantia real de hipoteca?

*Pelo que restou dito, no item XVII, não tem cabimento a invocação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor para a hipótese, por diversas razões, onde avulta a de que a relação entre credor hipotecário e seu devedor não pode ser confundida com a relação entre este devedor, que é o promitente-vendedor: e os promitentes compradores.

Pergunta-se-nos, ainda, o seguinte:

Quesito f) Como encarar as hipóteses em que os instrumentos particulares de compromisso de venda e compra firmados entre adquirentes e construtora, trazem datas forjadas anteriores à contratação da hipoteca com a instituição financeira?

Em nosso sentir a anterioridade da data de compromisso de compra e venda, não estando inscrito, não produz efeito em detrimento da garantia hipotecária, porque aquele não vale *erga omnes* e a hipoteca existe **essencialmente** para valer *erga omnes*. Sem embargo disto, se a data: se mostrar falsa, haver-se-á de requerer no processo incidente de falsidade, circunscrito à data, como, ainda, independentemente desse incidente, todos os meios de prova são admissíveis para comprovar-se que a data não correspondente ao momento em que efetivamente foi firmado o compromisso.

Quesito g) A lei obriga fazer o registro de transferência no RI para ter eficácia (art. 530, I, 866, do Código Civil e Lei de Registros Públicos, art. 167). Como fica o princípio da legalidade do art. 5º, II da Constituição Federal?

Como procuramos demonstrar, à exaustão, à luz do direito positivo que rege a hipótese (Código Civil), à luz de outras leis, que evidenciam a posição destacada do crédito hipotecário, no Sistema Financeiro Imobiliário, os direitos reais - salvo lei expressa e de caráter excepcional, em sentido contrário - prevalecem sempre e invariavelmente sobre situações que consubstanciam direitos pessoais, e, a compromissário-possuidor, sem compromisso inscrito é uma situação tal. Entendimento contrário, dando prevalência a esta última situação, em detrimento do direito real de garantia hipotecária, subverte a ordem jurídica, fraturando em grande escala não só inúmeros textos legais, como verdadeiro princípio de direito, através do qual se afirma, hoje e à luz de toda a evolução histórica do direito continental, que o direito real prevalece. Tudo como se procurou demonstrar, inclusive com amparo no direito comparado.

Argumentar, entre outros textos, principalmente, com o do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, com a devida vênia, não é exegese aceitável. E, não o é, porque esse texto não tem esse alcance, que seria verdadeiramente derogatória de inúmeros textos legais, formativos de princípio de direito. Não se pode esquecer que o compromissário-comprador tem

meios legais - **igualmente integrantes desse sistema** - que, fundamentalmente, consiste no registro do seu compromisso. Se não o faz, não pode pretender que não preenchido tal requisito - publicidade do compromisso de compra e venda -, ainda assim, possa ferir direito real alheio e estranho aos negócios entre construtora-incorporadora e compromissários. Ad argumentandum, se prosperassem tais decisões, é certo que um número mínimo de compromissários seriam beneficiados, mas macro número de pessoas que necessitam e necessitarão de habitações virá a ficar sem essas na medida em que tais habitações dependem, numa escala, quase que absoluta, do crédito e financiamento. Esta implicação, certamente, não está albergada pelo art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Quesito h) A hipoteca encerra ato jurídico perfeito – “princípio fundamental para a segurança das relações jurídicas”, conforme art. 5º, XXXVI da Constituição Federal. Como enfocá-lo diante de uma possível exclusão da hipoteca a favor do possuidor?

Por tudo quanto se disse, acaba-se com entendimento contrário ao aqui sustentado, desconhecendo-se ato jurídico perfeito, e atribuindo-se prevalência a uma situação que não tem essa virtude e desconhecendo-se situação de direito real.

Pede-se-nos ainda, que apreciemos o tema deste Parecer, em face das seguintes hipótese:

A) Apreciar a questão sob o enfoque de um compromisso de compra e venda sem registro anterior à constituição da hipoteca, constando do compromisso entre a construtora e comprador a possibilidade de haver hipoteca.

Se constar do compromisso entre a construtora e comprador a possibilidade de haver hipoteca, não poderá haver alegação contra a constituição da hipoteca. O compromissário tem instrumento apto [=registro desse compromisso] para defender o seu compromisso, com o qual estabelece, a seu favor situação de direito real. Se não o faz, o seu compromisso não deixa de ser direito pessoal, não podendo ser base apta para insurgir-se contra o direito real de hipoteca, ainda que ulterior ao seu compromisso.

B) Analisar a existência de fraude no caso de haver compromisso de compra e venda anterior à hipoteca.

Se com compromisso pretender-se cometer uma fraude, como, v. g., feito para pretender esvaziar a possibilidade de execução sobre a coisa, isto deverá ser percebido e alegado em defesa, a ser oposta a embargos de terceiro, eventualmente opostos por compromissário. Mas, como temos dito, o compromisso não objeto de inscrição, não pode sobrepujar a hipoteca, o que se constitui em argumento definitivo.

C) Discorrer também quando o compromisso de compra e venda sem registro, for posterior à hipoteca.

*A hipoteca, desde que registrada, prevalece sobre o compromisso. Se for posterior o compromisso de compra e venda à hipoteca, esta subsiste, tal como subsiste se se tratasse de uma compra e venda.

D) Elucidar a questão da subsistência da hipoteca mesmo com o compromisso de compra e venda registrado.

Ainda que o compromisso de compra e venda venha a ser registrado, a garantia real da hipoteca, precedentemente ocorrida, subsiste inteiramente.

É este o nosso Parecer, s. m. j

São Paulo, 9 de maio de 1998

**EXECUÇÃO DE HIPOTECA. EMBARGOS DE
TERCEIRO MANEJADOS POR PROMISSÁRIO COMPRADOR
SEM INSCRIÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO.
SÚMULA N.º 84 DO S.T.J.. INAPLICABILIDADE**

PARECER

Humberto Theodoro Júnior

Desembargador aposentado do TJMG. Professor Titular da Faculdade de Direito da
UFMG. Doutor em Direito. Advogado.

**EXECUÇÃO DE HIPOTECA - EMBARGOS DE TERCEIRO
MANEJADOS POR PROMISSÁRIO COMPRADOR SEM
INSCRIÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO –
SÚMULA N.º 84 DO S.T.J - INAPLICABILIDADE**

CONSULTA

Recebi da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - Abecip, por intermédio de seu consultor jurídico, Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury a exposição abaixo, seguida de questionário a ser respondido em parecer.

A Súmula n.º 84 do S.T.J. proclama ser 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.

Uma vez que é usual, no mercado imobiliário, a obtenção de recursos no sistema bancário, com garantia hipotecária de terreno onde será realizada a construção do edifício destinado a um condomínio horizontal, o consulente indaga sobre a repercussão da referida Súmula n.º 84 do S.T.J., na hipótese de vir a ocorrer a excussão da garantia real.

Observa que a alienação das unidades condominiais se faz, quase sempre, por meio de compromissos de compra e venda, sem participação da instituição financeira credora da hipoteca constituída pela construtora.

Quando esta se torna inadimplente, não resta ao banco senão executá-la, fazendo a penhora recair sobre o imóvel hipotecado. Nessa oportunidade, têm alguns promissários compradores oposto embargos de terceiro, para excluir da execução as respectivas unidades, sob invocação da Súmula n.º 84 do S.T.J., havendo casos em que o compromisso de compra e venda não foi levado a registro e outros em que o registro somente se deu após a hipoteca.

Diante disso, foram formulados os seguintes quesitos:

1.º) A Súmula n.º 84, do S.T.J., tem aplicação às execuções hipotecárias descritas?

2.º) Qual a situação da hipoteca diante da existência da Súmula n.º 84?

3.º) Tem cabimento a invocação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por promissário-comprador, com compromisso não inscrito, em relação ao credor hipotecário, pretendendo-se com isso afetar a garantia real de hipoteca?

Passo à análise tanto da hipoteca como do alcance da súmula n.º 84 do S.T.J., antes de dar resposta final ao questionário do ilustre consulente.

PARECER

SUMÁRIO

1. Direito real e direito pessoal ou de crédito
2. Características fundamentais dos direitos reais
3. Disputa entre direito pessoal e direito real
4. Conflito entre tutela possessória e direito real
5. O compromisso de compra e venda e seus efeitos pessoais e reais
6. A natureza da hipoteca
7. Os embargos de terceiro manejados pelo promissário comprador
8. A análise da súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça
9. Conclusões

1. Direito real e direito pessoal ou de crédito

Os direitos cogitados na ordem jurídica privada, sejam reais ou pessoais, apresentam-se dentro da categoria dos chamados direitos subjetivos, localizados no grande campo dos direitos patrimoniais, onde se instalam os interesses sobre bens de expressão econômica juridicamente tutelados.

Para bem distinguir essas duas modalidades de direitos subjetivos patrimoniais, é preciso acentuar que se está diante de um direito real quando o ordenamento jurídico outorga proteção ao interesse de um sujeito sobre determinado objeto independentemente da atuação de um outro sujeito pessoalmente obrigado. Assim, a primeira característica do direito real é que as faculdades dele emanadas para o respectivo titular recaem de maneira direta e imediata sobre a coisa que constitui seu objeto. E, de outro lado, esse poder não se opõe a um certo sujeito passivo, mas se exercita frente a todos (*erga omnes*). Por isso se afirma que o direito real tem um caráter **imediato e absoluto** (JOSÉ PUIG BRUTAU, *Compêndio de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1989, v. III, p. 2).

Em outros termos, mas de similar alcance, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO destaca que os "**direitos reais são direitos absolutos, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos à afectação desta aos interesses do sujeito**" (*Direito Civil - Reais*, 4. ed., Coimbra, Coimbra Editora, n. 26, p. 56).

O caráter absoluto não decorre de ser o direito real uma relação apenas entre o sujeito e a coisa, mas de não existir na sua configuração um sujeito passivo determinado que seja o responsável por uma prestação certa em favor do seu titular.

Os **direitos pessoais** assentam, obrigatoriamente sobre uma **relação jurídica**: o direito de crédito é "o direito do credor contra um sujeito, titulado pela relação entre ambos constituída". Já os **direitos reais** "não assentam em relação nenhuma". Os seus titulares, quando os exercitam, opondo-os a quem quer que embarace o desfrute de suas faculdades, "têm uma posição absoluta, porque é garantida pela ordem jurídica, independentemente de qualquer relação particular. Por isso, são válidos *erga omnes* - no sentido de que podem ser feitos valer potencialmente contra qualquer um. A relação surge acessoriamente na vida destes direitos, mas não é constitutiva deles" (ASCENSÃO, *ob. cit.*, n. 27, p. 57).

Destarte, não é possível, a respeito dos direitos reais, conceber-se "un inadempimento vero e proprio, ma soltanto una una lesione per opera di coloro che a tale godimento non rinunciano" (GIUSEPPE BRANCA e GUIDO ALPA, Istituzioni di Diritto Privato, 7. ed., Bologna, 1992, n. 167, p. 226).

Enquanto as pretensões que o credor exerce contra o devedor nascem todas da relação obrigacional geradora do direito pessoal, o direito real exerce-se com base em "razões absolutas", isto é, "sem atenção a uma vinculação particular de ninguém". Na verdade, "o sujeito passivo de qualquer pretensão é designado pela mera circunstância objectiva e exterior de representar um obstáculo ao direito real" (ASCENSÃO, ob. cit., n. 28, p. 58). Nesse sentido, aponta-se como traço distintivo dos direitos reais a pretensão do respectivo titular erga omnes "a non essere disturbato o comunque pregiudicato da qualsiasi terzo" (TORRENTE e SCHLESINGER, Manuale di Diritto Privato, 15. ed., Milano, Giuffrè, 1997, § 171, p. 295).

Por outro ângulo, o direito real **adere à coisa**, perseguindo-a onde quer que ela se encontre, mesmo que múltiplos negócios jurídicos tenham sido praticados para desviá-la, indevidamente, do seu legítimo titular. A coisa fica, "de tal maneira afectada pelo direito que não pode ser desvinculada deste na ausência de causa legal. É o que se chama a **inerência do direito à coisa**". Essa inerência vem a ser o que tradicionalmente se designa por "sequela" (ASCENSÃO, ob. cit., n. 29, p. 61).

Em síntese, podem ser apresentadas as seguintes diferenças entre os direitos **reais** e os direitos **personais**:

a) em relação aos **sujeitos**, o titular do direito real exerce "dominação sobre uma coisa determinada com eficácia em relação a terceiros (erga omnes)", enquanto no direito pessoal ou de crédito ocorre "uma polarização entre pessoas determinadas, de maneira que o sujeito ativo (credor) pode dirigir-se contra o sujeito passivo (devedor) que contraiu pessoalmente o vínculo, ou que está pessoalmente obrigado" (PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 5);

b) em relação ao **objeto**, este "no direito real é uma **coisa** determinada, e no direito de crédito é uma **conduta do devedor** (sujeito obrigado a realizar a prestação devida" (IDEM, ibidem);

c) em relação à **eficácia**, "a do direito real se manifesta no **senhorio (dominação)** direto sobre a coisa que constitui seu objeto, com **eficácia perante todos**, pelo que lhe é inerente o direito de **persecução** quando a coisa tenha saído indevidamente do poder do titular. Pelo contrário,

no direito de crédito, o poder do credor está limitado à possibilidade de exigir de seu devedor a prestação devida, e esta possibilidade, em relação a outros credores, só pode traduzir-se, se for o caso, em um direito de preferência" (IDEM, p. 5-6);

d) finalmente, em relação à origem, o direito real se adquire em virtude de um título (fundamento causal da transmissão) acrescido de um modo (tradição ou transcrição) ou pela tomada da posse, e, ainda, pelo usucapião. O direito de crédito nasce de alguma das fontes das obrigações, sobretudo em virtude do consentimento entre os que se tornam credor e devedor; e, em nenhum caso pode ser adquirido por usucapião (IDEM, p. 6).

2. Características fundamentais dos direitos reais

As características do direito real são, fundamentalmente, identificadas com a "immediatezza" e a "assolutezza". Com a primeira, reconhece-se a **dominação** ou **senhorio**, e evidencia-se "la relazione, che lega il bene oggetto del diritto al soggetto titolare e che consente a costui di trarre utilità e perciò godere del bene stesso, nei limiti stabiliti dalla legge, svolgendo direttamente su esso l'attività allo scopo necessaria, senza bisogno che, a tale effetto, intervenga un altro soggetto tenuto ad intermediare o comunque a rendere possibile quell'attività (L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D.BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto Civile*, v. 2 - *Diritto Reali*, Torino, UTET, 1988, p. 35).

Com a segunda, isto é, com o caráter **absoluto**, põe-se em relevo "l' espressione della validità del diritto erga omnes, nel senso che, di fronte ad esso, si pone l' obbligo negativo di tutti gli altri consociati, tenuti ad astenersi da ogni turbativa o aggressione capace di impedire il libero esercizio dell'attività di godimento del soggetto titolare o di ledere altrimenti l'interesse di lui in quanto tale" (L. BIGLIAZZI GERI et alii, *ob. cit.*, *loc. cit.*).

Merece, em tal quadro, destacar-se sobretudo a qualidade máxima do direito real que é a sua "inerência ao bem-objeto", a qual faz com que tal direito "grave praticamente a coisa", donde a expressão romana *i us in re*. É essa peculiaridade do direito real que permite ao titular **afirmar** e **fazer valer** a sua situação jurídica diante de qualquer um que de fato pratique alguma atividade de desfrute sobre a coisa ou pretenda ter sobre ela um **direito incompatível** ou mesmo limitativo, sem apoio em título preferencial. É nesse sentido que se cogita da "oponibilidade do

direito real a terceiros"; de sua "exclusividade", seja pela "unicidade" da sua titularidade, seja pela qualidade de uma facultas excludendi alios que toca ao titular; e, enfim, daquilo que se denomina "direito de seqüela", compreendido como talo fato de que o direito real segue a coisa sem sofrer conseqüência alguma, que o possa prejudicar, pelas mutações que venham a ocorrer na sua circulação, desde que operadas sem o consentimento do titular (L. BIGLIAZZI GERI et alii, ob. cit., p. 35-36).

3. Disputa entre direito pessoal e direito real

Do caráter absoluto do direito real decorre a impossibilidade de um estranho, não vinculado ao titular do *i us in re*, opor-lhe um **direito pessoal** exercitável sobre o objeto do primeiro e em detrimento de sua validade e plenitude. Na essência do direito real está sua plena eficácia erga omnes, enquanto o direito pessoal, ao contrário, se caracteriza pela força limitada aos sujeitos da relação obrigacional.

É inadmissível, destarte, que o titular de um direito eficaz apenas em face de seu devedor possa usá-lo com o intuito de negar o direito real de outrem sobre o mesmo objeto, ou de restringir-lhe a extensão ou exercício. Do caráter absoluto deste nasce, justamente, a obrigação negativa **de todos** de abster-se de toda e qualquer medida contrária aos interesses do titular do direito. Ninguém, portanto, tem como criar sobre a coisa, sem aquiescência do titular do direito real, direito pessoal incompatível com este, ou limitativo de sua eficácia.

As **ações reais**, isto é, as ações que veiculam as pretensões nascidas do direito real, são sempre dotadas de eficácia erga omnes. Dessa maneira, são sempre dotadas de força para opor o *i us in re* a qualquer um que tenha adquirido posse, detenção ou direito pessoal sobre o bem, fora de relações com o titular do direito real. Resolve-se a ação real, por conseguinte, na reafirmação e prevalência do direito real sobre o direito pessoal que se lhe mostre antagônico (L. BIGLIAZZI GERI et alii, ob. cit., p. 156).

O regime da **seqüela** e da **prevalência** revela o sistema específico dos direitos reais, permitindo conceituá-los como "**direitos absolutos, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos à afectação desta aos interesses do sujeito**" (ASCENSÃO, ob. cit., n. 31, p. 65). O direito pessoal por não ser inerente à coisa e não gozar de força absoluta, não prevalece sobre outro direito da mesma natureza quando constituído posteriormente em favor de

terceiro de boa fé, tal como se vê nas sucessivas vendas de um mesmo objeto, antes da tradição do objeto negocia- do.

"Normalmente, o direito de crédito cede se for constituído, mesmo com violação do crédito, um direito real incompatível com ele. Se o concedente de um direito creditício de gozo de uma coisa vende depois essa coisa a terceiro de boa fé, que está, assim, ao abrigo das '- razões relativas' emanadas do crédito, o adquirente do direito real pode vitoriosamente opô-lo ao titular do crédito, não obstante a data posterior da constituição do seu direito. É o que se chama a **preferência** ou, como preferimos dizer, a **prevalência** dos direitos reais em relação aos créditos" (ASCENSÃO, ob. cit., n. 29, p. 61-62).

O direito pessoal, em princípio, somente pode ser violado pelo devedor, porquanto é ele o único vinculado à obrigação de realizar a prestação a que tem direito o credor. O direito real, por ser oponível a todos, é também violável por todos. Seu titular, por isso, pode exercer as pretensões reais contra todos, especialmente contra os que constituam direitos pessoais sobre o objeto do *i us in re*, de maneira contrária a seus interesses. Embora nem todos reconheçam a preexistência de uma verdadeira relação jurídica capaz de criar **obrigações** entre todos e o titular do direito real, recai, sem dúvida, sobre **todos os outros** "o dever genérico de se absterem de atividades que invadam a esfera reservada ao titular" (ASCENSÃO, ob. cit., n. 270, p. 541). As relações jurídicas concretas, com suas conseqüentes obrigações, surgem justamente quando o terceiro **viola o dever genérico** de abster-se diante do direito real. Aí, sim, surge uma verdadeira relação jurídica, entre o titular do direito real e aquele que o violou (IDEM, *ibidem*).

A supremacia do direito real manifesta-se tanto em face de direitos pessoais **supervenientes** como **preexistentes**, tendo em vista o caráter **absoluto** e a **inerência** à coisa do *i us in re*. Eis como JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO explica o conflito entre direito real e direito pessoal:

"A **prevalência é conseqüência do direito real**. I -Pensamos que é. Suponhamos que Abel se obriga perante Bento a prestar-lhe determinada coisa. O objeto da prestação é uma coisa. A Bento, como credor, é atribuído um poder **referente à coisa**, mas não um poder **sobre a coisa**; um poder, portanto, que não dispensa a cooperação do devedor.

Imaginemos agora que Abel transfere o seu direito sobre a coisa a Carlos, colocando-se em posição de não poder cumprir a sua obrigação. Estabelece-se um **conflito de**

direitos entre o credor, que pretende , manter uma situação de facto referente à coisa, e o novo titular, que invoca o seu direito real sobre esta. Ambos os direitos são válidos, mas contraditórios.

Não pode haver dúvidas quanto à solução deste conflito. O titular do direito real, Carlos, pode exercer o seu direito, quaisquer que sejam as conseqüências que isso comporte quanto ao crédito. Confirma-o o art. 1.311 o./2, "relativo à acção de reivindicação, ao estabelecer que a restituição ao titular do direito real só pode ser recusada nos casos previstos na lei: nada na lei prevê que a existência dum crédito que grave a coisa, mesmo validamente, paralise a reivindicação.

Já não seria porém possível que, durante a vigência do contrato o próprio Abel reivindicasse a coisa de Bento. Este poderia então defender-se com êxito com base no seu direito de crédito. Isto não significa que neste caso a prevalência não funcione, mas sim que o titular do direito real, Abel, se comprometera validamente a não o invocar contra Bento durante certo lapso de tempo, ou enquanto se mantiverem certas circunstâncias. Como é evidente, do dever de cumprir as obrigações que contraíram não estão isentos os titulares de direitos reais...

Esta maior força do direito real sobre os créditos que à coisa se refiram é expressa pela denominação **prevalência**.

Eis porque dizemos que a prevalência é uma conseqüência do conceito de direito real, que se apresenta como distintiva dos direitos reais e dos créditos" (ob. cit., n. 284, p. 558-559).

Em outros termos: o sistema jurídico atribui ao direito real "**inerência**, que lhe permite liquidar as situações creditícias, mesmo anteriores, referentes à coisa. A designação 'prevalência' exprime bem esta conseqüência da 'inerência', característica do direito real" (ASCENSÃO ob. cit., n. 284, p. 559).

Exemplos típicos da prevalência do direito real sobre o direito pessoal podem ser extraídos da Lei do Inquilinato (Lei n.º 8.245/91), Assim, se o direito de usufruto do locador se extingue, ou se o mesmo acontece com o direito do fiduciário, o nu-proprietário, ou o fideicomissário, não estarão obrigados a respeitar o contrato de locação em curso (art. 7.º). Também quando o locador vende o imóvel locado, durante o contrato locatício, o comprador ficará isento de cumpri-lo, se não existir cláusula de eficácia perante terceiros devidamente inscrita no Registro Imobiliário (art. 8.0).

Fácil é concluir, nessa ordem de idéias, que nosso ordenamento jurídico, quando se depara com um quadro de conflito entre o direito real e o direito pessoal sobre a mesma coisa, soluciona a divergência dando **prevalência** ao primeiro.

4. Conflito entre tutela possessória e direito real

No campo do direito das coisas, a posse assume uma posição *sui generis*. Um simples fato - o exercício aparente de faculdades inerentes ao domínio - merece tutela da ordem jurídica, como se tratasse do próprio domínio. É que, para os efeitos de manutenção da paz social e da segurança das situações jurídicas, "l'esercizio in concreto di una posizione corrispondente a un diritto reale, di una signoria di fatto sulle cose, fa presumere che alla situazione in atto corrisponda un fondamento giurídico. In ogni caso, lo spirito del sistema e in questo senso: chi si trova in una situazione di fatto può intanto esercitare i poteri corrispondenti, ela legge gli attribuisce la sua forza fintantoché non sia dimostrato il contrasto con l'altrui diritto" (ALBERTO TRABUCCHI, Istituzioni di Diritto Civile, 30. ed., Padova, CEDAM, 1998, n. 174, p. 447).

A posse se revela como um fato "enquanto se refere ao senhorio efetivo sobre uma coisa, independentemente do fundamento jurídico deste poder; mas, em virtude da proteção que a ley dispensa a estas situações de dominação, é também um direito porque a lei regula certos efeitos ou conseqüências desse fato de possuir" (PUIG BRUTAU, ob. cit., III, p. 15).

Nesse sentido, o Código Civil proclama que "o possuidor tem **direito** a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho" (art. 499); e que, no conflito possessório, nem mesmo o proprietário, pode impedir que a solução judicial seja favorável ao possuidor atingido pelo esbulho ou pela turbação (art. 505). Trata-se, contudo, de uma tutela provisória à posse, em detrimento do domínio efetivo, cuja justificação se encontra, principalmente, no perigo para a paz social que representa o tumulto possessório. Reprime-se, antes de tudo, o **esbulho**, deixando-se, para o futuro, a solução da questão dominial.

Por paradoxal que possa ser, tutela-se a posse até mesmo em defesa do direito de propriedade. É que se leva em conta que "si la posesión no siempre responde al ejercicio de un derecho subjetivo por parte del poseedor, lo normal es que asi suceda; y como no seria posible discernir prima facie si quien ejerce un derecho es o no su titular, no hay duda que resultaría un

grave inconveniente dejar sin defensa a quien ejercita un derecho sólo por la posibilidad de que se trate de un no titular. A tal fin la ley protege la posesión como tal, en atención a que la primera y más elemental protección de um derecho consiste en protegerlo tal como aparece en su manifestación externa" (PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 17-18).

A posse protegida, no entanto, pode corresponder ou não, efetivamente, a um direito de possuidor. Daí afirmar-se que a ordem jurídica protege tanto a posse **causal** como a posse **formal**, conforme haja, ou não, coincidência entre a exteriorização e a titularidade substantiva (ASCENSÃO, ob. cit., n. 38, p. 82).

De qualquer maneira, mesmo quando se protege a posse independentemente de sua causa jurídica, não se impõe um prejuízo definitivo para o direito real daquele que eventualmente saiu derrotado no **juízo possessório**. Restar-lhe-á sempre a possibilidade de reverter a solução adversa, em futura demanda no **juízo petitório**, isto é, no juízo instaurado com fundamento na titularidade efetiva do direito real pertinente à coisa possuída por quem 'manejou, com êxito, o interdito possessório.

Na verdade, a discussão possessória é **provisória e periférica**, justamente por não descer até a causa da posse de fato exercitada pelo possuidor. "Efetivamente, a posse é um direito subjetivo". Mas, "o possuidor é protegido enquanto não se lhe opuser um direito prevalente". Enquanto tal não ocorre, entretanto, o bem fica afetado ao possuidor, como efeito de um autêntico "direito subjetivo"; e, como tal a ordem jurídica o protege (ASCENSÃO, ob. cit., n. 61, p. 133).

Trata-se, no entanto, de um "direito subjetivo provisório", porque a tutela que a lei lhe confere "não prevalecerá, em definitivo, sobre a propriedade ou outros direitos reais" (PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 16).

"La tutela del possesso, come tutela dello stato di fatto, e per sua essenza di carattere provvisorio: non è la difesa di un diritto. Il possesso non è un diritto. Non dobbiamo invero confondere il possesso com il diritto di possedere (ius possidendi), cioè com una delle facoltà che spettano in primo luogo al proprietario, e che anzi è quella affermata dal proprietario quando, avendo perduto il possesso dela sua casa, agisce in giudizio per rivendicarlo" (TRABUCCHI, ob. cit., n. 174, p. 448-449).

O puro possuidor não tem direito, necessariamente à posse. Tem direito a certos efeitos que decorrem da posse, inclusive o de conservá-la, repelindo os atos de esbulho e turbação,

até que seja convencido pelos meios regulares de direito. Essa tutela jurídica, todavia, é uma **tutela provisória**, a qual não se confunde com a de um verdadeiro e próprio estado de direito; por isso mesmo, “é destinada a scomparire di fronte all'eventuale successiva dimostrazione del vero diritto” (TRABUCCHI, ob. cit., n. 174, p. 449).

Como simples imagem, a posse não prevalece, sob tutela da ordem jurídica, senão **transitoriamente**, em detrimento daquilo que seria o próprio direito apenas representado em aparência (L. BIGLIAZZI GERI et alii, ob. cit., p. 349). A proteção que se lhe defere não é **absoluta**, como a do verdadeiro direito substancial nela aparentado. Vale apenas para cumprir o princípio *spoliatur ante omnia restituendus*.

Em suma: o possessório não faz coisa julgada para o petitório. Quando este advier, depois de cumprida a tutela **provisória** da posse, haverá de prevalecer a tutela **definitiva** da propriedade ou de outro direito real qualquer.

5. O compromisso de compra e venda e seus efeitos pessoais e reais

Entre os títulos causais de direito real figura o compromisso de compra e venda de imóveis, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Dec.-lei n.º 58, de 10.12.37, cujo art. 5.º dispôs, em relação aos imóveis loteados, que:

"A averbação no Registro Imobiliário atribui ao compromissário direito real oponível a terceiro, quanto à alienação ou oneração posterior”.

Posteriormente, com sucessivas alterações introduzidas no texto no art. 22 do mesmo Dec.-lei, essa eficácia real foi ampliada para todos os compromissos de compra e venda, mesmo aqueles estranhos aos processos de loteamento, in *verbis*:

"Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários **direito real** oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta Lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil”.

Mas, como se vê dos dispositivos institutivos do **direito real de aquisição**, não é o contrato de compromisso de compra e venda que produz, por si só, o direito real. Fiel ao sistema

geral do Código Civil, a nova lei impôs a necessidade de inscrever-se o contrato no Registro Público adequado, porquanto:

"Os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por atos inter vivos só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no Registro de Imóveis, dos referidos títulos..." (Cód. Civ., art. 676).

Não é, porém, a eficácia obrigacional do compromisso de compra e venda que depende de tal inscrição. Sem essa providência, o direito real de aquisição (*ius in re*) não se constitui; o vínculo obrigacional entre os contratantes, todavia, se estabelece plenamente, com apoio apenas no consenso próprio da figura contratual, independentemente do registro público.

O compromisso ou promessa de contratar, também denominado contrato preliminar, pré-contrato ou *pactum de contrahendo*, consiste no contrato pelo qual uma das partes, ou ambas, se obrigam a concluir outro negócio jurídico (PONTES DE MIRANDA, Tratado das ações, São Paulo, Ed. RT, 1978, v. VII, p. 284). Dos contratos dessa espécie resultam típicas obrigações de fazer, ou seja, de declarar vontade para aperfeiçoamento de outro negócio futuro, dito contrato **final ou definitivo**.

Essa obrigação de fazer - ou de consumir o contrato definitivo - permite execução forçada intentada judicialmente pelo promissário comprador, caso se dê o inadimplemento por parte do promitente vendedor (CPC, art. 639, 640, 641; Dec. - lei n.º 58, art. 22), execução essa que não nasce do **direito real de aquisição**, mas simplesmente do vínculo obrigacional que liga os contratantes. Do aludido direito real, constituído pela inscrição no Registro Imobiliário advém a **oponibilidade erga omnes**, ou o **direito de seqüela**, que, no caso de transferência posterior da propriedade do promitente vendedor a terceiro, facultará ao promissário comprador executar o *ius in re* contra quem quer que seja o seu atual detentor ou titular.

Do negócio da promessa de compra e venda de imóveis, portanto, podem advir duas ações distintas: uma **pessoal**, voltada apenas contra o devedor (promitente vendedor), para exigir-lhe a prestação devida (outorga do contrato definitivo); outra **real**, manejável erga omnes, para obter a transferência do domínio sobre o imóvel gravado, com eficácia perante qualquer tipo de sucessor do primitivo promitente vendedor.

A jurisprudência e doutrina atuais estão acordes quanto a essa dicotomia dos efeitos extraídos do compromisso de compra e venda, de sorte que com ou sem registro, a ação de adjudicação compulsória é a forma de cumprir em juízo a *obligatio faciendi* entre os próprios

sujeitos do contrato que a instituiu, ação essa a que é totalmente indiferente o **direito real** que o promissário comprador pode adquirir por meio da inscrição no Registro Imobiliário (DARCY BESSONE, Da compra e venda, promessa e reserva de domínio, Belo Horizonte, Bernardo Álvares, 1960). Em outros termos:

"O direito à adjudicação compulsória é em si de caráter **pessoal**, não dependendo, para sua plena eficácia entre os próprios contratantes, de registro no ofício imobiliário" (STJ, 4a. T., REsp. 8.944-SP, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, DJU 8.9.92; REsp. 5643-RS, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, ac. 7.5.9.1, RSTJ 29/356; 3.^a T., R.Esp. 30-DF, ac. 15.8.89, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, ac. 15.8.89, RSTJ 3/1.050; REsp. 19.410-0-MG, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, ac. 12.5.92, RSTJ 42/407).

Em suma: segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a promessa de compra e venda somente reclama inscrição do instrumento para sua validade e eficácia perante terceiros, mostrando-se hábil à obtenção da adjudicação compulsória em relação ao promitente vendedor independentemente desse registro" (STJ, 4a. T., REsp. 13.639-SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJU 16.11.92).

O beneficiário do compromisso de compra e venda, enfim, não terá como forçar o titular atual de propriedade ou de outro direito real sobre o imóvel a dar-lhe cumprimento, se não houve a prévia inscrição no Registro Imobiliário e se, a nenhum título, aderiu o detentor do ius in re ao vínculo obrigacional.

6. A natureza da hipoteca

Conforme dispõe o art. 755 do Código Civil, "nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por **vínculo real**, ao cumprimento da obrigação".

Como direito real que são, portanto, a hipoteca e demais garantias reais, ostentam os elementos característicos de todos os *iura in re*, ou seja: "l'**assolutezza**, in quanto sono opponibili *erga omnes*. Infatti essi sono inerenti ai beni su cui sono costituiti e attribuiscono al creditore il **diritto di sequela**, cioè il potere di esercitare la garanzia, espropriando il bene e soddisfacendosi sul prezzo ricavato dalla vendita (ius distrahendi), anche se la proprietà dei beni sia passata ad altri" (ANDREA TORRENTE E PIERO ACHLESINGER, Manuale di diritto privato, 15. ed., Milano, Giuffrè, 1997, § 259, p.. 440).

Destarte, pode-se definir a hipoteca como o direito real de garantia" que atribuisce al creditori **il potere di espropriare il bene sul quale l'ipoteca è costituita** (*ius distrahendi*) e di essere soddisfatto com preferenza (*ius praelationis*) sul prezzo ricavatto dall'esproprie" (TORRENTE e SCHLESINGER, ob. cit., § 265, p. 446). Insere-se nele, em essência, o **direito de seqüela**, que, in specie, traduz-se no poder de expropriar o bem gravado, mesmo que venha a ser alienado, atingindo-o, pois, na posse e propriedade do terceiro adquirente.

Dessa maneira, **a função essencial** da garantia hipotecária "si manifesta specialmente nei riguardi dei terzi, sia perché la preferenza che essa offre si riferisce ai creditori (*ius praelationis*), sia perché il vincolo segue il bene nell'eventualità che questo passi in proprietà altrui (*ius distrahendi*)" (TRABUCCHI, ob. cit., n. 273, p. 632).

O gravame hipotecário não priva o dono do bem de conservar a respectiva posse, de submetê-la a negócios translaticios, tanto de natureza pessoal como real. Nada disso, porém, afetará a hipoteca, porquanto o efeito de sua inscrição será "intangível", assegurando ao titular o direito "di attuare la sua pretesa e di farsi pagare com preferenza sui bene ipotecato, anche dopo qualsiasi atto di disposizione che venga compiuto sul bene stesso" (TRABUCCHI, ob. cit., n. 273, p. 633-634).

7. Os embargos de terceiro manejados pelo promissário comprador

Embora não seja essencial ao compromisso de compra a transmissão da posse ao promissário comprador, é usual a convenção que lha defere provisoriamente. É com base, portanto, no direito real advindo da inscrição do pré-contrato no Registro de Imóveis, e, às vezes, apenas na posse do promissário que não tem título registrado, que se manejam embargos de terceiro para livrar o imóvel compromissado de gravames judiciais em execuções intentadas contra o promitente vendedor. Que repercussão poderão provocar esses embargos sobre a execução fundada em garantia real como a hipotecária? É o que se analisa a seguir.

Prevê o art. 1.046 do Código de Processo Civil o cabimento dos embargos de terceiro da seguinte maneira:

"Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial (...) poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos" (caput). Ditos embargos "podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor" (§ 1.º).

Com a ação do art. 1.046 do CPC, instrumenta-se o terceiro com remédio processual capaz de propiciar-lhe a reintegração ou a manutenção na posse do bem constrito, desconstituindo-se, portanto, o ato de apreensão judicial indevidamente praticado (ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, Manual de direito processual civil, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1994, 1.776, p. 118). A causa petendi, todavia, tanto pode ser a **posse** como o **domínio** ou outro **direito real**. Até mesmo a hipoteca e os demais direitos reais de garantia são previstos como fundamentos invocáveis pelo terceiro embargante (CPC, art. 1.047, inc. II).

Quando o terceiro limita-se a invocar sua posse, os embargos equivalem a um **interdito possessório**; quando são manejados pelo senhor e possuidor "são ação semelhante à de **reivindicação**" (PONTES DE MIRANDA, Tratado das ações, São Paulo, Ed. RT, 1976, t. VI, p. 233). Como "não só o **domínio**, os **direitos reais** e a **posse** podem ser invocados pelo embargante", mas também "qualquer relação de direito material - real ou pessoal - que a constrição ofenda" (PONTES DE MIRANDA, ob. cit., VI, p. 243-244), os efeitos gerados pela sentença dos embargos de terceiro podem refletir sobre os mais diversos planos, ou seja, o da posse, o dos direitos reais, ou o das obrigações. Em outros termos:

"Em quase todos os casos, os embargos de terceiros, senhores e possuidores, ou só possuidores, dos bens constritos, levam consigo a discussão do **título do autor** na medida preventiva, ou satisfativa, e a sentença, por seu alto valor declarativo, tem força de coisa julgada" (PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1977, t. XV, p. 4) .

Enfim, "temos, hoje, embargos de terceiro, por ofensa à posse e ao direito", e não somente à posse (IDEM, ibidem, p. 9). E o êxito desses embargos, portanto, dependerá da prevalência, ou não, da **posse** ou **direito** do embargante frente ao direito subjetivo sustentador da constrição promovida no processo principal. Se a pretensão do terceiro tem, no âmbito substancial, força de paralisar a da parte do processo onde se cumpriu a constrição judicial, seus embargos serão acolhidos para que esta se desconstitua. Caso contrário, isto é, se o terceiro está sujeito à força obrigacional ou real do título do sujeito do processo principal, o destino dos embargos será, inevitavelmente, o insucesso. Quem, por exemplo, opõe, pelos embargos, uma relação obrigacional que o promovente da constrição judicial não está juridicamente forçado a acatar, não irá, como é

obvio, encontrar êxito na ação incidental manejada. Quem, pois, contrapõe, in casu, direito obrigacional a direito real, não tem como fazer prevalecer a pretensão de desconstituir o gravame judicial praticado a partir do ius in re. Prevaleceria, em tal confronto, o caráter **absoluto** e a oponibilidade erga omnes de um dos direitos subjetivos confrontados sobre o caráter **relativo** e **pessoal** do outro. E a supremacia de um sobre o outro encontraria explicação no princípio da **preferência** ou **prevalência** que milita em prol dos direitos reais, sempre que entram em conflito com os pessoais.

Assentadas essas premissas, ter-se-á de atentar para a condição jurídica da posse ostentada pelo promissário comprador, quando este a invoca em embargos de terceiro, para aquilatar a possibilidade de afetar, ou não, o ato de constrição impugnado: a) se o embargante tem direito real decorrente de inscrição do compromisso no Registro Imobiliário, a sua força *erga omnes* poderá neutralizar todos os direitos pessoais do agente do ato de constrição, e até mesmo seus direitos reais, se o do embargante gozar de **anterioridade** de constituição; b) se, porém, a posse defendida pelo embargante tem suporte em direito pessoal apenas, porque seu contrato não se acha registrado, só prevalecerá contra o ato constritivo se nascida anteriormente a este, quando também apoiado em direito subjetivo pessoal; se a constrição, por outro lado, estiver lastreada em direito real, de nada valerá o socorro do promissário comprador ao seu título negocial, já que inoponível ao sujeito do processo principal.

Tomando como base de argumento uma execução hipotecária, completamente inócua seria a pretensão do terceiro embargante de liberar o imóvel penhorado valendo-se de posse gerada por compromisso de compra e venda de efeitos apenas pessoais. As hipotecas asseguram aos credores justamente o privilégio "de pouvoir **suivre** l'immeuble en quelques mains qu'il passe pour le faire vendre et se faire payer sur le prix" (JEAN CHEVALIER-LOUIS BACH, Droit Civil, 12. ed., Paris, Sirey, 1995, t. I, p. 593).

Por força do direito de seqüela, nem mesmo a transferência válida da propriedade a terceiro impede o exercício da **ação real hipotecária**, porque "le droit de suite s'opere par la saisie", isto é, "le créancier hypothécaire, au lieu de saisir l'immeuble sur le débiteur, le saisit sur le détenteur actuel" (IDEM, ibidem).

Ora, se essa oponibilidade do vínculo real hipotecário vale para o novo titular do domínio do bem gravado, com muito maior razão haverá de prevalecer diante do mero possuidor,

que apoia sua situação jurídica numa simples relação pessoal, que, de maneira alguma vincula o titular da garantia real em execução. Daí a inviabilidade dos embargos do promissário comprador sem direito real de aquisição, á execução hipotecária.

8. A análise da súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça

O direito não se resume a regras. A sua revelação sempre exige uma atividade lógica e valorativa assentada sobre três categorias fundamentais e indissociáveis: a **norma abstrata** do direito positivo, o fato concreto sobre o qual a norma terá de incidir e a **valoração** dos critérios e objetivos visados pela norma.

Nesse sentido, está assente na doutrina e jurisprudência que "ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente do bem como um, como admiravelmente adverte o art. 5.º da LICC, incumbe dar-lhe exegese **construtiva** e **valorativa**, que se afeioe aos seus fins **teleológicos**, sabido que deve refletir não só os **valores** que a inspiram mas também as transformações eventuais e sócio-políticas da sociedade a que se destina" (S.T.J., R.Esp. 74.210/PR, 4.ª T., Rel. Min. SALVIO DE FIGUEIREDO, ac. 19.3.96, DJU 22.4.96, p. 12.577). Daí a necessidade imperiosa de o intérprete da norma jurídica reportar-se não apenas a seu texto, mas sobretudo aos **princípios** que informam o sistema do direito positivo (S. T.J ., 4a. T., REsp. 3.836-MG, Rel. Min., SALVIO DE FIGUEIREDO, ac. 18.2.90, LEX-JSTJ, 27/92).

É justamente porque o direito não se limita à norma abstrata da lei que a questão federal capaz de autorizar a interposição do recurso especial por divergência interpretativa nunca pode prescindir da análise conjunta da regra legal e das peculiaridades do quadro fático em que ela foi aplicada (C.P.C., art. 541, parágrafo único). Para nosso ordenamento jurídico, portanto, só se configura o dissídio exegético, quando o aplicador de uma mesma regra legal, diante de circunstâncias fáticas iguais, valoriza e define o sentido da norma de maneira divergente.

O pronunciamento judicial, como é óbvio, sempre e necessariamente, se apresenta como produto da análise conjunta da norma legal e dos fatos controvertidos que as partes deduzem em juízo. Daí que o enunciado de qualquer súmula de jurisprudência dominante em determinado Tribunal somente pode ser compreendido e delimitado em seu alcance se se reconstituir o quadro fático que o motivou, bem como o, esquema principiológico e axiológico seguido pelo julgador.

É o que se haverá de fazer em relação à Súmula n.º 84 do STJ, cuja compreensão reclama uma pesquisa acerca de seus antecedentes históricos e, acima de tudo, sobre o quadro fático-circunstancial em que sua formulação se consumou, com grande força inovativa perante posições antigas e enraizadas na jurisprudência, até então, liderada pela Suprema Corte.

A citada Súmula n.º 84 originou-se do reiterado pronunciamento do colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a interpretação e alcance da norma legal contida no art. 1.046, § 1.º, do CPC, que franqueia embargos de terceiro a quem pretenda defender sua posse em face de ato judicial.

Até então, muito se discutia sobre a viabilidade do manejo de embargos de terceiro pelo compromissário comprador de imóvel, cujo contrato não se encontrava registrado.

O fulcro da divergência jurisprudencial surgia da exegese assentada pelo Supremo Tribunal Federal no enunciado sumular n.º 621 que rezava: "não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis".

Essa antiga jurisprudência consagrada pelo STF entendia que nem sempre a posse dava ensejo a embargos de terceiro, como, por exemplo, aquela embasada em comodato, locação, despejo etc. E, também a posse decorrente do compromisso de compra e venda não registrado, possuindo natureza puramente obrigacional, oponível apenas ao promitente vendedor, não lograria o amparo do remédio processual dos embargos de terceiro.

Analisando o entendimento jurisprudencial do S.T.F. sobre o assunto, em sede de doutrina, registrávamos que "nem mesmo a posse do promissário tem sido considerada pela jurisprudência do STJ como suficiente para legitimar sua pretensão à tutela dos embargos de terceiro. É que, não configurado o direito real, a posse precária do promissário é exercida ainda em nome do promitente, o que não exclui nem o domínio, nem a posse indireta do legítimo dono" (Curso de Direito Processual Civil, v. III, 17. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, n. 1436, p. 332).

Em apertada síntese, portanto, a ilegitimidade ativa do compromissário comprador que não dispunha de promessa de compra e venda inscrita no Registro Imobiliário para o manejo dos embargos de terceiro era reconhecida pelo STF porque não se vislumbrava nos embargos uma via de defesa de **direitos pessoais**, mas apenas de proteção de **direitos reais**. Por outro lado, sendo o compromisso de compra e venda não registrado uma relação jurídica de direito meramente

pessoal, não poderia ser oposto a terceiro-credor que havia eficaz e tempestivamente promovido a penhora do bem que se encontrava ainda sob o domínio do promitente vendedor. A posse do promissário comprador, por tais razões, seria exercida, ainda, em nome do promitente.

A evolução da exegese jurisprudencial se deu paulatinamente, dentro deste contexto. Em um primeiro momento, existente um conflito entre dois credores, ambos titulares de **direitos subjetivos pessoais**, surgido com a penhora de um bem que se encontrava prometido a venda, prevaleceria a **penhora** sobre o **compromisso de compra e venda**, porque o primeiro credor, mais diligente, antecipou-se ao promissário comprador e perseguiu a satisfação de seu crédito enquanto o bem prometido a venda encontrava-se ainda sob o domínio do promitente vendedor.

Em uma segunda etapa, a jurisprudência do STJ, inicialmente vacilante, mudou de rumo: sensibilizada pela relevância social que os contratos preliminares de compra e venda alcançaram no meio jurídico, passou a focar o problema sob uma ótica diferente, na qual se reconhecia a possibilidade de a simples posse do promissário comprador se beneficiar da tutela dos embargos de terceiro, posto que estes eram destinados pela lei para proteção tanto do senhor e possuidor como do mero possuidor. Mas ainda assim, partia-se da premissa de que o manejo dos embargos seria admissível desde que o bem prometido a venda houvesse sido alcançado por **penhora promovida em execução de um crédito pessoal**.

Escorada na lição de PONTES DE MIRANDA, a Corte Federal, em seu novo enfoque jurisprudencial, passou a admitir de forma abstrata e genérica a **legitimidade ativa** do promissário comprador para propositura de embargos de terceiros fundados na posse, ainda que o contrato não estivesse inscrito no Registro de Imóveis, explicitando que assim o fazia "porque os embargos de terceiro protegem não apenas o **domínio**, mas também a **posse** e mesmo **direitos obrigacionais** (v. Lopes da Costa, Direito Processual Civil Brasileiro, v. 4., p. 254; Pontes de Miranda, Comentários ao CPC, ed. 1949, v. IV/206)"(voto do Min. Bueno de Souza no REsp. 188-PR, da 4. T., ac. 8.8.89, DJU 31.10.89).

Cabíveis, portanto, em tese, os embargos de terceiro possuidor "e provada a constituição de direito, de natureza obrigacional embora em favor de terceiro embargante, sem fraude à execução, nada justificava fosse desconhecido tal direito pelo exequente" (voto citado, ac. cit., loc. cit.).

Quanto à posse do promissário comprador, passou a ser considerada exercida em nome próprio, "que se torna definitiva com o cumprimento do contrato" (REsp. 866-0-RS, ac. 10.10.89, 3. T do STJ, DJU 30.10.89).

Essas conclusões, entretanto, só se consideram válidas e adequadas para as hipóteses exatamente idênticas às analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça e que levaram à edição da Súmula n.º 84. Ou seja, tal entendimento só é correto quando se enfrentam dois créditos pessoais, porque o conflito entre direito pessoal e real se resolve por outras normas de direito, por outros princípios jurídicos que jamais foram apreciados pelos arestos que serviram de precedentes para a edição do enunciado sumular supra citado.

E o limite da citada Súmula às hipóteses de conflito entre direitos pessoais jamais foi posto em dúvida pelo STJ, tanto é que a todo momento esse contexto fático é evidenciado nos votos proferidos pelos arestos que precederam a edição do enunciado sumular, in verbis:

"Então se pergunta: entre as duas pretensões, a do credor, **direito pessoal**, e a do promitente-comprador com justa posse, **direito também pessoal**, qual é aquela que merece maior tutela, maior proteção da ordem jurídica?

(...)

Creio mais conforme com as necessidades atuais do comércio jurídico e a interpretação pela qual, no choque de interesses de **dois direitos eminentemente pessoais** (a própria penhora não é direito real, mas ato processual executivo), tanto um quanto outro, deve prevalecer o direito daquele que está na justa posse do imóvel, como seu legítimo pretendente à aquisição e com o preço quitado, face ao direito do credor do promitente vendedor, dêis que ausente, por certo qualquer modalidade de fraude a credores ou à execução"

(voto do Min. ATHOS CARNEIRO, no REsp. 188 e 244, citado no REsp. 226-0-SP, da 3. T., do STJ, ac. 17.10.89, DJU 20.11.89).

Enfim, segundo o enunciado da Súmula n.º 84 do STJ, quando conflitantes direitos pessoais (penhora decorrente de execução de obrigação pessoal e posse oriunda de

compromisso de compra e venda) terá direito ao manejo dos embargos de terceiro o promissário comprador, com situação possessória constituída antes da penhora.

Mas, tratando-se de ato judicial de constrição de bem decorrente de **direito real**, inaplicável é a Súmula n.º 84, por tratar-se de hipótese fática e jurídica completamente diversa. Nesses conflitos, entre direito real e pessoal, aplicam-se as regras e princípios jurídicos anteriormente expostos, que caracterizam a prevalência do direito real sobre o pessoal.

9. Conclusões

À vista de tudo quanto se expôs e argumentou, passo a responder aos quesitos da consulta:

1.º Quesito: A Súmula n.º 84, do S.T.J., tem aplicação às execuções hipotecárias descritas?

Súmula n.º 84 do STJ tem origem em situações de conflito entre penhora e posse contratual, ambas assentadas sobre relações jurídicas pessoais. Tanto o credor exequente como o promissário comprador apresentam-se em juízo defendendo direitos subjetivos pessoais. Por isso, a jurisprudência sumulada deu prevalência à posse do terceiro embargante, nos casos em que estivesse ela consolidada anteriormente à penhora do credor quirografário. A solução pretoriana levou em conta, destarte, a prioridade temporal do exercício da pretensão obrigacional sobre a coisa do devedor. Como o promissário comprador atingiu a coisa, com os atos de posse, antes da penhora do credor exequente, o conflito resolve-se em favor do primeiro.

Quando, no entanto, a execução vem lastreada por hipoteca, o **direito absoluto** do credor confere-lhe **seqüela** para opô-lo a quem quer que detenha a coisa. Qualquer que seja o título do possuidor, se não deriva do titular do direito real, não pode a este ser oposto. Os conflitos, in casu, resolvem-se sempre em benefício do direito real e em detrimento do direito pessoal ou da simples posse.

Logo, em princípio, não tem a Súmula n.º 84 aplicação acasos como o da consulta, ou seja, casos de execução hipotecária em constrato com compromissos de compra e venda não registrados, ainda que o promissário comprador tenha posse efetiva do imóvel.

2.º Quesito: Qual a situação da hipoteca diante da existência da Súmula n.o 84?

Mesmo que o promissário comprador se apresente como titular de direito real de aquisição por dispor de inscrição no Registro Imobiliário, não terá como opô-lo ao credor hipotecário, se tal inscrição for de época posterior à hipoteca. Os direitos reais concorrentes sobre a mesma coisa se exercitam segundo a ordem de constituição.

O direito de seqüela aperfeiçoa-se com a oponibilidade erga omnes, que opera não só em face dos direitos pessoais, mas igualmente em face dos outros direitos reais que lhe sejam posteriores.

Assim, se o terreno estava hipotecado anteriormente à construção do edifício, os direitos reais dos adquirentes das unidades não anulam o direito real anterior do credor hipotecário. Ao contrário, o que primeiro se cumprirá será a tutela do gravame real mais antigo, de sorte que, instaurada a excussão hipotecária, a penhora atingirá o terreno com todas suas acessões e benfeitorias. Para evitar a execução de suas unidades, os promissários compradores terão de utilizar o instituto da **remição** (Código Civil, art. 815).

Não cabe, portanto, na espécie o recurso à Súmula n.º 84, do STJ, que se refere, obviamente, a situações onde não se instala o concurso entre direito real e direito pessoal, mas apenas o conflito entre a penhora de credor quirografário e a posse anterior de terceiro derivada de situação contratual de promessa de compra e venda.

3.º Quesito: Tem cabimento a invocação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por promissário-comprador, com compromisso não inscrito, em relação ao credor hipotecário, pretendendo-se com isso afetar a garantia real de hipoteca?

O banco que empresta dinheiro ao construtor sob garantia hipotecária não estabelece relação jurídica alguma com o futuro comprador de unidade do edifício que o mutuário venha a erguer no imóvel hipotecado. A operação de crédito inicia-se e esvai-se no relacionamento exclusivo entre mutuante e mutuário. Por ter a instituição financeira fornecido recursos ao construtor, não se torna construtor ou parceiro do construtor. O empréstimo e a hipoteca não participam da relação de consumo que se instala entre o construtor (fornecedor) e o promissário comprador (consumidor).

A pensar de outra forma, os bancos seriam transformados em sujeitos de todas as operações de consumo do País, pois, sabidamente, todo comércio e toda indústria se valem do

crédito bancário para sustentar seu giro econômico. As pessoas que se inserem na relação de consumo e que, por isso, respondem pelos vícios do produto são, segundo o art. 12 do CPC, "o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador"; e, eventualmente, "o comerciante", nas situações do art. 13 da mesma Lei.

Os empréstimos feitos a qualquer um desses sujeitos da relação de consumo não fazem com que o banco assumira qualquer uma das situações subjetivas a que a lei faz corresponder a responsabilidade do **fornecedor**.

O contrato de mútuo, quando realizado entre dois empresários - o construtor e o banco - nem mesmo entre eles pode ser havido como operação de consumo, visto que não há que se falar em fornecimento de produto a "destinatário final", mas sim a intermediário do giro econômico. Não incide, portanto, a regra do art. 2.º do CDC, já que esta somente qualifica como consumidor quem adquire ou utiliza produto ou serviço "como destinatário final".

A hipoteca e o mútuo, na situação sub examine, regem-se, exclusivamente, pelas normas do direito comum, ou mais, especificamente, pelo Código Civil (art. 811).

A nenhum título, como se vê, há lugar para submeter os embargos do promissário comprador de apartamentos edificadas em imóvel hipotecado ao regime do CDC.

E o meu parecer, s.m.J.,

Belo Horizonte, 30 de junho de 1998.