PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Alexandre Laizo Clápis

A propriedade fiduciária imobiliária
aspectos gerais e registrários

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

SÃO PAULO
2010

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Alexandre Laizo Clápis

A propriedade fiduciária imobiliária
aspectos gerais e registrários

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Doutor José Manoel de Arruda Alvim Netto.

SÃO PAULO
2010

Banca Examinadora

_____

_____

_____

Dedicatória

Aos meus amados filhos Pedro e João, e à minha querida Flávia, com carinho, por todo o tempo em que tive de me ausentar para finalizar este trabalho.

Agradecimento

Meu profundo e sincero agradecimento ao Prof. Arruda Alvim, pelo incentivo, segurança e tranquilidade conferidos à orientação deste trabalho, e especialmente pelo conhecimento compartilhado.

RESUMO

Neste trabalho são analisados os temas gerais relacionados a um tipo de garantia real, a da propriedade fiduciária imobiliária, aliados aos aspectos práticos registrários. Essa propriedade foi introduzida em nosso sistema jurídico pela Lei Federal nº 9.514/1997, mas nosso ordenamento há muito já se serve de tal modalidade de garantia real para financiamento de coisas móveis de consumo durável. A propriedade fiduciária imobiliária, com a edição da referida lei, no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI –, surgiu como alternativa para o enfraquecido Sistema Financeiro Habitacional – SFH. O mercado imobiliário brasileiro foi favorecido pela introdução da nova modalidade de garantia real fiduciária. Especialmente pelo fato de que os mecanismos de recuperação do crédito pelo credor foram agilizados e melhorados com a alienação da coisa por meio dos leilões públicos extrajudiciais, ou seja, com a possibilidade de o fiduciário recobrar o valor financiado sem que seja necessário buscar a execução judicial que, sabidamente, é morosa e de custo elevado. Para compreender os atuais contornos da propriedade fiduciária imobiliária brasileira deve-se retornar às origens do instituto, especialmente à fidúcia do Direito Romano e à fidúcia que surgiu no Direito Germânico, pois uma serviu-se da causa do fracasso da outra para tentar aprimorar sua estrutura e introduzir, na relação fiduciária alemã, a condição resolúvel decorrente da lei e não da vontade do fiduciário, como era para os romanos. Contudo, em qualquer das origens é possível notar que o especial atrativo dessa modalidade de garantia é a transferência da propriedade para o fiduciário, de forma que a garantia é constituída sob coisa do credor. Pela crescente utilização dessa modalide de garantia real imobiliária, os tribunais brasileiros já tiveram oportunidade de se manifestar sobre aspectos fundamentais, como a constitucionalidade da execução extrajudicial da garantia fiduciária imobiliária – ou seja, os leilões públicos obrigatórios, em caso de inadimplemento do fiduciante, não ferem os preceitos constitucionais de acesso à justiça e de ampla defesa, e, da mesma forma, a estrutura de ressarcimento do fiduciário e do fiduciante, caso haja saldo após a alienação em público leilão estrajudicial, não afronta o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: fidúcia – propriedade fiduciária imobiliária – garantia – crédito – aspectos registrários.

ABSTRACT

The purpose of this work is to review general issues related to a type of security, the fiduciary ownership of real estate (*propriedade fiduciária imobiliária*) associated with practical aspects of its registration. The fiduciary ownership was introduced in the Brazilian legal system by Federal Law No. 9,514/1997, although it has been being used to secure the financing of durable goods for a long time. After the issuance of such law, within the scope of the Brazilian Real Estate Financing System – SFI, the fiduciary ownership of real estate emerged as an alternative to the weakened Brazilian Housing System – SFH. The Brazilian real estate market benefited from the introduction of a new type of fiduciary security. In particular because the mechanisms available to the creditor to recover its credit were expedited and improved with the sale of the property at extrajudicial public auctions, this is to say, with the possibility of the fiduciary/trustee (*fiduciário*) to recover the amount financed with no need to file a judicial execution proceeding that is knowingly more time consuming and involves higher costs. To understand the current features of the Brazilian fiduciary ownership of real estate, one must return to the origin of the institute, particularly to the *fidúcia* (trust) of Roman Law and the one that has appeared in Germanic Law because one has served itself from the failure of the other in an attempt to improve its structure and introduce, in the German fiduciary relationship, the resolvable condition resulting from the law rather than from the fiduciary's will, as it happened in Roman Law. However, in any of those origins, it is possible to notice that the special attractive of this type of security is the transfer of the title to the fiduciary, so that the security is created on a creditor's asset. Because of the increasing use of this type of security, Brazilian courts have already had the opportunity to pronounce on fundamental aspects such as the constitutionality of the extrajudicial enforcement of the security consisting of the fiduciary ownership of real estate – in other words, the mandatory public auctions, in case of default of the fiduciary agent (*fiduciante*) does not violate constitutional commandments of access to courts and full defense and, similarly, the structure of reimbursement of the fiduciary and the fiduciary agent, in case there is any balance after the sale at an extrajudicial public auction does not violate Article 53 of the Brazilian Consumers Defense Code.

KEY-WORDS: fiduciary – fiduciary ownership of real estate – extrajudicial auctions – constitutionality – aspects related to registration

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....10

1. BREVES ANOTAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.....14

1.1 NO DIREITO ROMANO.....15

1.2 NO DIREITO GERMÂNICO.....23

2. CRISE SISTÊMICA DOS TRADICIONAIS DIREITOS REAIS DE GARANTIA IMOBILIÁRIA – A HIPOTECA.....29

2.1 A SITUAÇÃO DA HIPOTECA NA SOCIEDADE ATUAL.....31

2.2 A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA COMO OPÇÃO DE GARANTIA REAL.....36

3. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL.....43

3.1 CONCEITO.....43

3.2 O CONTRATO COMO CAUSA PARA O SURGIMENTO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.....66

3.2.1 CONSTITUIÇÃO E CANCELAMENTO DA GARANTIA PELO ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.....70

3.3 ELEMENTOS.....75

3.3.1 SUJEITOS.....76

3.3.1.1 O DEVEDOR-FIDUCIANTE.....83

3.3.1.2 O CREDOR-FIDUCIÁRIO.....88

3.3.1.3 CONSTRIÇÃO DOS DIREITOS DO FIDUCIÁRIO E DO FIDUCIANTE.....90

3.3.2 OBJETO.....93

3.3.3 FORMA.....100

4. A NATUREZA DA PROPRIEDADE DO CREDOR-FIDUCIÁRIO E A PROPRIEDADE DO CÓDIGO CIVIL.....108

4.1. INTRODUÇÃO.....108

4.2. A PROPRIEDADE. ASPECTOS E CONSIDERAÇÕES GERAIS.....110

4.3. A EXPERIÊNCIA DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NO DIREITO ESTRANGEIRO.....127

4.3.1. O CÓDIGO CIVIL HOLANDÊS.....127

4.3.2. O DIREITO ESPANHOL.....128

4.3.3. NA ARGENTINA.....132

4.3.4. NO URUGUAI E EM QUEBEC.....133

4.3.5. NA ALEMANHA.....134

4.3.6. NO DIREITO PORTUGUÊS.....136

4.3.7. A FIDÚCIA FRANCESA.....137

4.4. A EXPERIÊNCIA DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NO BRASIL....139

5. A EXTINÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA.....152

5.1 CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.....152

5.2 INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.....156

5.2.1 LEILÕES.....167

5.2.1.1 PRIMEIRO LEILÃO.....174

5.2.1.2 SEGUNDO LEILÃO.....176

6. A CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL.....184

6.1 A CESSÃO PELO CREDOR-FIDUCIÁRIO.....184

6.2 A CESSÃO PELO DEVEDOR-FIDUCIANTE.....187

7. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL E A PROPRIEDADE RESOLÚVEL DO CÓDIGO CIVIL.....189

7.1 PROPRIEDADE RESOLÚVEL.....189

7.2 PROPRIEDADE RESOLÚVEL E PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.....195

8. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....197

CONCLUSÃO.....228

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....232

LEGISLAÇÃO CONSULTADA.....243

ANEXOS.....244

ANEXO I.....244

ANEXO II.....254

INTRODUÇÃO

A finalidade deste trabalho é dissertar sobre a propriedade fiduciária em garantia de coisa imóvel e seus reflexos nas relações patrimoniais do credor fiduciário, do devedor fiduciante e de terceiros, bem como expor os aspectos legais que afetam o Registro de Imóveis. Porém, desde já se destaca que a presente monografia não tem pretensão de esgotar o assunto.

A propriedade imóvel sempre desempenhou importante papel no sistema de financiamentos por ser, desde longa data, o objeto de garantia preferido pelos credores.

As relações capitalistas de produção, introduzidas na América Latina na segunda metade do século XIX, forçaram a privatização do domínio sobre os bens imóveis. No Brasil, esse momento histórico correspondeu à expansão econômica do café, à pressão para o fim do tráfico negreiro e à introdução da mão-de-obra assalariada. Além de propriedade privada absoluta, o capitalismo também exigia que a terra fosse possível de ser mercantilizada, comercializada.

A Lei Orçamentária nº 317/1843, regulamentada pelo Decreto nº 482/1846, criou e regulou a inscrição de hipotecas. Porém, ao serem introduzidas no Brasil as relações econômicas produtivas baseadas no modelo capitalista, surgiu a necessidade imposta por tal modelo de se constituir o direito de propriedade na forma privada para que ela pudesse servir como garantia nas concessões de créditos. Longo caminho legislativo seguiu-se desde as sesmarias até a concepção atual da propriedade privada. O detalhamento de tal tema não é objeto deste trabalho, mas essa brevíssima alusão serve para compreender a importância da propriedade imobiliária no sistema de garantias reais.

A hipoteca sempre foi o direito real de garantia mais utilizado na celebração de negócios jurídicos que, acessoriamente, exigiam forma suplementar para assegurar o cumprimento da prestação principal na hipótese de inadimplemento do devedor. Como se analisará adiante, alguns fatores colaboraram para o descrédito dessa modalidade de garantia real, principalmente em razão da demorada recuperação do crédito pelo financiador.

Como alternativa, foi editada a Lei Federal nº 9.514/1997 (do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI), que trata sobre o sistema de financiamento

imobiliário e a alienação fiduciária de coisa imóvel. Ela introduziu significativas alterações no sistema de financiamento imobiliário brasileiro vigente, com inclusão de sofisticados mecanismos, para permitir maior agilidade na obtenção de recursos, na recuperação de créditos concedidos e na circulação de títulos mobiliários lastreados em créditos imobiliários. A finalidade foi a de dinamizar as atividades dos empresários do setor que, na opinião deste pesquisador, é de vital importância se considerada a realidade socioeconômica do Brasil.

A indústria da construção civil é grande empregadora de mão-de-obra. O reaquecimento desse segmento representa impacto imediato no nível de emprego do País, com reflexos positivos nos índices econômicos e sociais.

De outro lado, o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) não foi capaz de cumprir a missão de cobrir o déficit de moradias que há muito assola a sociedade brasileira. Criado em 1964, o SFH tornou-se, a partir dos anos 1970, extremamente burocratizado e fadado ao insucesso em razão da insolvência do devedor, especialmente porque, de maneira geral, não apresenta efetividade na recuperação dos créditos concedidos.

Vale o destaque de que o inadimplemento por parte do devedor também teve como causa os desequilíbrios gerados pelo sistema monetário nacional, em desastrosos planos econômicos experimentados nos governos passados.

É preciso destacar que as garantias consideradas tradicionais – como a fiança, o penhor, a hipoteca e a anticrese – têm, em maior ou menor grau cada uma delas, sua importância no modelo econômico atual. Entretanto, apesar das alterações que sofreram com o objetivo de modernização, não satisfazem plenamente aos credores e apresentam inúmeras desvantagens, tais como custo, morosidade na execução e até mesmo eventual sobreposição de créditos mais privilegiados.

Mas também é verdade que a Lei Federal nº 9.514/1997, quase quinze anos após seu surgimento, não parece ser instrumental suficientemente capaz para impulsionar o mercado imobiliário. Ainda não é expressivo o número de negócios celebrados com base nessa lei, ao menos no que se refere à alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia, como poderia ser.

A Constituição Federal prevê que moradia digna é direito fundamental do cidadão. No entanto, não se pode pensar em aquisição de casa própria, ou até mesmo de imóveis comerciais para desenvolvimento de atividades empresariais, sem que exista um sistema de financiamento eficiente e capaz de permitir a concessão de crédito com

base na possibilidade do endividamento do pretendente. Tal sistema deve conter mecanismos ágeis para garantir o integral ressarcimento ao agente financiador em caso de inadimplemento do financiado.

Em outras palavras, as relações de crédito têm de ser munidas de mecanismos eficazes para se tornar um negócio economicamente viável e sustentável, o que está apoiado na ideia da célere recuperação do crédito. Essa parece ter sido a orientação seguida pelo legislador ao editar a Lei Federal nº 9.514/1997.

Como se pretendeu mostrar, a lei do SFI é dotada de certos instrumentais que visam dinamizar os negócios do mercado imobiliário, possibilitar que investidores aportem recursos para implantação de novos empreendimentos e, como consequência, elevar o número de empregos formais, aquecer o mercado de insumos para a construção civil, aumentar a oferta de imóveis, viabilizar a concessão de crédito de forma menos burocrática e, até mesmo, mais barato para o adquirente final. Para tanto, como ferramenta capaz de restituir o crédito com rapidez e de forma desburocratizada, instituiu a propriedade fiduciária de coisa imóvel constituída pelo contrato de alienação fiduciária, dentre outras garantias permitidas.

Em caso de inadimplemento por parte do tomador do empréstimo, há maior facilidade para o agente financiador retomar o imóvel objeto da alienação fiduciária. Até o advento da lei do SFI, a retomada do objeto da garantia imobiliária para ressarcimento do crédito era possível apenas com a intervenção do Poder Judiciário nas execuções hipotecárias. Esse ressarcimento dificilmente é feito em tempo capaz de evitar prejuízos ao titular do crédito garantido.

Importante destacar, outrossim, que a atual estrutura da Lei Federal nº 9.514/1997 possibilita garantir não apenas contratos de mútuo, mas também obrigações em geral, introduzindo, assim, definitivamente, a garantia real no âmbito das modalidades previstas no ordenamento civil, a qual passou a poder ser largamente utilizada.

Denota-se que a Lei Federal nº 9.514/1997, além da nova estruturação de financiamento, tem como característica marcante reduzir a presença e a intervenção do Estado nos negócios jurídicos nela previstos.

Apesar de não fazer parte da abordagem deste trabalho, vale lembrar que a lei do SFI também prevê a securitização de recebíveis imobiliários por agentes autorizados. À securitização poderá ser instituído o regime fiduciário por meio de declaração unilateral da securitizadora no contexto do Termo de Securitização de

Recebíveis Imobiliários. Essa declaração constituirá tais créditos como capital segregado da companhia securitizadora. O dispositivo faz com que o capital securitizado não seja atingido por medidas judiciais intentadas por credores da companhia securitizadora na hipótese desta sofrer problemas de liquidez. Melhim Namem Chalhub afirma que a Lei Federal nº 9.514/1997, nesse aspecto, pretende expandir um mercado secundário de créditos imobiliários com o objetivo de constituir fonte de recursos para o setor imobiliário.

1. BREVES ANOTAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Muitas vezes, a análise de determinados institutos jurídicos atuais necessita de um regresso às suas origens para facilitar o entendimento e a compreensão, pois, especialmente em relação à propriedade fiduciária, tais institutos não decorrem de criação arbitrária do legislador, mas do resultado de um processo evolutivo de longa e expressiva depuração social. A propriedade fiduciária é exemplo clássico de institutos cujas origens servem para esclarecer e explicar as características e o conteúdo jurídicos que a mesma tomou em nossos dias; e suas origens remontam ao Direito Romano.

Antes de iniciar uma breve análise sobre as origens da propriedade fiduciária é preciso destacar que essa modalidade de garantia teve como fundamento, em seu início, a confiança recíproca mantida pelas partes interessadas (fidúcia), por meio da qual uma delas, o fiduciário, recebia da outra, o fiduciante, a propriedade de determinado bem. Acessoriamente, pactuava-se a obrigação de dar ao bem uma específica destinação estabelecida pelo fiduciante. De maneira geral, a obrigação pactuada entre o fiduciário e o fiduciante é a de restituir o bem quando ocorrer o adimplemento integral da prestação principal pelo fiduciante.

Apesar de desempenhar função relativa de garantia real, a fidúcia é marcada por uma característica singular. Enquanto na hipoteca, por exemplo, o devedor permanece como proprietário da coisa afetada pela garantia após a constituição, a qual poderá ser alcançada por outros credores mais privilegiados, na fidúcia ocorre a transferência da propriedade ao credor fiduciário. Evidentemente a transferência da propriedade é feita pelo fiduciante com apoio na *confiança* − inerente a essa modalidade de garantia − de que, por ocasião do implemento da condição que lhe serviu como causa, a *titularidade*[1] da coisa retornará para ele (fiduciante).

Melhim Namem Chalhub[2] destaca que a propriedade adquirida pelo fiduciário em decorrência dos contratos de fidúcia é considerada plena, com a obrigação de cumprir a destinação consignada na convenção. Afirma o autor que:

> Essa atribuição da titularidade ao adquirente (fiduciário) é plena, mas o fiduciário assume a obrigação de dar determinada destinação ao bem

---

1 Remete-se às considerações feitas à natureza da propriedade fiduciária no Capítulo 4.

2 Chalhub (2000, p. 11).

> ou direito que recebe, pois o escopo dessa atribuição é atípico, não é previsto de modo específico pelo ordenamento. Assim, o negócio de natureza fiduciária é negócio bilateral composto por dois acordos que criam uma situação *sui generis*, pela qual uma parte (alienante-fiduciante) transmite a propriedade de certos bens à outra parte (adquirente-fiduciário), que, embora passando a exercer os direitos de proprietário, *erga omnes*, assume, no campo obrigacional, nas suas relações com o fiduciante, o dever de dar aos bens adquiridos a destinação determinada pelo próprio fiduciante e com este acordada na forma do citado pacto adjeto.

1.1 NO DIREITO ROMANO

A concepção moderna da propriedade fiduciária teve seu influxo no instituto da *fidúcia* romana que, no transcorrer dos séculos, não se manteve imutável. Ao contrário, sofreu processos de contínuas adaptações e modificações[3]. Mas o que se denota da leitura da doutrina é que a fidúcia do tipo romano apoiava-se em acordo cujo alicerce era a boa-fé, pois sustentava a transmissão de uma coisa ao fiduciário que, por sua vez, comprometia-se a manter a destinação convencionada e a restituí-la em determinadas circunstâncias[4].

O que as partes pretendiam era um contrato que lhes permitisse uma transmissão temporária, pela qual o adquirente (fiduciário), após certo tempo ou depois de cumprida específica obrigação, comprometia-se a devolver a coisa ao alienante (fiduciante). Portanto, a fidúcia do tipo romano fundamentava-se em "instituto jurídico que repousa exclusivamente na lealdade e honestidade de uma das partes"[5], ou seja, do fiduciário, depositário de toda a confiança do fiduciante.

Ensina Moreira Alves que os intérpretes do Direito Romano noticiam duas espécies de garantias, as reais e as pessoais. As primeiras têm como finalidade conceder ao credor direito real sobre coisa de titularidade do devedor, para garantir o cumprimento de uma determinada obrigação; as segundas, por sua vez, também com finalidade de garantia do adimplemento do devedor, surgem decorrentes de outras relações jurídicas obrigacionais[6].

---

3 Noticia Navarro Martorell (1950, p. 27) que: "Aparte, pues, de la *praediatura*, cuyos caracteres son más propiamente de Derecho público, en el Derecho clásico romano las tres formas típicas de garantía real fueron sucesivamente: la *fiducia*, el *pignus* y la *hypotheca*".

4 Rizzardo (2004, p. 1.295).

5 Restiffe Neto (2000, p. 21).

6 Moreira Alves (2004, p. 350).

Juan B. Jordano Barea indica que foi em Gaio que se encontrou a distinção entre os tipos de negócios fiduciários praticados pelos romanos[7]. Das *Instituitiones* de Gaio, portanto, pode-se inferir a existência de duas modalidades de fidúcia. Uma delas era contratada preferencialmente em proveito próprio e a outra em proveito de alheio. A primeira espécie de fidúcia era denominada *cum creditore* e a segunda *cum amico*. Nesta, muito semelhante ao comodato, um amigo entregava a outro uma coisa, com a transferência da propriedade, para que dela fizesse uso até que ocorresse a restituição. Já aquela ocorria quando o devedor, por determinação do contrato, transferia a propriedade da coisa ao credor em garantia do pagamento de uma dívida, com o compromisso do devedor devolvê-la após o recebimento daquilo que lhe era devido[8].

Assim, a fidúcia foi conhecida no Direito Romano como a concessão de um poder jurídico destinado à consecução de uma finalidade restrita. O elemento diferencial refere-se aos limites do próprio poder, pois no Direito Romano o fiduciário estava obrigado a fazer do direito que lhe foi confiado apenas aquilo que lhe foi conferido[9].

Sobre a propriedade fiduciária interessa o estudo de seus aspectos como garantia real. Sob esse enfoque, a mais antiga e primitiva modalidade, de acordo com a doutrina[10], é a *fiducia cum creditore*.

Entretanto, importa destacar, com apoio na obra de Otto de Souza Lima[11], que não se pode afirmar com certeza o momento em que o negócio fiduciário surgiu no cenário jurídico romano. E indica o referido autor que a dificuldade decorre de alguns fatores específicos. O homem romano, como toda a civilização antiga, vivia em decorrência e em função da coletividade, inserido na família e, por consequência, em sua tribo. Subordinava-se tão somente a usos sem o caráter coativo ou às regras morais impostas por quem representasse maior força, como ocorria entre o marido e a mulher, entre o pai e os filhos e entre o senhor e o escravo.

---

7 Segundo o autor, Gaio teria registrado: "Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio" (Barea, 1959, p. 19).

8 Restiffe Neto (2000, p. 23).

9 Cariota Ferrara (1956, p. 197).

10 Alonso (1967, p. 415).

11 Lima (1962, p. 9-11).

O que se denota da doutrina é que tanto a Lei das XII Tábuas quanto o Digesto contêm disposições vagas e imprecisas a respeito da fidúcia. René Jacquelin[12] afirma categoricamente que a origem está na Lei das XII Tábuas. Nas Institutas de Gaio, destaca José Ignácio Benevides de Rezende[13], não há referências e seu desaparecimento deve ter ocorrido antes do advento do império, por falta de relatos no período do Direito Clássico.

Otto de Souza Lima salienta, também, que nos tempos seguintes o homem passou a ser dirigido por regras religiosas e, com o surgimento do Estado, pelas regras jurídicas. Segue o autor e destaca que, apesar da dificuldade histórica para precisar o momento exato do surgimento da fidúcia romana, há certo consenso entre os escritores de que ela remonta à Lei das XII Tábuas. Registra, ainda, que[14]: "Efetivamente, a Tábua VI – I rezava: 'Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto'"[15] [16]. Mas há também quem destaque que se pode notar a fidúcia referida no Digesto, o que denota ter sido ela francamente utilizada pela sociedade romana no período do Direito Arcaico, antes, inclusive, da Lei das XII Tábuas[17].

A *fiducia cum creditore* consistia em negócio jurídico pactuado (*pactum fiduciae*[18]) entre o devedor fiduciante e o credor fiduciário, no qual aquele – por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*[19] – transferia a propriedade de coisa infungível a este (credor fiduciário), com a finalidade de garantir o adimplemento de determinada obrigação assumida. O fiduciário, por sua vez, comprometia-se a restituir a coisa por ocasião do pagamento da prestação avençada[20].

Pode-se dizer que a *fidúcia cum creditore* era estabelecida no interesse do fiduciário que integrava determinada relação jurídica obrigacional como credor e cujo crédito pretendia ver garantido contra eventual inadimplemento do fiduciante. Nessa

---

12 Jacquelin (1891, p. 36).

13 *Apud* Beck da Silva (1982, p. 3).

14 Lima (1962, p. 11).

15 "Esta disposição significa, segundo Vicenzo Ragusa, (*Le XII Tavole*): será lei entre as partes quando sejam cumpridas as solenes formalidades verbais prescritas para assumir uma obrigação (*nexum*) ou para transferir a propriedade de uma coisa (pág. 271 – vol. 1º)". Esse esclarecimento está em nota de rodapé da p. 11 (Lima, 1962).

16 Buzaid (1978, p. 65).

17 Gonçalves (1979, p. 213).

18 Moreira Alves (2004, p. 349).

19 Moreira Alves (2004, p. 350); Santo Justo (2003, p. 166).

20 Segundo Christoph Fabian (2007, p. 21), o fiduciário obrigava-se, por meio de um *pactum fiduciae*, "a restituir a coisa por uma *remancipatio* ou *in iure cessio* quando alcançado um determinado tempo ou uma determinada condição".

modalidade o fiduciário detinha a coisa objeto da garantia em nome próprio. Nos dizeres de Jackson Rocha Guimarães[21], a *fiducia cum creditore* representava "o aspecto mais importante da fidúcia, dada a sua associação com os direitos reais de garantia".

Alfredo Buzaid[22] salienta que podem ser vistas semelhanças entre a *fiducia cum creditore* e o antigo penhor de propriedade do vetusto Direito Alemão, pelo qual o devedor transferia a propriedade da coisa e estabelecia o pacto de restituição após o cumprimento de determinada obrigação.

Mariano Navarro Martorell[23] afirma: "La *fiducia cum creditore* tenía como fin el proporcionar al acreedor una garantía real; por ello, Jörs-Kunkel la llama también 'enajenación aseguratoria'"[24]. E o mesmo autor, em contraposição ao espírito que orientava a *fiducia cum amico*, comentou que no núcleo central da *fiducia cum creditore* havia uma conotação egoísta, pois sua estrutura atendia aos interesses do fiduciário.

Mas é de Max Kaser[25] a precisa definição:

> En la *fiducia cum creditore contracta* el acreedor (fiduciário) recibe del constituyente de la seguridad (fiduciante; muy frecuentemente el propio deudor) por *mancipatio* o *in iure cessio*, una *res mancipi*, con el anejo *pactum fiduciae*, por el que se conviene que el fiduciario retransmitirá la cosa al fiduciante por *remancipatio* o *in iure cessio*, cuando el crédito sea satisfecho[26].

Vale destacar que ao lado da *fiducia cum creditore* havia, também, a já citada *fiducia cum amico*[27]. Essa modalidade não tinha a finalidade de garantir um crédito, mas de preservar o patrimônio de determinada pessoa que pudesse estar ameaçada em razão de específica situação. Por exemplo, antes de ser mandado para a guerra, um soldado poderia alienar seus bens para um amigo de sua confiança, com a condição de que lhe fossem restituídos se, vivo, regressasse da batalha. Essa modalidade

---

21 Guimarães (1973, p. 104).

22 Buzaid (1978, p. 11).

23 Navarro Martorell (1950, p. 30).

24 "A fidúcia *cum creditore* foi concebida com a finalidade de proporcionar ao credor uma garantia real, por isso Hors-Kunkel chama-a também de 'alienação assecuratória'" (tradução livre).

25 Kaser (1982, p. 139).

26 "Na fidúcia *cum creditore contracta* o credor (fiduciário) recebe do constituinte da segurança (fiduciante; muitas vezes o próprio devedor) por *mancipatio* ou *in iure cessio*, uma *res mancipi*, com o anexo *pactum fiduciae*, pelo qual é acordado que o fiduciário retransmitirá a coisa ao fiduciante por *remancipatio* ou *in iure cessio*, quando o crédito for satisfeito" (tradução livre).

27 Chalhub (2000, p. 13).

realizava-se no interesse do fiduciante com a finalidade de facilitar e possibilitar a administração, o depósito, o comodato, o mandato etc.

Em outras palavras, apesar de haver a transferência da coisa, e de o fiduciário deter a titularidade em nome próprio, a razão era em virtude de interesse alheio, ou seja, do fiduciante. Há autores, segundo Juan B. Jordano Barea[28], que a denominam também de fidúcia altruísta, porque não há predominância do interesse econômico-jurídico.

No exemplo de Aderbal da Cunha Gonçalves[29]:

> A fidúcia *cum amico* resultava, às vezes, da necessidade em que se encontrava o proprietário de uma coisa de melhor resguardá-la, transferindo-a a um amigo mais poderoso, com a obrigação de retransmiti-la passada aquela situação, podendo, ainda, ensejar um depósito para fins de administração, ou um penhor, em determinadas situações, a pessoa de confiança, que estivesse mais capacitada a defendê-la, uma vez investida na posição de proprietário, senão, mesmo, o que foi muito comum na prática, para constituir um empréstimo de uso.

Em ambas as modalidades o direito real não era considerado sob coisa alheia, em decorrência da transferência efetiva que era feita ao credor (fiduciário). A coisa dada em garantia passava a integrar o patrimônio deste, com a condição de restituição ao devedor após o cumprimento da obrigação. Mas nas duas modalidades está presente a relação real, pois ocorre a transferência do direito ao fiduciário e a obrigacional, inserida no *pactum fiduciae*[30], que se revestia na obrigação do fiduciário de fazer determinado uso da coisa e devolvê-la ao fiduciante quando implementada a condição ou o termo pactuado[31].

No entanto, como se percebe dos relatos dos doutrinadores romanistas, a *fiducia cum creditore* continha certos inconvenientes. Moreira Alves[32] destaca que tais

---

28 Barea (1959).

29 Gonçalves (1979, p. 216).

30 Sobre o pacto de fidúcia, registra Max Kaser (1982, p. 112): "El *pactum fiduciae* que puede ser inserto en la *mancipatio*, se concierta con un acreedor a quien se mancipa la cosa en función de garantía o seguridad de su crédito (*fiducia cum creditore contracta*). O bien la cosa es transmitida a una persona de confianza para obligarle a que le custodie, para que disponga de ella enajenándola a un tercero, o para que, si se trata de un esclavo, lo manumita. En ambos casos, el transmitente o fiduciante tiene contra quien recibe la cosa o fiduciario un *actio fiduciae*, de carácter obligacional, para conseguir Del fiduciario que proceda conforme al pacto convenido y no perjudique dolosamente al fiduciante".

31 Bessone (1988, p. 9).

32 Moreira Alves (2004, p. 351).

inconvenientes eram significativos não apenas para o devedor, mas também para o credor[33]. As desvantagens, em síntese, seriam:

- **para o devedor**: em razão da transferência da propriedade para o credor, este não podia usufruir da coisa enquanto não houvesse extinção da obrigação; em certas ocasiões a coisa transferida era de valor superior ao débito que se pretendia garantir e impossibilitava, por consequência, a obtenção de outros créditos; e, por fim, talvez o mais significativo inconveniente, o devedor dependia exclusivamente da iniciativa do credor, pois não tinha contra este *actio* para obrigá-lo à restituição da coisa; destaca o insigne doutrinador que, mesmo após o surgimento da *actio fiduciae*, a dificuldade permaneceu em razão de ser esta medida simples relação pessoal contra o credor; na hipótese deste alienar a coisa a terceiro, ao devedor caberia apenas indenização pelo inadimplemento do credor pela não devolução do objeto da garantia e não a anulação da subseqüente alienação[34].
- **para o credor**: caso a coisa dada em garantia permanecesse na posse do devedor, este poderia, transcorrido o prazo de um ano, recuperar a propriedade por meio de uma modalidade especial de usucapião denominada *usureceptio*. Tal risco era minimizado com a convenção de que o devedor possuiria a coisa a título de locação ou em outra relação qualquer de detenção. Isso impedia o usucapião.

No mesmo sentido, adverte Orlando Gomes[35]:

> No esquema romano, o poder conferido ao fiduciário, como visto, é ilimitado. A possibilidade de limitá-lo ao fim para o qual se constitui o negócio fiduciário existe, apenas, no pacto, operante, unicamente, entre as partes. Sendo, porém, relação meramente obrigacional, não assegura senão o poder genérico de agressão ao patrimônio do devedor, que tem qualquer credor. Nesse tipo de fidúcia, o fator confiança é básico, porquanto o inadimplemento da obrigação só sujeita o devedor a responder, com o seu patrimônio, pelas

33 No mesmo sentido: Santo Justo (2003, p. 168).

34 De acordo com Navarro Martorell (1950, p. 34): "La propiedad que el fiduciario recibía hacía que la postura del deudor fuese peligrosa en extremo, al verse expuesto a que el acreedor, en uso de ella, aunque violando el pacto, dispusiera de la cosa en perjuicio de aquél, habida cuenta de que la *actio fiduciae* no era real, sin personal, y por lo tanto inoperante para reclamar la cosa a terceros adquirentes, y solo eficaz para lograr una indemnización del fiduciario".

35 Gomes (1975, p. 51).

> conseqüências da inexecução. A alienação fiduciária em garantia dá bem a imagem que a construção de tipo romano reflete. O escopo das partes, ao estipularem esse negócio jurídico, não é, evidentemente, a transmissão plena e definitiva da propriedade. No entanto, opera-se, passando o adquirente a ter, sobre a coisa, a plena potestas. O negócio translativo não encerra limitação alguma do poder do adquirente e fiduciário. O limite institui-se em outro negócio jurídico, de natureza pessoal, adjetivado como pacto, do qual nasce a obrigação de restituir a propriedade ao se esgotar o fim para o qual foi transferida. Mas, se o fiduciário, em quem confiou o fiduciante, se recusar a restituí-la, não tem ele meios de reavê-la. E, assim, uma alienação realizada apenas para garantir produz, por inexecução culposa de uma obrigação, os efeitos irreversíveis de uma transmissão que tivesse, como título, um contrato de causa genuinamente translativa. Cumpre o fiduciante sua obrigação de pagar a dívida, sem recuperar a propriedade do bem alienado para o fim mais restrito de garantia, suportando, em conseqüência, esdrúxula expropriação privada, com a agravante de que a vantagem do insólito expropriante provém de ter faltado à confiança de que fora depositário.

Nota-se que a fidúcia romana possuía aspectos de natureza jurídica real e obrigacional[36]. No primeiro caso, a propriedade era efetivamente transferida ao credor pelo fiduciante; no segundo, o fiduciário investia-se do direito real de propriedade de forma absoluta e assumia o compromisso moral de restituição da coisa quando o fiduciante cumprisse a obrigação principal. Em caso de recusa do credor fiduciário, o devedor fiduciante tinha apenas direito ao ressarcimento das perdas e danos decorrentes da quebra da confiança do fiduciário, sem que fosse possível perseguir a coisa. Não havia, ao fiduciante, possibilidade de exigir a devolução da coisa objeto da garantia real.

A situação do fiduciante, que se tornava credor do fiduciário que por sua vez deveria devolver a coisa quando implementada a condição ou termo convencionado, obrigação essa de natureza meramente pessoal, privado da ação de reivindicação em caso de inadimplemento, representou significativo entrave para o desenvolvimento da *fidúcia cum creditore* romana. Tal entrave, somado ao fato da comum desproporção entre o valor da coisa e do crédito garantido[37], deu origem ao declínio desse instituto.

Cariota Ferrara[38] destaca que na fidúcia romana o fiduciário recebeu um poder jurídico, sob o ponto de vista real, considerado ilimitado, pois, na hipótese de violar a obrigação que tinha de restituir a coisa ao fiduciante e a alienar para terceiros, ao fiduciante não cabia alternativa senão o ressarcimento do dano. A possibilidade de

---

36 Beck da Silva (1982, p. 6).
37 Kaser (1982, p. 140).
38 Cariota Ferrara (1933, p. 10).

retomada da coisa, registra Ferrara, pelo implemento do quanto convencionado pela *causa fiduciae*, não alcançava o fiduciário nem o terceiro. Em outra obra o mesmo autor[39] destaca que, nesse ponto, o efeito real atribuído ao fiduciário não estava limitado senão pelo caráter obrigatório do negócio fiduciário, e tal circunstância, como referido, revelava uma situação perigosa para o fiduciante, pois este realizava um ato de disposição voluntária baseada na confiança (fidelidade) que tinha no fiduciário, cuja violação dava lugar apenas ao ressarcimento das perdas e dos danos.

Para Claude Reymond[40], a *fiducia* romana perdeu sua importância e caiu no desuso porque sua estrutura não continha praticidade para as atividades comerciais que evoluíam e tornavam-se cada vez mais céleres e, consequentemente, não atendia às necessidades comerciais – também, explica o autor, em decorrência da ineficácia das formas de transmissão da propriedade que se consubstanciavam na *mancipatio* e na *in iure cessio*, pois o desenvolvimento e o dinamismo das relações sociojurídicas da época não se coadunaram com o ritualismo e o formalismo excessivo dos referidos institutos[41].

O declínio da *fiducia* romana ocorreu já na época clássica e caiu em efetivo desuso a partir do século IV ou V[42]. O desuso desse instituto seguiu também pela Idade Média. Christoph Fabian destaca, a exemplo, que as legislações medievais portuguesas não mencionam a *fiducia*[43].

Com o desaparecimento dos institutos da *mancipatio* e da *in iure cessio*, no período justinianeu, a fidúcia deixou de ser utilizada e deu lugar à aplicação do *pignus*[44]. Relata Claude Reymond[45] que a última referência à *fiducia cum creditore* foi feita na constituição de 395 d.C., no Código Teodosiano.

Alfredo Buzaid[46], com apoio em Glück, afirma que o *contractus fiduciae* foi confirmado na constituição dos imperadores Arcádio e Honório e, juntamente a Moreira Alves[47], destaca que com Justiniano a fidúcia teria efetivamente desaparecido.

---

39 Cariota Ferrara (1956, p. 197).

40 Reymond (1948, p. 431).

41 No mesmo sentido, Navarro Martorell (1950, p. 29).

42 Moreira Alves (2004, p. 353).

43 Fabian (2007, p. 24).

44 Segundo Moreira Alves (1997, p. 25), esse direito é recente no ordenamento romano, com surgimento no século II a.C., mas ainda assim persistiam dois significativos inconvenientes para o devedor, pois com a transferência da posse sobre a coisa para o credor pignoratício o devedor ficava impossibilitado de utilizá-la ou fruí-la; também, caso o valor da coisa fosse superior ao do débito, o devedor não poderia utilizá-la para garantir outras operações de crédito antes de extinto o primitivo.

45 Reymond (1948, p. 435).

46 Buzaid (1978, p. 72).

47 Moreira Alves (1997, p. 24).

1.2 NO DIREITO GERMÂNICO

A função e a importância da fidúcia no Direito Germânico foram similares às do Direito Romano. Sua finalidade e seu fundamento residiram igualmente na *fides* que era depositada no fiduciário, mas diferenciaram-se substancialmente na estrutura jurídica. A fidúcia romana, segundo Navarro Martorell[48], apresentava-se um tanto mais pura, porquanto fundamentada exclusivamente na base extrajurídica da confiança.

Contudo, tanto a fidúcia romana quanto a germânica apresentam a característica de desproporção entre o meio adotado para constituição da garantia e o fim alcançado, ou seja, a transferência da propriedade. Entretanto, há um elemento que foi inserido no instituto germânico que o diferenciou diametralmente do romano e está nos limites conferidos ao poder jurídico atribuído ao fiduciário[49].

Segundo anotações de Melhim Namem Chalhub[50], no Direito Germânico o penhor é que apresenta características semelhantes às da transmissão fiduciária da propriedade. O devedor transmitia ao credor a propriedade da coisa, mas com a celebração de pacto que tornava a transferência sujeita à condição convencionada. Ressalta o autor que[51]:

> Na fidúcia romana, o fiduciário recebia um ilimitado poder jurídico sobre a coisa, sendo certo que, se dispusesse da coisa arbitrariamente, sem observância do *pactum fiduciae*, não se dava ao fiduciante senão o direito de haver a reparação das perdas e danos. Já no Direito Germânico o poder jurídico do fiduciário é limitado pelo caráter resolutório da propriedade que recebe, que tem eficácia *erga omnes*, de modo que eventual alienação arbitrária, por parte do fiduciário, era considerada ineficaz, daí porque o fiduciante retomava a propriedade da coisa por efeito da condição resolutiva.

A concepção que modernamente se conhece da propriedade fiduciária foi desenvolvida por Ferdinand Regelsberger, que descreveu o negócio fiduciário da seguinte forma[52]:

---

48 Navarro Martorell (1950, p. 40).

49 Navarro Martorell (1950, p. 40).

50 Chalhub (2000, p. 15).

51 Chalhub (2000, p. 18).

52 "Quero sugerir para esse fenômeno jurídico a designação de 'negócio fiduciário', para o qual nós temos um procedimento nas fontes. É característica para o mesmo a disparidade entre a finalidade e o meio. Para alcançar um certo resultado, foi escolhida uma forma jurídica que proporciona mais do que é

> Ich möchte für diesse Rechtserscheinung die Bezeichnung fiduziarisches Geschäft vorschalagen, wofür wir in den Quellen einen Vorgang haben. Charakteristisch ist für desselbe das Mibverhältnis zwischen Zweck und Mittel. Zur Erreichnung eines bestimmten Erfolgs wird eine Rechtsform gewählt, welche mehr gewährt, als zur Erzielung jenes Erfolgs erforderlich ist; zur Sicherung des Mibbrauchs in den Kauf genommen.

Nesse mesmo trabalho Regelsberger[53] destaca que muitas vezes, para se obter determinado resultado, as partes adotam uma forma jurídica que resulta em proteção muito maior do que realmente seria necessário para alcançar o resultado pretendido. "A história do direito", observa Regelsberger, "ensina que muitos negócios originariamente fiduciários perderam essa qualidade no curso do tempo, quando foi vinculada a posição do fiduciário ao correspondente escopo final do negócio, por exemplo, a instituição do herdeiro fiduciário".

No Direito Germânico o que se pretendeu foi a limitação do poder do fiduciante, que no modelo romano era ilimitado e absoluto. O fiduciário, na concepção tudesca, recebia a coisa alienada pelo devedor em decorrência de condição pactuada. Em outras palavras, a extensão e a própria limitação dos direitos do fiduciário estavam conectadas ao contrato e dele eram resultantes. A atuação de cada um dos contratantes encontrava sua causa e finalidade na convenção.

Ou seja, havia uma estipulação contratual que limitava os direitos e deveres especialmente do fiduciário. A limitação, portanto, era resultante de uma condição considerada resolutiva, pois a alienação feita pelo devedor ao credor configura modalidade especial de alienação com escopo em garantia. Decorre, por consequência, que da condição resolutiva contratada nascia o direito do devedor recobrar a propriedade após o integral cumprimento da prestação obrigacional. Tornando-se novamente proprietário do imóvel alienado em garantia com o cumprimento da obrigação, o devedor poderia reivindicá-lo[54]. Moreira Alves[55] faz notável distinção entre as espécies fiduciárias romana e germânica:

---

necessário para se conseguir aquele resultado; para assegurar o uso tomam-se em conta a possibilidade do abuso" (Regelsberger, 1880, p. 173). Tradução livre.

53 Regelsberger (1880, p. 173), também referido em Moreira Alves (1997, p. 27).

54 Chalhub (2000, p. 51).

55 Moreira Alves (2004, p. 27).

> É por esse motivo que, em rigor, não se pode considerar como negócio fiduciário o denominado negócio fiduciário do tipo germânico, cuja elaboração doutrinária – baseada em institutos do direito bárbaro (como o do Salmann) que apresentavam alguma semelhança com a fidúcia romana – se deve principalmente a Schultze. No negócio fiduciário do tipo germânico, o direito que o fiduciante transfere ao fiduciário não é limitado, como no do tipo do romano, pela obrigação resultante do *pactum fiduciae*, mas, sim, por condição resolutiva que se verifica no momento em que a finalidade visada pelas partes é alcançada. Portanto, nele não há a possibilidade de abuso pelo fiduciário, uma vez que o poder que lhe é outorgado já se encontra reduzido, pela condição resolutiva (que opera a resolução real), à medida necessária ao escopo. Alcançada a finalidade querida pelas partes, há a resolução, com eficácia *erga omnes* (e, em conseqüência, contra o terceiro adquirente), do direito transmitido ao fiduciário. Daí a razão porque, no negócio fiduciário do tipo germânico, não há, como no do tipo romano, risco limitado pela *fides*, para o fiduciante. Aliás, para se pretender a existência da *fides* no negócio fiduciário do tipo germânico é preciso conceituá-la como faz Schöny: "Die fides ist auch in deutschen Rechte nicht das Vertrauen auf die Person des Treuhänders schlechthin, vielmhr das die Rechtsstellung (Rechtsmacht und Rechtspflicht) in Einzelfalle normierende Vertrauen" (A *fides* não é no Direito Alemão a confiança na pessoa do fiduciário simplesmente, mas, ao contrário, a confiança que regula a posição jurídica – poder jurídico e dever jurídico – no caso particular).

A transferência do direito real de propriedade não era feita em caráter ilimitado, como ocorria na espécie romana, mas a título resolúvel, o que permitia ao devedor a possibilidade da reivindicação na hipótese de inadimplemento por parte do fiduciário. É o instituto romano da *fidúcia cum creditore* revigorado e reelaborado para garantir ao fiduciante a possibilidade de recobrar a propriedade da coisa dada em garantia após o integral cumprimento de sua obrigação. Darcy Bessone, ao transcrever definição dada por Navarro Martorell[56], destaca que o autor fixa as três características básicas do *negócio fiduciário*, que são: a) a confiança; b) a desproporção entre o negócio jurídico utilizado e o fim prático ou econômico objetivado e alcançado; c) a contraposição ou contradição entre o direito *real* e o *pessoal* (ou *obrigacional*) que resultam do negócio.

Para Juan B. Jordano Barea[57]:

---

[56] A definição de Navarro Martorell para negócio fiduciário, trazida por Darcy Bessone (1998, p. 15), é a do contrato: "en que una persona (*fiduciário*) recibe de otra (*fiduciante*) que confía en ella, una plena titularidad de derecho, en nombre propio, comprometiéndose a usar de ella solo en lo preciso para el fin restringido acordado, ya en interés suyo, ya también en el del transmitente o de un tercero". Ou seja: "Uma pessoa (fiduciário) recebe de outra (fiduciante), que nela confia, um direito de propriedade plena, em nome próprio, comprometendo-se a usá-lo apenas quando necessário para o propósito limitado e acordado, e no seu interesse, e também em nome do cedente ou de terceiros" (tradução livre).

[57] Barea (1959, p. 27).

> Na fiducia de tipo germánico, por el contrario, el *Treuhänder* (fiduciario) adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real *erga omnes*, de tal modo que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, provocando *ipso iure* el retorno de la cosa al fiduciante o sus herederos, incluso en prejuicio de tercer adquirente[58].

Ferrara[59] também salienta a limitação do poder jurídico do fiduciário no modelo alemão e faz referência de que tal situação de transferência era feita em garantia e sob resolutiva. Qualquer que fosse a situação, a coisa era destinada a retornar ao fiduciante.

Denota-se, portanto, que no sistema germânico, em suma, pretendeu-se limitar o poder atribuído ao credor (fiduciário) pelo próprio negócio jurídico fiduciário. A transmissão da coisa se fazia sob condição resolutiva, instituindo-se, assim, uma propriedade limitada, com retrocessão automática pelo próprio sistema legal em favor do fiduciante, o qual se restabelecia em sua posição originária de proprietário, desde que cumprida integralmente a obrigação convencionada, podendo, inclusive, reivindicar a coisa de quem quer que a detivesse[60].

Em comparação, uma vez mais, com o tipo romano, a limitação do direito transferido pelo fiduciante ao fiduciário não estava contida na obrigação resultante do *pactum fiduciae*, mas pela condição resolutiva que era verificada no momento em que a finalidade pretendida pelas partes era de fato alcançada. Tal circunstância, na modalidade germânica, reduzia a possibilidade de abuso por parte do fiduciário, pois o poder que lhe era transferido estava limitado desde a origem da transmissão pela própria cláusula resolutiva. Não havia, como no tipo romano, risco limitado pela *fide*, para o fiduciante[61].

Em síntese, no Direito Germânico a fidúcia adquiriu contornos específicos e distintos em relação ao Direito Romano, apesar de semelhantes, como referido, em seu elemento fundamental. Em ambos os sistemas a fidúcia era uma espécie de garantia real pela qual ocorria a transferência da coisa em favor do credor. Entretanto, como se viu, na espécie romana a alienação feita com escopo de garantia

---

58 "Na fidúcia do tipo germânico, ao contrário, o *Treuhänder* (fiduciário) adquire uma titularidade condicionada e resolutiva com eficácia *erga omnes*, de tal modo que é ineficaz qualquer uso contrário à finalidade perseguida, provocando, *ipso iure*, o retorno da coisa ao fiduciante ou a seus herdeiros, mesmo se em prejuízo de terceiro adquirente" (tradução livre).

59 Cariota Ferrara (1933, p. 11).

60 Gonçalves (1979, p. 222).

61 Moreira Alves, 1997, p. 27.

ocorria de forma incondicional e a restituição ao devedor configurava-se como obrigação de natureza meramente pessoal, caso extinta a dívida; nesta, o maior beneficiário era o credor, que tinha maior garantia ao ser investido do direito real de propriedade de forma plena e absoluta, mas o devedor, por sua vez, ficava desprotegido. Na de tipo alemão, a transmissão era feita sob condição resolutiva de pagamento da dívida; cumprida a obrigação principal, a coisa retornava à esfera patrimonial do devedor, independentemente de qualquer ação volitiva do credor. Ao devedor era garantido o direito de sequela e não ficava restrito apenas à restituição de perdas e danos[62].

Alfredo Buzaid[63], com apoio em Schupfer, salienta que a prática na Itália setentrional era de que a alienação era feita de forma incondicional, ou seja, o credor recebia a coisa sem cláusula resolutiva, mas havia a promessa do fiduciário, mediante ressalva expressa (*contracarta*), de que restituiria a coisa objeto da garantia desde que a dívida fosse integralmente liquidada. Destaca o autor que "o credor que no vencimento fosse pago devia, sem mais, devolver a propriedade, ou melhor, a carta que a representava".

Enneccerus e Nipperdey[64] destacam que são denominados fiduciários aqueles negócios jurídicos em que o fiduciante concede ao fiduciário uma faculdade jurídica para que este possa exercer direitos externos, econômicos ou jurídicos, com certa independência e em seu próprio nome, ma no interesse de outra pessoa a qual se encontra juridicamente vinculada de forma bem definida. Não é essencial ao negócio fiduciário, afirmam os juristas alemães, que a coisa objeto da fidúcia tenha pertencido ao patrimônio do fiduciante e tenha passado imediatamente ao fiduciário, ou seja, pode ocorrer a situação jurídica fiduciária quando o fiduciário, por ordem e conta do fiduciante, adquire a coisa de um terceiro, mas que após a aquisição exerce o direito sobre a coisa em observância ao pacto previamente estabelecido com o fiduciante.[65]

No direito alemão é reconhecida a validade dos negócios fiduciários para a garantia de um crédito. Tal possibilidade está admitida pelo § 223[66] do Código Civil e,

---

62 Beck da Silva (1982, p. 10).

63 Buzaid (1978, p. 70).

64 Enneccerus; Nipperdey (1981, p. 110).

65 No sistema registrário imobiliário brasileiro, em razão dos princípios da continuidade e disponibilidade, não admite tal possibilidade, pois o fiduciante deve primeiramente titular o direito real de propriedade para poder contratar o negócio fiduciário.

66 "§ 223 (Direito de Garantia). A prescrição de uma pretensão, para a qual existe uma hipoteca, uma hipoteca naval, ou um direito pignoratício, não impede o titular de procurar a sua satisfação à custa do objeto que a garante.

advertem Enneccerus e Nipperdey[67], que este negócio fiduciário em garantia de determinado crédito, efeito realmente querido pelos contratantes, distingue-se do negócio simulado, o qual é considerado nulo pelo § 117[68], também do Código Civil Alemão.

Sobre a simulação, Von Tuhr[69] esclarece que no direito alemão tratando-se de atos de disposição celebrados para enganar terceiros, surge o problema de se saber se o negócio jurídico de disposição é puramente simulado e, portanto, nulo ou se tem valor fiduciário; na dúvida o autor afirma que se deve admitir como sendo fiduciário o negócio pretendido.

Se, para garantia de uma pretensão, for transmitido um direito, não pode a retrocessão ser exigida com fundamento na prescrição da pretensão.
Estas disposições não encontram aplicação à prescrição da pretensão a atrasados de juros ou outras prestações periódicas" (Código Civil Alemão, 1959, p. 53).

67 Enneccerus; Nipperdey (1981, p. 112).

68 "§ 117 (Negócio Aparente). Se uma declaração de vontade, que deve ser enunciada ante um outro, for, de acordo com este, proferida somente em aparência, será nula.
Se, por um negócio aparente, se ocultar um outro negócio jurídico, encontrarão aplicação as disposições relativas ao negócio jurídico ocultado" (Código Civil Alemão, 1959, p. 37).

69 Tuhr (1934, p. 201).

2. CRISE SISTÊMICA DOS TRADICIONAIS DIREITOS REAIS DE GARANTIA IMOBILIÁRIA – A HIPOTECA

As formas de garantia do crédito, às quais a economia é vitalmente ligada, exigem do direito técnicas cada vez mais modernas, atualizadas e eficazes no que se refere à estruturação e execução na direção da satisfação dos interesses do credor, especial e principalmente no tocante à recuperação do crédito[70].

Frederico Henrique Viegas de Lima[71] faz interessante abordagem sobre a questão da crise no sistema de garantias reais. O entendimento desse autor, aliás, coincide com os ensinamentos de Arruda Alvim sobre não se poder fazer uma análise de épocas passadas com o olhar crítico influenciado pela realidade atual.

De fato, não parece correto desenvolver simples análises estanques das sociedades e suas relações em certos momentos históricos tendo como pressuposto a realidade presente. Em outras palavras, tentar compreender as origens, partindo-se apenas das consequências atuais, pode acarretar distorções interpretativas e, muitas vezes, permitir soluções destoantes do que se pretendeu no momento passado analisado e daquela que deseja o indivíduo que realiza a análise, sob a influência do transcurso do tempo. Não se pode impor a específico momento histórico valores, padrões de comportamentos, vontades e necessidades que são válidos e existentes em nossa realidade atual, mas não foram no passado, e que, possivelmente, deixarão de ser em ocasiões futuras.

Sob essa ótica, já se sentiu que, com a evolução legislativa que culminou na vigência do atual Código Civil, o direito de propriedade deixou de ter a valoração individualista para sofrer certa delimitação em nome do interesse social.

Da mesma forma, denota-se que a nova legislação incluiu outros direitos reais para atender às necessidades e exigências decorrentes dos negócios jurídicos da atualidade. As relações econômicas que dinamizam a sociedade atual são diversas daquelas praticadas no início do século passado e em outros tempos. Foi a evolução de tais relações econômicas que clamou por adequações ao sistema dos direitos reais, com exclusão daqueles que raramente tinham utilização e previsão de outros que poderiam possibilitar melhor dinâmica das relações negociais.

---

70 Bessone (1998, p. 5).

71 Lima (2003, p. 25).

Nesse sentido, parece que se deve concluir não pela existência de uma crise, mas sim pela evolução ou transformação de realidades socioeconômicas e jurídicas que os tempos modernos exigem. As contratações no contexto globalizado da sociedade atual não podem servir de base analítica para aquelas existentes por ocasião, por exemplo, do advento do Código Civil de 1916. As situações jurídicas daquela época eram amparadas de modo satisfatório por aquela codificação e pela sociedade de então.

Vale destacar que houve época em que sequer a inscrição da hipoteca existia no direito brasileiro. A inscrição da hipoteca em nosso ordenamento surgiu inicialmente com a Lei Orçamentária nº 317/1843, regulamentada pelo Decreto nº 482/1846, e teve a finalidade de assegurar os credores nas concessões de créditos. Hoje essa modalidade de garantia real sobre coisa alheia pode estar desgastada, mas a hipoteca já prestou grandes e importantes serviços às relações jurídicas de crédito no passado.

Esta nova e atual realidade em que as relações jurídicas estão inseridas demanda melhores alternativas para a resolução de conflitos, especialmente no que tange à recuperação de créditos. Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Viegas de Lima[72]:

> No âmbito das garantias reais, é natural que as novas técnicas econômicas cobrem da ciência jurídica um aperfeiçoamento de seus institutos, em particular para a proteção de seus créditos. Muitas vezes, as garantias existentes desde o Direito Romano não são suficientes para possibilitar a segurança requerida nos negócios – notadamente imobiliários – levando à necessidade de criação de novas modalidades de garantias creditícias, inspiradas em modelos como o da família do Direito Inglês, de forma a acompanhar o avanço social.

E em relação à necessidade de se prever direito real de garantia que seja eficaz na recuperação do crédito, na hipótese de inadimplemento do devedor, especialmente diante das novas modalidades contratuais postas por uma sociedade que vive os efeitos da globalização, o autor afirma[73]:

> Justamente é esta imperatividade, originária, na necessidade do cotidiano, de dotar as relações econômicas de uma garantia real que enseje a mobilidade do crédito, que levou à constatação da imprestabilidade da hipoteca, como um direito rejuvenescido. Com isto,

---

72 Lima (2003, p. 29).
73 Lima (2003, p. 30).

> esta garantia real foi deixada de lado, como direito acessório às novas contratações impressas nos últimos anos, a partir de uma economia moderna e globalizada.

Como dito, por séculos foi a hipoteca o direito real de garantia que melhor atendeu aos interesses dos credores. Mas se trata de direito real sobre coisa alheia e que sujeita o credor à via jurisdicional para, com a alienação judicial do imóvel em hasta pública ou até mesmo a adjudicação da coisa em seu favor, poder ressarcir o crédito devido e não pago. Entretanto, é preciso destacar que ainda hoje há quem prefira convencionar a hipoteca como direito real de garantia.

Diante desse cenário é que se deve analisar a qualidade do direito real de hipoteca como garantia imobiliária eficaz ou não às novas contratações creditícias. É o que se fará sucintamente no item seguinte.

2.1 A Situação da Hipoteca na Sociedade Atual

A intenção do credor ao se estabelecer direito real de garantia sobre coisa alheia era poder, de certa forma, segregá-la do patrimônio do devedor para que servisse de ressarcimento do crédito em caso de inadimplemento; como uma espécie de reserva prévia de uma coisa que poderia substituir o crédito caso não fosse integralmente recomposto pelo devedor. Nesta hipótese, o credor poderia se valer do objeto da garantia para execução e penhora.

Mas nas modalidades conhecidas de garantias reais imobiliárias − até o advento da propriedade fiduciária −, a coisa não deixava de integrar a esfera patrimonial do devedor e, por consequência, ficava ao alcance de credores considerados ainda mais especiais, tal como ocorre com os créditos trabalhistas. Segundo relato de Moreira Alves, muitos contratantes valeram-se no passado de negócios jurídicos indiretos para minorar os riscos de eventual inadimplemento do devedor. Define o renomado jurista que o negócio jurídico é indireto quando os contratantes adotam negócio jurídico tipificado no ordenamento, com sujeição aos comandos legais formal e substancial, para se alcançar uma finalidade prática posterior, ou seja, quando se tem como motivo

principal a garantia e não a causa que normalmente se atingiria por meio do negócio jurídico adotado[74].

Um ponto de importância na análise da hipoteca como instrumento eficaz para satisfação do crédito em caso de inadimplemento passa pela questão processual para sua execução. Não se desconhece que se trata de um processo longo, com inúmeros recursos à disposição do devedor e possibilidade de revisões pelas instâncias superiores. Enfim, não só as vicissitudes processuais, como também a avassaladora demanda do Poder Judiciário, tornam por demais demorada a recuperação do crédito.

O credor terá seu crédito satisfeito se houver sucesso na hasta pública. O arrematante, por sua vez, oferece valores cada vez menores em razão das dificuldades que enfrentará para obter a posse do imóvel.

Algumas alternativas foram pensadas pelos legisladores para dinamizar a recuperação dos créditos garantidos pela hipoteca. É o que se denota da análise da Lei Federal nº 5.741/1971[75] e do Decreto-Lei nº 70/1966[76].

A Lei Federal nº 5.741/1971 estabeleceu a execução hipotecária especial, com penhora do imóvel hipotecado e nomeação do exequente como depositário (art. 4º). Se o devedor estiver na posse do imóvel, o juiz concederá 30 dias para que o desocupe e entregue ao credor (§ 2º do art. 4º). O executado poderá opor embargos no prazo de dez dias contados da penhora, e a execução será suspensa apenas mediante prova de pagamento da dívida − depósito judicial integral do quanto cobrado ou prova de quitação (art. 5º, *caput* e incisos I e II). Se rejeitados os embargos, o juiz determinará a venda do imóvel em leilão público (art. 6º) por valor não inferior ao da dívida. Se não houver licitante, o juiz adjudicará o imóvel em favor do credor no prazo de 48 horas, e ficará o exequente exonerado do pagamento do restante da dívida (art. 7º)[77].

Há, também, a execução extrajudicial da hipoteca estabelecida pelo Decreto-Lei nº 70/1966. O credor poderá, nos termos do art. 29[78], optar pela execução

---

74 Moreira Alves (1973, p. 5).

75 Dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação.

76 Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimos e institui a cédula hipotecária.

77 O art. 8º estabelece que: "É lícito ao executado remir o imóvel penhorado, desde que deposite em juízo, até a assinatura do auto de arrematação, a importância que baste ao pagamento da dívida reclamada mais custas e honorários advocatícios; caso em que convalescerá o contrato hipotecário".

78 "Art. 29. As hipotecas a que se referem os artigos 9º e 10º e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 e 301) ou dêste decreto-lei (artigos 31 a 38). Parágrafo único. A falta de pagamento do principal, no todo ou em parte, ou de qualquer parcela de juros, nas épocas próprias, bem como

judicial estabelecida pelo Código de Processo Civil (arts. 566 a 795) ou pelo procedimento extrajudicial (arts. 31 a 38 do Decreto), por meio de solicitação feita ao agente fiduciário. Este, no prazo de dez dias após receber os documentos remetidos pelo credor, notificará o devedor para que purgue a mora no prazo de 20 dias. Se não for encontrado, será notificado por edital.

Se não houver manifestação do devedor, o agente fiduciário publicará editais e realizará o primeiro leilão nos 15 dias seguintes, com lance mínimo não inferior ao saldo devedor, somadas outras despesas. Se negativo, proceder-se-á ao segundo leilão nos 15 dias subsequentes, no qual será aceito o maior lance. A carta de arrematação será expedida pelo leiloeiro e assinada pelo credor, pelo devedor − se presente ao público do leilão − e por cinco testemunhas.

Após o registro da carta de arrematação[79] o adquirente terá, ainda, que ajuizar a ação de imissão de posse. Nesta etapa, o devedor será citado para contestar ou provar, em 48 horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor cobrado, antes da realização do leilão (art. 37, §§ 1º, 2º e 3º). Caso não sejam feitas tais provas, o adquirente poderá requerer ao juiz que seja imitido liminarmente na posse do imóvel, depois de transcorridas as referidas 48 horas.

Nota-se, pelo resumo dos procedimentos acima indicados, a preocupação do legislador em tornar célere a execução hipotecária. Mas ainda assim são possíveis recursos para questionamento de cerceamento de defesa ou de outras eventuais nulidades. Além do mais, o próprio Decreto-Lei nº 70/1966 teve sua constitucionalidade negada em alguns precedentes do extinto 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo[80], questão melhor analisada e concluída no Capítulo 5 deste trabalho.

Apesar de pretender dar rapidez à execução hipotecária, sabe-se que tal objetivo não foi alcançado. Evidentemente essa fragilidade na recuperação do crédito com agilidade representa um dos entraves ao desenvolvimento do mercado imobiliário no Brasil.

Segundo Viegas de Lima[81]:

---

descumprimento das obrigações constantes do artigo 21, importará, automàticamente, salvo disposição diversa do contrato de hipoteca, em exigibilidade imediata de tôda a dívida".

79 Lei Federal nº 6.015/1973, art. 167, I: "26) da arrematação e da adjudicação em hasta pública".

80 "Inconstitucionalidade − Execução Extrajudicial − Decreto-Lei 70/66 − Crédito Hipotecário, em que a venda do bem é feita pelo agente fiduciário, sem possibilidade de defesa pelo devedor − Monopólio da jurisdição privativa do poder judiciário − Declaração de inconstitucionalidade dos artigos 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70 de 21.11.1966 − Votos Vencedor e Vencido".

81 Lima (2003, p. 31).

> Dentre os fatores que seguramente influenciaram com esta situação caótica, temos a interferência do Estado nas relações de mercado – como ainda ocorre no Sistema Financeiro da Habitação – e a quase total falta de dinâmica nos mecanismos de recuperação do crédito, principalmente em casos de inadimplemento do devedor. Tudo isto em total descompasso com a moderna conceituação de economia de mercado ou de escala.

E nas sociedades atuais, em que a atividade rural cedeu lugar à economia industrializada e de serviços, o problema da eficácia das garantias destaca-se com notoriedade[82]. Para que a economia mantenha seu crescimento fortalecido é preciso que o crédito seja concedido em abundância e com facilidade não apenas ao setor industrial, mas também para os consumidores finais. A dinâmica de uma economia saudável envolve a contínua produção de produtos e serviços em grande escala, com mercado capacitado para um permanente consumo. A demanda capacita a produção e esta, por sua vez, é fortalecida pelo consumo ininterrupto. Para dar sustentação e equilíbrio aos dois extremos (produção e consumo) é imperioso que haja crédito.

Entretanto, para que se possa atender a esse requisito basilar (a facilidade de crédito), é impreterível que haja mecanismos que facilitem a segura recuperação do quanto financiado caso ocorra o inadimplemento do devedor financiado. E nessa equação deve-se buscar um outro importante equilíbrio, que é o de permitir e possibilitar a recuperação do crédito sem acarretar ao devedor a incapacidade de pagar o quanto deve. Para Moreira Alves[83], para facilitar a obtenção do crédito, é imprescindível garantir o credor da maneira mais eficaz possível, porém sem onerar o devedor de forma que este fique, em razão da garantia adotada, impedido de pagar o que deve ou de se utilizar, de imediato, daquilo que obteve com o crédito concedido.

Diante das dificuldades decorrentes da estrutura hipotecária e da carência do ordenamento jurídico de uma garantia real segura e eficaz, o legislador introduziu a propriedade fiduciária de coisa imóvel com o propósito de oferecer alternativa ao setor financeiro. A lei do Sistema de Financiamento Imobiliário ("SFI") tem ferramentas que buscam revitalizar o negócio fiduciário.

Marcelo Terra[84] ressalta:

---

82 Sem desconsiderar que a própria atividade agrícola sempre necessitou de crédito para seu desenvolvimento e que, na atualidade, a mecanização dessa atividade tornou-a ainda mais dependente de financiamentos especiais.

83 Moreira Alves (1973, p. 2).

84 Terra (1998, p. 21).

> A alienação fiduciária atenua, em muitos casos, as dificuldades normais encontradas nos tradicionais instrumentos de garantia, oferecendo maior rigor e eficiência na segurança do crédito, principalmente devido ao crescente abalo, pelo Poder Judiciário, ao prestígio da hipoteca como fomentador da garantia do crédito, da rapidez de sua execução e, fundamentalmente, quanto à eficácia do direito de seqüela e de sua oponibilidade perante terceiros, especialmente nas situações de falência do devedor hipotecante.

No mesmo sentido, Otto de Souza Lima[85] salienta:

> Dentro de sistemas jurídicos mais ou menos completos, como o são os atualmente existentes, haveria necessidade de, renascendo velha instituição, estruturar o negócio fiduciário? As condições atuais da vida e as necessidades práticas da civilização moderna, sem dúvida alguma, impõem uma resposta afirmativa. O crescer contínuo das atividades sociais, hoje, como ontem, impõe novas formas jurídicas, denunciando a insuficiência das atualmente existentes. O negócio fiduciário tem, portanto, hoje, sua explicação na insuficiência dos esquemas jurídicos das legislações modernas. Por isso, assinala Antão de Moraes: 'A escassez dos esquemas jurídicos, previstos pelo legislador, é que obriga as partes a recorrer a esse meio indireto para obter solução de certas dificuldades criadas pelas circunstâncias especiais de seus negócios'. Este é, também, o pensamento de Ferrara, ao escrever: "Na prática, recorre-se a esta espécie de negócio, ou para suprir uma deficiência do direito positivo que não oferece a forma correspondente a uma certa finalidade econômica, ou a oferece, mas ligada a dificuldades e inconvenientes, ou então para obter quaisquer vantagens especiais que resultam desta forma indireta de proceder. O negócio fiduciário serve para tornar possível a realização de fins que a ordem jurídica não satisfaz, para atenuar certas durezas que não se compadecem com as exigências dos tempos, para facilitar e acelerar o movimento da atividade comercial. Aparece, pois, como um meio de completar o direito deficiente, de corrigir o direito inadequado, de produzir a evolução de novas formas jurídicas".

Em decorrência desse cenário, a necessidade, como ressalta Gilberto Valente da Silva[86], mãe de todas as invenções, procurou criar um sistema capaz de garantir a agilidade na recuperação do crédito e oferecer maior proteção ao financiador das operações de créditos destinados ao mercado imobiliário. Para tanto, valeu-se o legislador do instituto da alienação fiduciária para introduzir, em nosso direito, a

---

85 Lima (1962, p. 157).

86 Silva (1998).

propriedade fiduciária imobiliária como direito real de garantia, nos termos da Lei Federal nº 9.514/1997[87], mencionada na Introdução deste trabalho.

2.2 A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA COMO OPÇÃO DE GARANTIA REAL

Denota-se dos textos doutrinários expostos acima que a fidúcia experimentou significativa evolução desde as mais remotas origens romanas. Os inconvenientes apontados por Moreira Alves relativos à primitiva fidúcia foram aprimorados ao longo do tempo.

Enquanto na fidúcia romana o poder do fiduciário era ilimitado em relação ao destino que poderia dar à coisa, e o devedor não contava com instrumentação necessária para retomá-la (após seu adimplemento) em caso de inadimplemento do credor[88] − mas tão somente com possibilidade de reparação por perdas e danos −, na conceituação da fidúcia estabelecida pelo modelo germânico, como se viu, ao fiduciário era conferido um poder limitado sobre a coisa em decorrência da condição resolutiva que as partes estabeleciam em convenção, com eficácia *erga omnes*. Assim, na hipótese de uma alienação da coisa objeto da garantia pelo fiduciário sem a concordância do devedor, tal negócio jurídico era considerado ineficaz e, ao devedor, em razão da condição resolutiva, era conferido o direito de retomar o objeto da propriedade fiduciária.

A fidúcia germânica desenvolveu mecanismo de restrição à liberdade contratual do fiduciário em relação à coisa, ao estabelecer a possibilidade do devedor retomar o objeto da garantia nas situações de cumprimento integral da obrigação. A propriedade fiduciária, portanto, surge como instituto acessório da obrigação principal e com ela mantém umbilical relação de dependência e decorrência de fatos.

A seguir são indicados os dispositivos legais e suas alterações que introduziram a alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro,

---

[87] Importante destacar que a Lei Federal nº 11.101/2005 estabeleceu nova posição ao direito real na classificação dos créditos na falência. No art. 83 da referida lei nota-se que *os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado* aparecem antes dos créditos tributários. Denota-se a intenção do legislador em prestigiar as relações jurídicas obrigacionais garantidas com direitos reais, tais como penhor, hipoteca e até mesmo a propriedade fiduciária.

[88] Inadimplemento relativo à devolução da coisa depois de ocorrido o adimplemento pelo devedor. Esta hipótese ocorria nas situações em que o credor alienava o objeto da garantia a terceiro antes do término da obrigação garantida, ou seja, antes do implemento da condição convencionada entre fiduciário e fiduciante.

originariamente possível apenas para bens móveis[89]. Inicialmente a previsão surgiu com o art. 66[90] da Lei Federal nº 4.728/1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

A redação do art. 66 da Lei Federal nº 4.728/1965 foi alterado pelo Decreto nº 911, de 1º/10/1969, que passou a ser a seguinte:

> A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

A modificação introduzida pelo Decreto nº 911/1969 foi revogada pelo art. 55 da Lei Federal nº 10.931/2004 e, atualmente, apresenta-se da seguinte forma:

> Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos

---

89 Importante destacar, no entanto, que no Projeto do Código de Obrigações, cujo relatório é de 24/09/1965, segundo relatam Egon Felix e Alcino Pinto Falcão (1970), cogitou-se introduzir em nosso ordenamento positivo o instituto da fidúcia.

90 "Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.
§ 1º A alienação fiduciária em garantia sòmente se prova por escrito, e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, cuja cópia será arquivada no registro de títulos e documentos, sob pena de não valer contra terceiros, conterá o seguinte:
a) o total da dívida ou sua estimativa;
b) o prazo ou a época do pagamento;
c) a taxa de juros, se houver;
d) a descrição da coisa objeto da alienação e os elementos indispensáveis à sua identificação.
§ 2º O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente de sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário.
§ 3º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não tiver a posse da coisa alienada, o domínio dessa se transferirá ao adquirente, quando o devedor entrar na sua posse.
§ 4º Se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontra em poder do devedor.
§ 5º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário pode vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.
§ 6º Se o preço da venda não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.
§ 7ª É nula a cláusula que autorize o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.
§ 8º O proprietário fiduciário, ou aquêle que comprar a coisa, poderá reivindicá-la do devedor ou de terceiros, no caso do § 5º desse artigo.
§ 9º Aplica-se à alienação fiduciária em garantia o disposto nos artigos 758, 762 e 802 do Código Civil, no que couber.
§ 10º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciàriamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal" (redação original).

> fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 − Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.
> § 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.
> § 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.
> § 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.
> § 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.
> § 5º Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
> § 6º Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Percebe-se que a configuração da alienação fiduciária de coisa móvel estabelecida pela legislação alterou a conceituação das garantias reais conhecidas até então, especialmente porque as garantias tradicionais eram todas instituídas sobre coisa alheia. A celebração do contrato de alienação fiduciária em garantia faz surgir a propriedade fiduciária em favor do credor e mantém o devedor na posse direta da coisa, durante o tempo de duração da obrigação principal. Essa solução permitiu retirar o objeto da garantia da esfera patrimonial do devedor e, ao mesmo tempo, possibilitou que este pudesse fazer uso do bem adquirido.

Alfredo Buzaid[91], ao analisar a estrutura dessa modalidade de garantia, salienta que a alienação fiduciária é um negócio jurídico uno, porém composto de duas relações jurídicas de naturezas distintas, sendo uma obrigacional e outra real. A primeira se expressa por meio de uma dívida que é o próprio negócio causal, ou seja, a dívida

[91] Buzaid (1978, p. 76).

contraída pelo devedor é a causa da garantia, e a segunda, a real, é a alienação da coisa feita em favor do credor, com a condição de que, cumprida a obrigação principal, será restituída ao devedor. Vale destacar, como faz o referido autor, quanto à alienação, que esta não é feita *datio in solutum*, mas sim com escopo de garantia, pois se fosse feita naquela modalidade acarretaria a extinção da obrigação, vez que é forma de pagamento das obrigações.

Renan Miguel Saad[92] destaca que mesmo antes do Decreto-Lei nº 911/1969 cogitava-se sobre a possibilidade da alienação fiduciária em garantia alcançar também os imóveis. Tal entendimento, como demonstra o autor, foi durante muitos anos combatido pela doutrina nacional[93].

O destaque que deve ser feito, no entanto, é para a legislação que regulamentou a Previdência Social na década de 1960 que, dentre outras garantias, previa, no item *d* do § 2º do art. 186 do Decreto nº 60.501/1967, a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis[94].

Entretanto, a sedimentação da alienação fiduciária de coisa móvel no mercado financeiro foi um importante avanço para que se discutisse a possibilidade de a propriedade fiduciária ser estendida em garantia também para as coisas imóveis.

---

92 Saad (2001, p. 117).

93 Há um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no recurso especial nº 57.991-SP, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ de 29/09/1997 (antes, porém, da Lei do SFI), em que se permitiu a propriedade fiduciária de coisa imóvel. A ementa do referido acórdão é a seguinte:

"Civil. Negócio fiduciário. Transferência de propriedade de imóvel em garantia de dívida. Pedido de declaração de existência do pacto. Efeito natural de retorno ao estado anterior. Com anulação da escritura. Prescrição. Incidência da norma do art. 177 e não do art. 178, par. 9., v, b, CC. Inexistência de ação anulatória e nem mesmo de simulação. Recurso desacolhido.

I - O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberação de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega fictícia de um bem, geralmente em garantia, com a condição de ser devolvido posteriormente.

II - Reconhecida a validade do negócio fiduciário, o retorno ao estado anterior é mero efeito da sua declaração de existência, pelo que o bem dado em garantia de débito deve retornar, normalmente, à propriedade do devedor.

III - Inocorre, assim, qualquer pretensão desconstitutiva de contrato, mas sim declarativa de validade, o que afastaria a prescrição definida no art. 178, par. 9., v, b do Código Civil. E nem mesmo se trata de simulação, porque no negócio simulado há um distanciamento entre a vontade real e a vontade manifestada, inexistente no negocio fiduciário".

94 A redação do dispositivo era a seguinte:

"O § 2º do artigo 186 do Regulamento Geral da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 60.501, de 14 de março de 1967, passa a vigorar com a seguinte redação: '§ 2º Entende-se como garantia, para os efeitos dêste artigo e do parágrafo único do artigo 185, desde que o respectivo valor seja comprovadamente superior a 140% (cento e quarenta por cento) do total dos débitos da emprêsa para com a previdência social; a) a hipoteca de bem imóvel; b) o penhor de máquinas e de aparelhos utilizados na indústria; c) o penhor industrial de veículos automotores, equipamentos para execução de terraplenagem e pavimentação ou quaisquer viaturas de tração mecânica usadas no transporte de passageiros e cargas; **d) a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis**'" (destaques acrescidos).

O direito deve funcionar como uma ferramenta ágil e útil na concepção de regras e estruturas jurídicas céleres e seguras que possibilitem o desenvolvimento da economia atual, que se apóia cada vez mais em modernas e dinâmicas operações financeiras como formas para concessão de crédito. Nesse sentido, a alienação fiduciária representou importante contribuição legislativa para a superação das obsoletas formas de garantias e privilegiou a rápida retomada do crédito. E isso beneficiou o consumidor em geral, que passou a se valer de novo instrumento jurídico para obtenção de financiamentos. Foi com essa percepção da realidade socioeconômica que o legislador introduziu em nosso ordenamento a propriedade fiduciária de coisa imóvel[95].

Como direito real que é, a propriedade fiduciária de coisa imóvel, necessariamente, deve atender aos princípios da taxatividade ou do *numerus clausus* e da tipicidade. Em apertadíssima síntese, o princípio da taxatividade estabelece que os direitos reais somente poderão ser criados por lei, do que deflui a consequência de não ser permitido aos particulares, por simples exercício da autonomia privada, estabelecer direitos reais outros que não os previstos em lei. O princípio da tipicidade refere-se ao conteúdo normativo do direito real.

Sobre a taxatividade, Arruda Alvim Netto[96] preleciona que:

> O regime legal que informa cada um dos institutos é diverso. Nos direitos reais não há possibilidade de modificação ou criação de direito real diferentemente dos tipos previamente criados e descritos pelo texto legal (senão que apenas a lei pode deixar certo espaço, dentro do tipo já criado para a autonomia da vontade, v.g., servidão e usufruto, em nosso sistema; ainda, o direito de superfície). Como assevera Manfred Wolf, as partes não podem criar novos direitos reais (no original: "Neue dingliche Rechte können von den Parteien nicht geschaffen werden") como conseqüência da tipicidade dos direitos reais (Typenzwang oder *numerus clausus* der Sachenrecht), pois somente a lei, em vista da importância da propriedade no seio social, poderá determinar quais os direitos reais possíveis (fixierung der möglichen Sachenrecthstypen). Como também os direitos reais existentes são produto da própria historicidade do homem em relação às coisas, com o que se descarta artificialismo do legislador, e, dos particulares, aos quais é absolutamente vedado criar direitos reais.

Também José de Oliveira Ascensão[97] consigna que a "lei pode concretizar os conceitos a que recorre, enunciando tipos. Uma série de tipos,

---

95 Wald (1969, p. 27).
96 Alvim Netto (2009, p. 152).
97 Ascensão (2000, p. 153).

especificadores de um conceito, origina uma tipologia, que pode ser taxativa. Diz-se que os direitos reais são um *numerus clausus* para significar que há uma tipologia taxativa de direitos reais".

No mesmo sentido vão Pires de Lima e Antunes Varela[98], ao comentarem o nº 1 do art. 1.306 do Código Civil Português. Os autores consignam que, por força "do nº 1 deste artigo, todo o direito com caráter real, que assuma a forma de uma restrição ao direito de propriedade, quer a de um parcelamento deste direito, só é admissível se estiver previsto na lei". Concluem Lima e Varela que "o negócio de constituição de um direito real não previsto é, pois, nulo, se dele resultar um parcelamento da propriedade, e produz efeitos obrigacionais, se dele nascer uma pura restrição ao direito de propriedade de outrem".

E foi pela Lei Federal nº 9.514/1997, já referida acima, que a estrutura normativa da propriedade fiduciária imobiliária surgiu em nosso ordenamento jurídico e introduziu novos instrumentos para captação de recursos a serem destinados ao mercado imobiliário, com a finalidade de fomentar a indústria da construção civil.

Como dito, dentre as inovações trazidas pela referida lei do SFI, podem ser destacadas (i) a criação de um novo título de crédito que é lastreado em créditos (recebíveis) imobiliários; (ii) o regramento de companhias destinadas à aquisição e à securitização de créditos imobiliários, por meio dos Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRIs); e (iii) a normatização da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

Importante destacar que a introdução da propriedade fiduciária constituída pelo contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel não teve a intenção de substituir as demais garantias reais existentes no Código Civil. O que se pretendeu foi disponibilizar ao mercado imobiliário e de crédito nova modalidade de garantia real, com estrutura executiva ágil e desburocratizada, além de desprendida da intervenção do Estado por meio do Poder Judiciário.

Pode-se dizer que esse novo direito real de garantia apresenta vantagens em relação aos demais já conhecidos pela sociedade. Além da agilidade na execução, há o fato de que a coisa (objeto da garantia real) deixa a esfera patrimonial do devedor e passa a pertencer, ainda que em caráter temporário pela resolubilidade, ao credor. Tal consequência jurídica evita que a coisa dada em garantia seja alcançada por credores do

---

98 Lima; Varela (1987, p. 95).

devedor para satisfação de outros créditos que não aquele garantido pela propriedade fiduciária.

A segregação do objeto da garantia fiduciária da esfera patrimonial do devedor é característica que se aproxima ao regime de patrimônio separado, o qual não se adéqua à noção clássica de patrimônio, como projeção ou extensão do seu respectivo titular de modo a conferir-lhe unidade. Os patrimônios separados, destaca Luiz Roldão de Freitas Gomes[99], são uma conquista do direito moderno, consistentes em afetação de determinadas e especiais coisas com o objetivo de garantir direitos de crédito.

Destacam-se as importantes distinções feitas por Moreira Alves[100] entre a alienação fiduciária em garantia e o negócio fiduciário germânico:

> Embora a alienação fiduciária em garantia se aproxime dos negócios fiduciários do tipo germânico (que, como vimos, não são propriamente negócios fiduciários), pela circunstância de que em ambos o direito que é transferido ao credor é de tal forma limitado que lhe é impossível abusar dele, em dois pontos esses institutos jurídicos diferem. O primeiro deles diz respeito ao fato de que, no negócio fiduciário do tipo germânico, o desdobramento da posse em direta e indireta só ocorre se se avançar o *constitutum possessorium*, ao passo que, na alienação fiduciária em garantia, isso se dá por força da lei, que, ademais, considera o alienante (possuidor direto) depositário legal da coisa cuja propriedade resolúvel foi transferida ao credor. Já o segundo se refere aos efeitos do inadimplemento da obrigação garantida, o credor não se torna, por isso, proprietário pleno, uma vez que a propriedade – propriedade fiduciária – que lhe é atribuída se restringe, em última análise, a enfeixar as faculdades jurídicas de entrar na posse plena da coisa e de dispor dela, judicial ou extrajudicialmente, para satisfazer seu crédito.

Resumidamente, a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel tem o escopo de disponibilizar mecanismo suficientemente ágil para a recuperação do crédito concedido em caso de inadimplemento do devedor, principalmente porque o imóvel é transferido ao credor, e a cobrança, na hipótese de inadimplemento do devedor, decorre de uma sequência legal de providências que dependem apenas da iniciativa deste. Denota-se que a garantia real foi idealizada em benefício do credor e não do devedor, ou melhor, buscou-se proteger o crédito e tornar dinâmica sua recuperação.

---

99 Gomes (2002, p. 18).

100 Moreira Alves (1973, p. 29).

3. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL

3.1 CONCEITO

Já se referiu acima que a lei do SFI introduziu novo direito real de garantia, a ***propriedade fiduciária imobiliária***, que é constituída pelo contrato de alienação fiduciária, como se verá adiante.

Nesse aspecto, é importante destacar, em breves linhas, o entendimento doutrinário, especialmente brasileiro, quanto à incongruência entre fim e meio, ou seja, entre a aparente contradição que havia entre o negócio jurídico utilizado, que era o veículo catalisador da vontade das partes contratantes, e o fim alcançado. Os autores destacam essa questão dentro do tema dos negócios jurídicos simulados.

E quanto a esse particular, a doutrina pátria repercutiu a teoria de Ferdinand Regelsberger. Em 1908, quando Eduardo Espínola publicou sua obra, além da referência expressa ao pandectista alemão Regelsberger[101], indicou a existência de escritores que, dentre os negócios simulados, distinguiam os propriamente simulados e os dissimulados. Os propriamente simulados são considerados fictícios e caracterizam a simulação absoluta; os dissimulados, por sua vez, ocultam um ato realmente querido pelas partes e qualificam-se como simulação relativa. Destaca o autor[102] expressamente que, além das duas espécies acima apontadas, ainda se diferenciam os negócios fiduciários, nos quais a relação externa é diversa da interna:

> Em um negócio fiduciário atribui-se externamente, por exemplo, a condição de proprietário de uma coisa ou de credor de uma obrigação a uma certa pessoa, conferindo-lhe assim os respectivos direitos, ao passo que internamente esta pessoa, que se chama fiduciária, não passa de simples mandatário ou procurador do declarante.
> Tanto nos contratos *simulados* como nos *dissimulados* e nos *fiduciários*, a intenção das partes é fazer constar a existência de um ato que realmente não constituíram. Em suas relações recíprocas, é fácil a

[101] Espínola (1977, p. 555, Nota 90). Nessa nota explicativa Eduardo Espínola apresenta, em suas palavras, o entendimento de Messineo de "que a função prática do *negócio fiduciário* é diversa da do negócio simulado. Naquele verifica-se uma transferência efetiva do direito de uma pessoa (*fiduciante*) a outra (*fiduciário*), com a intenção de que tal transferência deve servir para fim determinado: em definitivo, o direito ou deve voltar ao patrimônio do transmitente, ou sair do patrimônio do fiduciário, ou ser por este destinado a determinado emprêgo. O eminente civilista demonstra que o negócio fiduciário pode ter diversas finalidades, algumas das quais ilícitas ou fraudulentas".

[102] Espínola (1977, p. 555).

> posição jurídica de cada um dos contraentes: havendo verdadeira simulação, como na realidade não quiseram efetuar ato algum, cônscios, como estão, de que sua vontade, aparentemente declarada, não oculta uma intenção verdadeira de obter qualquer efeito jurídico, são os atos assim praticados, tidos como inexistentes; se houve dissimulação, não vale o que exteriormente manifestaram querer, mas aquilo que era sua intenção oculta, porém real, levar a efeito; este mesmo princípio se aplica aos atos fiduciários; por isso o fiduciário que abusa de sua condição, empregando em proveito próprio a coisa que lhe é confiada, comete malversação.

Também José Xavier Carvalho de Mendonça[103] fazia distinção entre simulação e negócio fiduciário. Para o autor:

> O *negócio fiduciário*, cujos traços originários muitos encontram na *mancipatio fiduciae causa* do Direito Romano, é negócio sério, que as partes efetivamente concluíram, a fim de conseguirem determinado resultado prático. Os contratantes quiseram o negócio com os efeitos jurídicos que lhes são próprios, ainda que por meio dele visassem diverso escopo econômico. Assim, a transferência da propriedade a fim de servir de penhor ou de qualquer outra garantia; a cessão de crédito com o fim do mandato, para ser cobrado pelo cessionário.

J. M. de Carvalho Santos, em seu *Código Civil Brasileiro Interpretado*, admitia a possibilidade dos negócios fiduciários em nosso sistema jurídico, mas diferenciava-os dos negócios simulados, pois aqueles, ao contrário destes, eram realmente concluídos pelas partes e não acarretavam o aumento do patrimônio do adquirente, porque a finalidade era justamente outra. Para o jurista, a real intenção dos contratantes revela o tipo de negócio celebrado: "Para distinguir o negócio fiduciário do simulado é preciso conhecer a intenção das partes, considerando-se como fiduciário todo aquêle que é querido pelas partes para um escopo ulterior e diverso do que é firmado como típico pelo legislador"[104].

No julgamento dos embargos 38.927 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[105], realizado em outubro de 1950[106], os desembargadores do Terceiro Grupo de Câmaras Civis entenderam subsistir a alegação de que o negócio realizado enquadrava-se na conceituação de negócio fiduciário. Em suma, o caso concreto tratava

---

103 Mendonça (1947, p. 85).

104 Santos (1944, Vol. II, p. 387).

105 *Revista dos Tribunais* (1950, ano 39, v. 184, p. 613).

106 E de modo semelhante, Francisco Bonet Ramón, no prólogo que fez à obra de Navarro Martorell, noticia que o Tribunal Supremo da Espanha reconheceu a validade dos negócios fiduciários na sentença datada de 28 de janeiro de 1946 (Navarro Martorell, 1950, p. 17).

da situação de uma senhora que transferiu a propriedade plena de alguns imóveis ao genro e à filha para que os administrassem de forma a pagar a dívida garantida por hipoteca que os vinculavam, com sobra de alguma renda para sua subsistência. A transferência foi instrumentalizada por escritura de venda e compra, e, por um escrito particular, foi convencionado que em determinada data, após a quitação da dívida e consequente cancelamento das hipotecas, as propriedades seriam devolvidas a ela – anteriormente proprietária –, o que foi recusado pelo genro administrador e pela filha.

Diante desse cenário, o Tribunal Paulista reconheceu que se tratava de negócio jurídico fiduciário, e na ementa oficial constou expressamente:

> Negócio fiduciário é aquêle em que uma pessoa transmite a outra a propriedade ou a titularidade de um bem ou direito, para determinado fim, obrigando-se a segunda a restituí-la, ou a transferi-la a terceiro, uma vez alcançado o objetivo, em conformidade como pactuado à parte ou extracontratualmente. O negócio é válido e eficaz, porque livremente convencionado entre as partes, não ofendendo nem a lei nem a moral. Sòmente não valerá quando fraudulento[107].

Nesses embargos as partes apresentaram pareceres de quatro renomados juristas, Eduardo Espínola, Antão de Moraes, Francisco Morato e Paulo Barbosa de Campo Filho[108]. Todos eles reconheceram que se tratava de situação jurídica fiduciária ou de simulação inocente[109], cada qual com argumentos próprios. Eduardo Espínola[110], além de farta doutrina sobre o assunto, registrou quanto ao caso sob julgamento:

---

107 O Desembargador Relator, Dr. Fernandes Martins, em seu voto consignou: "No caso vertente, D. Laura, incapaz de per si administrar o seu empenhado patrimônio e de pagar as suas dívidas, deliberou, plenamente acordada com seus filhos, transferir ao seu genro, Dr. Eduardo, os prédios da Rua Plínio Ramos, hipotecados ao Banco do Estado, para que ele os administrasse e pagasse a dívida que os gravava, assegurando-lhe, destarte, de futuro, um patrimônio livre, a salvo da derrocada geral a que se via arrastada. Esta foi, na realidade, a exata vontade das partes. Os réus estão presos à causa do negócio efetivado e sujeitos à satisfação da relação obrigacional negativa que nele se encerra, concernente à restituição dos bens após o cumprimento dos deveres a seu cargo. A vida cotidiana ensina que são freqüentes os negócios realizados em confiança, tendo em vista situações de emergência, que não permitem, para a sua solução, o recurso aos remédios específicos previstos na lei. Um dos casos de solução fora da lei, não, porém, contra a lei, é o do negócio fiduciário, que, trazido ao pretório, não pode deixar de ser resolvido senão por meio das regras pertinentes à simulação inocente. O exame dos autos revela que foi esta a intenção das partes, as quais ultrapassaram, na realização, do fim previsto, indo até a compra e venda para os efeitos de mera administração por via de um mandato. E isto é o que caracteriza o negócio fiduciário, que alguns chegam a considerar uma subespécie do negócio simulado" (*Revista dos Tribunais*, 1950, ano 39, v. 184, p. 623).

108 *Revista dos Tribunais* (1950, ano 39, v. 184, p. 532).

109 Conclusão do parecer de Francisco Morato: "Seja, porém, o caso de simulação inocente, como realmente é, ou de ato fiduciário, como se poderia sustentar em face da semelhança dos dois institutos, a conseqüência é sempre a mesma: não cumprida pelo réu a obrigação de devolver os prédios à legítima proprietária, tem esta ação contra ele para vindicá-los ou, subsidiariamente, para lhes demandar o valor com seus frutos" (*Revista dos Tribunais*, 1950, ano 39, v. 184, p. 555).

> Como homem de educação prática, conhecedor da situação, compreendendo perfeitamente as dificuldades que surgiriam se fosse mero administrador ou procurador de sua sogra, sem a independência necessária para praticar todos os atos adequados – como emprego dos aluguéis recebidos, pagamento de juros e amortização, reforma e obra nos prédios, convenceu-se de que sòmente pela transferência dos bens para o seu nome, num contrato fiduciário de compra e venda, lhe seria possível desempenhar-se cabalmente da incumbência. É um negócio lícito, reconhecido na doutrina moderna de todos os povos cultos, como já o era no direito romano, de prática freqüente, segundo atesta a jurisprudência dos tribunais em todos os países, e sem dúvida aconselhável para casos como o que aqui temos em vista[111].

Também Pontes de Miranda[112] admitiu a possibilidade de serem contratados negócios jurídicos fiduciários. Para esse renomado jurista, sempre "que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário". E o autor faz, ainda, distinção com a simulação e afirma que com esta não se confunde, porque o fim do negócio jurídico simulado foi querido pelas partes, ao passo que, no negócio fiduciário, o que se pretende é fim diverso do contratado. Ao fiduciário é transmitido o bem da vida, destaca Pontes de Miranda, haja vista que, em decorrência da natureza do negócio jurídico fiduciário, só resta aos contratantes agir de acordo com a lei, se ela previu a figura jurídica, ou de acordo com as declarações ou manifestações de vontade por meio do qual as partes confiaram outra finalidade.

É possível asseverar, entretanto, que em relação à simulação absoluta a distinção com o negócio fiduciário se apresenta mais nítida, pois nesse as partes sempre pretendem a produção de efeitos, "enquanto, na simulação absoluta, nenhuma

---

110 *Revista dos Tribunais* (1950, ano 39, v. 184, tomo III, p. 537).

111 Na Apelação Cível nº 32.600, a Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento realizado em 24/06/1947, reconheceu a existência e a possibilidade dos negócios jurídicos fiduciários e registrou a seguinte conceituação: "Tendo-se em vista a conceituação que lhe costumam dar os mestres, como F. Ferrar, E. Espinola, J. X. Carvalho de Mendonça, Tullio Ascarelli, Cunha Gonçalves (...), pode-se definir o ato ou negócio fiduciário como sendo aquele em que uma pessoa transmite a outra a propriedade ou titularidade de um bem ou direito, para determinado fim, obrigando-se a segunda a restituí-la ou transferi-la a terceiro, uma vez alcançado o objetivo, em conformidade com o pactuado" (*Revista dos Tribunais*, 1947, ano 36, v. 169, p. 191). Esse entendimento foi repetido e expressamente citado na Apelação Cível nº 47.771, também do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*Revista dos Tribunais*, 1950, ano 39, v. 188, p. 163).

112 Miranda (2000, § 271, p. 147).

modificação ocorre na relação jurídica"[113]. A dificuldade fica, porém, para a distinção entre a simulação relativa e o negócio fiduciário.

Nesse aspecto, Tullio Ascarelli[114], ao diferenciar a simulação do negócio indireto, salienta que a simulação se apresenta como um negócio que não se quer, ao passo que, por outro lado, no indireto, as partes buscam de fato o negócio que realizam, ou seja, desejam efetivamente submeter-se à disciplina jurídica dele, e não uma disciplina jurídica diversa. Sem o negócio jurídico que realizam as partes não alcançariam os objetivos pretendidos, os quais, embora não se identifiquem necessariamente com os efeitos alcançados, os pressupõem. Ao adotarem o negócio que realizam, as partes querem a realização do fim típico que com ele alcançam, mesmo que o objetivo seja atingido posteriormente; as partes querem, ao contrário do que ocorre com a simulação, sujeitar-se ao regramento específico do negócio jurídico adotado.

Observa-se na simulação uma verdadeira dissociação entre a natureza do contrato avençado, e que se faz revelado *erga omnes*, e a natureza do contrato que é efetivamente celebrado pelas partes, mas que se faz exposto apenas no âmbito da relação interna dos contratantes. Para que seja configurada a simulação, Pontes de Miranda[115] salienta ser essencial "que haja a intenção de prejudicar terceiros ou de violar regra jurídica, sendo tal intenção o elemento necessário do suporte fático de qualquer dos incisos do art. 102[116] do Código Civil"[117].

Em outras palavras, o negócio jurídico simulado não busca obter resultados econômicos ou jurídicos efetivos, pois são negócios considerados fictícios ou não reais. Surgem apenas para produzir uma aparência ou um engano. O que se busca esclarecer é qual vontade deverá prevalecer, se a manifestada ou a real, entre que limites

---

113 Gonçalves (1979, p. 233).

114 Ascarelli (2001, p. 179).

115 Miranda (2000, § 468, p. 440).

116 No Código Civil em vigor, corresponde ao art. 167:
"É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.
§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:
I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.
§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado".

117 Também Nicola Coviello versa sobre a simulação: "La simulazione può essere assoluta o relativa: é assoluta quando non si vuol compiere nessun negozio giuridico, mentre apparentemente se ne fa uno: relativa, quando si vuol compiere un negozio giuridico, ma apparentemente se ne fa un altro diverso o per l´indole, o per i soggetti, o anche pel contenuto; nella prima ipotesi v'è solo il negozio simulato, nella seconda, oltre il negozio simulato, v'è anche il dissimulato" (Coviello, 1929, p. 371).

deverá ser tutelada a confiança que pelo negócio jurídico aparentemente concluído é provocada em terceiros, bem como qual a eventual responsabilidade que se atribuirá às partes na situação jurídica correspondente[118].

E nesse aspecto é possível diferenciar a simulação absoluta, na qual nada se suscita (*simulata non valent*) – ou seja, não são desejados nem o negócio nem os seus efeitos, mas apenas a aparência revelada externamente –, da simulação relativa, que, nos dizeres de Pontes de Miranda[119], é "quando se simula ato jurídico para se dissimular, ou dissimulando-se outro ato jurídico. *Quae non sunt, simulo, quae sunt, ea dissimulantur*. Mostra-se o não ser; e esconde-se o ser"[120].

O que vale destacar é que em relação ao negócio fiduciário, no entanto, o que se tem é uma realidade e não mera aparência, pois em si exprime um satisfatório e sério querer dos contratantes, ainda que se note efetiva discordância entre o meio ou o veículo jurídico utilizado e a finalidade a ser alcançada[121]. A vontade dos contratantes e seu processo de estruturação é que revelará a essência distintiva entre os negócios fiduciários e os simulados, uma vez que é na vontade que residirá ou não o propósito de enganar.

Para Egon Felix Gottschalk[122], os negócios fiduciários devem ser vistos como lícitos pela nossa ordem jurídica e pertencentes à categoria mais ampla dos negócios indiretos. A realidade negocial muitas vezes utiliza ou necessita utilizar as mais variadas formas previstas no ordenamento para alcançar os objetivos pretendidos, as quais, não raro, "nem sempre se prestam com a necessária ou desejada eficácia e precisão e cujos efeitos não atingem o fim colimado". Continua o autor, afirmando que,

---

118 Ascarelli (2001, p. 73).

119 Pontes de Miranda também esclarece que a "simulação é absoluta quando não se quis outro ato jurídico nem aquele que se simula" (Miranda, 2000, § 468, p. 441).

120 A esse respeito, Navarro Martorell (1950, p. 140) esclarece que "es prácticamente interesante la distinción desde el punto de vista de que los negocios fiduciarios pueden ser impugnados como simulados, bien negándose que el negocio de transmisión, y el obligatorio hayan sido en verdad querido por las partes, o afirmando que todo ha tenido por objeto engañar a los terceros (simulación absoluta), o que si se ha simulado transmisión, en realidad lo constituido no ha sido más que un derecho real de garantía o un mandato (simulación relativa)".

121 Pontes de Miranda destaca que: "Os negócios jurídicos de fidúcia e outros atos jurídicos fiduciários são queridos. Não são aparentes: em verdade, são *plus*: por eles, transmite-se direito para fim econômico que não exigiria tal transmissão. O fiduciário é proprietário em frente a todos; apenas a sua propriedade não é eficaz quanto ao fiduciante (relatividade da eficácia, não da propriedade). O fiduciante fia-se no fiduciário. Não há negócio ou ato jurídico aparente; há negócio jurídico, que é. Por ele, cria-se relação jurídica de fidúcia, que obriga o judiciário a destinar o bem fiduciário ao fim da fidúcia. As espécies mais notáveis são a transmissão abstrata para segurança (a *abstrakte Sicherungsübereignung*) e a venda e compra fiduciária. Nem aquela nem essa é ato jurídico aparente ou simulado. Por isso é, e não é anulável conforme os arts. 102, 104 e 105" (Miranda, 2000, § 469, p. 443).

122 Gottschalk (1970, p. 392).

"assim, os negócios indiretos surgem como frutos do eterno conflito entre a inata tendência estática das estruturas jurídico-sociais e o dinamismo elementar das fôrças econômicas à busca de seu instrumental mais adequado e eficaz".

Também essa foi a opinião de Antão de Moraes[123], para quem a falta de estruturas jurídicas do tipo em nosso ordenamento é que obrigava os contratantes a buscar negócios jurídicos indiretos para superar certas dificuldades encontradas em seus negócios.

Cariota Ferrara[124] aponta como aplicação comum dos negócios fiduciários a transferência da propriedade móvel ou imóvel com finalidade de garantia ou de administração, cessão de crédito, dentre outros. Mas o autor chama a atenção para o fato de que os negócios fiduciários não se confundem com os negócios simulados, e o ponto de diferença está centrado na *vontade*. Isso porque, nos negócios simulados, o negócio não é querido, a não ser aparentemente. No entanto, em sentido oposto, no negócio fiduciário a transferência feita pelo fiduciante ao fiduciário é desejada em si e também em seus efeitos, pois as partes desejam com tal transferência garantir um determinado crédito e, em caso de inadimplemento, a alienação servirá como satisfação do não pagamento[125].

Pontes de Miranda[126] orienta que:

> Os negócios jurídicos fiduciários mais freqüentes são os negócios jurídicos para garantia, inclusive as cessões de crédito para garantia. Nem o negócio de venda e compra, ou de troca, nem a transmissão para garantia se hão de considerar negócios aparentes ou simulados; por isso mesmo são negócios jurídicos e válidos, se outra razão não há para a sua anulabilidade. O credor quis, seriamente, a garantia; e o devedor seriamente a prestou. Se as circunstâncias criam causa de nulidade, ou de anulabilidade, ou de outro ataque, é questão à parte. A relação jurídica do negócio jurídico que dê ensejo à transmissão, ou o negócio jurídico abstrato, produz a sua eficácia; e o negócio jurídico fiduciário, a sua. A garantia com transmissão pode mesmo dar-se a propósito de dívidas futuras (O. Warneyer, Kommentar, I, 173), ou abertura de contas correntes. Não é anulável o negócio jurídico fiduciário para garantia, se com ele apenas há possibilidade de danos aos outros credores.

123 Moraes (1948, p. 386).
124 Cariota Ferrara (1956, p. 199).
125 Seguindo o mesmo ensinamento: Prates (1958, p. 74-83).
126 Miranda (2000, § 273, p. 154).

Pelo escorço histórico feito acima é possível elaborar uma noção sobre o negócio fiduciário, pois foram delineados seus aspectos fundamentais. Como tudo nas ciências, inclusive nas jurídicas, a passagem do tempo e as experiências do homem servem para aprimorar um instituto com origem em épocas tão distantes e diferentes da que vivemos atualmente.

O negócio fiduciário também é resultado desse processo. Apesar de as indicações históricas servirem para se ter certa caracterização de tal instituto, a doutrina não se poupou em buscar uma conceituação que melhor se aproximasse de sua essência.

Lima[127], com apoio em Cesare Grassetti, indica que a conceituação mais seguida foi a do alemão Regelsberger: "Um negozio, seriamente voluto, la cui caratteristica consiste nell´incongruenza o inomogeneità tra lo scopo avuto di mira dalle parti e il mezzo giuridico impiegato per raggiungerlo".

Dessa definição o autor brasileiro deduz três elementos importantes, sendo o mais significativo deles o de que, no negócio fiduciário, não há adequação entre o fim colimado pelas partes e o meio por elas utilizado. Em outras palavras, Regelsberger construiu sua definição considerando que, para se atingir determinado resultado, as partes se valem de forma jurídica muito mais ampla do que o necessário.

Ao escrever sobre a cessão de direito, Regelsberger salientou a importância da fidúcia e, com apoio no tipo romano, denominou-a negócio fiduciário (*fiduziarische Geschaft*). Regelsberger[128] registrou:

> Não raras vezes é querida pelas partes, na declaração de uma vontade negocial, a obtenção daquelas conseqüências jurídicas às quais a forma exterior se dirige, mas no pressuposto de que aquele para quem, dessa maneira, é criado um determinado poder jurídico, aproveitará de sua posição para certo fim, e não para todas as finalidades facultadas por ela: transmite-se a propriedade para fins de penhor (Gaio II, 60), efetua-se a expromissão com o escopo de extinguir a dívida (L. 91 *de solut*. 46, 3), ao administrador de bens concede-se a posição de co-credor (*adstipulatio*, Gaio III, 110, 111, 215, 216) (...).

Ao contrapor seu conceito sobre simulação ao negócio fiducário, Regelsberger[129] definiu-a como quem realiza um negócio orientado ou regular na

---

127 Lima (1962, p. 161-162).
128 *Apud* Moreira Alves (1997, p. 26).
129 Regelsberger (1880, p. 172).

aparência externa com o objetivo de se alcançar determinado efeito jurídico, porém sem ter a vontade de alcançar esse efeito, embora se tenha a expressa intenção de causar em terceiros a real impressão da constituição e celebração desse negócio jurídico. Para o jurista, simulação significava não querer o negócio jurídico declarado, mas não necessariamente significava não querer negócio jurídico nenhum. Como exemplo, cita a roupagem de compra e venda para encobrir uma doação. "Lá está" – registra o autor – "um negócio jurídico vazio, aqui um encoberto".

Segundo Moreira Alves, para Goltz[130], que desenvolveu sua concepção sobre negócio fiduciário com base na definição dada por Regelsberger, a estrutura interna desse instituto é composta por dois contratos: (i) um *contrato real positivo*, por meio do qual se opera normalmente a transferência da propriedade ou do direito de crédito, e (ii) um *contrato obrigatório negativo*, do qual nasce para o fiduciário a obrigação de restituição ao fiduciante do direito que lhe foi transmitido, após observadas determinadas circunstâncias. Esse entendimento de Goltz ficou conhecido como a teoria dualista do negócio fiduciário[131].

A concepção dualista de Goltz foi combatida, em 1936, por Grassetti, que considerou o negócio fiduciário, em sua estrutura interna, negócio unitário e causal[132]. A causa do negócio fiduciário, para Grassetti, era a *causa fiduciae*, considerada atípica por não estar regulada em lei. Grassetti lança, então, a teoria monista do negócio fiduciário[133].

Grassetti[134] também criticou o conceito de Regelsberger e, em contraposição, apresentou a seguinte conceituação:

> Per negozio fiduciario intendiamo una manifestazione di volontà con cui si attribuisce ad altri una titolarità di diritto a nome proprio ma nell´ínteresse, o anche nell´ínteresse, del transferente o di um terzo. (...) L´attribuzione all´accipiente à piena, mas questi assume un vinculo obbligatorio in ordine alla destinazione o all´impiego dell´entità patrimoniale. Lo scopo dell´attribuzione à uno scopo atípico, cioè non previsto in via epecifica dall´ordinamento giuridico, ed in questo senso, ma solo in questo senso, è esatto dire che le parti persegono uno scopo fuori della legge. Non vi è sproporzione tra mezo e scopo, perchè l´attribuzione patrimoniale è indispensabile pel conseguimento del fine pratico avuto di mira dalle parti. V´e tuttavia non omogeneità tra attribuzione e scopo in questo senso: che è carateristica del potere del

130 A obra de Goltz data de 1901, *apud* Moreira Alves (1997).
131 Moreira Alves (1995, p. 26).
132 Navarro Martorell (1950, p. 60).
133 Moreira Alves (1995, p. 27).
134 *Apud* Lima (1962, p. 161).

> fiduciário una potestà di abuso, conseguente alla struttura tipica di diritti reali, che non permete una distinzione netta tra titilarità formale e titolarità economica o beneficiaria, onde che riceve la titolarità del diritto riceve anche, necessiariamente, il potree di disporne in via reale erga omnes, anche oltre o contro lo scopo. Il negozio implica affidamento del transferente all´accipiente e però à anomala la forma di fiducia cum creditore, mentre à caratteristica quella di fiducia cum amico.

Percebe-se que a definição de Grassetti já indica a intenção de se atribuir a outro sujeito a titularidade de determinado direito por via não prevista no ordenamento jurídico, mas em decorrência do consenso das partes. Na definição transcrita acima, o autor italiano assevera que a atribuição patrimonial em favor do fiduciário é indispensável para caracterização desse tipo de negócio. Afirma, ainda, o referido autor, que a atribuição patrimonial é feita como qualquer transferência de direito real, pois, naquela ocasião, a estrutura dos direitos reais não permitia qualquer distinção ou desdobramento. Assim, aquele que recebia do fiduciante a titularidade do direito real adquiria, também, o poder de dispor. Isso poderia possibilitar abusos por parte do fiduciário, aproximando-se da *fiducia cum amico* do direito romano.

A definição de Grassetti fundamenta-se na confiança e nega o entendimento de Regelsberger de que existe desproporção entre o meio adotado e o fim pretendido pelas partes, com ressalva expressa de que o meio estabelecido − a atribuição patrimonial ao fiduciário − é o único meio possível para se atingir a finalidade pretendida[135]. Este, segundo Pedro Pais de Vasconcelos[136], é o argumento mais convincente de Grassetti, pois o fim nunca seria alcançado sem que fosse utilizado o meio escolhido, razão pela qual não se pode alegar excesso do meio adotado. O exemplo utilizado, e que foi largamente franqueado durante o período da Primeira Grande Guerra Mundial, é o do estrangeiro que, para evitar o confisco dos bens que integravam seu patrimônio, transferia a propriedade deles para um amigo não estrangeiro, o que demonstra que o meio não era excessivo, pois se apresentava o único hábil para evitar o confisco. Outro exemplo dado por Grassetti e citado por Vasconcelos era o do pródigo com grande quantidade de dívidas, mas com patrimônio suficiente para saldá-las, se bem administrado, que transfere tal patrimônio para um irmão, competente administrador, para que o administre, entregue-lhe uma quantia anual e, por ocasião de sua morte, transmita o que remanescer aos seus herdeiros.

---

135 Navarro Martorell (1950, p. 61).

136 Vasconcelos (1995, p. 261).

Apesar da crítica apontada acima, Pontes de Miranda[137] faz o seguinte destaque sobre os ensinamentos de Regelsberger:

> Foi F. Regelsberger, em 1880 (Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession. *Archiv für dir civilistische Práxis*, 63, 173), quem designou tais negócios jurídicos como negócios jurídicos fiduciários, para substituir a expressão de J. Kohler (Studien über Mentalreservation und Simulation, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 16, 140) "negócio encoberto" (verdektes Geschäft) não só porque o negócio da transmissão não é encoberto, nem encobre, como porque na expressão caberiam negócios jurídicos simulados. Melhor seria dizerem-se "negócios jurídicos com fidúcia", para frisar a dualidade de relações jurídicas. Ao lado da relação jurídica, oriunda da aquisição, está a relação jurídica de fidúcia, entre o fiduciante e o fiduciário.

Na obra de Otto de Souza Lima[138] também encontra-se a definição de Nicola Coviello sobre o negócio fiduciário: "Fiduciari si dicono quegli atti che importano um transferimento di cose o di diritto che praticamente non há per scopo l´aumento del patrimônio dell acquirente, ma serve a tutt´atltro".

Nessa definição ofertada por Coviello, denota-se que a transferência no negócio fiduciário não pretende causar um aumento no patrimônio do fiduciário. A finalidade é outra que não o enriquecimento do adquirente. Fosse esse o objetivo da transferência no negócio fiduciário, não haveria necessidade de sua utilização, pois se confundiria com o próprio meio. Melhor dizendo, se a intenção fosse a de incrementar o patrimônio daquele que recebe o direito, a transferência seria uma simples alienação definitiva. Entretanto, a transferência que faz o disponente busca atingir outra finalidade e, para tanto, vale-se do negócio fiduciário.

Também Enneccerus e Nipperdey[139] apresentam definição sobre o negócio fiduciário:

> Se llaman negocios fiduciarios aquellos negocios jurídicos por medio de los cuales el fiduciante concede al fiduciario una facultad jurídica, en cuya virtud éste puede ejercer derechos ajenos, económicos o jurídicos, con una cierta independencia y en su propio nombre, pero (o al menos también) en interés de otra persona, estando jurídicamente vinculado de un modo bien definido. No es, en cambio, esencial al negocio fiduciario que la cosa objeto de la fiducia haya pertenecido al patrimonio del fiduciante y haya pasado inmediatamente desde este patrimonio al del

137 Miranda (2000, p. 148).
138 Lima (1962).
139 Enneccerus; Nipperdey (1981, p. 110).

> fiduciario. Puede también darse una relación de fiducia cuando el fiduciario, por orden y cuenta del fiduciante, ha adquirido la cosa de un tercero; sólo se presupone que el fiduciario, después de la adquisición, deba ejercer el derecho sobre la cosa en virtud de un convenio que reúna los requisitos mencionados.

Em outra passagem os mesmos autores alemães[140], destacam que:

> Las relaciones fiduciarias aparecen sobre todo en dos formas. En la forma más antigua y aún hoy preferida, el fiduciante transmite al fiduciario el derecho pleno sobre la cosa transmitida que se convierte en la relación interna y desde el punto de vista económico debe, no obstante, conducirse meramente como un administrador, un acreedor pignoraticio, un mandatario, etc., esto es, debe tener la cosa o el crédito únicamente en los términos de la "confianza" depositada en él. Pero negocio fiduciario puede también constituirse de modo que el derecho pleno sobre la cosa (por ejemplo, sobre la patente) quede en manos del fiduciante, mientras que el fiduciario está facultado al ejercicio del derecho, y en especial a disponer sobre el derecho (§ 185).
> a) La transmisión fiduciaria de un derecho pleno plantea problemas especiales. Puesto que, en esta forma de fiducia, el fiduciario se convierte en propietario de la cosa, titular del crédito, etc. Sus disposiciones sobre el objeto son eficaces aunque signifiquen una violación de la confianza en él depositada. Sus poderes en la relación externa son ilimitados. El convenio según el cual el fiduciario no debe conducirse como propietario, acreedor, etc., frente al fiduciante o al tercero favorecido, sino sólo como administrador, mandatario, etc., solamente tiene eficacia en la relación con el fiduciante o el tercero favorecido (§137). En la transmisión fiduciaria de un derecho pleno la relación jurídica puede definirse con las palabras de M. Wolf: El fiduciario ha de ser propietario frente a todo el mundo, excepto el fiduciante.

Para Orlando Gomes[141] a alienação fiduciária está apoiada na confiança mútua que credor e devedor nutrem em relação à determinada situação jurídica de garantia. Afirma o autor que: "Em sentido lato, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição".

Até aqui é possível apreender certa noção do negócio fiduciário como sendo sério e de fato querido pelas partes, com a finalidade de alcançar determinado objetivo que lhe transcende. Fiduciante e fiduciário realizam o negócio e assumem as

---

140 Enneccerus; Nipperdey (1981, p. 112).
141 Gomes (1975, p. 18).

consequências jurídicas para atingir benefício econômico, para o qual o negócio fiduciário serve como meio. Todos os efeitos são regularmente produzidos mesmo que, no contrato, as partes tenham estabelecido obrigação pessoal de se valerem de tais efeitos exclusivamente para a finalidade convencionada.

Pode-se concluir, em linhas gerais, que o negócio fiduciário é aquele em que uma pessoa transmite a outra a propriedade ou titularidade de uma coisa ou de um direito com finalidade de garantia, para um específico fim estabelecido contratualmente, pelo qual a segunda se obriga a restituí-la quando cumprida determinada obrigação ou implementada a condição resolutiva respectiva.

A relação fiduciária percebe-se presente nos negócios jurídicos em que as partes se vinculam por meio de uma determinada e específica circunstância jurídica, que se sustenta e ampara em uma relação de poder baseada principalmente na confiança de uma parte em relação à outra[142].

Gottschalk[143] faz expressa referência à monografia de Siebert[144], publicada em 1933, em que houve identificação de dois grupos principais: (i) a fidúcia administrativa, que não representa proveito próprio, e (ii) a fidúcia de garantia em proveito próprio. No primeiro tipo estão as situações em que ocorre a alienação de um patrimônio a um fiduciário para que seja utilizado no interesse da totalidade dos credores do fiduciante. Já ao segundo tipo pertencem as situações jurídicas de cessão e transferência de um direito patrimonial em garantia de um determinado crédito.

Juan B. Jordano Barea[145], com muita clareza, apresenta a característica essencial para que se tenha um negócio fiduciário. Para o autor: "el negocio fiduciario se caracteriza por una situación de peligro, limitada por el juego de la *fides*. Cuando no existe la posibilidad de abuso y se llega a la correspondencia exacta de los poderes del fiduciario, se está frente a casos de fiducia legal que no tienen ningún título hábil para la calificación fiduciaria"[146]. Ou seja, deve haver uma situação de dependência entre o credor e o devedor de forma a poder legitimar a expectativa de implementação da garantia.

---

142 Rodriguez Azuero (1997, p. 63).

143 Gottschalk (1970, p. 394).

144 *Negócio jurídico da relação fiduciária* (*Das rechtsgeschaeftliche Treuhandverhaeltnis*).

145 Barea (1959, p. 1930).

146 "O negócio de confiança é caracterizada pelo risco, limitado pelo jogo da *fides*. Quando não há possibilidade de abuso e se atinge a exata correspondência dos poderes do administrador, se estará diante de casos de fidúcia legal que não tem título hábil para qualificá-lo como fiduciário" (tradução livre).

Tullio Ascarelli[147] apresenta outros elementos imprescindíveis ao negócio fiduciário. Também admite que o fim pretendido pelos contratantes transcenda e não corresponda à finalidade do negócio escolhido. Salienta o jurista:

> A característica do negócio fiduciário decorre do fato de se prender a uma transmissão da propriedade e, ainda, porque seu efeito de direito real é parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes; por conseguinte, o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelos contratantes, sendo obrigado a devolvê-la uma vez preenchido aquele fim. Ao passo que os efeitos de direito real, isoladamente considerados e decorrentes do negócio adotado, vão além das intenções das partes, as ulteriores convenções obrigacionais visam justamente a restabelecer o equilíbrio; é assim possível o uso da transferência da propriedade para finalidades indiretas (ou seja, para fins de garantia, de mandato, de depósito).
> Mas os efeitos de direito real do negócio, são, eles também, queridos e seriamente queridos pelas partes, que, na falta deles, nem poderiam alcançar o fim último visado; a realização deste não contraria, mas pressupõe a do fim típico do negócio adotado.
> Assim, num caso típico de negócio fiduciário, como, por exemplo, a transferência da propriedade para fins de garantia, a transmissão é efetivamente desejada pelas partes, não porém para o fim de troca, mas para um fim de garantia.

Na conceituação de Ascarelli há a explícita previsão de que o adquirente da coisa transferida pode utilizá-la exclusivamente para a finalidade estabelecida pelas partes na convenção. Atingida a finalidade para a qual se pactuou a transferência, o negócio fiduciário é desfeito e o fiduciante readquire a propriedade plena da coisa alienada fiduciariamente.

Pontes de Miranda[148] ressalta que se terá negócio fiduciário quando a transferência operada tiver como finalidade não a própria transmissão, mas quando apoiar um negócio jurídico que não o de alienação definitiva. Afirma também, o autor, em consonância com grande parte da doutrina, que o negócio fiduciário não se confunde com o negócio jurídico simulado. Neste, o fim que se alcança é desejado pelas partes, enquanto no fiduciário a finalidade é sempre outra, ou seja, a obrigação principal.

Os entendimentos acima indicados equiparam-se à concepção de *fiducia* romana. Nas definições apresentadas, o negócio fiduciário é celebrado com base no elemento subjetivo da recíproca confiança entre credor e devedor, sem o qual não se estabelece o negócio fiduciário.

---

147 Ascarelli (2001, p. 160).
148 Miranda (2000, p. 146).

Importante destacar o entendimento de Pontes de Miranda[149]:

> O elemento novo, que há no negócio fiduciário, é a confiança, a fidúcia (em sentido pós-romano). Aquele a quem se fez a transmissão − posto que tenha todos os poderes e faculdades do adquirente e, pois, do proprietário −, diante do transmitente, está obrigado a exercer o seu direito de acordo com o fim da fidúcia, inclusive, se for o caso, de restituir o bem da vida que se transmitiu.

Voltando a Gottschalk[150], sob os dois grupos definidos por Siebert, o autor apresenta uma classificação que pode ser dividida em quatro outros grupos:

> a) o negócio jurídico fiduciário que tem por fim constituir um acervo patrimonial autônomo, i.e., segregado do patrimônio de seu instituidor e subordinado a um regime e uma tutela próprios de direito;
> b) o negócio jurídico fiduciário com o objetivo de colocar determinados bens ou direitos sob uma administração juridicamente separada da gestão de negócios exercida pelo fiduciante;
> c) o negócio jurídico fiduciário que tem por fim assegurar a determinados bens ou direitos uma destinação preordenada a favor de terceiros, seja *inter vivos*, seja *mortis causa*;
> d) o negócio jurídico fiduciário com o objetivo de garantir direitos seja de terceiros, seja do próprio fiduciário como no caso da alienação fiduciária em garantia.

Alcino Pinto Falcão[151] salienta que os ordenamentos jurídicos antigos já conheciam o instituto da alienação fiduciária, por meio da alienação com escopo de garantia submetida à condição resolutiva. Nos direitos arcaicos, o penhor já não tinha a eficácia necessária, pois não se consignava a coisa na posse do credor. A lacuna era suprimida pela alienação fiduciária que se fazia com o escopo de garantia. O devedor realizava uma venda em benefício do credor por um preço correspondente ao total da dívida. Os plenos efeitos dessa venda eram observados por ocasião do vencimento estabelecido para a obrigação, na hipótese do devedor não cumprir integralmente a prestação convencionada.

Nesse sentido, a Lei do SFI inovou substancialmente a sistemática das garantias reais de nosso ordenamento jurídico ao utilizar a fidúcia como recurso de garantia para os negócios imobiliários.

---

149 Miranda (2000, p. 147).
150 Gottschalk (1970, p. 394).
151 Falcão (1970, p. 400).

Mas é importante destacar que o negócio fiduciário imobiliário em nosso sistema é caracterizado pela atribuição da propriedade fiduciária resolúvel, em nome próprio, mas no interesse do transmitente. A atribuição dessa titularidade ao fiduciário ocorre com a obrigação deste dar ao imóvel, objeto do negócio jurídico, determinada destinação, uma vez que a atribuição patrimonial que ocorre é atípica, limitada e por força de lei. Neste sentido, é possível classificar o negócio fiduciário como bilateral, pois é composto por dois acordos distintos, pelos quais uma das partes (fiduciante) transfere a propriedade resolúvel de determinado imóvel para a outra parte (fiduciário), que, apesar de exercer os direitos de proprietário, o faz em razão de determinadas circunstâncias obrigacionais (de)limitadas pelo contrato e pela própria lei, as quais o obrigam a dar destinação certa e determinada à coisa objeto do negócio jurídico[152].

Assim, a característica fundamental do negócio fiduciário é que ele se prende a uma transferência da propriedade, mas seu efeito de direito real é parcialmente neutralizado por uma convenção das partes ou por disposição legal. Por essa disposição, o adquirente torna-se proprietário, porém sempre vinculado à finalidade estabelecida no contrato ou na lei, com a obrigação de devolver a coisa caso o fim seja alcançado. Se, nesse tipo de negócio jurídico, o direito real fosse analisado de forma isolada, seria possível notar que seus efeitos se estendem para além das intenções das partes; e é assim que se faz possível o uso da transferência da propriedade para finalidades indiretas, como garantia, no caso[153].

Como se viu no sistema da fidúcia romana, o aspecto obrigacional que caracterizava o negócio fiduciário representava sérios riscos para o fiduciante, pois, na hipótese de o fiduciário não agir com lealdade e nos termos do que fora pactuado, não haveria possibilidade daquele recuperar a propriedade da coisa objeto da garantia.

Pelo exposto acima, nota-se claramente que esse elemento obrigacional, muito prejudicial ao fiduciante, foi mitigado pela evolução histórica dessa modalidade de negócio jurídico.

Nesse sentido, a análise da alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia, nos moldes em que está disciplinada em nosso sistema jurídico atualmente, prescinde do elemento subjetivo *confiança*.

Essa conclusão decorre da análise de toda a estrutura prevista na citada lei, mas em especial da estrutura contida no *caput* do art. 22, o qual estabelece: “A

---

152 Lima (1962, p. 162).

153 Ascarelli *apud* Chalhub (1998, p. 119).

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

Denota-se, da leitura do dispositivo legal, dentre outras situações que serão analisadas adiante, que a alienação fiduciária é direito real de garantia constituído de forma acessória em relação a outro negócio jurídico considerado principal, especialmente quando envolve a concessão de crédito pelo qual o devedor-fiduciante, por si ou por terceiro, transmite uma coisa imóvel ao credor fiduciário, em caráter resolúvel, pelo prazo em que vigorar a obrigação principal.

O dispositivo legal não alude à confiança como requisito para sua instituição. A constituição da propriedade fiduciária é consequência de ajustes contratuais maiores, mas sua extensão e seus limites estão contidos no próprio campo normativo da referida lei do SFI. Prova disso é que a transferência da propriedade feita ao credor-fiduciário pelo devedor-fiduciante ocorre por determinação do próprio preceito normativo acima transcrito ("o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, **contrata a transferência** ao credor, ou fiduciário, a propriedade resolúvel da coisa imóvel")[154].

A confiança é um elemento psicológico que se encontra presente nas contratações de maneira geral. A confiança recíproca dos contratantes é elemento indispensável que deve estar manifesto nas relações jurídicas em geral. A vontade dos contratantes na constituição da propriedade fiduciária há de ser imbuída de mútua confiança. Viegas de Lima afirma que, na vontade dos sujeitos, deve estar presente a boa-fé[155].

Pontes de Miranda, ao fazer referência às reminiscências da fidúcia, destaca:

> A fidúcia regulada em lei apaga-se de certo modo a si mesma. Apenas alude a que, nas origens do instituto, ela esteve; não está mais. A confiança, que é ato de *confidare* (latim popular, em vez de *fidere*) é entre declarantes ou manifestantes de vontade, um dos quais confia (espera) que o outro se conduza como ele deseja, pois tem fé (fidúcia); à diferença da fiança, que é prestação de fé. Se a lei transforma esse material de confiança, criado no terreno deixado à autonomia das vontades, e o faz conteúdo de regras jurídicas cogentes, a fidúcia passa a ser elemento puramente histórico do instituto, salvo no ato mesmo de

154 Destaques acrescidos.
155 Lima (2003, p. 45).

> se escolher a categoria. Foi o que se passou com os testamenteiros e outros administradores de patrimônio alheio[156].

E, com a devida licença a Pontes de Miranda, é o que também acontece com a propriedade fiduciária imobiliária. A *fidúcia* contida no âmbito da lei do SFI é meramente histórica, uma vez que as normas de ordem pública não deixam opções nem espaços para as atitudes do credor. Suas ações estão muito bem delimitadas em lei e dependem diretamente dos atos do fiduciante. Se houver inadimplemento, deverá realizar os públicos leilões extrajudiciais; caso o devedor cumpra integralmente a obrigação garantida, necessariamente deverá outorgar o termo de quitação sob pena de pagamento de multa. Não há espaço para o elemento subjetivo da confiança, no sentido de uma das partes ter a expectativa de um determinado comportamento da outra, baseando-se unicamente na convicção de que a outra parte agirá como pactuado. As atitudes de ambas são pautadas e reguladas pelas normas dispositivas contidas na Lei do SFI.

Importante a lição de Clóvis V. do Couto e Silva[157] sobre a seriedade dos negócios jurídicos em relação à vontade do devedor de adimplir a obrigação convencionada:

> Em sistema de separação relativa, a declaração de vontade que dá conteúdo ao negócio jurídico dispositivo pode ser considerada como co-declarada no negócio obrigacional antecedente. É que na vontade de criar obrigações, insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido. Não fora, assim, o negócio jurídico não teria as condições mínimas de seriedade que o Direito exige. Daí, porque, quando alguém vende algo, demonstra, também, nesse preciso momento, vontade de adimplir o prometido.
>
> Esta vontade de adimplir é inseparável, no plano psicológico, da vontade de criar obrigações. Faltaria seriedade à vontade criadora do dever, se, ao mesmo tempo, não se desejasse adimplir o prometido. Esta inseparabilidade de vontades, entretanto, só existe, como tal, no plano psicológico. No plano jurídico, bifurca-se essa vontade unitária, a fim de encher negócios jurídicos de dimensões diferentes: o obrigacional e o de adimplemento, ou de direito das coisas. Mas, a vontade de adimplir como decorrência lógica da vontade criadora de direitos e obrigações, somente existe naqueles casos em que o cumprimento de dever seria, a sua vez, negócio jurídico.

---

156 Miranda (2000, Tomo III, p. 148).

157 Couto e Silva (1976, p. 56).

Com a finalidade de garantir o credor de eventual inadimplemento, o fiduciante aliena, temporária e transitoriamente, a propriedade de seu imóvel ao fiduciário. Ressalta-se, uma vez mais, que não está presente o elemento confiança, o que pode parecer paradoxal, pois a relação fiduciária não mais contém o que na origem a justificava. Há a escolha de certa garantia real que exige, *ex lege*, a alienação fiduciária do imóvel ao titular do crédito garantido. Tudo decorrente da estrutura contida na própria lei e não da fidúcia das partes contratantes.

O fiduciário não adquire, por sua vez, a propriedade do imóvel com a intenção de mantê-lo em seu patrimônio de maneira definitiva. A aquisição pelo beneficiário do crédito é marcada por ser temporária, transitória e resolúvel, pois tem como função especial garantir o cumprimento da prestação principal assumida pelo fiduciante. O imóvel, portanto, permanecerá sob o domínio daquele até que este cumpra integralmente a obrigação pactuada.

A propriedade do credor é, por conseguinte, resolúvel em razão da estrutura legal imposta a tal modalidade de garantia real. O momento da extinção dessa propriedade está previsto no próprio título que a constituiu com apoio na lei, seja em face do adimplemento ou não. Sua finalidade é apenas de garantia. Cumprida a obrigação pelo fiduciante, a propriedade é revertida definitivamente ao seu patrimônio. Caso ocorra o inadimplemento pelo sujeito passivo da obrigação principal, também haverá a extinção da propriedade resolúvel pela "consolidação" da propriedade em nome do credor fiduciário. Nesse ponto haverá outro tipo de propriedade: aquela suficiente para que o fiduciário promova os leilões extrajudiciais.

Já se disse, também, que a propriedade fiduciária difere-se dos direitos reais limitados de garantia como o penhor[158], a hipoteca e a anticrese, porque neles o titular da garantia real tem direito sobre a coisa alheia, ou seja, o objeto da garantia real permanece sob o domínio do devedor. Na propriedade fiduciária, ao contrário, o credor-fiduciário adquire a propriedade em caráter resolúvel e com finalidade de garantia, o que a torna limitada, mas retira efetivamente a coisa imóvel dada em garantia da esfera patrimonial do fiduciante.

Sob este ângulo é essencial destacar aspectos importantes. A propriedade fiduciária é uma garantia real sobre coisa própria, pois, pelo art. 22 da lei do SFI, o

---

158 Vale destacar que, no penhor comum, a posse da coisa é efetivamente transferida ao credor nos termos do art. 1.431 do Código Civil. A propriedade, no entanto, ainda permanece com o devedor.

devedor contrata a transferência resolúvel do imóvel para o credor, e o objeto da garantia é, em sua plenitude, retirado de seu âmbito patrimonial.

Em consequência, o credor possui o benefício de ter o objeto da garantia segregado do patrimônio universal do devedor, que, pela regra geral do art. 391[159] do Código Civil, responde pelo inadimplemento de suas obrigações. Não que haja patrimônios diversos, como adverte Caio Mario da Silva Pereira[160], mas sim, no caso da situação fiduciária, separação de coisas que ficam na dependência de uma condição que, quando implementada, obrigará sua reversão a uma situação anterior e já prevista.

O mesmo autor[161] aponta que tal característica pode configurar a teoria da afetação[162], situação jurídica em que determinadas coisas ficam segregadas ou separadas do patrimônio único do titular, em razão de *condição* e/ou *encargo* impostos para consecução de certa finalidade, cuja fonte essencial e principal é a lei, "pois não é ela possível senão quando imposta ou autorizada pelo direito positivo, aparece toda vez que certa massa de bens é sujeita a uma *restrição* em benefício de um fim específico".

Em resumo, com a constituição da propriedade fiduciária, o credor retira o objeto da garantia real do núcleo patrimonial do fiduciante e torna-se o único a poder ser beneficiário da garantia. Os demais credores, ao analisarem o patrimônio do fiduciante para satisfazerem seus créditos, não poderão alcançar aquele que foi utilizado para a constituição da garantia fiduciária imobiliária, salvo se o crédito tiver origem anterior à contratação da propriedade fiduciária. Por essa razão, o fiduciário deve fazer uma auditoria jurídica profunda (*due diligence*) antes de receber o imóvel em garantia fiduciária, como forma de evitar situação de fraude à execução.

Apesar de defendermos que, no momento da contratação da garantia real, não ocorre a transferência do direito real de propriedade definitiva ao fiduciário, poderá haver referida transferência a terceiros ou até mesmo para o fiduciário, por ocasião dos leilões extrajudiciais. Nessa hipótese, caso ocorra a transferência efetiva em situação que caracterize as situações dos incisos do art. 593[163] do Código de Processo Civil, poderá suceder uma situação de fraude à execução e declaração de ineficácia.

---

159 "Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor".

160 Silva Pereira (2004, p. 396).

161 Silva Pereira (2004, p. 399).

162 Chalhub (2000, p. 161) destaca que "a teoria da afetação possibilita a segregação patrimonial ou a divisão de um patrimônio comum segundo certos encargos que se impõem a certos bens, que passariam a ficar *vinculados* à determinada finalidade".

163 "Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

Outro aspecto que deve ser ressaltado refere-se à recuperação judicial e à propriedade fiduciária. Nesse particular há de se avaliar sob o aspecto da possibilidade de recuperação do fiduciário e do fiduciante.

O art. 32 da lei do SFI, para a situação de insolvência do fiduciante, traz a regra que deve ser aplicada. Referido artigo dispõe que, na "hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente".

Caso ocorra a decretação de falência do fiduciante, o fiduciário estará protegido nos termos do transcrito art. 32, mas deverá solicitar a restituição do imóvel nos termos dos artigos 85[164] a 93 da Lei Federal nº 11.101/2005 ("Lei de Recuperação Judicial"). Como o fiduciante está na posse direta da coisa, o imóvel será arrecadado pela massa e o fiduciário deverá solicitar a restituição do mesmo com base no quanto estabelece o art. 32 da lei do SFI e, também, no inciso IX do art. 119 da Lei de Recuperação Judicial.

Referido inciso IX do art. 119 da lei de Recuperação Judicial determina que:

> Os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

Por esse dispositivo legal é possível afirmar que, em caso de falência tanto do credor quanto do devedor, o respectivo beneficiário poderá reclamar contra a massa o conteúdo da propriedade fiduciária, pois esta se caracteriza como específico patrimônio segregado e está em compasso de espera em relação ao desfecho da prestação principal. Se for declarada a falência do fiduciário, Caio Mario da Silva Pereira[165] defende que o domínio condicional será arrecadado pela massa, e o fiduciante,

---

I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III - nos demais casos expressos em lei".

164 "Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em **poder do devedor** na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição" (destaques acrescidos).

165 Silva Pereira (2003, p. 436).

caso cumpra a prestação principal integralmente, poderá exercer contra a massa a pretensão de restituição da coisa, como forma de recuperar o imóvel objeto da garantia.

Essa, uma vez mais, é a prova de que a propriedade fiduciária imobiliária está posta à prova, especialmente no que se refere à proteção dos interesses do credor – muito embora os direitos do devedor, pela sistemática legal, estejam também protegidos. Tais interesses estão amparados no sentido de ser possível a ágil recuperação de seu crédito, pois, com a restituição do objeto da garantia nos termos do art. 32 da lei do SFI e do inciso IX, do art. 119 da Lei de Recuperação Judicial, não haverá necessidade de se promover a habilitação do crédito e aguardar o pagamento da dívida no concurso de credores.

Em relação à fase de recuperação judicial, a respectiva lei, ao fazer referência aos créditos que lhe estão sujeitos, excepciona expressamente a posição do credor fiduciário de coisas móveis ou imóveis. Assim preceitua o art. 49, § 3º[166]:

> Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.
> § 3º. Tratando-se de **credor titular da posição de proprietário fiduciário** de bens móveis ou **imóveis**, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, **seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais**, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial[167].

Também, em contrapartida, pelo conteúdo do § 1° do art. 39 da Lei de Recuperação Judicial, os titulares de créditos excetuados na forma dos §§ 3° e 4° do art. 49 da mesma lei, não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação.

---

166 Pela possibilidade da aplicação do referido dispositivo legal: "Agravo de Instrumento n° 990.10.055595-2, da Comarca de São Paulo, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pelo Desembargador Sebastião Alves Junqueira, com votação unânime, EXECUÇÃO - Ação voltada contra devedora principal e garantidores - Suspensão da demanda executiva, diante da recuperação judicial da devedora - Impossibilidade - Dívida decorrente de Certificados de Direitos Creditórios do Agronegócio, com Cessão Fiduciária - Inteligência do art. 49, § 3°, da Lei 11.101/05 - Prosseguimento da execução, inclusive em relação aos garantidores (art. 49, § 1°, da Lei 11.101/05) – Suspensão afastada - Recurso provido".

167 Destaques acrescidos.

Tais credores inseridos nas hipóteses dos §§ 3° e 4° do art. 49 da Lei de Recuperação Judicial, ensina Modesto Carvalhosa[168], em razão da regra de exceção trazida pelo § 1° do art. 39 da mesma lei, não participam da votação do plano de recuperação judicial em assembleia e, por consequência, não integram o quorum de deliberação os credores cujos direitos não forem por ele afetados. Nos dizeres do autor, os denominados credores não são sujeitos à recuperação, de acordo com os §§ 3º e 4º do art. 49, da Lei de Recuperação e Falências. Se tais créditos não se submetem à recuperação judicial, não há motivos nem necessidade de se outorgar a seus correspondentes titulares o direito de participação da assembleia geral de credores. Entretanto, é importante ressaltar que a própria Lei de Recuperação Judicial, ao possibilitar que tais créditos sejam excluídos da recuperação judicial, permitiu, em contrapartida, a sua inclusão no plano apresentado pelo devedor. Portanto, caso haja expressa anuência desses credores, seus respectivos créditos poderão ser incluídos na recuperação judicial e, consequentemente, seus titulares participarão da assembleia geral.

O que é possível deduzir da análise dos dispositivos legais é que tais tipos de créditos (§§ 3º e 4º, do art. 49) não estão submetidos à obrigatoriedade dos processos da lei, para que seus titulares possam decidir com maior liberdade se é ou não conveniente ingressar na recuperação judicial ou executar suas garantias de forma autônoma.

Em resumo, portanto, na hipótese de recuperação judicial, nos termos do dispositivo transcrito acima, os créditos com origem em contratos de alienação fiduciária imobiliária estarão excluídos dos efeitos da referida recuperação. Se o caso for de falência, haverá necessidade de se promover o pedido de restituição prevista no art. 85 da Lei de Recuperação Judicial, com apoio, além da situação do caso concreto, do quanto estabelece o art. 32 da lei do SFI e do inciso IX, do art. 119, da Lei de Recuperação Judicial[169].

---

168 Carvalhosa (2009, p. 281).

169 Neste sentido vale destacar os argumentos indicados pelo Desembargador Dirceu Cintra feitos no Agravo de Instrumento nº 990.10.278858-0, Comarca de São Paulo, os quais, apesar de tratarem de coisa móvel, são aplicáveis ao raciocínio aqui apresentado: "(...) o fato de encontrar-se a devedora em processo de recuperação judicial isso não lhe assegura o direito de permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente. O artigo 6°, § 4° da Lei 11.101/05 não impede o prosseguimento da ação de busca e apreensão com fundamento na alienação fiduciária em garantia, conforme especificamente dispõe o artigo 49, § 3°, da mesma lei. Com efeito, por ser a agravada proprietária fiduciária de bem móvel, seu crédito não se submete aos efeitos da recuperação judicial, prevalecendo a sua propriedade e as condições do contrato celebrado, tal como ocorre no arrendamento mercantil e na compra e venda com reserva de domínio".

3.2 O CONTRATO COMO CAUSA PARA O SURGIMENTO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

A análise da alienação fiduciária em garantia necessita de importante distinção inicial entre esta e a propriedade fiduciária, como faz Moreira Alves[170]. Alfredo Buzaid[171] destaca que a alienação fiduciária em garantia é uma espécie do gênero "negócio fiduciário". Para o autor, o negócio é um contrato por meio do qual o domínio de certa coisa é transferido por uma das partes para a outra, que efetivamente a recebe, e se obriga a restituí-la em razão de determinadas circunstâncias jurídicas estabelecidas no pacto.

No sistema brasileiro a aquisição, constituição ou transferência dos direitos reais desdobra-se em dois estágios: (i) a celebração do contrato, de um título[172], e (ii) o correspondente registro[173]. O título é o instrumento necessário e exigido pela lei para a constituição ou transmissão dos direitos reais.

Como destaca Luciano de Camargo Penteado[174], apesar de o negócio jurídico implicar a escolha e a possibilidade do exercício da liberdade pelos contratantes, é preciso que haja um direcionamento claro e concreto desse exercício, pois o agir da vontade humana é finalístico na direção e na busca de metas e objetivos, os quais são o centro do querer e irradiam consequências e resultados juntamente com a vontade. Portanto, a busca de metas e objetivos junto à vontade deve ter direção determinada e concreta. E destaca o autor quanto à finalidade de o ato ser causa: "enquanto elemento impulsionador da declaração de vontade, o é por exercer certa premência sobre a atividade e, ao mesmo tempo, dirigi-la".

Pode-se dizer, assim, que a alienação fiduciária tem em si uma causa final que, para cada contratante, é também a sua própria atividade dentro da relação contratual que direciona ao adimplemento. Esse comportamento deve ser tido como uma atuação leal e verdadeira para com a outra parte, sempre no interesse comum de buscar o integral cumprimento dos deveres contratuais. Eis o motivo fundamentador de que um pode recusar-se a cumprir sua obrigação se o outro ainda não cumpriu a sua

---

170 Moreira Alves (1973, p. 42).
171 Buzaid (1978, p. 66).
172 Código Civil, art. 1.227.
173 Código Civil, art. 1.245.
174 Penteado (2004, p. 76).

própria[175]. No próprio art. 476 do Código Civil consta que, "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro".

Nesse sentido, a alienação fiduciária em garantia é o contrato que serve de título para a constituição da propriedade fiduciária imobiliária[176]. A propriedade fiduciária é o direito real criado pela Lei Federal nº 9.514/1997[177], da mesma forma como ocorre com os contratos de penhor, de hipoteca e de anticrese, em que eles desempenham papéis de títulos causais para que se constituam seus direitos reais.

Em decorrência de certa imprecisão legislativa, houve autores que entenderam que o novo direito real de garantia era a alienação fiduciária. Moreira Alves[178] não só apontou a existência do equívoco como afastou tal entendimento e afirmou que o contrato de alienação fiduciária não é obrigatório, adstrito ao direito das coisas:

> Dessas considerações resulta que, seguindo a nomenclatura adotada pelo Código Civil, se pode caracterizar, à semelhança do que sucede com o penhor, a hipoteca e a anticrese, enquanto negócios jurídicos bilaterais, a alienação fiduciária em garantia como contrato, mas contrato que não é obrigatório, situando-se, ao contrário, no plano do direito das coisas. E esse contrato – que é nominado – se enquadra entre os negócios jurídicos a que a dogmática moderna dá a denominação de negócios jurídicos dispositivos.

Cabe dar continuidade ao entendimento de Couto e Silva[179], que foi parcialmente transcrito acima:

> Esta afirmativa parece óbvia, mas convém ter sempre presente que existem outros negócios dispositivos, inclusive de direito das coisas, que não se constituem em adimplemento de uma obrigação. Nos de garantia, quando alguém diz que "dá em hipoteca determinado imóvel para garantir mútuo anteriormente realizado", cuida-se de negócio de direito das coisas, negócio esse que não é decorrência lógica do mútuo, porque existem empréstimos sem garantia real, e o acordo de constituição do ônus é negócio jurídico no plano dos direitos reais. E aí se faz imprescindível a vontade dirigida à constituição do gravame. Essa, por sua vez, não se poderá considerar como implícita no mútuo.

---

175 Penteado (2004, p. 78).
176 Lei Federal nº 9.514/1997, artigos 23, parágrafo único, e 25, *caput*.
177 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 24.
178 Moreira Alves (1973, p. 51).
179 Couto e Silva (1976, p. 56).

Já a lei do SFI explicitamente corrigiu o defeito constante na legislação da alienação fiduciária de coisa móvel e, nos artigos 22 e 23, estabeleceu, em linhas gerais, que o contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel possibilite o surgimento da propriedade fiduciária. Essa é a garantia real que se constitui nos moldes da propriedade resolúvel. Viegas de Lima assevera que a alienação é negócio jurídico que objetiva garantir obrigação principal, por meio de transferência da propriedade em caráter resolúvel[180]. Em resumo, é com o registro[181] do contrato de alienação fiduciária que surge o direito real de garantia, ou seja, a propriedade fiduciária.

Vale destacar, como reforço desse entendimento, a redação do referido art. 23 da lei do SFI: "Constitui-se a **propriedade fiduciária** de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do **contrato** que lhe serve de título"[182].

Denota-se que a intenção do legislador foi a de segregar dois momentos distintos, o do contrato e o da constituição da garantia real. O contrato é título causal para o negócio jurídico de alienação fiduciária em garantia, mas o direito real decorrente do contrato é a propriedade fiduciária que surge com o registro do referido contrato.

Assim como pode haver contratos em que se estabeleça pacto adjeto de hipoteca − como ocorre no mútuo ou na compra e venda de coisa imóvel −, é possível que a propriedade fiduciária surja de forma acessória em outro contrato que lhe serve de causa. Porém, vale destacar que, nos termos do art. 51[183] da Lei Federal nº 10.931/2005, o contrato de alienação fiduciária poderá garantir obrigações em geral, ou seja, as modalidades de obrigações previstas no Livro I, Título I, da Parte Especial, artigos 233 a 285, do Código Civil, e não apenas para garantir obrigações decorrentes de operações imobiliárias no âmbito da lei do SFI.

O contrato a que se referem os artigos 22 e 23 da lei do SFI é típico, pois decorre de legislação especial, adstrito ao direito das coisas, já que se trata de negócio jurídico de disposição, e serve como meio para operacionalizar a constituição da

---

180 Lima (2003, p. 50).

181 Pelo que determina o art. 1227 do Código Civil os "direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247)". Portanto, para a constituição da propriedade fiduciária é necessário a conjugação do título e registro na correspondente matrícula do imóvel.

182 Destaques acrescidos.

183 "Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, **as obrigações em geral também poderão ser garantidas**, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por **alienação fiduciária de coisa imóvel**" (destaques acrescidos).

propriedade fiduciária em favor do credor-fiduciário, em caráter resolúvel e com escopo de garantia.

Como contrato adstrito ao direito das coisas, o de alienação fiduciária de coisa imóvel é considerado causal para o surgimento da propriedade fiduciária. O cerne do contrato fiduciário é o *pactum fiduciae*, mas que na sistemática da propriedade fiduciária imobiliária brasileira a lei se encarregou de eliminar e sistematizar, possibilitando às partes apenas estabelecer o objeto da condição para a qual é contratada.

Na visão tradicional, os contratos fiduciários são considerados de disposição ou de alienação, aos quais é adicionada, pelo fiduciante e pelo fiduciário, cláusula acessória que tem como conteúdo o pacto fiduciário e como objetivo limitar ou dar os contornos para o exercício dos direitos de que o fiduciário é investido. Entretanto, como referido no parágrafo anterior, o legislador na lei do SFI optou pela *fidúcia patente*[184], situação em que tanto o pacto fiduciário quanto o caráter fiduciário da situação jurídica são conhecidos por todos aqueles que com o negócio fiduciário tomam contato. Isso permite maior atenção ao motivo da constituição da propriedade fiduciária que, na titularidade, assume um caráter instrumental de meio, necessário para que o fiduciante possa alcançar o fim e que só como tal se utiliza e se justifica[185].

Sob esse aspecto, sabe-se que um contrato pode produzir efeitos exclusivamente reais, ou seja, apenas a transferência de direitos reais, como ocorre com a permuta, quando há coincidência de valores entre os imóveis trocados, ou, de outro lado, efeitos unicamente obrigacionais, quando há tão somente o surgimento de relações jurídicas baseadas em crédito e débito, como nos casos de locação de coisas móveis. Porém, também são frequentes os contratos em que ao mesmo tempo se produzem efeitos reais e obrigacionais, como na compra e venda, ocasionando a transferência da propriedade da coisa em benefício do comprador e o direito de recebimento do preço pelo vendedor.

Enzo Roppo[186] destaca que há um gênero de contrato ou de negócio em que a combinação dos efeitos reais e obrigacionais assume peculiaridades próprias, como é o caso do negócio jurídico fiduciário. Para o autor, sob essa ótica, a

---

184 Em contraposição à *fidúcia oculta*, em que os terceiros que tomam contato jurídico com o negócio fiduciário concentram sua atenção e seu conhecimento apenas com o ato de investidura real do fiduciário e não enxergam (por ser oculta) o pacto fiduciário (Vasconcelos, 1995, p. 291). Nosso ordenamento jurídico não permite a existência de um negócio jurídico fiduciário nos moldes ocultos.

185 Vasconcelos (1995, p. 291-292).

186 Roppo (1988, p. 217).

característica especial do negócio fiduciário está no fato de que os efeitos reais e obrigacionais são produzidos sob o mesmo objeto, pois, com a constituição do negócio fiduciário, o devedor transfere ao credor a propriedade de determinada coisa e este assume uma específica obrigação de retransmiti-la ao final de determinado período ou quando implementada a condição pactuada entre eles – os contratantes.

Por se tratar de contrato que opera a transferência da propriedade ao credor-fiduciário, é necessário que o devedor-fiduciante ou o terceiro interveniente sejam titulares do domínio do objeto da garantia para que o imóvel seja atribuído ao patrimônio do credor-fiduciário[187].

3.2.1. Constituição e Cancelamento da Garantia pelo Adimplemento da Obrigação Principal

Nosso direito, para a constituição e a transmissão de direitos reais sobre bens imóveis, exige o *título* e o *modus*, como estabelecem os artigos 1.227 e 1.245[188] do Código Civil[189]. O registro na Serventia Predial atende ao *modus* e tem como suporte um negócio jurídico *inter vivos*, um título.

A teoria do *título* e do *modo* repousa sobre a *traditio* romana. Essa teoria influenciou o direito da Idade Média. Mas, ao contrário da *traditio* romana, que tinha unidade, foi desdobrada em dois conceitos distintos: (i) a *iusta causa*, que é a sede do elemento volitivo ou do *animus*; e (ii) o *corpus*, que é o elemento material da transmissão da posse.

O deslocamento do domínio de uma pessoa para outra necessita de uma manifestação visível, ou seja, um sinal exterior que ateste e afirme o ato diante da sociedade. Isso porque o domínio deve ser respeitado por todos e, para tanto, tem de ser

---

187 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 22.

188 "Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código. (...).
Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis".

189 Alvim Netto (2009, p. 159). O autor faz importante destaque que deve ser motivo de nota. Pela redação contida no art. 1.227 do Código Civil, quando o texto faz referência à expressão "constituídos" não significa, neste momento, a *constitutividade* decorrente do registro que a própria lei exige, pois a constitutividade dos direitos reais que deriva do registro está na sentença contida no mesmo dispositivo legal que expressamente determina que os direitos reais "só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos", ou, ainda, nos termos do art. 1.245 também do Código Civil: "Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis".

oposto a toda sociedade. Importa, assim, que todos conheçam seus detalhes e evoluções. Esse é um dos princípios basilares dos direitos reais, o da publicidade.

Nesse sentido, dentre os princípios que caracterizam os direitos reais, há dois que se destacam e que se antepõem cronologicamente em relação a todos os demais: os princípios da *legalidade*, que diz respeito às previsões normativas dos direitos reais e que são revelados pela tipicidade, e o da *publicidade*. A conjugação de ambos, pelas regras do nosso ordenamento, é essencial e exigível para que um direito real seja configurado, ressalvadas exceções legais expressas. Arruda Alvim[190] destaca que, se determinada situação jurídica estiver prestes a materializar e formar um direito real e esta não estiver em conformidade com um determinado tipo de direito real, tal situação não poderá ser objeto da publicidade específica e que é constitutiva dos direitos reais. Em consequência, não se terá direito real.

A alienação fiduciária de coisa imóvel não fugiu à regra geral imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro. A constituição da propriedade fiduciária depende do registro do título que lhe deu origem na Serventia Imobiliária da Circunscrição em que está situado respectivo imóvel. Como se trata de transferência de direito real, o registro do contrato é requisito essencial para a constituição de tal garantia. Como consequência do registro do contrato de alienação fiduciária, ocorre o desdobramento da posse. Ao credor-fiduciário caberá a posse indireta e, ao devedor-fiduciante, a direta[191].

Entretanto, para Orlando Gomes a posse é transferida com fundamento no *constituto possessorium* presumido *por determinação legal*, ou seja, o fiduciante conserva o imóvel como possuidor, porém, com alteração do título que justifica a natureza da posse, pois antes possuía como proprietário e, após o registro do contrato de alienação fiduciária, passa a possuir como fiduciante (posse direta), mas sempre de maneira presumida pela própria lei[192].

Porém, posição contrária é adotada por Moreira Alves[193], com a qual concordamos, pois, segundo o jurista, o *constituto possessorium* deriva de expressa ou de implícita vontade das partes contratantes, e o que ocorre na propriedade fiduciária é uma aquisição da posse por determinação legal e, portanto, quando muito, poder-se-ia justificar a situação com a expressão *constitutum ex lege* em virtude de certa aproximação que apresenta com o *constituto possessorium* implícito. O *constitutum ex*

190 Alvim Netto (2009, p. 154).
191 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 23, parágrafo único.
192 Gomes (1975, p. 81).
193 Moreira Alves (1973, p. 65).

lege, esclarece Moreira Alves, ocorre quando do conteúdo do contrato, em que não esteja presente a cláusula *constituti*, a própria situação jurídica exige que o alienante fique com a posse direta e, automaticamente, com a celebração do contrato. Dá-se, portanto, a tradição ficta pela estrutura legal atribuída ao negócio jurídico em questão.

Em outras palavras, o *constituto possessorium ex lege* é modalidade de tradição ficta da posse que, por determinação legal, ocorre com a simples celebração do negócio jurídico específico, e não de *constituto possessorium expresso* ou *implícito*, ou seja, a transferência da posse é efeito necessário do negócio jurídico, pois resulta de exigência da lei. E se a lei preceitua que, com a celebração de determinado negócio jurídico, a posse será transferida automaticamente, não há de se falar, com apoio em Moreira Alves, em *constitutum possessorium ex lege*, mas sim em *tradição ficta por força da lei* ou *aquisição da posse por determinação legal*, pois a transferência da posse não ocorre em razão da vontade dos contratantes, mas por imposição legal.

O registro[194] do contrato na Serventia Imobiliária correspondente é que faz com que surja o direito real, ou seja, a **propriedade fiduciária**. Acima já se fez referência ao fato de que o contrato é insuficiente para a constituição da garantia. Esta só existirá quando se efetivar o registro do título que dá suporte ao negócio jurídico causal (contrato de alienação fiduciária) na correspondente matrícula do imóvel objeto da garantia.

Moreira Alves faz a seguinte assertiva[195]:

> Entretanto, ainda que não explicitando essa conseqüência, a Lei nº 4.728 contém a mesma inadvertência que Lacerda de Almeida observava quanto à lei hipotecária de 1890, e que Espínola exproba com relação ao art. 848 do Código Civil. Com efeito, se a propriedade fiduciária (à semelhança do que se dá com a hipoteca) é inequivocamente um direito real, e se o direito real, por sua natureza, é oponível contra terceiros, atribuindo ao seu titular a faculdade de seqüela, não é possível pretender-se a existência da propriedade fiduciária como direito real antes do registro que lhe outorga o atributo da oponibilidade *erga omnes*.
> Antes do registro, o contrato de alienação fiduciária em garantia é apenas título de constituição da propriedade fiduciária, que ainda não nasceu, porquanto seu nascimento depende do competente registro desse título. E não se havendo constituído, ainda, a propriedade fiduciária, inexiste, para o credor, garantia real, o que implica a possibilidade de que terceiro, com que posteriormente venha a celebrar contrato de alienação fiduciária com relação às mesmas

194 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 23 cc Lei Federal nº 6.015/1973, art. 167, inciso I, nº 35.
195 Moreira Alves (1973, p. 71).

> coisas móveis, se torne o proprietário fiduciário delas se registrar esse título posterior antes que o faça o primeiro credor.

Nessa passagem, Moreira Alves destaca que é imprescindível o registro do contrato que formaliza a propriedade fiduciária para que, com a inscrição registrária, nasça o direito real da propriedade fiduciária. Em situação de disputa cronológica de negócios jurídicos fiduciários, será considerado credor aquele que tiver seu respectivo título registrado primeiramente. Tal garantia é conferida pelo art. 1.246 do Código Civil[196].

Denota-se que a lei do SFI seguiu a regra geral para constituição dos direitos reais prevista tanto no Código Civil de 1916, no art. 531, quanto no de 2002, no art. 1.245. Na tradição de nosso ordenamento, somente após o registro do título causal é que se operam as mutações jurídico-reais. Feita a qualificação registrária do contrato de alienação fiduciária, o registrador imobiliário faz, na matrícula do imóvel objeto da propriedade fiduciária, o registro da transmissão ao credor-fiduciário. Essa transmissão não acarreta a incidência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI –, devido aos cofres públicos municipais nas alienações onerosas feitas por atos *inter vivos*, pois se trata de operação de constituição de direito real de garantia, imunidade concedida nos termos do inciso II do art. 156[197] da Constituição Federal.

O registro da constituição da propriedade fiduciária será sempre autônomo em relação ao negócio jurídico principal, especialmente quando este também tiver ingresso no Fólio Real. Nesse sentido, nos negócios jurídicos de aquisição da propriedade e subsequente outorga da garantia fiduciária, primeiro deve-se fazer o registro da aquisição para, em seguida, realizar o registro da propriedade fiduciária. Ou seja, formalmente o devedor-fiduciário deve alcançar a disponibilidade da coisa que será dada em garantia – o que é feito com o registro da compra e venda, por exemplo −, para imediatamente aliená-la fiduciariamente ao credor-fiduciário. Em resumo, serão dois registros independentes, porém simultâneos, nessa situação: (i) o de aquisição e (ii) o de constituição da propriedade fiduciária.

---

196 "Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo".

197 "Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
I - propriedade predial e territorial urbana;
II - transmissão 'inter vivos', a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição" (destaques acrescidos).

Mas é possível que a propriedade fiduciária garanta obrigação diversa da que decorre da aquisição do próprio imóvel[198]. Isso se dá, por exemplo, na hipótese de financiamento bancário em que o devedor, por si ou por terceiro, oferece imóvel de sua propriedade para garantir o adimplemento do mútuo; ou, ainda, na hipótese em que o devedor garante ao credor o dever de indenizar em caso de contingências decorrentes de dívidas que surjam após a alienação de uma empresa. Nessas situações haverá apenas o registro da constituição da propriedade fiduciária, com a especialização da origem da dívida[199].

Com o adimplemento total da obrigação principal, o devedor-fiduciante, munido do termo de quitação fornecido pelo credor-fiduciário, requererá ao oficial do registro de imóveis competente que cancele o registro da propriedade fiduciária[200]. O cancelamento do registro será feito mediante ato de averbação, pois se trata de modificação da inscrição principal e se enquadra na previsão geral contida no item 2 do inciso II do art. 167, da Lei Federal nº 6.015/1973[201], que prevê que os ônus e direitos reais sejam cancelados por ato de averbação.

O ato de averbação de cancelamento da propriedade fiduciária é providência de extrema importância que deve ser observada pelo devedor-fiduciante. Isso porque, pela redação da lei, o credor-fiduciário é considerado um tipo de proprietário, ainda que com objetivo de garantia, enquanto durar a propriedade fiduciária. Além de que, pelo art. 252[202] da Lei Federal nº 6.015/1973, o registro produz todos os seus efeitos enquanto não cancelado[203].

---

198 Essa possibilidade encontra permissão legal no art. 51 da Lei Federal nº 10.931/2004, o qual estabelece: "Sem prejuízo das disposições do Código Civil, **as obrigações em geral** também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel" (destaques acrescidos).

199 Esse já era o entendimento de Moreira Alves (1973, p. 85-86), ao afirmar que a propriedade fiduciária pode garantir o pagamento de outros débitos que não apenas os pecuniários. Indica o autor que o Decreto-lei nº 911 faz reiteradas referências às expressões *inadimplemento* e *mora*, o que representaria, tecnicamente, que inadimplemento significaria *inadimplemento absoluto*, uma vez que mora representa *inadimplemento relativo*.

200 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 25, § 2º.

201 "Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - (...)

II - a averbação: 1) (...); 2) por cancelamento, da extinção dos ônus e direitos reais".

202 "Art. 252 - O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido".

203 Código Civil, Art. 1.245: "Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

O adimplemento da obrigação principal e o decorrente cancelamento da propriedade fiduciária possibilitam ao devedor-fiduciante recobrar a propriedade plena do imóvel nos termos estabelecidos pelo art. 1.228[204] do Código Civil.

No entanto, Viegas de Lima entende que o ato de cancelamento deve ser feito por registro, "uma vez que há a transmissão da titularidade da propriedade. Cumpre ressaltar que a propriedade fiduciária não deixa de ser propriedade. Contudo, dentro da sistemática em vigor, a propriedade fiduciária se extingue mediante ato de cancelamento, por averbação, a ser efetuada na matrícula do imóvel"[205].

Adiante se analisará detidamente a questão do cancelamento da propriedade fiduciária em decorrência do adimplemento ou inadimplemento do devedor-fiduciante.

3.3 ELEMENTOS

O contrato de alienação fiduciária para sua validade, nos termos da lei do SFI, deve conter requisitos de ordem subjetiva, objetiva e formal.

Viegas de Lima[206] adverte que o contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel deve observar, como ocorre com os demais contratos, requisitos mínimos para assegurar sua validade. O autor indica a seguinte ordem de tais requisitos:

> a) requisitos subjetivos – inerentes à capacidade e à legitimação das partes contratantes;
> b) requisitos objetivos – inerentes às coisas que podem ser objeto do contrato de alienação fiduciária imobiliária;
> c) requisitos formais – inerentes às formalidades, sem as quais o contrato não estará apto a surtir seus efeitos como contrato de direito das coisas, impossibilitando sua validade frente a terceiros, o que resumiria seu campo de abrangência unicamente às partes contratantes, na esfera obrigacional.

---

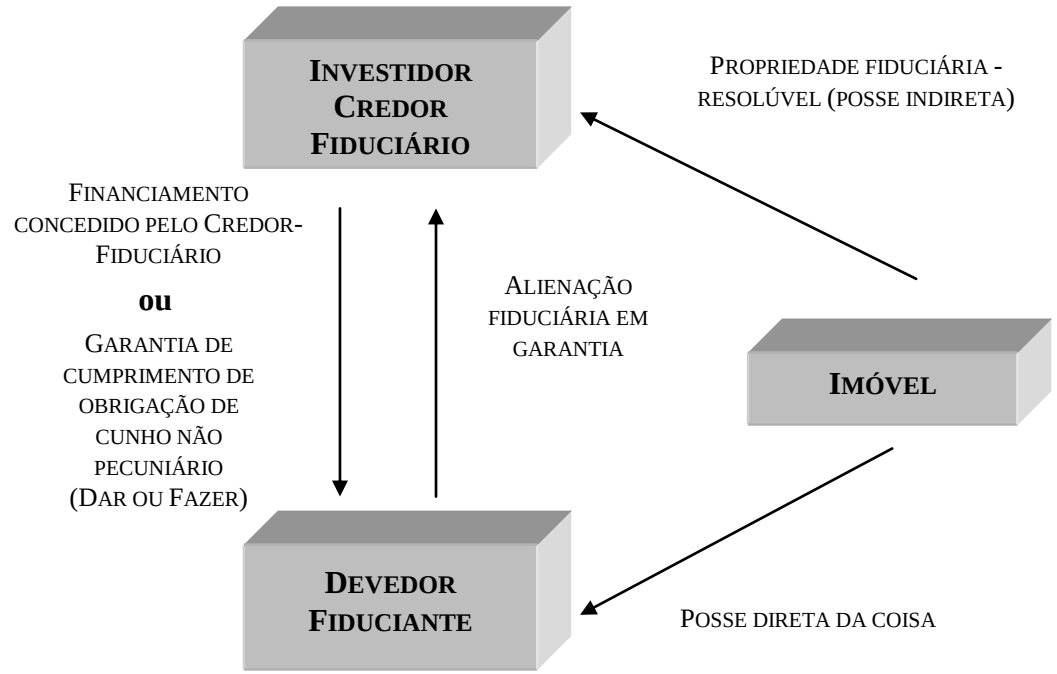
§ 2º. Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel".

[204] Art. 1.228: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

[205] Lima (2003, p. 60).

[206] Lima (2003, p. 81).

A alienação fiduciária em garantia pode ter a seguinte representação esquemática, de acordo com os elementos apresentados acima:



Portanto, a propriedade fiduciária, sob o ponto de vista de seus requisitos, pode ser estudada pelos elementos que a compõem. Assim, os requisitos subjetivos referem-se às partes contratantes; o objetivo diz respeito ao objeto que pode ser contratado; e os formais aludem às formalidades legais que necessariamente devem ser observadas para validade e eficácia do negócio jurídico fiduciário.

3.3.1 SUJEITOS

O contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel é bilateral. Há dois pólos distintos na formação e nos efeitos. Um que aliena a coisa fiduciariamente e outro que adquire a propriedade fiduciária.

O regime do Decreto-Lei nº 911/1969 restringe a garantia real mobiliária para as instituições integrantes do mercado de capitais, além de outros entes explicitamente indicados em lei.

A Lei Federal nº 9.514/1997 procurou ampliar a contratação da propriedade fiduciária para além das operações realizadas no âmbito do SFI. Assim, na alienação fiduciária de coisa imóvel podem figurar como credor fiduciário ou devedor fiduciante pessoas físicas e/ou jurídicas, pertencentes ou não ao rol do art. 2º[207] da referida lei, observadas as regras gerais de capacidade civil para o consentimento e a disposição de coisa imóvel[208]. Essa autorização está expressa no § 1º do art. 22[209] da citada lei:

> § 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:
> I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;
> II - o direito de uso especial para fins de moradia;
> III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;
> IV - a propriedade superficiária.

Dessa forma, de um lado há o devedor-fiduciante que transfere a propriedade de seu imóvel, com escopo de garantia de outra obrigação considerada principal, ao outro partícipe, o credor-fiduciário, que, de outro lado, adquire em caráter resolúvel a propriedade fiduciária pelo tempo que durar a obrigação principal. O devedor-fiduciante, de maneira geral, é o beneficiário da relação jurídica principal e o credor-fiduciário o sujeito ativo da relação obrigacional principal. Vale destacar, no entanto, que a lei permite que um terceiro, que não o devedor da relação obrigacional principal, outorgue a garantia real. Nessa hipótese, o terceiro figura como interveniente

---

[207] "Poderão operar no SFI as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional – CMN, outras entidades".

[208] Código Civil, art. 104, inciso I: "A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz".

[209] Íntegra do art. 22:

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

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; II - o direito de uso especial para fins de moradia; III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; IV - a propriedade superficiária.

§ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado".

garantidor[210]. A fundamentação legal pode ser analogamente aquela contida no art. 1.427 do Código Civil: "Salvo cláusula expressa, **o terceiro que presta garantia real por dívida alheia** não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalorize"[211]. Mas também decorre do amplo poder de disposição contido no conteúdo do direito de propriedade que se encontra retratado no próprio art. 1.228, *caput*: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar, e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Portanto, ambos os contratantes – fiduciante e fiduciário –, para a válida celebração da alienação fiduciária em garantia, devem ter capacidade para o consentimento que, sobre o assunto, é aplicável aos contratos em geral. Assim, os incapazes somente poderão figurar nesse contrato se assistidos, quando a incapacidade for relativa, ou representados, se absoluta[212], conforme artigos 3º e 4º do Código Civil. No caso das pessoas jurídicas, a capacidade será verificada pelas regras contidas nos seus atos constitutivos[213].

A alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, a exemplo, é utilizada nas incorporações imobiliárias. Algumas vezes apenas entre o incorporador e o adquirente, outras entre estes e a instituição financiadora.

Na primeira situação, por exemplo, **A**, o incorporador, vende um imóvel para **B**, o adquirente[214]. Haverá a realização de dois negócios jurídicos (que poderão estar consubstanciados no mesmo contrato), um de compra e venda da coisa imóvel e o outro de alienação fiduciária em garantia. O de compra e venda é feito de **A** para **B**, com pagamento parcelado do preço. No segundo, **B**, para garantia do pagamento do saldo, aliena fiduciariamente o imóvel para **A**. O mesmo contrato ensejará dois atos de registro na Serventia Imobiliária: o primeiro de aquisição de **B** pelo negócio jurídico de compra e venda, e o segundo de aquisição da propriedade fiduciária por **A** com escopo de garantia.

Na segunda hipótese, além do incorporador e do adquirente, também integra a relação o financiador da operação, **F**. Este é quem fornecerá recursos para que

---

210 Lima (2003, p. 82).

211 Destaques acrescidos.

212 Moreira Alves (1973, p. 80).

213 Código Civil, artigos 45 e 46, inciso III.

214 Dependendo da fase, o objeto poderá ser a fração ideal vinculada à unidade autônoma futura ou à própria unidade, se já averbada a construção e instituído o condomínio (Lei Federal nº 4.591/1964, artigos 32 e 44).

B adquira o imóvel de **A**. **B**, em ato subsequente, aliena fiduciariamente o imóvel para **F** como garantia do integral pagamento do valor financiado. Assim, ter-se-á, nesta situação, **F** como credor-fiduciário, **B** como adquirente e devedor-fiduciante e **A** apenas como alienante do imóvel. Além do negócio jurídico de compra e venda do imóvel, haverá, ainda, o de mútuo celebrado entre **F** e **B** e o de alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia outorgado por **B** em favor de **F**.

Situações mais comuns poderão ser pactuadas com a garantia real da propriedade fiduciária. A compra e venda de qualquer imóvel celebrado entre pessoas físicas e com pagamento parcelado do preço poderá ser garantido, em pacto adjeto, pela propriedade fiduciária. Ou, ainda, demais operações de crédito que tradicionalmente são garantidas por hipoteca, como contratos de mútuo concedido não para aquisição de coisa imóvel, mas, por exemplo, maquinário industrial. O mutuário poderá alienar fiduciariamente um determinado imóvel de sua propriedade para garantir o empréstimo junto ao mutuante.

Na hipótese de o devedor-fiduciante ser pessoa jurídica, é importante analisar se é ou não necessária a apresentação das certidões negativas do INSS e da Receita Federal para a constituição da propriedade fiduciária.

O art. 47, inciso I, letra *b*, da Lei Federal nº 8.212/1991 determina que:

> É exigida Certidão Negativa de Débito − CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:
> I - da empresa: (...)
> b) na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo.

No mesmo sentido caminha a exigência contida no inciso I, letra *b*, do art. 257 do Decreto nº 3.048/1999, que aprovou o regulamento da Previdência Social. Deve igualmente ser apresentada certidão negativa de débito "na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo"[215].

Entretanto, é fundamental destacar que a exigência legal será indispensável nas hipóteses em que o imóvel objeto da propriedade fiduciária já faça

---

215 Vale destacar que não depende de apresentação de documento comprobatório de inexistência de débitos a "transação imobiliária referida na alínea 'b' do inciso I do *caput*, que envolva empresa que explore exclusivamente atividade de compra e venda de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda, desde que o imóvel objeto da transação esteja contabilmente lançado no ativo circulante e não conste, nem tenha constado, do ativo permanente da empresa", como autoriza o inciso IV, do § 8º do art. 257, do Decreto nº 3.048/1999.

parte do patrimônio da empresa. Como exemplo, a hipótese em que a pessoa jurídica **A** solicita à instituição financeira **B** crédito para aquisição de novos equipamentos para implementar o parque industrial. Em garantia de que cumprirá a obrigação do mútuo, constitui propriedade fiduciária um imóvel de sua propriedade. Nessa circunstância, é indiscutível a necessidade de se observar a exigência legal de apresentação das referidas certidões negativas do INSS e da Receita Federal.

Isso porque a empresa estará, sob o aspecto do órgão arrecadador, comprometendo patrimônio imobiliário que poderia servir de garantia em caso de inadimplemento das obrigações previdenciárias. Tal garantia prévia não parece se coadunar com a regra geral do art. 391 do Código Civil, o qual estabelece que: "pelo inadimplemento das obrigações responde todo o patrimônio do devedor". Em outras palavras, o Poder Público vale-se da situação jurídica de supremacia para controlar as operações comerciais das empresas, em especial as imobiliárias, quando poderia se valer de qualquer coisa que integre o patrimônio da empresa pela regra geral. Bem ou mal, mal ou bem, essa é uma exigência legal que deve ser observada pelas empresas sob pena de o respectivo negócio jurídico ser considerado nulo como estabelece a lei[216].

Porém, em outra hipótese, não parece ser uma situação de exigência de tais documentos caso se trate de aquisição de imóvel que em nenhum momento fez parte do patrimônio social da empresa. Assim, se a empresa **A**, em decorrência de empréstimo obtido junto à instituição financeira **B**, adquire coisa imóvel e, no mesmo ato, constitui a propriedade fiduciária em favor do credor-fiduciário (instituição financeira), a situação será diversa. Nesse caso, o imóvel foi alienado fiduciariamente, mas em momento algum anterior à constituição da garantia ele integrou o patrimônio social da empresa fiduciante e, portanto, não poderia servir para o ressarcimento de eventuais débitos existentes ou mesmo futuros junto ao INSS e à Receita Federal[217]. A alienação ao

---

[216] Lei Federal nº 8.212/1991, art. 48: "A prática de ato com inobservância do disposto no artigo anterior, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial que lavrar ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos".

[217] Para Gilberto Valente da Silva as certidões negativas do INSS e da Receita Federal devem ser apresentadas em qualquer situação de constituição da propriedade fiduciária. Afirma o autor que: "Haverá quem sustente que, não havendo a transmissão do domínio, essas certidões são dispensáveis. A mim, entretanto, parece que ainda que resolúvel a propriedade, o ato gera um direito real para o fiduciário (credor) e uma obrigação garantida por um imóvel para o fiduciante. Parece evidente que se há de interpretar desta forma, na esteira do conjunto de dispositivos legais existentes para amparar a seguridade social. (...) Entendo que todos os requisitos estabelecidos para a transmissão de bens imóveis devem estar cumpridos quando da formalização do contrato de alienação fiduciária (exceto o pagamento do Imposto de Transmissão, por força da própria Lei), especialmente considerando que, na maioria dos casos de inadimplemento, a consolidação da propriedade será obstaculizada se não se satisfizeram, quando do registro do contrato, aquelas exigências" (G. V. Silva, 1998). Permito-me divergir desta abalizada opinião

financiador é feita apenas para cumprir requisito essencial à constituição da propriedade fiduciária.

Também não são incomuns situações em que o titular de direito de propriedade, em condomínio voluntário de coisa indivisível, manifesta interesse em alienar fiduciariamente sua cota parte em garantia de determinada obrigação. É possível admitir, portanto, que o condômino de coisa imóvel aliene fiduciariamente sua parte considerada indivisível?

A resposta dever ser afirmativa com apoio em Moreira Alves[218] e Pontes de Miranda[219]. Para Miranda, em relação à parte *pro indiviso* no bem cuja propriedade é transferida com objetivo de garantia, importa advertir que o fiduciante perde a sua parte *pro indiviso* e o fiduciário, por sua vez, recebe-a, passando a ser comunheiro em caráter fiduciário na propriedade da coisa. O tipo de transferência que se faz entre o fiduciante e o fiduciário não afeta nem altera a situação jurídica dos condôminos entre si. Apenas a parte *pro indiviso*, objeto do negócio jurídico fiduciário, é que se torna de outrem (do fiduciário), que a perderá por ocasião do adimplemento da obrigação principal pelo fiduciante. Nessa ocasião, esse voltará a ser titular da parte *pro indiviso*.

Esse entendimento segue o que preceitua o art. 1.314[220] do Código Civil (que corresponde ao antigo art. 623, inciso III[221], do Código Civil de 1916). Também adota a mesma opinião Moreira Alves[222], ao defender que, nos termos do art. 623, inciso III do Código Civil de 1916, o condômino é autorizado a alienar ou gravar a parte indivisa. Nesse sentido, para a constituição da propriedade fiduciária imobiliária em garantia, as partes não precisarão buscar o consentimento dos demais consortes, pois

---

do ex-magistrado da 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, para admitir a necessidade de apresentação das certidões negativas apenas para as situações em que o imóvel já pertença ao patrimônio da pessoa jurídica por ocasião da constituição da propriedade fiduciária, pois a constituição da propriedade fiduciária não configura efetiva transferência da propriedade, situação que se verificará com os leilões extrajudiciais.

218 Moreira Alves (1973, p. 89).

219 Miranda (2000, Tomo LII, § 5.485, p. 356).

220 "Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la. Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros".

221 "Na propriedade em comum, com-propriedade, ou condomínio, cada condômino ou consorte pode: I - usar livremente da coisa conforme seu destino, e sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão; II - reivindicá-la de terceiro; **III - alhear a respectiva parte indivisa, ou gravá-la (art. 1.139)**" (destaques acrescidos).

222 Moreira Alves (1973, p. 90).

não se trata de venda. Não terão, afirma Moreira Alves[223], "sequer o direito de preferência a que alude o art. 1.139[224] do Código Civil".

O direito de preferência previsto no antigo art. 1.139, que corresponde ao art. 504[225] do Código Civil em vigor, surgirá na hipótese de inadimplemento da obrigação principal que fundamentou a constituição da propriedade fiduciária, pelo fiduciante, na parte indivisa, pois obrigará ao fiduciário promover a alienação da referida parte para recompor seu crédito. Nessa circunstância, entendemos que, ao consolidar a propriedade e antes da realização dos leilões, o fiduciário deverá promover a notificação dos demais condôminos para que, desejando, exerçam o direito de preferência na aquisição antecipadamente em relação aos licitantes.

O entendimento doutrinário acima referido pode ser referendado pelo que estabelece a parte final do § 2º do art. 1.420 do atual Código Civil: "A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; **mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver**"[226].

A identificação de cada um dos contratantes não é questão de muita dificuldade. O que a doutrina debate é a natureza dos direitos do credor-fiduciário e do devedor-fiduciante.

Das definições dos doutrinadores indicadas no Item 3.1 acima, é possível distinguir dois importantes elementos do negócio fiduciário imobiliário: (i) a transmissão da propriedade para o credor-fiduciário e (ii) a obrigação de restituição do objeto da garantia ao devedor-fiduciante, desde que haja o integral adimplemento da obrigação principal.

Otto de Souza Lima afirma que o primeiro elemento é de natureza real e o segundo de natureza obrigacional[227]. Parece ter razão o autor, pois a transmissão feita pelo fiduciante é de natureza de direito real, enquanto o segundo decorre de obrigação legal atribuída ao fiduciário por ocasião do pagamento integral da dívida garantida.

---

223 Moreira Alves (1973, p. 90).

224 Correspondente ao art. 504 do atual Código Civil.

225 "Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os com-proprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço".

226 Destaques acrescidos.

227 Lima (1962, p. 184).

Porém, é preciso fazer algumas considerações quanto ao entendimento do mencionado autor em razão das características da lei do SFI. Por essa razão, em seguida, analisar-se-á cada uma das partes em relação aos direitos que lhes são atribuídos pela estrutura normativa da propriedade fiduciária.

3.3.1.1 O DEVEDOR-FIDUCIANTE

Pela leitura do *caput* do art. 22[228] combinado com o art. 25[229], ambos da lei do SFI, é possível ter a noção de que a propriedade fiduciária é limitada em relação à noção clássica do direito de propriedade estampada no art. 1.228 do Código Civil que, como ensina Arruda Alvim[230], contém, no *caput* e no § 1º desse dispositivo, o "perfil *central* ou o *núcleo positivo* do direito de propriedade", que concede ao titular todos os atributos e faculdades a ela inerentes.

A limitação da propriedade fiduciária deflui da resolubilidade decorrente de condições estabelecidas na própria lei.

Como adverte Moreira Alves, a análise da qualidade do direito do devedor-fiduciante, decorrente de sua posição jurídica no âmbito da propriedade fiduciária, dependerá da corrente doutrinária que se adotar quanto ao direito que este titular mantém frente à relação fiduciária. O autor afirma que são três as posições seguidas pela doutrina[231]:

> (...) para uns, o alienante é proprietário sob condição suspensiva; para outros, tem ele, com relação à coisa, tão-somente expectativa de direito; e, finalmente, há os que entendem que é o alienante, nesse caso, titular de direito eventual (denominação utilizada por juristas franceses e italianos para designar o que os alemães chamam de *Anwartschaftsrecht* ou *Warterecht*, palavras que Pontes de Miranda traduz pela expressão *direito expectativo*, repudiando as designações *direito futuro deferido* e *direito futuro não deferido* utilizadas no art. 74, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro).

Melhim Namem Chalhub[232], sobre a natureza jurídica dos direitos do devedor-fiduciante, afirma que se trata de direito sob condição suspensiva:

---

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

229 "Com o pagamento da dívida e seus encargos, **resolve-se**, nos termos deste artigo**, a propriedade fiduciária do imóvel**" (destaques acrescidos).

230 Alvim Netto (2009, p. 43).

231 Moreira Alves (1973, p. 152).

232 Chalhub (2006, p. 164).

> Assim, em razão da celebração do contrato de alienação ou de cessão fiduciária, o devedor-fiduciante se despe da qualidade de proprietário ou titular de direito creditório na medida em que transmite essa propriedade ou titularidade ao credor-fiduciário; constituindo-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel, o devedor-fiduciante passa à qualidade de proprietário sob condição suspensiva, podendo tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal.

De acordo com os ensinamentos de Moreira Alves, se o credor-fiduciário é considerado proprietário resolúvel (definição contida no *caput* do art. 22 da lei do SFI), não poderia o devedor-fiduciante ser denominado proprietário sob condição suspensiva. Foi referido acima que a propriedade fiduciária caracteriza efetiva transmissão em garantia, ao fiduciário, do imóvel pertencente ao fiduciante. Assim, permanecerá o fiduciário, sob condição resolutiva decorrente da própria lei, como proprietário – denominação dada pela lei – do imóvel até que haja ou não o pagamento do débito principal.

Em outras palavras, a condição resolutiva que determina o término dos direitos do credor-fiduciário sob o imóvel está vinculada ao pagamento pelo devedor-fiduciante. Enquanto a condição não se realizar, vigorará a transmissão operada (com finalidade de garantia, destaca-se) em benefício do credor pelo negócio jurídico da alienação fiduciária. O direito estabelecido pelo negócio fiduciário imobiliário, nos termos da lei, é a propriedade resolúvel com escopo de garantia.

Se há propriedade resolúvel instituída pelo registro do contrato em favor do credor-fiduciário, como determina a lei do SFI, não parece possível admitir que ao devedor-fiduciante caiba propriedade sob condição suspensiva. Com a propriedade fiduciária retira-se da esfera patrimonial do devedor o objeto da garantia. Por essa razão, não parece que o direito do devedor decorra do implemento de condição suspensiva.

Para alguns doutrinadores a distinção entre simples expectativa ou direito expectativo decorre, segundo o Ministro Moreira Alves[233], do nível de segurança da espera. Para outros, a diferença está na dominância de elementos de fato ou de elementos jurídicos.

---

233 Moreira Alves (1973, p. 154).

Moreira Alves[234] salienta que, qualquer que seja a corrente adotada, o devedor-fiduciário tem direito expectativo à aquisição da propriedade fiduciariamente transferida ao credor com o registro do contrato de alienação fiduciária em garantia. Afirma o doutrinador que seu direito expectativo à recuperação da propriedade é direito real, "pois – como acentuam Enneccerus-Nipperdey, exemplificando com o direito expectativo à aquisição de propriedade – o direito expectativo é da mesma natureza que o direito expectado".

Enneccerus e Nipperdey[235] afirmam que:

> En resumen, la expectativa del titular condicional es tratada como un derecho en todos los aspectos conocidos y, por esto mismo, hay que considerarla también como un derecho. La hemos de construir, pues, como una expectativa (pendiente), o sea, como un derecho a adquirir ipso iure, al cumplirse la condición, el crédito, la propiedad, la herencia, el legado. Este derecho tiene el mismo carácter que el derecho pleno. Por consiguiente, el derecho de expectativa a la adquisición de la propiedad es un derecho real[236].

Para Pontes de Miranda[237] são, por exemplo, considerados direitos expectativos aqueles que têm origem em negócios jurídicos a prazo (em se tratando de aquisição de bens), ou sob condição, porque, ao se atingir o termo, ou ao se realizar a condição, adquire-se o direito expectado, de modo que não mais depende da vontade do outorgado o nascimento do direito.

Esse parece ser o entendimento mais adequado para a posição jurídica do devedor-fiduciante, o de direito expectativo. Ou seja, com o registro do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia, o fiduciante perde a propriedade plena da coisa com a transferência fiduciária ao credor, já referido anteriormente. Como tal transferência se faz apenas como garantia ao cumprimento de outra obrigação principal, o devedor-fiduciante tem o direito de reaver a propriedade desde que cumpra sua obrigação integralmente, situação em que fará recompor a propriedade plena de antes.

---

234 Moreira Alves (1973, p. 155).

235 Enneccerus; Nipperdey (1981, p. 692).

236 "Em resumo, a expectativa do titular condicional é tratada como um direito em todos os aspectos conhecidos e, por isto mesmo, há que a considerar também como um direito. Temos que construir, portanto, uma expectativa (pendente), ou seja, como um direito de adquirir, *ipso jure*, ao ser cumprida a condição, o crédito, a propriedade, a herança, o legado. Este direito tem o mesmo caráter do direito pleno. Por conseguinte, o direito de expectativa à aquisição da propriedade é um direito real" (tradução livre).

237 Miranda (2000, Tomo III, p. 336, § 577).

Mas de fato despojou-se da titularidade dominial do imóvel com a transferência em garantia feita ao credor-fiduciário.

Há determinadas condições jurídicas imperfeitas que fazem com que o direito real esteja em estado de preparação, como no caso do direito expectativo do devedor-fiduciante. Marcelo Terra[238] indica situação análoga na Lei de Parcelamento do Solo, no art. 41. Implementada a condição, adimplida a obrigação pelo devedor, terá este o direito de reaver a coisa em sua plenitude. Essa é a consequência (o direito de reaver a coisa) que repercute na esfera patrimonial do devedor.

Marcelo Terra acrescenta que o direito expectativo do devedor-fiduciante tem natureza de direito subjetivo, porém na classe de direito real à aquisição do imóvel, sem depender de qualquer atuação do credor-fiduciário.

Também José de Mello Junqueira[239] afirma que:

> O fiduciante-alienante, após transmitir a propriedade ao credor, tem um direito que alguns autores denominam de expectativo à aquisição da propriedade, que é o direito expectado, esperado. Esse seu direito a recuperar o imóvel é um direito real. A posse e uso do bem, pendente o contrato, advém, justamente, desse direito expectativo (real) à reaquisição da propriedade.
> O fiduciante, pendente a dívida, não é mero possuidor direto. Um *plus* se acrescenta ao conjunto de seus direitos, que é a certeza da recuperação automática do domínio do imóvel, satisfeito o crédito do fiduciário.

Os negócios jurídicos que se subordinam à determinada condição, nas palavras de Pontes de Miranda transcritas mais acima, indicam a existência de um direito expectativo. No caso da propriedade fiduciária tal característica está circunstanciada no fato da devolução da propriedade para o fiduciante que a própria lei do SFI tratou de proteger, caso haja adimplemento da obrigação garantida.

O direito expectativo, portanto, não surge como um direito independente, mas unido a um direito considerado pleno. Assim, o direito expectativo pode ser considerado uma situação jurídica precedente ao direito pleno a que corresponde. Seu titular será o pré-titular do correspondente direito expectado.

Nesse sentido, como o devedor-fiduciante tem o direito de reaver o imóvel objeto da propriedade fiduciária após o integral cumprimento da obrigação

---

238 Terra (1998, p. 39).
239 Junqueira (1998, p. 23).

garantida, adotamos o entendimento doutrinário no sentido de que esse direito expectativo é de natureza real.

Assim, o que remanesce ao fiduciante na vigência da propriedade fiduciária é a expectativa de receber sua propriedade como era titulada antes da constituição da garantia real fiduciária, movimento e consequência – ou até mesmo poder-se-ia chamar de dinâmica jurídica – a que o fiduciário não tem como se opor pelas regras contidas na lei do SFI, pois a lei assegura tal posição ao fiduciante e a sucessão de eventos dele dependerá. E como a recuperação do direito da propriedade plena só depende dos atos do fiduciante e está amparada pelo sistema legal da SFI, pode-se admitir que ao fiduciante se atribui um direito expectativo de receber a propriedade e não mera expectativa.

E admitindo-se, portanto, como direito expectativo, assim como o faz Christoph Fabian[240], a propriedade do fiduciante, na vigência da garantia real, não deve ser compreendida como sob condição suspensiva.

Vale destacar, no entanto, que nem toda expectativa já é um direito expectativo, como ocorre com a situação do herdeiro que tem a expectativa de se tornar titular do patrimônio do autor da herança, mas não se pode admitir – como de fato nosso ordenamento e doutrina não admitem – a existência de direito expectativo em relação à herança. A mera expectativa não recebe do ordenamento a proteção jurídica necessária como ocorre com o direito expectativo.

Esse direito expectativo do fiduciante não é independente, mas sim ligado ao direito pleno do qual se desmembrou e ao qual se mantém em conexão. Enquanto vigorar a propriedade fiduciária, o direito do fiduciante irá se manter como uma pré-fase ao direito pleno correspondente[241]. Pontes de Miranda[242] afirma que não é direito expectativo a expectativa de direito, e que o titular do direito expectativo é pré-titular do direito expectado.

Com apoio na doutrina de Moreira Alves, destaca-se que o devedor-fiduciante, em razão da posse direta[243] que lhe é atribuída em decorrência da instituição da propriedade fiduciária (*ius possidendi*), pode defender sua posse contra o credor-

---

240 Fabian (2007, p. 49).
241 Fabian (2007, p. 49).
242 Miranda (2000, Tomo V, p. 329).
243 Como referido anteriormente, o devedor-fiduciante detém o *ius possessiones*.

fiduciário (possuidor indireto) ou contra terceiros que a ameacem, turbem ou esbulhem. Afirma o doutrinador[244]:

> Ademais, e tendo em vista que é titular de direito expectativo de natureza real em cujo conteúdo se encontram os *iura possidendi*, *utendi* e *fruendi*, dispõe ele de ações reais contra quem quer que lhe viole esse direito. Não fora assim, e nos casos em que não fosse admissível a proteção possessória (como quando há perda involuntária da coisa, com o seu apoderamento por terceiro), ficaria o alienante à mercê de que o adquirente, mediante a utilização das ações reais que lhe confere a propriedade fiduciária, recuperasse a posse da coisa para, em seguida, restituí-lo à posição de possuidor direto.

Também, o que é necessário ressaltar diante da posição do fiduciante com o contrato que constitui a propriedade fiduciária é o dever que este tem de manter no fiel e regular exercício do seu direito, conforme a finalidade estabelecida no contrato, assim como em relação às obrigações secundárias ou laterais. Por exemplo, em nenhuma hipótese a utilização da posse direta pelo fiduciante pode atentar contra o regular processamento da garantia fiduciária. Dessa forma, não poderia o fiduciante, após institui a propriedade fiduciária de imóvel rural, constituir arrendamento[245] em favor de terceiro sem a anuência do credor, especialmente em razão das regras especiais referentes ao prazo[246] e à preferência na manutenção da posse do arrendatário, que poderá afetar a execução da garantia fiduciária.

3.3.1.2 O CREDOR-FIDUCIÁRIO

Na sistemática da garantia fiduciária, o credor torna-se o proprietário resolúvel do imóvel objeto da propriedade fiduciária. Esse domínio não é pleno, mas limitado e restrito, posto que se constitui com o escopo de garantia da relação obrigacional considerada principal.

Sua titularidade dá-se sob condição resolutiva, ou seja, está vinculada à atuação do devedor-fiduciante quanto ao pagamento da dívida. A propriedade do credor-fiduciário resolver-se-á por força da lei e pelas condições do contrato. A *conditio*

---

244 Moreira Alves (1973, p. 158).

245 Art. 95, da Lei Federal nº 4.504/1964.

246 Art. 95, da Lei Federal nº 4.504/1964, incisos I e II:

"I - os prazos de arrendamento terminarão sempre depois de ultimada a colheita, inclusive a de plantas forrageiras temporárias cultiváveis. No caso de retardamento da colheita por motivo de força maior, considerar-se-ão esses prazos prorrogados nas mesmas condições, até sua ultimação;

II - presume-se feito, no prazo mínimo de três anos, o arrendamento por tempo indeterminado, observada a regra do item anterior".

iuris que caracteriza a resolubilidade da propriedade fiduciária do credor ocorrerá com o cumprimento da obrigação principal pelo devedor-fiduciante – ou por terceiro garantidor –, no vencimento estipulado em contrato.

O credor-fiduciário tem direito real sobre coisa própria decorrente do tipo de *transferência* que se faz nos termos do art. 22 da lei do SFI – ao contrário do credor hipotecário[247], que tem direito real sobre coisa alheia, por exemplo.

Como referido, a propriedade limitada do credor-fiduciário durará enquanto perdurar sua finalidade principal, que é a de garantir o cumprimento de determinada prestação. Tal vinculação restringe as faculdades do credor-fiduciário em relação à propriedade e somente será possível a transmissão se ocorrer a cessão do crédito correspondente.

Com tais características, o poder de disposição do credor está compreendido dentro dos limites de sua própria conformação. Em outras palavras, por funcionar como garantia, a propriedade fiduciária comporta-se como direito acessório de um contrato principal que é o de mútuo, pelo qual se constitui a dívida, e, consequentemente, enquanto durar, a propriedade fiduciária somente poderá ser transmitida em decorrência de cessão de crédito (Código Civil, art. 287 e Lei Federal nº 9.514/1997, art. 28[248]).

Na hipótese de o devedor-fiduciante não cumprir a obrigação principal garantida pela propriedade fiduciária, a propriedade, com se verá adiante, integrará definitivamente o patrimônio do fiduciário. Entretanto, apesar de ocorrer a atribuição patrimonial definitiva em favor do credor-fiduciário em razão do inadimplemento do devedor-fiduciante, a titularidade ainda não será absoluta, posto que lhe restará a obrigação legal de realização dos públicos leilões extrajudiciais. Somente depois de observadas as disposições contratuais e legais é que haverá possibilidade de o objeto da propriedade fiduciária vir a integrar, de modo definitivo, o âmbito patrimonial do fiduciário.

---

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

248 Código Civil, art. 287: "Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios";
Lei Federal nº 9.514/1997, art. 28: "A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia".

Apesar da limitação de seu direito, o credor-fiduciário pode utilizar as ações reais que tutelam a propriedade de coisas imóveis e, ainda, dos remédios possessórios por ser o possuidor indireto.

A propriedade fiduciária é resolúvel porque está sujeita à condição resolutiva que se realiza com o cumprimento da obrigação principal pelo devedor-fiduciante. A *transferência* feita por força do art. 22 ao credor-fiduciário não pode ser considerada capaz de outorgar todos os atributos de um proprietário pleno comum. Os direitos do credor-fiduciário em relação à propriedade não são aqueles previstos no art. 1.228 do Código Civil. São mais restritos e limitados, como se verá no capítulo seguinte.

O credor-fiduciário não detém a posse direta da coisa imóvel e a capacidade de disposição é limitada, mas não inexistente, em razão da possibilidade de cessão do crédito, como se verá posteriormente.

As limitações impostas à propriedade do credor-fiduciário podem ser vistas como espécie de garantia e de segurança conferidas ao devedor-fiduciante. Este não depende daquele para recobrar o objeto da propriedade fiduciária (ao contrário do que ocorria no Direito Romano), porque o pagamento determina o fim da garantia real, independentemente da vontade do credor.

3.3.1.3 Constrição dos Direitos do Fiduciário e do Fiduciante

É possível admitir que os direitos dos sujeitos na relação fiduciária imobiliária encerram conteúdos econômicos e, por conseguinte, podem ser objeto de constrição judicial (penhora, por exemplo). Como referido acima, para o fiduciário há o direito ao crédito e, para o fiduciante, o direito de reaver o objeto da propriedade fiduciária, sinteticamente.

Com filiação à corrente de José Carlos Moreira Alves, afirmou-se acima que os direitos do devedor-fiduciante têm natureza de direito real, pois a expectativa do titular submetido à condição – resolutiva, no caso da propriedade fiduciária – é também considerada como direito que, na estrutura da propriedade fiduciária imobiliária, nada mais é do que o de recuperar, em decorrência da condição legal, a propriedade plena. Como o direito do devedor-fiduciante é expectativo, no sentido de poder reaver o domínio pleno do imóvel desde que ocorra o adimplemento integral da obrigação

principal[249], a doutrina considera que esse direito expectativo é da mesma natureza que o direito expectado[250].

No caso do devedor-fiduciante, o direito real está, de certa forma, em estado de preparação, enquanto ocorre o progressivo cumprimento da obrigação principal. Com o implemento da condição, que ocorre com o adimplemento integral da obrigação pelo devedor-fiduciante, terá este o direito de reaver a coisa em sua plenitude. Essa é a consequência (o direito de reaver a coisa) que repercute na esfera patrimonial do devedor-fiduciante. Portanto, frente a tais características da expectativa em reaver o imóvel objeto da propriedade fiduciária, denota-se o conteúdo patrimonial de tal direito que, durante a vigência do contrato, integra o patrimônio do devedor-fiduciante, apesar de depender de maior ou menor probabilidade de concretização à medida que transcorre o prazo do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel[251].

Vale a observação de que a própria lei atribui aspectos patrimoniais ao direito expectativo do devedor-fiduciante. Com a organização vertical da posse ditada pelo art. 23 da lei do SFI ocorre o desmembramento da posse direta para o alienante. A lei criou a possibilidade jurídica de o devedor-fiduciante valer-se da utilização e do gozo da coisa imóvel, sem representar prejuízos aos interesses do credor. Não pretendeu a lei do SFI que o devedor-fiduciário fosse convertido em simples depositário da coisa objeto da propriedade fiduciária. Em decorrência da estrutura legal, o direito expectativo também é composto pelos *iura utende* e *fruendi*[252]. A concepção de patrimonialidade do direito expectativo é confirmada pela própria lei do SFI ao admitir, desde que com expressa anuência do credor-fiduciário, a cessão para terceiros dos direitos que o devedor-fiduciante titula sobre a coisa imóvel.

O direito expectativo, como salienta Moreira Alves, pode ser "transmissível inter vivos ou *mortis causa*, bem como susceptível de ser empenhado, arrestado, seqüestrado, penhorado e arrecadado, porquanto é ele, sem dúvida, um direito atual"[253].

---

249 Moreira Alves (1973, p. 155).

250 Tivemos oportunidade de colaborar com a indicação de posições bibliográficas em trabalho sobre o assunto escrito por Sérgio Jacomino, publicado na *Revista de Direito Imobiliário* nº 59 (Jul. / Dez. 2005), no *Boletim Eletrônico do IRIB* (nº 2.245), com o título "Penhora – alienação fiduciária de coisa imóvel. Algumas considerações sobre o registro", e que foi citado por Melhim Namem Chalhub (Chalhub, 2006, p. 177).

251 Lima (2003, p. 122).

252 Moreira Alves (1973, p. 157).

253 Moreira Alves (1973, p. 155).

No mesmo sentido é o entendimento de Pontes de Miranda[254]: "o direito expectativo é elemento do patrimônio do expectante, pode ser arrestado, penhorado, ou entrar em massa concursal".

Assim, o direito expectativo de reaver a plena propriedade do imóvel alienado fiduciariamente e que é titulado pelo devedor-fiduciante poderá ser objeto de constrição judicial (penhora, arresto e sequestro). A penhora recairá sobre o direito de readquirir o domínio pleno do imóvel com o adimplemento da obrigação objeto da garantia real fiduciária. Realizado o leilão do direito expectativo do devedor-fiduciante, haverá substituição da figura desse contratante pela do adquirente (aquele que realizou a constrição ou por terceiro licitante vencedor). Ou seja, aquele que adquirir tais direitos ficará sub-rogado nos direitos e deveres do devedor-fiduciante e, principalmente, deverá efetuar o pagamento do saldo do preço para reaver a plena propriedade do imóvel objeto da propriedade fiduciária.

Resta saber se há necessidade de constar a intimação do credor-fiduciário para proceder à contrição judicial dos direitos titulados pelo devedor-fiduciante, considerando-se que existe a obrigação legal de que, nas cessões voluntárias de débitos, o credor manifeste sua expressa anuência. Parece que tal providência é desnecessária, tendo em conta a natureza da garantia. Os direitos do credor contidos no contrato que deu origem à propriedade fiduciária permanecerão inalterados com a constrição judicial dos direitos do fiduciante (penhora, arresto ou sequestro). Também parece não haver necessidade da intimação do credor-fiduciário para a realização do leilão judicial decorrente da constrição dos direitos do devedor-fiduciante, tal como ocorre com o direito real de hipoteca[255], em virtude de que haverá apenas a substituição da posição contratual do devedor. Caso ocorra o inadimplemento, o credor-fiduciário poderá executar a garantia e alienar o imóvel a terceiros por meio dos públicos leilões extrajudiciais, como previsto em lei, o que lhe permitirá a recuperação do crédito.

Importante ressaltar que o que será passível de constrição judicial serão os direitos de que seja titular o devedor-fiduciante, nunca a propriedade do imóvel, uma vez que esta já foi *transferida* ao credor-fiduciário com escopo de garantia, nos termos da estrutura da lei do SFI. Os registros de imóveis da Capital do Estado de São Paulo

---

254 Miranda (2000, p. 336, § 577).

255 Código Civil, art. 1.501: "Não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou a adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução". Isso decorre da previsão legal contida no inciso VI do art. 1.499, também do Código Civil, que prevê a possibilidade de extinção da hipoteca por arrematação ou adjudicação.

têm recebido mandados de penhoras trabalhistas, em que figuram como reclamados devedores-fiduciantes, e que determinam a penhora do imóvel. Esses mandados não podem ser cumpridos porque ferem o direito de disponibilidade. O reclamado deixa de ser titular do imóvel alienado fiduciariamente ao credor-fiduciário e, com o registro do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel, passa a deter tão somente direito expectativo de reaver o objeto da propriedade fiduciária enquanto adimplente com a obrigação principal. Não se pode determinar a penhora do imóvel, mas apenas os direitos detidos pelo devedor-fiduciante frente à estrutura da lei do SFI.

Por outro lado, como já comentado anteriormente, a propriedade fiduciária é garantia real de outra obrigação considerada principal, mas que recai sobre coisa própria do credor. Há na esfera patrimonial do credor-fiduciário determinado crédito que tem o devedor-fiduciante como sujeito passivo, em regra geral. O crédito garantido pela propriedade fiduciária é que poderá ser objeto de constrição judicial.

O crédito devido ao credor-fiduciário que poderá ser constrito judicialmente é que será o objeto do leilão judicial, com o qual lhe seguirá a propriedade fiduciária. A aquisição do crédito deflagrará a mesma solução acima indicada para o devedor-fiduciante. Apesar de a penhora ser do crédito, como consignado, a alienação judicial, como consequência, transmitirá para o adquirente a propriedade resolúvel do imóvel objeto da propriedade fiduciária. É o que ocorre com a cessão de crédito prevista no art. 28 da lei do SFI. Ao ceder o crédito, transmitem-se ao cessionário todos os direitos e obrigações decorrentes da propriedade fiduciária. A solução do art. 28 pode ser aplicada na hipótese de alienação em hasta pública do crédito detido pelo credor-fiduciário. O adquirente do crédito assumirá a posição do credor-fiduciário original na relação jurídica fiduciária de coisa imóvel.

3.3.2 OBJETO

O objeto da alienação fiduciária em garantia pode ser imóvel urbano ou rural, não edificado, edificado, em construção ou em projeção desde que registrado o memorial de incorporação[256].

[256] Lei Federal nº 4.591/1964, art. 32.

Importante salientar que a redação original do atual § 1º, anteriormente parágrafo único, do art. 22 da lei do SFI era mais restrita quanto aos imóveis que poderiam ser objeto da alienação fiduciária em garantia. A redação original era: "A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI".

O dispositivo referia-se a imóvel **concluído ou em construção**. Não podiam ser objeto de propriedade fiduciária os imóveis por natureza, em sentido estrito. Viegas de Lima afirma que o solo não edificado não poderia ser objeto da propriedade fiduciária[257].

A Lei Federal nº 10.931/2004 alterou referido dispositivo legal, que passou a vigorar com o parágrafo único redigido nos seguintes termos: "A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário".

A omissão da referência a imóvel concluído ou em construção é que passou a permitir que também o solo não edificado pudesse ser objeto de contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel. A Lei Federal nº 11.076/2004 promoveu, ainda, nova alteração da redação do referido parágrafo único do art. 22, que passou a ser:

> A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário.

Melhim Namen Chalhub, antes das alterações acima indicadas, já combatia a redação do parágrafo único do art. 22 por entender ser equivocada a exclusão do terreno sem construção da contratação de alienação fiduciária de coisa imóvel. E tinha razão o autor, pois tal situação legislativa impedia, por exemplo, a compra e venda de frações ideais de imóveis sob o regime da incorporação imobiliária, cuja construção não havia se iniciado em razão, por exemplo, do prazo de carência estabelecido pelo incorporador em seu próprio favor[258]. Esse entendimento

---

257 Lima (2003, p. 87).

258 Lei Federal nº 4.591/1964, art. 34: "O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento".

impossibilitaria que um loteador pudesse securitizar seus recebíveis imobiliários, porquanto o objeto do loteamento é o imóvel não construído. Consignou Chalhub[259] que:

> Estando definido no *caput* que o objeto da alienação é a propriedade resolúvel de coisa imóvel, não há qualquer dúvida de que está a lei se referindo a terreno e acessões, porque bem imóvel é constituído pelo solo e por tudo aquilo que nele se incorporar permanentemente, sendo tecnicamente incorreta a particularização contida no parágrafo único. Assim, a particularização contida no parágrafo único do art. 22 seria perfeitamente dispensável.

Esse entendimento parece coadunar-se com o que estabelece o art. 79[260] do Código Civil. Se a lei instituiu na ordem jurídica uma modalidade de direito real de garantia sobre coisas imóveis, não haveria coerência restringi-la aos construídos ou em construção, especialmente pelo fato de que a definição dada pelo Código Civil não contém tal limitação.

Entretanto, com a Lei Federal nº 11.481/2007, o parágrafo único foi suprimido e substituído por dois outros parágrafos, sendo que o primeiro deles cuidou de estabelecer o que pode ser objeto da propriedade fiduciária. A nova redação do art. 22, na íntegra, é a seguinte:

> Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.
> § 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:
> I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;
> II - o direito de uso especial para fins de moradia;
> III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;
> IV - a propriedade superficiária.
> § 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

É preciso destacar, ainda, que podem ser objeto de contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel os residenciais, os comerciais, os industriais etc., independentemente da destinação dada à coisa pelo planejamento urbanístico. No

---

259 Chalub (2006, p. 208).

260 "São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente".

mesmo sentido, a amplitude da lei possibilita que também os imóveis rurais sejam passíveis de alienação fiduciária em garantia.

Afora os direitos reais mencionados nos incisos do § 1º, em relação à propriedade plena destaca-se que poderão ser objeto de propriedade fiduciária apenas coisas imóveis passíveis de alienação. Não podem ser alienados fiduciariamente os imóveis gravados com cláusula de inalienabilidade ou que por qualquer razão jurídica estejam com o direito de dispor comprometido, como ocorre com as indisponibilidades em geral, as penhoras em favor do INSS ou da Receita Federal, as cédulas de créditos hipotecárias que tornam o imóvel impenhorável por disposição legal etc.

O imóvel enfitêutico poderá ser alienado fiduciariamente por expressa permissão legal, desde que a enfiteuse tenha sido constituída anteriormente à vigência do Código Civil de 2002, em razão da vedação contida no art. 2.038[261] desse diploma legal, que proíbe a constituição de novas enfiteuses ou subenfiteuses. Caso ocorra a consolidação do domínio útil em favor do credor-fiduciário, haverá a obrigatoriedade de pagamento do laudêmio ao senhorio ou diretário. Quanto ao valor a ser pago, Viegas de Lima[262] lembra que o art. 2.038 permite que, em relação às enfiteuses existentes, devem ser aplicadas as regras do Código Civil de 1916 e, em relação ao valor a ser pago ao senhorio, o art. 686[263].

Com a inclusão dos direitos reais referidos nos incisos do § 1º, denota-se a intenção do legislador de estender a propriedade fiduciária para outras situações jurídicas imobiliárias além da propriedade plena.

Compreendidos os conceitos dos sujeitos que integram a relação jurídica da propriedade fiduciária e quais são seus possíveis objetos, seriam admissíveis dois ou mais créditos distintos garantidos pelo mesmo imóvel? Para responder a essa questão é preciso ter presente a estrutura da propriedade fiduciária na complexidade de sua constituição e os respectivos direitos que cada um dos sujeitos mantém após a instituição.

---

261 "Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores".

262 Lima (2003, p. 94).

263 "Sempre que se realizar a transferência do domínio útil, por venda ou doação em pagamento, o senhorio direto, que não usar da opção, terá direito de receber do alienante o laudêmio, que será de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o preço da alienação, se outro não se tiver fixado no título de aforamento".

O devedor-fiduciante, como pressuposto para constituição da propriedade fiduciária, deve ser titular do mais amplo dos direitos reais, a propriedade, para poder transmitir ao credor-fiduciário a propriedade fiduciária resolúvel.

Foi dito acima que o devedor, na opinião de Moreira Alves[264], tem o direito expectativo à aquisição da propriedade que transferiu ao credor. Este, por sua vez, detém uma propriedade limitada em garantia de uma obrigação principal, que se mantém em caráter resolúvel e não de modo definitivo e perpétuo.

Após o registro do contrato de alienação fiduciária em garantia, os direitos acima referidos são desmembrados em cada um de ambos os sujeitos. A propriedade definitiva ou o domínio pleno será reconstituído somente na hipótese de cancelamento da propriedade fiduciária, seja pelo adimplemento integral do devedor-fiduciante, seja pela arrematação por licitante vencedor ou pela adjudicação pelo credor em virtude de leilão negativo.

Portanto, o devedor, enquanto não cancelar a propriedade fiduciária pelo adimplemento, não terá o domínio pleno para poder constituir nova propriedade fiduciária, ainda que seja para o mesmo credor para quem já tenha instituído a propriedade resolúvel. Falta, ao devedor, a disponibilidade sobre o imóvel para realizar nova alienação fiduciária ao credor.

Por essa razão, não parece ser possível a constituição de duas ou mais propriedades fiduciárias para garantir diversos créditos com o mesmo imóvel em momentos diversos.

Cândido Rangel Dinamarco entende admissível que determinado imóvel seja objeto de outros financiamentos concedidos pelo mesmo credor ao mesmo devedor. Em seu entender, a possibilidade decorre do fato de que *a garantia não se confunde com a obrigação garantida,* ou seja, pelo caráter acessório da garantia em relação à obrigação principal. Salienta o autor[265] que:

> A responsabilidade geral do patrimônio do devedor pelas obrigações deste (CPC, art. 591) assim como os *chamados direitos reais de garantia*, por força dos quais essa responsabilidade se concentra em determinado bem, não têm uma *finalidade em si mesmos*, mas exclusivamente a de proporcionar efetividade aos direitos correspondentes à obrigação garantida.

---

264 Moreira Alves (1973, p. 155).

265 Dinamarco (2001, p. 1.288).

E segue para fazer um paralelo com a hipoteca, em que, pelo art. 1.476[266] do Código Civil, o proprietário do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor.

Entretanto, essa regra deve ser compreendida conjuntamente àquela principal contida no art. 1.420, também do Código Civil, que assim dispõe: "Só aquele que pode **alienar** poderá empenhar, **hipotecar** ou dar em anticrese; só os bens que se podem **alienar** poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca"[267].

Nesse particular, *alienar* significa tornar alheio, transferir a outrem o domínio de determinado imóvel. O citado dispositivo legal (art. 1.420) significa, portanto, que somente quem puder passar para outrem o domínio do imóvel é que poderá hipotecar. Por consequência, apenas os imóveis passíveis de alienação é que podem ser hipotecados[268]. O motivo dessa regra é de fácil compreensão. A garantia real tem a finalidade de recompor o crédito caso haja inadimplemento do devedor, o que ocorrerá com a transferência do imóvel em hasta pública no processo de execução hipotecária, seja em adjudicação ao credor, seja em arrematação por terceiro. Se não houver possibilidade de disposição em relação ao imóvel, a garantia não atingirá a finalidade principal.

Há dois especiais requisitos que devem ser destacados e observados para que a comparação com a hipoteca seja possível, no que se refere à constituição de segunda ou mais propriedades fiduciárias imobiliárias: (i) somente quem tem a disponibilidade para alienar o imóvel é que pode hipotecá-lo e (ii) apenas os imóveis passíveis de alienação é que podem ser hipotecados. E, para tanto, é preciso responder a duas questões específicas: a) o devedor-fiduciante pode alienar novamente o imóvel após o registro do primeiro contrato de alienação fiduciária?, e b) o imóvel objeto de uma propriedade fiduciária pode ser novamente alienado?

A lei do SFI, ao contrário do Código Civil em relação à hipoteca, não contém previsão legal expressa que autorize a duplicidade de alienações fiduciárias do mesmo imóvel, sendo silente sobre possíveis registros subsequentes na mesma matrícula[269]. Ao contrário, induz à conclusão de que, ao registrar o correspondente

---

266 No texto o autor faz indicação do art. 812 do Código Civil de 1916.

267 Destaques acrescidos.

268 Marques (1919, p. 11).

269 Não se trata aqui da impossibilidade de se realizar o público leilão extrajudicial pela existência de diversos credores. Para isso o Código de Processo Civil apresenta ferramental que poderia ser utilizado por analogia. Por exemplo, a obrigação do credor-fiduciário em intimar os demais credores dessa modalidade de garantia real ou até mesmo hipotecários, sob pena de não poder realizar a adjudicação ou a

contrato no registro de imóveis e constituir o direito real em garantia, não mais se tem o direito real matriz de todos os direitos reais de garantia, a propriedade. O registro do contrato, segundo se deduz da regra e da consequência do parágrafo único do art. 23 da lei do SFI, acarreta o desdobramento das posses direta e indireta, como referido anteriormente.

Pelas razões expostas acima, as respostas devem ser negativas para ambas as perguntas. Primeiramente porque o devedor-fiduciante já não mais tem o domínio pleno do imóvel, situação jurídica que lhe permitiria alienar fiduciariamente ao credor-fiduciário; e atento a essa situação jurídica o legislador, no art. 29 da lei do SFI, estabeleceu que "o fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir **os direitos** de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações"[270]. Não se referiu à transferência do domínio pleno, mas apenas aos direitos de que seja titular. Por essa fundamentação legal é que se argumenta que o imóvel não pode ser alienado, mas apenas alguns dos atributos do direito de propriedade que subsistem de maneira residual na titularidade do devedor-fiduciante é que podem ser cedidos a terceiros. A resposta para a segunda pergunta, portanto, também é negativa.

Parece perfeitamente aceitável, contudo, que a propriedade fiduciária seja instituída como parte de outras garantias constituídas para garantir um mesmo crédito, por exemplo, juntamente ao aval e à fiança. Isso decorre, como salienta Cândido Rangel Dinamarco, da natureza acessória das garantias em geral "como institutos integrantes do contexto da responsabilidade patrimonial, que não se confunde com a categoria jurídico-substancial das obrigações". O mesmo autor completa que o "aval e a fiança, ao contrário, são categorias substanciais. Seja o avalista, seja o fiador, todo ofertante de garantia insere-se na relação de direito privado como coobrigado – obrigação autônoma no aval, obrigação acessória na fiança, não importa"[271].

Não há nada que impeça garantir o débito inteiro com determinada espécie de caução ou apenas parte dele com mais de uma modalidade, propriedade

---

alienação do imóvel objeto do leilão (Código de Processo Civil, art. 698), ou a determinação de ser distribuído o dinheiro arrecadado com a alienação forçada consoante a preferência determinada pelo art. 711, também do Código de Processo Civil. A questão cinge-se à disponibilidade do imóvel que está comprometida após a constituição da primeira propriedade fiduciária pelo devedor-fiduciante.

[270] Destaques acrescidos.

[271] Dinamarco (2001, p. 1.290).

fiduciária imobiliária e aval, por exemplo[272]. O devedor pode ter uma dívida muito superior ao valor do imóvel de sua propriedade e, além de alienar fiduciariamente ao seu credor, pode, ainda, firmar um contrato de fiança ou um aval para complementar o saldo que falta e garantir 100% do débito.

Todas as garantias devem ser inseridas no conteúdo do contrato de alienação fiduciária. Entretanto, são negócios distintos e unidos formalmente pelo contrato. Orlando Gomes[273] destaca que "o penhor, a caução, as garantias fidejussórias e a alienação fiduciária constituem *contratos distintos*, que poderiam ser estipulados, com a mesma eficácia jurídica, à parte do negócio de abertura de crédito".

3.3.3 FORMA

Acima foi dito sobre a tradição do direito brasileiro de se exigir *título* e *modus* para aquisição, constituição e transmissão de direitos reais sobre coisas imóveis. A lei do SFI, em obediência ao sistema, adotou a necessidade de celebração de contratos escritos, mas abrandou a regra relativa à forma do instrumento.

O abrandamento da forma exigida pela Lei Federal nº 9.514/1997 para celebração de atos e contratos decorrentes do Sistema de Financiamento Imobiliário sofreu, no decorrer dos últimos anos, certa evolução desde a edição original da referida lei. Quando de sua publicação original, o art. 38 estabelecia que: "Os contratos resultantes da aplicação desta Lei, quando celebrados com pessoa física, beneficiária final da operação, poderão ser formalizados por instrumento particular, não se lhe aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil".

O dispositivo legal acima transcrito permitia que a instrumentalização dos negócios jurídicos decorrentes da citada lei fosse feita por contratos particulares, em expressa exceção à regra geral da forma pública, na ocasião prevista no art. 134, inciso II, do Código Civil de 1916. Entretanto, tal benesse era aplicável desde que o beneficiário final fosse pessoa física. As empresas, que frequentemente se socorrem de

---

272 Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 1.295) ressalta que não "*há incompatibilidade* entre um crédito garantido por título cambial (ou assimilado) e a garantia fiduciária que eventualmente ampare. A cartularidade da obrigação não impede que as técnicas da alienação se desenvolvam normalmente, nos seus pontos fundamentais, ou seja: na transferência do domínio resolúvel ao credor (propriedade fiduciária), na outorga da posse imediata ao devedor, na consolidação do domínio em favor daquele se este inadimplir e na obrigatoriedade de venda do bem a terceiro, em público leilão".

273 Gomes (1975, p. 15).

financiamentos para custear suas produções, poderiam constituir a propriedade fiduciária em garantia somente por meio de instrumento público.

A Lei Federal nº 10.931/2004 deu nova redação ao art. 38, que passou a vigorar nos seguintes termos:

> Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito.

O legislador permitiu a utilização de instrumentos particulares nos casos em que fossem celebrados contratos específicos listados no *caput* do transcrito artigo. A exceção da forma pública tornou-se possível para os contratos de: (i) compra e venda com financiamento e constituição de propriedade fiduciária em garantia, (ii) mútuo com alienação fiduciária, (iii) arrendamento mercantil, e (iv) cessão de crédito com garantia real.

Excluiu-se da lei a referência à pessoa física como beneficiário final, o que possibilitou, no âmbito do SFI, a celebração de instrumentos particulares também pelas pessoas jurídicas. Porém, outras situações decorrentes da aplicação da lei ficaram ainda submetidas à regra geral relativa à forma, nos termos do art. 108[274] do Código Civil atual – por exemplo, a própria hipoteca, que também é prevista na lei do SFI como alternativa para garantir os financiamentos imobiliários em geral, conforme estabelece o inciso I do art. 17 da mencionada lei.

Foi com a Lei Federal nº 11.076/2004 que o art. 38 da lei do SFI ganhou maior abrangência em relação à forma a ser adotada para prática de negócios decorrentes dessa especial estruturação legal. Não apenas os atos e contratos a que a lei faz referência, mas também aqueles que resultam de sua aplicação e os que se destinam a constituir, transferir, modificar ou renunciar direitos reais sobre imóveis podem ser celebrados por instrumentos públicos ou particulares. Esta é a atual redação do art. 38:

> Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por

[274] "Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País".

> escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.

A estrutura do SFI contempla muitas modalidades de contratos que podem se vincular ao crédito imobiliário, com vários contratos nominados e outros atos que dela podem decorrer[275]. Por essa razão, atuou bem o legislador ao retirar do dispositivo legal a enumeração de tais contratos e permitir de maneira genérica a escolha da forma para toda e qualquer situação jurídica decorrente de tal estrutura normativa. Isso dinamiza a constituição da propriedade fiduciária.

Em decorrência da nova redação dada ao art. 38 da Lei Federal nº 9.514/1997, é possível admitir que as garantias reais de hipoteca, propriedade fiduciária de coisa imóvel e negócio jurídico de dação em pagamento[276] (previstos, respectivamente, nos incisos I e II do art. 17 e no § 8º do art. 26, todos da Lei Federal nº 9.514/1997) sejam formalizadas por instrumentos particulares – estes equiparados à escritura pública –, sem distinção entre pessoa física ou jurídica[277].

Foi dito anteriormente sobre o princípio da tipicidade dos direitos reais. A lei do SFI introduziu a propriedade fiduciária como direito real de garantia com conceituação distante daquela conhecida por romanos ou germânicos. A confiança deixa de ser fator essencial para a constituição porque sua formalização decorre do próprio sistema normativo. Quando os contratantes estabelecem a propriedade fiduciária como garantia real de determinada relação obrigacional, adotam, por expressa determinação legal, um conteúdo mínimo que deve ser retratado pelo contrato para que este possa ser considerado válido e, por consequência, seja estabelecida a propriedade fiduciária. Vale

---

275 Como a declaração unilateral da companhia securitizadora de que instituirá regime fiduciário sobre créditos imobiliários, a fim de lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários.

276 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 26, § 8º: "O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27".

277 Não se pode negar que o instrumento público presume segurança diferenciada em relação ao instrumento particular. Isso porque o notário tem atribuições e responsabilidades específicas. A formalização de um ato notarial pressupõe a observância de determinados requisitos essenciais à formalização dos negócios jurídicos. O tabelião, além de dar autenticidade ao documento – por meio de sua fé pública –, também realiza o (i) controle subjetivo dos contratantes, ao verificar a qualificação pessoal de cada partícipe, principalmente em relação à capacidade de cada um para a prática do ato que se pretende; (ii) controle relativo à vontade dos contratantes, no sentido de verificar se a vontade exteriorizada coaduna-se com o negócio jurídico que se quer celebrar, em especial se os respectivos requisitos legais foram atendidos; e (iii) controle da especialidade objetiva que traduz a perfeita identificação do objeto negociado. Em razão dessa atuação do notário não soa desarrazoada a ideia de que, nas hipóteses em que o legislador afasta a regra geral referente à forma para contratos que envolvam direitos reais, seja necessário o comparecimento de um advogado que, de certa forma, atestará que o negócio jurídico formalizado está em consonância com o sistema normativo em vigor.

destacar que a lei introduz nos contratos um conteúdo considerado mínimo e obrigatório, mas a autonomia dos contratantes pode estabelecer outras situações jurídicas não previstas na legislação da propriedade fiduciária, como valores para a multa moratória, por exemplo.

Viegas de Lima lembra a distinção feita por Pontes de Miranda entre os *essentialia negotti* e os *acidentalia negotti* ao tratar do suporte fático. Aqueles são considerados indispensáveis, sem os quais o suporte fático seria insuficiente, e devem obrigatoriamente estar presentes no contrato para que o negócio seja considerado jurídico[278]. A observância dos requisitos na contratação assegura a validade do título e a produção dos efeitos próprios entre as partes e perante terceiros, após o registro.

Todos os contratos que servem de título ao negócio fiduciário, sejam instrumentos particulares ou públicos, deverão observar requisitos mínimos indispensáveis, essencialmente aqueles enumerados no art. 24 da lei do SFI. São eles: (i) o valor do principal da dívida; (ii) o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; (iii) a taxa de juros e os encargos incidentes; (iv) a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e do modo de aquisição; (v) a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; (vi) a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; e (vii) a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27 da mesma lei.

Os requisitos indicados nos itens de (i) a (iii) acima, equivalentes aos incisos I, II e III do art. 24 da Lei Federal nº 9.514/1997, são os mesmos para a contratação de qualquer dos direitos reais de garantia tradicionais (penhor, hipoteca e anticrese). Portanto, a exigência legal de tais requisitos no contrato que serve de título ao negócio fiduciário é decorrente da previsão geral contida no art. 1.424 do Código Civil. Além dos requisitos comuns exigidos para a formação dos contratos, estes, no caso de direitos reais de garantia, são necessários para a especialização da obrigação principal e da coisa objeto de garantia. Com o registro, na hipótese de garantia real imobiliária, haverá publicidade de tais elementos.

Os requisitos especiais para o negócio fiduciário, e que o diferenciam dos demais contratos e direitos reais de garantia, são aqueles indicados nos incisos IV, V, VI

---

278 Lima (2003, p. 47).

e VII. Também esses requisitos são necessários para a constituição do negócio fiduciário.

É preciso que haja cláusula expressa de constituição da propriedade fiduciária, pois ela irá adequar o negócio jurídico à sistematização da garantia adotada. Ademais, essa previsão é que possibilitará o registro da propriedade fiduciária na matrícula do respectivo imóvel. Nesse sentido, deverá conter a precisa indicação do devedor-fiduciante ou do terceiro garantidor com declaração inequívoca de que deseja alienar o imóvel com finalidade de garantia ao credor-fiduciário. Em razão da bilateralidade do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel, a aceitação do credor-fiduciário significa sua concordância de que aquele imóvel integrará seu patrimônio em caráter resolúvel e que servirá para assegurar o cumprimento da obrigação.

Em decorrência do desdobramento da posse operada pela alienação fiduciária feita ao credor, o inciso V determina que haja expressa previsão de que o devedor-fiduciante poderá utilizar, por sua conta e risco, o imóvel objeto da propriedade fiduciária enquanto adimplente. Viegas de Lima apresenta argumentos no sentido de que tal previsão caracteriza proteção tanto ao credor-fiduciário quanto ao devedor-fiduciante. Afirma o autor que o inadimplemento do devedor-fiduciante configuraria a posse precária deste. O entendimento do autor demonstra a intenção de proteção do credor, pois o que legitima a posse do devedor não é apenas o contrato (e, por consequência, a regra do parágrafo único do art. 23), mas a situação de adimplemento durante a vigência do contrato. Em outras palavras, a posse do fiduciante legitima-se em razão de seu adimplemento. Continua o autor a dizer que esse requisito também tem efeito de proteção do devedor frente a eventuais abusos por parte do credor[279].

Inclusive, o contrato deverá estabelecer o valor do imóvel para eventual alienação em público leilão, judicial ou extrajudicial, bem como os critérios para a revisão de tal valor. Não é necessário que os valores da dívida e do que for atribuído ao imóvel objeto da propriedade fiduciária sejam idênticos. O valor atribuído ao imóvel poderá ser maior do que o da dívida e, em caso de alienação em público leilão, o excedente será entregue ao devedor. Permite-se, ainda, que sejam previstos critérios para revisão do valor atribuído ao imóvel. Isso decorre do espírito do legislador de dar maior agilidade na recuperação do crédito, pois tal disposição evitará, nos contratos com

[279] Lima (2003, p. 115).

duração prolongada, a necessidade de avaliação do imóvel para ajuste do valor para os leilões.

O último inciso obriga que os contratos contenham cláusula que faça referência aos procedimentos do art. 27 da lei do SFI. Denota-se da análise do *caput* desse artigo o caráter limitado da propriedade do credor-fiduciário, uma vez que obriga a realização de públicos leilões no prazo de 30 dias a contar do registro da consolidação da propriedade.

Os contratos que constituam alienação fiduciária em garantia deverão também atender aos requisitos contidos no art. 176 da Lei Federal nº 6.015/1973.

Outros requisitos considerados facultativos podem ser previstos no contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel, desde que respeitado o conteúdo mínimo necessário estabelecido pela lei do SFI e os requisitos gerais para todas as espécies contratuais. Como exemplo, as partes podem ou não indicar no contrato o prazo de carência após o qual será expedida a notificação decorrente do inadimplemento do devedor-fiduciante[280]; também é livre a escolha da coisa que será objeto da propriedade fiduciária, observada a regra contida no inciso II, do art. 104 do Código Civil.

Basicamente, a propriedade fiduciária pode ser estruturada, por exemplo, em três espécies contratuais: o mútuo, a compra e venda, e a alienação fiduciária em garantia.

No contrato de mútuo o financiador figurará como credor fiduciário e, portanto, em seu favor será constituída a propriedade fiduciária. O mutuante poderá ser o devedor fiduciante.

Na compra e venda o vendedor será credor fiduciário, caso as partes adotem a propriedade fiduciária como direito real de garantia. Já na hipótese de negócio jurídico de compra e venda pura e definitiva, figurará como simples alienante do direito de propriedade, com obrigação de entregar a coisa mediante pagamento do preço.

Apesar da respeitada opinião contrária de Marcelo Terra[281], parece ser possível adotar a propriedade fiduciária para garantir outras modalidades de obrigações que não apenas as pecuniárias. O inciso II do art. 24 da Lei Federal nº 9.514/1997 (“o

---

[280] Lei Federal nº 9.514/1997, art. 26, § 2º: “O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação”.

[281] Terra (1998, p. 29).

prazo e as condições de **reposição do empréstimo** ou **do crédito do fiduciário**"[282]) contém, ao que parece, duas previsões específicas de negócios jurídicos distintos e que não se confundem, em nossa opinião. A primeira refere-se à *reposição do empréstimo*, o que pressupõe contrato de mútuo; a segunda, mais abrangente, indica *reposição do crédito do fiduciário*, o que dá a ideia de que o legislador abarcou todos os demais objetos de prestações obrigacionais possíveis no ordenamento, como as prestações de dar, de fazer ou de não fazer. Se ambas as expressões fossem relativas à obrigação pecuniária, haveria redundância talvez desnecessária. O art. 51 da Lei Federal nº 10.931/2004 possibilitou a aplicação da propriedade fiduciária para garantir obrigações em geral.

Se o proprietário de um terreno contrata com o incorporador que o pagamento da alienação de seu imóvel será feito com a entrega de futuras unidades autônomas condominiais (promessa de permuta), parece não haver impedimento legal para que a entrega de tais unidades seja garantida pela propriedade fiduciária. O devedor da entrega de coisa certa (unidade condominial) poderá ofertar outro imóvel para ser objeto de alienação fiduciária em garantia da obrigação principal.

Outro ponto que pode ser destacado é a possibilidade de ser celebrado no mesmo título o negócio jurídico de compra e venda e adotada a propriedade fiduciária como garantia do saldo do preço. A alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia é contrato acessório ao principal – no caso, de compra e venda. Narciso Orlandi Neto[283] afirma que, em razão do quanto estabelece o inciso IV do art. 24 da lei do SFI[284], não se pode celebrar os dois negócios jurídicos no mesmo contrato. Entende o autor que:

> A interpretação literal do art. 24 leva à conclusão de que a constituição da alienação fiduciária em garantia não pode utilizar o mesmo instrumento pelo qual é contratada a aquisição do imóvel pelo fiduciante. É que, do título constitutivo do direito real, deve constar necessariamente a "indicação do título e modo de aquisição" da propriedade pelo fiduciante (inc. IV do art. 24). O instrumento da alienação fiduciária deve mencionar expressamente, especificando-os, o instrumento e o negócio jurídico pelo qual foi adquirida a propriedade pelo fiduciante.

---

282 Destaques acrescidos.

283 Orlandi Neto (1997).

284 "(...) a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a **indicação do título e modo de aquisição**" (destaques acrescidos).

Sempre com o máximo respeito à opinião do aludido autor, parece não ser a melhor interpretação a de que não podem ser coligados os dois contratos. A alienação fiduciária de coisa imóvel é instituto complexo. Evidentemente que o fiduciante não saberá indicar o modo de sua aquisição, porque tal modo ainda não se mostra efetivado por ocasião da contratação, sem contar que um negócio está ligado ao outro como condição da celebração.

O vendedor/credor-fiduciário terá tranquilidade de alienar seu imóvel por meio do título em que for acordado pagamento em parcelas, se a garantia real for passível de ser constituída. A situação de primeiramente celebrar a compra e venda e, em instrumento apartado, a propriedade fiduciária não protege o credor.

Um simples exemplo prático pode demonstrar a fragilidade desse entendimento. Os registros de imóveis atualmente contam com diversos guichês de atendimento ao público que recebem, simultaneamente, centenas de títulos que consubstanciam inúmeros negócios jurídicos (cada qual com seu número específico de prenotação para garantia da prioridade prevista no art. 186 da Lei Federal nº 6.015/1973), além de constrições judiciais.

Durante o tempo em que o interessado efetiva a prenotação no guichê A do contrato de compra e venda, pode haver, no guichê B, a prenotação imediatamente seguinte de uma ordem judicial de indisponibilidade de bens expedida em medida cautelar fiscal proposta em face do devedor-fiduciante[285]. Terminada a prenotação do contrato de compra e venda, o interessado solicitará a prenotação do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel. Assim, se o contrato de compra e venda receber o protocolo nº 1, a ordem de indisponibilidade de bens o nº 2 e a alienação fiduciária o nº 3, prejudicada estará a constituição da propriedade fiduciária, porque fica comprometida a disponibilidade dos bens do adquirente/fiduciante. Esse é um exemplo extremo, mas outras situações podem igualmente representar riscos à constituição da garantia real em favor do credor-fiduciário. O melhor é que o mesmo contrato consubstancie ambos os negócios, a compra e venda e a alienação fiduciária.

---

[285] Nos termos do art. 4º da Lei Federal nº 8.397/1992.

4. A NATUREZA DA PROPRIEDADE DO CREDOR-FIDUCIÁRIO E A PROPRIEDADE DO CÓDIGO CIVIL

4.1 INTRODUÇÃO

A questão que ora se propõe cinge-se com o fato de saber qual a natureza e a extensão do direito de propriedade do credor-fiduciário, principalmente se esta propriedade do credor tem a mesma natureza ou qualidade da propriedade estabelecida pelo Código Civil. É necessário identificar se o credor-fiduciário, ao ser constituída a garantia real fiduciária, tem em sua propriedade as mesmas características que aquela estatuída no art. 1.228 do diploma civil. Isto porque, nos termos do art. 22 da Lei do SFI, ocorre a *transferência* do imóvel em favor do credor-fiduciário para constituição da propriedade fiduciária.

O problema apresenta-se especialmente nos ordenamentos jurídicos em que a propriedade está ligada ao conceito tradicional de direito absoluto. Para tanto, é importante delinear os elementos que caracterizam o direito de propriedade considerada em sua plenitude, ou seja, como referido, em seus termos absolutos. Pois, para entendimento da questão referente à propriedade fiduciária e seus reflexos na ordem patrimonial do credor fiduciário que ora se propõe, é necessária a compreensão de certas características específicas do direito real de propriedade[286].

A questão coloca-se sensível em virtude da *transferência* da titularidade que ocorre por ocasião da constituição dessa modalidade de direito real com a inscrição do título no Registro de Imóveis correspondente. A *transferência* que se opera do fiduciante para o fiduciário é nomeada expressamente pelo legislador de *propriedade resolúvel*.

Portanto, para adequadamente propor a questão é preciso apresentá-la, embora ligeiramente feito no primeiro parágrafo deste capítulo. Apesar de uma técnica gramatical em que o legislador antepôs a situação de garantia como justificativa, o art.

---

[286] Vale o destaque feito por Lafayette Pereira no sentido de que o *direito de propriedade*, em termos genéricos, inclui todos aqueles direitos que podem formar o nosso patrimônio. Em outras palavras, todos os direitos que podem representar valor pecuniário. *Patrimônio*, portanto, explica o autor, vem a ser o acervo ou o conjunto de todos os haveres do indivíduo "que constitui uma universalidade de direito, um todo composto de bens diversos reunidos sob a unidade da pessoa a que pertence" (Pereira, 2003, p. 95).

22[287] da lei do SFI apresenta uma transferência de propriedade feita pelo devedor fiduciante em favor do credor fiduciário.

Afastada a justificativa da garantia, que se analisará adiante, é importante examinar qual o direito ou qual a extensão do direito real de propriedade transmitido pelo fiduciante ao fiduciário. E isto tem significativa importância até mesmo para que sejam entendidas ou medidas as responsabilidades que eventualmente possam ser atribuídas ao credor fiduciário enquanto permanecer como titular da propriedade fiduciária, ainda que resolúvel[288].

Apesar da justificativa feita pelo legislador, de que a finalidade é de garantia, não se pode afastar a concepção da efetiva transferência de propriedade ao credor fiduciário. "La titularidad transmitida *debe ser* verdadera propiedad, puesto que ha de surtir, al menos en potencia, los efectos de ésta", afirma Mariano Navarro Martorell[289]. Não fosse assim, poder-se-ia admitir que remanesceriam com o devedor fiduciante as ações inerentes ao domínio, como a reivindicatória, por exemplo. Permanecendo o domínio com o devedor fiduciante, não seria possível materializar a garantia real com base na estrutura fiduciária proposta pela lei do SFI.

Entretanto, o domínio pleno não mais subsiste enquanto vigorar o contrato que dá causa à propriedade fiduciária, e isso é possível em razão do princípio da elasticidade da propriedade, conceito que se verá adiante.

Assim, para tratar do que se propõe no presente capítulo, é necessário fazer uma comparação entre a propriedade fiduciária que é atribuída ao credor e aquela que classicamente é tida nos ordenamentos jurídicos de diversos países, com o objetivo de contrapor as semelhanças, se existentes, bem como os pontos em que ocorrem as maiores discrepâncias conceituais.

---

[287] "Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, **com o escopo de garantia**, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel" (destaques acrescidos).

[288] A teor do que determina o § 1º do art. 1.228 do Código Civil, seria o credor fiduciário responsável pelas questões ambientais da coisa imóvel objeto da propriedade resolúvel? Antecipadamente respondemos de forma negativa, mas trataremos disso mais adiante.

[289] "A propriedade transmitida deve ser verdadeira propriedade, porque tem que surtir, pelo menos em potência, os efeitos desta" (Navarro Martorell, 1950, p. 174). Tradução livre.

4.2. A PROPRIEDADE. ASPECTOS E CONSIDERAÇÕES GERAIS

Como salienta Arruda Alvim[290], a competência para regular o direito real de propriedade é do legislador ordinário. De forma muito adequada e profunda, o autor esclarece a configuração do direito de propriedade diante do sistema positivo brasileiro. E nessa concepção, o direito de propriedade, na sistemática hierarquizada de nosso ordenamento legal, está previsto na Constituição Federal. Entretanto, a previsão no plano constitucional encontra-se despido de qualquer conceito ou definição[291].

O direito de propriedade, no âmbito da Constituição Federal, refere-se "a todo e qualquer bem de valor econômico, material ou imaterial". A dedução desse ensinamento é que a previsão constitucional sobre o direito de propriedade é feita de maneira mais ampla possível, capaz de alcançar outros bens que não apenas aqueles abrangidos pelo conteúdo "central do *direito civil* em relação ao direito de propriedade, *incidente sobre coisas* (tal como deflui do art. 1.228, *caput* – não inteiramente exauriente nesse *caput*, pois conforme a situação do objeto da propriedade *imobiliária* incidem outros textos, *v.g.* as matérias referidas no § 1º do art. 1.228, tais como disciplinadas nas respectivas leis especiais – e constava do art. 524 do Código Civil de 1916)" [292].

Caso se quisesse atribuir uma conceituação ao direito de propriedade constitucional, ter-se-ia que se distanciar daquela que está no direito civil. No constitucional, o direito de propriedade não tem uma definição restrita, mas refere-se a todos os direitos patrimoniais privados, com viés de patrimonialidade, na qual está essencialmente envolvida a concepção de proteção do patrimônio, garantida ao indivíduo em relação ao próprio Estado[293].

Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes[294], o conceito constitucional de direito de propriedade ultrapassa os limites da concepção civilista privada estrita e inclui outros valores também de natureza patrimonial, "como as pretensões salariais e as participações societárias".

Entretanto, apesar de haver expressa previsão constitucional, o direito de propriedade, ainda que considerado direito fundamental do cidadão, tem uma linguagem

---

290 Alvim Netto (2009, p. 252).
291 Alvim Netto (2009, p. 38 e subsequentes; p. 252 e subsequentes).
292 Alvim Netto (2009, p. 39).
293 Alvim Netto (2009, p. 59).
294 Mendes (2009, p. 468).

sintética e reduzida, o que permite espaço ao legislador ordinário para pormenorizar a matéria, sempre de acordo com o espírito político conferido pela Carta Maior.

E nessa sistemática legislativa é o Código Civil que regulamenta a matéria relativa ao direito de propriedade. No Código Civil em vigor a matéria está tratada no Título III do Livro III – *Do Direito das Coisas*. Mas é no art. 1.228 que se encontra o núcleo positivo do direito real de propriedade. Esse dispositivo legal estabelece que o proprietário tem a faculdade de *usar*, *gozar* e *dispor* da coisa, bem como o direito de reavê-la do poder de quem injustamente a possua ou detenha. Vale dizer que os elementos essenciais caracterizadores do direito de propriedade são decorrentes do que se depreende do texto constitucional, e disso deve-se entender que a Constituição Federal os garante ao cidadão[295].

Denota-se que se encontram no referido dispositivo os elementos essenciais que constituem o direito real de propriedade – *usar*, *gozar*, *dispor* e *reivindicar* da respectiva coisa. Nas situações jurídicas em que todos esses atributos encontram-se reunidos em um só titular, a propriedade é considerada plena. E o direito de propriedade é revelado por um conceito que expressa unidade. Isso para caracterizar, em caso de desfalque desse conceito único, a não conformação do próprio direito real em sua plenitude. Caso seja suprimido o elemento essencial do direito de propriedade, este restará desfigurado[296].

Os romanos desdobravam o direito de propriedade em três outros distintos: o *ius utendi*, *ius fruendi* e o *ius abutendi*. O *ius utendi* referia-se à possibilidade de o titular utilizar-se da coisa em toda a sua plenitude e em tudo aquilo que ela possa prestar. O *ius fruendi* consistia em tirar da coisa todos os frutos e rendimentos, sejam os frutos naturais, industriais ou civis. Por fim, o *ius abutendi* caracterizava-se por ser o direito que tem o titular de dispor livremente da coisa[297].

No âmbito do direito civil, o art. 1.228 revela concepção constitutiva do direito de propriedade, mas que deve ser reservada, como adverte Arruda Alvim, para

---

295 Alvim Netto (2009, p. 43).

296 Alvim Netto (2009, p. 43).

297 Josserand (1950, p. 102) relembra que os jurisconsultos romanos faziam uma análise do poder soberano do direito de propriedade chamada clássica; o proprietário, dizia, pode *uti*, *frui*, *abuti*. Destaca o autor sobre os termos: *Uti*. O proprietário pode usar a coisa, servi-se dela, por exemplo, habitando uma casa, cultivando uma fazenda etc. *Frui*. Esse atributo refere-se ao gozo da coisa: todos os frutos naturais, industriais ou civis são adquiridos pelo proprietário do bem que os dá, com reserva dos direitos do possuidor de boa-fé. *Abuti*. Esta palavra refere-se à faculdade de dispor da coisa, *materialmente* – transformando-a, deteriorando-a ou destruindo-a; *juridicamente* – cedendo os direitos que se tem sobre ela (por meio de negócios jurídicos de venda, doação ou disposição testamentária), ou gravando-a com direitos reais.

definir apenas as coisas corpóreas, pois outros tipos de bens – como energias que têm valor econômico[298] –, podem não ter sua natureza proprietária perfeitamente enquadrada nesse dispositivo legal (art. 1.228, *caput*), apesar de permanecerem passíveis de apropriação, ou seja, de também poderem ser objeto de propriedade[299].

Teixeira de Freitas[300], em seu esboço do Código Civil, define que domínio perfeito "é o direito real perpétuo de uma só pessoa sobre uma coisa própria, móvel ou imóvel, com todos os direitos sobre sua substância e utilidade". O mesmo autor define o domínio imperfeito como "o direito real resolúvel, ou fiduciário, de uma só pessoa sobre uma coisa própria, móvel ou imóvel; ou o reservado pelo dono perfeito de uma coisa, que aliena sòmente seu domínio útil".

Clóvis Beviláqua, no mesmo sentido, salienta que a propriedade pode ser limitada ou ilimitada. Será ilimitada, afirma o jurista, quando todos os elementos que caracterizam o direito de propriedade estiverem reunidos no proprietário. E limitada, portanto, "quando dela se desprende qualquer parcela para constituir direito real de outra pessoa, ou quando é resolúvel"[301].

Serpa Lopes indica que o conteúdo do direito de propriedade está indicado no texto legal que estabelece a propriedade como sendo "o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua"[302]. Indica o jurista que modernamente essas categorias que integram o domínio "são reduzidas a duas: 1ª) faculdades de gozo e aproveitamento; 2ª) faculdades de dispor e de vindicar"[303].

Também é esclarecedora a opinião de José Alberto González[304], que assevera ser a propriedade o direito real máximo especialmente por duas razões: (i) porque nenhum outro direito real oferece ao respectivo titular tão vasto conjunto de poderes – por conseguinte, os demais direitos reais são considerados, na expressão do autor, menores ou limitados –, (ii) e, por tais razões, o direito de propriedade é considerado a matriz dos demais direitos reais, pois estes buscam naquele seu fundamento.

---

298 "Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: **I - as energias que tenham valor econômico**; II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações" (destaques acrescidos).

299 Alvim Netto (2009, p. 257).

300 Freitas (1952, p. 1.177 e 1.232).

301 Beviláqua (1956, p. 115).

302 Referido no art. 524 do Código Civil de 1916 e que equivale ao art. 1.228 do Código Civil atual.

303 Serpa Lopes (2001, p. 314).

304 González (2005, p. 17).

Scialoja[305], citado por Ruggiero, define a propriedade como "uma relação de direito privado, pela qual uma coisa como pertença de uma pessoa é completamente sujeita à sua vontade em tudo que não seja vedado pelo direito público ou pela concorrência do direito alheio". Nessa conceituação, denota-se a contraposição ao direito público como significado de soberania, o vínculo de sujeição da coisa à pessoa pela pertença que em si traz as características de ser pleno e absoluto, como forma de causar uma completa sujeição da coisa ao titular do direito, que pode ser, entretanto, limitado pelo direito público ou pelo próprio direito privado, em virtude de determinadas faculdades atribuídas no interesse e em favor de terceiros[306].

Lafayette Pereira[307] esclarece que a propriedade, no sentido objetivo, quer significar não o direito, mas a coisa que é objeto do próprio direito, como os imóveis urbanos e os rurais. Entretanto, o autor evidencia que ordinariamente o direito de propriedade é considerado em sentido ainda mais restrito para representar tão somente o direito que tem por objeto direto ou imediato as coisas corpóreas. E nesse contexto a denominação geralmente atribuída é a de *domínio*, a qual caracteriza-se por ser, segundo o autor, o "direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios".

Dessa noção de domínio apresentada por Lafayette é possível, como indica o próprio autor em sua obra, concluir que ela: 1) envolve a faculdade de gozar de todas as vantagens e utilidades que a coisa possibilita e permite; 2) contém em si determinada característica "ilimitada" quanto à possibilidade do titular poder praticar sobre a coisa os atos compatíveis com a legislação em vigor; e 3) tem em sua essência a característica da *exclusividade*, ou seja, contém em si o direito de excluir da coisa a ação de terceiros estranhos a ela[308].

A propriedade é um direito primário, pois é pressuposto para que todos os demais direitos reais possam existir. Todos os outros direitos reais defluem da propriedade e dela são variações que o ordenamento se vale e autoriza; inexistindo esta (propriedade), desaparecem os demais (direitos reais) – especial e principalmente os direitos reais sobre coisas alheias[309].

---

305 Scialoja (*Teoria della proprietà nell Diritto Romano*, Roma, 1928) *apud* Ruggiero (1999, p. 459).

306 Ruggiero (1999, p. 459).

307 Pereira (2003, p. 96).

308 Pereira (2003, p. 97).

309 Alvim Netto (2009, p. 438).

José Serpa de Santa Maria nomeia a propriedade, em si mesma considerada, como direito real nuclear quando manifestada em sua plenitude. Contudo, completa o autor, não se revela como direito estanque ou estagnado, mas comporta tantas outras manifestações ou desdobramentos constitutivos de outros direitos que coexistem paralelamente e de mesma natureza real[310]. O núcleo do direito de propriedade é considerado no sentido de que todos os demais direitos reais dela decorrem, em torno dela orbitam e a ela permanecem conectados.

Dos direitos que integram o *domínio* e que são individualmente tratados por Lafayette Pereira[311], aqueles que interessam e merecem destaque neste capítulo são o de dispor da coisa e o direito do titular à substância da coisa (*nuda proprietas*). Por "dispor" entende-se o direito que tem o titular de alienar a coisa, total ou parcialmente, gratuita ou onerosamente, de onerá-la e até mesmo de abandoná-la. "Direito à substância da coisa" é a natureza que subsiste ao proprietário após a constituição de determinado direito real, como na hipótese do usufruto, por exemplo.

Pode-se dizer que o direito à substância, ou seja, o direito que minimamente remanesce ao proprietário, configura a essência do domínio e, em torno desse, por atração natural e própria, anexam-se os demais direitos elementares do domínio que, por determinado período de tempo, mantiveram-se destacados e titulados por terceiros, quando se tem fim a causa que justifica o desligamento destes do respectivo titular[312].

Lacerda de Almeida[313] salienta que há:

> (...) de um lado direitos sobre as cousas e do outro lado méro exercício de direitos sobre as cousas. O dominio é o único direito cujo exercicio autonomo, originario, tem em si proprio sua razão de ser. Os outros direitos são exercicios derivados completo ou quase completo, fragmentario ou mais ou menos complexo, das vantagens de dominio. Só o dominio é de sua natureza exclusivo e absoluto, isto é, *erga omnes*; os outros direitos podem sêl-o ou não sêl-o, isto é, podem ter o caracter de direitos reaes ou de direitos pessoaes.

---

310 Santa Maria (1993, p. 19). Vale destacar o cotejamento feito pelo autor ao dizer que a propriedade não se ergue como uma relação única, mas notadamente como um conjunto de relações que implicam, cada uma delas, outros novos direitos subjetivos que perduram em função e em razão dela, ***como verdadeiros satélites, mas de vivência normalmente temporária***.

311 Pereira (2003, p. 97-98).

312 Como ocorre quando há o cancelamento do usufruto e da servidão, por exemplo.

313 Almeida (1908, p. 59).

O direito de propriedade, portanto, em sua plenitude, comporta variações, adaptações e limitações, prestando-se a modalidades que constituem, ao mesmo tempo, restrições ao seu titular. Portanto, a propriedade será limitada se, por alguma razão jurídica, o proprietário não concentrar em si todos os atributos essenciais do direito real de propriedade.

E esta característica da propriedade decorre do referido princípio da elasticidade ou do desmembramento. A soma de direitos ou atributos que formam a propriedade pode ser desmembrada e dividida entre titulares distintos.

Arruda Alvim salienta que o direito de propriedade, como diretriz de estudo, pode ser compreendido em uma espécie de soma de direitos, como se estivessem misturados ou "amalgamados na unidade do direito de propriedade, e que esses direitos, somatório dos constitutivos da propriedade, podem ser desmembrados (em tantos quantos sejam possíveis os direitos reais, um com outro, ou uns com outros, desde que, assim desmembrados, *sejam compatíveis de conviver*)". Mas salienta o autor que essa idéia de soma de direitos é descartada por Windscheid[314], para quem a propriedade não se apresenta como a soma de faculdades singulares. "A propriedade é a plenitude do direito sobre a coisa, e as faculdades singulares, que são distinguíveis nelas, não são senão que a exteriorização dessa plenitude"[315]. Assim, o direito de propriedade, sendo *elástico*, desmembrar-se-ia em todos os outros *tipos* de direitos reais *possíveis*, ou seja, por utilizar a expressão *possíveis*, significamos viabilidade de convivência de mais de um direito real, geneticamente ligados ao mesmo direito de propriedade.

O destaque que faz o proprietário de alguns dos elementos que integram o domínio para concedê-los a determinadas pessoas decorre do exercício regular da disponibilidade de sua propriedade, como uma das faculdades essenciais que bem caracteriza o domínio. "Ele se autolimita livremente a benefício de outras pessoas a quem deseja prestar serviços ou benefícios"[316].

Em contrapartida, e como consequência do princípio de elasticidade ou desdobramento da propriedade, é possível presumir que haverá, em determinado

---

314 Arruda Alvim (2009, p. 181, Nota 261) destaca que, para Windscheid, a conceituação do direito de propriedade "indica que uma coisa (material) é própria de alguém, e por próprio em termos jurídicos, [quer-se significar] que essa propriedade é precisamente o direito de propriedade. Mas ao dizer que uma coisa é *própria* de alguém quer o direito significar que a respeito dessa a vontade é decisiva na totalidade das suas relações".

315 Alvim Netto (2009, p. 232 e Nota 260 da p. 181).

316 Santa Maria (1993, p. 19).

momento e em razão de certa circunstância, a reunificação de todos esses direitos na pessoa do titular do direito de propriedade original, que retomará suas características primitivas, e voltará a ter em suas mãos "a totalidade dos elementos representativos das faculdades, utilidades e poderes desse direito, todos eles juntos, sob a forma de domínio pleno; e, com isto, os direitos reais, por isto mesmo, terão desaparecido"[317].

O princípio da elasticidade permite que ora tais atributos da propriedade estejam concentrados em um único titular ou divididos em mais de um sujeito. Louis Josserand destaca que "las desmembraciones y cargas de la propiedad son todas derechos reales, porque, como su nombre lo indica, recaen sobre la propiedad que es el derecho real tipo"[318].

O direito real de usufruto é um clássico exemplo da possibilidade de divisão dos atributos da propriedade. Enquanto ao usufrutuário são destinados o usar e o gozar, ao nu proprietário fica apenas o dispor. Luis Cunha Gonçalves[319] define o usufruto como "direito real de gozar de uma cousa alheia, temporàriamente e como um bom e prudente proprietário".

Também se percebe esta característica do princípio da elasticidade no direito real de superfície. O proprietário poderá conceder a terceiro o direito de construir ou de plantar em seu terreno, nos termos do art. 1.369 do Código Civil. Para que o beneficiário do direito real de superfície possa construir ou plantar, o proprietário destitui-se dos atributos de usar e gozar, essenciais para o exercício efetivo da posse, que passa a ser exercida pelo superficiário. O proprietário manterá consigo o direito de dispor da coisa imóvel e, por consequência, da posse indireta.

Admite-se, sem dificuldade, salienta Josserand[320]:

> (...) que la superficie es un derecho de propiedad y no un usufructo o una servidumbre (resoluciones judiciales citadas); el superficiario es un propietario territorial; esto es lo que resulta de la fórmula del artículo 553[321] en que nos apoyamos para demonstrar la legalidad del derecho de

---

317 Alvim Netto (2009, p. 437).

318 Josserand (1950, p. 377). Tradução livre: "os desmembramentos e encargos da propriedade são todos direitos reais, porque, como seu nome indica, recaem sobre a propriedade que é direito real exemplar".

319 Cunha Gonçalves (1952, p. 151).

320 Josserand (1950, p. 358). Tradução livre: "que a superfície é um direito de propriedade e não um usufruto ou uma servidão (acórdãos citados), o superficiário é um proprietário territorial; isto é, o que resulta da fórmula do artigo 553 em que nos apoiamos para demonstrar a legalidade do direito de superfície: 'até prova em contrário', e, especialmente, para a parte que estabelece 'sem prejuízo da propriedade que um terceiro puder haver adquirido'".

321 Código Civil Francês, art. 553: "Todas as construções, plantações e trabalhos sobre um terreno, ou em seu interior, presumem-se que foram feitos pelo proprietário, a contrário não for provado; sem

> superficie: ‘mientras no se pruebe lo contrario’, y sobre todo de las palabras que siguen ‘sin perjuicio de la propiedad que un tercero pudiera haber adquirido’”.

Tal característica (a elasticidade), destaca Ruggiero, permite que sejam retirados do proprietário, em uma medida maior ou menor, mais ou menos intensa, uma ou mais faculdades de modo a reduzir seus poderes sobre a coisa até que fique com quase nada. Destaca o jurista que, ainda assim, “a propriedade permanece potencialmente íntegra, pela virtude intrínseca que aquela tem de se expandir, e volta à sua compressão normal e máxima, desde que terminaram os vínculos e as limitações que externamente a comprimiam”[322].

Portanto, o aspecto relacionado ao princípio da elasticidade do direito da propriedade traz como consequência a situação jurídica de que, extinto um determinado direito real que a limite, aquela é reconstituída plenamente. Tal efeito, como já referido, decorre da força expansiva ou atrativa da propriedade e ocorre de forma automática sempre após cessar o direito real que a comprime ou reduz[323].

Essa separação temporária de determinados poderes que integram o domínio, e dos quais o titular abdica temporária e espontaneamente, constitui os outros direitos reais que têm como efeito limitar o raio de atuação do domínio pleno originário e que, em contrapartida, torna o domínio limitado. Nessa característica elástica ou expansiva está compreendida a própria capacidade recuperadora da plenitude da propriedade. Bem destaca Darcy Bessone[324]:

> A propriedade pode sofrer várias restrições, pode privar-se de várias faculdades, sem, entretanto, deixar de ser propriedade. A elasticidade leva a propriedade, a despeito de todas as compressões que sobra, a pender sempre para a recuperação de sua plenitude, isto é, para voltar, dentro de tempo maior ou menor, a ser propriedade plena. Comprimida, ela tem, assim, a capacidade, a tendência de expandir-se, e, novamente, chegar à plena propriedade, que é o seu estado normal. As compressões ou limitações são, portanto, transitórias e anormais. A propriedade normal é a propriedade plena. Aí, temos a explicação do que os autores chamam de elasticidade da propriedade – é a capacidade de reextensão que a faz voltar à plenitude.

---

prejuízo da propriedade que um terceiro poderá ter adquirido ou poderá adquirir por prescrição, seja de um subterrâneo sob a construção alheia, seja de qualquer outra parte do edifício”.

322 Ruggiero (1999, p. 456).

323 Santo Justo (2007, p. 218).

324 Bessone (1988. p. 50).

Para Antônio Menezes Cordeiro[325], o direito de propriedade:

> (...) estende-se até as fronteiras do que seja juridicamente possível, admitindo, evidentemente, excepções; o direito de propriedade é auto-suficiente, não requerendo qualquer outro direito sobre a coisa sobre que incida. Sempre, porém, que surjam excepções à permissão ou que lhe seja imposta a concorrência com outro direito real sobre a mesma coisa, o direito comprime-se, na medida do necessário. Desaparecendo esses factores estranhos, as suas características próprias voltam a operar: o direito distende-se. O fenómeno é traduzido pela expressão *elasticidade*.

Em resumo, o domínio será *pleno* quando todos os elementos fundamentais que o integram estiverem reunidos no titular da propriedade da coisa. Invariavelmente, ao ser destacado qualquer um ou alguns dos elementos fundamentais, torna-se *limitado* e, consequentemente, adverte Lafayette Pereira[326], "a sua compreensão varia segundo o número e a importância dos direitos separados".

Para Edmundo Gatti[327]:

> O domínio – pleno o perfecto (derecho real de usar, gozar y disponer de cosas propia) es el derecho real de mayor contenido. El contenido de cualquier otro derecho real es menor que el del dominio y está incluido en el de éste. En el dominio, la voluntad del titular es decisiva respecto al destino de la cosa y, por consiguiente, mientras no se lo impida la ley o los derechos de un tercero, el dueño puede (exclusiva y perpetuamente) usar, gozar y disponer de la cosa, objeto de su derecho, como él quiera.

Nesse sentido, Darcy Bessone[328] ressalta que a propriedade é o mais amplo dos direitos reais porque o titular pode extrair da coisa todas as utilidades que ela possa proporcionar. Essas utilidades, afirma o autor, são agrupadas nas categorias do *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*, que "sofrem limitações derivadas do interesse público ou do interesse privado, tanto de caráter objetivo quanto de caráter subjetivo".

---

325 Cordeiro (1993, p. 628).

326 Pereira (2003, p. 104).

327 Gatti (1975, p. 138): "domínio – pleno ou perfeito (direito real de usar, gozar e dispor das coisas próprias) é o maior conteúdo de direito real. O conteúdo de qualquer outro direito real é menor do que o domínio e está incluído nele. No domínio, a vontade do titular é decisiva para o destino da coisa e, por conseguinte, enquanto não seja impedido pela lei ou pelos direitos de um terceiro, o proprietário pode (exclusiva e perpetuamente) usar, gozar e dispor da coisa objeto de seu direito como quiser" (tradução livre).

328 Bessone (1988, p. 189).

Ao considerar o direito de propriedade como direito real máximo, pois concede ao seu titular o maior número de poderes sobre uma coisa, é possível afirmar, especialmente em razão do aspecto social que tal direito adquiriu nos últimos tempos, que sua definição pode ser obtida pela negativa, ou seja, o proprietário pode utilizar o objeto de seu direito de todas as maneiras possíveis, exceto por aquelas que estejam proibidas por lei[329]. Gilmar Ferreria Mendes[330] salienta:

> A própria função social da propriedade impõe ao legislador um dever de atualização das disposições disciplinadoras do direito de propriedade, tornando, muitas vezes, inevitável uma *mudança do próprio conteúdo*. Ao contrário das providências de índole expropriatória, essas medidas de *conteúdo restritivo e conformativo* não legitimam, em princípio, qualquer pretensão indenizatória.

Em breves linhas, a seguir, serão consideradas as características gerais de cada um dos elementos que compõem a plena propriedade: o *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*, para analisar, subsequentemente, se tais elementos encontram-se presentes, no plano fático, na propriedade que é titulada pelo credor-fiduciário.

O *ius utendi* é o elemento que permite ao proprietário utilizar a coisa da maneira que melhor lhe aprouver. Este elemento pode alcançar diversas situações jurídicas em razão da utilidade ou utilidades que se presta a coisa. O direito de usar tem como consequência colocar a coisa a serviço do proprietário sem que se modifique a própria substância dela. O uso, vale destacar, já não mais contém a amplitude de outros tempos, em que se permitia ao titular a situação de **não usar** sua coisa. Atualmente, esta possibilidade está bastante reduzida em virtude da concepção social que o uso da propriedade ganhou nas últimas décadas.

Importante destacar, ainda, que no direito de usar atribuído ao proprietário encontra-se a faculdade de conceder a terceiro o direito de também utilizar a coisa.

Pela possibilidade de usar, o proprietário tem o direito de auferir os frutos ou produtos da coisa originados com ou sem a cooperação do trabalho humano (frutos industriais e naturais, além dos civis) e, por consequência lógica, colocá-la em

---

329 Podem exemplificar esta situação as hipóteses dos parágrafos 1º e 2º do art. 1.228, do Código Civil.

330 Mendes (2009, p. 484).

condições de produção. Isto caracteriza o *ius fruendi*. Darcy Bessone considera que o "*jus fruendi* implica, em regra, o *jus utendi*"[331].

O *ius abutendi* traduz a possibilidade de o titular da propriedade dispor materialmente de sua coisa. Como adverte Darcy Bessone, este elemento permite a disposição material que implica a destinação da coisa para uma finalidade econômica[332] em favor do titular. É o *ius abutendi* – que não significa abuso ou uso ilimitado da propriedade – que torna possível ao proprietário transferir a terceiro todas as suas prerrogativas decursivas do direito real de propriedade ou, ainda, de forma parcial, situação em que se constituirá direito real em favor de terceiro.

A alienação da coisa tem como efeito deslocar, de uma pessoa para outra, o direito de exercer aquilo que os outros elementos acima referidos permitem (*ius utendi* e *ius fruendi*), ou seja, a faculdade de usar e desfrutar da coisa. Ao alienar o objeto, o titular destitui-se voluntariamente de seu poder sobre ele e transfere-o ao novo titular. A disposição será considerada perfeita, destaca Clóvis do Couto e Silva[333], quando a outra parte efetivamente adquire o direito.

Tal destituição nas alienações puras – assim entendidas aquelas feitas sem que sejam mantidas, após a celebração do respectivo negócio jurídico, quaisquer ligações ou interações decorrentes de condições impostas entre o que aliena e o que adquire –, tem como consequência fundamental remover de forma integral todos os elementos que compõem a propriedade plena e alocá-los sem qualquer restrição no adquirente. Nesses negócios jurídicos de alienação, constituídos com o registro, não subsiste qualquer vínculo entre o adquirente e o ex-titular. Aquele que dispôs perde o poder que exercia sobre a coisa e o que a adquire passa a exercê-lo plenamente nos termos e limites da lei.

A doutrina considera o *ius abutendi* como o próprio conteúdo do direito real de propriedade, que pode estar, como referido acima, comprimido ou minimizado por situações jurídicas diversas, principalmente nas hipóteses em que são constituídos direitos reais em favor de terceiros (usufruto e servidão, como exemplos).

É possível concluir, portanto, que a propriedade considerada plena é aquela em que o correspondente titular reúne todos os elementos caracterizadores deste

---

331 Bessone (1988, p. 190).
332 Bessone (1988, p. 191).
333 Couto e Silva (1997, p. 85).

direito real[334], ou seja, em relação à qual não ocorreu desmembramento de seus atributos essenciais; quanto à limitada, explica Arruda Alvim, é "aquela em que está presente uma condição *propriamente dita*"[335]. Nesta situação, a propriedade é considerada a matriz de todos os outros direitos reais possíveis. É de tal circunstância que os demais tipos de direitos reais se originam. Como registra Wolf, a propriedade caracteriza-se por ser a "ordenação jurídica mais abrangente sobre uma coisa"[336].

Outras características são também importantes para fazer a pretendida distinção entre a propriedade plena e a fiduciária imobiliária em garantia. A propriedade plena tem características de direito: a) absoluto, b) exclusivo e c) perpétuo.

De acordo com a definição de Guillermo Allende[337], o sentido de "absoluto" do direito de propriedade refere-se a um caráter próprio que, com seus atributos essenciais e específicos de direito matriz, distingue-o dos demais direitos reais, os quais, registra o autor, não possuem tanta amplitude. "Absoluto" compreende, portanto, o sentido de faculdades que integram a propriedade plena. Uma vez adquirido não pode ser desligado da pessoa do proprietário sem o seu consentimento[338] ou até que ocorra um motivo que o cesse[339].

Na concepção de direito "exclusivo" entende-se o poder que o direito real de propriedade tem de excluir as interferências de terceiros ao exercer, o proprietário, seu regular direito de respectivo e correspondente titular. Contém "em si o direito de excluir da coisa a ação de pessoas estranhas", destaca Lafayette Pereira[340].

A parte final do art. 1.228, no nosso atual Código Civil, contém tal percepção – pois estabelece que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, **bem como o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha** –, porém, não de forma tão clara e direta como é feita no conteúdo do art. 2.508[341] do Código Civil Argentino, o qual estabelece: "El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener".

Claro que a exclusividade não exclui a possibilidade de duas ou mais pessoas

---

334 Almeida (1908, p. 80).
335 Alvim Netto (2009, p. 249).
336 Wolf Manfred *apud* Alvim Netto (2009, p. 183).
337 Allende (1967, p. 87).
338 Pereira (2003, p. 101).
339 Almeida (1908, p. 78, nota de rodapé feita ao título do Capítulo II, *Modalidades de domínio*).
340 Pereira (2003, p. 97).
341 "O domínio é exclusivo. Duas pessoas não podem ter, cada uma, no todo, o domínio de uma coisa, mas podem ter em comum a mesma coisa, pela parte que cada uma pode ter" (tradução livre).

serem coproprietárias de determinado imóvel, em um exemplo claro de condomínio voluntário de coisa indivisa[342].

Outra importante característica do direito de propriedade é sua "perpetuidade", ou seja, ainda que haja movimentação econômica e jurídica de um titular para outro em razão da transmissibilidade dos direitos reais, encerrando o direito de um e, consequentemente, iniciando o direito do subsequente, o direito de propriedade subsiste como direito real.

Ademais, não se perde o direito de propriedade pelo não exercício, o que, segundo Arruda Alvim[343], "dogmática e historicamente sempre se aceitou, mas, contemporaneamente deve ser entendido, também, à luz do exame da Constituição Federal e da legislação extravagante". O autor chama a atenção para a moderna conceituação do direito de propriedade diante das necessidades e/ou dos interesses coletivos. O direito de não usar do proprietário não poderá afetar os interesses maiores postos e legitimados tanto pelo legislador Constituinte quanto pelo ordinário, de forma indistinta, em benefício dessa coletividade.

Na concepção de perpetuidade do direito deve-se compreender a questão da imprescritibilidade da ação reivindicatória. Nesse contexto, é preciso destacar o não exercício ou o não uso da propriedade – pois o não uso é tido, pela doutrina civilista tradicional, como uma forma de uso deste direito real –, observada a legislação vigente, em especial aquela que se refere à função social da propriedade para evitar mau, inadequado ou insuficiente aproveitamento, com aplicação de restrições ou sanções ao proprietário como forma de incentivo ao uso da coisa (a exemplo, art. 182, § 4º da Constituição Federal, e artigos 5º e seguintes do Estatuto da Cidade). Em tal contexto é que se devem perceber os novos contornos do direito de propriedade que são dados pelos vetores que decorrem da concepção de função social da propriedade e, portanto, os limites do proprietário ao seu direito ao não uso. Em contrapartida, e de forma consequente, percebe-se o nascimento de um novo viés desse direito real (de propriedade), que é o dever de melhor aproveitamento pelo titular em razão do interesse coletivo[344].

Portanto, em relação ao não uso da coisa objeto do direito de propriedade, a ação reivindicatória que tutela o domínio só será extinta por situação

---

342 Código Civil, artigos 1.314 a 1.330.
343 Alvim Netto (2009, p. 221).
344 Alvim Netto (2009, p. 144, Nota 205).

fática que revele uma prescrição aquisitiva. Em outras palavras, a ação reivindicatória somente será efetiva e definitivamente anulada caso haja condições de serem a ela contrapostos os requisitos de aquisição pela usucapião.

Arruda Alvim[345] mostra que a esse entendimento Pontes de Miranda posicionou-se contrariamente ao indicar a possibilidade da perda da propriedade não pela usucapião, mas pela prescrição comum do art. 177[346] do Código Civil de 1916, o que levaria à perda da propriedade sem necessariamente haver novo proprietário. A doutrina caminhou no sentido de manter o entendimento de que a ação reivindicatória não prescreve pelo decurso do tempo, salvo se ocorrer, como referido acima, a usucapião, que tornará sem qualquer efeito útil a reação do proprietário.

Importante destacar, para o que se pretende adiante, ainda que em breves linhas, que a propriedade plena, no sentido clássico e que está estampado no art. 1.228 do atual Código Civil, não mais contém o individualismo originado no âmbito e no bojo do espírito filosófico da Revolução Francesa. Tal individualismo, deve-se contextualizar, apareceu no Código de Napoleão em contraposição ao sistema de propriedade feudal. Este, por sua vez, edificou-se em oposição ao conceito romano de propriedade[347].

No feudalismo, a construção jurídica da propriedade tinha como ponto central a própria coisa. O estratificado sistema de classes sociais também dominava o modo de aquisição e transmissão de propriedade, que se concentrava nas formas de propriedade servil e propriedade senhorial, da qual nasciam, para os titulares da posse, determinadas obrigações e sujeições de natureza pessoal e, em contrapartida, resultava a jurisdição dos senhores, com "poderes soberanos ou políticos de todo o tipo e espécie a favor dos nobres, dos eclesiásticos, dos conventos e das cidades"[348].

Os menos favorecidos não tinham acesso à propriedade, razão pela qual não é incomum encontrarmos, até hoje, como ainda ocorre em nossa Constituição Federal[349], o conceito de liberdade ao lado do de propriedade. A estrutura do sistema hereditário (direito de primogenitura, por exemplo) feudal foi construída para evitar

---

345 Alvim Netto (2009, p. 221-222).

346 "As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas". O Código Civil em vigor, no art. 205, tem a seguinte redação: "A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

347 Alvim Netto (2009, p. 187-190).

348 Ruggiero (1999, p. 458).

349 Constituição Federal, art. 5º, inciso LIV – "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

desvios patrimoniais e, assim, garantir que determinada classe social sempre mantivesse o poder político e econômico, o que de fato ocorreu por séculos[350].

A liberdade preconizada pela Revolução Francesa foi idealizada de forma praticamente absoluta, especialmente no âmbito do direito das obrigações, como meio para garantir as condições propícias ao desenvolvimento pleno para a expansão da riqueza da burguesia, paralelamente à ascensão dessa classe ao poder. Os direitos reais também não passaram imunes aos princípios revolucionários do iluminismo. Contudo, a nova estrutura proposta pelo liberalismo pretendeu garantir segurança ao proprietário e seu patrimônio que, no novo cenário social, era o burguês, até então preterido pelo feudalismo[351].

E nessa linha filosófica do liberalismo, que deu nova modelagem jurídica à propriedade, passou-se a fortalecer a *tipidicade* como princípio basilar dos direitos reais. Assim, o conteúdo dos direitos reais passou a ser informado e regulado nos elementos do próprio tipo normativo estabelecidos na legislação, e não mais na vontade do titular, enquanto a *taxatividade* limitava os direitos reais às categorias legalmente existentes, o que excluiu, igualmente, a atuação da vontade privada. Como exemplo, o novo proprietário estabeleceu na nova ordem jurídica o dever de abstenção, o que só pode ser conferido pela lei e não pela vontade particular do proprietário[352].

E dessa proteção extrema que se pretendeu dar ao indivíduo e ao direito de propriedade surgiram os textos dos artigos 544 e 545 do código Civil Francês que, por sua vez, influenciaram diversos textos jurídicos europeus. Segue a íntegra dos artigos:

> Art. 544 – A propriedade é o direito de fazer e de dispor das coisas do modo mais **absoluto**, contanto que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.
> Art. 545 – **Ninguém pode ser constrangido a ceder a sua propriedade**, a não ser por motivo de utilidade pública e mediante uma justa e preliminar indenização[353].

Possível notar que o legislador francês garantiu ao proprietário o sentimento de extrema individualidade no direito de propriedade, que guarda consonância com a teoria econômica liberal, marcada pela superioridade da liberdade individual em contraposição à ineficácia da ingerência estatal. “Colocou-se, portanto, a

350 Alvim Netto (2009, p. 188).
351 Alvim Netto (2009, p. 190).
352 Alvim Netto (2009, p. 192 e Nota 289).
353 Destaques acrescidos.

propriedade, num verdadeiro altar, cujo sacerdote era o proprietário"[354]. O individualismo, concebido após a Revolução Francesa, representou ponto de suporte e teve como objetivo gerar segurança e estabilidade para o desenvolvimento social, político e econômico da burguesia.

Para alguns escritores esse absolutismo garantia ao proprietário, em certo modo, até mesmo o direito de abusar do direito de propriedade. Ou seja, sendo proprietário estaria legitimado a exercer seu direito de forma a prejudicar terceiros, ainda que sem benefício próprio. Tal percepção da propriedade, com o passar dos tempos, foi moldada às novas concepções sociais, com o escopo de evitar abusos. Percebe-se esse enfraquecimento do individualismo em alguns textos normativos no início do século XX, como no art. 27, 3ª alínea[355], da Constituição Mexicana de 1917 e, também, na parte final do art. 153[356] da Constituição de Weimar.

E com o evoluir das legislações, o direito de propriedade passou a ter novos contornos, definidos por elementos que convergem para valorizar o interesse da coletividade em detrimento do individualismo do proprietário. Não se alterou, como salienta Arruda Alvim[357], a essência do direito de propriedade, "mas a *extensão da expressão prática das possibilidades e dos poderes afetados ao 'dominus'*, predominantemente (como, por exemplo, entre muitos outros, a regra do § 2º do art. 1.228 [que é expressão da *função social da propriedade*, pois há de considerar o 'outro' ou 'outros', i.e. a sociedade], o que não exaure as hipóteses)".

Vale destacar que a lei pode, como de fato o faz, colocar limites ao absolutismo do domínio. À medida que aumenta a influência do conceito de solidariedade social, maiores são as restrições e os vínculos a que a propriedade está

---

354 Alvim Netto (2009, p. 195 e 199).

355 "La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad".

356 "A propriedade obriga. Sua utilização deve igualmente servir ao bem comum"; assim como no art. 14, inciso 2, da atual Constituição Alemã: "A propriedade obriga. A sua utilização deve servir igualmente ao bem de todos da sociedade" (Alvim Netto, 2009, p. 163).

357 Alvim Netto (2009, p. 288).

sujeita no interesse da coletividade. O absolutismo das faculdades de gozo e de disposição, portanto, que em diversas legislações foi colocado como direito fundamental do proprietário, não deve, atualmente, ser compreendido em sua mais ampla e exagerada extensão, mas com limitações racionais e legais que a própria sociedade atual impinge ao direito de propriedade[358].

O Código Civil tem como objeto a propriedade individual e os §§ 1º e 2º do art. 1.228 indicam os novos contornos a que o direito do proprietário está submetido. Sem esquecer que, para a propriedade urbana, faz parte, ainda, a própria Constituição, o Estatuto da Cidade, os Planos Diretores e as leis municipais de zoneamentos.

Os preceitos apresentados até agora referentes ao direito de propriedade podem ser indicados como os principais e que podem auxiliar a estabelecer uma comparação e, consequentemente, a diferenciação entre a qualidade da propriedade do Código Civil e aquela de que o credor fiduciário é titular após o registro do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel.

A possibilidade dessa diferenciação decorre da concepção de direito matriz da propriedade, tratado acima, pois dele é que podem ser concebidos, também, os direitos reais de garantia. No Direito Brasileiro as garantias reais clássicas são o penhor, a hipoteca e a anticrese. Pelo texto legal a coisa dada em garantia permanece ligada à relação jurídica obrigacional por vínculo real, como estabelece o texto do art. 1.419[359] do Código Civil. O que significa dizer que, qualquer que seja o destino dado à coisa, ela permanecerá subordinada às consequências daquilo que ocorrer com a obrigação principal.

Assim, a função dos direitos reais de garantia consiste em assegurar a satisfação do crédito ao credor. Para tanto, é atribuído ao titular do crédito um poder especial sobre a coisa dada em garantia, mas sem a faculdade de gozo sobre ela.

Neste sentido, os direitos reais de garantia diferem-se do direito real matriz (propriedade) no sentido de que, por exemplo, não é permitido ao credor o uso e o gozo da coisa. Também, enquanto a propriedade é considerada direito real autônomo, com finalidade própria e com correspondente função econômica, os direitos reais de garantia são, por natureza, acessórios de outro direito considerado principal, que é o

---

358 Pedro Gogliolo, mencionado por Paulo de Lacerda (1924, p. 3) em seu *Direito das Coisas*, declara que é "estranho que se queira achar uma só simples causa para instituição tão grande, a propriedade privada é um *facto social* verificável em todos os tempos e entre todos os povos civilizados. Surge e desenvolve-se com a civilização, e toda civilização sobre ella repousa".

359 "Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por **vínculo real**, ao cumprimento da obrigação" (destaques acrescidos).

direito de crédito (obrigacional). Os direitos acessórios servem como garantia ao direito de crédito em caso de inadimplemento do devedor. Não poderão, portanto, surgir nem existir sem que seja constituído um crédito correspondente e, como consequência dessa acessoriedade[360], seguem o mesmo destino do principal, o crédito, e deste não poderão ser transmitidos separadamente nem sobreviver se ocorrer a extinção daquele[361].

Nussbaum[362], ao fazer referência à garantia hipotecária, salienta que o direito real de hipoteca não representa uma simples relação pessoal entre credor e proprietário, mas envolve um direito absoluto, válido contra todo terceiro, sendo antinatural e ilógico emancipar o direito real de garantia do direito de crédito.

Nessa sistemática, a propriedade fiduciária imobiliária aparece em nosso sistema jurídico com a função de servir como garantia no âmbito da lei do SFI, ou seja, trata-se de direito real de garantia.

4.3 A Experiência da Propriedade Fiduciária no Direito Estrangeiro

Há, também, a possibilidade de se valer de experiências jurídicas de outros países para, comparativamente, buscar a melhor compreensão da qualidade da propriedade do credor fiduciário.

4.3.1 O Código Civil Holandês

Um importante exemplo que se deve utilizar como indicativo de modelo de clareza na definição da qualidade da propriedade utilizada como meio de garantia fiduciária é o Código Civil Holandês[363] de 1992, o qual estabelece "que um ato jurídico

---

360 Não significa dizer "que nas suas condições objetivas de constituição e de existência estes direitos não tenham uma vida própria e não constituam relações jurídicas reguladas por normas e com existência própria, independentes das de crédito; o caráter de acessório deve entender-se no sentido de que a função e o fim, e não a natureza jurídica, não são independentes da existência de uma obrigação" (Ruggiero, 1999, p. 690).

361 Ruggiero (1999, p. 690).

362 Nussbaum (1929, p. 56 e 230).

363 Código Civil Holandês de 1992, 3:84, parágrafo 3. **Redação original**. "Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed".

que se destina à transferência de propriedade para fins de segurança ou que não tem o propósito de trazer a propriedade para o patrimônio do adquirente, após a transferência, não constitui um título válido para a transferência dessa propriedade"[364].

Nota-se que o texto legal indica uma determinante diferença entre os negócios jurídicos fiduciários e aqueles que acarretam a aquisição da propriedade plena. A diferença está no fato de que, ao ser contratada a transferência de uma propriedade com efeito de segurança ou garantia de determinada situação jurídica obrigacional, tal transferência não é suficiente para acarretar o acréscimo patrimonial correspondente ao patrimônio do respectivo credor. Em outras palavras, a "*alienação*" que se faz com o escopo de garantir o cumprimento de determinada prestação não tem como consequência produzir o aumento patrimonial do credor, mas apenas de prevenção em caso de inadimplemento do devedor.

A vantagem do texto normativo holandês é que tal inferência está visível e expressa, o que não ocorre no texto da lei do SFI.

4.3.2 O DIREITO ESPANHOL

Também como contraposição à expressa previsão holandesa, merece ser indicada, talvez com um pouco mais de destaque, a experiência espanhola. Gema Tomás Martínez relembra que a fidúcia apareceu no direito espanhol na segunda década do século XX, em decisão proferida pela Direção Geral dos Registros e dos Notariados[365], em uma adjudicação feita para pagamento de dívidas hereditárias, em que havia mais herdeiros do que bens a serem partilhados. Para a solução, entendeu-se possível atribuir a um ou mais herdeiros – ou até mesmo a um terceiro – a propriedade dos bens necessários para serem alienados e, com o resultado da venda, saldar as dívidas do espólio. Destaca a autora que esta instituição atípica foi a porta de entrada do instituto da fidúcia no direito espanhol[366].

Tradução livre para o inglês. "A juridical act which is intended to transfer property for purposes of security or which does not have the purpose of bringing the property in the patrimony of the acquirer, after transfer, does not constitute a valid title for transfer that property".

364 Tradução livre.

365 Resolução de 04/06/1922.

366 Tomás Martínez (2004, p. 290).

O que se construiu ao início, salienta Costa y Bravo[367], foi um duplo sentido desse instituto com a combinação de negócios jurídicos independentes entre si, sendo um real – que operava a transmissão plena, definitiva e ilimitada da coisa, com a correspondente e efetiva atribuição patrimonial, de forma eficaz e *erga omnes* em favor do credor adquirente – e outro de cunho meramente obrigacional, válido *inter partes* – que tinha como finalidade constranger o credor adquirente a atuar dentro do que fora convencionado, ou seja, com finalidade de garantia (*cum creditore*) ou com finalidade de administração (*cum amico*, como ocorre nos casos de adjudicação referidos acima, na hipótese do problema da sucessão hereditária), bem como de forma a não impedir o resgate da coisa pelo transmitente.

Consequentemente, pode-se concluir que o negócio fiduciário espanhol desdobrava a posição jurídica do fiduciário em dois distinto planos: (i) perante terceiros figurava como efetivo e pleno titular de direito real de propriedade, com possibilidade de dispor plenamente da coisa na forma do que corresponde ao art. 1.228 do Código Civil Brasileiro; e (ii) perante o alienante e fiduciante, ou seja, na relação interna entre os contratantes, sua condição era de mero mandatário[368].

Em um segundo momento de evolução, a fidúcia espanhola caminhou para uma afirmação da teoria do duplo efeito difundida por José Castán Tobeñas, influenciada pela doutrina de Francesco Ferrara[369], mais próxima do modelo romano, em que o negócio fiduciário seria a combinação de dois atos distintos e independentes entre si, por meio dos quais um transmite o direito real de propriedade e o credor fiduciário transforma-se em proprietário efetivo *erga omnes*, e outro com um pacto de natureza pessoal que o obriga a atuar conforme convencionado.

Foi Federico de Castro y Bravo que primeiramente combateu a teoria do duplo efeito difundida na doutrina espanhola[370]. Segundo o autor[371], a teoria do duplo efeito não era capaz de resolver os problemas centrais das pretensões das partes,

---

367 Costa y Bravo *apud* Tomás Martínez (2004, p. 294).

368 Fuenteseca (1997, p. 216).

369 Franceso Ferrara foi duramente criticado por autores como Cariota Ferrara, o qual afirmou não ser possível admitir negócios jurídicos independentes, um real e outro obrigacional, sendo que o primeiro não guarda relação causal com o segundo. Os ordenamentos jurídicos que exigem a existência da causa para os negócios experimentariam uma dissonância íntima na relação jurídica capaz de convertê-lo em um negócio ambíguo, com evidente discrepância consigo mesmo, pois estaria em contraste com a sua causa, com a qual deve, na opinião do autor confrontante, estar conexo e identificado. Nesse sentido, a transferência da propriedade com finalidade de garantia produz uma dissonância entre a transmissão do direito de propriedade e a causa pela qual se fundamenta (Cariota Ferrara, 1956, p. 202).

370 Tomás Martínez (2004, p. 301).

371 Castro y Bravo (1967, p. 398).

especialmente do fiduciante, pois, sob a perspectiva do fiduciário, o sistema jurídico não continha instrumental suficiente para evitar a plena e definitiva transferência da propriedade. Consequentemente, a alienação ou constituição de direitos reais feitos por este (fiduciário) a um terceiro era considerada plenamente válida, mesmo que o adquirente conhecesse o pacto causal de fidúcia. Se destruída dolosamente a coisa, da mesma forma não havia responsabilidade penal para o fiduciário, uma vez que agia como dono dela. Não havia para o fiduciante a possibilidade de reivindicar a coisa em caso de inadimplemento por parte do fiduciário.

A concepção espanhola sobre o negócio fiduciário caminhou para uma adequação entre a causa do negócio jurídico e sua eficácia. O fiduciante passou a reter a propriedade material da coisa objeto da fidúcia e entregar ao fiduciário apenas a propriedade formal. Castro y Bravo[372], responsável por dar novo entendimento doutrinário à fidúcia, destaca que essa estrutura salvou o negócio fiduciário da desarmonia irrecuperável embutida na teoria do duplo efeito, pois evitava-se a transmissão plena e efetiva da propriedade da coisa, limitando a alienação à eficácia externa e condicionada à finalidade fiduciária (*cum amico* ou *cum creditore*). O autor evita classificar a propriedade como fiduciária, pois para ele existe apenas um tipo de propriedade e as características da situação jurídica do fiduciário não permitem encaixá-la nele, por estar subordinada a determinado objetivo proposto e, portanto, enquadrada em contexto provisório e transitório.

A falta de harmonia entre a causa e a eficácia do negócio – pois a propriedade no negócio fiduciário não se transmite efetivamente de modo pleno e definitivo, senão de forma limitada à eficácia externa e condicionada à finalidade da própria fidúcia –, fez com que, nos anos 1980, conforme salienta Tomás Martínez[373], a doutrina de Castro y Bravo fosse definitivamente absorvida pelo Tribunal Supremo espanhol, e, consequentemente, acarretasse o abandono da teoria do duplo efeito[374].

---

372 Castro y Bravo (1967, p. 421).

373 Tomás Martínez (2004, p. 304).

374 Tribunal Supremo Espanhol. Sala de lo Contencioso. Sede Madrid. Recurso de Casación. Recurso numero 5.501/2005. "**3º)** Abundando en el criterio de que la venta entre el accionista y la intermediaria es un negocio que responde a la causa del medio empleado sino al de crear una titularidad formal a favor de la segunda que facilite la transmisión de los títulos ya vendidos a GUINESS PLC, razona que "*la relación jurídica entre el accionista y la intermediaria no puede calificarse como compraventa, sino como un mandato o bien como una relación de fiducia. Pero si se trata de un mandato a la entidad financiera para que venda las acciones, no estamos ante un título con eficacia traslativa del dominio, ni siquiera aunque la intermediaria obrase en nombre propio, porque se trataría de un mandato referente a «cosas propias del mandante» que, como señala el artículo 1.717 del Código Civil y cita el*

Em sua obra, Castro y Bravo[375] procura nominar os tipos de propriedades tituladas pelo fiduciário e pelo fiduciante após a constituição da venda em garantia. Para o autor espanhol, o fiduciário mantém consigo uma propriedade formal e o fiduciante retém a material. Entretanto, tal designação foi repetidamente criticada pela doutrina da época pelo desdobramento da propriedade em material e formal, com aparente criação de direitos reais estranhos àqueles existentes no ordenamento jurídico vigente.

Contudo, defende o autor espanhol, a reprovação à teoria da propriedade formal do fiduciário referia-se muito mais à designação utilizada do que aos resultados, pois a mesma permanecia em relação de dependência restrita com os pactos que a originavam e dela recebiam maior ou menor extensão ou alcance. Para evitar ataques à denominação, Castro y Bravo alterou a designação e passou a chamar a propriedade do fiduciário de *titularidade fiduciária*[376].

Director recurrente, no queda sometido a la norma de dicho precepto sobre el mandatario que obra en su propio nombre".
El núcleo del razonamiento es el siguiente: si se opta por catalogar a la relación mantenida con la intermediaria financiera como una «fiducia cum amico» tampoco se encuentra apoyo suficiente para defender la dualidad de transmisiones con el alcance pretendido, tesis que sustenta mediante uma exposición de la evolución jurisprudencial sobre esta figura negocial. A este respecto, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la sentencia de 25 de abril de 1944, *introdujo la «teoría del doble efecto», por la que cabe distinguir en la fiducia, por un lado la transmisión de la propiedad al fiduciario y, por otro la obligación de éste de transmitir lo adquirido a quien designe el fiduciante. El doble efecto responde, por tanto, a la dualidad del efecto jurídico real (transmisión de la propiedad) y el efecto jurídico obligacional (obligación para el fiduciario de retransmitir lo adquirido).*
Pero esta teoría – se indica – ha sido abandonada por el Alto Tribunal en sentencias más recientes, como se reconoce en la de 8 de marzo de 1988 *cuando se afirma que "la teoría científica reciente se aparta del «doble objeto» y prescinde de la sustantividad de la «causa fiduciae» como comprendida en el artículo 1.274 (del Código Civil), no obstante lo cual la titularidad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante respetar la situación anómala creada (artículos 1.255 y 1.286 del Código Civil) y la validez de lo acordado entre las partes, asistiéndole al fiduciario, en tanto no se produzca el cumplimiento, un «ius o titulus retinendi» que no permite se le imponga la restitución al no haber un simple préstamo, sino un contrato que entraña mayores efectos, pues ocasiona una transmisión basada en la buena fe, con efectos vinculantes para fiduciante y fiduciario".*
En esta línea doctrinal se encuentra también la sentencia de 19 de mayo de 1982 *, en que, al analizar un pacto de «fiducia cum creditore», señala el Tribunal Supremo que se trata de un acto mixto, integrado por dos independientes pero de finalidad unitaria, en que la causa no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía del débito, siendo en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía que, no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio "ínter partes" se revela de cara o frente a terceros, de todo lo cual concluye que la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender*".

375 Castro y Bravo (1967, p. 422).

376 Castro y Bravo (1967, p. 423).

4.3.3 NA ARGENTINA

Já no exemplo argentino encontra-se previsto expressamente que a propriedade fiduciária é tida como domínio imperfeito, nos termos do art. 2.661[377] do Código Civil, o qual estabelece que "domínio imperfeito é o direito real revogável ou fiduciário de uma pessoa sobre uma coisa própria, móvel ou imóvel, ou reservado pelo proprietário pleno de uma coisa que aliena apenas o domínio útil"[378].

O entendimento de domínio imperfeito deve ser combinado com a disposição do art. 17[379] da Lei argentina nº 24.441, de 22/12/1994, que trata do financiamento da moradia e da construção, que permite ao fiduciário alienar ou onerar as coisas objeto da propriedade fiduciária desde que tais negócios jurídicos sejam vinculados à finalidade estabelecida no contrato fiduciário. Ou seja, a propriedade fiduciária será absoluta nos termos e limites estabelecidos no correspondente título de constituição. E se previamente autorizado no título pelo fiduciante, deste o fiduciário não dependerá de consentimento para a prática de tais negócios.

Segundo Carlos Molina Sandoval[380], a principal característica do domínio fiduciário argentino é a falta do caráter perpétuo que o art. 2.510[381] do Código Civil atribui ao direito de propriedade sobre as coisas. Em contrapartida, esclarece o autor, a

---

377 Código Civil Argentino:
"Título VII Del dominio imperfecto.
Artículo 2.661. Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil.
Artículo 2.662. Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutiva, o hasta el vencimiento de una plazo resolutivo, para el efecto de restituir la cosa a un tercero".

378 Tradução livre.

379 "El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario". "O fiduciário poderá alienar ou onerar os bens objeto de propriedade fiduciária, quando determinem as finalidades do fideicomisso, sem que para isso seja necessário o consentimento do fiduciante ou do beneficiário, salvo se houver sido pactuado algo em sentido contrário" (tradução livre).

380 Sandoval (2009, p. 82).

381 "El dominio es perpetuo, y subsiste independiente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción". "O domínio é perpétuo e subsiste independentemente do exercício que se faça dele. O titular não deixará de ser proprietário mesmo que não exerça qualquer ato de posse, mesmo que esteja impossibilitado de fazê-lo, e ainda que um terceiro exerça com o seu consentimento ou contrário a ele, a menos que o proprietário tenha deixado a coisa abandonada durante o tempo necessário para que um terceiro possa adquirir a propriedade por usucapião" (tradução livre).

propriedade fiduciária caracteriza-se por ser temporária e imperfeita, uma vez que se extingue pelas causas taxativamente estabelecidas na referida lei nº 24.441.

Sob o mesmo enfoque, registra Luis V. Fortino[382] que a propriedade fiduciária argentina, ao ser transferida, alcança uma categoria diferente dos demais bens, já que não mais se encontra no patrimônio do fiduciante, pois a transmissão foi realizada; também, quanto ao fiduciário, a propriedade é exercida com observância de dois requisitos básicos, destaca o autor: (i) ela deve ser voltada para a finalidade estabelecida no contrato, e (ii) de maneira a não integrar o patrimônio do fiduciário, mas sim um patrimônio separado. Fortino destaca, inclusive, que o fiduciário deverá fazer um lançamento contábil próprio e separado do seu, exclusivamente destinado para a administração das coisas objeto de propriedade fiduciária.

4.3.4 NO URUGUAI E EM QUEBEC

O ordenamento uruguaio também considera que os bens objeto de propriedade fiduciária constituem patrimônio distinto e separado do patrimônio do fiduciário, de forma que tais direitos não integram a esfera patrimonial plena do credor desse tipo de garantia real, nos termos do art. 6º[383] da Lei nº 17.703, de 27/10/2003.

Igualmente, o Código Civil de Quebec, Canadá, no art. 1.261[384], afasta a titularidade da coisa objeto da propriedade fiduciária do patrimônio do fiduciário. Referido dispositivo legal estabelece: "Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel". Esse ordenamento jurídico admite a constituição de propriedade fiduciária para garantia de determinada obrigação (art. 1.263[385]).

---

382 Fortino (2006, p. 19).

383 "Los bienes y derechos fideicomitidos constituyen un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario". "Os bens e direitos mantidos em fideicomisso constituem um patrimônio de afetação, separado e independente dos patrimônios do fiduciante, do fiduciário e do beneficiário" (tradução livre).

384 "O patrimônio fiduciário, formado por bens transferidos em confiança, constitui um patrimônio de afetação, autônomo e distinto daquele do instituidor, do fiduciário ou do beneficiário, em que nenhum deles tem qualquer direito real" (tradução livre).

385 "La fiducie établie par contrat à titre onéreux peut avoir pour objet de garantir l'exécution d'une obligation. En ce cas, la fiducie doit, pour être opposable aux tiers, être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers ou au registre foncier, selon la nature mobilière ou immobilière des biens transférés en fiducie". "A fidúcia estabelecida pelo contrato a título oneroso pode ter como finalidade

4.3.5 NA ALEMANHA

No Direito Alemão a teoria do duplo efeito inicialmente adotada foi abandonada em razão de sua intrínseca debilidade, especialmente pela contradição externa que a referida teoria gerava entre os poderes do fiduciante frente ao fiduciário. Castro y Bravo[386] salienta que Kohler defendeu na dogmática alemã a existência do direito de separação dos direitos do fiduciante em relação ao fiduciário, de maneira que aquele mantenha uma *reivindicatio utilis* para permitir que a coisa objeto da propriedade fiduciária seja separada do patrimônio do fiduciário. No mesmo sentido, Dernburg sustentou existir a distinção de uma relação interna e externa no negócio fiduciário, sendo que, para o credor fiduciário, a situação é de proprietário de um crédito, tendo em relação à coisa dada em garantia apenas uma relação de apoderamento[387].

Assim, o credor, especialmente na transferência fiduciária com finalidade de garantia, faz com que o fiduciário seja reconhecido por todos como proprietário, exceto em relação ao fiduciante, que, por sua vez, na relação interna que se mantém entre os dois, permanece como proprietário[388].

Foram os tribunais alemães que impulsionaram, no decorrer de décadas, o movimento de abandono definitivo da teoria do duplo efeito, justificando a existência entre uma *propriedade formal* ou *forma externa* atribuída ao fiduciário e, ao fiduciante, uma *propriedade material* ou *verdade interna*. Nessa sistemática, a jurisprudência alemã reconheceu que o fiduciário recebe sua "propriedade" com objetivo definido e limitado, incapaz de legitimá-lo como verdadeiro titular[389].

O negócio fiduciário alemão, *Treuhand* – que em português, literalmente, significaria "mão fiel" –, de acordo com Christoph Fabian[390], pode ser traduzida como "fidúcia" ou "confiança". Salienta o autor que, sobre o instituto da fidúcia, não existe uma lei geral que regule essa matéria e tampouco o Código Civil Alemão ("BGB") de 1896 tratou do assunto. Entretanto, apesar de não haver uma expressa previsão legal sobre o tema, a fidúcia é aceita pela jurisprudência e pela doutrina alemã.

---

garantir o cumprimento de uma obrigação. Neste caso, a fidúcia deve ter efeito contra terceiros, que serão publicados no registro dos direitos mobiliários pessoais e reais ou no registro predial, de acordo com os bens móveis ou imóveis, transferidos fiduciariamente" (tradução livre).

386 Castro y Bravo (1967, p. 399).
387 Castro y Bravo (1967, p. 399).
388 Hedemann (1955, p. 525),
389 Castro y Bravo (1967, p. 400).
390 Fabian (2007, p. 154).

Há algumas peculiaridades na estrutura fiduciária alemã que merecem destaque. Sob o aspecto real, o fiduciário recebe no negócio fiduciário a plena propriedade da coisa. Neste sentido, é importante destacar que o BGB não admite a imposição de restrições ao direito real de propriedade[391]. A primeira parte do § 137 do BGB estabelece que "a faculdade de disposição de um direito alienável, não pode, por negócio jurídico, ser excluída ou limitada"[392]. Vale dizer que, na sistemática alemã, o fiduciário, apesar de possível, não pode dispor da coisa pelas limitações que lhe são impostas pelo pacto de fidúcia[393].

É preciso destacar que, pela regra contida no § 925 II[394] do BGB, é ineficaz a transmissão de coisas imóveis sob condição, apesar de haver a possibilidade das partes preverem condição resolutiva nos negócios jurídicos, nos termos do § 158 II[395], também do BGB. Fabian esclarece que é possível utilizar a transferência por garantia também para coisas imóveis, desde que haja a obrigatória inscrição no respectivo registro imobiliário, nos termos do § 925 I[396] do BGB.

A propriedade utilizada como garantia (*Sicherungseigentum*) fundamenta-se em uma forma especial de propriedade. Diferencia-se da propriedade considerada plena em função do caráter transitório que apresenta e pela conexão a uma finalidade específica, a de garantir o cumprimento de determinada prestação. Por decorrer do direito consuetudinário, pois surgiu no início do século XIX como forma de evitar as regras então existentes, especialmente porque o Direito Alemão conhecia apenas o penhor (*Pfand*) como direito real de garantia para coisas móveis, não se discute conflito entre esse direito real e o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais alemães. O desenvolvimento da transferência por garantia ocorreu pelos institutos financeiros e teria sido aceito pela jurisprudência, apesar de, segundo esclarece Riccardo Martucci, ainda não se encontrar regulamentada por lei[397].

A transferência por garantia no Direito Alemão consiste na própria transferência da propriedade (*Eigentumsübertragung*), na qual o pacto de garantia

---

391 Martucci (1991, p. 482).

392 Código Civil Alemão (1959, p. 40).

393 Martucci (1991, p. 480); Fabian (2007, p. 155).

394 "É ineficaz um acordo que tenha lugar sob uma condição ou com uma determinação no tempo" (Código Civil Alemão, 1959, p. 154).

395 "Se o negócio for realizado sob condição resolutiva, terminará o efeito do negócio jurídico com a ocorrência da condição; desde este momento restabelece-se a situação jurídica anterior" (Código Civil Alemão, 1959, p. 43).

396 Fabian (2007, p. 167).

397 Martucci (1991, p. 484); Fabian (2007, p. 166-167).

constitui a causa para a transmissão da propriedade, com a finalidade de assegurar a dívida de possível inadimplemento do devedor. Não se transmite a propriedade sob condição resolutiva pelo Direito Alemão (*Grundbuch*, § 925 II, BGB). Apesar de essa modalidade ser possível, na prática é raramente utilizada.

Destaca Martucci[398] que o negócio fiduciário alemão por excelência segue o modelo romano com a transferência ao fiduciário de um direito pleno de propriedade, razão pela qual, caso ocorram, os atos de disposição praticados pelo fiduciário em desatenção ao *pactum fiduciae* são considerados plenamente válidos, e caberá ao fiduciante reclamar apenas perdas e danos contra o fiduciário.

4.3.6 NO DIREITO PORTUGUÊS

Assim como o Brasil, Portugal também enfrentou e ainda enfrenta dificuldades na execução das garantias legalmente existentes, as quais são consideradas, pelo Código Civil, *numerus clausus*, como se depreende da leitura do art. 1.306[399], n° 1, muito similar à disposição alemã.

Alfredo Buzaid[400] salienta que no Direito Português não houve expressa previsão do instituto da propriedade fiduciária, admitindo-se, pelo art. 1.307[401], constituir a propriedade sob condição. É neste sentido que, salienta Luiz da Cunha Gonçalves[402], a propriedade resolúvel pode ser resolvida quando for constituída ou transmitida sob condição resolutiva, seja por contrato ou por testamento. Para Cunha Gonçalves, os motivos da resolução devem estar indicados no título de constituição da propriedade resolúvel. Segundo o autor, tais motivos não decorrem dos modos de constituição ou aquisição da propriedade, mas das regras gerais dos atos jurídicos, ou seja, são inerentes à retroatividade da condição resolutiva.

---

398 Martucci (1991, p. 490).

399 "**Artigo 1.306° («Numerus clausus»).** 1. Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional" (Código Civil Português, 1966).

400 Buzaid (1969, p. 23).

401 "**Artigo 1.307º (Propriedade resolúvel e temporária).** 1. O direito de propriedade pode constituir-se sob condição. 2. A propriedade temporária só é admitida nos casos especialmente previstos na lei" (Código Civil Português, 1966).

402 Cunha Gonçalves (1955, p. 282 e 284).

Mas a principal característica dada por Cunha Gonçalves[403] para a propriedade resolúvel do Direito Português é que, após sua constituição, passam a existir dois titulares simultâneos: o atual, ou seja, aquele sob condição resolutiva; e outro possível, ou sob condição suspensiva, que é o alienante, e que poderá readquirir a mesma propriedade após o implemento da condição. Os atos de disposição ou oneração praticados pelo proprietário em condição resolutiva desaparecem com o fim de sua propriedade, pela regra "*resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*". Destaca o referido autor, sobre a qualidade do proprietário em condição resolúvel: este não mantém em relação à coisa a plenitude de poderes de um proprietário incondicional.

4.3.7 A FIDÚCIA FRANCESA

Como referido anteriormente, a propriedade fiduciária desapareceu dos ordenamentos jurídicos e das codificações européias, e com o Código Civil Francês não foi diferente. Muito disso foi decorrente do entendimento clássico da unicidade e indivisibilidade do direito real da propriedade.

A fidúcia no ordenamento francês surgiu com a Lei nº 2.007-211[404], de 19/02/2007, com o reconhecimento da necessidade econômica de se ter garantias ágeis. A fidúcia francesa aproxima-se do modelo de *trust* anglo-saxão[405], pois na operação francesa também ocorre a transferência da propriedade, porém limitada à destinação que lhe será dada no título causal e pelo prazo nele consignado. Trata-se de relação triangular, composta por aquele que a constitui (fiduciante), que é quem transfere uma parte ou totalidade de seu patrimônio ao *fiduciaire* (fiduciário), no interesse do *benéficiere* (beneficiário)[406].

---

403 Cunha Gonçalves (1955, p. 282).

404 Disponível em: http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000821047. Último acesso: Maio 2010.

405 A própria exposição de motivos da Lei nº 2.007-211 estabelece que "la fiducie se rapproche du trust anglo-saxon" (disponível em: www.senat.fr/dossierleg/pp104-078.html; último acesso: 22 Maio 2010). Bayle (2006, p. 653) esclarece que *fidúcia* é a expressão adotada nos países latinos para designar a instituição anglo-saxônica de *trust*, pois há parentesco em ambas as expressões sob o ponto de vista etimológico.

406 Exposição geral de motivos da lei 2.007-211 (disponível em: http://www.senat.fr/rap/l06-011/l06-0111.html#toc1; último acesso: Maio 2010).

Para a introdução da fidúcia no ordenamento francês foram necessárias importantes mudanças na estrutura legislativa, com significativas alterações em diversos diplomas legais, como o Código Civil, o Código Monetário e Financeiro, o Código Geral de Impostos e o Livro de Procedimentos Fiscais, além do próprio Código Comercial.

O projeto referente à fidúcia francesa foi apresentado ao Senado Francês por meio do Relatório n° 11, datado de 11/10/2006, elaborado pelo senador Henri de Richmont para a Comissão de Leis, no qual há expressa referência às três principais finalidades do instituto fiduciário na França[407]: (i) a de transmissão[408]; (ii) a de administração[409]; e (iii) a de garantia.

A que interessa ao presente trabalho é a "fidúcia-garantia", pouco explorada e utilizada na Franca, conforme referido no próprio relatório do senador Henri de Richmont, instituída pelo art. 1°, Capítulo Primeiro, da Lei n° 2.007-211, pelo qual se instituiu um novo Título no Código Civil Francês, o de número XIV, no Livro III. Por ele se introduziu de forma definitiva o sistema fiduciário no ordenamento jurídico da França, nos termos do art. 2.011[410]:

> A fidúcia consiste na operação pela qual um ou mais transmitentes transferem bens, direitos ou garantias, ou um conjunto de bens, direitos e garantias, presentes ou futuros, a um ou mais fiduciários, que os deterão separadamente de seu patrimônio próprio, agindo em consonância ao fim determinado, a favor de um ou mais beneficiários.

De acordo com o art. 2.018 do Código Civil Francês, o contrato que institui a fidúcia deve conter, sob pena de nulidade, os seguintes requisitos: (i) a identificação dos bens transferidos; (ii) o prazo de duração da transferência, que não pode exceder 33 anos; (iii) a qualificação do transmitente fiduciante, do fiduciário e do

---

407 Disponível em: http://www.senat.fr/rap/l06-011/l06-0111.pdf. Último acesso: Maio de 2010.

408 A "fidúcia-transmissão", modalidade mais conhecida pela doutrina francesa, refere-se às operações de *trust* realizadas no sistema anglo-saxão, as quais permitem organizar a sucessão hereditária patrimonial de pessoas físicas. Consiste em conferir a um terceiro a administração de um bem ou um conjunto de bens, com a finalidade de que, em determinada data, os bens transferidos ao patrimônio do fiduciário sejam transferidos, a titulo gratuito, ao beneficiário.

409 Na "fidúcia-administração" está presente a função de gestão patrimonial, na qual o fiduciário compromete-se, mediante certa remuneração, a administrar os bens que lhe foram transmitidos, em benefício do fiduciante, e, quando do advento do termo, a retransmiti-los.

410 «*Art. 2.011*.– La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires» (disponível em: http://www.senat.fr/rap/l06-011/l06-0111.pdf; último acesso: Maio 2010, tradução livre).

beneficiário, que pode ser determinado, ou determinável, mas no título deverá constar de forma clara o modo pelo qual ocorrerá a determinação do beneficiário; e (iv) o objetivo e a finalidade que deverão ser perseguidos e observados pelo fiduciário.

Como fiduciário o art. 2.015 autoriza apenas os estabelecimentos de crédito definidos no Código Monetário e Financeiro, as companhias de seguro e as sociedades de investimento. Neste sentido, o art. 2.011 estabelece clara segregação patrimonial, ou seja, na linha do que se apresentou até o momento neste capítulo, também no Direito Francês as coisas que integram o patrimônio fiduciário são consideradas destacadas do patrimônio daquele que é nomeado fiduciário na relação, constituindo um patrimônio de afetação que não pode ser alcançado por credores do fiduciante nem do fiduciário. Destaca Elsa Sebater Bayle[411] que a separação de patrimônios atua como medida de proteção das legítimas expectativas dos beneficiários, pois propicia uma melhor realização e efetivação dos valores envolvidos e garantidos[412].

411 Bayle (2006, p. 667).

412 Apesar da segregação patrimonial referida no art. 2.011, o art. 2.016 estabelece que o fiduciário será responsabilizado pelas faltas cometidas caso aja em excesso no exercício das finalidades e dos objetivos estabelecidos na constituição da fidúcia, e responderá, nessa hipótese, com seu próprio patrimônio.

4.4 A EXPERIÊNCIA DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NO BRASIL

De volta à realidade jurídica brasileira, tentaremos fazer a comparação entre a propriedade plena e a fiduciária pelo que se expôs até o momento. O quadro a seguir sintetiza as diferenças gerais apontadas neste capítulo.

PROPRIEDADE PLENA **CÓDIGO CIVIL, ART. 1.228**	**PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA** **LEI DO SFI, ART. 22**
Domínio Pleno - Concentração de todos os elementos ⇩ *ius utendi* *ius fruendi* *ius abutendi*	Domínio Limitado ⇩ Credor { *ius abutendi (ex lege)* ⇩ Devedor { *ius utendi* *ius fruendi*
Absoluta	Limitada
Perpétua	Temporal e Condicionada
Ação Reivindicatória	Não tem o direito

A propriedade fiduciária imobiliária, para que seja regularmente constituída, deve partir da circunstância de ser o devedor o titular da propriedade plena, pois a marcante característica desta modalidade de garantia real é que haja a *transferência* do objeto (imóvel) para o credor.

Porém, pela própria finalidade da Lei do SFI, como se denota da redação do *caput* do art. 22, a transferência que se faz pelo devedor-fiduciante ao credor-fiduciário tem o escopo de garantia de uma obrigação principal, e não de troca de esfera patrimonial.

E neste contexto deve-se buscar toda a conceituação sobre negócio fiduciário que se fez no Capítulo 3. Tullio Ascarelli[413] destaca que o negócio fiduciário tem como característica principal a transmissão da propriedade, mas que essa transmissão atribui ao direito real certa neutralização decorrente da convenção dos contratantes, por meio da qual o fiduciário pode utilizar a propriedade adquirida tão somente para a finalidade estabelecida em contrato pelas partes. Esclarece o autor que "num caso típico de negócio fiduciário, a transferência da propriedade para fins de garantia, a transmissão da propriedade é efetivamente desejada pelas partes, não porém, para um fim de troca, mas para um fim de garantia".

A transferência é feita, portanto, sem que acarrete o incremento ou aumento correspondente no âmbito patrimonial do credor fiduciário. Enquanto nas alienações comuns a consequência natural pretendida pelas partes contratantes, via de regra, é o acúmulo de riquezas, na propriedade fiduciária o único escopo legalmente possível e permitido é o de garantia, e isso, evidentemente, é uma marcante característica distintiva dos dois tipos de propriedade.

O direito real transferido ao credor-fiduciário mantém-se de certo modo comprimido e só poderá ser expandido caso haja inadimplemento absoluto do devedor-fiduciante e caso os leilões extrajudiciais sejam negativos. A descompressão do direito real originariamente transferido ao credor-fiduciário representa o fim da relação de garantia que se mantém com o devedor-fiduciante. Mas para que isso ocorra o credor fiduciário deve observar rigorosamente os procedimentos legais previstos na lei do SFI para a alienação pública extrajudicial privada da coisa objeto da garantia real fiduciária.

Como já se referiu anteriormente, consta na própria lei do SFI as providências imprescindíveis para que haja o cancelamento da propriedade fiduciária. Denota-se que a transferência feita pelo devedor-fiduciário não representa hipótese definitiva de alienação, pois as partes mantêm, durante a vigência do contrato, estreita ligação de interesses e deveres, até que haja solução para a garantia real, ou seja, até que ocorra ou não a situação que deflagre o cancelamento pelo adimplemento ou a realização dos leilões públicos extrajudiciais em decorrência do inadimplemento do devedor fiduciante.

Como dito, a situação de alienação integral e irrestrita do direito real de propriedade somente tem o efeito de dar ao titular e adquirente a prerrogativa de poder

---

413 Ascarelli *apud* Gottschalk (1970, p. 393).

desmembrar o domínio. Assim ensina Lacerda de Almeida, ao afirmar que: "Só tem o effeito de desmembrar o domínio[414] a alienação de direito constitutivo deste no caracter não de exercicio de direito mas no de proprio direito **qua tali**, e é por isso que tal alienação tem effeitos para terceiros e está sujeita a formalidades garantidoras de terceiros"[415].

Ainda sobre a noção de domínio Lafayette Rodrigues Pereira[416] destaca que:

> *Domínio* é o direito real que vincula e *legalmente* submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, substância, acidentes e acessórios. Desta noção resulta: 1. que o domínio envolve a faculdade de gozar de todas as vantagens e utilidades que a coisa encerra, sob quaisquer relações; 2. que é *ilimitado* e como tal inclui em si o direito de praticar sobre a coisa todos os atos que são compatíveis com as leis da natureza; 3. que é de sua essência *exclusiva*, isto é, contém em si o direito de excluir da coisa a ação de pessoas estranhas.

O art. 1.228 do Código Civil atual (art. 524 do Código Civil de 1916) estabelece expressamente em seu texto os elementos caracterizadores da plena propriedade: "O proprietário tem a faculdade de **usar**, **gozar** e **dispor** da coisa, e o direito de **reavê-la** do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

O mesmo Lafayette Pereira indica diversos direitos que são decursivos do domínio. Dentre eles, afirma o autor, está o direito de o titular dispor (alienar) da coisa, integral ou parcialmente, seja por título gratuito ou oneroso, bem como o de onerá-la e abandoná-la, inclusive[417].

Este é um importante elemento diferenciador da propriedade do credor-fiduciário daquele estabelecido no art. 1.228 do Código Civil. Não há qualquer restrição ao titular da propriedade plena no exercício de seu direito de propriedade – exceto os decorrentes de legislação especial e que se referem ao interesse social e coletivo, aludido brevemente no início deste capítulo. Na propriedade do art. 1.228 o titular, a qualquer momento, poderá alienar a coisa de sua propriedade ou onerá-la de acordo com seus critérios de oportunidade e conveniência.

---

414 O próprio Lacerda de Almeida esclarece, em *Direito das Cousas*, que: "Pleno diz-se o domínio quando todos os direitos que nelle se encerram acham-se reunidos na mesma pessoa. Mas esses direitos que se reúnem e integram no domínio podem-se achar desintegrados de modo que pertençam a diversos: o domínio diz-se então menos pleno ou limitado" (Almeida, 1908, p. 80).

415 Almeida (1908, p. 81).

416 Pereira (2003, p. 96).

417 Pereira (2003, p. 98).

A propriedade do credor-fiduciário não desfruta dos mesmos direitos atribuídos ao titular da propriedade plena.

Enquanto no domínio pleno o respectivo titular reúne em si todos os elementos (*ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*), ao credor fiduciário é atribuído tão somente o *ius abutendi*, que representa a possibilidade de disposição da coisa. E esse elemento (*ius abutendi*) lhe é atribuído pelo texto legal, ou seja, pela estrutura legal da própria garantia, e não por ato de disposição consubstanciado em negócio jurídico causal decorrente da autonomia da vontade; ademais, além de ser conferido por força de lei, o texto legal o faz de forma extremamente limitada, pois a disposição da coisa objeto da propriedade fiduciária será possível apenas em caso de **inadimplemento**. Em outras palavras, a disposição é autorizada nos termos e limites da lei, e não pela vontade do titular da propriedade fiduciária.

Tal circunstância legal caracteriza a propriedade fiduciária como limitada ou imperfeita. Miguel Maria de Serpa Lopes[418] destaca que a propriedade que nasce sob determinada condição de resolubilidade é tida como limitada, semiplena ou imperfeita, e a condição que acarreta tal limitação somente pode decorrer de lei. Para o autor, a propriedade resolúvel representa uma exceção ao caráter exclusivo e indefinido do direito de propriedade. E tal limitação, dentro da sistemática da lei do SFI, acarreta para o credor inegável contenção ao seu direito de disposição da coisa.

Em contrapartida, o devedor-fiduciante reserva para si o *ius utendi* e o *ius fruendi*. Aquele, como já mencionado, acarreta a possibilidade do devedor utilizar a coisa em toda sua plenitude; este consiste em poder tirar da coisa todos os frutos possíveis. E tal conclusão decorre do parágrafo único[419] do art. 23 e do inciso V[420], do art. 24, ambos da lei do SFI, pois são os dispositivos legais que garantem ao fiduciante a posse direta da coisa após a constituição da garantia fiduciária e enquanto permanecer adimplente.

A Lei do SFI contém expressa obrigação legal que assegura a livre utilização do imóvel pelo devedor-fiduciante enquanto adimplente. Essa determinação legal deverá constar expressamente como cláusula obrigatória no contrato de alienação

---

418 Serpa Lopes (2001, p. 317).

419 "Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel".

420 "(...) a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária".

fiduciária[421]. E nem poderia ser diferente em virtude do desmembramento da posse que ocorre em consequência da constituição da propriedade fiduciária, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei do SFI. O credor-fiduciário não tem o direito de utilizar a coisa como é garantido ao proprietário pleno. Ou seja, a propriedade fiduciária do credor não tem o elemento *ius utendi*.

Em decorrência da posse direta detida pelo devedor-fiduciante e da garantia legal de que este poderá utilizar livremente o imóvel objeto da propriedade fiduciária, também os frutos serão percebidos por este e não pelo credor-fiduciário. O art. 1.214[422] do Código Civil garante ao possuidor de boa-fé o direito aos frutos. Na situação do devedor-fiduciante a boa-fé estará presente enquanto ele for adimplente da obrigação principal, pois tal adimplemento é o requisito que legitima sua livre utilização da coisa. Nas hipóteses de inadimplemento a boa-fé não mais se configurará. Portanto, também o *jus fruendi* não estará presente na propriedade do credor-fiduciário.

Outro aspecto relevante decorre do quanto é estabelecido pelo teor do art. 22 da lei do SFI. Esse dispositivo determina que seja considerada alienação fiduciária o negócio jurídico pelo qual o devedor-fiduciante transfere ao credor-fiduciário a propriedade **resolúvel** de coisa imóvel com intenção de constituir **garantia** real.

Devem-se somar a todas as observações feitas até o momento dois importantes elementos contidos no referido art. 22 que, para a propriedade fiduciária, são de extrema relevância: a *propriedade resolúvel* e o objetivo de *garantia*. A restrição imposta à propriedade fiduciária no caso específico é decorrente da própria lei em virtude do escopo de garantia para a qual, de fato, é constituída. Vale dizer, como salienta Maria Cristina de Cicco[423], "che la risolubilità è elemento integrante della struttura della proprietà fiduciaria".

Determina a lei do SFI que o devedor-fiduciante transfere ao credor-fiduciário a propriedade *resolúvel* de coisa imóvel. Não é, como afirma Orlando Gomes[424], alienada a propriedade plena e definitiva, mas apenas a limitada. Destaca o autor que a limitação consiste em uma restrição temporal e que o "fiduciário não

---

421 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 24, inciso V.

422 "Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos. Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação".

423 De Cicco (1996, p. 52): "A resolubilidade é elemento integrante da estrutura da propriedade fiduciária" (tradução livre).

424 Gomes (1975, p. 80).

adquire senão uma propriedade temporária, sujeita a condição resolutiva. Tem, em suma, *propriedade restrita e resolúvel*".

Aqui há outra nota de distinção entre a propriedade plena e a fiduciária. Aquela tem a característica – já referida – de ser *absoluta*, pois contém em si o sentido de faculdades que integram a propriedade plena. Fez-se referência acima que o conteúdo tradicional da propriedade, estampado no art. 1.228 do Código Civil, revela um poder exclusivo e absoluto[425] do titular sobre a coisa. Lafayette Pereira e outros doutrinadores referidos ao início deste capítulo registram que é da natureza do domínio ser irrevogável – ou seja, uma vez adquirido, só poderá ser desligado da pessoa do proprietário se houver seu expresso consentimento[426].

E a natureza resolúvel da propriedade fiduciária retira da relação do credor com a coisa o caráter absoluto do direito real de propriedade, pois é nessa acepção que o proprietário pleno, nos limites permitidos pela lei, pode livremente movimentar-se e desenvolver-se[427]. Ao contrário, o titular da propriedade fiduciária experimenta restrições ao exercício de seu direito, uma vez que a única possibilidade de alienação é em leilão público extrajudicial.

Alguns doutrinadores entendem que a *alienação* tem maior abrangência do que a *venda*. *Alienatio* expressa, etimologicamente, a separação de uma coisa de alguém, e na acepção técnica jurídica deve ser compreendida como a transferência de um direito de propriedade ou qualquer outro relacionado entre o titular e o poder que este exerce em relação à coisa. Há no sentido técnico dois significados correlatos, sendo um negativo, pois acarreta o desligamento ou a separação da coisa da esfera patrimonial do alienante, e outro positivo, que, inversa e consequentemente, equivale na atração da coisa à outra esfera patrimonial, a do adquirente. Para Orlando Gomes[428], ao contrário da venda, que deve ser compreendida para os negócios jurídicos de transferência plena e definitiva, a alienação, por ser tecnicamente mais abrangente, pode ser admitida para transmissões limitadas e temporárias do direito real de propriedade.

E nessa concepção técnica e etimológica foi que o legislador utilizou tanto no art. 22 quanto no art. 27, ambos da lei do SFI, o termo *alienação* para designar, respectivamente, a constituição da garantia fiduciária e a transferência nos públicos

---

425 Apesar do enfoque social que atualmente delimita os poderes do proprietário, decursivos de expressa previsão constitucional e legal.

426 Pereira (2003, p. 101).

427 Serpa Lopes (2001, p. 309).

428 Gomes (1975, p. 75).

leilões em caso de inadimplemento. Na constituição porque a transferência é feita sob condição resolutiva, o que impede a transmissão definitiva e plena ao fiduciário; e nos leilões porque o fiduciário, de certa forma, vende o objeto da propriedade fiduciária, o que pode expressar determinação legal, e em decorrência de uma construção normativa própria para garantir a eficácia dessa modalidade de garantia real, mas não porque ele seja titular da propriedade absoluta e plena.

Não é possível aceitar que haja transmissão efetiva e absoluta do direito de propriedade ao fiduciário, pois faltam certos requisitos característicos do negócio jurídico que são capazes de causar tal modificação dominial. Por exemplo, é certo que na alienação fiduciária não há preço, pois se constitui para garantir um contrato de mútuo ou o financiamento para aquisição do próprio imóvel. O transmitente não aliena a propriedade de forma plena e definitiva, mas somente até que haja pagamento da dívida; a transmissão é feita para garantir.

E é nesse sentido que à propriedade fiduciária não se pode aplicar o previsto no art. 1.231 do Código Civil, o qual estabelece que "a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário". Porque o próprio registro da garantia fiduciária na correspondente matrícula do imóvel já aponta para determinada situação jurídica limitadora da plenitude do direito real de propriedade – sua *resolubilidade*.

Orlando Gomes[429] salienta que a transmissão feita pelo fiduciante ao fiduciário, apesar de resultar de venda, não deve ser compreendida como se fosse feita com o intuito de transferência plena e definitiva da propriedade, pois se considera inadmissível, afora o escopo de garantia, o emprego para outra finalidade. "Quem se serve da *venda* para *garantir* instaura uma antinomia entre a causa e o efeito do negócio", destaca o autor.

Pelo sistema criado pela lei do SFI, o fiduciário é legalmente obrigado a desligar-se de seu direito ao ocorrer o cumprimento da obrigação principal pelo fiduciante. Não há espaço para recusa ou manifestações de vontade por parte do credor. A própria lei aplica a sistemática para o cancelamento do direito real de garantia.

A *resolubilidade* é mais um elemento distintivo da propriedade fiduciária do credor-fiduciário com aquela indicada no conteúdo tradicional do direito real de propriedade fixado no art. 1.228 do Código Civil.

---

429 Gomes (1975, p. 74).

O título que constitui a propriedade resolúvel contém disposição que imprime caráter temporário à propriedade, que fica subordinada à condição resolutiva decorrente da própria estrutura da lei do SFI. Ao ser implementada, a condição resolutiva extingue, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe, a teor do art. 128[430] do Código Civil.

A temporariedade da propriedade fiduciária demonstra outro ponto de distinção com a propriedade plena, pois esta tem a característica de ser perpétua, ou seja, de permanecer no patrimônio do seu titular até ser por este voluntariamente abdicado[431]. Já aquela não pode ultrapassar o prazo estabelecido para o implemento da condição – em outras palavras, para o adimplemento da prestação.

As situações que tratam da condição resolúvel da propriedade fiduciária estão inseridas, conforme dito, no texto da lei do SFI – como se denota da análise do art. 25[432], que trata da hipótese de integral pagamento da dívida e de encargos pelo devedor-fiduciante. Nesta circunstância, *resolve-se* a propriedade fiduciária.

O cumprimento da obrigação principal pelo devedor-fiduciante caracteriza o implemento da condição resolutiva. Por consequência, a transferência do imóvel feita para o credor-fiduciário é desfeita e a propriedade plena é novamente instituída na pessoa do transmitente (devedor-fiduciante). Denota-se que a propriedade do credor-fiduciário é dele destituída independentemente de seu consentimento, pois decorre da expressa previsão legal em proteção ao devedor-fiduciante. Formalmente esta operação é instrumentalizada pelo termo de quitação, que deve ser fornecido pelo credor-fiduciário para que o devedor-fiduciante proceda ao cancelamento junto ao registro de imóveis, sob pena de incidência de multa, tudo nos termos do art. 25 da mencionada lei.

Também na hipótese de inadimplemento por parte do devedor-fiduciante a lei estabelece procedimentos específicos que devem ser observados. Em breve síntese, pois tais processos estão detalhados no capítulo seguinte, determina a lei que o credor-fiduciário deverá notificar o devedor-fiduciante para constituí-lo em mora. Se, no prazo

---

430 "Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé".

431 Serpa Lopes (2001, p. 310).

432 "Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel".

de 15 dias, não houver a purgação da mora, o credor-fiduciário deverá realizar os leilões públicos extrajudiciais[433].

Para a realização dos leilões, a lei estabelece que o credor-fiduciário deve recolher o imposto de transmissão sobre bens imóveis e requerer ao oficial registrador que averbe a consolidação da propriedade em seu nome.

Percebe-se que a lei institui todas as providências que devem ser observadas e cumpridas pelo credor-fiduciário, em espécie de rito sistematizado, cujas etapas devem ser fielmente cumpridas, sob pena de não poder satisfazer seu crédito com a execução da garantia fiduciária imobiliária.

Não há liberdade para que o credor-fiduciário tenha uma ou outra atitude que não aquela prevista no texto legal. O credor não poderá, por exemplo, deixar de realizar os leilões com o ao argumento de que ficará com a coisa imóvel para satisfação do crédito, porque essa atitude fere a regra específica contida na Lei do SFI e caracterizaria o pacto comissório tão combatido pela doutrina nacional[434].

O credor-fiduciário, durante todo o tempo em que vigorar a propriedade fiduciária, tem um poder limitado pela lei sobre a coisa imóvel. Não há previsão que autorize o credor-fiduciário a dar à coisa imóvel objeto da propriedade fiduciária destino outro que não o de garantia. E, como tal, limitado é o espectro de poderes do credor em relação ao imóvel. Não poderá constituir, por exemplo, outros direitos reais porque a destinação reservada é apenas de garantir seu próprio crédito.

A possibilidade de destinar a coisa para ser objeto de outros direitos reais é conferida apenas para o proprietário considerado pleno, ou seja, que reúna em si todos os elementos essenciais do direito real de propriedade. Essa situação jurídica não ocorre na propriedade fiduciária imobiliária. O credor-fiduciário tem a coisa imóvel sob o seu poder apenas para lhe servir de substituição do crédito caso ocorra o inadimplemento da obrigação principal. A transferência feita pelo devedor-fiduciante ocorre sob condição e

---

433 Lei Federal nº 9.514/1977, artigos 26 e 27.

434 O direito brasileiro proíbe expressamente o pacto comissório (Código Civil, art. 1.428), e a cláusula que estabelecesse ao credor fiduciário ficar com a coisa sem a realização dos leilões é considerada nula. Pontes de Miranda registra sua opinião contrária a esse entendimento, pois para o jurista "quem é outorgado em pacto de transmissão em segurança não poderia ficar subordinado à *ratio legis* do artigo 765 do Código Civil porque já é adquirente; não se poderia negar tornar-se aquilo que já é; pode-se vedar o vir a ser, não o ser; aplicar-se o artigo 765 ao outorgado em pacto de transmissão de segurança seria negar-se a alguém poder continuar a ser o que já é" (Miranda, 2000, Tomo XXI, p. 333). Com o máximo respeito ao entendimento do ilustre doutrinador, a estrutura legal da lei do SFI não autoriza nem possibilita ao fiduciário alternativa alguma além da realização dos leilões extrajudiciais. Entretanto, é de se reconhecer a coerência dos argumentos do nobre jurista.

não como negócio jurídico de disposição capaz, de um lado, de desfalcar seu patrimônio e, em contrapartida, incrementar o do credor.

Arruda Alvim destaca que a limitação ao direito do fiduciário existe em razão da possibilidade de ocorrer o retorno da propriedade ao fiduciante, caso haja cumprimento da obrigação. Destaca o autor que, se isso deixa de ser possível, o fiduciário, ao alienar a coisa, em leilão, "acabará por fazer transferir ao terceiro a plenitude do direito de propriedade; e, se verificarem dois leilões inócuos, ele mesmo tornar-se-á, então, proprietário, nos moldes do art. 1.228 do Código Civil"[435].

E no desempenho de tal função de garantia, a propriedade fiduciária nasce, nos dizeres de Arruda Alvim, com disposição natural (vocacionada) à extinção, em relação à obrigação principal, daquilo com que, pelo negócio jurídico, vinculou-se. E tal efeito decorre do princípio da elasticidade que a propriedade, direito matriz que é, permite ao derivar outros direitos reais, inclusive os de garantia. Extintos os poderes e as faculdades "correspondentes ao direito real e alocados ao titular deste e que residia(m) em suas mãos, ao direito de propriedade retornam, consolidam-se novamente, nas mãos do proprietário", destaca Arruda Alvim[436].

Há certa tensão entre os interesses de cada uma das partes consideradas em relação à obrigação principal. Enquanto o devedor-fiduciário for adimplente, a garantia não poderá ser executada. Se ocorrer o inadimplemento, o credor realizará os procedimentos previstos em lei para que possa realizar os leilões e, somente se o segundo leilão for negativo, é que o credor poderá se tornar proprietário definitivo e substituir seu crédito pelo imóvel de forma determinante e definitiva.

A propriedade fiduciária é transferida ao credor-fiduciário apenas para que cumpra a função de garantia. Evidente que é uma garantia mais eficaz do que a hipoteca, pois retira da esfera patrimonial do devedor-fiduciante o objeto. A própria designação de *propriedade fiduciária* significa que não se trata de propriedade plena, pois revela o caráter de garantia que desempenha nas relações obrigacionais.

Ainda sob os ensinamentos de Arruda Alvim, destaca-se o entendimento de que, albergada pela denominação de *propriedade limitada*, podem ser incluídos os significados da *propriedade fiduciária* e, ainda, o da *propriedade fiduciária imobiliária*, sendo que neste a *conditio iuris* encontra-se contida no próprio negócio e apresenta-se como "inerente e da essência do instituto, a constituir propriedade limitada, atualmente,

---

435 Alvim Netto (2009, p. 244).
436 Alvim Netto (2009, p. 223).

não sob o regime do artigo 1.228, *caput*, do Código Civil, mas sim sob o *nomem iuris* de direito de propriedade a operar como garantia real sobre coisa própria"[437].

Maria Cristina De Cicco[438] manifesta importante e claro entendimento no sentido de que:

> La estrutura della granzia che scaturisce dall'alienazione fiduciaria in esame, Il creditore è titolare di um diritto di proprietà molto limitato dallo scopo di garanzia, che lo restringe in maniera abbastanza evidente. L'acquirente, tuttavia, avendo soltanto il possesso indiretto dela cosa, non assume diritti nei confronti dell'alienante, como si è visto verificarsi nel rapporto inverso. Dal carattere accessorio della proprietà fiduciaria deriva l'impossibilità di transmissione della garanzia a terzi indipendentemente dala cessione del credito principale.

A autora italiana traz importante observação. A propriedade fiduciária – que é constituída como garantia e, como tal, é considerada acessória do crédito – não pode ser transferida para terceiros de forma isolada sem que haja cessão do próprio crédito[439]. E tal circunstância está expressamente prevista no art. 28[440] da Lei do SFI.

Em consequência do que se expôs até aqui, a característica da propriedade fiduciária do credor não lhe atribui, por exemplo, as obrigações e as responsabilidades previstas nos parágrafos 1º e 2º do art. 1.228 do nosso Código Civil. Vale dizer que ao credor-fiduciário não pode ser atribuída responsabilidade ambiental de qualquer natureza, pois além da posse direta estar com o fiduciante, a natureza da propriedade fiduciária é constituída apenas em garantia, como já referido.

A propriedade fiduciária poderia ser entre nós também denominada, como faz Antonio Pau[441], de "patrimônio destinado a um fim" ou "patrimônio de destino", pois se caracteriza por ser um patrimônio separado e independente do patrimônio do fiduciante e do fiduciário, destinado a uma finalidade própria e específica. A propriedade fiduciária revela, no fim, um patrimônio com uma espécie de titularidade em trânsito, pois, enquanto não implementada a condição, há uma situação

---

437 Alvim Netto (2009, p. 290). Destaques acrescidos.

438 De Cicco (1996, p. 133): "Na estrutura da alienação fiduciária, o credor tem direito de propriedade muito limitado dado o escopo de garantia, que se restringe de maneira bastante evidente. O adquirente, porém, tendo apenas a posse indireta da coisa, não assume direitos em relação ao alienante, como ocorre na relação inversa. Pela característica acessória da propriedade fiduciária deriva a impossibilidade de transmissão isolada da garantia para terceiros, independentemente da cessão do crédito principal" (tradução livre).

439 Lipari (1971, p. 349), no mesmo sentido.

440 "Art. 28. A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia".

441 Pau (2006, p. 673).

de transitoriedade dominial a ser definida com o evento do cumprimento ou não da prestação principal pelo fiduciante.

O credor-fiduciário poderá se considerar proprietário definitivo nos termos do art. 1.228 do Código Civil após a realização dos dois leilões extrajudiciais. Sendo o segundo leilão negativo, o fiduciário terá o direito de requerer ao registrador imobiliário que promova a averbação de tal ocorrência (leilões negativos), devendo apresentar, para tanto, certidão específica elaborada pelo leiloeiro oficial em que conste a circunstância de tal ocorrência. Esse procedimento formal registrário é um marco jurídico necessário para colocar fim a um tipo de propriedade – a fiduciária – e iniciar aquela considerada plena, a do art. 1.228 do Código Civil. Desse momento em diante, o antes credor-fiduciário passará a ter todas as responsabilidades decorrentes do domínio pleno, especial, e principalmente aquelas que decorrem dos parágrafos do referido art. 1.228, os quais disciplinam aspectos que caracterizam certa delimitação do direito de propriedade, permeados pelo valor da função social da mesma[442].

Há, portanto, marcantes distinções entre a propriedade plena e a propriedade fiduciária. Aquela encontra seu conteúdo revelado pelo art. 1.228 do Código Civil e contém todos os elementos caracterizadores do máximo direito real de propriedade, capaz de torná-la geratriz dos demais direitos reais existentes em nosso ordenamento. A propriedade fiduciária, por sua vez, nasce única e exclusivamente com a finalidade de garantir o crédito do fiduciário caso ocorra o inadimplemento do fiduciante, o que atribui natureza limitada e destinada à finalidade prevista na lei do SFI. São, portanto, propriedades distintas entre si.

[442] Alvim Netto (2009, p. 237).

5. A EXTINÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA

A extinção da propriedade fiduciária passará sempre pela atitude jurídica do devedor-fiduciante. A constituição da propriedade fiduciária, como afirmado anteriormente, tem caráter temporário e transitório, mas as consequências legais para sua extinção dependerão do cumprimento ou não da obrigação principal, ou seja, do adimplemento ou inadimplemento do devedor-fiduciante.

A lei do SFI indica precisamente os procedimentos para a extinção da propriedade fiduciária, seja na hipótese de efetivo pagamento da prestação da obrigação principal, seja na de inadimplemento.

5.1 CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

O *caput* do art. 25[443] da lei do SFI estabelece que a propriedade fiduciária seja considerada extinta se o devedor-fiduciante efetivar o pagamento da dívida e os correspondentes encargos.

Vale o destaque, em seguimento ao que foi exposto ao início deste trabalho, que o art. 25 da lei do SFI eliminou o elemento histórico da fidúcia. Em sua origem, a relação jurídica que se estabelecia entre fiduciante e fiduciário amparava-se na lealdade e na confiança. Aquele (o devedor) confiava nesse (o credor) no tocante à restituição da coisa que lhe havia transferido. Esse direito à restituição, explica Pontes de Miranda[444], é de natureza pessoal e tal característica se perde apenas "onde a lei já tornou real o direito à restituição". Ainda mais: esse direito foi a exata consequência do referido dispositivo legal, ao determinar a extinção de todos os direitos do credor-fiduciário na hipótese de integral cumprimento da obrigação pelo devedor-fiduciante.

Acima se fez referência ao fato de que o credor-fiduciário é titular do imóvel objeto da propriedade fiduciária sob condição resolutiva. Esse é o objetivo da

---

443 "Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.
§ 1º. No prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena em favor deste, equivalente a 0,5 (meio) por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.
§ 2º. À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária".

444 Miranda (2000, Tomo III, p. 157).

propriedade fiduciária – a transferência da propriedade resolúvel do imóvel objeto da garantia ao credor-fiduciário, que permanecerá titular (limitado) até que ocorra o pagamento da dívida garantida. O efetivo pagamento da dívida representa o término da causa que legitima a propriedade resolúvel do credor-fiduciário e, como consequência correlata, possibilita o ressurgimento do domínio pleno[445] pelo devedor-fiduciante.

Moreira Alves[446] esclarece a situação do cumprimento integral da obrigação principal nos seguintes termos:

> Com o cumprimento da obrigação pelo devedor, ou, se for o caso, pelo terceiro alienante, verifica-se a resolubilidade a que estava subordinada a propriedade fiduciária.
> Assim, o credor adquirente, satisfeito seu crédito, deixa de ser titular da propriedade fiduciária, e o alienante – devedor ou terceiro – volta a ser titular de domínio pleno sobre a coisa que fora alienada fiduciariamente. Com a resolução da propriedade fiduciária, extingue-se, também, o desdobramento da posse em direta e indireta, retornando o alienante à sua posição de possuidor pleno da coisa, ao invés de ter apenas – como ocorria pendente *condicione iuris* – a posse direta.[447]

Mas, para recobrar a propriedade plena – agora sim, novamente nos termos do art. 1.228 do Código Civil –, é preciso que o devedor-fiduciante observe certas formalidades determinadas na lei do SFI.

Após o pagamento integral do débito, o credor-fiduciário, nos 30 dias subsequentes à liquidação, deverá disponibilizar o correspondente termo de quitação ao fiduciante. Essa obrigação está prevista no § 1º do referido art. 25 da lei do SFI, que, também, em caso de *mora accipiens*, estabelece multa de 0,5% ao mês ou fração sobre o valor do contrato em favor do devedor-fiduciante.

---

445 Evidentemente, a posse indireta legalmente atribuída ao credor desaparece com o pagamento, nos termos do art. 25 da lei do SFI.

446 Moreira Alves (1973, p. 175).

447 É preciso destacar que a estrutura da propriedade fiduciária imobiliária – estabelecida pela Lei do SFI –, está centrada em condição que decorre do próprio texto legal, como já referido. O art. 25 é que determina o núcleo essencial dessa condição normativa. O dispositivo é suficientemente preciso ao determinar a condição para o fim da propriedade fiduciária. É com o pagamento da dívida e dos encargos pelo devedor-fiduciante ou terceiro interveniente que se extingue a garantia real fiduciária. Denota-se, ressalvado o subjetivismo do comportamento do devedor – que, por sua vez, deve ser, em regra, no sentido do cumprimento da obrigação principal –, que a vontade das partes não está presente para implemento dessa condição. Portanto, no âmbito da propriedade fiduciária, a condição do art. 121 do Código Civil não encontra acolhimento, uma vez que nessa circunstância considera-se condição a cláusula que derive exclusivamente da vontade das partes e subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. A propriedade fiduciária imobiliária, com o pagamento integral da obrigação principal no prazo e na forma convencionada, resolve-se independentemente da vontade dos contratantes.

Duas observações merecem destaque. A primeira refere-se ao prazo para entrega do termo de quitação em relação à multa. O cálculo deverá ter como base o intervalo de 30 dias, ou seja, ultrapassado o prazo de 30 dias para entrega do termo de quitação, a multa de 0,5% será calculada *pro rata die*. Isso significa que, se o credor-fiduciário cumprir sua prestação no trigésimo quinto dia após a liquidação da dívida pelo devedor-fidudiante, a penalidade deverá ser calculada em relação aos cinco dias passados do prazo legal.

A segunda observação está relacionada ao alcance da expressão *valor do contrato*, contida na parte final do mencionado § 1º. Da simples leitura pode-se ter a impressão de que a multa deverá incidir sobre o valor estabelecido para a obrigação principal. Porém, essa não parece ser a melhor solução ou pelo menos a mais justa. Se a propriedade fiduciária for constituída para garantir operação de compra e venda de imóvel com preço convencionado de R$ 1 milhão, com pagamento feito em parte com recursos próprios do fiduciante (R$ 300 mil) e em parte com financiamento bancário (R$ 700 mil), o valor do contrato para base de aplicação da multa deve ser a quantia do financiamento. Afinal, este foi o valor garantido pela propriedade fiduciária. Caso se aplicasse a multa sobre o valor integral da compra e venda (R$ 1 milhão, no exemplo dado), nos dizeres de Viegas de Lima[448], poderia "haver enriquecimento injustificado".

Entregue ao devedor o termo de quitação, este deverá apresentá-lo ao oficial registrador da respectiva circunscrição imobiliária para que promova ato de averbação[449] de cancelamento do registro da propriedade fiduciária, com base no art. 167, inciso II, 2, da Lei Federal nº 6.015/1973.

Viegas de Lima critica a imprecisão técnica registrária de se realizar ato de averbação para o cancelamento da propriedade fiduciária. Afirma que o melhor seria que se praticasse ato de registro. Parece que assiste razão ao referido autor com relação à sistemática adotada pelo Código Civil para aquisição, transmissão e constituição de direitos reais.

A lei do SFI no art. 22 estabelece que o devedor-fiduciante transfere ao credor-fiduciário, com escopo de garantia, a propriedade resolúvel de determinado imóvel. A transferência da propriedade, mesmo que resolúvel, acarreta a constituição de

---

448 Lima (2003, p. 124).

449 Esta averbação é considerada, pela lei de custas do Estado de São Paulo em vigor para o ano de 2010, como de valor para efeitos de cobrança de custa e emolumentos registrários, pois implica cancelamento de ônus real, tal como ocorre com a hipoteca, nos termos do item II das Notas Explicativas da Lei Estadual nº 11.331/2002.

um direito real em favor do credor-fiduciário. O objeto da propriedade fiduciária está ligado a cada uma das partes em razão da estrutura legal. Mas, para que a garantia seja ainda mais atraente, a coisa imóvel é transferida para a esfera patrimonial do credor-fiduciário.

Nesse sentido, o retorno de tal propriedade será, na mão inversa, constituída em favor do devedor-fiduciante por ocasião do integral adimplemento, o que implicaria nova transmissão. Portanto, em atenção ao art. 1.245 do Código Civil, o ato deveria ser de registro. Afirma Viegas de Lima[450]:

> Isto porque, como também aqui já foi examinado, quando da constituição da propriedade fiduciária há transferência da propriedade para o credor fiduciário. Disto decorre que, quando do final da contratação e com seu adimplemento, há de existir o retorno desta para o devedor fiduciante. Esta volta ao estado anterior é feita mediante a transferência da propriedade. E, salvo melhor juízo, seria ato de registro e não um ato de averbação.

Já Afrânio de Carvalho[451] afirma que os atos de averbação são acessórios e servem para refletir eventuais alterações sofridas pelos atos principais. Consigna o autor que:

> A inscrição, nela absorvida a transcrição discrepante, cobre as aquisições e onerações de imóveis, que são os assentos mais importantes, ao passo que a averbação cobre os demais, que alteram por qualquer modo os principais. A nomenclatura binária condiz com a diferença entre a principalidade dos primeiros atos e a acessoriedade dos segundos.

E segue dizendo que:

> (...) antes de tudo, devem ser registrados, para se imporem ao respeito de terceiros, os direitos de propriedade, visto ser esta o máximo dos direitos reais, pressupostos dos demais, que, para se distinguirem, são chamados de limitados. A propriedade tem primazia, "até pela razão da grandeza jurídica do direito de domínio, que está para os outros direitos reais, como o todo está para as suas partes, como a unidade para as frações"[452].

---

450 Lima (2003, p. 125).
451 Carvalho (1998, p. 117).
452 Carvalho (1998, p. 83).

Assim, os negócios jurídicos que envolvem a transferência do direito de propriedade, em princípio, devem ser registrados e suas eventuais modificações averbadas, apesar de a Lei Federal nº 6.015/1973 não estabelecer critérios tão rígidos por falta de coerência legislativa[453].

Em todo caso, com o ato registrário que noticia o integral cumprimento da obrigação principal ocorre o fim da propriedade fiduciária.

5.2 INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

A despeito do que já foi dito, consequências diversas surgirão na hipótese de inadimplemento por parte do devedor-fiduciante. A lei do SFI contém complexo conteúdo normativo que deve ser rigorosamente observado se a obrigação principal não for cumprida.

Com o inadimplemento da obrigação principal, no todo ou em parte, o credor-fiduciário deverá diligenciar para constituir o devedor-fiduciante em mora, com a finalidade de dar início ao procedimento de recuperação de seu crédito[454].

A constituição em mora do devedor-fiduciante depende de expresso requerimento do credor-fiduciário, feito diretamente ao oficial do Registro de Imóveis correspondente, para que notifique o devedor fiduciante, a fim de que, no prazo de 15 dias, satisfaça, diretamente ao Registrador Imobiliário, a prestação vencida e as que se vencerem até a ocasião do pagamento, bem como os juros convencionais, as penalidades e outros encargos previstos no contrato de alienação fiduciária, além das despesas decorrentes da cobrança e da intimação[455] [456].

---

453 Orlandi Neto (1999, p. 51-52).

454 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 26: "Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário".

455 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 26, § 1º: "Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação".

456 Considerando-se que a intimação poderá demorar vários dias e até mesmo resultar negativa, o que demandaria a publicação de editais, é razoável que o requerimento do credor fiduciário seja acompanhado de planilha de cálculo detalhada do quanto é devido pelo devedor-fiduciante, na qual se indiquem, individualmente, os valores do principal e dos encargos, bem como o valor total do débito, com projeção mínima de 90 (noventa) dias (prazo meramente sugestivo). Isso facilitará o recebimento pelo oficial do registro de imóveis se o devedor-fiduciante purgar a mora.

O contrato poderá prever prazo de carência, após o qual será expedida a intimação pelo registrador imobiliário[457]. Caso haja previsão, por exemplo, de prazo de carência de cinco dias, o oficial expedirá a intimação após o quinto dia útil contado da data da prenotação do requerimento do credor-fiduciário, a que alude o art. 26 da lei do SFI. Se não houver prazo de carência, o registrador deverá qualificar o requerimento do credor-fiduciário imediatamente[458] e, atendidos os requisitos legais, proceder à imediata intimação do devedor-fiduciário.

Não parece que a lei queira estabelecer a obrigatoriedade do contrato ao prever um prazo de carência. Entretanto, em sua falta, aplicar-se-á aquele contido no § 1º do art. 27, que é de 15 dias. Tal previsão (prazo de carência) aparentemente está dentro do âmbito da autonomia da vontade. Para Chalhub[459], porém, a lei obriga a fixação do prazo de carência.

O § 3º do art. 26 da lei do SFI autoriza o registrador imobiliário, a seu exclusivo critério, solicitar, ao Oficial do Registro de Títulos e Documentos, da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, que realize a intimação. A intimação pode inclusive ser encaminhada pelo correio, com aviso de recebimento, em correspondência endereçada ao devedor-fiduciante ou a seu representante regularmente constituído.

O registrador imobiliário deverá encaminhar a intimação ao endereço declarado pelo devedor-fiduciante no contrato de alienação fiduciária ou para o imóvel objeto da propriedade fiduciária. A falta de endereço do devedor-fiduciante poderá ser suprida pelo credor-fiduciário no requerimento exigido no § 1º, do art. 26, da lei do SFI. O terceiro garantidor também será intimado, caso ocorra o inadimplemento do devedor da obrigação garantida.

Importante destacar que, qualquer que seja a modalidade escolhida pelo registrador imobiliário, a intimação deverá ser feita pessoalmente[460] ao devedor-fiduciante ou ao seu representante legal ou ao seu mandatário[461]. Na hipótese da

---

457 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 26, § 2º: "O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação".

458 Respeitado o direito de prioridade previsto no art. 186, da Lei Federal nº 6.015/1973, na hipótese de haver títulos contraditórios.

459 Chalhub (2006, p. 279).

460 Balbino Filho (2002, p. 185).

461 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 26, § 3º: "A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento".

intimação ser remetida via correio, o aviso de recebimento deverá ser assinado pelo fiduciante ou por seu representante legal ou, ainda, por seu mandatário[462].

Por ser uma modalidade de garantia extremamente ágil e calcada em atos que dependem da iniciativa do credor, o registrador deve agir com muita cautela e garantir que a intimação seja feita de forma a garantir (i) o efetivo conhecimento do devedor da situação de mora em que se encontra e (ii) uma segura execução da garantia ao credor, caso o fiduciante não purgue a mora. As diligências do registrador imobiliário são garantia de que, na fase em que a execução depende dos atos que a lei lhe atribui, o resultado final é decorrente de estrita observação legal.

Gilberto Valente da Silva[463] destaca a inconveniência de o registrador imobiliário fazer intimações com simples solicitação para que o devedor-fiduciante compareça em cartório para "tratar de assunto de seu interesse", e este, ao comparecer, receba a intimação pessoal. O registrador imobiliário, operador e organizador de atividade de tanta responsabilidade, deve observar os requisitos legais da intimação e detalhar ao máximo a situação para que não haja erros ou confusões na purgação da mora. Não deverá ir além do quanto informado pelo credor-fiduciário, mas deve ter em mente que sua comunicação deve alcançar o objetivo de informar o devedor-fiduciante de forma precisa e categórica.

Frustrada a intimação pessoal, e na hipótese de ser constatado que o devedor-fiduciante ou o representante legal se encontram em lugar desconhecido, o § 4º[464] do art. 26 da lei do SFI autoriza que se realize a intimação por edital.

Por sua vez, a intimação por edital somente poderá ser requerida pelo credor-fiduciário após o registrador imobiliário certificar expressamente a ocorrência que autoriza essa providência, ou seja, a não localização do devedor-fiduciante ou de seu representante legal nos endereços indicados ou no do imóvel objeto da garantia real. Tal certificação pelo registrador imobiliário é obrigatória, ainda que tenha elegido a serventia de títulos e documentos ou o correio como meio para a intimação.

O edital deverá ser publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação ou em outro de Comarca de fácil acesso, caso no local não

---

462 Chalhub (2006, p. 279).

463 Silva (1998, p. 4).

464 "Quando o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em outro local, incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária".

haja imprensa diária. A parte final do § 4º proíbe publicação de edital em impressos com circulação em prazo que não seja diário. Não há referência na lei do SFI quanto aos intervalos que devem ser observados entre as publicações dos editais.

Vale destacar que o edital é ato privativo do oficial do Registro de Imóveis. É ele quem redige e promove a publicação. O teor do edital deverá conter todos os requisitos e as informações da intimação.

Exceto no regime da separação absoluta de bens, o cônjuge do devedor-fiduciante deverá ser também intimado. Aliás, de acordo com o inciso I[465] do art. 1.647, do Código Civil, para própria constituição da propriedade fiduciária é necessário observar a vênia conjugal.

Com a constituição em mora do devedor-fiduciante, nos termos do *caput* do art. 26 da lei do SFI, "consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário".

Melhim Namen Chalhub[466] consigna que:

> Na linha desses princípios, e fiel à natureza da propriedade resolúvel de que está investido o credor, o art. 26 da Lei 9.514/97 considera constituído em mora o devedor desde que vencida e não paga a dívida, prevendo que nessa hipótese opera-se a automática consolidação da propriedade no credor.
> Não obstante, a Lei 9.514/97 exige que, depois do vencimento, o credor aguarde o decurso do prazo de carência que tiver sido pactuado no contrato e após expirado esse prazo emita comunicação ao devedor para que este satisfaça, "no prazo de quinze dias (...) a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros (...)".
> Importa notar que a interpelação ao devedor "é ato de vontade destinado apenas a dar ciência, porquanto os efeitos da mora decorrem do inadimplemento", não tendo a interpelação a função de suscitar os efeitos da mora, pois esta já terá ocorrido. No caso específico da alienação fiduciária de bem imóvel, os termos do § 1º do art. 26 da Lei 9.514/97 tornam exigível a prova da mora para efeito de consolidação da propriedade, postergando a data da constituição em mora para a data da sua comprovação, como observa Paulo Restiffe Neto, ao comentar situação análoga nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis: "É que o conteúdo (mora) só é palpável através do continente (prova), ou seja, só através da comunicação feita pelo credor ao devedor, de acordo com a tradição do nosso Direito, sempre se abre a oportunidade à purgação da mora ou apresentação do motivo que possa justificar a inação, no prazo eventualmente concedido (...)".

---

[465] "Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:
I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis".

[466] Chalhub (2006, p. 277).

Arruda Alvim[467] critica o termo *consolidar-se-á* utilizado no *caput* do art. 26 referido acima. Ensina o autor que:

> A expressão *consolidação* aí utilizada é imprópria, porque intempestiva ou prematura (pois, no momento disciplinado por esse art. 26, ainda que a lei se refira a uma consolidação "nos termos deste artigo (...)" com o que estaria indicando que "(...) a propriedade [plena] do imóvel [já ficaria] em nome do fiduciário", isto não ocorre. E assim não se passa justamente porque o credor, no momento dessa situação descrita no art. 26, diante da possibilidade de purgação da mora, pelo devedor, pode, ainda, ver convalescido o contrato, como é perceptível dos parágrafos desse texto. Percebe-se de resto, pelos próprios dizeres do texto, que não se trata, propriamente, de uma consolidação (tal como o termo normalmente seria compreendido), constando desse art. 26, *caput*, que "(...) consolidar-se-á, nos termos deste artigo (...)".
> O art. 27, da Lei 9.514, refere-se à consolidação da propriedade – o que terá decorrido ou virá a confirmar-se diante da inércia do fiduciante-devedor. Esta assim denominada consolidação dar-se-á, nos termos do art. 26, se vencida e não paga a dívida, devendo-se dizer que o art. 27, ao referir-se a consolidação, o faz, com o mesmo significado do art. 26. Mas esse proprietário, fica, no momento cronológico do art. 26, apenas, legitimado a proceder aos leilões a que se refere a lei, o que demonstra que, de uma autêntica consolidação não se trata, senão que de uma situação legitimante para proceder aos leilões, dever este que a lei impõe (art. 27, *caput*). A lei estabelece o caminho de se procederem, se necessário, a dois leilões, e, se no segundo leilão não houve resultado prático, aí, então, tornar-se-á o credor proprietário *propriamente dito* (art. 27, § 5º). Ou seja, é neste momento que ocorre real consolidação.

Com a costumeira clarividência, o texto acima transcrito demonstra o equívoco cometido pelo legislador ao fazer referência à consolidação da propriedade com a constituição em mora do devedor-fiduciante, nos termos do art. 26 da lei do SFI, principalmente porque ao inadimplente há a possibilidade de purgar a mora e convalescer o contrato, como autoriza o § 5º do art. 26.

Com efeito, a lei do SFI contém um ritmo próprio, e suas etapas devem ser rigorosamente observadas. Portanto, como poderia o credor-fiduciário consolidar a propriedade se ainda existe a oportunidade de convalescer o contrato com o pagamento do débito em aberto? Com acerto, Arruda Alvim demonstra que a consolidação, como significado de transformar uma situação jurídico-patrimonial em outra, ocorre com o momento temporal em que é aplicável o art. 27 da lei do SFI, mas somente após esgotado o rito procedimental nele previsto.

---

467 Alvim Netto (2009, p. 242).

Com a efetiva intimação, o devedor-fiduciante poderá purgar a mora dentro do prazo previsto no § 1º do art. 26 da lei do SFI perante o registrador imobiliário. Para tanto, o devedor-fiduciante deverá indicar tal pretensão em requerimento endereçado ao oficial do Registro de Imóveis, com expressa menção da quantia paga e com referência à planilha fornecida pelo credor-fiduciário para o dia em que ocorrer o pagamento. O oficial do Registro de Imóveis deverá fornecer recibo ao devedor-fiduciante do pagamento realizado.

Efetuado o pagamento do débito, convalescerá o contrato de alienação fiduciária e, portanto, subsistirá a propriedade fiduciária. O pagamento feito em dinheiro libera imediatamente o devedor-fiduciante. Mas, se feito em cheque, a quitação ficará condicionada à compensação do título.

Na hipótese de pagamento por cheque, este deverá ser nominal ao Registro de Imóveis e caberá ao oficial detalhar os dados do título no recibo a ser entregue ao devedor-fiduciante, com a ressalva de que a quitação do débito objeto da intimação fica condicionada à compensação.

O registrador imobiliário entregará ao credor-fiduciário as importâncias recebidas, descontadas eventuais taxas bancárias e outros impostos decorrentes da movimentação financeira decursiva do pagamento feito pelo devedor-fiduciário, se for o caso, bem como as despesas de cobrança e intimação, se não recebidas antecipadamente, nos três dias úteis imediatamente seguintes à purgação da mora.

Se, apesar de intimado, o devedor-fiduciante não houver efetivado o pagamento do quanto devido, o registrador imobiliário fará certificação desse fato no requerimento do credor-fiduciário e a ele dará ciência.

Cientificado sobre o inadimplemento do devedor-fiduciante após o prazo de 15 dias previsto no § 1º, do art. 26, da Lei Federal nº 9.514/1997, o credor-fiduciário deverá apresentar requerimento[468] ao oficial registrador, acompanhado do comprovante de que a intimação do devedor fiduciante não foi efetivada, da prova de pagamento do imposto de transmissão de bens imóveis – ITBI – e do laudêmio, se for o caso. Todos os

---

468 Em atenção ao princípio da instância previsto no art. 13 da Lei Federal nº 6.015/1973. "Art. 13. Salvo as anotações e as averbações obrigatórias, os atos do registro serão praticados: I - por ordem judicial; II - a requerimento verbal ou escrito dos interessados; III - a requerimento do Ministério Público, quando a lei autorizar.
§ 1º O reconhecimento de firma nas comunicações ao registro civil pode ser exigido pelo respectivo oficial.
§ 2° A emancipação concedida por sentença judicial será anotada às expensas do interessado".

documentos devem ser apresentados em vias originais[469], para que se proceda à averbação da consolidação da propriedade em seu nome (credor fiduciário).

Cândido Rangel Dinamarco[470] salienta que, assim como ocorre com a hipoteca, em que o legislador veda expressamente que o credor hipotecário fique com o objeto da garantia em caso de inadimplemento por parte do devedor[471], o mesmo acontece, de certo modo, na propriedade fiduciária. Pois após a consolidação da propriedade em razão do inadimplemento do devedor fiduciante, mesmo que este seja intimado e não purgue a mora, o credor não estará livre da obrigação legal de realizar os leilões extrajudiciais, situação em que, na opinião do autor, "a técnica da alienação fiduciária de imóveis não difere da que vige quanto a móveis, e ambas têm em comum com a hipoteca a impossibilidade de definitiva incorporação do bem ao patrimônio do credor".

Acima se fez referência à desnecessidade de se recolher o ITBI na constituição da propriedade fiduciária, porque a transmissão da propriedade é feita com o escopo de garantia. Porém, nesse momento, a averbação de consolidação feita em favor do credor-fiduciário tem o condão de capacitar o credor para que realize os leilões extrajudiciais. Portanto, há incidência do referido imposto.

O então Juiz de Direito da 1ª Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, Dr. Venício Antonio de Paula Salles, no procedimento administrativo de dúvida nº 000.05.053148-4[472], publicado no DOE em 25/08/2005,

---

469 Lei Federal nº 6.015/1973, art. 221, inciso II: "Art. 221 - Somente são admitidos a registro: I - escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros; II - escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, com as firmas reconhecidas, dispensado o reconhecimento quando se tratar de atos praticados por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação".

470 Dinamarco (2001, p. 1.276).

471 "Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento".

472 "Quanto à discussão que compõe o substrato da contenda, é certo que o único REGISTRO exigido expressamente para os contratos de alienação fiduciária, aparece no item '35', do inciso I, do art. 167, não existindo qualquer referência à necessidade de AVERBAÇÃO. Contudo, o contrato de ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA é um contrato complexo, no qual o DOMÍNIO é entregue em garantia da dívida, DOMÍNIO que se transfere de imediato ao CREDOR-FIDUCIÁRIO. O inadimplemento, como no presente caso, implica a constituição do devedor em mora, através de intimação administrativa. A não purgação da mora provoca a CONSOLIDAÇÃO da propriedade em mãos do credor-fiduciário. Este ato é de absoluto relevo registral, e deve ser entendido como englobado no mesmo item '35'. O Oficial realizou esta consolidação por registro. Pela seqüência legal, o CREDOR-FIDUCIANTE deve oferecer o imóvel em público leilão, pelo valor do imóvel na primeira solenidade e pelo valor da dívida na subseqüente. O leilão abre possibilidade de uma nova alienação, caso ocorra a arrematação, ou a confirmação daquela já consolidada. Neste segundo caso, evidente que a situação jurídica se mantém, ou melhor, se confirma, não havendo qualquer alteração da titularidade ou dos direitos envolvidos. Se presta apenas para comprovar que os tramites legais foram observados, dando foros de regularidade à consolidação já proclamada.

decidiu que o valor a ser pago para o ato de averbação que confirme a propriedade consolidada em favor do credor-fiduciário deve ser considerado como *sem valor declarado*.

O ato a ser praticado pelo registrador na hipótese de inadimplemento do devedor-fiduciante e em decorrência de pedido expresso feito pelo credor-fiduciário, acompanhado dos documentos referidos acima, é o de **averbação** em decorrência da expressa previsão legal contida no § 7º do art. 26 da Lei Federal nº 9.514/1997. Para cálculo dos emolumentos, o então Corregedor Permanente Paulista entendeu que deve ser considerada a tabela de averbação sem valor declarado porque o ato registrário apenas noticia o inadimplemento e o início dos procedimentos que se verão adiante.

Entretanto, a via contrária desse entendimento permite, em tese, admitir que a averbação de cancelamento da propriedade fiduciária deva ser cobrada com base no valor garantido pelo imóvel. Isso porque, pelo art. 22 da lei do SFI, como visto anteriormente, a constituição da propriedade fiduciária acarreta a *transferência* do imóvel ao patrimônio do credor-fiduciário, ainda que com escopo de garantia e sob condição resolutiva.

Por consequência, o ato registrário (*lato sensu*) de cancelamento da extinção dos ônus e direitos reais − **averbação**, nos termos do nº 2, inciso II, do art. 167, da Lei Federal nº 6.015/1973 − tem como efeito devolver o direito de propriedade ao devedor. Denota-se a importância jurídica e econômica de tal ato administrativo praticado pelo registrador imobiliário.

Tendo em vista a riqueza de detalhes que o procedimento de execução da garantia fiduciária contém, é prudente que o registrador imobiliário, após a prenotação do título (requerimento do fiduciário), forme um processo interno, com autuação própria, e nele formalize todos os atos necessários e exigidos pela lei do SFI. Ao final, com ou sem o pagamento, esse expediente interno deverá conter uma decisão final do oficial registrador em que se declare a consolidação da propriedade em favor do fiduciário ou a convalidação do contrato, bem como o respectivo encerramento e,

---

A averbação, nestes casos, se mostra necessária, em que pese a ausência de previsão expressa, para comprovar a regularidade do procedimento, dando mais segurança a terceiros interessados. No entanto, o valor da transação não tem qualquer relevo jurídico ou prático, de forma que não pode orientar, como base de cálculo, a TAXA EXTRAJUDICIAL. (...)
Ante o exposto, DECLARO que a taxa de serviço público registral a ser cobrada e exigida para a averbação que confirme a propriedade consolidada a favor do fiduciário (art. 27, § 5º, da Lei 9.514/1997), deve ser considerada como SEM VALOR DECLARADO".

posteriormente, o arquivamento físico com microfilmagem nas serventias que adotarem tal procedimento.

Vale destacar que a organização vertical da posse, decorrente do registro determinado no art. 22 da lei do SFI em que se constitui a propriedade fiduciária, desaparece nas situações de cancelamento dessa modalidade de garantia real resolúvel com escopo de garantia.

Se houver o integral adimplemento da obrigação principal pelo devedor-fiduciante, a posse indireta retorna em seu favor. Já nas situações de inadimplemento e sendo o fiduciante constituído em mora, a posse deixará de ser justa. É o que se depreende da análise do inciso V do art. 24 da lei do SFI, que obriga expressamente a previsão de cláusula contratual, no sentido de que é assegurada ao fiduciante a livre utilização do objeto da propriedade fiduciária enquanto for adimplente. Portanto, em decorrência da autorização legal, em caso de inadimplemento o devedor-fiduciante não estará autorizado a utilizar livremente o respectivo imóvel.

O pagamento ou o inadimplemento são condições que tornam a propriedade em trânsito entre dois patrimônios – o do alienante (fiduciante) e o do adquirente (fiduciário) –, pois ela se encontra limitada pela natureza jurídica da resolubilidade. Enquanto a condição estiver pendente, o alienante não é o titular pleno da propriedade do imóvel objeto da garantia, muito menos o adquirente, mas este detém o imóvel como garantia sobre coisa própria. Caso não seja implementada a condição, ou seja, caso não haja pagamento da prestação assumida pelo devedor, a propriedade é *consolidada* no fiduciário para que inicie os procedimentos de alienação pública privada extrajudicial da coisa. Essa é a dinâmica que o *caput* do art. 26 da lei do SFI atribui ao sistema, pois o fiduciário, no prazo de trinta dias, deve realizar os leilões públicos[473].

Confirma tal entendimento o quanto disposto no art. 30[474] da lei do SFI, que assegura ao credor-fiduciário, seu cessionário ou sucessores, a possibilidade de ser reintegrado liminarmente na posse do imóvel com a comprovação da consolidação da propriedade[475]. A reintegração de posse é assegurada pela lei ao fiduciário para facilitar

---

473 Cambler (2006, p. 251).

474 "Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1° e 2° do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome".

475 Tal dispositivo já foi tratado em diversos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e sua aplicação foi garantida e prestigiada, por exemplo, no Agravo de Instrumento nº 581.524-4/4-00, cuja ementa é: "REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Pedido de antecipação de tutela para reintegração imediata na posse do imóvel – Cabimento – Alienação do imóvel que se deu na vigência da Lei 9.514/97,

a realização dos leilões e melhorar a atratividade de terceiros, pois os lances serão maiores se a posse direta também estiver garantida aos interessados[476]. O prazo concedido pela lei do SFI para desocupação do imóvel é de 60 (sessenta) dias, desde que o credor comprove, nos termos do art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome[477].

Sobre a reintegração de posse, vale um pequeno registro no sentido de que é possível ao possuidor indireto defender sua posse contra o possuidor direto nos termos do quanto estabelece o art. 1.197 do Código Civil[478]; e o art. 30 está em sintonia com o quanto prevê referido dispositivo legal.

Entretanto, para que se possa valer da reintegração de posse, é preciso que a propriedade fiduciária esteja regularmente constituída e que o fiduciante tenha sido notificado para purgar a mora e, em caso de recusa do devedor em pagar o quanto devido, é preciso promover a consolidação da propriedade. Se houve contrato, mas este não estiver registrado no respectivo registro de imóveis, a propriedade fiduciária não está configurada e o desmembramento da posse não terá ocorrido[479].

---

pelo regime jurídico da alienação fiduciária – Aplicação do artigo 30 da lei 9.514/97 – Agravo provido". Neste acórdão vale destacar trecho do voto do Desembargador Vito Guglielme em que entendeu pela reintegração de posse nos termos do art. 30, e declarou seu entendimento no sentido de que manter "os adquirentes na posse é agravar ainda mais os prejuízos e estabelecer o direito gratuito de moradia (lembre-se de que as despesas de condomínio e impostos não são pagas há mais de dois anos). Aliás, desde que ingressaram no imóvel, nenhum condomínio pagaram!"; no Agravo de Instrumento nº 539.638-4/1-00, com a seguinte ementa: "Agravo – Revisão Contratual de Bem Imóvel – Reintegração de Posse – Admissibilidade – Preenchidos os requisitos dos arts. 26, 27 e 30 da Lei nº 9.514/97 – Decisão mantida – Recurso não provido"; e no Agravo de Instrumento nº 1.188.318-0/7, ementa: "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL – Reintegração de posse – Propriedade consolidada – Aplicabilidade do artigo 30, da lei nº 9.514, de 1997 – Medida liminar mantida, a fim de atender o rito especial – Ausência de comprovação de tratar-se a ação de força velha – Notícia sobre a propositura de medida cautelar para sustação de leilões, sem comprovação da concessão liminar ou decisão final a respeito – Ação de rescisão contratual, com pedido de devolução das parcelas pagas, para a qual não é prejudicial a questão deduzida na ação de reintegração, ao contrário". Inclusive nos embargos de declaração nº 1.010.469-01-0 houve expressa declaração da turma julgadora, por unanimidade, de que o art. 30 da lei do SFI é constitucional, como se depreende da ementa: "Não se entrevê inconstitucionalidade no procedimento extrajudicial dos artigos 26 a 30 da lei nº 9.514/97 na alienação fiduciária de imóveis. Outrossim, lícita a concessão liminar de desocupação do imóvel desde que comprovada a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário".

476 Balbino Filho (2008, p. 141).

477 Cambler (2006, p. 251).

478 A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender sua posse contra o indireto.

479 Neste sentido, Agravo de Instrumento n° 990.10.295869-8, julgado pela 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo: "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. Agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu a liminar de reintegração de posse de bens imóveis que foram supostamente alienados fiduciariamente ao agravante. O agravante não constituiu validamente a propriedade fiduciária, visto que não registrou no competente Registro de Imóveis a confissão de dívida que serviu de título à garantia fiduciária (art. 23, da Lei n° 9.514/97), assim como não promoveu a consolidação da propriedade na forma da lei. Não cumpriu o agravante requisito indispensável para a

Assim, desde que preenchidos os requisitos previstos especialmente no art. 26 da lei do SFI – constituição em mora do fiduciante e consolidação da propriedade no fiduciário –, é possível a concessão de liminar para reintegração da posse nos termos do já mencionado art. 30 da mesma lei[480].

Afirma Viegas de Lima[481] que a averbação da consolidação da propriedade fiduciária faz do credor-fiduciário novo titular e desconstitui a propriedade-fiduciária resolúvel com objetivo de garantia. Continuando, o autor consigna que a propriedade decorrente da consolidação do art. 27 não pode ser comparada àquela do art. 1.228 do Código Civil.

Há certa compressão dos atributos referentes ao domínio em relação ao credor-fiduciário, nesse momento, porque a lei obriga a realização de leilões no prazo de 30 dias (contados da data do registro de que trata o § 7º, do art. 26) para que o imóvel seja alienado e haja ressarcimento do crédito. Não poderá o credor considerar o imóvel incorporado ao seu patrimônio de forma definitiva antes dos leilões extrajudiciais. Por

---

concessão da liminar de reintegração de posse, com amparo no art. 30, da Lei n° 9.514/97. Diante da falta de registro de título, a pretensão de reintegração de posse não pode ser concedida, visto que o agravante não é proprietário fíduciário dos imóveis. Falta de interesse de agir caracterizada. Extinção do processo determinada, com fundamento no art. 267, inc. VI, do CPC. Negado provimento ao recurso, com extinção do processo" (data do julgamento 10/08/2010).

480 Agravo de Instrumento n° 994.09.293345-1, julgado em 28/07/2010, pela 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "EMENTA: IMISSÃO NA POSSE - Requerimento formulado por detentor do domínio contra a atual ocupante do bem – Imóvel arrematado pela vendedora em leilão extrajudicial - Pendência de ação de suspensão de leilão extrajudicial e anulatória de ato jurídico perante à Justiça Federal - Irrelevância - Deferimento da antecipação de tutela para imitir o autor na posse do imóvel - Recurso provido".

Apelação Cível n° 994.03.031374-7, julgada pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 01/07/2010. Ementa: "COMPRA E VENDA. RESCISÃO. Alegada carência de ação afastada. Irregularidades no loteamento não tornam impossível a rescisão, nem autorização a falta de pagamento das parcelas pelo adquirente. Omissão da sentença. Inocorrência. Pedido de ressarcimento implicitamente indeferido. No mérito. Inadimplência do devedor. Rescisão e reintegração de posse confirmadas. Impossibilidade, porém, de retenção de todas as parcelas. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, reconhecido o direito de indenização das benfeitorias realizadas, assegurado o direito de retenção, e devida a taxa de ocupação. RECURSO PARCIALMENTE PROCEDENTE".

Agravo de Instrumento n° 539.638-4/1-00, julgado pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 31/01/2008. Ementa: "Agravo - Revisão contratual de bem imóvel - Reintegração de posse – Admissibilidade preenchidos os requisitos dos arts, 26, 27 e 30 da lei n° 9 514/97 - Decisão mantida - Recuso não provido".

Agravo de Instrumento n° 1.188.318-0/7, julgado pela 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 25/06/2006. Ementa: "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL - Reintegração de posse – Propriedade consolidada - Aplicabilidade do artigo 30, da Lei n° 9.514, de 1997 - Medida liminar mantida, a fim de atender o rito especial - Ausência de comprovação de tratar-se a ação de força velha - Notícia sobre a propositura de medida cautelar para sustação de leilões, sem comprovação da concessão liminar ou decisão final a respeito - Ação de rescisão contratual, com pedido de devolução das parcelas pagas, para a qual não é prejudicial a questão deduzida na ação de reintegração, ao contrário. Agravo não provido". (Há outras decisões, transcritas na íntegra, no Anexo II).

481 Lima (2003, p. 134).

essa razão, não poderá alienar ou onerar a coisa imóvel porque não lhe é permitido pela lei outro destino ao imóvel senão a oferta em públicos leilões extrajudiciais.

Este momento cronológico da lei do SFI exige que o credor realize os leilões para ofertar o imóvel a terceiros. Apesar de a alienação ser obrigatória nessa fase, pode ocorrer a hipótese de frustração dos leilões, como se verá adiante. Conclui-se, portanto, que a oferta ao público pelo credor-fiduciário é obrigatória, mas a alienação poderá não ser realizada.

Tal situação decorre da obrigação contida no *caput* do art. 27 da lei do SFI, o qual estabelece: "Uma vez consolidada a propriedade em seu **nome**, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel".

Vale destacar que o devedor-fiduciante, nos termos do § 8º do art. 26 da lei do SFI, incluído pela Lei Federal nº 10.931/2004, poderá "com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27".

Caso ocorra a dação em pagamento prevista no parágrafo acima parcialmente transcrito, o credor-fiduciário estará dispensado de realizar os leilões previstos no referido art. 27 da lei do SFI. Essa inovação possibilitou maior dinamismo aos procedimentos da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. O legislador, seguindo a orientação de tornar célere a recuperação do crédito, possibilitou ao devedor-fiduciante, desde que com a anuência do fiduciário, entregar o direito que lhe cabe e que decorre da constituição da propriedade fiduciária para extinguir a dívida.

É conhecida a norma que vigorava no Código Civil de 1916, que considerava nula a cláusula que autorizava o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, caso não houvesse o pagamento da dívida por ocasião do vencimento. Essa era a regra do art. 765.

O Código Civil de 2002 manteve idêntica redação no *caput* do art. 1.428, mas, no parágrafo único, para coadunar a hipótese com as regras das formas de pagamento do direito das obrigações, introduziu a possibilidade de o devedor dar em pagamento o objeto da garantia para extinguir a dívida.

O legislador da Lei Federal nº 10.931/2004 trilhou o mesmo caminho e introduziu, na lei do SFI, a previsão legal para que pudesse ocorrer a extinção da obrigação principal por meio da dação em pagamento. Parece que caminhou bem o

legislador ao inserir tal disposição normativa, pois acelera ainda mais a recuperação do crédito pelo fiduciante.

Com a dação em pagamento, o credor passa a ser pleno titular da propriedade do imóvel com todas as faculdades do art. 1.228 do Código Civil.

Tal opção exigirá das partes a celebração de novo negócio jurídico que retratará a dação em pagamento, o qual, quanto à forma, poderá ser público ou particular em razão da regra do mencionado art. 38 da lei do SFI, e será registrado na matrícula do respectivo imóvel, nos termos do art. 167, inciso I, 31, da Lei Federal nº 6.015/1973.

5.2.1 LEILÕES

O art. 27 da lei do SFI estabelece prazo para a realização do primeiro público leilão extrajudicial, que será de 30 dias contados da averbação da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, decorrente da não purgação da mora pelo devedor-fiduciante. Mas não há previsão de sanção para a hipótese de descumprimento do referido prazo.

A finalidade da realização de públicos leilões é de conferir maior agilidade na alienação do imóvel e no ressarcimento do credor-fiduciário. O leiloeiro será escolhido preferencialmente por este último, e o leilão realizado por profissional inscrito nos órgãos públicos que fiscalizam a atividade.

Marcelo Terra[482], com acerto, sugere que o credor publique editais para dar publicidade à realização do primeiro e do segundo leilões. Na opinião do autor, é possível aplicar, por analogia, a regra do leilão na fase da intimação do fiduciante que seja considerado em situação de local incerto e não sabido, ou seja, publicações de editais repetidas por três dias, em um dos jornais de maior circulação da localidade.

Portanto, o credor deverá promover editais para noticiar a realização dos públicos leilões. Minimamente os editais deverão conter:

1. A completa descrição do imóvel com indicação do número de matrícula e correspondente Registro de Imóveis;

---

[482] Terra (1998, p. 45).

2. Indicação do ato registrário de constituição da propriedade fiduciária e da averbação de consolidação da propriedade em razão do inadimplemento absoluto do devedor-fiduciante;
3. O valor do imóvel convencionado no contrato de alienação fiduciária para venda em público leilão;
4. O valor da dívida (saldo devedor) acrescido de despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais;
5. Expressa referência de que, caso o maior lance ofertado seja inferior ao valor do imóvel, será realizado segundo leilão no prazo de 15 dias subsequentes à realização do primeiro leilão, com designação de dia e hora, ocasião em que será aceito o maior lance oferecido (como se verá adiante); e
6. Informação de que, se no segundo público leilão o maior lance não for, no mínimo, igual ao valor da dívida e acréscimos, a obrigação principal estará extinta e, por conseguinte, liberado o devedor.

Antes de analisar as situações dos leilões, é importante destacar o problema teórico que pode surgir em decorrência de oferta feita por licitante. Afirmou-se anteriormente que a propriedade do credor-fiduciário é resolúvel e limitada com finalidade de garantir, sob coisa própria, a obrigação principal. Nesse sentido, se a propriedade do credor-fiduciário é limitada nos termos da lei do SFI[483], como poderia transferir em leilão público, extrajudicial, mais direitos do que tem, considerando que o terceiro adquirente se tornará proprietário pleno do imóvel alienado em hasta pública? Se o direito alienado continha restrições, o que e como adquirirá o arrematante? Seria a propriedade limitada ou a plena, na conceituação tradicional do art. 1.228 do Código Civil?

A resposta a essa aparente incongruência encontra-se na sistemática da lei do SFI. É o texto legal que limita o direito de propriedade do credor, mas com vital relação à condição resolúvel também decorrente da lei, ou seja, do inadimplemento.

---

[483] Lei Federal nº 9.514/1997, art. 22: "A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel".

Se houver o inadimplemento, estará resolvida a condição do negócio jurídico. Nesse compasso, o credor-fiduciário estará apto a alienar o imóvel em público leilão. Nesse momento, a limitação do direito de propriedade do credor-fiduciário desaparecerá, uma vez que sua existência vincula-se ao direito que tinha o devedor-fiduciário de reaver o imóvel alienado fiduciariamente. Se tal possibilidade desaparece em razão do inadimplemento, o credor-fiduciário passará a deter a propriedade em sua plenitude, porém com obrigação legal de realizar os leilões[484].

Os contratantes poderão estipular que os leilões públicos sejam realizados judicial ou extrajudicialmente[485]. Se a opção for pela realização judicial dos leilões, deverão ser observadas as regras do ordenamento Processual Civil. Na hipótese do leilão público ser realizado extrajudicialmente, há expressa previsão para que sejam observadas as disposições dos artigos 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/1966[486].

Vale ressaltar que, mesmo se adotada a realização de leilões públicos extrajudiciais, haverá sempre a possibilidade de o devedor-fiduciante valer-se da intervenção judicial a qualquer tempo do procedimento ou mesmo antes dele[487]. Isso decorre da impossibilidade de eventual lesão ou ameaça a direito ser afastada da apreciação do Poder Judiciário[488]. Há doutrinadores que entendem os procedimentos extrajudiciais como inconstitucionais, por consagrarem forma de autotutela que é repudiada pelo nosso Estado de direito, por desrespeitarem o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário e por ferirem postulados que garantem o direito de defesa, o contraditório e a produção de provas, sem os quais não se pode caracterizar o devido processo legal[489].

É possível indicar ao menos cinco situações específicas que demonstram a compatibilidade constitucional do instituto da propriedade fiduciária imobiliária, principalmente no que se refere ao momento de sua execução, ou seja, desde que o devedor fiduciante apresenta os primeiros sinais de inadimplemento. Inicialmente, o

---

484 Alvim Netto (2009, p. 244).

485 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 39, inciso II, cc Decreto-Lei nº 70/1966, art. 29, e Código de Processo Civil, artigos 566 a 620 e 646 a 685.

486 Tal previsão está expressa no inciso II do art. 39 da Lei Federal nº 9.514/1997. "Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei: I - não se aplicam as disposições da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, e as demais disposições legais referentes ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH; **II - aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966**" (Destaques acrescidos).

487 Chalhub (2006, p. 371).

488 Constituição Federal, art. 5º, XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

489 Grinover *apud* Chalhub (2006, p. 372).

sistema da lei do SFI determina que seja concedido um momento temporal específico para que o devedor possa purgar a mora. Denota-se que a lei não permite que o imóvel objeto da garantia passe a integrar de forma definitiva o patrimônio do credor fiduciário. Como característica dessa situação e como única alternativa legal, há expressa determinação ao credor fiduciário para que promova a venda em público leilão extrajudicial e, caso seja positivo e o produto obtido seja superior, entregue o que sobejar ao ex-proprietário, além de manter a possibilidade de se valer do Poder Judiciário a qualquer momento e em qualquer fase do processo caso os dispositivos legais do sistema não sejam rigorosamente observados[490].

Tanto a Lei Federal nº 9.514/1997 quanto o Decreto-Lei nº 70/1966 não apresentam dificuldades para que o devedor fiduciante busque o amparo do Poder Judiciário nas hipóteses de lesão ou de ameaça a direito, como, aliás, preceitua o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Tais diplomas servem, na opinião de Melhim Namem Chalhub, não como autotutela, mas como instrumentos legais para viabilizar a venda particular dos imóveis objeto das respectivas garantias, por ser decorrente de prévia contratação entre as partes, como ocorre na hipótese do inciso IV do art. 1.453 do Código Civil[491]. Em todas as situações não há impedimentos para que o devedor recorra ao Poder Judiciário, a fim de evitar lesão ou ameaça de direito[492] [493].

Cândido Rangel Dinamarco salienta que:

> A legitimidade ética do próprio sistema fica sempre na dependência da medida em que os juízes do país abram as portas do processo às pretensões dos devedores contrariados e dos modos como se disponham a enfrentar as questões trazidas. A efetividade da tutela jurisdicional em tema de alienação fiduciária de bens imóveis estará sempre associada (a) à admissão de reclamações referentes ao próprio contrato e às cláusulas que contém, inclusive mediante *ações meramente declaratórias a serem propostas pelo devedor*; (b) à possibilidade de impugnar o procedimento instaurado perante os cartórios do registro imobiliário, seja mediante negativa da mora, seja com a alegação de vícios do procedimento em si mesmo; (c) à oferta de meios idôneos para a discussão do valor pelo qual o bem garantidor haja sido transferido a terceiro. Quanto a esse último aspecto, não se cogita de execução nem de liquidez, porque a dívida se extingue após o segundo leilão, quer o valor arrecadado seja superior, igual ou inferior ao dela (lei *cit.*, art. 27, par. 5.); mas, não constando *sobra* ou sendo declarada

490 Dinamarco (2001, p. 1.279).

491 Estabelece o inciso IV do art. 1.433 do Código Civil que o credor pignoratício tem direito a "promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração".

492 Chalhub (2006, p. 372).

493 Dinamarco (2001, p. 1.281).

> uma sobra que não satisfaça o devedor, sempre poderá este pedir em juízo o reconhecimento de seu direito ao valor que entende devido. Estando assim aberto o Poder Judiciário e disposto a enfrentar com realismo e sem preconceitos todas as questões que tais litígios suscitam, a regularidade constitucional de cada processo e do próprio sistema estará a salvo.

Caso decorram lesões ou ameaças de direitos, o devedor poderá, desde o início dos procedimentos, dos quais é obrigatoriamente intimado, buscar amparo jurisdicional para evitar abusos por parte do credor. Os que entendem que o procedimento do Decreto-Lei nº 70/1966 é inconstitucional afirmam que o prazo decorrente da notificação do devedor é para purgar a mora, e não para exercer o direito de ampla defesa[494].

A análise da ementa do EREsp nº 462.659, relatado pelo Ministro Ari Pargendler, revela a possibilidade de o devedor socorrer-se do Poder Judiciário. Decidiu-se no dito recurso que: "A execução extrajudicial, tal como prevista no Decreto-Lei nº 70, de 1966, pressupõe crédito hipotecário incontroverso, sendo imprestável para cobrar prestações cujo montante está sob discussão judicial. Embargos de divergência não conhecidos". Denota-se que o devedor buscou o amparo jurisdicional para questionar o valor de prestações cobradas pelo credor. Assim, permitiu-se a execução extrajudicial apenas em relação aos valores incontroversos. Portanto, é possível que haja apreciação do Poder Judiciário sobre a questão que envolve a venda extrajudicial, o que não afronta o preceito constitucional.

Também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça – STJ – sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/1966[495] e considerou constitucional a execução extrajudicial[496] [497].

---

494 Constituição Federal, art. 5º, LIV e LV: "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

495 Nos embargos de declaração nº 1.010.469-01-0, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado pela 29ª Câmara de Direito Privado, relatado pelo Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, foi decidido pela constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/1966. Constou expressamente do respectivo acórdão: "Inobstante não haver a apontada omissão, como os embargantes afirmam, o intuito de prequestionar a matéria para obter acesso aos Tribunais de superposição, não se entrevê qualquer inconstitucionalidade no art. 30 da Lei nº 9.514/97, sendo certo que, a matéria envolvendo execução extrajudicial já foi enfrentada, tanto pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, como pelo extinto Tribunal Federal de Recursos e pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgamento envolvendo o Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, prevalecendo o seguinte entendimento: 'Os artigos 31 a 38 deste Dec. Lei não são inconstitucionais (TFR – RF 254/246, RJTJESP 68/121) e continuam em vigor, não revogados pelo atual CPC' (STJ, 1ª Turma, REsp 46.050-6, RJ, Rel Min. Garcia Vieira, j. 27.4.94, negaram provimento, v.u., *DJU* de 30.5.94, p. 13.460)". Em outra passagem restou consignado: "apesar

Importante destacar que o art. 40 do Decreto-Lei nº 70/1966 impõe rígida sanção ao agente fiduciário que agir ilegalmente. Nos termos do referido dispositivo legal citado:

> O agente fiduciário que, mediante ato ilícito, fraude, simulação ou comprovada má-fé, alienar o imóvel hipotecado em prejuízo do credor ou devedor envolvido, responderá por seus atos, perante as autoridades competentes, na forma do Capítulo V da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e, perante a parte lesada, por perdas e danos, que levarão em conta os critérios de correção monetária adotados neste Decreto-Lei ou no contrato hipotecário.

Não se pode esquecer, também, da possibilidade legal de o devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito totalizado de acordo com o art. 33 do Decreto-Lei nº 70/1966, acrescido de encargos. Percebe-se que o legislador deu larga folga ao devedor para regularizar sua situação de inadimplência, que poderá ocorrer em qualquer fase da alienação extrajudicial, mas estabeleceu um termo final que é a assinatura do auto de arrematação por terceiro ou de adjudicação pelo credor.

A notificação feita ao devedor tem como objetivo dar a ele conhecimento das pretensões do credor. Depois de efetivada a intimação, o devedor terá condições de exercer plenamente seu direito de defesa perante o Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, no RE nº 223.075/DF[498], em votação unânime, decidiu que há plena compatibilidade entre o Decreto-Lei nº 70/1966 com a Constituição Federal, pois, além de prever uma fase de controle judicial, ainda que

---

de não haver qualquer omissão ou contradição, acolhem-se os embargos de declaração para ficar constando expressamente a inexistência de inconstitucionalidade na Lei nº 9.514/97 (...)".

[496] Assim restou consignado no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8.867, relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira: "Mandado de Segurança. Liminar. Requisitos Essenciais e Conexos. Segurança Denegada. Decreto-Lei 70/66. Lei 1.533/51 (art. 7º, II). 1. Ato judicial de indeferimento da liminar não revestido de ilegalidade, de abusividade, nem teratológico, escapa de censura, merecendo ser mantido. 2. Vezes a basto tem sido afastada a pretensão de acoimar a execução **extrajudicial** de **inconstitucional** (Dec.-Lei 70/66). 3. Recurso não provido" (destaques acrescidos).

[497] No mesmo sentido, RMS 7.993/MG, do Superior Tribunal de Justiça. "EMENTA. Mandado de segurança. Liminar. Requisitos essenciais e conexos. Segurança denegada. Del. 70/1966. Lei 1.533/1951 (ART. 7º, II). 1. Ato judicial de indeferimento da liminar não revestido de ilegalidade, de abusividade, nem teratológico, escapa de censura, merecendo ser mantido. 2. Vezes a basto tem sido afastada a pretensão de acoimar a execução extrajudicial de inconstitucional (DEL. 70/1966). 3. Recurso improvido".

[498] "EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a *posteriori*, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido".

posteriori, da venda do imóvel dado em garantia ao agente fiduciário, não impede que possíveis ilegalidades ocorridas durante o procedimento sejam corrigidas e inibidas na esfera jurisdicional.

Valiosos são os argumentos lançados pelo relator do aludido recurso especial, o Ministro Ilmar Galvão. Seu entendimento sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/1966 serviu para outros precedentes da mesma Corte, como nos AI-AgR 312.004/SP, AI-AgR 514.565/PR e AI-AgR 509.379/PR.

No RE 148.872[499], relatado pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido, decidiu pela recepção constitucional do Decreto-Lei nº 70/1966, pois não há ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa.

Pela importância, reproduz-se integralmente o mencionado voto do Ministro Ilmar Galvão no Anexo II.

No acórdão do aludido RE 148.872 constou, no relatório do Ministro Moreira Alves, transcrição do parecer da Procuradoria-Geral[500] da República em que se destacou o entendimento no sentido de que o procedimento constante no Decreto-Lei nº 70/1966 remete expressamente à execução, fase procedimental considerada pela doutrina como de natureza tipicamente não contraditória, mesmo quando sujeita à atividade jurisdicional do Estado, pois a finalidade não é estabelecer ou reconhecer direitos das partes, mas submeter o devedor aos efeitos do direito líquido do credor. Em ambos os procedimentos não se pretende excluir as garantias constitucionais relativas aos processos, apesar de serem mitigadas por não se tratarem de ação de conhecimento. Entretanto, a qualquer tempo, aquele que se sentir prejudicado poderá buscar a reparação de seu direito junto ao Poder Judiciário como prevê a Constituição Federal.

---

499 "EMENTA: Execução extrajudicial. Recepção, pela Carta Magna de 1988, do Decreto-Lei nº 70/66. Em caso análogo ao presente, esta Primeira Turma, ao julgar o RE 223.075, sendo relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, assim decidiu (...). Em seu voto, salientou o relator, que '(...) é fora de dúvida que não cabe falar, como fez o acórdão recorrido, em ofensa às normas dos incisos XXXV, XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição, nem, tampouco, em inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa'. Dessa orientação, que, em verdade, teve como recebido o referido Decreto-Lei nº 70/66 pela atual Constituição, divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido".

500 "Todavia, razão assiste ao recorrente. Com efeito, o procedimento inscrito no decreto-lei sob exame remete à execução, fase tida por predominante doutrina como de natureza não contraditória, ainda quando sujeita à atividade jurisdicional do Estado. O fim, ali, não é discutir e estabelecer o direito das partes, mas sujeitar o devedor aos efeitos da existência de um direito líquido e certo do credor. Não se excluem, dessa forma, as garantias constitucionais relativas ao processo; sofrem aquelas, é certo, justificável mitigação, precisamente por não se cuidar de ação de conhecimento. Isso não obstante, como ora se vê, a qualquer tempo faculta-se ao suposto lesado o acesso à Justiça, com todas as prerrogativas enunciadas na Carta Magna – sobretudo para discussão acerca do modo como se desenvolve a execução".

Denota-se que, tanto na esfera jurisdicional quanto na extrajudicial, as possibilidades de o devedor se socorrer do Poder Judiciário para conter abusos perpetrados pelo credor são semelhantes. A atuação do Estado-juiz não representa maiores garantias aos interesses do credor ou do devedor. A garantia constitucional de acesso à justiça não decorre de mero formalismo ou apego excessivo a ritos, mas de modo capaz de repelir, em última análise, o totalitarismo, em que a lei muito pouco ou nada estabelece sobre as regras de exercício do poder. O exercício do poder, salienta Cândido Rangel Dinamarco[501] ao citar Niklas Luhmann, é exercido com apoio nos *ritos* para que não se fira o devido processo legal, ao qual está submetida toda administração pública, direta ou indireta.

No mesmo sentido opina Eduardo de Assis Brasil Rocha[502], ao afirmar que, apesar de o Decreto-Lei nº 70/1966 e de a Lei Federal nº 9.514/1997 serem espécies de procedimentos extrajudiciais, não afastam nem proíbem o controle do Poder Judiciário caso ocorra qualquer lesão ou ameaça de lesão a possíveis direitos do devedor.

O art. 29 do Decreto-Lei nº 70/1966 determina que as hipotecas vencidas e não pagas nos respectivos vencimentos poderão ser objeto de execução na forma dos artigos 31 a 38 do mesmo diploma legal.

Assim, parece superada a questão da inconstitucionalidade dos leilões públicos extrajudiciais, especialmente após a manifestação do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Outras considerações sobre a constitucionalidade são feitas no Capítulo 8 deste trabalho.

Salienta-se, por oportuno, que na hipótese de ser declarada a insolvência do devedor fiduciante, o credor-fiduciário, para a restituição do imóvel prevista no art. 32 da lei do SFI, apresentará mandado judicial que será averbado na correspondente matrícula. Consequentemente, restará rescindido o contrato e consolidada a propriedade em seu nome (credor-fiduciário) para que se proceda à alienação em público leilão.

O art. 39 da Lei do SFI determina que sejam aplicadas as regras do procedimento de execução previstas na Lei do SFH (artigos 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966).

---

501 Dinamarco (2001, p. 1.282).

502 Rocha (1998, p. 101).

5.2.1.1 PRIMEIRO LEILÃO

No primeiro público leilão o imóvel será oferecido pelo preço indicado pelas partes no contrato de alienação fiduciária, uma vez que se trata de elemento obrigatório previsto no inciso VI[503] do art. 24 da lei do SFI.

Desde a contratação, as partes deverão realizar prévia avaliação do imóvel para cumprir o requisito legal citado, bem como indicar os critérios que serão seguidos para eventual revisão de tal valor. Esse será o lance mínimo ao se iniciar o primeiro público leilão. Os contratantes deverão, a depender do prazo do contrato, prever critérios para revisão do referido valor, para o que poderão utilizar índices para atualização monetária.

Algumas hipóteses e consequências podem ocorrer por ocasião do primeiro público leilão. Tomando-se por base o valor do imóvel em R$ 100 mil, o valor da dívida em R$ 50 mil e o valor do lance, igualmente, em R$ 50 mil, o credor não poderá aceitar o lance oferecido por ser inferior ao valor do imóvel, que é o lance mínimo exigido pela lei para efetivar a alienação no primeiro público leilão. Nessa situação, o credor deverá realizar o segundo público leilão.

Adotados os mesmos valores para o imóvel e para a dívida, mas com lance em R$100 mil, obrigatoriamente o credor deverá aceitar o lance e proceder à alienação do imóvel ao arrematante vencedor. Entretanto, o credor conservará somente R$ 50 mil como pagamento da dívida e entregará os R$50 mil excedentes ao devedor na forma da lei.

Alterando-se alguns parâmetros e estabelecendo como valor do imóvel R$ 100 mil, valor da dívida R$ 150 mil e valor do lance R$ 120 mil, também deverá o credor aceitar o lance por ser maior que o valor do imóvel. Porém, o saldo de R$ 30 mil será considerado extinto e o devedor-fiduciante será exonerado[504].

Admitindo-se a hipótese do lance oferecido no primeiro leilão ser inferior ao valor do imóvel, o credor-fiduciário deverá realizar, nos 15 dias seguintes, o segundo leilão por expressa determinação contida no § 1º do referido art. 27 da lei do SFI.

---

503 "VI – a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão".

504 Por analogia ao que estabelece o § 5º do art. 27:

"§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º".

"§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais".

Na hipótese de um terceiro adquirir o imóvel em leilão público extrajudicial, será expedida carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo devedor, pelo arrematante e por cinco testemunhas (pessoas físicas), que servirá como título aquisitivo a ser registrado na matrícula do imóvel[505]. Se o devedor não comparecer ou, apesar de presente aos leilões, recusar-se a assinar a carta de arrematação, deverá o leiloeiro certificar a ausência ou a recusa em subscrevê-la[506].

5.2.1.2 SEGUNDO LEILÃO

O § 2º do art. 27 da lei do SFI estabelece que no segundo leilão seja aceito pelo credor-fiduciário o maior lance oferecido, desde que seja igual ou superior ao valor da dívida.

O § 3º do dito art. 27 define o que se entende por dívida e por despesas. Por *dívida* entende-se o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais. Já as *despesas* compreendem a soma das importâncias correspondentes aos encargos, custas de intimação e custas necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

Pode-se considerar, por exemplo, como importâncias que integrarão o valor final das despesas, as contribuições condominiais que, à data do leilão, estejam vencidas e não pagas, caso o imóvel seja unidade autônoma de condomínio edilício, taxas de água, esgoto e de lixo, imposto predial e territorial urbano, contas de água, luz e gás.

No caso de o credor-fiduciário obter preço superior ao da dívida e das despesas, ele deverá, nos cinco dias seguintes à venda do imóvel no leilão, entregar ao devedor aquilo que sobejar, acrescido do valor da indenização de benfeitorias, depois de

---

505 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 39, inciso II, cc Decreto-Lei nº 70/1966, art. 37.
Lei Federal nº 9.514/1997, art. 39, inciso II: "aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.".
Decreto-Lei nº 70/1966, art. 37: "Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acôrdo com o artigo 32, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento que servirá como titulo para a transcrição no Registro Geral de Imóveis."

506 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 39, inciso II, cc Decreto-Lei nº 70/1966, art. 37 § 1.
Decreto-Lei nº 70/1966, art. 37 § 1: "O devedor, se estiver presente ao público leilão, deverá assinar a carta de arrematação que, em caso contrário, conterá necessàriamente a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subscrevê-la."

deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os parágrafos 2º e 3º.

Se o maior valor oferecido não for igual ou superior ao da dívida e das despesas, a dívida será considerada extinta, exonerar-se-á o devedor da obrigação principal e ele estará liberado do pagamento de eventual saldo remanescente, como determina o § 5º da lei do SFI. O credor deverá entregar ao devedor, no prazo de cinco dias contados da realização do segundo leilão, o termo de quitação da dívida[507].

Sobre a liberação do devedor no caso do segundo leilão ser negativo, Álvaro Villaça Azevedo[508] trata do risco que o fiduciário corre de o maior lance não ser igual ou superior ao valor total da dívida:

> A lei, como visto, estabelece alguns parâmetros que podem ofender os direitos das partes contratantes, desequilibrando sua relação jurídica. Tal é a solução que o legislador adotou no § 5º, do art. 27, que merece, a meu ver, uma revisão judicial. Assim, no segundo leilão, existe a possibilidade de extinguir-se a relação jurídica fiduciária, em detrimento do devedor (se, por exemplo, o real valor do imóvel não for alcançado) ou do credor (se, por exemplo, ficar com a propriedade do imóvel fiduciado, por valor muito aquém do débito das despesas legais).

A pretensão do legislador ao introduzir a alienação fiduciária sobre coisas imóveis no rol de direitos reais de garantia foi de restringir sua aplicação ao mercado financeiro habitacional. Nesse sentido, com o escopo de proteger direitos e expectativas dos menos favorecidos na aquisição da casa própria, a Lei Federal n° 9.514/1997 trouxe em seu bojo dispositivo legal que concede perdão da dívida em relação aos saldos residuais que permanecerem após a realização dos leilões, em virtude de não ter alcançado lance igual ou superior ao valor da dívida.

Ocorre que, nos termos do quanto estabelece o art. 51[509] da Lei n° 10.931, de 2004, as obrigações em geral também passaram a poder ser garantidas pela propriedade fiduciária imobiliária, sejam elas habitacionais ou empresariais /

---

507 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 27, § 6º: "Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio".

508 Azevedo (2002, p. 84).

509 "Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel".

comerciais, admitindo, inclusive, a prestação dessa garantia por terceiros que não o proprietário da coisa.

A partir dessa permissão legal abriram-se amplas possibilidades de financiamento para o setor produtivo, mas, paradoxalmente, há uma situação contida na estrutura da lei do SFI que causa extrema insegurança e ainda inibe sua franca expansão.

Isso porque o art. 27 da lei do SFI dispõe que, em caso de inadimplemento do devedor-fiduciante, o credor-fiduciário obterá a satisfação do seu crédito com a quantia que vier a ser apurada na venda do imóvel em leilão. Entretanto, o problema que o mercado financeiro enxerga está contido no § 5°, pelo qual, caso não haja lance que alcance o valor da dívida, o credor deverá: (i) liberar o devedor do pagamento de eventual saldo devedor, (ii) apropriar-se do imóvel, e (iii) dar seu crédito por satisfeito.

Não há como negar que a regra contida no § 5º acarreta o perdão de dívida que, se, por um lado justifica-se para financiamentos habitacionais, em contrapartida não é adequada para as operações de crédito destinadas às atividades empresariais em geral.

Com o objetivo de corrigir essa distorção que a lei perpetrou, há em andamento o Projeto de Lei nº 1.070/2007, que pretende excluir do benefício do perdão as operações de financiamentos não-habitacionais em geral e as de autofinanciamento do tipo "consórcio".

Na moderna economia atual, que também se ressente por não ter uma modalidade de garantia ágil e eficaz, não há espaço para manter o perdão da dívida nas operações de financiamento em geral, caso o produto da venda do imóvel dado em garantia seja inferior ao valor da dívida. Ademais, também não se justifica para os grupos de autofinanciamento tipo "consórcio", pois a quitação por valor inferior ao da dívida beneficiaria a pessoa do consorciado-devedor, mas causaria irreparável prejuízo a todas as demais pessoas participantes do consórcio, que ocupam posição paritária do ponto de vista social e econômico, pois sobre essas pessoas recairia o prejuízo correspondente ao saldo residual, uma vez que elas é que passariam a suportar o acréscimo do valor perdoado, modificando o sentido do princípio da função social do contrato.

A redação que se pretende ter como aprovada pelo referido projeto de lei para o § 5º é o seguinte:

> § 5º - A. No caso de financiamento de imóvel habitacional, se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

Percebe-se que a intenção do legislador com a modificação que se propõe é a de restringir o perdão da dívida – caso o produto da venda do imóvel dado em garantia seja inferior ao valor devido pelo fiduciante – apenas para as situações que envolvam as operações de créditos no âmbito do sistema habitacional. Assim, nas demais obrigações, o fiduciário poderá se valer da regra geral do art. 391[510] do Código Civil e prosseguir na execução judicial dos bens do fiduciante para recuperar o saldo devedor não satisfeito pela venda nos leilões.

Pelo mesmo projeto de lei, caso seja aprovado, haverá o acréscimo do § 8º ao art. 27, que reforçará o afastamento do perdão da dívida para as demais obrigações em geral: "§ 8º. As disposições dos §§ 5º e 6º deste artigo não se aplicam às operações de financiamento não-habitacional e às de autofinanciamento realizadas por grupos de consórcio (NR)".

As alterações propostas no projeto de lei acima referido são de suma importância para acabar com as incertezas que a atual redação do § 5º do art. 27 traz a todos que se utilizam da garantia fiduciária imobiliária. Entretanto, até que tal projeto vença os trâmites constitucionais para sua aprovação, não é desarrazoado afirmar que o fiduciário tem o direito de perseguir na execução do fiduciante para receber eventual saldo devedor que os leilões não foram suficientes para arrecadar.

A avaliação lógica da sistemática da lei do SFI demonstra tal possibilidade. Isso porque a lei determina que o fiduciante devolva ao devedor eventuais quantias excedentes de seu crédito com a venda da coisa objeto da garantia fiduciária. Tal determinação não parece estar revestida de equidade se, na via reversa, o credor não tem o direito correspondente de executar o devedor pelo remanescente a seu favor[511].

Entender pela completa liberação do fiduciante nos termos do dispositivo analisado é, de certa forma, negar aplicação ao quanto estabelece o art. 1.421[512] do

---

510 "Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor".

511 Miranda; Borba (2003, p. 758).

512 "Art. 1.421. 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".

Código Civil e que, por ser regra geral aos direitos reais de garantia, deve prevalecer também em relação à propriedade fiduciária imobiliária. Também manifesta esse entendimento Melhim Namem Chalhub, ao afirmar que o perdão da dívida está voltado àqueles que se financiam para aquisição de imóveis para moradia e não para os que necessitam de financiamento para atividades empresariais em geral[513].

Ademais, caso sejam emitidos determinados títulos de crédito como acessórios da garantia fiduciária – nota promissória, por exemplo –, estes seguirão de forma autônoma e o fiduciário poderá promover a execução do título para recobrar o saldo que não for possível alcançar com os leilões. Inclusive os títulos de crédito poderão ser avalizados para reforçar a garantia.

Realizado o leilão extrajudicial sem que tenha ocorrida a alienação do imóvel, o credor fiduciário apresentará requerimento ao oficial registrador competente, acompanhado da via original da certidão expedida pelo leiloeiro oficial, em que conste certificação de que os leilões foram realizados e que resultaram negativos, bem como declaração de ter sido dada quitação da dívida ao devedor-fiduciante, que averbará tal circunstância na matrícula do imóvel.

Como já sinalizado, se um terceiro adquirir o imóvel em leilão público extrajudicial, será expedida carta de arrematação assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo devedor, pelo arrematante e por cinco testemunhas (pessoas físicas), que servirá como título aquisitivo a ser registrado na matrícula do imóvel[514]. Caso o devedor não compareça ou, apesar de presente aos leilões, recusar-se a assinar a carta de arrematação, deverá o leiloeiro certificar a ausência ou a recusa em subscrevê-la[515].

A Lei Federal nº 10.931/2004 parece ter introduzido importante alteração quanto aos imóveis objetos de propriedade fiduciária e que sejam locados pelo devedor-fiduciante enquanto se encontre em vigor referida garantia real. A locação poderá ocorrer antes ou depois da consituição da propriedade fiduciária.

A legislação brasileira estabelece, como regra geral, que, ocorrendo a alienação do imóvel antes do término do prazo contratual, a locação estará automaticamente encerrada, podendo, o adquirente, notificar o locatário para que

---

513 Chalhub (2006, p. 294).

514 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 39, inciso II, cc Decreto-Lei nº 70/1966, art. 37. (Transcritos anteriormente).

515 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 39, inciso II, cc Decreto-Lei nº 70/1966, art. 37 § 1. (Transcritos anteriormente).

desocupe o imóvel em 90 dias[516]. Entretanto, a Lei do Inquilinato prevê a possibilidade de permanência do locatário no imóvel até o término da locação, desde que o contrato contenha expressamente a cláusula de vigência e esteja registrado no Registro Imobiliário competente[517]. Essa cláusula obriga o eventual adquirente do imóvel a respeitar a locação existente até seu prazo final. Portanto, na hipótese dos imóveis locados serem alienados sem que o contrato contenha a cláusula de vigência, o adquirente terá a faculdade de encerrar a locação a qualquer momento, devendo, dentro do prazo de 90 dias contados do registro da aquisição, denunciar os contratos. O locatário, por sua vez, terá o prazo de 90 dias para desocupação. O mesmo acontece se os contratos de locação contiverem cláusulas de vigência e não tiverem sido registrados nos Registros de Imóveis.

A Lei Federal nº 10.931/2004 também introduziu importante alteração quanto aos imóveis objeto de propriedade fiduciária e que estejam locados pelo devedor-fiduciante enquanto em vigor referida garantia real.

O devedor-fiduciante, por deter a posse direta, está autorizado a locar o imóvel a terceiro. O § 7º do art. 27 da lei do SFI prevê que:

> Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica.

---

[516] Lei Federal nº 8.245/1991, art. 8º, primeira parte e § 2º:
"Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.
§ 1º Idêntico direito terá o promissário comprador e o promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo.
§ 2º A denúncia deverá ser exercitada no prazo de noventa dias contados do registro da venda ou do compromisso, presumindo - se, após esse prazo, a concordância na manutenção".

[517] Lei Federal nº 8.245/1991, art. 8º, parte final. Apesar de o *caput* deste artigo fazer referência ao ato de averbação, o art. 81 da mesma lei introduziu o inciso III do art. 169 da Lei Federal nº 6.015/1973, o qual tem a seguinte redação: "III - o **registro** previsto no n° 3 do inciso I do art. 167 e a averbação prevista no n° 16 do inciso II do art. 167 serão efetuados no cartório onde o imóvel esteja matriculado mediante apresentação de qualquer das vias do contrato, assinado pelas partes e subscrito por duas testemunhas, bastando a coincidência entre o nome de um dos proprietários e o locador". O ato previsto no número 3 do inciso I do art. 167 da Lei de Registros Públicos refere-se ao registro "dos contratos de locação de prédios, nos quais tenha sido consignada cláusula de vigência no caso de alienação da coisa locada".

No ambito da lei do SFI, portanto, a regra parece ser a de que a alienação do imóvel objeto da propriedade fiduciária em público leilão rompe a locação feita pelo devedor-fiduciante, salvo se o terceiro adquirente ou o próprio credor-fiduciário concordar com a manutenção da relação locatícia. A diferença estará no prazo para denunciar a locação. Se o contrato de aluguel não contiver a expressa anuência do credor-fiduciário, a denúncia para desocupação do imóvel poderá se dar em 30 dias. Caso a locação conte com a concordância do credor-fiduciário, a denúncia para desocupação deverá ser realizada no prazo de 90 dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário. O contrato de locação deverá destacar essa condição em cláusula expressa e em local isolado em relação às demais.

Também o direito de preferência do locatário foi modificado pela mencionda Lei Federal nº 10.931/2004. Foi introduzido o parágrafo único ao art. 32 da Lei Federal nº 8.245/1991:

> Nos contratos firmados a partir de 1º de outubro de 2001, o **direito de preferência** de que trata este artigo não alcançará também[518] os casos de constituição da propriedade fiduciária e de perda da propriedade ou venda por quaisquer formas de realização de garantia, inclusive mediante leilão extrajudicial, devendo essa condição constar expressamente em cláusula constratual específica, destacando-se das demais por sua representação gráfica.

Preenchidos os requisito legais, portanto, não haverá direito de preferência para o locatário, ainda que a locação tenha sido contratada anteriormente à propriedade fiduciária. Inclusive, ainda que o contrato de locação contivesse cláusula de vigência, a lei do SFI não permitiria que o locatário tenha garantida a vigência do contrato em caso de alienação em leilão público extrajudicial. Ao contrário: há regramento expresso para que a denúncia ocorra em 90 ou 30 dias, dependendo, a aplicação de um ou de outro prazo, se houve ou não ciência expressa do fiduciário, respectivamente.

Denota-se que tanto a cláusula de vigência quanto o direito de preferência não atigem os contratos de alienação fiduciária de coisa imóvel. Contudo, essa hipótese deverá estar expressamente prevista em cláusula contratual própria e separada das demais disposições e destacadas graficamente, ou seja, deverá estar

---

518 As outras hipóteses estão previstas no *caput* do art. 32 e são a perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação.

prevista de forma isolada das outras cláusulas contratuais. Caso o contrato de constituição da propriedade fiduciária – ou de outra garantia real imobiliária (hipoteca) – não tenha previsão expressa do conteúdo do parágrafo único do art. 32 da Lei de Locação, será atingido pela cláusula de vigência ou pelo direito de preferência.

Isso demonstra a intenção do legislador em fortalecer o direito real de garantia diante da relação de direito pessoal que é a locação. Ademais, em nada adiantaria para o credor ter uma célere forma de execução para recobrar seu crédito e não ter a possibilidade de garantir a entrega do imóvel livre de pessoas e coisas ao adquirente. Se não houver essa garantia de entrega da coisa imóvel ao adquirente, poderá haver certo desinteresse comercial nos leilões públicos extrajudiciais.

Vale destacar que a constituição da propriedade fiduciária – que necessariamente acarreta a transferência da propriedade para o credor-fiduciário – não possibilita que este denuncie o contrato de locação com base no art. 8º da Lei Federal nº 8.245/1991, pois a alienação é feita pelo devedor-fiduciante com escopo de garantia e não em caráter de transferência definitiva, como é o espírito de proteção do referido dispositivo legal (art. 8º).

A Lei Federal nº 10.931/2004 introduziu, também, o § 8º ao art. 27 da lei do SFI, o qual estabelece que será de responsabilidade do devedor-fiduciante o pagamento de impostos, taxas, contribuições condominiais e demais encargos que incidirem sobre o imóvel, até a data em que se imitir o credor-fiduciário na posse do imóvel. Tudo é decorrente da transferência da posse ao fiduciário em razão dos leilões públicos realizados nos termos do referido art. 27.

Para que se possa adequar a situação à realidade registrária, é possível constar as declarações feitas pelo adquirente de que os impostos eventualmente não pagos serão por ele assumidos. Quanto ao que exige o parágrafo único do art. 4º da Lei Federal nº 4.591/1964, será suficiente declaração do adquirente constante do título de que, em relação aos débitos condominiais, será observada a regra do art. 1.345[519] do Código Civil, ou seja, o adquirente responderá por eventuais débitos condominiais existentes.

---

519 "O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multa e juros moratórios".

6. A CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL

As partes que integram a estrutura de um contrato de alienação de coisa imóvel não assumem posições estáticas, mas dinâmicas. E o espírito da lei do SFI busca propiciar a circulação de créditos decorrentes de operações garantidas pela propriedade fiduciária, com a intenção de criar um mercado secundário de títulos de créditos.

Nos artigos 28 e 29, a lei do SFI autoriza que, tanto o credor-fiduciário, quanto o devedor-fiduciante, respectivamente, cedam seus direitos a terceiros, desde que observados alguns aspectos e requisitos fundamentais.

A forma do contrato de cessão acompanha a regra estabelecida no art. 38 da Lei Federal nº 9.514/1997, ou seja, ele poderá ser instrumentalizado por escritura pública ou particular.

O efeito típico e principal da cessão do contrato é a transferência da posição contratual ocupada pelo cedente, nos exatos termos do estágio em que seus direitos e obrigações se encontrarem no momento da cessão. Ocorre a extinção subjetiva da relação contratual quanto ao cedente, com a aquisição da mesma relação pelo cessionário, a qual permanecerá idêntica, para este, do momento da cessão em diante, apesar da alteração de sujeitos que a relação originária experimentou. A transmissão da relação contratual e de todo o seu conteúdo dá-se pelo contrato de cessão[520].

6.1 A CESSÃO PELO CREDOR-FIDUCIÁRIO

Como mencionado acima, o art. 28[521] permite expressamente que o credor-fiduciário ceda seus direitos a terceiros no âmbito da alienação fiduciária em garantia.

É importante notar que o dispositivo legal referido acima estabelece que a cessão de crédito implique a transferência de todos os direitos e obrigações oriundos da propriedade fiduciária. Em observância à regra de que o acessório segue o

---

520 Mota Pinto (2003, p. 450).

521 "A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária". Lei do SFI, art. 28.

principal[522], a cessão do crédito transmitirá a garantia real do respectivo crédito que, no caso, é a propriedade fiduciária.

A cessão do crédito operará a substituição da posição contratual do credor-fiduciário. Em decorrência do que estabelece o texto de lei, a propriedade fiduciária, transferida pelo devedor-fiduciário por ocasião do registro do contrato de alienação fiduciária na Serventia Predial, será transmitido ao cessionário, com as mesmas características de resolubilidade.

Pontes de Miranda[523] destaca que, com a cessão:

> O fiduciário adquire; nenhuma diferença há entre a sua aquisição e as demais. Se houve cessão de crédito, ou transferência, de outro direito, é ele, desde esse momento, o titular. Não se trata de autorização, porque quem autoriza permanece titular e pode alienar o direito como o autorizado, e tal acontece em caso de mandato (salvo procuração em causa própria ou outro mandato irrevogável, art. 1.317).

A cessão de crédito deverá ser registrada[524] na matrícula do imóvel objeto da propriedade fiduciária. Com essa formalidade, o cessionário formalmente se tornará titular da propriedade fiduciária, assumirá o direito ao crédito cedido e, ainda, a obrigação de restituir a propriedade ao devedor-fiduciário se efetuado o pagamento integral da obrigação principal, entregando-lhe o respectivo termo de quitação de que trata o § 1º do art. 25 da lei do SFI. Essa formalidade é indispensável para atender à publicidade que, consequentemente, conferirá validade tanto perante terceiros quanto em face do fiduciante, pois o fiduciário, ao estar formalmente investido na posição contratual do cessionário, terá assegurado os direitos e atribuído as obrigações decorrentes da lei do SFI[525].

---

522 Código Civil, art. 92.

523 Miranda (2000, p. 154, § 273).

524 Conforme Lei Federal nº 6.015/1973, art. 167, inciso II, 21, com redação dada pela Lei Federal nº 10.931/2004. Uma vez mais vemos o legislador confundir os efeitos do ato de registro e de averbação em relação aos direitos reais. A propriedade fiduciária é direito real de garantia e como tal deve ser constituída por ato de registro. A cessão de crédito acarreta a transferência de todos os direitos inerentes à propriedade fiduciária. A Lei Federal nº 10.931/2004 destaca que a cessão de crédito é averbada. Caso se siga a regra geral para constituição de direitos reais estabelecida no art. 1.227 do Código Civil, os atos registrários relativos à cessão dos direitos do credor fiduciário deverão ser os seguintes: (i) averbação da cessão de crédito, por ser relação de direito pessoal, e (ii) registro da consequente transferência da propriedade fiduciária ao cessionário. Porém, o ato de registro da transferência da propriedade fiduciária suprirá a necessidade da averbação da cessão de crédito, porque tal fato poderá ser noticiado no próprio ato registrário, que é, por sua vez, causa direta do registro.

525 Chalhub (2006, p. 271).

Exceto se houver no contrato cláusula que estabeleça o contrário, o cedente não responderá pela solvência do devedor-fiduciante[526]. O cedente exonerar-se-á de todas as obrigações decorrentes do contrato de alienação fiduciária.

Também ficarão sub-rogados no crédito e na propriedade fiduciária o fiador e/ou o terceiro interessado que pagar a dívida. O pagamento, nessa hipótese, transferirá ao fiador ou ao terceiro interessado a posição contratual do credor-fiduciário[527].

A cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis[528] possibilita a securitização de créditos imobiliários[529] expressamente vinculados à emissão de correspondentes Certificados de Recebíveis Imobiliários[530] − CRIs −, instrumentalizada pelo Termo de Securitização de Créditos[531] lavrado por companhia securitizadora. No caso de ser instituído o regime fiduciário[532], tal termo será averbado[533] no Registro Imobiliário em que estiverem matriculados os imóveis objeto dos contratos cujo crédito foi cedido[534].

É importante ressaltar que nas hipóteses de cessões de créditos indicadas nos artigos 3º, 18 e 28 estará dispensada a notificação do devedor-fiduciante, exigida nas cessões de crédito pelo art. 290 do Código Civil. Tal dispensa está prevista no art. 35 da lei do SFI. Portanto, como adverte Chalhub[535], "a averbação da cessão é indispensável, não só para validade contra terceiros, mas também perante o fiduciante". O devedor-fiduciante terá notícias sobre eventual cessão de crédito por meio da publicidade registrária.

Não incidirá Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis – ITBI – nas cessões de crédito pelo credor-fiduciário, pois o direito real transferido juntamente com

---

526 Código Civil, art. 296: "Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor".

527 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 31.

528 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 17, inciso II.

529 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 8º.

530 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 6º.

531 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 8º.

532 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 9º.

533 Lei Federal nº 9.514/1997, art. 10.

534 Para a emissão dos Certificados de Recebíveis Imobiliários, devidamente autorizados pela Comissão de Valores Mobiliários, é necessário que os contratos que lastreiam os correspondentes créditos estejam previamente registrados na matrícula do imóvel. A constituição do regime fiduciário constará de declaração unilateral expressa da securitizadora no Termo de Securitização de Créditos e deverá conter os elementos indicados nos artigos 8º e 10 da Lei Federal nº 9.514/1997.

535 Chalhub (2006, p. 271).

o crédito ao cessionário tem natureza de garantia, e tal direito goza de imunidade constitucional[536].

6.2 A CESSÃO PELO DEVEDOR-FIDUCIANTE

Também o devedor-fiduciante poderá ceder seus direitos a terceiros. Tal permissão está contida no já mencionado art. 29[537] da lei do SFI.

Com apoio na lição do Ministro Moreira Alves, afirmou-se acima que o devedor-fiduciário tem direito expectativo à aquisição da propriedade transferida ao credor-fiduciário, com o registro do contrato de alienação fiduciária em garantia. Esse direito expectativo[538] de reaver a propriedade alienada fiduciariamente pode ser objeto de cessão.

A cessão acarretará a substituição do cedente pelo cessionário, por óbvio, mas no âmbito da alienação fiduciária de coisa imóvel tal substituição será plena, ou seja, exonerará o cedente somente se o credor-fiduciário manifestar expressa anuência, como determina o dispositivo legal acima referido. A cessão que se efetivar sem a expressa anuência do credor-fiduciário surte efeitos apenas entre o cedente e o cessionário. Chalhub[539] consigna que:

> A cessão sem anuência do fiduciário só produz efeito entre o cedente e o cessionário e, por isso, é desaconselhável para todas as partes envolvidas no negócio, pois, de uma parte, o cedente continuará obrigado perante o fiduciário e, de outra parte, o cessionário não terá legitimação para reivindicar os direitos de fiduciante em face do fiduciário.

A anuência do credor-fiduciário, segundo Viegas de Lima[540], deve constar no próprio contrato em que for convencionada a cessão de direitos. Assiste razão ao autor porque cedente e cessionário poderão convencionar direitos e obrigações

---

536 Constituição Federal, art. 156, inciso II: "transmissão 'inter vivos', a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, **exceto os de garantia**, bem como cessão de direitos a sua aquisição" (destaques acrescidos).

537 "O fiduciante, com anuência expressa ao fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações".

538 A expectativa de direito real tem conteúdo patrimonial e é este que é cedido.

539 Chalhub (2006, p. 273).

540 Lima (2003, p. 139).

que podem refletir diretamente nos interesses do credor-fiduciário. Isso justificaria a anuência no próprio instrumento de cessão, para que o credor-fiduciário tenha conhecimento do integral conteúdo da cessão, além de observar a regra contida no art. 220[541] do Código Civil.

O contrato de cessão dos direitos do devedor-fiduciante, com a expressa anuência do credor-fiduciário, deverá ser registrado na matrícula do imóvel alienado fiduciariamente. Essa cessão, por transferir direito expectativo de reaver o imóvel objeto da propriedade fiduciária, representa hipótese de incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI. Pois, se for efetivado o pagamento integral da obrigação garantida, o cessionário receberá imóvel que não era de sua propriedade. Tal cessão de direitos representa transmissão da propriedade caso ocorra o regular pagamento da dívida.

Nesse sentido, cumpridas as obrigações assumidas pelo devedor fiduciante originário, o cessionário, além do comprovante de recolhimento do Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis – ITBI –, apresentará, juntamente ao termo de quitação de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 25, da lei do SFI, o título aquisitivo exigido pelo art. 1.245 do Código Civil para aquisição do direito real. Evidentemente, a formalização da aquisição poderá estar, de certo modo, construído no próprio título de cessão, de forma a substituir o título posterior e futuro.

Em decorrência do princípio da *saisine*, independe de anuência do credor fiduciário a transmissão decorrente da morte do devedor fiduciante[542]. Até a homologação da partilha, o espólio se sub-rogará nos direitos e nas obrigações decorrentes da propriedade fiduciária[543].

---

541 "A anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento".

542 Código Civil, art. 1.784.

543 Código Civil, art. 1.791.

7. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL E A PROPRIEDADE RESOLÚVEL DO CÓDIGO CIVIL

7.1 PROPRIEDADE RESOLÚVEL

Até aqui foi falado sobre a propriedade fiduciária imobiliária constituída com escopo de garantia. Essa modalidade de garantia real e seu desenvolvimento decorrem de estrita observância do que preceitua a lei do SFI. Todas as etapas, as providências e os movimentos, tanto do credor-fiduciário, quanto do devedor-fiduciante, estão previstos expressamente em lei.

As partes não podem ir além daquilo que está estabelecido no correspondente regramento, nem deixar de cumprir com as obrigações decorrentes da lei, sob pena de comprometer a qualidade da garantia real. O credor-fiduciário não pode, por exemplo, utilizar o imóvel objeto da propriedade fiduciária como se fosse proprietário, nos moldes do conceito tradicional, munido da totalidade de poderes e faculdades inerentes desse tipo de direito real[544]. Ao contrário, os direitos do credor-fiduciário estão limitados e restritos em decorrência do caráter resolúvel de sua propriedade, resolubilidade esta originada na lei, no art. 22 do SFI, especificamente.

As mesmas características estão presentes na propriedade prevista no art. 1.361[545] do Código Civil e no art. 66-B da Lei Federal nº 4.728/1965, com redação dada pela Lei Federal nº 10.931/2004. Ou seja, o elemento incidente em tais situações jurídicas é o de garantia real sobre coisa própria mobiliária.

Portanto, os conceitos de propriedade utilizados pela Lei Federal nº 9.514/1997, pela Lei Federal nº 4.728/1965 e pelo art. 1.361 do Código Civil vinculam-se à concepção de domínio limitado com escopo de garantia, com a resolução estabelecida *ex lege* e não por vontade dos contratantes.

---

544 Nos termos do que estabelece o art. 1.228 do Código Civil.

545 "Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa **móvel** infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor" (destaques acrescidos).

Porém, a resolubilidade da propriedade fiduciária vinculada ao escopo de garantia é o ponto que a faz se afastar das propriedades resolúveis dos artigos 1.359 e 1.360[546], ambos do Código Civil.

No art. 1.359, a resolução encontra-se na própria modalidade de propriedade resolúvel, e a condição, ou o termo, tem origem na vontade das partes contratantes. Na propriedade fiduciária imobiliária com escopo de garantia, a condição, ao contrário, é prevista na lei e terá tratamentos diversos em caso de adimplemento ou de inadimplemento por parte do devedor-fiduciante.

Assim como qualquer outro direito, a propriedade também pode ser submetida a uma condição ou a um termo. O referido art. 1.359 do Código Civil atual estabelece, conforme citado, que "resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha".

E, pelo que entendia Virgílio de Sá Pereira[547], a condição de que tratava o art. 647 do Código Civil de 1916 – e que corresponde ao atual 1.359, transcrito acima, do Código que está em vigor – era considerada resolutiva e expressa, decorrente da vontade das partes, e não *conditio iuris*[548].

Portanto, as partes têm a possibilidade de limitar o direito de propriedade estabelecendo, no próprio título de sua constituição, específica condição resolutiva[549]. Nesse sentido, como preceitua o art. 127 do Código Civil, se for resolutiva a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se, desde a conclusão deste, o direito por ele estabelecido.

Entretanto, com o implemento da condição resolutiva estará extinto o direito de propriedade[550]. A cláusula resolutiva expressa, prevê o art. 474 do Código

---

546 "Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.
Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor".

547 Pereira (1924, Vol. VIII, p. 449).

548 Alvim Netto (2009, p. 249).

549 Santos (1988, p. 395).

550 Código Civil, art. 128: "Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé."

Civil, opera de pleno direito. Além disso, com o advento do termo findará para o titular a possibilidade de exercício do direito de propriedade.

Assim, o proprietário que se beneficia com o implemento da condição ou advento do termo recupera o domínio pleno da coisa, livre de todos os direitos reais concedidos na vigência da propriedade resolúvel. Carvalho Santos[551] afirma se tratar de uma consequência lógica do princípio segundo o qual os atos praticados *in medio tempore* pelo proprietário decaído não podem prevalecer, por este nunca ter sido detentor do domínio. O que o texto legal pretende é que, em decorrência da extinção da propriedade resolúvel pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, todos os direitos reais constituídos a terceiros em sua vigência não possam ser mantidos.

Como o texto do art. 1.359 reconhece ao proprietário o poder de reivindicar a coisa e, portanto, como referido acima, o poder de desconsiderar os direitos reais que foram constituídos enquanto vigorava a propriedade resolúvel, é possível concluir que a resolução se opera *ex tunc*, ou seja, desde um momento anterior ao próprio título que constituiu a propriedade resolúvel. Em outras palavras, o proprietário beneficiado com a resolução volta a ser proprietário pleno em um tempo antes da constituição da propriedade resolúvel[552].

Em relação ao art. 1.360, denota-se que o motivo da resolução é exterior e superveniente à própria relação jurídica causal, enquanto naquele do art. 1.359 encontra-se estabelecido no próprio negócio jurídico que lhe serve de suporte. As soluções, ainda, para cada caso são diversas, como referido acima.

A previsão contida no art. 1.360 cogita de resolução motivada por causa posterior à transmissão da propriedade, ou seja, por situação não prevista no título e ocorrida supervenientemente à tranferência da propriedade. O exemplo clássico trazido pela doutrina é o da doação que é revogada por ingratidão do donatário[553].

Virgílio de Sá Pereira[554] salienta que esse é o caso de *dominium recocabile ex nunc*, pois não se aplica a retroactividade. Isso se depreende do próprio texto do referido dispositivo legal, o qual dispõe que "o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito (...)". Para que

551 Santos (1988, Vol. VIII, p. 395).
552 Pereira (2003, Vol. IV, p. 98); Santos (1988, Vol. VIII, p. 397).
553 Santos (1988, Vol. VIII, p. 400).
554 Pereira (1924, Vol. VIII, p. 452).

o proprietário seja considerado pleno, é essencial que o possuidor tenha adquirido a coisa por título anterior à resolução[555].

Nessa situação, não ocorrendo o efeito retroativo, todos os direitos reais constituídos antes da resolução serão considerados válidos e eficazes. Carvalho Santos[556] esclarece que, se a coisa foi hipotecada ou sobre ela foi instituído ônus antes da resolução, pois foram constituídos por quem de fato era o proprietário, os gravames subsistem para produzirem todos os seus efeitos, inclusive se promover a alienação da coisa para terceiros.

E se ocorrer a alienação da coisa antes da resolução por quem era o proprietário pleno, restará à pessoa, pela quanto estabelece a parte final do mencionado art. 1.360, em cujo benefício ocorre a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou seu valor. Essa é uma consequência lógica dos atos que são praticados pelo proprietário pleno. Pois, se tais atos são considerados válidos, o beneficiário da resolução não pode promover ação real contra os terceiros adquirentes da coisa, restando-lhe, portanto, ação pessoal contra aquele cujo domínio se resolveu como forma de obrigá-lo ou a entregar a coisa alienada ou a restituir o valor[557].

Arruda Alvim[558] registra este ensinamento com maestria:

> A primeira delas (...) a referida no art. 1.359 (Art. 647 do código revogado) (...) nascendo já limitada, durará até que se implemente a condição ou se verifique o termo, quando então aquele que era proprietário deixará de o ser. É vocacionada a não ser perpétua no caso do termo, e, eventualmente, no caso de ocorrência da condição. Mais ainda, nesta hipótese, os direitos reais concedidos pelo proprietário, que venha a ter o seu direito de propriedade resolvido, igualmente se resolvem, e aquele em favor de quem se opera a resolução, que passa a ser o proprietário, por isso mesmo, se for o caso, fica investido de ação reivindicatória. Desta forma, a condição ou o termo, oriundos da vontade e próprios da situação descrita no art. 1.359, "comunicam-se" aos direitos reais, derivados de tal situação.
>
> Se, todavia, a resolução se der por outra causa superveniente (que não a condição ou o termo, hipótese do art. 1.360, equivalente à do art. 648, do Código Civil de 1916), e se o possuidor o tiver adquirido "por título anterior à resolução, será considerado proprietário perfeito", de tal forma que aquele que é o beneficiário da resolução virá a ter direito "contra aquele cujo domínio se resolveu para haver a própria coisa, ou seu valor" (art. 1.360, *in fine*). Nesta hipótese, por exemplo, pode ocorrer a revogação da doação por ingratidão do donatário. Por fim, se o bem já houver sido alienado a terceiro, este será proprietário pleno,

555 Santos (1988, Vol. VIII, p. 401).
556 Santos (1988, Vol. VIII, p. 401).
557 Pereira (2003, Tomo I, p. 104).
558 Alvim Netto (2009, p. 238).

> cabendo, então, ação contra o que alienou a esse terceiro, para obtenção do valor do bem.
> A propriedade fiduciária, a que se refere o art. 1.361 e seguintes, encontra em contrato o seu *titulus* e, o seu *modus*, no registro desse. É inconfundível, por certo, o contrato de que pode resultar a propriedade fiduciária. O contrato retrata o negócio jurídico e é regido pelo direito obrigacional, ao passo que, a parte do contrato que se destina à criação da propriedade fiduciária, é regida pelo direito das coisas, e, essa parte dele é havida como contrato real[559].

Entretanto, em ambas as previsões legais (artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil) a propriedade reveste-se do conteúdo tradicional fixado no art. 1.228 do Código Civil. Na situação do art. 1.359, a propriedade resolúvel já nasce limitada e sua duração está vinculada a o implemento da condição ou verificação do termo, ocasião em que aquele que era o proprietário deixará de ser. Assim, não lhe é atribuída a característica de perpetuidade, e os direitos reais que tenham sido constituídos em sua vigência serão resolvidos ao seu final. Além disso, aquele que passa a ser o efetivo proprietário fica investido de ação revindicatória[560].

A propriedade plena pode sofrer, portanto, limitações temporárias com subordinações a uma condição resolutiva ou termo (art. 1.359), compreendido no título causal ou por um fato superveniente (art. 1.360). Na primeira situação jurídica, implementada a condição, ou com o advento do termo, a alienação realizada será considerada como se nunca tivesse ocorrido, operando os efeitos *ex tunc*, uma vez que as limitações são conhecidas desde sua origem. Já na segunda situação, a alienação é mantida, ainda que em detrimento daquele a quem se opera a reversão, caracterizando efeitos *ex nunc*.

Para Clóvis Bevilaqua[561] a propriedade resolúvel ou revogável é aquela que, "no próprio título de sua constituição, encerra o princípio que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou advindo o têrmo, seja por fôrça de declaração, seja por determinação da lei".

Se a resolubilidade estiver contida no próprio título causal, resolvido o domínio também estarão resolvidos os direitos reais que foram constituídos na vigência da condição ou do termo. O proprietário beneficiário da resolução, por consequência,

---

559 Arruda Alvim destaca o entendimento de Lacerda de Almeida (1908, p. 163), no sentido de que os contratos considerados reais não fazem parte do âmbito do direito das obrigações e têm como objeto transferir coisas ou direito referente às coisas.

560 Alvim Netto (2009, p. 238).

561 Beviláqua (1956, p. 222).

poderá reivindicar a coisa do poder de quem a detenha. Como efeito, a resolução reestabelece a situação anterior, como se nada tivesse interferido na relação jurídica do novo proprietário[562].

Quanto aos efeitos, portanto, pode-se dizer que na propriedade resolúvel do Código Civil a revogação, como referido, será *ex tunc* ou *ex nunc*. Na primeira (*ex tunc*) está contido o princípio da retroatividade das condições nos termos do art. 127[563] do Código Civil, pelo simples fato de que, na propriedade resolúvel, o domínio é condicional[564]. Para a segunda, deve-se analisar a estrutura diante da causa superveniente, já que não está presente no título constitutivo.

Na situação em que a propriedade é resolvida por causa superveniente, ou seja, em momento posterior à transmissão da propriedade, aquele que tiver adquirido a coisa por título anterior à resolução será considerado proprietário inconteste. Aquele que é o beneficiário da resolução passará a titular o direito, como acentua a parte final do art. 1.360, de haver a própria coisa ou seu valor, contra aquele cujo domínio se resolveu. Exemplo clássico trazido pelos doutrinadores é o do negócio jurídico de doação[565]. Nesse, o donatário é proprietário pleno, mas se incorrer em ingratidão e essa der causa à revogação da doação, sua propriedade será extinta. A revogação opera efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*, salienta Clovis Beviláqua[566]. Porém, destaca Arnaldo Rizzardo[567], a revogação não prejudicará os direitos adquiridos por terceiros, por expressa aplicação da regra do referido art. 1.360. Ao doador restará a via jurisdicional para propor ação contra o donatário e receber o valor corrrespondente da coisa.

É possível, assim, afirmar que a propriedade resolúvel difere-se da propriedade absoluta pela limitação temporal que contém em sua natureza. Entretanto, como afirma Arruda Alvim[568], "as modalidades de propriedade a que se referem os arts. 1.359 e 1.360, são, *enquanto existirem*[569], propriedades no sentido do art. 1.228, *caput*".

---

562 Beviláqua (1956, p. 223).

563 "Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido".

564 Rizzardo (2003, p. 457).

565 Alvim Netto (2009, p. 239).

566 Beviláqua (1956, p. 223).

567 Rizzardo (2003, p. 458).

568 Alvim Netto (2009, p. 238).

569 Destaques acrescidos.

7.2 PROPRIEDADE RESOLÚVEL E PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

O devedor-fiduciante, no ambiente da lei do SFI, transfere ao credor-fiduciário o imóvel objeto da propriedade fiduciária. Este, por sua vez, torna-se proprietário com a finalidade de garantir sua própria condição de credor da relação obrigacional principal. É estabelecida tal garantia fiduciária sobre coisa própria do credor. É fato que, no próprio dispositivo legal que trata de sua constituição, há indicação de que a garantia fiduciária é constituída em caráter *resolúvel*.

Entretanto, a natureza resolúvel da propriedade fiduciária está relacionada com a condição legalmente estabelecida de garantia, ou seja, com a situação jurídica de adimplemento ou inadimplemento do fiduciante. Nessa concepção, o fiduciário é titular de uma propriedade sob condição resolutiva, pois há previsão de término a depender do comportamento do fiduciante.

No Capítulo 4 foi feita especial análise sobre qual a natureza da propriedade do fiduciário e a conclusão é a de que ela se filia ao gênero da propriedade transitória ou temporária e limitada; a propriedade do fiduciário não é plena, pois é titulada sob condição resolutiva. Essa estrutura, frise-se, decorre da estrutura legal e não do título de constituição ou de um fato superveniente. Essa concepção de resolubilidade decorrente do termo legal é diametralmente oposta àquela da propriedade resolúvel dos artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil.

Também a obrigação do fiduciário de realizar os leilões públicos privados extrajudiciais em caso de inadimplemento do fiduciante é nota de distinção entre a propriedade fiduciária e a propriedade resolúvel. Isso porque naquela persiste, em caso de inadimplemento do fiduciante, a obrigação do credor realizar a venda do imóvel. Apenas a condição resolutiva não é suficiente para consolidar a propriedade plena na esfera patrimonial do credor.

E considerando, como faz Melhim Namem Chalhub, que os leilões privados extrajudiciais são realizados em benefício do devedor, pois tem como objetivo obter recursos para restituir as quantias por ele pagas no contrato de mútuo, não se pode considerar o conceito de propriedade resolúvel na hipótese da propriedade fiduciária. Afinal, o fiduciário não tem o domínio pleno da propriedade e, portanto, não poderá alienar a coisa como e quando desejar, uma vez que seu direito está limitado ao objetivo de garantia.

Ao contrário da propriedade resolúvel, em que ocorre a transferência efetiva da propriedade plena, na fiduciária há apenas a constituição de uma propriedade especial com o escopo de garantia, distanciando-se da conceituação de propriedade plena. Na propriedade fiduciária o fiduciante não tem o objetivo de transferir a plena e definitiva propriedade da coisa, mas tão somente garantir a dívida que assegura, porém submetida aos efeitos da resolubilidade[570].

570 Gonçalves (1979, p. 276).

8. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O tema relativo à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos negócios jurídicos em que é constratada a propriedade fiduciária como garantia real não é novo, nem de fácil ou simples solução. É preciso fazer a conjugação de determinados elementos para uma melhor interpretação e conclusão sobre ser ou não possível aplicar as regras consumeristas à referida espécie de garantia real.

Alguns autores afirmam que se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor (CDC) às relações jurídicas decorrentes da alienação fiduciária de coisa imóvel, e tal entedimento decorre da expressa previsão contida no art. 53 da Lei Federal nº 8.078/1990.

Esse dispositivo legal estabelece que nos:

> (...) contratos de compra e venda de móveis ou **imóveis** mediante **pagamento em prestações**, bem como nas **alienações fiduciárias em garantia**, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado[571].

A leitura do dispositivo legal transcrito acima indica expressamente a aplicação do CDC às garantias fiduciárias e declara nulas as cláusulas que estabeleçam, nas situações de resolução contratual por inadimplemento do devedor consumidor, a perda total das parcelas pagas ao credor. Há, no referido texto normativo, referência direta à operação de alienação fiduciária instituída nos contratos de compra e venda de imóveis em que o pagamento do preço é pactuado a prazo ou em prestações.

Eduardo Arruda Alvim[572] destaca que o quanto estipulado pelo *caput* do art. 53 já seria inegavelmente nulo de pleno direito pela regra geral contida no inciso IV do art. 51 do próprio CDC, mas o legislador, na opinião do autor, ao especificar a regra da proibição das perdas de todas as prestações ou do decaimento, pretendeu evitar controvérsias nas interpretações de tais situações, provavelmente pela recorrência do tema no cotidiano das relações de consumo.

---

571 Destaques acrescidos.

572 Alvim Netto *et al.* (1995, p. 261).

José de Mello Junqueira[573] afirma que inexiste qualquer antinomia entre o art. 53 do CDC e as disposições da lei do SFI, especialmente em relação ao § 2º[574] do art. 27.

Também Zilda Tavares[575] salienta:

> Da mesma forma que não é correto que o fiduciante tenha a restituição integral dos valores pagos, pois usufruiu do bem imóvel durante todo o contrato, entendo que, para manter o equilíbrio da relação de consumo, deveria ser aplicado o art. 53 do CDC, abatendo-se, caso a caso, as perdas e danos do bem imóvel, como ocorre nos consórcios e compra e venda de imóveis.

Já para Cláudia Lima Marques[576] os contratos decorrentes da lei do SFI estão incluídos no campo de aplicação do CDC. Registra expressamente a autora: "Para o consumidor, parece-me, salvo melhor juízo, altamente prejudicial a criação desta nova base de direito real (propriedade fiduciária de imóvel), pois a possibilidade de alienação fiduciária da 'sonhada casa própria' beneficia desnecessariamente o fornecedor-credor, ao evitar o atual trâmite judicial exigido para as hipotecas"[577].

Aqui a autora deixa evidente sua preocupação com a celeridade do procedimento extrajudicial. Chega mesmo a afirmar que o credor tem um benefício desnecessário com a não utilização do trâmite procedimental exigido pelo Código de Processo Civil nas execuções hipotecárias.

Pelo que expõe, parece ser possível concluir que a respeitável doutrinadora presume que o procedimento judicial representa maior segurança para o

---

573 Junqueira (1998, p. 51).

574 "No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais."

575 Tavares (2005, p. 139).

576 Marques (2002, p. 372).

577 Importa destacar, também, a posição adotada por Oliveira Yoshikawa (2010, p. 40), da qual discordamos, no sentido de que a consolidação da propriedade no fiduciário, em caso de inadimplemento do fiduciante, por se desenvolver em mecanismo extrajudicial, tem natureza de autotulela, pois não apresenta o efetivo controle de um terceiro com imparcialidade que, no caso, seria o registrador imobiliário. Não concordamos com essa posição, pois, além de o fiduciante ter acesso ao Poder Judiciário a qualquer momento, o procedimento de alienação extrajudicial está exaustivamente previsto na lei do SFI, do qual o fiduciário não poderá se desviar se quiser garantir uma perfeita e tranquila execução da garantia que contratou. Ademais, se analisarmos as alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei Federal nº 11.382/2006, em especial a redação dada ao art. 647, é possível notar que o legislador pretendeu possibilitar ao credor, antes da venda em hasta pública (venda forçada), a alienação por iniciativa particular (inciso II), o que demonstra conformidade de entendimentos do legislador entre os textos legais, pois a alienação extrajudicial que é feita nos termos da lei do SFI é considerada, como já se fez referência, uma alienação privada.

devedor. A dúvida, porém, reside em saber se a referência feita restringe-se à natureza judicial do procedimento executivo ou à celeridade que o extrajudicial atribuiu à recuperação do crédito com a nova modalidade de garantia real.

Não entendemos que o procedimento judicial da execução hipotecária represente ou acarrete maior segurança jurídica ao devedor. Este, na execução da propriedade fiduciária, possui institutos jurídicos suficientes para garantir sua defesa no processo de execução da garantia fiduciária, pois poderá desde purgar a mora até se valer do acesso ao Poder Judiciário, se for o caso, o que é constitucionalmente garantido[578].

Vale consignar que no parecer da Procuradoria-Geral da República, proferido no REsp 148.872-7, anteriormente indicado, houve o registro do entendimento no sentido de que, mesmo no âmbito da execução judicial, o devedor não tem asseguradas garantias semelhantes, a não ser pela via dos embargos, em ação autônoma. "Vale dizer" – registrou o procurador geral da república –, "no processo de execução o devedor é chamado, em tese, para pagar, colaborar com o juízo, não mais para contestar o direito expresso no título executivo".

O argumento de que o trâmite judicial exigido para a execução das hipotecas é garantia de segurança ao devedor parece não ser suficiente, pois pensar que o fator *lentidão* representaria segurança pode, em contrapartida, acarretar o cometimento de injustiças em relação ao credor, que vê a substância de seu crédito desaparecer com o passar dos anos. Ademais, não sobra ao devedor, para exercer o direito de defesa na execução forçada, diferente alternativa além do recurso de embargos.

Igualmente, é preciso lembrar que a própria execução hipotecária foi alterada para imprimir maior celeridade na recuperação do crédito. Ao início deste trabalho, fez-se referência à Lei Federal nº 5.741/1971, a qual, dentre outras alterações, permitia a suspensão da execução somente mediante prova de pagamento da dívida feita em sede de embargos. Ora, mesmo na execução judicial da garantia real hipotecária,

---

578 Neste sentido, Recurso Especial n. 223.075/DF, do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão: "Execução Extrajudicial. Decreto Lei 70/66. Constitucionalidade. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados". Salienta-se que a lei do SFI, no art. 39, inciso II, estabelece que às operações de financiamento imobiliário, em geral, devem ser aplicadas as disposições dos artigos 29 a 41 referentes ao Decreto-Lei 70/1966, que tratam da forma de execução da garantia.

pretende-se diminuir o tempo para satisfação dos interesses do credor. Ou seja, o objetivo maior sempre foi reduzir o período para recomposição do crédito.

Algumas outras considerações necessitam ser feitas antes de se opor à posição de aplicação favorável do CDC aos contratos de alienação fiduciária de coisa imóvel.

Em qualquer caso, porém, a solução que deve prevalecer para a questão dos contratos existentes nos âmbitos da lei do SFI e do CDC é aquela que mais se coloca em harmonia com os princípios gerais e norteadores de nosso direito e que inibe o enriquecimento de uma das partes sem que haja uma causa que o justifique[579].

Porém, o dever de restituir, caso haja, não representa obrigação de o fiduciário devolver tudo o que recebeu do fiduciante ou de devolver sempre em qualquer situação, sem maiores considerações. Do valor da restituição, quando devido, salienta Eduardo Arruda Alvim[580], poderão ser descontados as perdas e os danos gerados pelo inadimplente, incluído o valor decorrente da vantagem econômica auferida pelo devedor no período em que usufruiu do imóvel, além de lucros cessantes, despesas gerais geradas pelo descumprimento da obrigação principal etc. Parece perfeitamente conforme com os princípios gerais do direito uma cláusula contratual que estabeleça, em limites razoáveis, tais descontos dos valores a serem restituídos pelo fiduciário. Aliás, a regra do art. 53 só faz algum sentido dentro de toda a sistemática do nosso ordenamento jurídico se estiver presente a possibilidade de serem estabelecidas cláusulas contratuais com tal finalidade, pois, evidentemente, referido dispositivo legal funciona como limitador cogente para tais descontos do valor a ser restituído.

Em outras palavras, parece ser plenamente permitida a previsão contratual de cláusula que autorize a retenção de valores pelo credor em situação de rescisão do contrato, por inadimplemento do devedor, sempre observados os limites razoáveis. Porém, a regulamentação não será feita pelas regras do CDC e sim pela

---

579 Código Civil, artigos 884 a 886:
"Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.
Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.
Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.
Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido".

580 Alvim Netto *et al.* (1995, p. 261-262).

estrutura de execução da garantia fiduciária da própria lei do SFI, em especial atenção à estrutura do art. 27.

O art. 53 do CDC parece adequado ao sistema jurídico que não permite aplicação de penalidades exacerbadas, que acarretem o enriquecimento sem causa do credor em decorrência do empobrecimento do devedor.

As decisões de nossos tribunais, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, fizeram importante adequação dos preceitos legais para coadunar diversos institutos jurídicos previstos em nosso ordenamento. Mas há um importante princípio geral de direito, apontado pelo Ministro Moreira Alves[581], que não pode ser afastado, o *favor debitoris*, que tem como consequência abrir exceções à rigidez dos princípios cardeais de crédito.

Tal princípio já se encontra manifesto em decisões dos tribunais superiores em que sua previsão é posta como fundamento limitador do grau da onerosidade que o débito causa na esfera de liberdade jurídica do devedor. Segundo consta em voto da Ministra Nancy Andrigui, proferido nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 59.870-SP[582], a limitação da liberdade jurídica do devedor pode ser revelada pela regra interpretativa e integrativa de quem se obriga, obriga-se sempre pelo menos oneroso.

E parece ter sido este o sentido do § 1º do art. 53 do CDC que sofreu veto presidencial. O dispositivo estabelecia que na "hipótese prevista neste artigo, o devedor inadimplente terá direito à compensação ou à restituição das parcelas quitadas à data da resolução contratual, monetariamente atualizada, descontada a vantagem econômica auferida com a fruição".

Embora o § 1º do art. 53, do CDC, transcrito acima tenha sido vetado e não tenha entrado em vigor, o conteúdo da mensagem do veto presidencial revela a necessidade de disciplinar adequadamente o tema da resolução dos contratos de compra e venda em decorrência do inadimplemento do comprador. A venda de bens mediante pagamento em prestações, destaca a mensagem do veto, "acarreta diversos custos para o vendedor, que não foram contemplados na formulação do dispositivo. A restituição das prestações, monetariamente corrigidas, sem levar em conta esses aspectos, implica

---

581 Moreira Alves (1997, p. 164).

582 "(...) pode ser revelada pela seguinte regra interpretativa/integrativa: quem se obriga, obriga sempre pelo menos. Nestes termos, corresponde o *favor debitoris* à manifestação específica do *favor libertatis* em sentido amplo, sendo o corolário, no Direito das obrigações, dos princípios jurídicos ínsitos nas expressões 'in dubio pro libertatis' e 'in dubio pro reu'".

tratamento iníquo, de conseqüências imprevisíveis e danosas para os diversos setores da economia"[583].

O que efetivamente o veto presidencial atingiu foi o direito de o devedor utilizar a compensação ou a restituição das parcelas, quitadas na data da resolução contratual, com atualização monetária, descontada a vantagem econômica auferida com a fruição da coisa objeto do negócio jurídico, mas não o direito de ação do comprador inadimplente para postular pela devolução das parcelas quitadas. Afinal, o próprio CDC proíbe estipulações contratuais em que sejam previstas cláusulas abusivas e prejudiciais ao consumidor, como ocorre nas situações de perda total das prestações pagas.

Entretanto, o veto feito ao § 1º do art. 53 do CDC mostrou-se, de certo modo, inútil diante de outras normas previstas no próprio código, como, por exemplo, o inciso IV, do art. 51, que define como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Pode-se concluir, com apoio também em Rizzatto Nunes[584], que o fundamento em torno do qual gravita o art. 53 do CDC é o do não enriquecimento sem causa. A pretensão foi de evitar que aquele que não mais puder pagar por uma coisa, depois de quitada parte do preço, fique sem o objeto do negócio jurídico de compra e venda e, ainda, sem o valor das parcelas pagas.

Mas antes mesmo do CDC e, em especial, do art. 53, os tribunais brasileiros decidiam as questões similares com apoio no art. 924[585] do Código Civil de 1916. Neste sentido, há a ementa do Recurso Especial nº 135.550/SP[586] [587] do Superior

---

583 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm. Último acesso: 11 Fev. 2010.

584 Nunes (2005, p. 590).

585 "Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento".

586 Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22artigo+924%22+e+c%F3digo+civil&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11. Último acesso: 17 Fev. 2010.
"(...) de acordo com a jurisprudência pacífica do Tribunal, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados antes de sua vigência, permanecendo válida a cláusula que institui a perda total das prestações pagas em caso de inadimplemento, principalmente quando não prequestionada a possibilidade de redução da pena, prevista no artigo 924 do Código de Processo Civil".

587 Dentre muitos outros acórdãos, também do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, a exemplo:
REsp nº 97.344/DF, relatado pelo Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira. EMENTA: "DIREITO CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI 8.078/90). RESOLUÇÃO. PENA CONVENCIONAL DE PERDA PELOS PROMISSÁRIOS COMPRADORES DAS QUANTIAS JÁ PAGAS. VALIDADE DA CLÁUSULA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO (ART. 924-CC). PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. - Em se tratando de compromisso de compra e venda firmado em data anterior à

Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, no qual expressamente consignou que de acordo com a jurisprudência pacífica do Tribunal não se aplica o CDC aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência, sendo válidas as cláusulas que estabelecem a perda total das prestações pagas em caso de inadimplemento.

Isso apenas para demonstrar que sempre foi do nosso direito o objetivo de evitar que uma das partes fosse sacrificada em relação à outra no desfazimento do contrato, em virtude do inadimplemento do preço, que, como destaca Rizzatto Nunes[588], pode acontecer por motivos diversos, como perda do emprego, alteração das circunstâncias econômicas, a exemplo do que ocorreu na crise financeira mundial no último trimestre de 2008, e até mesmo pela insuficiência ou incapacidade financeira ulterior do devedor frente ao valor das parcelas. Em um contrato que tenha como objeto um imóvel, não é justo que o vendedor, com a rescisão do contrato, posto que a compra e venda não se aperfeiçoou, retenha toda a parte do preço pago pelo comprador e, também, receba de volta a própria coisa, a qual, evidentemente, será revendida a outro comprador.

Mas o que é preciso avaliar, além de tudo o que se disse até agora, é se o art. 53 do CDC pode ser aplicado nos contratos de alienação fiduciária de coisa imóvel. Para tanto, há outros argumentos que devem ser considerados para melhor compreensão do tema e solução do problema. Dentre eles destacam-se a posterioridade da lei do SFI

---

vigência do Código de Defesa do Consumidor, é de ser havida como válida a previsão contratual de perda das quantias pagas pelo promissário adquirente, instituída a título de cláusula penal compensatória, para o caso de resolução a que haja dado causa. Todavia, assim estipulada a pena convencional, pode o juiz, autorizado pelo disposto no artigo 924, CC, reduzi-la a patamar justo, com o fito de evitar enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra".

REsp nº 162.909/PR, relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter. EMENTA: "CIVIL - CLÁUSULA PENAL - CUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS, MULTA. I - A jurisprudência, acolhendo lição doutrinária, na exegese do artigo 924 do Código Civil, delineia entendimento no sentido de que, cumprida em parte a obrigação, em caso de inexecução da restante, não pode receber a pena total, porque isso importaria em locupletar-se à custa alheia, recebendo ao mesmo tempo, parte da coisa e o total da indenização na qual está incluída justamente aquela já recebida, sendo certo que a cláusula penal corresponde aos prejuízos pelo inadimplemento integral da obrigação. II - Matéria de fato (Súmulas 05 e 07 - STJ). III - Embargos com o fim de prequestionamento não podem ser tidos como meramente procrastinatórios. (Súmula 98/STJ). IV - Recurso parcialmente conhecido e provido".

Resp nº 73.370/AM, relatado pelo Ministro Ruy Rosado Aguiar. EMENTA: "PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESOLUÇÃO. FATOS SUPERVENIENTES. INFLAÇÃO. RESTITUIÇÃO. A modificação superveniente da base do negócio, com aplicação de índices diversos para a atualização da renda do devedor e para a elevação do preço contratado, inviabilizando a continuidade do pagamento, pode justificar a revisão ou a resolução judicial do contrato, sem ofensa ao artigo 6º da LICC. A jurisprudência desta 4ª Turma permite a retenção, pela promitente vendedora, de parte do preço pago, aplicando a regra do artigo 924 do Código Civil. Recurso conhecido, em parte, pela divergência, e nessa parte provido para permitir a retenção de 20% das prestações pagas, considerando o seu pequeno valor, em relação ao negócio total".

588 Nunes (2005, p. 590 e Nota 809).

em relação ao CDC, cumulado com a especialidade daquele diploma legal em relação a este, especialmente no que se refere à garantia fiduciária imobiliária; decisões dos tribunais que afastam a possibilidade de incidência do CDC na alienação fiduciária de coisas móveis que serviram de plataforma legislativa e histórica para a imobiliária; aspectos gerais relacionados aos contratos de mútuo que também disciplinam os contratos abarcados pela lei do SFI; e a obrigação contida nessa própria lei, que estabelece como condição essencial a reposição integral do valor emprestado. Vejamos.

A lei do SFI entrou em vigor aproximadamente seis anos após o CDC. Sobre o aspecto temporal das referidas leis, o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Incontestável que a lei do SFI é cronologicamente mais recente do que o CDC. É, também, especial em relação ao código do consumidor e regula inteira e exaustivamente a matéria de alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia, especialmente no que se refere à sua execução.

Carlos Maximiliano[589] registra entendimento em relação ao preceito estatuído no § 2º do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Salienta o autor que, se "a lei nova cria, sobre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado. Por outras palavras: dá-se ab-rogação, quando a norma posterior se cobre com o conteúdo todo da antiga".

Em outra passagem o doutrinador consigna:

> Mais ainda: quando as duas leis regulam o mesmo assunto e a nova não reproduz um dispositivo particular da anterior, considera-se este como ab-rogado tacitamente. *Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* ("a lei geral posterior não derroga a especial anterior") é máxima que prevalece apenas no sentido de não poder o aparecimento de norma ampla causar, só por si, sem mais nada, a queda da autoridade da prescrição especial vigente. Na verdade, em princípio não se presume que a lei geral revogue a especial; é mister que esse intuito decorra claramente do contexto. Incumbe, entretanto, ao intérprete verificar se a norma recente eliminou só a antiga regra geral, ou também as exceções respectivas. A disposição especial afeta a geral, apenas com restringir o campo da sua aplicabilidade; porque introduz uma exceção ao alcance do preceito amplo, exclui da ingerência deste algumas hipóteses. Portanto o derroga só nos pontos em que lhe é contrária. Na verdade, a regra especial posterior só inutiliza em parte a geral anterior,

589 Maximiliano (1979, p. 358).

> e isto mesmo quando se refere ao seu assunto, implícita ou explicitamente, para alterá-la. Derroga a outra naquele caso particular e naquela matéria especial a que provê ela própria[590].

Sobre a prevalência das leis especiais em relação ao CDC, como no caso da lei do SFI, Cláudia Lima Marques[591] destaca que:

> A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes, normas diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores, mas compatíveis e conciliáveis com estas. Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de condutas gerais e estabelece princípios, raros serão os casos de incompatibilidade. Se, porém, os casos de incompatibilidade são poucos, nestes há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia (...). Assim, o CDC como lei geral de proteção dos consumidores poderia ser afastado para aplicação de uma lei nova especial para aquele contrato ou relação contratual, como no caso da lei sobre seguro-saúde, se houver incompatibilidade de preceitos.

Também Álvaro Villaça Azevedo[592] consigna tal entendimento ao salientar que "o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) é uma lei geral e só pode ser aplicada no que não contrariar a lei especial, no caso a Lei nº 9.514/97".

Essa parece ser a situação existente entre o CDC e a lei do SFI. Esta, mais recente, é especial em relação àquela, pois regula exaustivamente a matéria pertinente à propriedade fiduciária de coisa imóvel, especialmente as consequências da mora e a excussão do imóvel objeto da garantia real. Isso se dá, na lei do SFI, com o mesmo objetivo de observância dos princípios de equidade e de equilíbrio das relações contratuais fiduciárias, como ocorre no âmbito das relações disciplinadas pelo CDC.

Arruda Alvim[593] ataca frontalmente a questão e salienta que o conteúdo normativo do § 2º do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, não permite a vigência paralela do CDC e da lei do SFI "pela razão de que as disposições da Lei nº 9.514/97 são abundantemente incompatíveis com a aplicação do art. 53, do Código de proteção e Defesa do Consumidor". E o autor complementa: "Sobrevivem, contudo, ambos os diplomas (CDC [art. 53]) e a Lei 9.514/97, exatamente porque esta é lei especial, ocupando o seu espaço normativo, onde não há, por isso mesmo, espaço para o

590 Maximiliano (1979, p. 358-360).
591 Marques (2002, p. 241).
592 Azevedo (2004, p. 47).
593 Alvim Netto (Abecip, s.d., p. 29).

CDC". Ou seja, por sua própria natureza a lei geral deixa um espaço específico que será necessariamente ocupado pela lei especial. Consequentemente, não ocorre colisão espacial, uma vez que cada diploma ocupa espaços legislativos próprios e específicos, impossível de se chocarem, pois são materialmente incompatíveis[594].

Chalhub consigna que se trata exatamente da hipótese. Para o autor, "a Lei nº 9.514/1997 é norma especial nova em relação ao CDC e, portanto, prevalece sobre o referido Código, ressalvadas as cláusulas gerais, que são aplicáveis a toda espécie de contrato"[595]. No caso da alienação fiduciária de bens imóveis, destaca o mesmo autor, "a prevalência se dá não só em razão do critério da especialidade da lei, como, também, pelo critério da cronologia, pois a lei que disciplina a alienação fiduciária de bens imóveis é posterior ao CDC"[596].

E nesse sentido especial, a lei do SFI estabelece regras próprias e específicas referentes às consequências da mora e do inadimplemento do devedor-fiduciante, bem como dos direitos e deveres atribuídos ao credor-fiduciário em decorrência do inadimplemento da obrigação principal. Há, como já referido, expressa disposição legal que obriga o credor-fiduciário a vender, em leilão público extrajudicial, o imóvel objeto da propriedade fiduciária e, se for o caso, a entregar ao devedor-fiduciante a quantia que exceder o valor de seu crédito, obtido na venda pública privada. Existe exaustiva previsão de todos os procedimentos no mencionado art. 27 da lei do SFI.

O CDC, como salienta Cláudia Lima Marques[597], não regulamenta contratos específicos, mas estabelece normas gerais e principiológicas.

Nesse sentido, o art. 53 do CDC estabelece princípio geral baseado na noção de equidade e de equilíbrio das relações contratuais, com o objetivo de evitar, como referido, o enriquecimento sem causa do credor, coadunando-se, assim, com o art. 924 do Código Civil de 1916[598] (correspondente ao art. 413 do atual). Nesse dispositivo havia autorização para que o juiz reduzisse proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento, ajustando-a, em cada situação, ao efetivo prejuízo

---

594 "A Lei nº 9.514/97 disciplina exaurientemente o tema da alienação fiduciária em garantia de imóvel (arts. 22 a 33); se a Lei nº 9.514/97 disciplina exaurientemente o tema, não é possível cogitar-se da aplicação de outra lei – o art. 53 do CDC – com vistas a interferir, influir, no sistema da Lei nº 9.514/97; esta última é lei especial, e, o CDC, é lei geral, ocupando, cada diploma, o seu espaço normativo, sendo que esses espaços são diferentes" (Alvim Netto, Abecip, s.d., p. 44).

595 Chalhub (2006, p. 329).

596 Chalhub (Abecip, s.d., p. 66).

597 Marques (2002, p. 548).

598 A referência é feita a tal dispositivo por ser o que vigorava por ocasião da publicação do CDC.

experimentado pelo credor em razão da inexecução por parte do devedor. Há uma importante nota de distinção entre o art. 924 do Código Civil de 1916, que vigorava quando surgiu o CDC, e o art. 53 deste código. Neste, há tom imperativo ao dispor que "consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas". Naquele, a cláusula penal era submetida ao poder discricionário do juiz, que poderia (ou não) "reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento"[599]. É Importante destacar que o art. 413 do atual Código Civil estabelece ao juiz o **dever** de reduzir equitativamente a obrigação principal se cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio jurídico.

Arruda Alvim[600], sobre a questão do direito intertemporal, é ainda mais categórico, ao afirmar que por ser a lei do SFI posterior ao CDC e, ainda, por ser lei "específica em que se disciplina exaurientemente todo o assunto referente à alienação fiduciária sobre imóveis, fazendo-o em face de negócio jurídico não compatível com a devolução a que se refere o art. 53, do CDC, deverá prevalecer inteiramente o sistema da Lei nº 9.514/97 em face da lei que pretende ser genérica e que é anterior (CDC), e, que, ademais, é contrária à própria natureza do contrato de alienação fiduciária".

Portanto, a aplicação do art. 53 do CDC e da lei do SFI são incompatíveis pela regra do § 2º do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Entretanto, sobrevivem ambos os diplomas, cada qual em seu espaço normativo próprio e específico, com a lei especial (SFI) repelindo o CDC, que é lei geral.

Sabe-se que a alienação fiduciária de coisas móveis serviu de plataforma legislativa para a de coisas imóveis. Sendo assim, por conter questões e situações jurídicas consideradas análogas, é possível utilizar certos pontos tangenciais às garantias coirmãs para, em relação ao que já se avançou com a alienação fiduciária de coisa móvel, promover soluções plausíveis e já testadas pelos tribunais, principalmente, à garantia imobiliária.

A própria exposição de motivos indica como grande inovação da lei do SFI estender aos imóveis a possibilidade de servirem como objeto de propriedade fiduciária em garantia, destacando que se trata de estrutura jurídica capaz de oferecer segurança no que se refere à forma de execução. Assim, minimizam-se prazos, de modo a instrumentalizar o mercado de poderosa ferramenta capaz de estimular o crédito, a

599 Chalhub (2006, p. 333).
600 Alvim Netto (Abecip, s.d., p. 21).

produção e, consequentemente, a aquisição de imóveis a prazo. "Trata-se de verdadeira pedra angular do novo modelo de financiamento habitacional ora proposto"[601].

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem decidido, de forma predominante, no sentido de que não se deve aplicar o CDC ao sistema de garantia real do Decreto-lei nº 911/1969. Abaixo, exemplos de Apelações Cíveis que tratam do tema e afastam a incidência do CDC dos contratos de alienação fiduciária de coisas móveis:

a) Apelação Cível nº 849.793[602], relatada pelo Desembargador Raul Khairallah de Oliveira e Silva, votação unânime:

> Não se pode confundir a alienação fiduciária de que trata o art. 53 do CDC com a regulada no Decreto-lei n° 911/69, como muitos vêm fazendo. É fundamental para se entender a diferença entre essas duas situações de utilização do instituto da alienação fiduciária a nítida visualização dos personagens e do objeto existentes em cada uma delas.
> O CDC trata de relações entre consumidores (art. 2º) e fornecedores (art. 3º) de produtos (§ 1º do art. 3º) ou serviços (§ 2º do art. 3º). Portanto, o referido art. 53 cuida da alienação fiduciária em que o fornecedor do produto permanece com a propriedade do bem até que o consumidor-adquirente e possuidor direto termine de pagar todas as prestações restantes. Caso ocorra a inadimplência e o fornecedor opte pela retomada do bem, a lei considera nulas eventuais cláusulas que determinem a "perda total" das prestações pagas. Note-se que nessa situação o bem dado em garantia do pagamento das parcelas restantes é fornecido pelo credor fiduciário, que corre os riscos do negócio com a restrição de estabelecer cláusulas prevendo a "perda total", em seu benefício, das prestações pagas pelo devedor.

b) Apelação Cível nº 1.265.115-0/0, relatada pelo Desembargador Ruy Copola, votação unânime, data do julgamento 02/07/2009:

> Assim, imperioso concluir que o devedor fiduciário não faz jus à restituição das parcelas pagas apesar de previsão no Código de Defesa do Consumidor, porque a alienação fiduciária é um contrato com peculiaridades próprias, regulado por legislação específica (Decreto-lei 911/69), o qual prevê, como visto, a entrega ao devedor do saldo apurado na venda da coisa, afastando, deste modo, a aplicação da legislação consumerista.
> Nesse sentido apontam os seguintes julgados:

---

601 Exposição de Motivos Interministerial nº 32/MPO/MP, de 09/06/1997, encaminhada pelos então ministros do Planejamento e Orçamento e da Fazenda, respectivamente, Senhores Antonio Kandir e Pedro Malan.

602 Outras Apelações Cíveis no mesmo sentido, todas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: 1.090.041-0/7; 732.389-0/8; 487.666-00/8; 485.831-00/4; 485.500-00/0; 480.869-00/5. Disponíveis em: http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do. Último acesso: 20 Fev. 2010. As Apelações Cíveis indicadas nas letras *a*, *b* e *c* são, igualmente, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

> "*ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO – BEM APREENDIDO - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – RESTITUIÇÃO DA PARCELA PAGA COM BASE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INADMISSIBILIDADE - Considerando a disciplina específica do Decreto-Lei 911/69, não se afigura possível a aplicação do artigo 53 do Código do Consumidor, para a restituição das prestações pagas*". (Ap. c/ Rev. 787.359-00/2 – 2ª Câm. - Rei. Juiz ANDREATTA RIZZO - J. 14.4.2003). "*ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI 8078/90) - INAPLICABILIDADE - Nos contratos garantidos por alienação fiduciária, não incide o 'caput' do artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90)*". (Ap. c/ Rev. 633.671/9 - 3a Câm. - Rei. Juiz RIBEIRO PINTO - J. 28.5.2002).

c) Apelação Cível nº 1.023.012-0/5, relatada pelo Desembargador Erickson Gavazza Marques, votação unânime, data do julgamento 03/03/2009:

> Portanto, existe previsão expressa na legislação acerca da possibilidade de reembolso e o procedimento adequado para apurá-lo após a venda extrajudicial do bem, salientando-se ademais que, após a utilização do veículo por determinado lapso de tempo, resta patenteada sua depreciação, razão pela qual a devolução integral das parcelas configuraria flagrante enriquecimento sem causa do devedor.
> Nesse sentido também já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante ao presente:
> "*ALIENAÇÃO FIDUCÍÁRIA. Restituição das prestações pagas. No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, tendo o devedor o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do que pagou durante a execução do contrato. DL 911/69. Art. 53 do CDC. Recurso não conhecido*" (REsp 250.072 - RJ - Rei. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR – 4ª Turma - j . 01/06/2000, *in* DJ 07/08/2000, p. 116).

d) Apelação Cível nº 10.255.489-0/5[603], relatada pelo Desembargador Luis Fernando Nishi, votação unânime, data do julgamento12/05/2009:

> ALIENAÇÃO FIDUCIARIA EM GARANTIA - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS - IMPOSSIBILIDADE. O devedor fiduciante não tem o direito de reaver

[603] Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=aliena%E7%E3o+fiduci%E1ria+e+art.+53+do+cdc&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10. Último acesso: 07 Mar. 2010.

> as parcelas já pagas, sendo-lhe reservado apenas o crédito remanescente da venda do bem pelo credor fiduciário. Inteligência do art. 2° do Decreto-Lei 911/69. Recurso Improvido.

e) Apelação Cível nº 1.0480.05.075.966-5/001[604], relatada pelo Desembargador Luciano Pinto, votação unânime, data do julgamento, 18/09/2008:

---

[604] Vale, da íntegra do acórdão, destacar os seguintes pontos: "No mérito, resumiu-se o apelante a defender a sua tese de que existe um saldo remanescente a lhe ser restituído, no valor de R$ 2.747,00, referente às 12 parcelas do financiamento quitadas, e a que faz jus em razão de o veículo financiado ter sido objeto de busca e apreensão pela financeira/apelada. Requereu a aplicação do disposto no CDC ao caso em análise. Estou que não assiste razão ao apelante. Como bem registrou a sentença (f. 68) 'o autor quer vincular o valor do bem ao contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia, o que não é possível'. Dispõe o artigo 2º, § 3º, do Decreto-lei nº 911, de 1969, 'in verbis': 'A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial'. Neste contexto, uma vez configurada a mora e apreendido o bem, está o proprietário fiduciário autorizado a vendê-lo e aplicar o preço obtido no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, reservando-se ao devedor o saldo remanescente porventura apurado (artigo 1º, § 4º, do Decreto-lei nº 911, de 1967). Não há nesse nem em outros diplomas legais norma que garanta ao devedor fiduciante a restituição integral das parcelas pagas, hipótese que, ademais, representaria vantagem indevida para o devedor. Com efeito, não se pode desprezar o desgaste sofrido pela utilização do bem e sua depreciação econômica, ou as despesas realizadas pelo credor fiduciário para garantir a satisfação do débito. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 53, considera nula, de pleno direito, a cláusula que estabelece o decaimento das prestações pagas em benefício do credor que, em virtude do inadimplemento, proceder à retomada do bem alienado. Não assegura, contudo, a restituição integral das parcelas quitadas à época da resolução contratual, tendo sido vetado o § 1º do referido artigo, que trazia semelhante previsão. Ao devedor, portanto, somente se reserva o direito à percepção do saldo eventualmente apurado na venda do bem alienado, após a quitação do débito e o desconto das despesas realizadas pelo credor fiduciário. Nesse sentido, merece ser colacionado precedente advindo deste Tribunal: 'CIVIL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - DEVOLUÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS - IMPOSSIBILI-DADE. - No âmbito de contrato de financiamento de bens gravados com cláusula de alienação fiduciária, não se pode cogitar de devolução integral das parcelas pagas, impondo-se que seja observada a restituição parcial, após deduzidas as despesas havidas pelo agente financiador, se saldo houver (art. 2º do Decreto-lei nº 911/69). Apelação não provida' (TJMG, Apelação Cível Nº. 456.353-3, rel. Des. Alberto Vilas Boas, julgado em 05.04.2005). Esse também é o entendimento jurisprudencial assente no Superior Tribunal de Justiça: 'Alienação fiduciária. Art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. Restituição das prestações pagas. Cláusula nula de pleno direito. Precedentes da Corte. 1. Tratando-se de contrato de compra e venda de veículo sob o regime da alienação fiduciária, não há de se falar em restituição integral das parcelas pagas, considerando que o devedor tem direito a receber o saldo apurado com a venda extrajudicial do bem, não sendo possível negar ao credor o direito a receber o valor do financiamento contratado. Descabe, portanto, a restituição ao devedor da totalidade do que pagou durante a execução do contrato. 2. Recurso especial conhecido e desprovido' (STJ, RESP 437.451/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 10.03.2003 p. 195). 'ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Restituição das prestações pagas. No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, tendo o devedor o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do que pagou durante a execução do contrato. DL 911/69. Art. 53 do CDC. Recurso não conhecido' (STJ, RESP 250.072/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 07.08.2000 p. 116). Da análise do que dos autos consta, percebo que não vieram informações acerca da eventual alienação extrajudicial do bem, de modo que se pudesse apurar a existência de eventual saldo remanescente que pudesse ser devolvido ao apelante. Mais, não se diga que competia ao apelado trazer aos autos tais informações em razão da aplicação do CDC, pois percebo que o apelante, durante o trâmite

> APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - INADIMPLEMENTO - RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS - IMPOSSIBILIDADE - SALDO DEVEDOR - APURAÇÃO - QUITAÇÃO DO DÉBITO.
> Ao devedor fiduciante não se assegura a restituição integral das parcelas pagas em caso de resolução contratual por inadimplemento com a retomada do veículo, pois somente se reserva o direito à percepção do saldo eventualmente apurado após a venda do bem alienado e da quitação do saldo devedor.

f) Apelação Cível nº 70.018.559.211[605], relatada pela Desembargadora Angela Terezinha de Oliveira Brito, votação unânime, data do julgamento, 21/06/2007:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PAGAS EM CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO JULGADA PROCEDENTE. ALIENAÇÃO DO BEM PELO CREDOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º DO DECRETO-LEI Nº 911/69. Descabe a pretensão de restituição de parcelas pagas, sob o argumento de que o art. 53 do CDC não permite o perdimento total das prestações, a título de vantagem exagerada. Interpretação equivocada da autora, à vista de que a exegese imprimida diz com a vedação de estipulação de cláusula contratual. O veículo apreendido, sob garantia de alienação fiduciária, pode ser vendido pelo credor, a fim de possibilitar a quitação do financiamento, revertendo-se o saldo, se houver, ao patrimônio do consumidor. Inteligência do art. 2º do DL nº 911/69. Sentença mantida. APELO DESPROVIDO.

Vale destacar, também, as razões consignadas no acórdão relatado pelo Ministro Castro Filho, no Recurso Especial nº 166.753[606], do Superior Tribunal de

---

do processo, não levantou tal matéria ou requereu ao apelado qualquer informação a respeito. De fato, observo que o requerente passou ao largo de tal questão, de modo que, neste contexto, a sentença de primeiro grau deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Isso posto, nego provimento ao recurso. É o meu voto. Votaram de acordo com o(a) Relator(a) o(s) Desembargador(es): MÁRCIA DE PAOLI BALBINO e EDUARDO MARINÉ DA CUNHA. SÚMULA: REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO".

[605] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70018559211&num_processo=70018559211. Último acesso: 06 Mar. 2010.

[606] A ementa desse REsp segue transcrita: "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLÊNCIA, RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. DESCABIMENTO. HIPÓTESE DO ARTIGO 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NÃO CARACTERIZADA.

Justiça[607], em que afastou a aplicação do art. 53 do CDC[608] da alienação fiduciária mobiliária (Anexo II).

Nota-se, portanto, que os tribunais já decidem com regularidade sobre a não aplicação do art. 53 do CDC nos negócios jurídicos garantidos pela alienação fiduciária de coisa móvel.

O fundamento central que justifica tal entendimento é o de que inexiste relação de consumo nos negócios jurídicos firmados no âmbito do Decreto-lei 911/1969, pois a propriedade fiduciária mobiliária é contratada com finalidade de garantia de dívida contraída pelo contrato de mútuo. Além desse argumento, Arruda Alvim[609] indica outros elementos que justificam o afastamento do CDC da garantia fiduciária mobiliária, tais como:

> **1º)** normalmente não existe cláusula de perdimento das quantias pagas no sistema do Decreto-lei 911, **e, no sistema da Lei nº 9.514/97 esta cláusula não existirá**; **2º)** não se trata, no sistema do Decreto-lei 911 – **como não se tratará no sistema da Lei nº 9.514/97** – de uma compra e venda, com retomada do bem, senão que, num e noutro sistema, o que é objetivado é o pagamento do débito[610] (...).

De tal questão também não descuidou Marcelo Terra[611]. No mesmo sentido entende o autor que não se aplica o art. 53 do CDC na sistemática da alienação fiduciária em garantia ao comentar que foi exemplar a decisão do 2º Tribunal e Alçada Civil de São Paulo, na Apelação Cível nº 479.247-00/6, ao confrontar o Decreto-lei nº 911/1969 com o art. 53 do CDC, decidiu que o fiduciante não tem direito à restituição

---

A rescisão do mútuo com alienação fiduciária em garantia, por inadimplemento do devedor, autoriza o credor a proceder à venda extrajudicial do bem móvel para o ressarcimento de seu crédito, impondo-lhe, contudo, que entregue àquele o saldo apurado que exceda o limite do débito. Daí não se pode falar na subsunção da hipótese à norma do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, o qual considera nulas, tão-somente, as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, em caso de inadimplemento do devedor, tampouco no direito deste de reaver a totalidade das prestações pagas. Recurso especial não conhecido".

607 No mesmo sentido os Recursos Especiais de números 193.056; 428.114; 250.072; 302.230; e 437.451, todos do Superior Tribunal de Justiça.

608 Igual entendimento manifestou o Ministro Ruy Rosado Aguiar ao relatar o Recurso Especial nº 363.810/DF, julgado pela Quarta Turma do STJ, em votação unânime, em que fez expressa referência ao REsp 250.072/RJ, cuja ementa é a seguinte: "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Restituição das prestações pagas. No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, tendo o devedor o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do que pagou durante a execução do contrato. DL 911/69. Art. 53 do CDC. Recurso não conhecido".

609 Alvim Netto (Abecip, s.d., p. 22).

610 Destaques acrescidos.

611 Terra (1998, p. 73).

das parcelas pagas porque a alienação fiduciária é um contrato com características próprias, cuja legislação específica prevê a entrega ao devedor do saldo, caso haja, apurado na venda da coisa.

E se a questão intertemporal na sistemática de hermenêutica – que seria o principal elemento técnico capaz de assegurar a aplicação da lei mais nova – não foi suficiente para garantir a não subsunção do CDC ao Decreto-lei nº 911/1969, ou seja, se apesar deste ter sido sucedido pelo CDC, ainda assim os tribunais, em especial o Superior Tribunal de Justiça, entenderam que são diplomas incompatíveis. Deve-se, portanto, afastar "por impertinente a incidência do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor"[612]. E com muito maior segurança, quanto ao fator temporal, pode-se dizer da lei do SFI.

Em outras palavras, por ser a lei do SFI, como referido anteriormente, posterior ao CDC, bem como por regular de forma exaustiva a matéria da garantia real fiduciária imobiliária, pode-se concluir, pela similaridade de tratamento jurisprudencial dado ao Decreto nº 911/1969, pelo afastamento do CDC da lei do SFI.

Outro fator é a nulidade prevista no art. 53 do CDC, que não tem possibilidade de existência nos contratos de alienação fiduciária imobiliária, pois, como mencionado, além de conter uma previsão exaustiva quanto à estrutura de execução, em caso de inadimplemento, também determina que eventual saldo existente com a venda do imóvel seja entregue ao fiduciante. Ademais, mesmo que inexistisse tal tipo de cláusula (de perdimento) nos contratos celebrados no espaço da lei do SFI, o tema é tratado de forma diversa em relação à regra do art. 53 do CDC. Vale dizer que prevalece a norma da lei especial, a do § 4º, do art. 27[613].

A lei do SFI apresenta uma coerente estrutura ao disciplinar as consequências decursivas do inadimplemento do fiduciário. Apurados os resultados dos leilões extrajudiciais, o credor somente poderá reter o *quantum* correspondente ao seu crédito, acrescido das despesas, sendo proibido pela lei ficar com aquilo que a isto

---

612 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível nº 487.666-00/8, 3ª Câmara, j. em 02/09/1997, relatado pelo Desembargador Ribeiro Pinto, vu. (*apud* Alvim Netto, Abecip, s.d., p. 23).

613 "Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil". No Código Civil em vigor, o art. 516 corresponde ao 1.219: "Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e **poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis**" (destaques acrescidos).

exceder. Nesse sentido, a lei do SFI já tutela os direitos do devedor e inibe eventuais abusos por parte do credor, preservando o equilíbrio e a equidade da relação contratual, o que torna desnecessária e imprópria a aplicação do CDC.

Há um importante precedente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que trata da questão da lei do SFI e do CDC. O acórdão preferido na Apelação Cível nº 400.962.4/0[614], relatado pelo Desembargador Oldemar Azevedo, da Quinta Câmara da Seção de Direito Privado, reformou a sentença de primeira instância que havia rescindido contrato de compra e venda, garantido por propriedade fiduciária, com fundamento no art. 53 do CDC. Referido acórdão enfrentou a situação de validade da lei do SFI diante das normas do CDC e decidiu, por maioria de votos, pela validade daquele sistema em relação ao código consumerista. Dele valem destaques que seguem transcritos no Anexo II.

Outro ponto de destaque que deve ser sinalizado é a situação de que na lei do SFI não há solicitação do credor para resolução do contrato, como consignado no *caput* do art. 53 do CDC: "(...) que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, **pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado**"[615].

O fiduciário não tem a independência ou a permissão para solicitar, ainda que em juízo, o término do contrato e a retomada do imóvel. A lei atribui a ele, credor, uma série de atos obrigatórios que o impelem na direção da alienação pública extrajudicial, por meio dos leilões privados. Portanto, não há resolução do contrato na lei do SFI, mas sim a consolidação da propriedade nas mãos do fiduciário em razão do inadimplemento do fiduciante e, consequentemente, a extinção do financiamento[616].

Importante instituto que também merece destaque e que está presente em determinados negócios jurídicos garantidos pela propriedade fiduciária imobiliária é o contrato de mútuo, regulado pelos artigos 586 a 592 do Código Civil. O art. 586 estabelece que "mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. **O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade**"[617].

---

614 Destaques acrescidos. Apelação Cível nº 400.962.4/0, Comarca de São Paulo. Apelante: Brazilian Securities Companhia de Securitização. Apelado: Alfredo Orlando Meletti. Disponível em: http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do. Último acesso: 06 Mar. 2010.

615 Destaques acrescidos.

616 Alvim Netto (Abecip, s.d., p. 27).

617 Destaques acrescidos.

São constantes os contratos de financiamento em que instituições financeiras concedem recursos para que o mutuário adquira determinado imóvel[618]. O banco, após trâmite jurídico e aprovações cadastrais, bem como mediante a comprovação do registro da compra e venda na Serventia Predial competente, tendo como adquirente o devedor, e a subsequente e imediata constituição da propriedade fiduciária, libera os recursos relativos à aquisição em conta corrente específica do alienante. Daí em diante, o devedor/mutuário/fiduciante deve restituir ou recompor o *quantum* emprestado pelo mutuante para a operação de compra e venda.

O contrato de mútuo regulado pelo Código Civil, destaca Arruda Alvim[619], especialmente em relação ao conteúdo do art. 586, contém princípio ali inserido que retrata a igualdade de tratamento que o legislador pretende dispensar a todos os mutuários. Destaca o doutrinador que o referido dispositivo legal sugere a seguinte observação e o desdobramento do princípio:

> 1º) todos os mutuários são obrigados a devolver, ao credor, o objeto do mútuo; 2º) mas, o devedor (=fiduciante) não o seria, em nome e por causa do art. 53, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ora desdobrando-se isto, teremos a seguinte situação: a) o fiduciante (=devedor) utiliza-se do bem, durante certo tempo; b) nada paga, especificamente, por essa fruição; c) ulteriormente, não mais reúne condições de continuar adimplindo o que contratou; **d) se obtiver devolução do que pagou, à luz do disposto no art. 53 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é certo estar configurado manifesto enriquecimento sem causa e, o que é pior do que tudo, isso decorreria do sistema jurídico**[620].

Se o fiduciante contraiu financiamento para aquisição de coisa imóvel e, como garantia do mútuo, constituiu a propriedade fiduciária, pelo art. 586 do Código Civil e pela natureza jurídica do contrato de mútuo ele está obrigado a restituir o que tomou emprestado. Na hipótese de se ver sem condições de realizar tal restituição,

---

618 Importante destacar que o Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução nº 2.480, de 26/03/1988, alterou o art. 15, *caput*, do Regulamento anexo à Resolução nº 2.458, de 18/12/1997. Dessa forma, estendeu também para o Sistema Financeiro da Habitação, além da garantia real hipotecária, também a propriedade fiduciária imobiliária. Assim, o art. 15 da Resolução nº 2.458 passou a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 15. Os financiamentos habitacionais de que trata este Regulamento, ressalvado o disposto no art. 2º, parágrafo 1º, inciso V, e no art. 13, parágrafo 3º, terão por garantia:
I - hipoteca, em primeiro grau, do imóvel objeto da operação; ou
II - alienação fiduciária de coisa imóvel, nos termos da Lei nº 9.514, de 20/11/97, do imóvel objeto da operação".

619 Alvim Netto (Abecip, s.d., p. 19).

620 Destaques acrescidos.

deverá suportar a execução da garantia pelo fiduciário, bem como os descontos daquilo que deveria ter restituído, e não o fez, acrescido dos demais encargos decorrentes da utilização da coisa e da própria execução da garantia, tudo nos termos da lei do SFI.

Vale destacar, portanto, que no contrato de mútuo o devedor se serve de recursos financeiros provenientes e de titularidade do credor, ou seja, os valores utilizados para aquisição da coisa não lhe pertencem e nunca integraram seu patrimônio, razão pela qual, em caso de rescisão do contrato, nada deverá ser a ele (fiduciante) restituído. Como determina o art. 586 do Código Civil, "**o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade**"[621].

Essa obrigação de restituição contida no dispositivo normativo que trata dos contratos de mútuo é significativa para afastar a aplicação do CDC, uma vez que encerram conceitos substancialmente opostos. Nas relações de consumo, o que se recebe está destinado à destruição ou deterioração pelo uso continuado; no contrato de mútuo, o que se recebe deve, por expressa disposição legal, ser restituído ao mutuante.

Caso não promova a integral recomposição no patrimônio do mutuante da exata quantidade de dinheiro que dele emprestou, estará o mutuário sujeito à execução, e, caso não purgue a mora, à expropriação da coisa que garante a obrigação inadimplida, para cobrir o *quantum* da dívida, encargos, despesas e honorários advocatícios. Se houver insuficiência dos bens penhorados para a integral recomposição do valor mutuado, o mutuante poderá, no processo de execução, promover a penhora de outros bens até que seu crédito seja totalmente recomposto. Na hipótese de o mútuo estar garantido por algum bem será sobre ele que a penhora recairá, preferencialmente, nos termos do § 1º[622] do art. 655 do Código de Processo Civil, e o mutuante só poderá buscar outros bens se aquele que foi dado em garantia se mostrar insuficiente.

O contrato de mútuo, vale repetir, somente estará integralmente satisfeito quando ocorrer, pelo mutuário, a completa recomposição da quantia emprestada pelo mutuante, pois, como ensina Carvalho Santos[623], no contrato de mútuo "a restituição deve naturalmente ser completa; é da índole do contrato". Se o mutuário não promover

---

621 Destaques acrescidos.

622 "Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também este intimado da penhora".

623 Santos (1944, Vol. XVII, p.437).

a recomposição do *quantum* emprestado no patrimônio do mutuante haverá, o que nosso ordenamento repudia: o enriquecimento sem causa do mutuário[624].

Admitir a devolução das parcelas pagas no contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel com financiamento, em atenção ao que determina o art. 53 do CDC, seria o mesmo que autorizar, nos contratos de financiamentos comuns celebrados com instituições financeiras, o devedor a exigir do credor a devolução das prestações recebidas a título de amortização da dívida. A simples análise demonstra ser isso um contrassenso, pois o dinheiro pago pelo devedor é do próprio credor. O que ocorreu foi um adiantamento da totalidade ao devedor, que este, por sua vez, assumiu a obrigação de devolver em determinado lapso de tempo e sob determinadas condições. Obrigar o credor a devolver o que o devedor pagou como restituição é penalizar aquele e beneficiar este sem qualquer causa juridicamente válida[625].

A recomposição do patrimônio do credor no contrato de mútuo, ressalta-se, ocorre com o pagamento em dinheiro e não com a entrega da coisa objeto da garantia fiduciária, pois o objeto do contrato de mútuo é o dinheiro e não a coisa. Esta é o objeto da propriedade fiduciária que, por sua vez, garante o contrato de mútuo e, por evidência, não é o objeto do contrato de empréstimo. Como salienta Arruda Alvim[626], "serve o bem para dar mais eficácia ao recebimento do crédito, mas não substitui o objeto do contrato, que, repita-se, é dinheiro".

A combinação da regra do art. 586 do Código Civil, que obriga o mutuário a restituir integralmente o quanto emprestado ao mutuante, com a do inciso I[627] do art. 5º, da lei do SFI, permite concluir que, qualquer que seja o resultado dos leilões extrajudiciais, caso não seja suficiente para restituir o *quantum* emprestado, permanecerá o mutuário/fiduciante responsável pelo saldo remanescente. Daí porque não ser possível aplicar o art. 53 do CDC. Mas, apesar da regra geral de recomposição integral, o legislador, em benefício do mutuário, mitigou os efeitos do inadimplemento e exonerou-o caso o valor alcançado no segundo leilão não seja suficiente para pagar a dívida garantida pela propriedade fiduciária imobiliária[628]. Essa é uma situação que deve ser revista.

---

624 Chalhub (Abecip, s.d., p. 79).
625 Alvim Netto (Abecip, s.d., p. 20).
626 Alvim Netto (Abecip, s.d., p. 24).
627 "Reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste".
628 Chalhub (Abecip, s.d., p. 80).

Ademais, na configuração do próprio CDC, aponta Melhim Namem Chalhub[629], o dinheiro como objeto do contrato de mútuo não se classifica como produto na definição do art. 2º do código consumerista, pois não é destinado ao consumo. A entrega do dinheiro ao mutuário caracteriza transmissão de propriedade para que este o utilize em determinada finalidade e, nos termos e condições do contrato de mútuo, restitua ao mutuante em igual qualidade e quantidade, como determina o art. 586 do Código Civil, mas não para que o utilize "no sentido de destruí-lo ou torná-lo deteriorável pelo uso continuado", salienta o autor.

Mas há situações em que a propriedade fiduciária imobiliária pode ser contratada sem que, contudo, haja contrato de mútuo envolvido. Hipótese muito comum ocorre nas situações em que particulares, com a intenção de substituir a hipoteca como garantia real, adotam a fiduciária da lei do SFI para seus contratos de compra e venda de coisa imóvel.

Nesse caso, os valores pagos pelo fiduciante ao fiduciário a título de aquisição do imóvel nunca pertenceram ao patrimônio do credor, mas ao do devedor. Em tais circunstâncias, até mesmo em contraponto ao contrato de mútuo, as parcelas deverão ser devolvidas pelo credor ao devedor para que, aí sim, neste viés, não seja caracterizado o enriquecimento sem causa do credor em detrimento do devedor. Mas essa devolução deverá obedecer à estrutura de execução da garantia fiduciária e que está, como referido, disciplinada no art. 27 da lei do SFI. Tal devolução, evidentemente, ocorre pelas regras gerais dos contratos estabelecidas no Código Civil, pois de relação de consumo não se trata.

Não se pode afastar, outrossim, o que a própria lei do SFI traz como condição essencial para sua contratação e que está elencado nos incisos do art. 5º[630],

---

629 Chalhub (Abecip, s.d., p. 65).

630 "Art. 5º. As operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI, serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais:
I - reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste;
II - remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato;
III - capitalização dos juros;
IV - contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente.
§ 1º As partes poderão estabelecer os critérios do reajuste de que trata o inciso I, observada a legislação vigente.
§ 2º As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI.
§ 3º Na alienação de unidades em edificação sob o regime da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, a critério do adquirente e mediante informação obrigatória do incorporador, poderá ser contratado seguro

especialmente no referido inciso I: o estabelecimento da obrigação pelo devedor de promover a reposição integral do valor emprestado e respectivo ajuste. Neste particular, a lei do SFI coaduna-se com a essência do contrato de mútuo. Evidentemente, em caso de conflito, deverão prevalecer as normas do Código Civil, que estabelecem o conteúdo e a natureza do contrato de mútuo e, subsidiariamente, as normas da lei do SFI que regulamentam de forma própria, exaustiva e específica o contrato de mútuo com garantia fiduciária imobiliária[631].

Foi visto no decorrer deste trabalho que a lei do SFI estabeleceu uma exaustiva e rígida estrutura de direito real de garantia, principalmente no que se refere à sua forma de execução. Todas as consequências decorrentes da mora e da execução da garantia real fiduciária estão minuciosamente previstas na dita lei, a qual, semelhante ao CDC, observa os princípios de equidade e equilíbrio das relações contratuais. É bem verdade que a velocidade com que o credor pode reaver seu crédito no âmbito da lei do SFI pode causar impacto, especialmente se comparado ao tempo que o mesmo credor tem de aguardar para recuperar o crédito nas execuções hipotecárias. Mas esse fato não pode ser argumento bastante para questionamento da legalidade da propriedade fiduciária de coisa imóvel.

Em que pese a respeitável opinião da jurista Cláudia Lima Marques acima apresentada, que afirma ser a alienação fiduciária instrumento que beneficia "desnecessariamente o fornecedor-credor, ao evitar o atual trâmite judicial exigido para as hipotecas", vale dizer que o caminho processual das hipotecas é demasiadamente prolongado e desgastante. Não são incomuns notícias sobre execuções hipotecárias que quase alcançam uma década de tramitação. Esse fator pode representar – até mesmo inconscientemente – um relaxamento do devedor no adimplemento de sua prestação. A alienação fiduciária de coisa imóvel impinge maior celeridade na recuperação dos financiamentos.

Da mesma forma, não se pode negar que o fator tempo, no tocante à execução da garantia constituída, colabora com o custo dos empréstimos. Quanto maior o tempo para a execução da garantia contratada à recuperação do crédito, maiores serão os custos que o credor acrescerá ao valor principal do mútuo. O risco na recuperação do crédito é fator que colabora de forma diretamente proporcional para tornar mais baratos

---

que garanta o ressarcimento ao adquirente das quantias por este pagas, na hipótese de inadimplemento do incorporador ou construtor quanto à entrega da obra".

631 Alvim Netto (Abecip, s.d., p. 25).

ou mais caros os financiamentos. Ou seja, quanto maior for o risco, mais cara será a operação, e o inverso, por sua vez, também é verdadeiro. E em uma sociedade como a atual, dependente de recursos para gerar novos investimentos e crescimento, a celeridade na execução de uma garantia segura pode representar maior facilidade na obtenção de novos recursos.

Não é incomum notar certa tendência em relacionar a alienação fiduciária de coisa imóvel exclusivamente com atividades das instituições financeiras, a fim de reforçar a aplicação do CDC. Entretanto, essa modalidade de garantia real não é exclusiva de tais entidades. Os particulares também podem se valer dessa espécie de direito real para garantir simples e esporádicos negócios jurídicos de compra e venda de imóvel ou até mesmo de outras espécies de obrigações, como de fazer, de dar etc.[632].

A lei do SFI, especial que é em relação ao CDC, disciplinou um real acerto de contas entre o credor-fiduciário e o devedor-fiduciante após a realização dos leilões públicos e na hipótese de eles serem positivos. Notadamente, o § 4º do art. 27 da lei do SFI determina que o credor-fiduciário deverá, no prazo de cinco dias após a venda do imóvel no público leilão, se for o caso, entregar ao devedor-fiduciante "a importância que sobejar". Portanto, o credor-fiduciário somente poderá reter a importância relativa ao seu crédito, incluídas as despesas.

Arruda Alvim[633] destaca que no âmbito do SFI toda a forma de restituição e acertos entre o fiduciário e o fiduciante encontra-se regulada no art. 27, "exaurindo-se aí essa disciplina, dispondo-se que, no caso de inadimplemento do devedor, após a sua intimação para purgação da mora, será consolidada a propriedade em nome do fiduciário, que promoverá leilão público, no prazo de 30 dias, para venda do imóvel".

Como se viu no capítulo reservado aos leilões extrajudiciais, o objetivo é alienar o imóvel objeto da propriedade fiduciária para recompor o crédito do fiduciário. No primeiro leilão o valor mínimo do lance será aquele atribuído ao imóvel. Caso não seja alcançado tal patamar, será obrigatória a realização do segundo, cujo valor mínimo para o lance deverá ser igual ou superior ao da dívida; se inferior, o credor não estará obrigado ao terceiro leilão e tornar-se-á proprietário do imóvel nos termos do art. 1.228[634] do Código Civil.

---

632 Cambler (2006, p. 247).

633 Alvim Netto (Abecip, s.d., p. 19).

634 "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Chalhub[635] consigna que, diante do conteúdo e finalidade das normas em análise, ao comparar as disposições do art. 27 da lei do SFI com as do art. 53 do CDC, denota-se a inaplicabilidade deste à propriedade fiduciária imobiliária, pois o regime especial desse tipo de garantia real já abrange a tutela do devedor, e o faz com regras específicas, com rigorosa e obrigatória adequação do contrato à estrutura e função das regras da lei do SFI, pela qual, afirma o autor, no contrato de mútuo "o devedor deve restituir integralmente a quantia tomada por empréstimo, enquanto o art. 53 do CDC apenas enuncia um princípio geral ao qual o art. 27 da Lei n. 9.514/97 se encontra adequado perfeitamente".

É importante destacar nesse momento, quanto aos leilões, que o dinheiro arrecadado sempre será empregado no pagamento da dívida[636]. O que sobejar deverá ser devolvido ao devedor. Caso o valor auferido pelo leilão não seja suficiente para extinguir a dívida, esta será considerada extinta e o fiduciante liberado da obrigação principal. Nota-se, portanto, uma estrutura que contempla todas as hipóteses de situações e a elas apresenta soluções próprias e específicas. Os direitos do devedor, como lembra Chalhub, estão tutelados na própria estrutura legal.

Alvaro Villaça Azevedo[637] destaca, ao tratar do art. 53 do CDC, que "neste ponto, o legislador quer evitar o enriquecimento sem causa, só admitindo a perda parcial. O credor de pagar-se, reembolsando-se das despesas e dos encargos, que teve, restituindo o saldo ao devedor", pois "não pode ser o contrato instrumento de enriquecimento sem causa". E o autor continua, ao tratar do art. 27 da lei do SFI: "daí a idéia do equilíbrio contratual, quando se fala em restituição do saldo ao devedor, para que sofra este a aludida perda parcial (...), ainda que se ressalvem as particularidades do artigo 27, nele está presente o mesmo princípio jurídico, segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se sem causa". E completa com o seguinte registro:

> (...) o § 4º, desse art. 27 é claro ao determinar que o credor fiduciário, nos cinco dias, que se seguirem à alienação do imóvel, em leilão, "entregará ao devedor a importância que sobejar". O intuito do legislador em equilibrar a relação jurídica rompida, para que não existam prejuízos, de ambos os contratantes, assegura o recebimento do reembolso pelas benfeitorias (e acessões) feitas no imóvel pelo devedor fiduciante; bem como a dedução, da soma restituível, dos "valores da

635 Chalhub (2006, p. 335).
636 Nela compreendida a principal, mais encargos e taxas.
637 Azevedo (2002, p. 79).

> dívida e das despesas e encargos", previstos nos § 2º e 3º, do mesmo art. 27.

De forma paralela é importante destacar a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça ao tratar da possibilidade ou não da subsunção da lei de incorporações à regra do art. 53 do CDC – ou seja, a mesma situação tratada neste capítulo com a lei do SFI. O Ministro Ruy Rosado Aguiar[638], ao apreciar o REsp nº 80.036/SP, que trata de rescisão de contrato de compra e venda de fração ideal de terreno objeto de incorporação, nos termos da Lei Federal nº 4.591/1964, bem observou que a proibição de o vendedor reter tudo o quanto foi pago pelo comprador durante a fase de execução do contrato desfeito é princípio geral que está presente na resolução, pela necessidade de serem as partes restituídas à situação anterior - pois não fosse isso não haveria razão para o desfazimento do contrato -, e para evitar o enriquecimento injustificado do vendedor que, pela posição contratual, retém as parcelas recebidas e obtém a devolução do bem. Neste sentido, a cláusula do decaimento é abusiva no contrato de consumo, devendo ser reconhecida tanto na ação que é proposta pelo credor, quanto naquela de iniciativa do devedor. No caso do referido recurso especial, entretanto, o contrato foi mantido e não desfeito, razão pela qual foi negada a devolução das prestações[639].

O CDC foi afastado na hipótese do referido recurso especial porque há lei própria que trata dos contratos de incorporação, a Lei Federal nº 4.591/1964. O CDC não foi aplicado de forma específica para determinar a devolução das parcelas pagas pelo comprador. Entendeu o Tribunal Superior que "o contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele

---

638 O Ministro Ruy Rosado Aguiar noticiou resumidamente o entendimento do acórdão recorrido proferido pela Colenda Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Julgada improcedente a ação, os autores apelaram, mas a *eg*. Décima Segunda Câmara Cível do TJSP negou provimento ao recurso. Entendeu a *eg.* Câmara ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica regulada pela Lei 4.591/64. Ainda que o fosse, inadmissível resolver o contrato com base na teoria da imprevisão; quanto à devolução, inocorrente a hipótese do art. 53 do Codecon, prevista para o caso de ação proposta pelo credor contra o devedor inadimplente. Afastou a alegação de que a incorporadora teria agido com culpa; considerou que o comportamento dos autores não lhes permitia invocar a cláusula de desistência, prevista para o caso de não ser do Codecon, inclusive para os casos de responsabilidade do fornecedor e extinção da relação contratual".

639 "Depois de formular negativa genérica sobre a aplicação do Codecon, a verdade é que a eg. Câmara examinou a situação à luz do Código do Consumidor e lhe negou aplicação em razão das conclusões a que chegou pelo exame da prova e interpretação do contrato. Com isso, afastou a possibilidade do seu reexame através de recurso especial. Assim, rejeitou a existência dos pressupostos para a utilização da teoria da imprevisão e excluiu a alegação de que a empresa teria agido com culpa, concluindo pela manutenção do contrato. Mantida a avença, não há cogitar da devolução das prestações" (REsp nº 80.036/SP, relatado pelo Ministro Ruy Rosado Aguiar).

também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva". Realça o trecho transcrito que as leis consideradas especiais devem ser aplicadas aos correspondentes casos, e o CDC vigia tais relações jurídicas para garantir a aplicação dos princípios gerais, com a finalidade de impedir eventuais abusos decorrentes da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, garantir a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico[640].

Mas são os argumentos de Arruda Alvim que parecem dirimir as dúvidas sobre a aplicação ou não do art. 53 do CDC. De acordo com o jurista, citado por Afranio Carlos Camargo Dantzger[641], ao fazer referência a parecer concedido à Associação Brasileira de Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança:

> No contrato de compra e venda a prestações, o devedor recebe uma coisa, pela qual vai pagando: havendo rescisão haverá de devolver a coisa, e é por isso que deve receber de volta o que por ela pagou; no sistema da Lei 9.514/1997 o numerário destina-se à aquisição da coisa, é originariamente do credor e por isso deve devolvê-lo, pois que foi recebido com a obrigação de devolução; se o credor, a seu turno, houvesse de devolver "esse mesmo numerário", que recebera em pagamento, estaria sempre perdendo; e estaria "sempre perdendo" porque o produto da alienação do bem imóvel destina-se ao pagamento do "resto do débito", ou seja, destina-se à reposição do patrimônio do credor, nada mais.

Esse argumento parece definitivo, pois o credor-fiduciário concede o "produto" que é destacado de seu próprio patrimônio e o entrega ao devedor-fiduciário. Na maioria das vezes, a propriedade fiduciária é instituída em garantia de contrato de mútuo, visto anteriormente. O mutuante entrega o dinheiro para que o mutuário realize o investimento, mas fica obrigado a restituir o que daquele recebeu. Em garantia do cumprimento dessa obrigação, o mutuário transfere, em caráter resolúvel, a propriedade do imóvel ao mutuante. Denota-se que nessa situação jurídica o contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia é acessório em relação ao contrato principal, o mútuo[642].

---

640 Chalhub (2006, p. 325).
641 Dantzger (2005, p. 82).
642 Chalhub (2006, p. 344).

No contrato de promessa de compra e venda de coisa imóvel com prestações periódicas, o promitente vendedor transmite o domínio após o integral pagamento do preço, e, por tal motivo, o vendedor deve restituir a quantia paga até o momento da rescisão, em atenção ao que determinam os artigos 884 e seguintes do Código Civil, pois a causa do negócio não mais subsiste. Isso porque as parcelas pagas ao vendedor são oriundas do patrimônio do comprador, e com a extinção do contrato o imóvel voltará à esfera patrimonial do vendedor, o que não mais justifica nem legitima reter os valores pagos pelo comprador.

Caso o contrato se aperfeiçoe, o pagamento produz o efeito de aquisição do direito real de propriedade e acarreta, ao promitente, a obrigação de outorgar a escritura pública definitiva de compra e venda que transmitirá, ao promissário, com o efetivo registro na Serventia Imobiliária correspondente, o domínio pleno do imóvel prometido. Na situação de recusa da outorga da escritura definitiva, o promissário poderá obtê-la por meio da execução de obrigação de fazer[643]; na hipótese de haver inadimplemento em relação ao pagamento do preço, o promitente poderá exigir o pagamento ou a resolução do contrato com a reintegração na posse do imóvel.

Não se pode perder de vista que o devedor deve cumprir suas obrigações e que as leis vigentes para sua proteção não se destinam a dar cobertura às situações de inadimplemento. O que a lei regulamentadora das relações de consumo pretende é proteger o consumidor contra eventuais abusos cometidos pela parte considerada mais forte na relação contratual[644].

Na sistemática da lei do SFI, a propriedade fiduciária é constituída para garantir o adimplemento do contrato principal. Na hipótese do contrato de mútuo, o valor entregue pelo mutuante ao mutuário, via de regra, destina-se à aquisição da coisa.

---

643 Código de Processo Civil, artigos 632 e seguintes.

644 REsp nº 129.732/RJ do Superior Tribunal de Justiça. Ementa:
"Alienação fiduciária. Decreto-lei nº 911/69. Código de Defesa do Consumidor.
1. Não tem apoio a interpretação que dá por revogado o § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69 diante da disciplina do Código de Defesa do Consumidor, (...) art. 6º, VI, dispõe que o consumidor tem o direito básico de '*efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos'.* Ora, essa regra legal não tem nenhuma relação com a purgação da mora em processo sob o regime do Decreto-lei nº 911/69. O comando do art. 53, por outro lado, que faz alcançar as alienações fiduciárias, refere-se a cláusulas contratuais sobre a perda das prestações, que são nulas de pleno direito. Mas aqui não se cuida de cláusula contratual, e, sim, de regra jurídica impondo que, nos casos abrangidos pela lei, lei, portanto, especial, a purgação só será admitida se quitado o percentual indicado. Isso não viola direito algum do consumidor, não sendo razoável concluir pela revogação de uma lei por violar a '**mens legis**' de lei posterior, o que, claramente, não existe no direito positivo brasileiro, por conta da Lei de Introdução ao Código Civil.
2. Recurso especial conhecido, mas improvido".

A quantia é do credor e deve ser integralmente devolvida pelo devedor. Esta é a obrigação do destinatário do empréstimo: restituir ao credor o valor entregue na celebração do contrato de mútuo. A propriedade fiduciária imobiliária é apenas a garantia real acessória da relação obrigacional principal.

Também o credor corre riscos com a alienação fiduciária de coisa imóvel. O § 5º do art. 27 da lei do SFI estabelece que, se no segundo leilão o maior lance for inferior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais, a dívida será considerada extinta e, por consequência, estará exonerado o devedor da obrigação de efetuar o pagamento do valor faltante.

O Ministro Ruy Rosado Aguiar, ao analisar questão referente ao Decreto-Lei nº 911/1969, no referido REsp 250.072/RJ[645], consignou que o credor tem direito ao valor financiado, do qual o bem é a garantia. No mesmo sentido, REsp 166.759/SP, relatado pelo Ministro Castro Filho e publicado no *DJ* de 23/05/2005[646].

No REsp 440.565[647], o Ministro Barros Monteiro registrou que referente à devolução das parcelas pagas relativas ao preço ajustado, caso ocorra inadimplemento da obrigação garantida, o fiduciário poderá alienar a coisa e aplicar o produto da venda no pagamento do crédito, ressarcimento das despesas decorrentes da cobrança e entregar ao devedor o saldo que eventualmente sobejar. No mesmo acórdão o Ministro Barros Monteiro consignou que a colenda Quarta Turma já fixou entendimento no sentido de que no contrato de alienação fiduciária o credor tem o direito de receber o valor do financiamento e que pode obtê-lo mediante a venda extrajudicial do bem apreendido,

---

645 Votação unânime (*DJ*, 07/08/2000, p. 116).

646 "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLÊNCIA. RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. DESCABIMENTO. HIPÓTESE DO ARTIGO 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NÃO CARACTERIZADA. A rescisão do mútuo com alienação fiduciária em garantia, por inadimplemento do devedor, autoriza o credor a proceder à venda extrajudicial do bem móvel para o ressarcimento de seu crédito, impondo-lhe, contudo, que entregue àquele o saldo apurado que exceda o limite do débito. Daí não se poder falar na subsunção da hipótese à norma do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, o qual considera nulas, tão-somente, as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, em caso de inadimplemento do devedor, tampouco no direito deste de reaver a totalidade das prestações pagas. Recurso especial não conhecido".

647 Votação unânime (*DJ*, 02/12/2002, p. 319). Ementa:

"- '*Não cabe a prisão civil de devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária*'. Orientação traçada pela eg. Corte Especial (EREsp nº 149.518-GO).

- No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, tendo o devedor o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do que pagou (REsp nº 250.072-RJ).

Recurso especial conhecido e provido".

tendo o devedor o direito de receber a execução do contrato, sem se falar, portanto, em afronta ao art. 53 do CDC[648] / [649].

É preciso fazer distinção entre os contratos de compra e venda de coisa imóvel e os negócios jurídicos que são constituídos com apoio na propriedade fiduciária em garantia. Naqueles o vendedor entrega a coisa e o comprador deve efetuar o pagamento do preço convencionado. Na alienação fiduciária ocorre uma facilitação para o devedor na aquisição da coisa. No momento da constituição da propriedade fiduciária o devedor não é proprietário do objeto. A concessão do financiamento na estrutura da propriedade fiduciária possibilita que o devedor adquira a coisa e, em contrapartida, ofereça-a como garantia ao credor. Esse mecanismo legal atribui ao titular do crédito um direito real de garantia sobre coisa própria.

Tanto na alienação fiduciária de coisa móvel quanto na de coisa imóvel, o credor-fiduciário não é proprietário do objeto antes da constituição da propriedade fiduciária, mas da quantia que compõe o financiamento. Nas situações imobiliárias anteriores à lei do SFI – e ainda atualmente –, a operação de garantia real imobiliária apenas poderia ser estruturada com a hipoteca, muito mais lenta na sua execução.

Mas parece evidente que o credor tem direito de receber o valor objeto do financiamento, e o devedor, se for o caso, o de receber aquilo que sobejar na eventual venda feita em leilão público, o que não se confunde com o direito de reaver as parcelas pagas até a rescisão. Nesse sentido, o Ministro Barros Monteiro, no REsp 401.702[650], decidiu que em se tratanto de busca e apreensão de coisa alienada fiduciariamente, o credor tem o direito de receber o valor financiado, o qual poderá ser obtido por meio da venda extrajudicial da coisa apreendida, e o devedor o de receber o saldo, se existente, mas não a restituição integral do preço que pagou.

Há similitude nas disposições legais relativas à obrigação de restituir ao devedor-fiduciário aquilo que sobejar, na hipótese de alienação em público leilão. Na

---

[648] "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Restituição das prestações pagas. No contrato de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, o que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, tendo o devedor o direito de receber a execução do contrato. DL 911/69. Art. 53 do CDC. Recurso não conhecido".

[649] No mesmo sentido, REsp 327.215/DF (*DJ*, 04/03/2002, p. 265).

[650] "Em se tratando de busca e apreensão de coisa, objeto da garantia de alienação fiduciária, o credor tem o direito de receber o valor do financiamento, que pode obter mediante a venda extrajudicial do bem apreendido, e o devedor tem o direito de receber o saldo apurado, mas não a restituição integral do preço que pagou (REsp n. 205.072/RJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; REsp n. 327.215/DF de minha relatoria)". Votação unânime (*DJ*, 29/08/2005, p. 346).

Lei Federal nº 4.728/1965 tal previsão está contida no § 3º[651] do art. 66-B, introduzido pelo art. 55 da Lei Federal nº 10.931/2004. Na lei do SFI, como já aduzido anteriormente, a obrigação legal decorre do conteúdo do § 4º[652] do art. 27. Em relação à propriedade fiduciária de coisa móvel, o Código Civil estabeleceu idêntica obrigação no art. 1.364[653].

Ademais, não se pode afastar outro importante argumento do qual não se esqueceu o legislador da lei do SFI: o direito à informação. O inciso VII do art. 24 desta lei determina que o contrato de alienação fiduciária deverá conter cláusula dispondo sobre os procedimentos relativos aos leilões privados extrajudiciais (art. 27). Portanto, o fiduciante sempre estará previamente ciente dos procedimentos e da sequência dos eventos, caso não cumpra com a obrigação principal.

Portanto, as leis especiais que tratam da propriedade fiduciária contêm dispositivos próprios e específicos para a restituição do saldo decorrente da venda em público leilão, não sendo possível aplicar a regra do art. 53 do CDC[654]. E não é possível porque o legislador estabeleceu uma estrutura legal capaz de evitar ofensa ao art. 53 do CDC.

---

651 "§ 3º. É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada".

652 "§ 4º. Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil".

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

654 Nesse sentido, REsp 437.451/RJ, do STJ, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (*DJ*, 10/03/2003, p. 195).

CONCLUSÃO

É inegável que, atualmente, a economia global encontra-se solidamente estruturada nas relações de capital. As operações de crédito dinamizam o crescimento econômico dos países, pois possibilitam que ações sejam implementadas nas mais diversas esferas de atuação.

Os contratos de mútuo nos dias presentes são fontes de recursos que permitem investimentos em todos os setores da economia e impulsionam, na ponta final, o consumo de bens.

Entretanto, não se pode imaginar uma sociedade apoiada e dependente de crédito sem que o credor possa estar seguro de que recuperará seu crédito caso ocorra a hipótese de inadimplemento do devedor. Evidentemente tal segurança deve passar, de forma inegável, por uma ágil, eficaz e legal modalidade de garantia. Preferem-se tradicionalmente as garantias reais pela expressão de valor que representam e pelos princípios específicos e especiais dos direitos reais, pois traduzem maior segurança para o credor.

Nesse sentido, a hipoteca durante séculos serviu ao mercado de crédito como garantia real. Mas, com o passar do tempo e com o acúmulo de demandas que assolam o Poder Judiciário, somados às inúmeras hipóteses recursais à disposição do devedor, a execução judicial da garantia hipotecária ficou extremamente morosa. Um dos reflexos da lentidão na recuperação do crédito foi a de impor ao capital emprestado uma maior remuneração para compensar eventual demora na recuperação do crédito. Como consequência, o custo do dinheiro ficou maior e afetou toda sociedade tomadora de financiamentos.

A lei do SFI surgiu com o objetivo de minorar os riscos suportados pelo credor em razão das inúmeras dificuldades existentes para recompor o crédito concedido e não pago pelos devedores. Sob o ponto de vista da posição da coisa dada em garantia, a hipoteca sempre teve a inconveniência de deixar o objeto na esfera patrimonial do devedor. Com a lei do SFI o enfoque passou a ser outro. A constituição da propriedade fiduciária acarreta – nos termos da lei – a *transferência* do imóvel para o credor-fiduciário e garante ao devedor-fiduciante a possibilidade de usar a coisa pelo efeito do desdobramento da posse. O fiduciário retém a posse indireta, e ao fiduciante é garantida, enquanto adimplente, a posse direta do imóvel objeto da garantia fiduciária.

A *transferência* dessa propriedade é dada em caráter temporário e resolúvel, e com objetivo de garantia. A condição resolutiva não decorre de manifestação feita pela vontade das partes contratantes, mas do texto legal. Ou seja, não se trata de condição como situação decorrente exclusivamente da vontade das partes em subordinar os efeitos do negócio fiduciário a evento futuro e incerto. A condição decorre da estrutura da lei do SFI e está atrelada ao cumprimento da obrigação principal por parte do fiduciante.

A propriedade fiduciária do credor não é revestida do caráter tradicional de direito real de propriedade indicado no art. 1.228 do Código Civil. É uma espécie de propriedade atípica, pois dos atributos que constituem a propriedade plena apenas o *ius abutendi*, que é a possibilidade de disposição da coisa, encontra-se atribuído ao credor-fiduciário por força da lei do SFI. A propriedade plena é conformada em favor do credor caso os leilões extrajudiciais restem negativos. E, após a averbação da certidão negativa expedida pelo leiloeiro que ateste tal circunstância no Registro de Imóveis competente, o fiduciário pode ser considerado proprietário pleno nos termos do art. 1.228 do Código Civil.

A resolubilidade da propriedade do credor-fiduciário depende sempre da situação de adimplemento ou inadimplemento da obrigação principal pelo fiduciante. Paga integralmente a dívida ou cumprida integralmente a obrigação garantida e seus encargos, o fiduciário deve entregar o termo de quitação, que se caracteriza como documento hábil para o cancelamento da propriedade fiduciária. Na hipótese de inadimplemento do devedor-fiduciante, a propriedade resolúvel "consolida-se" no credor-fiduciário que, por obrigação legal, deve realizar os públicos leilões extrajudiciais.

Os leilões públicos extrajudiciais, como instrumentos de execução da garantia fiduciária, são constitucionais, especialmente porque não afastam a possibilidade de o devedor-fiduciante recorrer a qualquer momento ao Poder Judiciário em caso de ameaça ou de efetiva lesão de direitos.

Essa providência extrajudicial de recuperação do crédito tem como consequência não só agilizar o ressarcimento do credor-fiduciário, mas também desafogar o Poder Judiciário, que será invocado apenas em situações pontuais e extremas.

O sistema da lei do SFI representa vantagens tanto para o credor-fiduciário quanto para o devedor-fiduciante. O credor, como já referido, em caso de

inadimplemento poderá executar extrajudicialmente a garantia fiduciária imobiliária. Todos os procedimentos e etapas para ressarcimento do crédito dependerão exclusivamente do fiduciário. Caso seja decretada a falência do fiduciante, a garantia permanecerá incólume em relação a outras dívidas que o devedor possua, ainda que sejam débitos decorrentes de obrigações trabalhistas ou fiscais. Como a recuperação do crédito será mais ágil e eficaz, o credor poderá incrementar suas atividades financeiras mediante concessão de novos recursos.

Também o fiduciante tem vantagens com a propriedade fiduciária imobiliária. Principalmente porque o fim da garantia e a recuperação da propriedade plena dependem, exclusivamente, de seu comportamento diante da execução do contrato. Ao pagar integralmente a dívida, recebe o termo de quitação do credor-fiduciário, que tem obrigação legal de fornecer referido documento. É o termo de quitação que possibilita o cancelamento da propriedade fiduciária imóvel. Além disso, o fiduciante pode usufruir do imóvel enquanto adimplente da obrigação principal. Ademais, a relação de garantia não depende da confiança do fiduciário para poder recuperar a propriedade plena do imóvel. É da lei que advém a estrutura necessária para que lhe seja possível reaver plenamente a coisa.

Como se pôde notar no decorrer deste trabalho, há importantes decisões dos Tribunais Estaduais e Superiores no sentido de considerar a propriedade fiduciária imobiliária constitucional, afastando questionamentos relativos às ilegalidades, o que garante maior segurança jurídica nas contratações.

É preciso destacar, ainda, que a propriedade fiduciária não serve apenas para garantir contratos de mútuo, mas também toda e qualquer relação obrigacional.

Também os tribunais brasileiros têm decidido pela não aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC – aos contratos de alienação fiduciária, especialmente em razão de a lei do SFI conter estrutura legal própria para recuperação do crédito pelo fiduciário e, caso haja, restituição, ao fiduciante, do saldo decorrente da venda em público leilão extrajudicial.

Nesse sentido, a lei do SFI é considerada especial em relação ao CDC. Portanto, por sua própria natureza, a lei geral (CDC) deixa um espaço específico que será necessariamente ocupado pela lei especial. Consequentemente, não ocorre colisão espacial, uma vez que cada diploma ocupa espaços legislativos próprios e específicos, impossível de se chocarem, pois são materialmente incompatíveis.

Denota-se, portanto, que a propriedade fiduciária representa modalidade de garantia real ágil e segura, mas que deve ser contratada com responsabilidade, especialmente pelo fiduciante, pois descreve uma espécie de garantia extremamente eficaz na recuperação do crédito. Isso representa uma vantagem para o fiduciário, que poderá reaver seus valores com maior velocidade e menor custo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLENDE, Guillermo L. **Panorama de derechos reales**. 1ª ed. Buenos Aires: La Rey, 1967.

ALMEIDA, Lacerda de. **Direito das cousas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908.

ALONSO, Felix Ruiz. Alienação fiduciária em garantia. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo (USP), v. II, 1967.

ALVES, José Carlos Moreira. Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro, In: Cahali, Y. S. (Coord.). **Contratos nominados**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 23-45.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Alienação fiduciária de bem imóvel. O contexto da inserção do instituto (Parecer). In: **Alienação fiduciária e Direito do Consumidor**. São Paulo: Abecip, (s.d.). p. 7-48.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Livro introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil. Tomo I. Vol. XI. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. **Código do Consumidor comentado**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 1ª ed. Campinas (SP): Bookseller, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direitos reais**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação fiduciária de bem imóvel. In: **Direito civil e processual civil**. Vol. 1. Porto Alegre: Magister, 2004. p. 41-49.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, Fundação Armando Álvares Penteado (Faap), ano 1, n. 1, p. 61-84, 2002.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Contratos e notificações no registro de títulos e documentos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis**: doutrina, prática, jurisprudência. 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BAREA, Juan B. Jordano. **El negocio fiduciario**. Barcelona: Bosch, 1959.

BAYLE, Elsa Sebater. **La proposición de ley francesa nº 178/2005 instituyendo la fiducia**: interés para el derecho Catalán, aspectos coincidentes y principales diferencias. Los patrimonios fiduciarios y el trust. Madrid: Colegio Notarial de Cataluña / Marcial Pons, 2006. p. 651-670,

BECK DA SILVA, Luiz Augusto. **Alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BERTONI, Rosângela Aparecida Vilaça. Alienação fiduciária de bens imóveis. **Revista Jurídica**, Universidade de Franca-SP (Unifran), v. 8, n. 14, p. 281-285, 2005.

BESSONE, Darcy. **Da compra e venda**: promessa & reserva de domínio. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

BUZAID, Alfredo. Alienação fiduciária em garantia. In: França, R. L. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 1978.

BUZAID, Alfredo. Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia (Lei nº 4.728, de 1965, artigo 66). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 401, p. 09-29, Mar. 1969.

CAMBLER, Everaldo Augusto. O regime jurídico da alienação fiduciária em garantia após o advento da Lei 10.931/04. **Atualidades do Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

CARIOTA FERRARA, Luigi. **El negocio jurídico**. Madrid: Aguilar, 1956.

CARIOTA FERRARA, Luigi. **Negozi fiduciari trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia, processo fiduciário**. Padova: Cedam, 1933.

CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARVALHO, Frederico da Costa; MANSO, Manuel da Costa. Negócio fiduciário. Consultas e pareceres. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 187, p. 533-544, Out. 1950.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. Coord.: Lima, O. B. C.; Lima, S. M. C. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CASTRO y BRAVO, Federico. **El negócio jurídico**. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.

CHALHUB, Melhim Namem. A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 113-139, Maio / Ago. 1998.

CHALHUB, Melhim Namem. A Lei 9.514, de 20.11.97. Os procedimentos de realização da garantia fiduciária à luz dos princípios enunciados pelo artigo 53 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). (Parecer). In: **Alienação fiduciária e direito do consumidor**. São Paulo: Abecip, (s.d.). p. 57-88.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHALHUB, Melhim Namem. **Propriedade imobiliária**: função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. Trust: breves considerações sobre sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 790, p. 79-113, Ago. 2001.

COOTER, Robert D; FREEDMAN, Bradley J. The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences. **New York University Law Review**, New York, v. 66, n. 4, p. 1.045-1.075, Oct. 1991.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Direitos reais**. Reimp. do original de 1979. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

CORRÊA JÚNIOR**,** Luiz Carlos de Azevedo. A alienação fiduciária em garantia e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, v. 24, n. 178, p. 9-17, Set. / Out. 2000.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria. (Notas de direito comparado). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 67, n. 512, p. 11-19, Jun. 1978.

COUTO e SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

COUTO e SILVA, Clóvis V. In: Fredera, V. M. J. (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COVIELLO, Nicola. **Manuale di diritto civile italiano**. Parte generale. 4ª. ed. Milano: Societa, 1929. p. 345-346; p. 370-378; p. 378-384.

CUNHA GONÇALVES, Luís. **Tratado de direito civil**. Em comentário ao Código Civil Português. Tomo I. Vol. XI. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1955.

CUNHA GONÇALVES, Luís. **Da propriedade e da posse**. Lisboa: Ática Limitada, 1952.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A execução extrajudicial do decreto-lei 70/66 em face do princípio do devido processo legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 9, n. 37, p. 147-174, Out. / Dez. 2001.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. São Paulo: Método, 2005.

DE CICCO, Maria Cristina**. Alienazione fiduciaria in garanzia il modello brasiliano**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996. Capítolo primo (itens 1, 2, 3, 5, 6); Capítolo secondo (itens 8, 13); Capítolo terzo (itens 18, 19, 20, 21, 22, 26); Capítolo quarto (itens 27, 29, 32).

DI MAIO, Federico. L'intestazione di beni a società fiduciarie: revirement della Corte di cassazione? **Contratto e Impresa**, Padova, v. 15, n. 3, p. 1.007-1.016, Set. / Dic. 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação fiduciária de bens imóveis (parecer). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 24, n. 51, p. 235-252, Jul. / Dez. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 1.271-1.301.

DISTASO, Nicola. **Simulazione dei negozi giuridici**. Torino: Utet, 1960.

DUARTE, Walter Antônio Dias; MELLO NETO, Luís Soares de. Sistema Financeiro de Habitação: considerações sobre a execução hipotecária, penhora de outros bens além do hipotecado. Impossibilidade. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 90-99, 1990.

ENNECCERUS; NIPPERDEY. **Tratado de derecho civil**. Tomo I. Vol. I. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1981.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

ESPÍNOLA, Eduardo; MORAES, Antão de; MORATO, Francisco Antonio de Almeida; CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. Negócio fiduciário. Consultas e Pareceres. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 184, p. 532-562, Abr. 1950.

FABIAN, Christoph. **Fidúcia**: negócios fiduciários e relações externas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

FALCÃO, Alcino Pinto. Alienação fiduciária em garantia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 230, ano 67, p. 398-403, Abr. / Jun. 1970.

FIÚZA, César. **Alienação fiduciária em garantia de acordo com a Lei nº 9.514/97**. Rio de Janeiro: Aide, 2000. p. 13-23.

FLEURY, Carlos Eduardo Duarte. Alienação fiduciária no Sistema Financeiro da Habitação. In. **Registro de imóveis estudos de direito registral imobiliário**. XXVIII encontro de oficiais de registro de imóveis do Brasil. Foz do Iguaçu (PR), 2001 / Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 375-385.

FORTINO, Luis Valentin. **Introducción al negocio fiduciario**: desde el punto de vista del organizador. 1ª ed. Buenos Aires: Osmar D. Buyatti Librería Editorial, 2006.

FREITAS, Teixeira de. **Código Civil** (esboço). Vol. IV. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Brasil, 1952.

FUENTESECA, Cristina. **El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

GALIEZ, Paulo César Ribeiro. A farsa jurídica e a inconstitucionalidade da execução extrajudicial no sistema financeiro da habitação. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 8, p. 214-219, 1995.

GATTI, Edmundo. **Teoría general de los derechos reales**. 2ª ed., 3 ª reimp. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1975.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Alienação fiduciária de coisa imóvel. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 51, p. 15-24, Abr. / Jun. 2002.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Da propriedade resolúvel**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

GONZALÉZ, José Alberto. **Direitos reais e direito registral imobiliário**. Lisboa: Quid Júris, 2005.

GOTTSCHALK, Egon Felix. Alienação fiduciária em garantia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 66, v. 230, fascículos 802-804, p. 392-398, 1970.

GUIMARÃES, Jackson Rocha. Aspectos da alienação fiduciária em garantia. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), ano 21, v. 13, 1973.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Tratado de derecho civil**. Vol. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

JACOMINO, Sérgio. Penhora. Alienação fiduciária de coisa imóvel. Algumas considerações sobre o registro. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 59, Jul. / Dez. 2005.

JACQUELIN, René. **De la fiducie**. Paris: A. Girard Libraire-Éditeur, 1891.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**: la propiedad y los otros derechos reales y principales. Tomo I. Vol. III. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950.

JUNQUEIRA, José de Mello. **Alienação fiduciária de coisa imóvel**. São Paulo: Arisp, 1998.

KASER, Max. **Derecho romano privado**. Madrid: Reus, 1982.

LACERDA, Paulo de. **Manual do Código Civil Brasileiro**: direito das coisas. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. A circulação do crédito hipotecário no Sistema Financeiro da Habilitação. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 21, n. 43, p. 47-60, Jan. / Abr. 1999.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis (notas para sua estruturação). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 21, n. 44, p. 7-14, Mai. / Ago. 1998.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. 2ª ed., 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

LIMA, Otto de Souza. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código Civil anotado**. Vol. III. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

LIPARI, Nicolo. **Negozio fiduciário**. Milano: Giuffre, 1971.

LOUREIRO, José Eduardo. Alienação fiduciária de coisa imóvel. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 63, p. 86-95, Jun. 2001.

MANSO, M. Costa. Parecer de autoria. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 39, v. 187, p. 535-539, Out. 1950.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, J. M. de Azevedo. **A hypotheca**. São Paulo: Casa Espínola, 1919.

MARTÍNEZ QUIMBAYA, Liliana; SUÁREZ CHAVES, Juan Carlos. Los servicios fiduciarios de inversión: una alternativa de financiación. **Revista del**

Colegio Mayor de Nuestra Senora del Rosário, Bogotá, n. 555, p. 46-48, Oct. / Dic. 1991.

MARTUCCI, Riccardo. Proposte per una considerazione del negozio fiduciario alla luce del diritti tedesco vigente e della rei vindicatio utilis romana. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, Padova, v. 89, n. 7-8, p. 479-498, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Variações sobre a usucapião tabular: art. 1.242, parágrafo único, do novo Código Civil. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, Ano 10, n. 20, Jul. / Dez. 2007. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito commercial brazileiro**. Vol. IV. Livro IV. 4ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Negocio jurídico indireto e negócios fiduciários. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 81-94, Jul. / Set. 1984.

MIRANDA, Darcy de Arruda; BORBA, José Hélio. O problema da execução do saldo devedor na alienação fiduciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 812, p. 757-762, Jun. 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Tomos III, V, XXI e LII. 1ª ed. Campinas (SP): Bookseller, 2000.

MORAES, Antão de. **Problemas e negócios jurídicos**. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1948.

MORAES SALLES, José Carlos de. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor e ao *favor debitoris* – do Direito Romano ao Direito Latino Americano. **Revista Synthesis**, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB), n. 3, 1º Sem. 1997.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Saraiva, 1973.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Vol. I. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 2003.

MOURA, Paulo Sérgio. **Securitização de créditos imobiliários aspectos jurídicos**. 181 p. Dissertação (Mestrado) em Direito. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo (USP). 2007.

NAVARRO MARTORELL, Mariano. **La propiedad fiduciaria. La fiducia histórica. Los modernos negocios fiduciarios**. Barcelona: Bosch, 1950. p. 27-56.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUSSBAUM, Arthur. **Tratado de derecho hipotecario alemán**. Serie B. Vol. XI. 2ª ed. Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, 1929.

OLIVERA GARCIA, Ricardo. Bases para una necesaria ley de fideicomisos. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, Buenos Aires, v. 28, n. 1-2, p. 113-127, Ene. / Jun. 1987.

OLIVEIRA YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. São Paulo: Atlas, 2010.

ORLANDI NETO, Narciso. Alienação fiduciária de bens imóveis. **Boletim do Irib**, n. 246, Nov. 1997.

ORLANDI NETO, Narciso. **Retificação do registro de imóveis**. 2ª ed. Juarez de Oliveira, 1999.

PAU, Antonio. **El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral**: los patrimonios fiduciarios y el trust. Madrid: Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2006. p. 671-694,

PENTEADO, Luciano de Carmargo. **Doação com encargo e causa contratual**. Campinas (SP): Millennium. 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Tomo I. 1ª ed. Campinas (SP): Russell, 2003.

PEREIRA, Virgilio de Sá. **Manual do Código Civil brasileiro**: direito das coisas. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.

PRATES, Homero. **Atos simulados e atos em fraude da lei**. São Paulo: Freitas Bastos, 1958.

REGELSBERGER, Ferdinand. **Zwei Beiträge zur Lehre Von der Cession**: in Archive für die civilistische Praxis. Lübigen und Leipzig, 1880.

RESTIFFE NETO, Paulo. Alienação fiduciária imóvel: aspectos processuais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 27, n. 90, p. 128-134, Mar. 2007.

RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia fiduciária**: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, ano 36, v. 169, 1997.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, ano 39, v. 184, Ago. 1950.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, ano 39, v. 187, Out. 1950.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, ano 39, v. 188, 1950.

REYMOND, Claude. **Essai sur la nature et les limites de l´acte fiduciaire**. Montreux: Ganguin et Laubscher, 1948.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 21, n. 45, p. 95-103, Set. / Dez. 1998.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. La responsabilidad del fiduciario. **Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia**, Bogotá, n. 309, p. 11-64, Jul. 1997.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Trad. da 6ª ed. italiana por Paolo Capitanio. Atual. por Paulo Roberto Benasse. 1999.

SAAD, Renan Miguel. **A alienação fiduciária sobre bens imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SALOMÃO NETO, Eduardo. Sistema financeiro imobiliário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 36, n. 110, p. 155-166, Abr. / Jun. 1998.

SANDOVAL, Carlos A. Molina. **El fidecomiso en la dinámica mercantil**. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2009.

SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos reais limitados**. Brasília (DF): Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1993.

SANTO JUSTO, A. **Direito privado romano**. Coimbra: Universidade de Coimbra Editora, 2003.

SANTO JUSTO, A. **Direitos reais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. Alienação fiduciária de coisa imóvel. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 47, n. 261, p. 21-24, Jul. 1999.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A regulamentação da alienação fiduciária de imóveis em garantia. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 28-36, Jan. / Abr. 1999.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**: parte geral. Vol. II. 3ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1944.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado:** direito das coisas. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

SANTOS, Joaquim Antônio Penalva. Arrendamento residencial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 85-89, Set. / Dez. 1999.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**: direitos das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel. Vol. VI. 5ª ed., rev. e atual. pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

SICCARD, Fabiana Peixoto. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel**: uma análise do instituto. Disponível em: http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/cgi-bin/PRG_0599.EXE/12008.PDF?NrOcoSis=38982&CdLinPrg=pt. Último acesso: 09 Mar. 2009.

SILVA, Gilberto Valente. A alienação fiduciária de bens imóveis. **Boletim do Irib**, n. 249, Fev. 1998.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Novo Sistema de Financiamento Imobiliário. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 37, p. 73-80, Out. / Dez. 1998.

SILVA PEREIRA. Caio Mario da. **Instituições de direito civil**. Vol. I. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA PEREIRA. Caio Mario da. **Instituições de direito civil**. Vol. IV. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SMITH, Thomas A. The efficient norm for corporate law: a neotraditional interpretation of fiduciary duty. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 98, n. 1, p. 214-268, Oct. 1999.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. A doutrina do patrimônio de afetação e o novo sistema de pagamentos brasileiro (parecer). **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 11, p. 229-244, Jan. / Mar. 2001.

TAVARES, Zilda. **Código de Defesa do Consumidor e alienação fiduciária imobiliária**. São Paulo: Método, 2005.

TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária de imóvel em garantia**. Porto Alegre: Safe, 1998.

TERSI, Flavio Henrique Amado. A propriedade fiduciária no atual código civil. **Revista Jurídica da Universidade de Franca** (Unifran), v. 8, n. 14, p. 109-114, 2005.

THOMAS, Susan Barkehall. Goodbye knowing receipt: hello unconscientious receipt. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 21, n. 2, p. 239-265, 2001.

TOMÁS MARTÍNEZ, Gema. Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia. **Estudios de Deusto**, Bilbao, v. 52, n. 1, p. 289-314, Ene. / Jun. 2004.

TREVELIM, Ivandro Ristum. **A alienação fiduciária em garantia e sua aplicação no mercado financeiro imobiliário**. 213 p. Dissertação (Mestrado) em Direito. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2008. p. 16-37; p. 61-74; p. 108-136; p. 136-158.

TUHR, A. Von. **Tratado de las obligaciones**. Tomo I. 1ª ed. Madrid: Editora Reus, 1934.

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 243-311.

WALD, Arnoldo. Alguns aspectos do regime jurídico do sistema financeiro imobiliário (lei 9.514/97). **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 13-27, Jan. / Abr. 1999.

WALD, Arnoldo. Da alienação fiduciária**. Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 58, v. 400, Fev. 1969.

WALD, Arnoldo. Do regime legal de alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 24, n. 51, p. 253-279, Jul. / Dez. 2001.

WITZ, Claude. **La fiducie en droit privé français**. Paris: Econômica, 1981.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. Traduzido diretamente do alemão por Souza Diniz. São Paulo: Biblioteca de Legislação Estrangeira, 1959.

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. Disponível em: http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm. Último acesso: Fev. 2010. E disponível em: http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/codciv.htm. Último acesso: Abr. 2010.

CÓDIGO CIVIL DE QUEBEC. Disponível em: http://ccq.lexum.umontreal.ca/ccq/. Último acesso: Abr. 2010.

CÓDIGO CIVIL HOLANDÊS DE 1992. Disponível em: http://wetten.overheid.nl/BWBR0005291/geldigheidsdatum_14-04-2010&rurl=translate.google.com.br&usg=ALkJrhjQLX63ZDeUFtFBXVsPCzGEDojUAg. Último acesso: Abr. 2010.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. Disponível em: http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF. Último acesso: Maio 2010.

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-text-const.pdf. Último acesso: Mar. 2010.

LEI ARGENTINA N° 24.441, de 22/12/1994. Disponível em: http://www.cnv.gov.ar/LeyesyReg/Leyes/24441.htm. Último acesso: Abr. 2010.

LEI URUGUAIA N° 17.703, de 27/10/2003, Normas sobre Fideicomiso. Disponível em: http://www.presidencia.gub.uy/ley/2003102802.htm. Último acesso: Abr. 2010.

TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL. Disponível em: http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4508733&links=%225501/2005%22&optimize=20090415. Último acesso: Abr. 2010.

ANEXOS

ANEXO I

Este anexo é meramente exemplificativo e utilizado para fins acadêmicos.

LIVRO N.º 2 - REGISTRO GERAL

OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS
de São Paulo

matrícula	ficha
100000	1

São Paulo, 02 ABRIL de 2005

UNIDADE AUTÔNOMA: **APARTAMENTO Nº 101**, localizado no 10º andar do **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO JARDIM PAULISTA**, integrante do Condomínio Les Jardins, situado na Alameda Jaú nº 1.477, nesta cidade de São Paulo, no 34º subdistrito, Cerqueira César, contendo a área privativa de 156,000m^2, a área comum de 131,933m^2, nela incluído o direito de uso de 3 (três) vagas indeterminadas na de garagem do edifício e um armário, localizados no subsolo e área total de 287,933m^2, correspondendo-lhe a fração ideal de 0,7423% nas coisas de propriedade e uso comuns do condomínio. O Condomínio Les Jardins é composto pelos Bloco A (Edifício Jardim Europa), Bloco B (Edifício Jardim Paulista) e Bloco C (Edifício Jardim América) e encontra-se construído no terreno descrito na matrícula nº 66246, deste 13º Registro de Imóveis, na qual foi registrada sob nº 15, em 20/10/1998, a respectiva instituição de condomínio.

PROPRIETÁRIA: **ABCDEFGH - INCORPORAÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, com sede nesta cidade de São Paulo, na Rua Y nº 1000, 20º andar, conjunto 2554, inscrita no CNPJ/MF sob nº 12.345.678/0001-90.

Registro Anterior: nº 11, feito em 02/06/2004, na matrícula nº 55.999

Contribuinte Municipal nº 010.012.3456-7

Oficial

R.1-100000. Em 02/ABRIL/2005. Pelo instrumento particular firmado nesta cidade de São Paulo, em 11/05/2005, prenotado sob nº 200000, em 02/04/2005, ABCDEFGH - INCORPORAÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA., qualificada acima, **VENDEU** o imóvel desta matrícula a **IJKLMN OPQRSTU**

> (continua no verso)

matrícula 100000 | ficha 1 verso

VXZWY, médico, casado sob o regime da comunhão parcial de bens antes da vigência da Lei Federal nº 6.515/1977 com **PLMNHT QSKRTSHGFDS RFVBGTEDCNHY**, advogada, RGs 12.3456.789-SSP-SP e 13.789.654-SSP-SP, inscritos no CPF/MF sob os nºs 123.456.789-00 e 987.654.321.00, respectivamente, ambos brasileiros, domiciliados nesta cidade de São Paulo, onde residem na rua A nº 400, pelo preço de R$200.000,00. Valor venal do imóvel para o exercício fiscal de 2005: R$195.000,00.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

R.2-100000. Em 02/ABRIL/2005. Pelo instrumento particular referido no R.1-100000, IJKLMN OPQRSTU VXZWY e PLMNHT QSKRTSHGFDS RFVBGTEDCNHY **ALIENARAM FIDUCIARIAMENTE** o imóvel desta matrícula a **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**, com sede no Setor Bancário Sul, Quadra 4, lotes 3/4, Brasília-DF, inscrita no CNPJ/MF sob nº 00.360.305/0001-04, para garantia da dívida no valor de R$200.000,00, pagável no prazo de 10 meses, em prestações mensais, iguais e sucessivas no valor de R$20.000,00. Valor do imóvel para fins de venda em público leilão, R$230.000,00.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

AV.3-100000. Em 03/ABRIL/2005. Nos termos do instrumento particular de cessão de créditos datado de 31/03/2005, prenotado sob nº 200001, em 03/04/2005, a credora-fiduciária CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, com sede no Setor Bancário Sul, Quadra 4, lotes 3 e 4, em Brasília, Distrito Federal, CEDEU a **CIPASEC – COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO S.A.**, com sede nesta Capital, na Avenida B nº 100, 25º andar, inscrita no CNPJ/MF sob o nº

(continua na ficha 2)

LIVRO N.º 2 - REGISTRO GERAL

OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS
de São Paulo

matrícula 100000 | ficha 2

00.012.345/0001-11, a totalidade dos créditos decorrentes do instrumento particular objeto do R.2-100000. Consta do título que a presente cessão implica a transferência, à cessionária, de todos os direitos e obrigações decorrentes *da propriedade fiduciária em garantia* constituída pelo R-2-100000, nos termos do art. 28 da Lei Federal nº 9.514/1997.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

AV.4-100000. Em 05/ABRIL/2005. Pelo Termo de Securitização de Créditos datado de 04/04/2005, prenotado sob nº 200002, em 05/04/2005, a credora CIPASEC – Companhia Paulista de Securitização S.A. nomeou **MACHADO DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.**, com sede na cidade de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, na Avenida C nº 500, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 99.876.543/0001-22, como agente fiduciário e vinculou o crédito objeto da Av.3-100000, no valor de R$200.000,00, ao **REGIME FIDUCIÁRIO**, nos termos do art. 9º da Lei Federal nº 9.514/1997. Referido crédito constitui lastro para a emissão de **Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRIs)**, que foram subscritos pelo **BANCO ITAÚ S.A.**, com sede nesta Capital do Estado de São Paulo, na Rua Boa Vista nº 176, 15º andar, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 60.701.190/0001-04, e fica destacado do patrimônio da credora e destinado exclusivamente à liquidação dos ditos CRIs, até que esses certificados sejam integralmente resgatados.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

AV.5-100000. Em 07/ABRIL/2005. Procede-se a presente, autorizada no requerimento firmado em 05/04/2005, prenotado sob nº 200003, em

(continua no verso)

matrícula 100000 | ficha 2 verso

07/04/2005, subscrito por **CIPASEC – COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO S.A.** e **MACHADO DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.**, para constar o **cancelamento** da **AV. 4**, feita nesta matrícula.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

AV.6-100000. Em 08/ABRIL/2005. Nos termos do instrumento particular de cessão de direitos datado de 05/04/2005, prenotado sob nº 200004, em 08/04/2005, os devedores –fiduciantes IJKLMN OPQRSTU VXZWY e PLMNHT QSKRTSHGFDS RFVBGTEDCNHY, com expressa anuência do credor-fiduciário, **CIPASEC – COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO S.A.**, **CEDERAM** a **IQAFGVXSW DKQDHTWCXZ**, brasileiro, solteiro, nascido em 01/01/1960, engenheiro, RG 11.456.987-SSP-SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 741.258.963-33, domiciliado nesta Capital do Estado de São Paulo, onde reside na Rua C nº 600, todos os direitos que detêm decursivos da propriedade fiduciária constituída pelo R.2-100000, feito em 02/05/2005.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

R.7-100000. Em 10/ABRIL/2005. Do mandado de registro de penhora nº 500/2005, expedido em 09/04/2005, pelo MM. Juiz de Direito da 40ª Vara Cível de São Paulo, Dr. Gilberto Rosadas, nos autos do processo nº 000.2005.123.456-0, que Machado de Assis, brasileiro, divorciado, escritor, RG 31.987.456-SSP-SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 963.147.951-00, *domiciliado nesta Capital, onde reside na Rua P nº 900*, exeqüente, move contra CIPASEC – COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO S.A., executada, consta que os direitos detidos pela credora-fiduciária foram **PENHORADOS**

(continua na ficha 3)

LIVRO N.º 2 - REGISTRO GERAL

OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS
de São Paulo

matrícula 100000 | ficha 3

para pagamento da dívida da executada no valor de R$200.000,00, e nomeado como depositário João da Silva, brasileiro, divorciado, advogado, inscrito na OAB/SP sob o nº 100.000, domiciliado nesta Capital, onde reside na rua Z nº 10. Prenotação nº 200005, de 10/04/2005.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

R.8-100000. Em 12/ABRIL/2005. Procede-se ao presente para constar que, nos termos da carta de arrematação expedida em 11/04/2005, pelo MM. Juiz de Direito da 40ª Vara Cível de São Paulo, Dr. Gilberto Rosadas, nos autos do processo nº 000.2005.123.456-0, os direitos decorrentes da propriedade fiduciária objeto do R.2-100000, titulados por CIPASEC – COMPANHIA PAULISTA DE SECURITIZAÇÃO S.A., foram **ARREMATADOS** por **MACHADO DE ASSIS**, brasileiro, divorciado, escritor, RG 31.987.456-SSP-SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 963.147.951-00, domiciliado nesta Capital, onde reside na Rua P nº 900, pelo valor de R$200.000,00. Prenotação nº 200006, de 12/04/2005.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

R.9-100000. Em 14/ABRIL/2005. Do mandado de registro de penhora nº 600/2005, expedido em 12/04/2005, pelo MM. Juiz de Direito da 20ª Vara Cível de São Paulo, Dr. Carlos José, nos autos do processo nº 000.2005.987.321-0, que José de Alencar, brasileiro, divorciado, escritor, RG 12.345.678-SSP-SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 546.157.964-00, domiciliado nesta Capital, onde reside na Rua K nº 800, exeqüente, move contra IQAFGVXSW DKQDHTWCXZ, executado, consta que os direitos do devedor-fiduciante em relação à propriedade fiduciária objeto do R.2-100000 foram

> (continua no verso)

matrícula 100000 | ficha 3 verso

PENHORADOS para garantia da dívida do executado, no valor de R$100.000,00, e nomeado depositário João da Silva, brasileiro, divorciado, advogado, inscrito na OAB/SP sob o nº 100.000, domiciliado nesta Capital, onde reside na rua Z nº 10.. Prenotação nº 200007, de 14/04/2005.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

R.10-100000. Em 16/ABRIL/2005. **R.8-100000**. Promove-se o presente nos termos da carta de arrematação expedida em 15/04/2005, pelo MM. Juiz de Direito da 20ª Vara Cível de São Paulo, Dr. Carlos José, nos autos do processo nº 000.2005.987.321-0, para constar que os direitos do devedor-fiduciante, IQAFGVXSW DKQDHTWCXZ, foram **ARREMATADOS** por **JOSÉ DE ALENCAR**, brasileiro, divorciado, escritor, RG 12.345.678-SSP-SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 546.157.964-00, domiciliado nesta Capital, onde reside na Rua K nº 800, pelo valor de R$100.000,00. Prenotação nº 200008, de 16/04/2005.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

AV.11-100000. Em 30/ABRIL/2005. Fica **consolidada a propriedade** do imóvel objeto desta matrícula em nome do fiduciário **MACHADO DE ASSIM**, já qualificado, tendo em vista que a seu requerimento passado nesta cidade de São Paulo, em 20/04/2005, protocolizado nesta serventia sob nº 200009 em 21/04/2005, o fiduciante foi intimado para satisfazer, no prazo de quinze dias, as prestações vencidas, assim como os demais encargos, inclusive despesas de cobrança e intimação, sem que o mesmo tenha purgado a mora. A presente averbação é feita à vista da prova do pagamento, pelo fiduciário,

(continua na ficha 4)

LIVRO N.º 2 - REGISTRO GERAL

OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS
de São Paulo

matrícula 100000 | ficha 4

do imposto de transmissão *inter vivos*, no valor de R$2.000,00, mediante guia de recolhimento autenticada mecanicamente sob nº "CEF108717082004113791004104 2.000,00RD1901", que fica microfilmada. Prenotação 200010, de 30/04/2005.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

AV.12-100000. Em 30/SETEMBRO/2005. Promove-se a presente à vista do requerimento firmado em 14/07/2005, nesta cidade de São Paulo, para constar que, em 1º/08/2005 e 17/08/2005, respectivamente, foram realizados os leilões exigidos pelos §§ 1º e 2º do art. 27 da Lei Federal nº 9.514/1997, os quais resultaram negativos conforme as certificações feitas nas referidas datas pelo leiloeiro oficial Abelardo Maciel, inscrito na JUCESP sob o nº 329. Em conseqüência, a plena propriedade foi efetivada em nome de **MACHADO DE ASSIS**, estabelecendo-se o domínio pleno, nos termos do art. 1.228 do Código Civil. Prenotação nº 200011, de 30/09/2005.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

AV.__-100000. Em __/____/2005. Procede-se a presente, autorizada no termo de quitação datado de 02/03/2005, subscrito pelo credor-fiduciário **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL** (se praticado nos termos da nota de rodapé), para constar o cancelamento da propriedade fiduciária, objeto do R.2-100000, nos termos do § 2º do art. 25 da Lei Federal nº 9.514/1997, em razão do integral cumprimento da obrigação indicada no mencionado R.2 pelos devedores-fiduciantes IJKLMN OPQRSTU VXZWY e PLMNHT QSKRTSHGFDS RFVBGTEDCNHY.

Prenotação nº 2000__, de __/__/____.

(continua no verso)

matrícula 100000 | ficha 4 verso

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

AV.__-100000. Em __/____/2005. Procede-se a presente para constar que, pelo mandado expedido em 18/04/2005, pelo MM. Juiz de Direito da 41ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo, Dr. Machado Figueiredo (Processo nº 000.2005.852.741-0), o imóvel desta matrícula foi restituído ao credor-fiduciário **MACHADO DE ASSIS**, consoante determina o art. 32 da Lei Federal nº 9.514/1997, por ter sido declarada a insolvência do devedor-fiduciante José de Alencar, restando, conseqüentemente, cancelada a propriedade fiduciária objeto do R.2-100000. Prenotação nº 2000__, de __/__/____.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

R.15-100000. Em 20/ABRIL/2005. Pela escritura pública de compra e venda lavrada em 15/04/2005, no livro 1234, página 50, do 16º Tabelionato de Notas local, o proprietário, **JOSÉ DE ALENCAR**, **VENDEU** o imóvel desta matrícula a **JALDOBHTS HETCBKPQM**, advogado, casado sob o regime da separação obrigatória de bens com **PAEIOU QWTNBVD HETCBKPQM**, dentista, RGs 11.951.753.789-SSP-SP e 14.729.381-SSP-SP, inscritos no CPF/MF sob os nºs 183.456.321-91 e 381.729.407-88, ambos brasileiros, domiciliados nesta cidade de São Paulo, onde residem na rua Z nº 987, pelo preço de R$210.000,00. Valor venal do imóvel no exercício fiscal de 2005: R$195.000,00. Prenotação nº 200012, de 20/04/2005.

Registrado por _____
Fulano de tal – Oficial

Observações relativas ao Anexo:

1. Na medida do possível, tentou-se concatenar os atos registrários decursivos da propriedade fiduciária. No entanto, alguns que foram apresentados ficaram aparentemente deslocados, mas foram mantidos para ilustração.
2. A averbação lançada imediatamente após a averbação nº 12 refere-se à hipótese de adimplemento integral da obrigação principal pelo devedor-fiduciário. Este ato não está datado e nem numerado porque não foi possível integrá-lo sistematicamente em melhor posição. O cancelamento da propriedade fiduciária impediria a prática dos atos registrários anteriores. Em condições normais, esta averbação viria logo após o R.2-100.000.
3. A averbação nº 15 considera a situação jurídica de cessão feita pelo devedor-fiduciante. A cessão, assim como o cancelamento da propriedade fiduciária, torna necessária a regularização dominial da coisa imóvel. Desse modo, é preciso proceder à constituição do direito real em favor do cessionário que jamais foi titular do domínio pleno.

ANEXO II

"**Execução Extrajudicial: Decreto-Lei 70/66. RE 223.075-DF**. Ministro Ilmar Galvão (relator): Relatório: Trata-se de recurso extraordinário que, na forma do art. 102, III, *a* e *b*, da Constituição Federal, foi interposto contra acórdão concessório de mandado de segurança impetrado com o objetivo de conferir efeito suspensivo a agravo de instrumento manifestado contra decisão denegatória de liminar, em ação cautelar, onde se objetivou sustar leilão extrajudicial de imóvel financiado pela Caixa Econômica Federal, até a decisão da ação ordinária em que se discute cláusula do contrato de financiamento.

Sustenta a Caixa Econômica Federal haver a referida decisão aplicado ao caso, inadequadamente, os princípios da inafastabilidade da jurisdição, do monopólio estatal da jurisdição e do juiz natural, do devido processo legal e do contraditório, consagrados nos incisos XXXV, XXXVII, XXXVIII, LIV e LV do art. 5º da Constituição, ao afirmar a ocorrência de incompatibilidade entre a execução extrajudicial prevista nos arts. 29 e seguintes do DL nº 70/66 e a Constituição Federal.

O recurso, admitido na origem, foi regularmente processado.

Houve simultâneo recurso especial, não conhecido.

A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, opinou no sentido do provimento.

É o relatório.

Voto: O acórdão recorrido restou assim ementado (fl. 97):

> CONSTITUCIONALIDADE. DECRETO-LEI Nº 70/66 E LEI Nº 5.741/71. EXECUÇÃO EXTRAJUCIDIAL. SFH.
> 1. A execução extrajudicial constitui uma forma de autotutela da pretensão executiva do credor exeqüente, repudiada pelo Estado de Direito. Infringe o princípio da inafastabilidade da apreciação judiciária (CF/88, art. 5º, inc. XXXV). Fere o monopólio de jurisdição e o princípio do juízo natural (inc. XXXVII e LIII, do art. 5º, CF/88). Priva o cidadão/executado de seus bens, sem o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV). Viola o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CF/88). Não assegura ao litigante devedor os meios e os recursos necessários à defesa de seus bens (art. 5º, inc. LV, CF/88).
> 2. A execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei nº 70/66 e na Lei nº 5.741/71 não foi recebida pela Carta Magna brasileira de 1988.
> 3. MS concedido.

O ilustrado parecer da douta Procuradoria-Geral da República mostrou já haver este STF, em várias oportunidades, decidido recursos extraordinários interpostos contra decisões proferidas em ações vinculadas a execuções de débitos de mutuários do SFH, processadas extrajudicialmente, na forma prevista no referido DL nº 70/66, sendo certo já haver decorrido mais de trinta anos da edição do referido diploma legal, sem que houvesse sido submetida a essa Corte uma única alegação de ser ele inconstitucional.

No antigo Tribunal Federal de Recursos, onde foram julgadas dezenas de milhares de ações de execução da mesma natureza da que ora se examina, por igual, nunca se pôs em dúvida a constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no referido texto normativo.

No julgamento da AC n. 148.231-SC, de que fui relator perante aquela Corte, restou assentado, por unanimidade, o seguinte:

> EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. INCONSTITUCIONALIDADE. LEILÃO.
> Predomina neste Tribunal o entendimento de que não há incompatibilidade entre a execução do diploma legal em referência e a Constituição Federal.

Veja-se que nem sequer no presente caso houve argüição de inconstitucionalidade da execução extrajudicial em causa, havendo a recorrida, na verdade, comparecido a Juízo apenas para pleitear a suspensão do leilão da unidade residencial que havia adquirido, até o julgamento de ação ordinária em que impugnou o critério utilizado, pelo devedor, na correção das prestações contratuais a que se obrigou.

O acórdão ora recorrido, sem ater-se aos limites do que foi pleiteado, examinou, de logo, a execução extrajudicial instaurada pelo agente do SFH contra o recorrido, e a trancou, ao entendimento de se tratar de medida incompatível com os princípios da inafastabilidade da apreciação judiciária, do monopólio de jurisdição, do juízo natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Arnold Wald, em valioso parecer, que se acha publicado in *Ciência Jurídica*, vol. 70, págs. 309/324, observa haver uma simetria incontestável entre a alienação por agente fiduciário e a própria alienação fiduciária, no ponto em que, em ambos os casos, atribui-se a alguém o direito de vender um determinado bem, como se fosse o seu proprietário, para que, com o produto da venda, se possa extinguir o débito relativo ao financiamento que possibilitou a aquisição do dito bem, com a diferença de que, no

primeiro caso, a fidúcia, para a venda do bem móvel, contempla o próprio credor, enquanto que, no segundo, é estabelecida, para a venda do imóvel, em favor de um agente do SFH, destinando-se o produto da venda, em ambos os casos, à extinção da obrigação do devedor em mora.

Para o renomado jurista, pode-se afirmar que a alienação extrajudicial por agente fiduciário é uma forma especial de alienação fiduciária em garantia, destinada à pronta recuperação dos créditos com garantia imobiliária, havendo sido instituída como um instrumento indispensável a um funcionamento razoável do sistema nacional de habitação, do mesmo modo que a alienação fiduciária permitiu a explosão construtiva do crédito ao consumidor.

Recorda, ainda, o Prof. Arnold Wald, que a matéria foi longamente estudada em várias decisões do antigo TFR, destacando-se o julgamento do MS nº 77.152, Min. Décio Miranda (*Rev. Forense*, 254/247), em cujo voto afirmou o eminente julgador, posteriormente abrilhantou esta Corte, *verbis*:

> O Decreto-lei nº 70, de 21.11.66, no art. 29, autoriza o credor hipotecário no regime do Sistema Financeiro da Habitação, a optar pela execução do crédito na forma do Código de Processo Civil, ou na forma dos arts. 31 a 38 do mesmo Decreto-lei.
> E os arts. 31 a 38 instituem nova modalidade de execução. O credor hipotecário comunica a agente fiduciário o débito vencido e não pago. Este, após convocar o devedor a purgar o débito, promove leilão público do imóvel hipotecado, e, efetuado este, expede carta de arrematação, que servirá como título para transcrição no Registro de Imóveis.
> Nesse regime a intervenção judicial só se dá para o fim de obter o arrematante imissão de posse do imóvel, que lhe será liminarmente concedida pelo juiz. A defesa do executado, salvo se consistir em prova de pagamento ou consignação anterior ao leilão, será debatida após a imissão de posse.
> Alega-se que o procedimento não se harmoniza com o disposto no art. 153, § 4º, da Constituição, segundo o qual não poderá a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.
> Não houve, porém, supressão do controle judicial.
> Estabeleceu-se, apenas, uma deslocação do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir.
> No sistema tradicional, ao Poder Judiciário se cometia em sua inteireza o processo de execução, porque dentro dele se exauria a defesa do devedor.
> No novo procedimento, a defesa do devedor sucede ao último ato da execução, a entrega do bem excutido ao arrematante.
> No procedimento judicial, o receio de lesão ao direito do devedor tinha prevalência sobre o temor de lesão ao direito do credor. Adiava-se a satisfação do crédito, presumivelmente líquido e certo, em atenção aos motivos de defesa do executado, quaisquer que fossem.

> No novo procedimento, inverteu-se a ordem, deu-se prevalência à satisfação do crédito, conferindo-se à defesa do executado não mais condição impediente da execução, mas força rescendente, pois, se prosperarem as alegações do executado no processo judicial de imissão de posse, desconstituirá a sentença não só a arrematação como a execução, que a antecedeu.
> Antes, a precedência, no tempo processual, dos motivos do devedor; hoje, a dos motivos do credor, em atenção ao interesse social da liquidez do Sistema Financeiro da Habitação.
> Essa mudança, em termos de política legislativa, pôde ser feita, na espécie, sem inflição de dano irreparável às garantias de defesa do devedor. Tem este aberta a via da reparação, não em face de um credor qualquer, mas em relação a credores credenciados pela integração num sistema financeiro a que a legislação confere específica segurança.
> Se, no novo procedimento, vier a sofrer detrimento o direito individual concernente à propriedade, a reparação pode ser procurada no Poder Judiciário, seja pelo efeito rescindente da sentença na ação de imissão de posse, seja por ação direta contra o credor ou o agente fiduciário.
> Assim, a eventual lesão ao direito individual não fica excluída de apreciação judicial.
> Igualmente desamparadas de razões dignas de apreço as alegações de ofensa aos §§ 1º e 22, do art. 153, da Constituição: a execução extrajudicial não vulnera o princípio da igualdade perante a lei (todos, que obtiveram empréstimo do sistema, estão a ela sujeitos), nem fere o direito de propriedade (a excussão não se faz sem causa, e esta reside na necessidade de satisfazer-se o crédito, em que também se investe direito de propriedade, assegurado pela norma constitucional).
> Por outro lado, também não prospera a alegação, feita em casos análogos, de que a execução extrajudicial vulnera o princípio da autonomia e independência dos Poderes (art. 6º da Constituição).
> O novo procedimento não retira do Poder Judiciário para o agente fiduciário parcela alguma do poder jurisdicional.
> O agente fiduciário executa somente uma função administrativa, não necessariamente judicial.
> A possibilidade dessa atuação administrativa resulta de uma nova especificação legal do contrato hipotecário, que assumiu, nesse particular, feição anteriormente aceita no contrato de penhor, a previsão contratual da excussão por meio de venda amigável (Código Civil, art. 774, III).
> Essa modalidade já se transformara em condição regulamentar na excussão de penhor pela Caixa Econômica (quem a ela leva jóias e objetos não tem outra alternativa). O mesmo passou a suceder em relação à hipoteca contratada com agente do Sistema Financeiro da Habitação (quem adere ao sistema aceita a hipoteca com essa virtualidade).
> O litígio eventualmente surgido entre credor e devedor fica, num como noutro caso, separado do procedimento meramente administrativo da excussão.

Como facilmente se percebe, trata-se de decisão que esboroou, um por um, todos os fundamentos do acórdão recorrido.

Restou demonstrado, efetivamente, de modo irretorquível, que o DL nº 70/66, além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda da posse do imóvel pelo devedor (art. 36, § 2º), não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento de venda do imóvel seja, de logo, reprimida pelos meios processuais próprios.

No presente caso, por exemplo, em que o devedor vem a Juízo alegar que houve inobservância, por parte do credor hipotecário, do princípio da equivalência salarial no reajustamento das prestações de seu contrato de financiamento da casa própria, impossibilitando o cumprimento de sua obrigação contratual, inexiste óbice a que juiz competente, liminarmente, suste a venda do imóvel por via do agente fiduciário e que, afinal, comprovado o excesso de execução, reconheça ao devedor o direito de extinguir o seu débito por valores justos.

Nessas condições, é fora de dúvida que não cabe falar, como fez o acórdão recorrido, em ofensa às normas dos incisos XXXV, XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição, nem, tampouco, em inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa.

A venda efetuada pelo agente fiduciário, na forma prevista em lei, e no contrato, como um meio imprescindível à manutenção do indispensável fluxo circulatório dos recursos destinados à execução do programa da casa própria, justamente porque provenientes, na quase totalidade, como se sabe, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), é, portanto, um ato que não refoge ao controle judicial, estando, por isso, longe de configurar uma ruptura no monopólio do Poder Judiciário.

Nem é, aliás, por outro motivo que prestigiosa corrente doutrinária, com vistas ao desafogo do Poder Judiciário, preconiza que a execução forçada relativa à dívida ativa do Estado seja processada na esfera administrativa, posto reunir ela, na verdade, na maior parte, uma série de atos de natureza simplesmente administrativa. Reservar-se-ia ao Poder Judiciário tão-somente a apreciação e o julgamento de impugnações, deduzidas em forma de embargos, com o que estaria preservado o princípio do monopólio do Poder Judiciário.

O acórdão recorrido, por haver-se afastado da orientação exposta, é de ser reformado, com retorno dos autos ao Tribunal a *quo*, para que aprecie o pedido deduzido no mandado de segurança.

Para o fim acima explicitado, meu voto conhece do recurso e lhe dá provimento".

“Apelação Cível nº 400.962.4/0. Não purgada a mora, a ré requereu a consolidação da propriedade plena do imóvel para que fosse promovido o leilão, nos termos do disposto no § *T*, do art. 26 da mencionada Lei de Alienação Fiduciária (fls. 143/144).

Após a intimação para purgar, os autores ingressaram com medida cautelar visando obstar a execução extrajudicial (fls. 77/82).

O MM. Juiz, por sua vez, houve por bem indeferir a inicial sob o fundamento de que as disposições contidas na Lei n° 9.514/97, mormente o art. 26, não estão eivadas de inconstitucionalidade e que são plenamente aplicáveis ao caso concreto (fls. 83/86).

Não obtendo êxito naquela demanda, os autores ajuizaram a presente ação, invocando o Código de Defesa do Consumidor, especialmente o art. 53.

Entretanto, em que pesem as assertivas dos autores e os fundamentos da sentença, o recurso comporta provimento.

Com efeito, a Lei n° 9.514/97 instituiu o regime da alienação fiduciária aplicável aos bens imóveis, segundo o qual o devedor (fiduciante) transmite ao credor (fiduciário) a propriedade do imóvel, temporária e condicionalmente, enquanto perdurar a dívida.

É o que dispõe o art. 22:

> A alienação fiduciária regulada nesta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel’.

A Lei disciplina a questão da posse, que é fracionada: o devedor tem a posse direta, com a fruição do bem, enquanto que o credor possui a indireta.

Ainda, explicita a formalidade do registro do contrate junto ao Cartório de Registro de Imóveis para a produção dos efeitos.

O contrato é claro ao dispor das condições avençadas que estão, repita-se, de acordo com a lei.

A alienação fiduciária foi instituída para a garantia do pagamento. Os autores, ao celebrarem o compromisso, tiveram ciência do financiamento, e a ré, por sua vez, precisava garantir o pagamento.

No caso dos autos, portanto, a transação havida entre os autores e a construtora, que cedeu o crédito para a ré, é perfeitamente possível e está de acordo com os preceitos da Lei n° 9.514/97, a qual é lei nova em relação do Código de Defesa do Consumidor e com este não é incompatível.

Trata-se de instituto já existente na legislação, juntamente com a previsão de leilão extrajudicial, previsto na Lei n° 4.591/64 (Incorporação e Condomínio), Decreto-lei n° 70/66 (imóveis adquiridos pelo SFH), Lei n° 4.728/65, modificada pelo Decreto-lei n° 911/69 (alienação fiduciária de bens móveis).

O procedimento visa resguardar ao fiduciário um meio ágil para a satisfação do seu crédito, não impedindo o do devedor ao Judiciário.

Nesse sentido, são os julgados:

> Alienação fiduciária - Reintegração de posse - Sistema financeiro imobiliário - Inconstitucionalidade da Lei nº 9.514/97 - Afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa - Inocorrência - Não se vislumbra qualquer indício de inconstitucionalidade na Lei 9.514/97, regulando o sistema imobiliário, facultando-se à parte a exposição dos motivos da controvérsia sob todas as formas admitidas em direito, em estrita observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – A. I. n° 808.389-0/2 – 2º TAC-SP, Rel. Des. Américo Angélico; j. 16.09.03.

Ainda, mais recente:

> Alienação fiduciária de imóvel. Lei n° 9.514/97. Ação de reintegração de posse. Consolidação da propriedade. Inteligência dos artigos 26 e 30 - Inconstitucionalidade - Inocorrência - Código de Defesa do Consumidor - A previsão de extrajudicial e consolidação da propriedade fiduciária por ato do legislador imobiliário não afronta a Constituição Federal, já que o acesso ao Judiciário, a ampla defesa e o contraditório continuam assegurados ao devedor que se sentir prejudicado – A. I. n° 880.879-0/2, 2° TAC-SP, Rel. Des. Pereira Calças, j. 27.01.2005.

Assim, superada a questão da aplicabilidade da Lei 9.514/97, resta a reforma da sentença.

Os autores deixaram de pagar as prestações avençadas no contrato e, em razão do seu inadimplemento e da ausência de purgação da mora, a ré exerceu seu direito que a lei lhe faculta de consolidar a propriedade resolúvel com a realização do leilão do imóvel e a devolução aos autores do saldo em seu favor, se for o caso, tudo em

conformidade com a lei e o contrato e não, como foi pleiteado, com fundamento nos arts. 51 e 53, do Código de Defesa do Consumidor.

A forma da restituição do valor pago encontra-se regulada pelo § 4°, do art. 27, da Lei n° 9.514/97 e não de acordo com a forma genérica do art. 53, do Código de Defesa do Consumidor[655].

Posto isto, matéria preliminar não conhecida e provido o recurso para julgar improcedente a ação, arcando os autores com os ônus da sucumbência".

"Recurso Especial nº 166.753, do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de recurso especial interposto nos autos de ação de cobrança decorrente de contrato de financiamento de objeto de alienação fiduciária em garantia, tendo o acórdão recorrido rejeitado o pedido do autor à restituição das prestações pagas, não obstante a efetivação da busca e apreensão, e conseqüente alienação do veículo em leilão. Eis os fundamentos lançados na decisão colegiada:

> Quem celebra mútuo com entidade de crédito e financiamento para aquisição de veículo, com alienação fiduciária em garantia, com a entidade só celebra mútuo, dela não adquirindo o veículo. Quer dizer, não há entre mutuante e mutuário compra e venda, mas mútuo com garantia e alienação da propriedade fiduciária em favor da credora.
> Por isso, na alienação fiduciária em garantia o devedor assume a condição de depositário e não tem a propriedade do veículo alienado, tal qual a lei (Decreto-lei nº 911⁄69).
> (...)
> Então, se não se questiona a conta da credora, criticada, sem fundamentação, por ter aceitado preço mínimo na venda, o fato de o valor do financiamento superar o do veículo não autoriza ao devedor receber a devolução das prestações pagas.
> Mais importante, os encargos do mútuo não se compensam com eventual desvalorização do bem, típica dos veículos, fato conhecido por quem busca financiamento para aquisição, a afastar a queixa de onerosidade excessiva.
> Daí que não houve qualquer ofensa ao Código do Consumidor que, no ponto, não tem qualquer incompatibilidade com o sistema da alienação fiduciária em garantia, que não prevê perda de prestações pagas em favor do credor. Ao contrário, dispondo sobre a venda extrajudicial da coisa, o Decreto-lei nº 911⁄69 impõe ao credor a entrega ao devedor do 'saldo porventura apurado' (art. 2º, § 4º) e veda, cominando com nulidade, cláusula autorizando o credor 'a ficar com a coisa alienada em garantia' (idem, § 6º).

655 Destaques acrescidos.

> Logo, antes mesmo do Código do Consumidor, o sistema, fiel a princípio consagrado no Código Civil (art. 765), já não admitia o pacto comissório, nem o desprezo das prestações pagas.
> Em suma, a rescisão do mútuo com alienação fiduciária em garantia, por mora do devedor, não lhe rende, como é óbvio, direito a reaver as prestações já pagas, que são apenas consideradas no abatimento do débito total.

Com efeito, irreparável a conclusão assentada no aresto hostilizado, uma vez que as disposições do Decreto-lei nº 911⁄69, versando sobre a alienação fiduciária em garantia, não se encontram em antinomia com as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 53 considera nulas de pleno direito apenas as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, por inadimplemento do consumidor, já que tal fato importaria tratamento iníquo, que deve ser repelido pelo direito.

Na hipótese dos autos, contudo, não se há de falar em cláusula estipulando a perda total das prestações, haja vista que o próprio artigo 1º, § 4º, do Decreto-lei nº 911⁄69, ao dispor sobre a venda extrajudicial do bem móvel ou imóvel para o ressarcimento de seu crédito, impõe ao credor que entregue ao devedor o saldo apurado que exceda o limite do débito, sendo-lhe ainda vedada a possibilidade de ficar com a coisa alienada em garantia, segundo preceitua o § 6º desse mesmo dispositivo. Como se pode depreender, o que de fato ocorre é que as prestações pagas podem ser retidas para abatimento de parte do débito".

Decisões relativas ao art. 30 da lei do SFI.

24.9.2009

Quinta Turma Cível

Agravo - N. 2009.018865-5/0000-00 - Campo Grande.
Relator - Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL – INCONSTITUCIONALIDADE – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO.

A Lei n. 9.514/97 não é inconstitucional.

Satisfeitos os requisitos para o deferimento da reintegração de posse do imóvel, não há que se reformar a decisão que a ordena.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de setembro de 2009.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Hércules Maymone Júnior e **Beatriz Helena Martins Korndorfer Maymone** interpuseram agravo de instrumento atacando decisão proferida pelo juízo da 13ª Vara Cível da Capital, o qual deferiu liminar de reintegração de posse em feito movido por **Plaenge Empreendimentos Ltda.**

Alegaram os agravantes que a agravada efetuou cobrança de juros antes da entrega das chaves, o que seria ilegal, visto a inexistência de contrapartida por parte da construtora.

Disseram ainda que houve cobrança de juros em patamar superior a 1% (um por cento) ao mês, capitalizados mensalmente. Apontaram como nulas várias clausulas celebradas, como aquela que fixou a cláusula penal em 19% (dezenove por cento) e previu a incidência de taxa de fruição.

Mencionaram ainda o adimplemento substancial da dívida e a realização de uma série de benfeitorias no imóvel, o que ensejaria a possibilidade de retenção e o direito à devolução das quantias pagas, descontando-se o valor da fruição do imóvel.

Arguiram a impossibilidade de concessão de liminar visto o tempo já passado desde a ocupação do apartamento – mais de ano e dia –, a ausência de demonstração dos requisitos do art. 927, do Código de Processo Civil, a função social da propriedade e o fato de que a exigência de parcelas indevidas afastaria a mora, configurando carência da ação.

Aventaram ainda a inconstitucionalidade da Lei n. 9.514/97, por afrontar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Pugnaram pela aplicação dos arts. 1.361 e 1.428, do Código Civil, e dos arts. 51 e 53, do Código de Defesa do Consumidor, além de requererem a concessão de efeito suspensivo ao recurso, o qual foi indeferido.

Intimada a agravada para responder ao agravo, essa ofertou contraminuta acompanhada de documentos, dos quais se abriu vista aos recorrentes.

V O T O

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Hércules Maymone Júnior e Beatriz Helena Martins Korndorfer Maymone nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada por Plaenge Empreendimentos Ltda.

Do conhecimento do recurso:

Como já falado nestes autos, o que importa nesta etapa processual é a análise do acerto ou não do julgador singular acerca da decisão que determinou a reintegração de posse do imóvel objeto da lide.

E assim sendo, calha tratar apenas da alusão à inconstitucionalidade da Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, bem como da satisfação dos requisitos legais para o deferimento da ordem de reintegração de posse, não havendo de ser conhecido o recurso na parte que extrapola tais discussões.

Passo a enfrentar os temas.

Da arguição de inconstitucionalidade:

Os recorrentes fundamentam suas alegações de inconstitucionalidade no argumento de que a Lei n. 9.514/97 feriria os princípios constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório.

Não coaduno com o entendimento esposado.

Isso porque a todo o tempo do rito da reintegração de posse do imóvel objeto do contrato de alienação fiduciária o Judiciário acompanha o desenvolvimento do processo de retomada do bem, possibilitando, concomitantemente, a veiculação de qualquer inconformismo da parte que se sinta prejudicada.

E mais. As discussões referentes à inconstitucionalidade da lei reportam-se à alienação extrajudicial do imóvel, o que não é o caso ora em análise, pois ora se discute a mera reintegração de posse em razão do inadimplemento.

O Tribunal de Justiça de São Paulo recentemente enfrentou o tema, decidindo pela inexistência de inconstitucionalidade. Confira-se:

> *ALIENAÇÃO FIDUCIARIA DE BEM IMÓVEL - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL -AÇÃO DECLARATÓRIA - INCONSTITUCIONALIDADE - ARTS. 26 E 27 DA LEI N° 9.514/97 - INEXISTÊNCIA - TUTELA ANTECIPATÓRIA REJEITADA - RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *Não se vislumbra a alegada inconstitucionalidade da Lei 9.514/97, instituidora da alienação fiduciária de bem imóvel, em especial dos seus artigos 26 e 27, que prevê a consolidação da propriedade nas mãos do credor fiduciário, uma vez vencida a dívida e não paga, após regular constituição em mora do devedor e seus garantes, os fiduciantes, e a alienação extrajudicial dos imóveis por meio de leilão público, razão pela qual impertinente a pretensão da concessão de tutela antecipatória porquanto ausente a verossimilhança do direito invocado.*
>
> (TJSP - Relator(a): Paulo Ayrosa Comarca: Duartina Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 19/05/2009 Data de registro: 23/06/2009)

Dessa maneira, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

Da reintegração de posse:

A alienação fiduciária de imóvel tem a reintegração de posse nela descrita regulada da seguinte forma:

> *"Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.*
>
> *§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.*
>
> *...*

§ 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

...

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

...

§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio.

(...)"

Denota-se que, inicialmente, deve o credor fiduciário, ao deixar de receber alguma parcela do seu crédito, constituir em mora o devedor fiduciante, o que se dá por intermédio de intimação expedida pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, o que de fato ocorreu conforme se vislumbra em f. 82.

Em sequência, não havendo o pagamento, há de ser averbada a consolidação da propriedade do credor fiduciário na matrícula do imóvel, o que também foi realizado, conforme se verifica em f. 85.

Assim, satisfeitos tais requisitos, especialmente a consolidação da propriedade, conforme regula o art. 30, da referida Lei n. 9.514/97, resta possibilitada a reintegração de posse do imóvel para o fiduciário, de maneira que a decisão atacada não deve ser reformada.

De outro tanto, sendo a Lei n. 9.514/97 norma especial com relação ao Código de Processo Civil, aquela derroga os preceitos contidos no *codex* a respeito da reintegração de posse, em simples exercício de resolução de conflitos de normas, onde a especial afasta a geral.

Nesse contexto, oportuna a menção de outro precedente jurisprudencial, também oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM IMÓVEL. LEI N° 9.154197. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. MEDIDA LIMINAR. ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE POSSE VELHA. INADMISSIBILIDADE. NORMA ESPECÍFICA A DETERMINAR O DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR, SEM OBEDIÊNCIA A REQUISITOS ESPECÍFICOS, A AFASTAR A APLICABILIDADE DA NORMA GERAL CONSTANTE DO ARTIGO 924 DO CPC. DEFERIMENTO QUE PREVALECE. RECURSO IMPROVIDO.

O artigo 30 da Lei n° 9.154/97 criou situação específica de deferimento da medida liminar em ação de reintegração de posse, sem estabelecer requisitos outros, a não ser a própria identificação da matéria. Essa é a norma especial a aplicar, que prevalece sobre qualquer outra.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM IMÓVEL. LEI N° 9.154197. ALEGAÇÃO DE PENDÊNCIA DE DISCUSSÃO A RESPEITO DA DÍVIDA E DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS PREVISTOS. MEDIDA LIMINAR QUE PREVALECE. RECURSO IMPROVIDO.

Não se vislumbra inconstitucionalidade na disciplina dos procedimentos extrajudiciais previstos na norma. Além disso, o fato de pender ação voltada ao reconhecimento de nulidade das providências não retira a eficácia dos atos praticados.

(TJSP - Relator(a): Antonio Rigolin Comarca: Cabreúva Órgão julgador: 31ª Câmara do D.SEXTO Grupo (Ext. 2° TAC) Data do julgamento: 19/12/2006 Data de registro: 21/12/2006.)

Dessa maneira, tendo sido satisfeitos os requisitos legais, nada há de se alterar na decisão atacada, mesmo porque, como já mencionado acima, a maior parte dos temas aventados pelos recorrentes não tem cabimento neste recurso, pena de julgamento *per saltum*, visto que não foram ainda apreciados pelo julgador singular.

Conclusão:

Diante do exposto, conheço em parte do agravo e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM PARCIALMENTE DO RECURSO E, NESTA EXTENSÃO, NEGARAM-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva

Campo Grande, 24 de setembro de 2009.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 581.524-4/4-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é agravante DIALOGO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA (E OUTRA) sendo agravados SIDNEY JOSÉ DOS SANTOS (E OUTRA):

ACORDAM, em Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U. FARÁ DECLARAÇÃO O 3o JUIZ, DES. VITO GUGLIELMI.", de conformidade com o voto do Relator, que íntegra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAGNO ARAÚJO (Presidente), VITO GUGLIELMI.

São Paulo, 09 de outubro de 2008.

SEBASTIÃO CARLOS GARCIA

Relator

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Pedido de antecipação de tutela para reintegração imediata na posse do imóvel - Cabimento - Alienação do imóvel que se deu na vigência

da Lei 9.514/97, pelo regime jurídico da alienação fiduciária - Aplicação do artigo 30 da Lei 9.514/97 - Agravo provido. Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação de tutela, tirado contra decisão de fls. 62, que indeferiu a liminar pleiteada para reintegração na posse do imóvel, por entender que há risco de dano irreparável. Indeferido o efeito suspensivo (fl. 69), o agravo foi regularmente processado, sobre vindo as informações do Juízo Monocrático (fls. 75). E o relatório.
O agravo está em caso de ser provido, na conformidade da fundamentação a seguir exposta. Consigne-se, inicialmente, que a alienação do imóvel pelas agravantes aos agravados deu-se na vigência da Lei 9.514/97, pelo regime jurídico da alienação fiduciária. Pelo artigo 30 desse diploma legal, uma vez constatada a mora dos devedores, adquirentes do imóvel, através de notificação pela forma legal, não purgada por eles no prazo ali fixado, sujeitar-se-ão à reintegração de posse pelos alienantes fiduciários, desde que hajam estes consolidado a sua propriedade sobre o imóvel no Registro Imobiliário.
Diz, com efeito, o artigo 30 desse diploma legal:

> "É *assegurada ao fiduciário. seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ Io e 2o do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art 26, a consolidação da propriedade em seu nome".*

Ora bem: no caso em tela, demonstraram as agravantes, primeiramente, a alienação do imóvel sobre regime jurídico desse diploma legal, de tal sorte que a garantia pelo pagamento do preço em parcelas do imóvel incidia sobre a fidúcia, vale dizer, a transmissão aos alienantes vendedores da garantia fiduciária. Seqüencialmente, foram os agravados constituídos regularmente em mora (fls. 41/42), cominando pela consolidação da propriedade em nome dos agravantes na Circunscrição Imobiliária respectiva, como se pode verificar às fls. 43/44. Em hipóteses tais, consoante amplo entendimento deste Tribunal, a concessão da medida liminar de reintegração de posse com base no artigo 30 da Lei 9.514/97, não tem tido discrepância. A propósito, podem ser conferidos os seguintes arestos: *"Agravo de Instrumento - Decisão que deferiu a liminar em ação de reintegração de posse — Alienação Fiduciária de bem imóvel — Autora agravada que demonstrou o cumprimento das exigências contidas na Lei 9 514/97 - Liminar mantida - Negado provimento ao recurso"* (AI n° 532.555.4/1-00, Rei. Viviani Nicolau). *"Alienação Fiduciária de bem imóvel — Reintegração de posse — Propriedade consolidada — Aplicabilidade do artigo 30, da Lei 9.514, de 1997 — Medida liminar mantida, a fim de atender o rito especial ( ) "* (AI n° 1.188.318-0/07, Rei. Sá Moreira de Oliveira). Com esses fundamentos, inegavelmente, impõe-se o provimento do presente agravo. Isto posto, dá-se provimento ao agravo, nos termos e pelos fundamentos do presente voto condutor do acórdão.

Meu voto, antes divergente, agora acompanha Relator, e traz algumas considerações que julgo Não se trata de compromisso de compra e venda, mas de alienação fiduciana, tanto que a propriedade já foi consolidada em mãos da vendedora Ademais, os débitos existentes e o tempo de ocupação do imóvel já estão a sugerir que o valor pago pelos adquirentes - pois nada pagam há mais de ano - se inteiramente perdido, nem de longe cobrirá os prejuízos da alienante Manter os adquirentes na posse é agravar ainda mais os prejuízos e estabelecer o direito gratuito de moradia (lembre-se que as despesas de

condomínio e impostos não são pagas há mais de dois anos) Aliás, desde que ingressaram no imóvel, nenhum condomínio pagaram' Em síntese mesmo que algum valor possa ter a restituir, certamente não justificam a manutenção da moradia graciosa Isso é prêmio ao inadimplemento Meu voto, portanto, dá provimento ao recurso para permitir a reintegração de posse desde logo.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo