

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS:

Um estudo sobre a natureza da garantia fiduciária sobre bens imóveis e do contrato que lhe serve de veículo

Éder Rodrigues de Souza

RESUMO

O presente estudo tem como foco a análise da alienação fiduciária de bem imóvel e a sua conceituação como um verdadeiro veículo de constituição do direito real de garantia, consistente na propriedade fiduciária. Por meio de um estudo jurisprudencial e doutrinário, desde a definição da propriedade plena e suas características, passando pela propriedade resolúvel e, por fim, pelo contrato de alienação fiduciária, são abordados temas de extrema relevância para a compreensão deste que é um instituto de grande utilização no meio negocial. Ainda com base na leitura da Lei 9514/97, mais especificamente do seu art. 38, sem se distanciar, é claro, da interpretação sistêmica e condizente com o ordenamento jurídico nacional, procura-se responder importante questionamento sobre a necessidade ou desnecessidade da lavratura de escritura pública para fins de alienação fiduciária de bens imóveis.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária. Propriedade Fiduciária. Direito Real. Garantia. Contrato. Necessidade de Escritura Pública.

1 INTRODUÇÃO

O ingresso e a confecção de contratos de alienação fiduciária de bens imóveis são recorrentes na atividade notarial e registral, notadamente aqueles intermediados por instituições financeiras. Destinam-se, em regra, à consecução de contratos de mútuo, daí a sua natureza acessória. Nessa relação de direito real, o

devedor fiduciante detém o direito de reivindicar a propriedade após o adimplemento de uma dívida contratada com o credor fiduciário que, por sua vez, detém a propriedade resolúvel daquele bem.

Não há se negar a natureza obrigacional do contrato de alienação fiduciária, que se traduz no veículo que concede suporte formal à constituição da propriedade fiduciária, essa sim um direito real. Assim, é importante ressaltar a natureza obrigacional decorrente da celebração de tal contrato e a natureza real do direito de garantia constituído com o seu registro.

Para se entender o referido contrato e o direito real em questão é necessário que se tenha em mente as características que diferenciam a propriedade plena da propriedade resolúvel sobre bens imóveis, essa última como aquela resultante de um contrato de alienação fiduciária. Segundo o Código Civil de 2002, em seu art. 1.225, inciso I, a propriedade é um direito real e, por conseguinte, a propriedade resolúvel também o é. A diferença essencial entre ambas está no fato de que a propriedade resolúvel, vista sob o enfoque do contrato de alienação fiduciária, tem como finalidade a garantia de uma dívida contraída pelo devedor fiduciante frente ao credor fiduciário.

O objetivo do presente trabalho é fazer um estudo aprofundado da natureza jurídica da propriedade fiduciária e do contrato de alienação fiduciária. Intenta, mais especificamente, verificar a necessidade ou não da celebração do contrato por meio de escritura pública, conforme o disposto no art. 38 da Lei 9514/97 e o art. 108 do Código Civil de 2002.

2 O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE

O direito real de propriedade vem expresso no artigo 1.225, inciso I, do Código Civil de 2002 e é tido como o direito real por excelência, pois é aquele mais amplo da pessoa em relação à coisa (VENOSA, 2012). E isso se dá em virtude de nele se materializarem todas as características inerentes aos direitos reais, ou seja, de sua titularidade decorrem as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar.

Cabe dizer que tais faculdades também se encontram presentes nos demais direitos reais, mas não em sua totalidade, pois sempre lhes faltarão uma ou outra. Ou seja, no usufruto estarão presentes as faculdades de usar, gozar e reivindicar a coisa de quem a injustamente possua ou detenha, mas não terá o usufrutuário a sua disponibilidade. Da mesma forma, aquele que tenha o direito de uso, para o qual faltará a faculdade de gozo e a faculdade de dispor. E assim, acontece com cada um dos direitos reais, em maior ou menor grau.

Entende-se a faculdade de usar como “*colocar a coisa a serviço do seu titular sem alterar-lhe a substância*” (VENOSA, P. 170, 2012). Assim, poderá o titular do direito real servir-se da coisa, direta ou indiretamente, de acordo com a sua natureza. O exemplo clássico é do proprietário de um imóvel que o habita ou permite que terceiro o faça, como no caso da locação ou do comodato.

Gozar ou fruir se materializa pela percepção dos frutos advindos do bem, sejam naturais ou civis. Por meio dessa faculdade, o usufrutuário, por exemplo, é detentor do direito de receber os aluguéis porventura advindos da locação do imóvel objeto do usufruto; ou o titular do direito de superfície em relação ao produto da plantação que se tenha sobre o terreno.

Dispor, como assinala Venosa (P.170, 2012), é o poder mais abrangente, pois aquele que o detém, pode também usar e gozar. Ter o poder de dispor do bem é poder aliená-lo ou mesmo gravá-lo. É inerente ao proprietário, pois, diferente das demais faculdades, essa se relaciona apenas com este e não com o usufrutuário, o promissário comprador etc.

Direito de reivindicar é uma das outras faculdades dos direitos reais. Em virtude dessa faculdade, poderá o titular do direito real valer-se da ação reivindicatória perante aquele que possua ou detenha injustamente a coisa. É importante destacar que não é uma faculdade exclusiva do direito de propriedade, como entendem alguns autores, mas inerente a todos os direitos reais, ainda que sejam esses direitos reais limitados.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PETITÓRIA. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. USUFRUTO. DIREITO REAL LIMITADO. USUFRUTUÁRIO. LEGITIMIDADE E INTERESSE. 1. Cuida-se que ação denominada "petitória-reivindicatória" proposta por usufrutuário, na qual busca garantir o seu direito de usufruto vitalício sobre o imóvel. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o usufrutuário tem legitimidade/interesse para propor ação petitória/reivindicatória para fazer prevalecer o seu direito de usufruto sobre o bem. 3. O usufrutuário - na condição de possuidor direto do bem - pode

valer-se das ações possessórias contra o possuidor indireto (nu-proprietário) e - na condição de titular de um direito real limitado (usufruto) - também tem legitimidade/interesse para a propositura de ações de caráter petitório, tal como a reivindicatória, contra o nu-proprietário ou contra terceiros. 4. Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.202.843 - PR (2010/0137288-9); RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (BRASIL, 2014)

Enfim, ao se afirmar que no direito de propriedade estão consubstanciadas todas essas faculdades, pode se concluir, com reservas, que este é um direito real absoluto. Diz-se com reservas porque o é dentro dos limites impostos pelo ordenamento. Assim, o caráter amplo e abrangente do direito de propriedade no concernente às faculdades encontra limites no próprio conjunto de normas positivadas, sejam elas infraconstitucionais ou advindas da própria constituição.

São exemplos de normas limitadoras do direito de propriedade aquelas relativas à sua função social, como o artigo 186 da Constituição Federal de 1988, in verbis:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; (BRASIL, 1988)

Pode-se citar, também, como norma limitadora ao direito de propriedade o artigo 1.299 do Código Civil de 2002, que assim prescreve:

Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las. (BRASIL, 2002)

Apesar de limitarem o exercício da propriedade, tais normas não tiram o seu caráter absoluto, pois não se trata aqui do absolutismo puro e simples de um direito, o que não seria algo suportável no Estado Democrático de Direito. Não há se tolerar na sociedade um direito descurado dos demais, alheio àqueles com que se

relaciona, direta ou indiretamente, o seu titular, sejam eles da titularidade de particulares ou mesmo do próprio Estado. Nesse sentido, Farias e Rosenvald:

[...] o absolutismo dos direitos reais não decorre do Poder ilimitado de seus titulares sobre os bens que se submetem a sua autoridade. Há muito, a ciência do direito relativizou a sacralidade da propriedade. Como qualquer outro direito fundamental o ordenamento jurídico a submete a uma ponderação de valores, eis que em um Estado Democrático de Direito marcado pela pluralidade, não há espaço para dogmas. (ROSENVALD, P. 2, 2010)

São atributos do direito de propriedade a sua perpetuidade e a sua elasticidade. É perpétuo “...no sentido de que não pode simplesmente se extinguir pelo não uso.” (VENOSA, P. 172, 2012). Já a sua elasticidade é notada quando a propriedade, até então vinculada a direitos reais limitados, como o usufruto ou o penhor, por exemplo, se desvincula destes. Num primeiro momento seu âmbito está restrito e, ao se livrar dessas limitações, volta a ser plena.

Pela impossibilidade de se estabelecer um direito real onde outro da mesma natureza já esteja presente, tem-se o atributo da exclusividade (ROSENVALD, P. 193, 2010). Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam que a exclusividade está presente ainda que haja uma pluralidade de sujeitos, como no condomínio tradicional. Os consagrados juristas o fazem com base na distinção entre o direito subjetivo de propriedade, consubstanciado essencialmente pela relação entre o seu titular e a coletividade, e o domínio, que se traduz nos poderes que ele exerce sobre a coisa. Assim, ainda que haja mais de um sujeito, por possuírem apenas cotas abstratas, tornam-se donos de uma cota parte e do todo ao mesmo tempo (ROSENVALD, P.193, 2010).

Dessa forma, entende-se que o atributo da exclusividade não é mitigado pela pluralidade de titulares do direito de propriedade sobre determinado bem, uma vez que a unidade do domínio não é afastada.

3 A PROPRIEDADE RESOLÚVEL

Como visto, uma das características da propriedade é a sua perpetuidade. É perpétua porque se estende no tempo, sem limitações sofridas pelo comportamento

passivo do seu titular. Quando se perde o bem pela usucapião, destaca-se pelo comportamento positivo do possuidor usucapiente e não pela passividade do proprietário. Entretanto, o seu caráter perpétuo é mitigado com a previsão em nosso ordenamento jurídico da propriedade resolúvel, prevista nos artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil de 2002.

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. (BRASIL, 2002)

Conforme os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa, o titular sabe, ou deve saber, que de algum modo a propriedade pode se resolver, ou seja, pode findar-se. E tal resolução se dará com o implemento de condição ou advento de termo (VENOSA, P.395, 2002), o que deve estar expressamente previsto no contrato.

O artigo 121 do Código Civil de 2002 define condição como *“a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”* (BRASIL, 2002)

Dessa forma, tem-se a condição como a conjugação de um fato futuro e a sua incerteza, além da sua derivação exclusiva da vontade das partes. É importante, para a compreensão da propriedade resolúvel, que se diferencie a condição suspensiva da condição resolutiva. A primeira, como o próprio nome diz, suspende o exercício de determinado direito até o seu implemento. Já a segunda, na qual se funda a propriedade resolúvel, tem como efeito a cessação do direito após o implemento da condição, ou seja, a aquisição do direito se dá de plano e cessa com a ocorrência da condição. Sílvio de Salvo Venosa assim discorre sobre essa última espécie:

No caso de condição resolutiva, dá-se de plano, desde logo, a aquisição do direito. A aquisição é inversa à condição suspensiva. O implemento da condição resolutiva “resolve” o direito em questão, isto é, faz cessar seus efeitos, extingue-se. A obrigação é desde logo exigível, mas o implemento restitui as partes ao estado anterior. A retroatividade das condições é aqui mais patente porque o direito sob condição resolutiva é limitado, podendo-

se até dizer, ainda que impropriamente, mas para melhor compreensão, que se trata de um direito “temporário”. Com o implemento, apagam-se os traços do direito. A cláusula resolutiva, por ser limitação ao direito, deve constar do Registro Público porque, se assim não for, terceiros não serão obrigados a respeitá-la, não sendo atingidos, de qualquer forma, os atos de administração. (VENOSA, P. 510, 2015)

Já o termo consiste na fixação da eficácia do negócio jurídico no tempo. No termo, o evento, assim como na condição, é futuro, porém, é certo. Venosa faz a distinção entre condição e termo, demonstrando, no entanto, que guardam estrita relação:

Na condição, tem-se em mira evento futuro e incerto; no termo, considera-se evento futuro e certo. Tanto que, na condição, o implemento desta pode falhar e o direito nunca vir a se consubstanciar; o termo é inexorável e sempre ocorrerá. No termo, o direito é futuro, mas diferido, porque não impede a sua aquisição, cuja eficácia é apenas suspensa. (VENOSA, P. 517, 2015)

Na propriedade sujeita a condição ou termo têm-se as figuras do proprietário atual e do proprietário diferido. O primeiro exerce a propriedade atual da coisa, enquanto o segundo tem um direito eventual sobre ele, sob condição ou termo.

Assim, com o implemento do termo ou a condição tal como pactuados, a propriedade se resolverá, desaparecerá como se jamais houvesse existido. Com isso, a propriedade retornará àquele que a transmitiu, o proprietário diferido.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald fazem, ainda, uma distinção entre a propriedade resolúvel e a propriedade *ad tempus* (ROSENVALD, P. 371, 2010). Nessa última não há uma previsão contratual quanto à eficácia do negócio jurídico; há, na verdade, uma causa superveniente, que não resulta em retroatividade, ou seja, a propriedade não retorna ao status quo ante. Assim, permanecem válidos os atos praticados pelo proprietário antes da extinção da propriedade.

A propriedade *ad tempus* surge nas transmissões gratuitas e pode-se citar como exemplo a revogação da doação por ingratidão do donatário.

4 A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA SOBRE BEM IMÓVEL

A propriedade fiduciária é espécie de propriedade resolúvel e, portanto, está adstrita a uma condição futura à perda de sua eficácia. Insere-se no rol de direitos reais constantes do artigo 1.225 do Código Civil de 2002 e se presta à garantia do adimplemento de uma dívida, pressupondo a existência de um credor fiduciário e um devedor fiduciante.

Importante ressaltar que mesmo antes das alterações trazidas pela Lei 13.043/2014, não restava dúvidas quanto à natureza real da propriedade fiduciária, apesar de estar ela alocada de forma implícita no inc. I do art. 1.225 do Código Civil de 2002, “Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade;...”. Apesar da taxatividade, que afirma serem de natureza real somente aqueles direitos que a lei assim defina, sendo vedado às partes convencionar a transformação de direitos de naturezas diversas em direitos reais, como espécie de propriedade, não havia que se negar à propriedade fiduciária o seu caráter real, ainda que constasse de forma implícita no inciso I retro citado.

De toda forma, o artigo 1.368-B do Código Civil de 2002 fulminou qualquer margem de dúvida quanto à natureza real da propriedade fiduciária ao afirmar textualmente que “A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014)”. Com a inclusão desse artigo, temos uma bipartição dos efeitos da alienação fiduciária, pois de um lado tem-se o direito real de garantia conferido ao credor fiduciário e de outro o direito real de aquisição do devedor fiduciante.

É a propriedade fiduciária, portanto, um direito real de garantia que se materializa pela transferência da propriedade ao credor fiduciário, o que a difere da hipoteca, do penhor ou da anticrese, outras modalidades de direitos reais de garantia previstos no Código Civil. Os bens que sirvam a uma dessas hipóteses de garantia permanecem na propriedade do devedor, ao passo que na propriedade fiduciária, que se dá com a alienação fiduciária, transfere-se ao devedor a sua titularidade. Trata-se de uma propriedade resolúvel, condicionada a sua eficácia a um evento futuro, ou seja, ao adimplemento da obrigação contraída pelo devedor fiduciante. Quitada a dívida, a propriedade se resolverá, retornando o bem à situação jurídica anterior à alienação fiduciária.

Com o seu registro, há o desdobramento da posse. Ao credor fiduciário é atribuída a posse indireta da coisa, enquanto ao devedor fiduciante é atribuída a posse direta.

O desdobramento (bipartição) da posse é conseqüente ao fato da transferência da propriedade fiduciária do bem ao credor, eis que a coisa se conserva no poder imediato do devedor fiduciante (art. 1.361, § 2º, do CC), podendo usar e gozar o bem, segundo a sua destinação, mas às suas expensas e seus riscos, responsabilizando-se por eventual perda, destruição ou deterioração do objeto, na qualidade de depositário (art. 1.363 do CC). O credor fiduciário adquire a posse indireta da coisa, sendo limitada a sua propriedade, posto que duas das mais importantes faculdades dominiais sobejaram concentradas com o devedor fiduciante, quais sejam: o uso e a fruição. (FARIAS, ROSENVALD, P. 384, 2010)

A transferência da propriedade do devedor fiduciante ao credor fiduciário, por óbvio, é temporária, uma vez que o seu intuito não é a transmissão em si, mas tão somente a garantia de que irá adimplir com a dívida contratada. Dessa forma, apesar de o devedor fiduciante se ver despido de sua titularidade sobre a coisa, também não a tem de forma plena o credor fiduciário. Adriano Stanley tece algumas considerações sobre o caráter resolúvel da propriedade fiduciária.

Quando um devedor transfere ao credor a propriedade de um bem de seu patrimônio em garantia de um débito, não o faz com o intuito de não mais reaver esta propriedade. Pelo contrário. Se o devedor deixa a propriedade de um bem seu em garantia ao credor, aquele devedor *confia* que, uma vez paga a sua dívida, o credor lhe devolverá esta propriedade (daí o nome de propriedade fiduciária: propriedade entregue em *fidúcia*; confiança). Assim, a esta propriedade que é transmitida temporariamente ao credor, para garantir o adimplemento da obrigação dá-se o nome de **propriedade resolúvel**. Exatamente porque, adimplida a obrigação pelo devedor ao credor, não existe mais razão alguma para que este continue com a propriedade da coisa, devendo restituí-la. Ela se resolve, pois. (STANLEY, P. 222, 2015)

A despeito do citado art. 1.368-B que prevê que ao devedor restará o direito de aquisição sobre o bem, o respeitado autor sustenta que a propriedade não deixa de ser de sua titularidade. E segue o raciocínio ao afirmar que, da mesma forma que o credor fiduciário, o devedor fiduciante exerce a propriedade, apesar de suas faculdades se manterem suspensas. E termina por definir a propriedade conferida a esse último como propriedade superveniente em contraponto à propriedade resolúvel da qual é titular o credor fiduciário. (STANLEY, P. 222, 2015)

5 DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

O instrumento que dá origem à propriedade fiduciária é o contrato de alienação fiduciária. Como no direito registral brasileiro vigora a obrigatoriedade do registro dos direitos reais sobre imóveis para a sua constituição, o contrato de alienação por si só não transmite a propriedade fiduciária, mas lhe serve de veículo. Nesse sentido o artigo 22 da Lei 9.514/97: “*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.*” (BRASIL, 1997)

Nos termos do art. 167, I, 35, da Lei 6.015/73 a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel será registrada na matrícula do imóvel. A obrigatoriedade do registro, além de prevista no artigo 169 desse mesmo diploma legal é reforçada também pelo artigo 23 da Lei 9.514/97, ao prever que “*constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.*”(BRASIL, 1997)

É necessária, portanto, uma diferenciação entre os dois institutos jurídicos, o contrato de alienação fiduciária e a garantia fiduciária, como bem observa Sílvio Salvo de Venosa.

Note-se que o contrato de alienação fiduciária, tal como os contratos que instituem o penhor ou hipoteca, é instrumento para a constituição da propriedade fiduciária, modalidade de garantia real, criada pelo art. 66 da Lei nº 4.728/65 e pela Lei 9.514/97, e agora contemplada também no Código Civil (arts. 1.361 a 1.368). Desse modo, existem nesses diplomas legais dois institutos jurídicos: o contrato de alienação fiduciária e a garantia fiduciária propriamente dita, decorrente do primeiro. (VENOSA, P. 405, 2012)

Assim, não basta a celebração do contrato de alienação fiduciária para estar constituída a garantia fiduciária nele mencionada, uma vez que ele é apenas o meio pelo qual se ingressará no registro de imóveis. Feito o ato de registro, constitui-se o direito e dá-se a publicidade, o que tornará o negócio jurídico entabulado entre as partes oponível *erga omnes*.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também fazem essa distinção, reforçando a natureza obrigacional do contrato de alienação fiduciária, sem atribuir-lhe a natureza real, que é característica do direito alcançado com o seu registro. Afirmam os ilustres juristas que *“O contrato de alienação fiduciária é apenas o negócio jurídico dispositivo, cujos efeitos se restringem à esfera obrigacional.”* (FARIA E ROSVENVALD, 2015)

Superada essa distinção, é possível concluir que existe uma impropriedade jurídica ao se afirmar que a alienação fiduciária é um direito real de garantia, da mesma forma que também o seria a afirmação de que a venda de bem móvel ou imóvel é um direito real. O direito real de garantia, portanto, é a propriedade fiduciária e essa se constitui por meio do registro da alienação fiduciária, de natureza contratual.

6 DA DESNECESSIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA

Ponto importante sobre o título hábil para a constituição da alienação fiduciária sobre bem imóvel reside na possibilidade ou não da sua celebração em instrumento particular. O artigo 38 da Lei 9.514/97 é objeto de interpretações diversas, no sentido de autorizá-lo ou não nos casos dos imóveis com avaliação acima de trinta salários mínimos.

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 escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública. (Redação dada pela Lei nº 11.076, de 2004) (BRASIL, 1997)

Cumprido transcrever importante decisão proferida em sede de recurso dirigido ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em mandado de segurança. Alegava o impetrante, particular não integrante do Sistema Financeiro Imobiliário, direito líquido e certo a celebrar contrato por meio de instrumento particular de alienação fiduciária de imóvel de valor superior a trinta salários mínimos, fundado na redação do art. 38 da Lei 9.514/97. No referido acórdão, decide o Egrégio Tribunal de Justiça pela impossibilidade do ato pretendido, sob o argumento de que a autorização para a

celebração do contrato por meio de instrumento particular se restringe àquelas entidades vinculadas ao Sistema Financeiro Imobiliário.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. MATÉRIA DE MÉRITO. PROVIMENTO ALICERÇADO EM LEI FEDERAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

- A pretensão do impetrante (resistida com base no Provimento impugnado) autoriza concluir pela adequação da via eleita, sendo o “writ” via possível para a solução da lide.

- A Lei 9.514/97, que rege o Sistema de Financiamento Imobiliário, autoriza a contratação de alienação fiduciária tanto na forma de escritura pública como por instrumento particular, conforme disciplina contida no seu artigo 38, mas tal fato não autoriza estender a particulares (situação não abrangida pela Lei) as mesmas prerrogativas ou possibilidades, circunscritas ao seu próprio e especial delineamento fático.

- Não tem o impetrante direito líquido e certo de realizar negócio independentemente da observância do disposto nos artigos 850 e 867, parágrafo 2º, do Provimento 260/CGJ/2013, sendo a escritura pública imprescindível para a validade da compra e venda de imóvel, a não ser para as empresas que integrem o SFI, na forma da Lei supra referida, na qual se sustenta o Provimento impugnado.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.14.013350-5/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): ANDERSON BORGES DA SILVA - AUTORI. COATORA: CORREGEDOR GERAL JUSTIÇA ESTADO MINAS GERAIS - INTERESSADO: ESTADO DE MINAS GERAIS, TRIBUNAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS – (MINA GERAIS, 2016)

Já o eminente jurista Melhim Namem Chalhub se posiciona de forma diversa, ao sustentar o entendimento de que a redação do artigo 38 não restringe a possibilidade de celebração de contratos particulares com alienação fiduciária àquelas entidades integrantes do Sistema Financeiro Imobiliário. Segundo o autor, a Lei 9.514/97 possibilita ao particular a celebração de contratos de alienação fiduciária, ou relativos a outras operações, desde que com pacto adjeto de alienação fiduciária, sem a necessidade de lavratura de escritura.

Ora, uma compra e venda que se concretiza com recursos de financiamento concedido nas condições da Lei nº 9.514/97 é, obviamente, um contrato resultante da aplicação da aludida Lei nº 9.514/97', daí porque tal compra e venda pode ser celebrada por instrumento particular. Do mesmo modo, a compra e venda decorrente do leilão poderá ser celebrada por instrumento particular, pois essa venda é ato resultante da aplicação do art. 27 da Lei nº 9.514/97. Anote-se, ademais, que tais operações – o financiamento, a compra e venda e a alienação fiduciária, ou o empréstimo com pacto adjeto de alienação fiduciária – são inequivocadamente vinculadas, não tendo nenhuma delas existência autônoma, mas todas dependentes umas das outras; trata-se de contratos coligados, já que se não houver financiamento não haverá a compra e venda e se não houver esta o tomador do financiamento não será titular do imóvel que em seguida alienará fiduciariamente ao financiador, pois todas essas operações têm como objeto a compra e venda com financiamento e alienação fiduciária. Portanto, a

compra e venda, desde que com financiamento nas condições do sistema de financiamento imobiliário, é resultante da aplicação da Lei nº 9.514/97 e, conseqüentemente, pode ser formalizada por instrumento particular." (CHALHUB, MelhimNamem. "Negócio Fiduciário", Ed. Renovar, Rio de Janeiro – São Paulo – Recife, 2009, p. 234-235).

Se adotada a posição do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, há primeiro que se observar o valor do imóvel objeto do negócio jurídico para se determinar o tipo de instrumento possível, se apenas público ou se também o particular. Isso se deve à redação do art. 108 do Código Civil de 2002, que não estende a obrigatoriedade da lavratura de escritura pública a toda transação imobiliária, mas tão somente àquela cujo valor do imóvel exceda a trinta salários mínimos. Deve-se levar em conta não apenas aquela fração do imóvel a que se destina a transação imobiliária, mas a sua totalidade, ou seja, ainda que o negócio jurídico seja relativo a apenas uma parte da coisa, para se verificar a possibilidade de celebração por meio de instrumento particular, deve-se apurar o valor do imóvel como um todo. É essa a redação do art. 777 do Provimento 260/CGJ/2013 do Estado de Minas Gerais:

"Art. 777. Para fins de aplicação do art. 108 do Código Civil, deve-se tomar por base o maior valor, dentre os parâmetros legais, referente à totalidade do imóvel, ainda que a alienação ou oneração seja parcial."(MINAS GERAIS, 2013)

Apesar da posição adotada pelo respeitado tribunal, o art. 38, se lido em todo o contexto no qual se insere, ou seja, levando-se em consideração as demais normas dispostas no diploma legal, não desautoriza a celebração do contrato de alienação fiduciária por meio de instrumento particular.

De início, há que se ressaltar que a Lei 9.514/97 não trata apenas da criação do instituto da alienação fiduciária, mas também dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, dentre outras providências. O art. 17 do referido diploma legal apresenta um rol de garantias possíveis nas operações de financiamento imobiliário, quais sejam: hipoteca; cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis; caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis; e, por fim, a própria alienação fiduciária de coisa imóvel. Ademais, o parágrafo 3º desse mesmo artigo

prevê também a possibilidade de constituição suplementar de anticrese nas operações do SFI que envolvam locação.

Ao dispor sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, ela apresenta todo esse complexo de garantias possíveis nas operações a que se destina. E para esses contratos, tratados no capítulo I da referida lei, é obrigatória a participação como contratante entidade integrante do SFI. Mas ao criar a alienação fiduciária de coisa imóvel é prevista a possibilidade de celebração sem que se tenha como um dos contratantes tais entidades, conforme o disposto no art. 22, § 1º. É importante notar inclusive, que ao criá-la, a referida lei o faz em capítulo diverso daquele em que dispõe normas sobre o SFI.

Dessa forma, o artigo 38 da Lei 9.514/97, constante do capítulo III, Das Disposições Gerais, ao prever que os atos e contratos referidos nesta lei ou resultantes da sua aplicação poderão ser celebrados por instrumento público ou particular com efeito de escritura pública está a abarcar todos os contratos nela constantes. Não se restringe, portanto, àqueles referidos no capítulo 1, mas inclui também o contrato de alienação fiduciária previsto em seu capítulo 2, no artigo 22, concedendo ao instrumento particular que lhe dê origem efeito de escritura pública.

Portanto, o contrato de alienação fiduciária firmado entre pessoas não integrantes do SFI, por ser referido na Lei 9.514/97, poderá, *s.m.j.*, ser celebrado por meio de escritura pública ou mesmo por instrumento particular, que terá efeitos de escritura pública.

Entretanto, a desnecessidade da escritura pública para o contrato de alienação fiduciária não se estenderá para o contrato de compra e venda, quando o primeiro, por sua natureza acessória, se apresentar como pacto adjeto desse último. Tal afirmativa parte do fato de que o art. 38 prevê que os atos e contratos resultantes da aplicação da Lei 9.514/97 poderão ser celebrados por instrumento particular com efeito de escritura pública. A compra e venda, portanto, não seria um contrato resultante da aplicação da Lei 9.514/97. Ao contrário, a utilização de instituto criado por tal diploma legal é que decorreria da compra e venda, como um contrato acessório a esta.

Dessa forma, a compra e venda de bem imóvel avaliado acima de trinta salários mínimos, salvo disposição legal em sentido contrário, deverá ser realizada por meio de escritura pública. Já a alienação fiduciária dela decorrente poderá, nos termos do art. 38 da Lei 9.514/1997, ser celebrada por meio de escritura pública ou

por instrumento particular, a despeito da interpretação dada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

É, portanto, passível de críticas a nova redação dada ao art. 852 do Provimento 260/CGJ/2013 do Estado de Minas Gerais.

Art. 852. Os atos e contratos relativos à alienação fiduciária de bens imóveis e negócios conexos poderão ser celebrados por escritura pública ou instrumento particular, desde que, neste último caso, seja celebrado por entidade integrante do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI ou por Cooperativas de Crédito. (Art. 852 com redação determinada pelo Provimento nº 345, de 5 de setembro de 2017) (MINAS GERAIS, 2013)

Nesse ponto, mais acertada a redação do art. 235 das Normas Extrajudiciais da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, vez que, amparada pelas disposições da Lei 9.514/97, não restringe a celebração do contrato de alienação fiduciária a instrumento público:

235. Os atos e contratos referidos na Lei nº 9.514/1997, ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública. (SÃO PAULO, 1989)

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alienação fiduciária de bem imóvel em garantia é importante instrumento de viabilização de inúmeros outros contratos principais, como a aquisição de imóveis ou mesmo de mútuos destinados a fins diversos. Isso, em virtude da facilidade posta à disposição do credor, com a transferência da propriedade resolúvel do bem, que passará à sua propriedade plena caso o devedor fiduciante não cumpra com a obrigação pactuada.

É, portanto, contrato acessório, já bastante utilizado por entidades financeiras e mesmo entre particulares.

A propriedade fiduciária, por sua natureza real, depende de registro para que se constitua e tenha oponibilidade *erga omnes*. E ao aplicador do direito, em

especial ao registrador ou notário, insta fazer uma análise acurada da Lei 9.514/97, e de forma mais detida quanto ao veículo que possa lhe dar suporte formal.

Deve o aplicador, assim, optar entre entendimentos diversos que ora permitem a sua celebração por meio de instrumento particular, mesmo tendo como objeto imóvel cuja avaliação supere os trinta salários mínimos e sem a participação de entidades integrantes do SFI, ora a desautorizam, sendo obrigatória, portanto, a lavratura de escritura pública. O primeiro posicionamento tem como base o art. 38 da Lei 9.514/97, tido como uma verdadeira exceção à regra do art. 108 do Código Civil de 2002, enquanto o segundo se funda justamente numa interpretação diversa desses mesmos dispositivos.

Abstract

The present study have focus on the analysis of the real state's fiduciary disposal and your conceptualization as a real way of constitution of a security right *in rem*, consistent to the fiduciary property. By a jurisprudential and doctrinaire study, since the definition of the full ownership and its characteristics, passing through the resolvable property and, at the end, by the fiduciary property, it is focused extremely relevant themes to the comprehension of that one, that is an institute with a great application in the business deal. Apart them, based on the lecture of the Law 9514/97, most specifically of its article 38, without to take distance, of course, of the systemic interpretation and consistent to the national legal order, search to answer important question about the requirement or not requirement of the drafting of the public contract to the real state's fiduciary disposal.

Keywords: Fiduciary Disposal. Fiduciary Property. Real State. Security. Contract. Public Contract Requirement.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BRASIL, Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 nov. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.202.843/PR. Recorrente: Leopoldo Chasco. Recorrido: Ambrósio Chasco. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 21 out. 2014. **Diário de Justiça**, Brasília, 28 out. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Contratose Atos Unilaterais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 727p. 3v.

MINAS GERAIS, Provimento 260 da Corregedoria Geral de Justiça, de 30 de outubro de 2013. Codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro. **Diário do Judiciário Eletrônico, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 29 nov. 2013. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpr02602013.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mandado de Segurança 0133505-65.2014.8.13.0000. Impetrante: Anderson Borges da Silva. Autori. Coatora: Corregedor Geral de Justiça de Minas Gerais. Relator Desembargador Wander Marotta. Belo Horizonte, MG, 14 set. 2016. **Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 23 set. 2016.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Nelson Chaves de. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 664p.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Nelson Chaves de. **Direito das Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 559p.

SÃO PAULO, Provimento nº 58, de 28 de novembro de 1989. Normas de Serviço – Cartórios Extrajudiciais – Tomo II. **Corregedoria Geral da Justiça**, São Paulo, 28 nov. 1989. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=93410>>. Acesso em: 30 out. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Contratos em Espécies**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, 716p. 3v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direitos Reais**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, 656p. 5v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Teoria Geral das obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, 661p. 2v.