

UBIRAYR FERREIRA VAZ

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL

Reflexos da lei nº 9.514/97 no
Registro de Imóveis



INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL

safE

Sergio Antonio Fabris Editor

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL

**Reflexos da Lei nº 9.514/97 no
Registro de Imóveis**

IRIB – INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL

Internet: www.irib.org.br

Diretoria: Presidente, Lincoln Bueno Alves (SP); Vice-Presidente: Gleci Palma Ribeiro Melo (SC); Secretário Geral: Geraldo Cezar Torres Carpes (MS); 1º Secretário: Marco Antônio Canelli (SP); 2º Secretário: Gilma Teixeira Machado (MG); Tesoureiro Geral: José Simão (SP); 1º Tesoureiro: Vanda Maria de Oliveira Penna Antunes da Cruz (SP); 2º Tesoureiro: Manoel Carlos de Oliveira (SP); Diretor Social e de Eventos: Ricardo Basto da Costa Coelho (PR); Diretor de Publicidade e Divulgação: João Baptista Galhardo (SP); Diretor de Assistência aos Associados: Maurício Massote (MG); Diretor Legislativo: Meirimar Barbosa Júnior (SP);

Conselho Deliberativo: Presidente: Gleci Palma Ribeiro Melo (SC); Secretário: Etelvina Abreu do Valle (ES); demais membros – João Figueiredo Guimarães (AC), Sérgio Toledo de Albuquerque (AL), Nino Jesus Aranha Nunes (SP), Ivan Esteves Ribeiro (AM), Neusa Maria Arize Passos (BA), Ana Tereza Araújo Mello Fiúza (CE), Geraldo Malvar (DF), Nilzon Periquito de Lima (GO), Jurandy de Castro Leite (MA), Nizete Asvolinsque (MT), Néelson Pereira Seba (MS), Francisco de Assis Castilho Moreira (MG), Cleomar Carneiro de Moura (PA), Fernando Meira Trigueiro (PB), José Augusto Alves Pinto (PR), Míriam de Holanda Vasconcelos (PE), Guido Gayoso Castelo Branco Barbosa (PI), Geraldo Mendonça (RJ), Carlos Alberto da Silva Dantas (RN), Adão Freitas Fonseca (RS), Yassuco Yojota dos Santos (RO), Bernardo Oswaldo Francez (SP), Marlon Sérgio Santana de Abreu Lima (SE) e Marlene Fernandes Costa (TO);

Conselho Fiscal: Carlos Fernando Westphalen Santos (RS), Renato Costa Alves (MS), Rubens Pimentel Filho (ES), Stélio Darci Cerqueira de Albuquerque (AL), e Ubirayr Ferreira Vaz (RJ); Suplentes do Conselho Fiscal: Guido Castro Santos (SP), Maria Aparecida Salomon (MG) e Wolfgang Jorge Coelho (MG);

Conselho de Ética: Clenon de Barros Loyola Filho (GO), Elvino Silva Filho (SP) e José Fernando César Assunção (SP);
Suplentes do Conselho de Ética: Inah Álvares da Silva Campos (MG), Mauro Souza Lima (PE) e Virgínio Pinzan (SP).

Coordenador Editorial: Sérgio Jacomino (SP) – jacomino@registral.com.br

UBIRAYR FERREIRA VAZ
Tabelião e Registrador do 1º Ofício de Justiça da
cidade de Duque de Caxias.
Membro do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL

**Reflexos da Lei nº 9.514/97 no
Registro de Imóveis**



INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL

Sergio Antonio Fabris Editor

Porto Alegre / 1998

© Ubirayr Ferreira Vaz

IRIB - INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL

Coleção IRIB em Debate:

Sérgio Jacomino (Organizador)

email: jacomino@regstral.com.br

Títulos Publicados

1. Thesaurus Jurisprudencial - Jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura e Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo - ano de 1996 - Sérgio Jacomino.
2. Registro de Imóveis - Estudos de Direito Registral Imobiliário - XXII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil - Cuiabá, 1995.
3. Registro de Imóveis - Estudos de Direito Registral Imobiliário - XXIII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil - Fortaleza, Ceará, 1996.
4. Registro de Imóveis - Estudos de Direito Registral Imobiliário - XXIV encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil - Belo Horizonte - Minas Gerais 1997.
5. Da Ética Geral à Ética Profissional dos Registradores, Ricardo Henry Marques Dip.
6. Alienação Fiduciária de Imóveis em Garantia - Lei nº 9.514/97, Primeiras Linhas), Marcelo Terra.
7. Temas Registrários, Frederico Henrique Viegas de Lima.
8. Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel, Ubirayr Ferreira Vaz

Diagramação e Arte:

PENA - Composição e Arte

Reservados todos os direitos de publicação, total ou parcial, à

SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR

Rua Miguel Couto, 745

CEP 90850-050

Caixa Postal 4001

CEP 90631-970

Fone: (051) 233-2681

Porto Alegre - RS

SUMÁRIO

Prefácio	07
Introdução.....	09
Reflexos da Lei 9.514/97 no Registro de Imóveis.....	13
1 - Objetivo da Lei 9.514	13
2 - Objetivo destas considerações	15
3 - Novas garantias	16
4 - Novas tarefas para o Registro de Imóveis.....	17
5 - Antecedentes	20
6 - Definição da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel	23
7 - Propriedade	25
8 - Alienação Fiduciária como Direito Real de Garantia	30
9 - Constituição da Propriedade Fiduciária	33
10 - Da Propriedade Resolúvel	35
11 - Dos estudos existentes sobre a matéria	38
12 - Como deve proceder o Oficial do Registro de Imóveis?	40

13 - Características da propriedade resolúvel.....	45
14 - Peculiaridades da Propriedade Fiduciária.....	48
15 - Dos Direitos do Fiduciário na Propriedade Fiduciária	63
16 - Dos Direitos do Fiduciante na Propriedade Fiduciária.....	66
17 - Da natureza e da forma dos atos a serem praticados no Registro de Imóveis.....	69
18 - Modelos Sugeridos	81

PREFÁCIO

Cumprimento o Dr. Ubirayr Ferreira Vaz por seu ensaio sobre “Reflexos da Lei nº 9.514/97” (Dispõe sobre o Sistema de financiamento Imobiliário) no Registro de Imóveis, agradecendo-lhe o privilégio de prefaciá-lo.

Zeloso e dedicado Oficial daquela serventia de longa data, alia o Dr. Ubirayr à sua vez experiência, acumulada no enfrentamento de questões registras práticas, o interesse pelo conhecimento da amplitude daquele sistema e dos institutos jurídicos que lhe são inerentes.

Deparou-se, pois, com a alienação fiduciária de bens imóveis, introduzida no novo Diploma legal e procurou, perante seus contornos, destacar aspectos que propõem quando se trata de harmonizá-la com os procedimentos do Registro de Imóveis.

A partir do princípio do nosso direito de que só se adquire o domínio dos imóveis pela transcrição (art. 530, I, do Código Civil; registro, na linguagem da Lei nº 6.015/73: art. 168), examina o modo por que se constitui a propriedade fiduciária no âmbito do sistema registrário, no qual, por envolver transmissão de domínio, pressupõe as formalidades de seu registro em livro próprio. Mas, a

partir daí, com argúcia e apoiado em sua bagagem de Oficial, suscita questão geradora de dúvidas e controvérsias, a reclamar o exame da própria natureza do direito transmitido. Transferido o domínio, Ter-se-á direito derivado para o novo dono, o proprietário fiduciário, rompendo-se liame com seu transmitente, que dele se despiu. Neste caso, indaga: a se entender que o domínio transmitido é resolúvel, submetido à condição daquela espécie, como determinar sua consolidação no alienante, por ocasião de seu implemento?

Se dele se demitiu, ao transferi-lo (como propriedade, fiduciária, que é), seu retorno estaria a envolver retransmissão, ao menos no rígido sistema registral, que, por derradeiro, confere resultado à constituição e transmissão de direitos reais. Não lhe são suficientes, para este escopo, as regras do domínio resolúvel, tais como dispostas no Código Civil.

Sua suscitação traz à baila a investigação da natureza da propriedade fiduciária, que, agasalhada no Projeto do Código Civil, exige, visão distinta do domínio em sua concepção pura, pois se radica em concepção que nele se permite se distingüa, à semelhança do Direito anglo-saxão, uma propriedade de garantia, ao lado de outra, de fruição; ou como no medieval Direito Germânico, o penhor da propriedade, *pari passu* com esta.

O trabalho do Dr. Ubirayr, pleno de levantamento de questões práticas em torno do novel instituto, relativamente aos imóveis, no Direito Brasileiro, põe à mostra quanto está a merecer a atenção e estudo para, sem rupturas das linhas fundamentais do Direito das Coisas, ensejar que alcance sua finalidade de conferir segurança jurídica mais célere, a financiamentos mediante a transmissão do domínio com aquele fim.

Luiz Roldão de Freitas Gomes

INTRODUÇÃO

Na primeira leitura da Lei 9.514, pareceu-me tarefa simples executar, com segurança, presteza e eficácia, os atos de meu ofício, que serão requisitados a mim e aos meus colegas, relativos as novas modalidades de garantia, por ela introduzidas.

Todavia, essa visão simplória desapareceu, após conhecer dois trabalhos sobre a matéria. O primeiro apresentado no Encontro de Catanduva, São Paulo, com o modesto título *de Breves considerações sobre a Lei 9.514*, de autoria do advogado e assessor jurídico do IRIB, Ex-Magistrado titular de uma das Varas de Registro Público da Capital de São Paulo, Gilberto Valente da Silva, meu professor, e que me permite a honra de chamar de amigo. O segundo publicado no Boletim do IRIB de novembro de 1997, sob o título *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis (Breve Ensaio)*, de Narciso Orlandi Neto, autor de vários trabalhos jurídicos, também ex-Juiz de Registros Públicos de São Paulo/SP, atual Juiz do 2º Tribunal de Alçada do Estado.

As preocupações daqueles mestres e até mesmo as pequenas divergências de opiniões, mostram-me que a tarefa não será tão

simples. A segurança, a presteza e a eficácia dos serviços que teremos de prestar, dependerá, em muito, da nossa perfeita compreensão da forma e conteúdo de cada ato a ser praticado.

A honra e orgulho de pertencer à nobre classe dos registradores brasileiros tem como contrapartida a responsabilidade de não desmerecê-la.

Essa responsabilidade levou-me a reexaminar velhos conceitos sobre a *propriedade resolúvel*, até então por mim conhecida, estabelecendo a inevitável comparação com a *propriedade resolúvel* ou *propriedade fiduciária* tipificada na nova lei.

Sem o conhecimento jurídico dos citados mestres, limitei-me a aproveitar as lições contidas naqueles trabalhos, assim como os ensinamentos de outros renomados juristas por eles citados.

Entretanto, na comparação a que antes aludi constatee diferenças de tal ordem que, forçosamente, me obrigarão a praticar alguns atos de forma diversa daquelas sugeridas nos trabalhos antes aludidos.

Para não perder o rumo, fui anotando cada uma dessas diferenças e buscando os respectivos reflexos no Registro de Imóveis.

Levei ao pé da letra o conselho do mestre e amigo Gilberto Valente da Silva, deixando de examinar, *do ponto de vista econômico ou sociológico, se a lei é boa ou ruim*. Limitei-me ao único propósito de buscar conhecimentos para bem cumprir as tarefas que me foram atribuídas.

Tabelião e Registrador no interior do Estado do Rio de Janeiro, com limitados conhecimentos jurídicos, não ousei discutir os aspectos inerentes à constitucionalidade ou eventuais contradições da lei, embora saiba que alguns de seus dispositivos motivarão calorosos debates nos meios jurídicos.

Se ousei confrontar conceitos emitidos por renomados juristas pátrios e estrangeiros, foi por necessidade de buscar soluções para alguns problemas já levantados, sem qualquer pretensão de ensinar.

Na busca de outros subsídios, mostrei minhas anotações e observações a alguns amigos, dentre os quais o Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, autor de vários livros, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Luiz Roldão de Freitas; Melhim Namem Chalhub, brilhante Advogado do Estado do Rio de Janeiro, Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros e autor do livro *Negócio Fiduciário*, e o próprio Gilberto Valente da Silva.

Esses amigos me aconselharam e incentivaram a mostrar essas anotações e observações aos meus colegas registradores do Brasil, como forma de provocar o debate, já que se tratam de reflexões de outro registrador, voltadas para o dia a dia dos serviços registraes, sem maiores pretensões acadêmicas, permitindo-lhes a livre manifestação de suas discordâncias, que, acredito não serão poucas, sem o constrangimento de enfrentar os consagrados juristas que já se manifestaram sobre a matéria, de forma mais completa, porém sem as preocupações próprias de quem será o responsável direto pela boa ou má prestações dos serviços confiados ao Registro de Imóveis.

Nos encontros nacionais e regionais do IRIB, de que tive o privilégio de participar, discuti, aplaudi e agradei as valiosas contribuições oferecidas por eminentes juristas e competentes colegas, que muito contribuíram para meu aprimoramento profissional. Mas também, por diversas vezes, me foi cobrada apresentação de algum trabalho, para ser debatido pelos colegas.

Por isso, aceitei o conselho daqueles amigos e transformei minhas anotações em contribuição ao XXV Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil. Acredito que tais anotações, observações e reflexões, embora sem a sistematização e a

organização dos trabalhos que tenho aplaudido, servirão como incentivo ao estudo da matéria, na necessária busca de uma melhor prestação de nossos serviços.

A ousadia de apresentá-las a um grupo tão seleta de Registradores brasileiros, é exclusivamente minha. Contudo, a responsabilidade pela transformação dessa inexpressiva contribuição em livro, deve ser debitada à amizade e à vontade de servir de Gilberto Valente da Silva, de Sergio Jacomino e do nosso incansável Presidente Lincoln Bueno Alves, aos quais agradeço do fundo do coração.

Ubirayr Ferreira Vaz

REFLEXOS DA LEI 9.514/97 NO REGISTRO DE IMÓVEIS

1 - OBJETIVO DA LEI 9.514/97

A reconhecida falência do Sistema Financeiro da Habitação levou o Governo a buscar novas fontes de recursos para o financiamento imobiliário.

A morosidade na recomposição do crédito, em caso de mora, assim como os privilégios que se sobrepunham às garantias até então existentes, desestimulavam novos investimentos.

O principal objetivo da Lei 9.514 de 20.11.97 é reconquistar o investidor; com esse propósito, acrescentou às garantias imobiliárias já existentes em nosso ordenamento jurídico novas modalidades de garantia, que permitam um mais rápido e eficaz ressarcimento do crédito, sem os riscos decorrentes da eventual existência de privilégios para outros créditos.

O novo Sistema de Financiamento Imobiliário, por ela criado, visa a promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos.

Para que esse novo sistema possa alcançar seus objetivos, sua concepção baseou-se na liberdade contratual e nas leis do mercado. A primeira, restringida apenas por algumas condições essenciais, e a segunda, que permite que do sistema participem os mais diferentes setores da atividade econômica, constituem suas colunas mestras.

Trata-se de uma política de governo, de caráter econômico-financeiro, com reflexos na captação de recursos nos mercados financeiro e de valores imobiliários.

2 - OBJETIVO DESTAS CONSIDERAÇÕES

É a respeito das novas garantias introduzidas pela Lei 9.514, dentre as quais se destaca a alienação fiduciária de coisa imóvel, que são feitas algumas considerações com o propósito exclusivo de buscar sua melhor aplicação, no âmbito do Registro de Imóveis.

Essa nova modalidade de garantia constitui, a meu ver, a viga mestra, com a qual o novo sistema pretende readquirir a confiança do mercado.

Contudo, o sistema é constituído de uma verdadeira corrente, composta de diversos elos. Entre eles, inclui-se o Registro de Imóveis, estreitamente ligado àquela viga mestra. Se os serviços do Registro de Imóveis não corresponderem às necessidades de presteza e eficácia, que tornem efetiva a realização das garantias, ficará rompida toda a corrente.

É indispensável que o Oficial do Registro de Imóveis tenha perfeita e clara concepção da natureza e do conteúdo das garantias, cuja efetiva realização dependerá de seus serviços. A incerteza da garantia, decorrente de um serviço mal prestado ou prestado de forma incorreta, acabará por desestimular os pretendidos novos investimentos, com conseqüências danosas e insuperáveis para o sistema.

3 - NOVAS GARANTIAS

Além das garantias imobiliárias já antes existentes em nosso ordenamento jurídico, a Lei 9.514 acrescentou a cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, a alienação fiduciária de coisa imóvel, assim como permitiu a utilização da anticrese como garantia suplementar nas operações do SFI que envolvam locação.

Embora não incluída na Seção *Das garantias*, a instituição do regime fiduciário sobre créditos imobiliários constitui, também, uma importante garantia para os investidores. Esse regime será instituído para lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, mediante declaração unilateral da companhia securitizadora, no contexto do Termo de Securitização de créditos imobiliários, vinculando tais créditos à emissão de uma série de títulos (artigos 8º, 9º e 10).

4 - NOVAS TAREFAS PARA O REGISTRO DE IMÓVEIS

A própria Lei 9.514 já prevê os serviços a serem executados pelo Registro de Imóveis:

- a) instituição do regime fiduciário, pela averbação do Termo de Securitização de Créditos (artigo 10, parágrafo único);
- b) baixa do regime fiduciário (§ 1º do artigo 16);
- c) constituição da propriedade fiduciária, mediante registro do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel (artigo 23);
- d) cancelamento do registro da propriedade fiduciária (artigo 25, § 2º);
- e) caracterização da mora do fiduciante (artigo 26 e seus parágrafos); e
- f) registro da consolidação da propriedade em nome do fiduciário (artigo 25, § 7º).

Contudo, outras operações imobiliárias estão previstas na lei, a saber:

- 1) cessão do crédito objeto da alienação fiduciária (artigo 28);

- 2) transmissão dos direitos de que seja titular o fiduciante (artigo 29);
- 3) subrogação do fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida (artigo 31).

Além disso, antes do cancelamento da propriedade fiduciária, outras situações jurídicas poderão surgir, tais como:

- 1) a morte do fiduciante e, se for casado, a morte de sua mulher;
- 2) a morte do fiduciário, caso seja pessoa física; e
- 3) a penhora dos direitos do fiduciante ou do fiduciário.

Nas hipóteses números 1 e 2, ocorrerão sucessões *causa mortis* do fiduciante ou do fiduciário, com conseqüentes expedições de formais de partilhas ou cartas de adjudicação. Na hipótese número 3, poderá ocorrer a expropriação dos direitos do fiduciante ou do fiduciário, mediante arrematação judicial ou adjudicação.

A autenticidade, a segurança e a eficácia desses atos jurídicos dependem de seu acesso ao registro público, por força do artigo 1º da Lei 6.015/73:

“Art. 1º. Os serviços concernentes aos registros públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta lei.”

Por força da Lei 9.514, a alienação fiduciária de coisa imóvel ingressa no nosso ordenamento jurídico como um contrato típico, com características próprias. Um outro contrato típico semelhante, a alienação fiduciária de coisa móvel, encontra-se regulado no

Decreto-Lei n. 911/69, que deu nova redação ao artigo 66 da Lei 4.728, de 14.07.65.

Estando este último devidamente tipificado e regulado antes do advento da atual Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73), nesta foram previstos o modo e a forma dos atos a serem praticados pelo Oficial do Registro de Títulos e Documentos, a ela inerentes.

Como a alienação fiduciária de coisa imóvel não existia quando da edição da Lei 6.015, a Lei 9.514, ao introduzir no nosso direito essa nova modalidade de garantia, encarregou-se, também, de acrescentar à lei reguladora dos serviços dispositivos diretamente ligados ao novo instituto. Para tanto, acrescentou ao artigo 167 daquela lei outros atos de registro e de averbação dela decorrentes: na parte que cuida dos atos a serem registrados, n. I, acrescentou a alínea 35, *Alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*; e, na parte referente às averbações, n. II, acrescentou a alínea 17, *Do Termo de Securitização de créditos imobiliários*, quando submetidos ao regime fiduciário.

Todavia, esse acréscimo não abrange todos os serviços acima enumerados, advindos das novas modalidades de garantia, como adiante será demonstrado.

5 - ANTECEDENTES

Tanto a alienação fiduciária de coisa móvel, como a alienação fiduciária de coisa imóvel estão sujeitas aos serviços do Registro Público, como determinado nas respectivas legislações. Contudo, os Oficiais de Registros Públicos que executam esses serviços não são os mesmos. Em se tratando de garantia de coisa móvel, os serviços serão executados pelo Oficial do Registro de Títulos e Documentos, ao passo que, quando a garantia for coisa imóvel, os serviços serão executados pelo Oficial do Registro de Imóveis.

Esses serviços não têm as mesmas características nem os mesmos objetivos.

O registro do contrato de alienação fiduciária de coisa móvel, no Registro de Títulos e Documentos, destina-se apenas e tão-somente à publicidade, como condição de sua validade contra terceiros — sua eficácia, entre as partes, não depende daquele registro (artigo 1º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei n. 911/69).

O Oficial do Registro de Títulos e Documentos não terá que observar os princípios da continuidade e da disponibilidade, uma vez que não há necessidade de que o devedor (fiduciante) já tenha o domínio da coisa, no momento da alienação — esse poderá ser adquirido posteriormente (artigo 1º, § 2º). Não há previsão da

cessão do crédito do fiduciário nem de transmissão dos direitos do fiduciante sobre a coisa alienada, com os seus reflexos no Registro.

A substancial manifestação jurisprudencial e doutrinária até aqui existente diz respeito ao instituto da alienação fiduciária de coisa móvel, cuja inscrição no registro de Títulos e Documentos tem as características aqui destacadas.

Como a alienação fiduciária de coisa imóvel é instituto novo, só agora tipificado, a doutrina e a jurisprudência ainda não tiveram oportunidade de fixar o balizamento para os atos que serão praticados no Registro de Imóveis, assim como suas conseqüências.

A nova lei tipificou a alienação fiduciária de coisa imóvel e a conseqüente constituição da propriedade fiduciária, "mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do documento que lhe serve de título." Assim, o registro do contrato que serve de título à alienação fiduciária de coisa imóvel é ato constitutivo. É por ele que se constitui a propriedade fiduciária de coisa imóvel, transfere-se a propriedade resolúvel e se desdobra a posse em direta e indireta (artigo 23).

Dessa forma, os serviços a serem executados pelo Oficial do Registro de Imóveis não se destinam, apenas, a garantir a publicidade, para sua validade contra terceiros.

Outros atos terão que ser registrados ou averbados, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade (artigo 172 da Lei 6.015/73). A título de ilustração podemos lembrar que:

- a) o pagamento da dívida e de seus encargos, com a resolução da propriedade do fiduciário, é ato de extinção de direitos;
- b) a cessão do crédito objeto da alienação fiduciária, a qual implica na transferência, ao cessionário, de todos os direitos e

obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia é ato de transferência de direitos;

c) a instituição do regime fiduciário sobre créditos imobiliários é ato constitutivo de direitos;

d) a extinção do regime fiduciário é ato extintivo de direitos;

e) a subrogação, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária, do fiador ou do terceiro interessado que pagar a dívida, é ato constitutivo de direitos.

No desempenho de seu mister, o Oficial do Registro de Imóveis terá que observar, na prática daqueles atos, além do princípio da publicidade, comum a todos os Registros Públicos, os princípios da continuidade e da disponibilidade, entre outros. Em um primeiro momento, não conhecerá o entendimento do Judiciário nem poderá contar com prévia e segura orientação dos doutrinadores.

O pequeno espaço de tempo decorrido após a vigência da recente Lei 9.514 (20.11.97) ainda não ofereceu ao Judiciário oportunidade de manifestar-se sobre essas novas modalidades de garantia imobiliária e, em especial, no tocante à observância daqueles princípios.

6 - DEFINIÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL

A Lei 9.514 define a alienação fiduciária de coisa imóvel, em seu artigo 22, nos seguintes termos:

“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.”

Além de tipificar a alienação fiduciária de coisa imóvel, a mencionada lei introduziu em nosso direito a figura da propriedade fiduciária, como se depreende de seu artigo 23:

“Art. 23 - Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.”

“Parágrafo único. 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.”

Por força do disposto no artigo 17, IV, combinado com o §1º da citada Lei 9.514, a alienação fiduciária de coisa imóvel constitui direito real de garantia. Do exame desses dispositivos observa-se:

1. um ato de alienação, que transmite a propriedade resolúvel;
2. essa alienação é direito real de garantia;
3. o registro do contrato que serve de título da alienação constitui a propriedade fiduciária; e
4. a constituição da propriedade fiduciária importa no desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

ALIENAÇÃO: “É o termo jurídico, de carácter genérico, pelo qual se designa todo e qualquer ato que tem o efeito de transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa...” (De Plácido e Silva, Forense, 1963).

7 - PROPRIEDADE

Washington de Barros Monteiro, em sua obra *Curso de Direito Civil*, na parte referente ao Direito das Coisas (Saraiva, 16ª Edição), ministra uma esclarecedora aula sobre a propriedade, na qual se encontram conceitos do próprio autor e de outros autores por ele acatados. Segundo consta dessa obra, a propriedade é “manifestação ou projeção da personalidade humana no domínio das coisas.”

Para ele, não obstante o direito civil pregar insistentemente, mas de modo inócuo, o absolutismo do direito de propriedade, o interesse público, de conteúdo social, veiculado através do direito constitucional e do direito administrativo, solapa e destrói, aos poucos, os direitos do proprietário.

Busca em Lafayette a conclusão, segundo a qual, diante desse quadro,

“se dá conta de que a preponderância do interesse público sobre o privado, cada vez mais sensível em todas as províncias do direito, constitui o fator primordial, quiçá o mais decisivo, na transformação que se processa no instituto da propriedade e conseqüentemente em todo o direito das coisas, que não é mais que a sistematização das regras da organização jurídica da propriedade.” (Lafayette, *Direito das Coisas*, Prefácio, 3ª Ed.).

Considera impossível prever a que ponto chegará o progresso do direito das coisas, dada a acumulação cada vez maior das riquezas, em todas as parte do mundo.

Cuidando especificamente do direito de propriedade, afirma aquele autor ser ele

“o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, é o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas. Dele pode dizer-se, com Scuto, ser a pedra fundamental de todo o direito privado.”

Considera que não é tarefa fácil definir a propriedade, sendo necessário que se conheça

“seus caracteres e elementos constitutivos. Realmente, num certo sentido, o direito de propriedade é de fato absoluto, não só porque oponível *erga omnes*, como também porque apresenta caráter de plenitude, sendo incontestavelmente o mais extenso e o mais completo de todo os direitos reais. A propriedade é a parte nuclear ou central dos demais direitos reais, que pressupõem, necessariamente, o direito de propriedade, do qual são modificações ou limitações, ao passo que o direito de propriedade pode existir independentemente de outro direito real em particular.”

O Direito de propriedade:

CARÁTER ABSOLUTO. O proprietário pode dispor da coisa como entender, sujeito apenas a determinadas limitações, impostas

no interesse público ou pela coexistência do direito de propriedade dos demais indivíduos.

É EXCLUSIVO. A mesma coisa não pode pertencer com exclusividade e simultaneamente a duas ou mais pessoas. O direito de um sobre determinada coisa exclui o direito de outro sobre essa mesma coisa (*duorum vel plurium dominium in solidum esse non potest*). O proprietário pode excluir da coisa, objeto de seu direito, a ação de outrem — o *jus excludendi alios* constitui a substância do direito de propriedade.

O Código Civil reconhece expressamente esse característico quando declara, no artigo 527:

“O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.”

Ainda no caso de condomínio não desaparece esse exclusivismo, porque os condôminos são, conjuntamente, titulares do direito; o condomínio implica divisão abstrata da propriedade.

Observa aquele professor

“que o atributo da exclusividade comporta modificações, pois é possível o desmembramento de certas parcelas da propriedade e sua constituição em direitos separados, a favor de terceiros.”

Em reforço a essa observação pode ser acrescentado que a presunção do artigo 524, antes citado, não é absoluta, uma vez que admite prova em contrário.

Prosseguindo em sua explanação, aquele mestre afirma:

“Desses dois caracteres essenciais da propriedade, absoluto e exclusivo, decorre que ela é também irrevogável. Nessas

condições, por ser absoluta, tudo o que o proprietário legalmente dispuser sobre a coisa deve ser mantido e produzir os efeitos desejados; por ser exclusiva, segue-se que não pode estar na vontade de quem quer que seja a fazer cessar contra o intento do proprietário. Assim, uma vez adquirida, a propriedade em regra não pode ser perdida senão pela vontade do proprietário. É irrevogável ou perpétua, no sentido de que subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa legal extintiva...”

“Conhecidos os principais atributos do direito de propriedade, absoluto, exclusivo e irrevogável, cumpre defini-lo em face da nossa legislação. É o que faz o artigo 524, do Código Civil, quando diz: ‘O direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua’.”

“Aí se acham previstos o conteúdo positivo do direito de propriedade (usar, gozar e dispor da coisa) e sua proteção específica (o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a detenha).”

“Elementos constitutivos: – Examinemos, em primeiro lugar, o conteúdo positivo do direito de propriedade – usar, gozar e dispor dos bens –, e que corresponde aos mesmos atributos da propriedade romana, *jus utendi, fruendi et abutendi*, cujo conjunto constituía a propriedade perfeita (*plena in re potestas*).”

“O direito de usar compreende o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar consiste em fazer frutificar a coisa, auferir-lhe os produtos. O direito de dispor, o mais importante dos três,

consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem.”

“Assim, usar de uma casa é habitá-la; dela gozar, alugá-la; dela abusar ou dispor, demoli-la ou vendê-la.”

8 - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COMO DIREITO REAL DE GARANTIA

Segundo Clóvis Bevilácqua, os direitos reais têm os seguintes caracteres fundamentais:

- a) aderem imediatamente à coisa, sujeitando-a diretamente ao titular;
- b) seguem seu objeto onde quer que este se encontre — é o direito de seqüela, que constitui o apanágio do direito real;
- c) são exclusivos; nesse sentido, não é possível instalar-se direito real onde outro já exista;
- d) são providos de ação real, que prevalece contra qualquer detentor da coisa, razão pela qual preferem muitos denominá-lo de absoluto;
- e) seu número é bastante limitado, mas, além dos existentes, outros poderão ser criados; o número dos direitos pessoais, ao contrário, é infinito;
- f) finalmente, só os direitos reais são suscetíveis de posse, tese que, entretanto, comporta divergências doutrinárias.

CLASSIFICAÇÃO. Segundo a extensão de seus poderes, classificam-se os direitos reais da seguinte forma:

- I) direitos de posse, uso, gozo e disposição — a propriedade (*plena in re potestas*);
- II) direitos de posse, uso, gozo e disposição, sujeitos, porém, a restrições oriundas do direito de outrem — a enfiteuse;
- III) direitos de posse, uso, gozo, sem disposição — o usufruto e a anticrese;
- IV) direitos limitados a certas utilidades da coisa — as servidões, o uso, a habitação e as rendas expressamente constituídas sobre imóveis;
- V) direitos de garantia — o penhor, a anticrese e a hipoteca.

O professor Washington de Barros Monteiro, após enumerar novas modalidades de direito real, expressamente criadas pelo legislador, a se reunirem às demais, constantes da legislação anterior, acrescenta que:

“Outros direitos reais poderão ser ainda criados pelo legislador, ou pelas próprias partes, desde que não contrariem princípios de ordem pública. Vários autores sustentam esse ponto de vista. Realmente, texto algum proíbe, explícita ou implicitamente, a criação de novos direitos reais, ou a modificação dos direitos reais já existentes.”

O eminente professor lembra que há quem sustente que os direitos reais são *numerus clausus*. Tendo estrutura específica, só constituem direitos reais, afirma-se, aqueles que, como tais, forem admitidos pela lei.

Para o tema aqui discutido, é desinfluyente a discussão do *numerus clausus*, uma vez os novos direitos de garantia introduzidos pela nova lei foram por ela admitidos como direitos reais. É

importante, contudo, a possibilidade de modificação dos direitos reais já existentes, feita pelo próprio legislador.

Os diversos direitos reais de garantia, de que nos fala Washington de Barros Monteiro, referem-se à garantia de coisa alheia. Assim, a primeira modificação que se vislumbra, à primeira vista, é a criação de um direito real de garantia, sobre coisa própria, uma vez que o titular do crédito será, também, o titular do bem que o garante.

9 - CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Somente no artigo 22 a lei refere-se à propriedade resolúvel de coisa imóvel. A partir daquele artigo, a lei passa a referir-se à propriedade fiduciária: parágrafo único do artigo 23: "... constituição da propriedade fiduciária"; artigo 24, IV: "... cláusula da constituição da propriedade fiduciária"; artigo 25: "propriedade fiduciária do imóvel"; artigo 25, § 2º: "... efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária"; artigo 28: "... de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia"; artigo 31: "... no crédito e na propriedade fiduciária"; e artigo 33: "Aplicam-se à propriedade fiduciária, no que couber, as disposições dos arts. 647 e 648 do Código Civil."

Assim, não obstante o artigo 22 referir-se à transferência da propriedade resolúvel, essa propriedade é sempre chamada de propriedade fiduciária. Ao determinar, no artigo 33, que se apliquem à propriedade fiduciária as disposições dos artigos 647 e 648 do Código Civil, relativas à propriedade resolúvel, faz a ressalva no que couber. Na realidade, a única coisa em comum entre a propriedade resolúvel e a propriedade fiduciária é a sua revogabilidade. Assim, apenas pela sua característica de resolubilidade, a propriedade fiduciária foi designada, uma única vez, na lei, como propriedade resolúvel.

As características que a Lei 9.514 empresta à propriedade fiduciária, dentre as quais se destaca o escopo de garantia e a divisão da posse, são totalmente distintas daquelas existentes na propriedade resolúvel até então conhecida.

10 - DA PROPRIEDADE RESOLÚVEL

Resolução do domínio é a extinção ou destruição do domínio, pela qual se entende, propriamente revogação (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*).

Já verificamos que, como regra, o domínio é irrevogável. Assim, propriedade resolúvel é aquela em que o princípio da irrevogabilidade do domínio encontra-se derogado, como afirma Orlando Gomes:

“o princípio da irrevogabilidade do domínio se encontra derogado pela propriedade resolúvel, ‘porque o evento a que se subordina sua duração põe-lhe termo mesmo para o passado, por forma a que se presuma jamais ter havido alienação.’ ”
(*Apud* Jether Sottano. Doação com cláusula de reversão, *Boletim do IRIB*, julho/97).

Não há no Código Civil nenhum contrato típico ou específico do qual decorra a propriedade resolúvel. Nele foi dedicado um capítulo à propriedade resolúvel, sob o título *Da Propriedade Resolúvel*. Não obstante, nesse capítulo não se encontra qualquer definição do que seja a propriedade resolúvel. Seus dois artigos, 647 e 648, únicos que integram o capítulo, não a tipificam. Limitam-se a

estabelecer as conseqüências da resolução do domínio, em relação aos direitos reais concedidos na sua pendência, segundo as causas da resolução. A propriedade resolúvel decorre de cláusula que se adiciona ao ato para o fim de modificar uma ou algumas de suas conseqüências naturais.

Para melhor entendimento do que se acaba de afirmar, são bastante esclarecedores os ensinamentos do professor Washington de Barros Monteiro, no estudo das modalidades dos atos jurídicos.

Para ele, os atos jurídicos

“se decompõem em vários elementos: I) *essentialia negotii*; II) *naturalia negotii*; III) *accidentalia negotii*. Os primeiros são os elementos essenciais, a estrutura do ato, que lhe forma a substância, sem os quais o ato não existe. Os segundos são as conseqüências que decorrem do ato, independentemente de expressa menção. Os terceiros, finalmente, são cláusulas que se adicionam ao ato para o fim de modificar uma ou algumas de suas conseqüências.”

“Esses elementos acidentais, modificadores dos elementos naturais, são de variedade infinita, mas comumente, desde o direito romano, sem excluir outras modificações derivadas de cláusulas e pactos, se reduzem a três, que, pelos seus efeitos e pelo seu cunho de generalidade, assumem capital importância na teoria dos atos jurídicos: a condição, o termo e o modo ou encargo. Trata-se, inquestionavelmente, de elementos acidentais, porque aos atos jurídicos é dado subsistir sem a respectiva inserção ou estipulação.”

Os estudos e os conceitos emitidos pelos juristas pátrios sobre a propriedade resolúvel baseiam-se no elemento acidental – condição

-, definida no artigo 114, do Código Civil, como a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.

O artigo 119 do mesmo Código estabelece: “Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe.”

Assim, a propriedade resolúvel é aquela em cujo ato de transmissão da propriedade é inserida uma condição que modifica a irrevogabilidade da propriedade transmitida, que se torna revogável, isto é, extingue-se, quando verificada a condição.

Com efeito, a despeito do poder absoluto e exclusivo sobre a coisa, que caracteriza o domínio, há, no dizer de Lafayette Rodrigues Pereira, “uma espécie de domínio que, por virtude do título de sua constituição, é revogável ou resolúvel, fenômeno este que ocorre quando a causa de aquisição do domínio encerra em si um princípio ou uma condição resolutiva do mesmo domínio, expressa ou tácita.”

11 - DOS ESTUDOS EXISTENTES SOBRE A MATÉRIA

Recordem-se dos ensinamentos do Professor Washington de Barros Monteiro, segundo os quais os atos jurídicos decompõem-se em vários elementos, *essentialia negotii*; *naturalia negotii* e *accidentalialia negotii*, sendo este último constituído de cláusula que se adiciona ao ato para o fim de modificar uma ou algumas de suas conseqüências. Conclui-se que a propriedade resolúvel decorre desse último elemento, que no caso é uma condição resolutiva.

Nas hipóteses em que é inserida essa condição, a transmissão poderia subsistir sem a sua inserção, a qual, derivada exclusivamente da vontade das partes, derroga o princípio da irrevogabilidade da propriedade. Todavia, a resolução da propriedade fiduciária não deriva exclusivamente da vontade das partes. É dispositivo expreso na lei que o pagamento da dívida e de seus encargos resolve a propriedade fiduciária do imóvel (artigo 25). Assim, a resolução decorre necessariamente da natureza do direito a que acede, independentemente de expressa menção, ou seja, a resolução é elemento natural do negócio de alienação fiduciária.

Pela regra do artigo 117 do Código Civil, “Não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede.” Assim, na propriedade resolúvel decorrente de outros atos

jurídicos, a resolução decorre de um elemento acidental — *accidentalia negotii*, derivado exclusivamente da vontade das partes. Por seu turno, a resolução da propriedade fiduciária é uma imposição da própria lei que a tipificou. Aqueles outros atos jurídicos podem subsistir sem a condição resolutiva; no entanto, o mesmo não ocorre no contrato de alienação fiduciária, uma vez que a resolução é consequência natural desse contrato.

Para alguns autores, entre os quais o Ministro do Supremo Tribunal, José Carlos Moreira Alves, “a propriedade fiduciária apresenta, entre suas restrições, a decorrente da resolubilidade resultante da verificação da *conditio iuris* a que ela se subordina. Trata-se, pois, de uma propriedade resolúvel com peculiaridades próprias.”

Essas peculiaridades próprias da propriedade fiduciária, cuja resolubilidade resulta da verificação da *conditio iuris*, tornam-na em vários aspectos diferente da propriedade resolúvel derivada da condição estabelecida pela vontade das partes. Essas diferenças forçosamente influenciam a natureza de cada uma delas e seus reflexos no Registro de Imóveis.

12 - COMO DEVE PROCEDER O OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS?

Já verificamos que a propriedade resolúvel é uma propriedade limitada e que esse limite diz respeito, tão-somente, à duração do direito, mantendo-se intactos os demais direitos elementares. Na tipificação da alienação fiduciária, encontram-se limitações ou supressão de outros direitos elementares, como se verá mais adiante.

As poucas manifestações sobre essa nova modalidade de garantia são de juristas ligados à matéria de Registros Públicos e, a par de não examinarem a diferença entre a condição derivada da vontade das partes e aquela derivada do próprio instituto — *conditio iuris* —, são hesitantes em suas conclusões e não fornecem um entendimento uniforme, que oriente e forneça a necessária segurança de que necessita o Oficial do Registro de Imóveis para a prática dos atos a ele atribuídos pela nova lei e, em especial, no que diz respeito aos princípios da continuidade e da disponibilidade que necessariamente terão que ser observados.

Sem orientação doutrinária e desconhecendo o entendimento do Judiciário, como deverá agir o Oficial do Registro de Imóveis, com a segurança e a presteza que os atos de seu ofício exigem, quando lhe forem requisitados os serviços relativos a essas novas modalidades de garantia? Terá que aproveitar, apenas em parte, a

doutrina e a jurisprudência existentes sobre a propriedade resolúvel do Código Civil e do Decreto-Lei n. 911/69. Terá que aproveitar, também, em parte, as poucas manifestações contemporâneas à nova lei, que não são uniformes. Deverá buscar os pontos de coincidência e de diferença entre a propriedade resolúvel que já conhece e aquela decorrente da nova lei. Deverá buscar na sistemática da legislação material e formal os princípios que, aplicados com bom senso e discernimento jurídico, permitam-lhe uma melhor percepção, tanto quanto possível, da natureza dos serviços a serem prestados, assim como de suas conseqüências jurídicas.

A tarefa não será fácil. Já verificamos que a propriedade fiduciária, resolúvel em decorrência da *conditio iuris*, tem peculiaridades próprias, distintas da propriedade resolúvel, cuja resolução decorre da condição resolutiva do artigo 119 do Código Civil.

Para distingui-las, passaremos a referir-nos à primeira apenas como propriedade fiduciária, ao passo que reservaremos a denominação de propriedade resolúvel apenas para a segunda, buscando mostrar suas diferentes características.

Não nos preocupa, nestas considerações, a propriedade fiduciária de coisa móvel (Decreto-Lei n. 911/69), sobre a qual já existe uma substancial contribuição doutrinária e jurisprudencial. Nossa preocupação está voltada para a propriedade fiduciária de coisa imóvel (Lei 9.514/97), sobre a qual poucas são as manifestações já existentes.

Como ponto de partida, encontramos as considerações contidas no trabalho do advogado e assessor jurídico do IRIB, ex-Magistrado titular de uma das Varas de Registros Públicos da Capital de São Paulo, Gilberto Valente da Silva, a que ele, modestamente, denominou de *Breves considerações sobre a Lei 9.514*, apresentadas no Encontro de Catanduva, São Paulo, no qual, o professor coloca,

mais uma vez, seus conhecimentos a serviço dos Registradores de Imóveis.

Com a objetividade que imprime às suas orientações, leciona sobre os vários passos a serem dados pelo Registrador, quanto à parte que lhe cabe, no sentido de bem cumprir a nova lei, advertindo-o de que não lhe cabe examinar, do ponto de vista econômico ou sociológico, se a lei é boa ou ruim. Lembra que o Oficial terá de verificar se os requisitos inscritos no artigo 24 estão integralmente presentes no contrato; se, de acordo com a hipótese concreta, o instrumento público é ou não exigível; se há necessidade ou não da apresentação do CND do INSS e certidão de débitos relacionados com as contribuições sociais administradas pela Receita Federal; e, finalmente, o momento em que será exigido o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*.

Sugere modelos de registros para a alienação fiduciária e para a consolidação, e modelos de averbação, para o cancelamento do registro de alienação fiduciária.

Ressalta a preocupação que o Oficial deverá ter com sua responsabilidade civil e, em especial, aquela resultante da atribuição que lhe foi conferida objetivando a caracterização da mora, que permite a consolidação da propriedade do fiduciário. Utiliza sua larga experiência de ex-Magistrado e desce a minúcias quanto às cautelas e à prudência que devem nortear o procedimento da intimação para purga de mora.

Esse trabalho será de grande valia, em especial no que diz respeito à caracterização da mora do fiduciante, que autorizará o registro da consolidação da propriedade do fiduciário.

Da mesma forma, são de grande valia as considerações contidas no trabalho publicado no Boletim do IRIB de novembro de 1997, sob o título *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis (Breve Ensaio)*, de autoria de Narciso Orlandi Neto, insigne Magistrado,

também ex-Juiz de Registros Públicos de São Paulo/SP, com relevantes serviços e colaboração à Corregedoria Geral de Justiça e atual Juiz do 2º Tribunal de Alçada do Estado, além de autor de vários trabalhos.

Nesse importante trabalho já se nota uma maior preocupação relativa à tipificação do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel, da qual se extraem conclusões quanto a natureza dos direitos do fiduciante e do fiduciário, assim como de seus sucessores, por força da transmissão dos direitos do primeiro e da cessão de crédito do segundo, ambas previstas na nova lei.

Tal como Gilberto Valente da Silva, Narciso Orlandi Neto preocupa-se com os aspectos registrários, inclusive no que diz respeito à caracterização da mora. É nele que são realçadas as grandes vantagens (para o credor) no novo instituto, porque “não se subordina nem sequer aos privilégios, como a dívida ativa da Fazenda e os créditos trabalhistas. Como o bem, durante a garantia, não integra o patrimônio do fiduciante, não poderá responder por essas dívidas. Os demais credores têm, no patrimônio do fiduciante, apenas os direitos aquisitivos e a posse direta, que têm expressão econômica.”

Esse trabalho foi elogiado por Gilberto Valente da Silva, que rendeu homenagens ao autor, sem, contudo, deixar de manifestar pequenas discordâncias, entre elas a que diz respeito à forma dos títulos — escritura pública ou instrumento particular—, para as hipóteses neles versadas. É contundente, porém, a discordância quanto aos efeitos da transmissão dos direitos do fiduciante.

Nessa discordância encontra-se a grande dificuldade que terá de enfrentar o Oficial do Registro de Imóveis para bem praticar os atos que lhe são atribuídos pela nova lei. Para o exame da discordância, é necessário que, primeiramente, conclua-se sobre a natureza dos direitos do fiduciante, cuja transmissão é permitida pela lei; o

contrato que instrumentará essa transmissão; o ato a ser praticado pelo Oficial do Registro de Imóveis, a ela correspondente, o qual, embora necessário, não está expressamente previsto na lei.

Há nos apontamentos de Gilberto Valente da Silva uma indagação cuja resposta constitui o cerne da questão e que, pela sua importância, será examinada com mais detalhe, no momento oportuno.

13 - CARACTERÍSTICAS DA PROPRIEDADE RESOLÚVEL

Já ficou dito que a propriedade resolúvel é uma propriedade limitada e que essa limitação resume-se ao tempo de sua duração. Assim, tem ela todas as características da propriedade, já enumeradas, com exceção de sua irrevogabilidade, sendo assegurados ao proprietário todos os direitos arrolados no artigo 524 do Código Civil, ou seja, o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua, até que ocorra sua revogação ou extinção.

Não constitui consequência natural de nenhum ato jurídico, uma vez que decorre de um elemento accidental, constante de uma cláusula inserida nos atos jurídicos, pela vontade exclusiva das partes, e que modifica os efeitos do ato.

Entre essas cláusulas, podem ser lembradas, a título de exemplificação:

- a) a cláusula de reversão, inserida na doação (artigo 1.174 do Código Civil);
- b) a cláusula de substituição do herdeiro, legatário ou donatário (fideicomisso), inserida na disposição testamentária ou na doação (artigo 1.733 e seguintes do Código Civil);

- c) a cláusula que estabelece o pacto de retrovenda, inserida no contrato de compra e venda (artigo 1.140 e seguintes do Código Civil);
- d) a cláusula que estabelece o pacto de melhor comprador, inserida no contrato de compra e venda (artigo 1.158 e seguintes do Código Civil)
- e) a cláusula que estabelece o desfazimento da venda, quando não pago o preço até certo dia (pacto comissório), inserida no contrato de compra e venda (artigo 1.163 do Código Civil).

Releva notar, para fins de comparação com a propriedade fiduciária, que nas propriedades resolúveis decorrentes dessas cláusulas:

QUANTO À CONSOLIDAÇÃO, ocorrem independentemente de novo registro, bastando a averbação do evento que justifica a consolidação. Com a consolidação, cessa toda e qualquer limitação ao direito de propriedade, podendo o proprietário livremente dispor de seu direito, segundo suas conveniências, inclusive quanto ao melhor momento, modo, preço e apropriação dos eventuais recursos advindos da disposição.

QUANTO À RESOLUÇÃO: na primeira hipótese (a), independe de ato do fiduciante (doador), bastando que esteja vivo por ocasião da morte do donatário, e independe de novo registro, bastando a averbação do óbito do fiduciário; de igual forma, na segunda (b), a resolução também independe de ato do instituidor (testador ou doador) ou mesmo do fideicomissário, bastando que este esteja vivo, por ocasião da morte do donatário, que aceite a herança e permaneça vivo após a morte daquele a quem vai substituir (herdeiro ou legatário).

Nas três últimas (c, d e e), a resolução só ocorrerá por ato do vendedor.

Antes que ocorra a resolução, o proprietário, em favor de quem se operará a resolução (doador ou vendedor), não terá nenhum dos direitos assegurados pelo artigo 524 do Código Civil, isto é, não terá, posse e, por consequência, não terá o uso e o gozo do bem, sendo-lhe assegurado apenas exercer os atos destinados à conservação de seu direito eventual (artigo 121).

Ao doador ou ao vendedor resta, apenas, a expectativa da reaquisição.

Ao fideicomissário essa expectativa é de aquisição.

14 - PECULIARIDADES DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

No trabalho do ex-colega Jether Sottano, destaco um pequeno trecho dos ensinamentos de J.X. Carvalho de Mendonça, referindo-se à condição resolutiva, por servir ao debate que adiante se pretende fazer sobre a natureza da propriedade fiduciária:

“o negócio é concluído *como se fosse purum*, mas a declaração de vontade acrescida à da qual nasce o negócio, torna dependente a sua resolução de se verificar ou não determinado evento. O evento futuro e incerto põe fim ao negócio jurídico até então eficaz *como se fosse incondicionado*.” (grifos do autor).

Os grifos são para chamar a atenção para a expressão *como se fosse purum*. Essa expressão é utilizada para mostrar que o negócio a que ela se refere *não é* o que aparenta ou declara ser. Se o negócio *fosse purum*, o novo proprietário teria o direito perpétuo da propriedade, como efeito da transmissão. A condição resolutiva *modifica* esse efeito, tornando a propriedade temporária, isto é, até se verificar ou não determinado evento.

Já se afirmou que na propriedade fiduciária a resolução não decorre de uma *condição* com o sentido que lhe empresta o Código Civil em seu artigo 114. Pelo contrário, a teor do artigo 117 daquele

mesmo Código, essa resolução não constitui condição, mais efeito natural do contrato. Daí o nome de *conditio iuris* que lhe atribui o Ministro do Supremo Tribunal, José Carlos Moreira Alves.

Na alienação fiduciária, o negócio não é concluído *como se fosse purum*, ele é efetivamente um negócio *purum*. A sua eficácia não depende de uma declaração de vontade acrescida. A resolução, que é uma possibilidade, integra a eficácia do ato jurídico, bastando que o fiduciante cumpra a sua obrigação.

Narciso Orlandi Neto, no ensaio já aqui mencionado, embora considere que a propriedade fiduciária é a mais limitada propriedade do direito (ou tão limitada quanto o domínio direto da enfiteuse), mesmo assim busca na condição (artigo 114 e seguintes do Código Civil) as suas conclusões, ao afirmar que ela é como uma espécie de propriedade resolúvel, por ter sua vida sujeita a uma *condição*. Mais adiante procura distingui-la da propriedade plena pelo fato de, em sua constituição, estar prevista sua provisoriedade, dependente de uma *condição* ou de um *termo*.

Diante da permissão contida na Lei 9.514, para que o fiduciante, com a anuência do fiduciário, transmita os direitos de que seja titular, procura definir a natureza desses direitos. Sustenta que “o fiduciante tem, na vigência da propriedade resolúvel, direitos aquisitivos semelhantes aos do compromissário comprador, com contrato registrado: ele tem a posse direta e o direito à aquisição da propriedade, se cumprir a obrigação principal...”

Reporta-se a Caio Mário, na citação de Orlando Gomes e Pontes de Miranda, que entendem que o fiduciante tem “pretensão restitutória de natureza real.” E mais adiante afirma: “não se pode entender que o fiduciante guarde apenas a expectativa da retrocessão... Esse seu direito tem características de direito real.”

Invoca o entendimento de José Carlos Moreira Alves, segundo o qual o alienante, “enquanto pende a *conditio iuris*, torna-se titular

do direito eventual à recuperação da propriedade, direito eventual esse que é real.”

Voltando a socorrer-se de Orlando Gomes conclui que a “pretensão restitutória não pode deixar de ter, nessa engrenagem, natureza real.” Acresce a essa conclusão que a manifestação de Orlando Gomes referia-se à alienação fiduciária de coisa móvel, diferente em relação ao modo de transmissão da propriedade, mas que este é um argumento a mais para afirmar o “colorido real do direito do fiduciante.”

Antes dessa conclusão, Narciso Orlandi Neto, em outra passagem, afirma não ser preciso sustentar “a tese de que os contratos constitutivos de direitos reais estão reunidos em *numerus clausus* e exige leis que os preveja, para insistir na absoluta inutilidade do instituto sem previsão do registro...”

Segundo esse entendimento, para que o direito do fiduciante seja real, é necessária a existência de previsão do seu registro. Efetivamente, o artigo 17, § 1º da nova lei estabelece que a garantia constituída da alienação fiduciária de coisa imóvel é direito real. Todavia, o direito real a que se refere esse dispositivo é o do credor (fiduciário), e não o do devedor (fiduciante).

Em relação ao fiduciante, não há na Lei 9.514 qualquer dispositivo que afirme *ser direito real* aquele de que é titular o *fiduciante*.

Não obstante os conceitos emitidos por Narciso Orlandi Neto e pelos eminentes juristas por ele citado, o direito do fiduciante:

- a) é semelhante aos do compromissário comprador, com contrato registrado (Narciso Orlandi Neto);
- b) contém pretensão restitutória de natureza real (Caio Mário, que cita Orlando Gomes e Pontes de Miranda);
- c) tem características de direito real (Narciso Orlandi Neto);

- d) é direito eventual à recuperação da propriedade, direito eventual esse que é real (José Carlos Moreira Alves);
- e) a pretensão restitutória não pode deixar de ter, nessa engrenagem, natureza real (Orlando Gomes); e
- f) tem colorido real o direito do fiduciante (Narciso Orlandi Neto).

No trabalho de Gilberto Valente da Silva, também se encontra a afirmação de que o direito do fiduciante é um direito real. Se os direitos reais são *numerus clausus*, isto é, dependem de lei que assim os defina, em que lei o direito do fiduciante estaria definido como direito real?

Para Narciso Orlandi Neto, o direito do fiduciante é um direito real por ser semelhante ao do promitente comprador, com contrato registrado. Estaria ele afirmando que esse direito é *real*, por analogia? E para os demais seria *direito real*, mesmo sem previsão legal, inclusive de seu registro?

A respeitabilidade adquirida pelos mencionados mestres e por outros de igual envergadura não permite essas apressadas conclusões. Por isso é necessário que se busquem outras motivações que melhor justifiquem aquelas afirmações.

Para o professor Washington de Barros Monteiro:

“Outros direitos reais poderão ser ainda criados pelo legislador, ou *pelas próprias partes*, desde que não contrariem princípios de ordem pública. Vários autores sustentam esse ponto de vista. Realmente, texto algum proíbe, explícita ou implicitamente, a criação de novos direitos reais, ou a modificação dos direitos reais já existentes.”

Já transcrevemos entendimento desse civilista, afirmando que o direito de propriedade é “o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas. Dele pode dizer-se, com Scuto, ser a pedra fundamental de todo o direito privado.”

Outra não é a conclusão extraída do artigo 674 do Código Civil: “São direitos reais, além da propriedade...” Se a propriedade é o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas, é nela que se há de encontrar a natureza real do direito do fiduciante.

Narciso Orlandi Neto afirma que a provisoriedade da *propriedade fiduciária* decorre de uma *condição* ou de um *termo*. Sabido que são distintos os conceitos de condição e termo, seria necessário fixar-se em um deles. Todavia, já afirmamos que a resolução da propriedade fiduciária não decorre de uma condição, e menos ainda de um termo, tal como prevista no Código Civil, a qual deriva exclusivamente da vontade das partes.

A resolução da propriedade fiduciária é da essência do contrato de alienação fiduciária. O respeito ao nome de *conditio iuris* com que a designa o eminente ministro José Carlos Moreira Alves, obriga-nos, também, a levar em conta a sua afirmação de que essa propriedade resolúvel tem peculiaridades próprias, as quais, na realidade, significam a modificação de um direito real existente, tal como admitido pelo professor Washington de Barros Monteiro, para quem texto algum proíbe, explícita ou implicitamente, a criação de novos direitos reais, ou a modificação dos direitos reais já existentes.

Para Teixeira de Freitas o domínio pode ser perfeito ou imperfeito. 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 artigo 647, ao referir-se àquele em cujo favor opera-se a resolução, faz referência expressa ao *proprietário*. Já no artigo 648, ao referir-se à resolução por outra causa superveniente, que não seja nenhuma daquelas previstas no artigo 647, considera o possuidor, que o tiver adquirido por título anterior à resolução, o *proprietário perfeito*. Ora, se houver uma aquisição anterior que só pela resolução por outra causa superveniente — que não seja nenhuma daquelas previstas no artigo 147 —, a propriedade torna-se perfeita, é forçoso concluir que antes dessa resolução havia uma *propriedade imperfeita*.

Nesse dispositivo, a pessoa em cujo benefício houve a resolução não mais é designada *proprietária*.

Nesses dois dispositivos manifesta-se de forma clara a dicotomia do domínio em *perfeito e imperfeito*, defendida por Teixeira de Freitas.

Com efeito, cuidam esses artigos da resolução:

1) segundo se opere pelo implemento da condição ou pelo evento do termo (artigo 147). Nesta hipótese, o fiduciante é chamado de proprietário, em cujo favor opera-se a resolução; e
2) segundo se opere por outra causa superveniente (artigo 648). Nesta hipótese, o possuidor que o tiver adquirido por título anterior à resolução será considerado proprietário perfeito. A conclusão lógica é que, antes de verificada essa causa superveniente, o possuidor era proprietário imperfeito.

Da mesma forma, aquele em favor de quem se opera a resolução, pelas causas enumeradas no artigo 647, é nela designado *proprietário*; Deixa, porém, de ser assim designado, quando o possuidor torna-se proprietário perfeito.

É forçoso concluir, nessa linha de raciocínio, que, durante a existência da propriedade resolúvel, existem duas propriedades imperfeitas, desaparecendo uma quando a outra se torna perfeita.

Esse entendimento justifica a afirmação do autor do anteprojeto do novo Código Civil, Orlando Gomes, para o qual:

“os negócios de natureza fiduciária do direito positivo brasileiro contemplam a transmissão de uma propriedade limitada ao fiduciário, sob condição, investindo-se este da qualidade de proprietário sob condição resolutiva, enquanto que o fiduciante, que a transmitiu, é investido da qualidade de proprietário sob condição suspensiva, como que um proprietário potencial, titular de um direito expectativo que será convertido em direito adquirido tão logo pague a dívida, na hipótese da alienação fiduciária em garantia.”

Esse entendimento excepciona o princípio da exclusividade da propriedade. Não há como negar que esse princípio já se encontra excepcionado em outras propriedades resolúveis, como ocorre com o domínio direto e o domínio útil da enfiteuse. Enquanto não resolvido, pelo comisso, o domínio útil (artigo 692, II, do Código Civil), ou, pelo resgate, o domínio direto (artigo 693), subsiste a dicotomia do domínio em domínio direto e domínio útil.

Na propriedade resolúvel tradicional, enquanto não se opera a resolução, o fiduciário reúne todos os poderes assegurados ao proprietário (usar, gozar e dispor), enquanto que o fiduciante, que a transmitiu, e que, no dizer de Orlando Gomes, é investido da qualidade de proprietário sob condição suspensiva, não pode exercer nenhum daqueles direitos.

Na alienação fiduciária em garantia, o fiduciante tem apenas alguns dos seus direitos sob condição suspensiva, uma vez que, mesmo antes que ocorra a resolução, exerce direitos que compõem a propriedade — é dele o direito de usar e gozar, assegurado pela posse direta.

Por seu turno, a propriedade do fiduciário não derroga apenas o princípio da irrevogabilidade da propriedade. Em razão do caráter fiduciário da propriedade, a sua limitação envolve a própria posse, com o respectivo uso e gozo.

Que aquisição de *propriedade resolúvel* é essa, para a qual não se exige o pagamento do imposto de transmissão, por se entender que o bem é transmitido com o escopo de garantia? Que propriedade é essa na qual o novo titular não pode dela usar nem gozar? Que propriedade resolúvel é essa, cuja consolidação depende de um novo registro e do pagamento do imposto de transmissão? Que propriedade resolúvel é essa que, mesmo depois de consolidada, não se torna perfeita, uma vez que continua sendo limitada pelas restrições à livre disposição?

Por outro lado, a transmissão (alienação) implica na perda da propriedade imóvel (artigo 589 do Código Civil) e, conseqüentemente, dos direitos inerentes à propriedade.

Que transmissão de *propriedade resolúvel* é essa, em que são assegurados ao alienante os direitos de proprietário, de que trata o artigo 524 do C.C., ou seja, os direitos de usar, gozar e até mesmo dispor, embora este último dependa da anuência do credor?

Ressalta do contexto da Lei 9.514 que a transmissão da propriedade resolúvel, como parte integrante do contrato de alienação fiduciária, não significa a perda da propriedade pelo fiduciante, nem seu ingresso no patrimônio do fiduciário. A perda da propriedade, com o caráter que lhe empresta o Código Civil, somente ocorrerá quando, não pagas as prestações e seus encargos, consolidar-se a propriedade do fiduciário e, ainda, se for ela alienada no primeiro leilão, pelo valor estipulado no contrato; se for ela alienada no segundo leilão, por valor igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais; com a extinção

da dívida e respectiva quitação, caso no primeiro e no segundo leilão os maiores lances não alcancem os valores mínimos supra mencionados.

Trata-se, pois, de transmissão e aquisição, a que não se podem aplicar, de forma intransigente e dogmática, os conceitos tradicionais da propriedade e da própria alienação, em que a afirmação de J. X. Carvalho de Mendonça, poderia ser assim interpretada:

. o contrato de alienação fiduciária é concluído *como se fosse* uma transmissão de propriedade, "mas a declaração de vontade acrescida à da qual nasce o negócio" é de que o imóvel fique em nome do credor, não como uma propriedade sua, mas apenas e tão-somente com o escopo de garantir o seu crédito, até que ocorra o pagamento do débito e seus encargos;

. o contrato é de financiamento. A transmissão opera-se como acessório do contrato principal. O escopo de garantir retira do negócio jurídico qualquer manifestação de vontade de transmissão ou aquisição da propriedade, ainda que resolúvel, como conhecida no nosso direito. As manifestações de vontade do devedor e do credor são, respectivamente, as de garantir e garantir-se.

A existência dessa *propriedade fiduciária*, consagrada e tipificada pela Lei 9.514, exige o seu exame à luz de suas origens, porque, embora seja, também, uma propriedade resolúvel, suas origens não são exatamente as da propriedade resolúvel até aqui estudada.

A propriedade resolúvel, também chamada de *propriedade fiduciária*, tem sua origem no direito romano. Fiduciário deriva da palavra latina *fiducia*, de *fidere* (confiar), tida como a própria

confiança ou fidelidade, querendo, assim, significar o pontual e exato cumprimento do dever. Na terminologia do Direito Romano, significava a venda fictícia ou a venda que se fazia ao credor, com a condição de ser desfeita, ou de ser transferido novamente o bem ao devedor, quando este pagasse integralmente a dívida. (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*).

O desfazimento da venda ou a transferência do bem, novamente, para o credor, quando não assegurado na lei, depende de confiança.

A condição de ser desfeita ou de ser novamente transferido o bem ao anterior proprietário está regulada no Código Civil (condição resolutiva) e em leis esparsas. Na Lei 9.514, a resolução é condição essencial do contrato de alienação fiduciária. Assim, no atual estágio do direito brasileiro, a *fiducia* não tem mais aquele significado de confiança.

Em sua tese de mestrado intitulada *Negócio Fiduciário - Patrimônio de Afetação - Propriedade Fiduciária*, o culto e inteligente advogado, hoje também professor, Melhim Namem Chalhub, traz-nos um estudo de profundidade sobre o negócio fiduciário. Sua pesquisa envolve o pensamento de autores dos mais diversos países da Europa e das Américas. Face à existência, em todos os países pesquisados, de legislação específica sobre a matéria, retirando o seu caráter de confiança, os estudiosos da matéria preferem o título de *fiducia* legal para diferenciá-la da *fiducia* pura.

Destaca Melhim Chalhub a construção doutrinária que busca na aclimatação do instituto anglo-saxão do *trust* “a construção de instituto similar, nos países de tradição legislativa romana, delineando-se princípios que se harmonizem com seus dogmas e, ao mesmo passo, conservem os elementos que dão utilidade prática ao *trust*.”

Lembra que, “no Brasil, à tentativa de adaptação do instituto, no anteprojeto do Código de Obrigações, seguiu-se toda uma legislação esparsa em que se assimila, caso a caso, a idéia básica do instituto anglo-saxão, em articulação com os princípios da fidúcia.”

Sublinha que “Em todo esse processo, ressaltam como traços característicos da fiducia regulada por lei: 1) a criação de um direito real limitado — propriedade fiduciária, e 2) o patrimônio autônomo que se constitui com os bens transferidos em caráter fiduciário.”

Cita, nessa legislação esparsa, a Lei 8.668/93, que regula os Fundos de Investimento Imobiliário. Com efeito, nessa lei, essa tentativa de adaptação mostra-se clara nos artigos 6º e 7º, I, da Lei 8.668/93:

“Art. 6º. O patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora, em caráter fiduciário.”

“Art. 7º. Os bens e direitos integrantes do fundo (...), bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta (administradora), observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:

I - não integram o ativo da administradora.”

Assim, o bem imóvel será adquirido pela administradora e registrado em seu nome; contudo, o proprietário do bem será o Fundo por ela administrado.

Não pode haver dúvida de que a Lei 9.514 constitui uma dessas legislações esparsas, criando o direito real limitado — a propriedade fiduciária —, com características próprias, na qual se inclui a existência do patrimônio separado (artigo 10, II).

A referência ao *patrimônio separado* é feita de forma expressa no artigo 11, estabelecendo que os créditos objeto do regime fiduciário constituem *patrimônio separado*, que não se confunde com o da companhia securitizadora. A idéia de *patrimônio separado* ou *patrimônio de afetação* rompe com o conceito tradicional, segundo o qual o patrimônio é um conjunto de direitos e obrigações que integra o ativo e o passivo do seu titular, chegando mesmo a ser considerado como prolongamento da personalidade.

Na tese de mestrado de Melhim Chalhub encontram-se manifestações de renomados juristas pátrios sobre o *patrimônio de afetação*.

Para o Professor Orlando Gomes a idéia da afetação explica a possibilidade de existência de patrimônios especiais.

Constatou Melhim Chalhub que:

“Essa idéia foi enunciada pela primeira vez por Brinz para explicar a natureza da pessoa jurídica e consiste numa restrição pela qual determinados bens se dispõem, para servir a fim desejado, limitando-se, por este modo, a ação dos credores.”

“É a chamada teoria da afetação, pela qual se admite a segregação patrimonial ou a divisão de um patrimônio comum segundo certos encargos que se impõem a certos bens, que passariam a ficar vinculados a determinada finalidade. Segundo essa teoria, é possível a existência de várias massas patrimoniais independentes, constituídas com a precípua finalidade de se alcançar determinados fins jurídicos ou econômicos. Para a constituição desses patrimônios de afetação, *não é absolutamente necessário que o bem seja retirado do patrimônio do titular*, mas sim, que seja imobilizado para atender a determinada finalidade, sempre mediante expressa autorização legal...” (grifos do autor).

Cita o mestre Caio Mário da Silva Pereira, para quem:

“A idéia tem feito carreira ultimamente. Os bens, objeto da afetação, a nosso ver, acham-se, sem dúvida, vinculados ao fim, encontram-se gravados de encargo, ou são objeto de restrição. Assim entendendo, aprovamos a disposição contida no Projeto de novo Código Civil, que autoriza separar do patrimônio da pessoa um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, seja por mandamento legal, seja por destinação do titular. Separados do patrimônio, e *afetados* a um fim, são tratados como bens independentes do patrimônio geral do indivíduo. A afetação, porém, implicará composição de um patrimônio sem se verificar a criação de uma personalidade, como se dá com as fundações. *Caso contrário, eles se prendem ao fim, porém continuam encravados no patrimônio do sujeito.* Não há, pois, razão para romper com a concepção tradicional da unidade do patrimônio, com a qual se concilia a idéia de poderem existir no patrimônio massas de bens objetivamente considerados: bens dotais, bens de ausentes, bens da herança, etc.”

Na elaboração da Lei 9.514, foram aproveitadas e adaptadas as disposições sobre propriedade fiduciária de coisa móvel constante do artigo 1.360, do Projeto de novo Código Civil a que se refere o professor Caio Mário.

A derrogação dos princípios da irrevogabilidade e da exclusividade do domínio é uma decorrência inevitável da fidúcia legal, na adaptação da *fiducia* de origem latina à idéia do *trust*. A derrogação do primeiro princípio é reconhecida de forma expressa por Orlando Gomes. A segunda é também por ele reconhecida, de

forma implícita, ao admitir a coexistência da propriedade sob condição suspensiva com a propriedade sob condição resolutiva.

Por outro lado, já existe uma exceção expressa ao princípio da exclusividade, estabelecida no Código Civil, referente à enfiteuse. Só a aceitação de que a propriedade fiduciária excepciona o princípio da exclusividade da propriedade justifica a unanimidade em torno da natureza real do direito do fiduciante — é a aceitação de que o direito do fiduciante é real por ser direito de propriedade, ainda que sob condição suspensiva, ou por ser propriedade imperfeita.

É certo que, a teor do artigo 118, subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto essa não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa. Não é menos certo, porém, que o artigo 118 cuida daquela condição decorrente exclusivamente da vontade das partes e não da *conditio iuris* para a qual nenhuma influência tem a vontade das mesmas.

Na adaptação da fidúcia latina à idéia do *trust*, como vem ocorrendo em toda a legislação moderna, inclusive no Brasil, de cuja adaptação a própria Lei 9.514 é exemplo, não se pode olvidar que, na resolubilidade decorrente de uma condição legal, devem ser aplicados princípios outros que não apenas os da condição prevista no Código Civil.

Não há que se falar em aquisição da propriedade somente após o advento da condição suspensiva, uma vez que a alienação fiduciária em garantia pressupõe que o fiduciante tenha, antes dela, o domínio que Teixeira de Freitas designa de domínio perfeito. A alienação fiduciária suspende apenas parte do exercício dos direitos inerentes a esse domínio, que por isso se torna imperfeito, no dizer de Teixeira de Freitas, ou sob condição suspensiva, no dizer de Orlando Gomes.

Só a existência desse domínio, ainda que imperfeito, como admitido por Teixeira de Freitas, justifica a unanimidade no entendimento de nossos civilistas, segundo o qual é real o direito do

fiduciante, sem preocupação em buscar lei que assim o defina. É que, sendo direito de propriedade (mesmo que imperfeito), sua natureza real decorre do artigo 674 do próprio Código Civil.

15 - DOS DIREITOS DO FIDUCIÁRIO NA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

O direito do fiduciário é um direito real, por estar assim definido na Lei 9.514, e também por ser propriedade resolúvel (propriedade limitada ou propriedade imperfeita), diferente, entretanto, do direito que tradicionalmente é atribuído ao titular da propriedade resolúvel. A fidúcia legal atribui essa titularidade apenas para separar esse patrimônio do patrimônio geral do fiduciante, face ao escopo de garantia. A redução desses direitos é de tal ordem que, não fora a designação da lei, não se poderia falar em propriedade — não contém o uso e o gozo da propriedade.

A sua propriedade plena depende de um novo registro. Somente por ocasião desse novo registro será devido o imposto de transmissão. Somente o segundo registro retira, em definitivo, o bem do patrimônio do devedor. O primeiro registro constitui a propriedade fiduciária como direito real de garantia e não de propriedade; daí porque somente no segundo considera-se devido o imposto de transmissão. Mesmo depois do segundo registro, que será feito a título de consolidação, a propriedade não se tornará plena (perfeita) para o fiduciário, continuando limitada na sua disposição.

A livre disposição é faculdade que permite ao proprietário decidir sobre a conveniência, a oportunidade, a forma, o preço e as condições, assim como se apropriar do produto da alienação. Na propriedade fiduciária, a disposição deixa de ser faculdade para ser obrigação, sem direito de ser examinada a conveniência, a oportunidade, a forma, o preço e as condições. Além disso, não se poderá apropriar, por inteiro, do produto da alienação.

Essa limitação, que permanece mesmo depois da consolidação, obriga o fiduciário a alienar o imóvel, independentemente de sua conveniência:

- a) a oportunidade da alienação dar-se-á no prazo de trinta dias, contados do registro da consolidação, se no primeiro leilão o valor for igual ou superior ao estabelecido, para esse fim, no contrato de alienação fiduciária, ou de quinze dias, contados da data do primeiro leilão, se no primeiro não forem atendidas aquelas condições;
- b) a forma, será em público leilão;
- c) o preço será o do melhor lance oferecido;
- d) a condição é de que o preço seja igual ou superior ao estabelecido, para esse fim, no contrato de alienação fiduciária, caso a venda ocorra no primeiro leilão, ou que seja igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais, caso a venda opere-se no segundo leilão;
- e) a apropriação será apenas do quanto baste para o pagamento do seu crédito.

Não preenchidas as condições para a venda, quer no primeiro, quer no segundo leilão, o credor (fiduciário) terá que dar ao devedor quitação da dívida. Somente após a quitação da dívida adquire o

credor, novo proprietário, a plenitude dos direitos a ela inerentes, ou seja, torna-se proprietário perfeito.

Diante dessas limitações, não é fácil encontrar no Código Civil a que título o fiduciário, finalmente, torna-se proprietário pleno, caso tenha adquirido a propriedade resolúvel pelo registro da alienação fiduciária. Se consolidou essa propriedade pelo novo registro, como justificar que somente após a quitação ao devedor cessem as restrições? Não seria absurdo concluir que a verdadeira causa da aquisição será uma dação em pagamento, feita de forma compulsória.

16 - DOS DIREITOS DO FIDUCIANTE NA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

A incontestável adaptação do instituto do *trust* à legislação brasileira, cujas características são encontradas na Lei 9.514, inclusive as relativas ao patrimônio de afetação, permite que se busque em autores alienígenas a explicação para a existência simultânea de duas propriedades sob condições.

Na tese de mestrado de Melhim Chalhub, já aqui citada, são trazidas ao nosso conhecimento algumas explicações desses autores, para a existência de duas propriedades distintas, que afirmamos existir na propriedade fiduciária.

Do autor mexicano Cervantes Ahumada, extraímos a seguinte afirmação:

“...e porque, em qualquer caso, se se tratar de direitos dominicais, estes terão sido retirados do regime normal da propriedade para colocar-se sob o regime da propriedade fiduciária.”

Na doutrina alemã, defendida por Dernburg, Jaeger, Endemann, encontramos a existência de dois direitos de propriedade distintos:

“... um tendo como titular o fiduciante e outro tendo como titular o fiduciário, admitindo que o fiduciário adquire a propriedade externa ou formal e que o fiduciante conserva a propriedade material.”

Não pode haver dúvida de que o artigo 6º da Lei 8.668/93, ao estabelecer que o patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora, em caráter fiduciário, está aplicando na legislação brasileira aquela doutrina alemã, na qual se observa a dicotomia da propriedade em *propriedade formal* (registrada em nome da administradora) e *propriedade material* (que integra o patrimônio do Fundo).

A propriedade formal será da administradora, uma vez que o imóvel será registrado em seu nome, mas a propriedade material será do Fundo, uma vez que, por força da citada lei, os bens adquiridos pela administradora constituirão o patrimônio do Fundo.

Não será outro o resultado, se for aplicado o entendimento de De Wolf e Nipperdey, segundo o qual:

“o fiduciário é proprietário *erga omnes*, exceto perante o fiduciante, que, na relação jurídica com o fiduciário, continua a ser o proprietário.”

O escopo de garantia com que a propriedade resolúvel é transmitida encontra sua explicação no entendimento de Westermann:

“a propriedade fiduciária confere ao fiduciário um direito de garantia preferencial, não tendo a relação jurídica entre fiduciário e fiduciante a eficácia de transmissão de propriedade, senão um pacto com finalidade de garantia.”

O eminente ministro do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, encontrou no próprio Código Civil a explicação para a existência das duas propriedades. Para ele, o direito do fiduciante é um direito eventual que é real. Direito eventual, segundo o artigo 121 do Código Civil, é direito sob condição suspensiva, o que confirma o entendimento de Orlando Gomes, segundo o qual, há na propriedade fiduciária duas condições: uma resolutiva, referente ao fiduciário, e outra suspensiva, relativa ao fiduciante.

Na alienação fiduciária de coisa imóvel, a transmissão da propriedade resolúvel não inclui o uso e o gozo da propriedade, o que reforça a sustentação da permanência do direito de proprietário, sob condição suspensiva, do fiduciante.

17 - DA NATUREZA E DA FORMA DOS ATOS A SEREM PRATICADOS NO REGISTRO DE IMÓVEIS

Segundo Afrânio de Carvalho, na legislação anterior, o termo *transcrição* era utilizado para as transmissões, enquanto que o termo *inscrição* era reservado para todos os direitos reais (*Registro de Imóveis - Comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1.973, com as alterações da Lei 6.216, de 1.975*).

A Lei 6.015/73, em seu artigo 167, estabelece que no Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I) o registro; e II) a averbação. Por seu turno, o artigo 168 estabelece que, na designação genérica de registro, consideram-se englobadas a inscrição e a transcrição a que se referem as leis civis.

Assim, são dois os atos a serem praticados: registro e averbação. Quais serão os atos de registro e quais serão os de averbação decorrentes da Lei 9.514?

O artigo 676 do Código Civil estabelece:

“Art. 676. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no registro de imóveis, dos referidos títulos (artigos 530, I, e 856), salvo os casos expressos neste Código.”

Dessa forma, serão atos de *registro* os que se referirem à constituição ou à transmissão de direitos reais, como estabelecido no citado artigo 676 do Código Civil, combinado com o artigo 168 da Lei 6.015. Serão atos de averbação os enumerados no n. II, do artigo 167, e no parágrafo único do artigo 246 da Lei 6.015, e aqueles que a própria Lei 9.514 assim o determinar.

Diante desses dispositivos é que deve ser examinada a natureza do ato a ser praticado, nas hipóteses previstas na Lei 9.514, ou dela decorrentes. Assim, a aquisição da propriedade plena do fiduciante, seja ela anterior ou concomitante com o da alienação fiduciária, dará origem a um ato de *registro*.

Ora, a propriedade fiduciária de coisa imóvel é constituída mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Por conseguinte, é a própria lei que determina que o ato é de *registro* (artigo 23).

Há divergências quanto ao título a ser atribuído a esse registro. Para uns, o registro refere-se à transmissão da propriedade resolúvel, pelo contrato de alienação fiduciária, e, por isso, o título que lhe deve ser atribuído é de *Alienação Fiduciária*.

Entendo que a alienação fiduciária transmite a propriedade resolúvel como parte integrante de um contrato de financiamento, em que a transmissão tem o escopo de garanti-lo. Como já demonstrado, a propriedade resolúvel transmitida só se assemelha à propriedade resolúvel, objeto de outros registros, no tempo de sua duração. Por isso, o legislador preferiu falar em *registro da constituição da propriedade fiduciária*, ao invés de *registro da transmissão da propriedade resolúvel*. Por esse motivo e até para deixar claro que com a alienação fiduciária o imóvel foi *retirado do regime normal* da propriedade para colocar-se sob o *regime da propriedade fiduciária* — deixando nítida a distinção existente entre propriedade resolúvel e propriedade fiduciária —, entendo, com

amparo no citado artigo 23, que o título desse registro deve ser *Constituição de Propriedade Fiduciária*. Por outro lado, esse título mantém coerência com o artigo 25, § 2º, segundo o qual, à vista do termo de quitação, o Oficial efetuará o cancelamento do *registro da propriedade fiduciária*. Se o registro fosse da *alienação fiduciária*, como pretendem alguns, o cancelamento teria que ser do registro da alienação fiduciária.

Ao registro da constituição da propriedade fiduciária poderão seguir-se outros atos, a saber:

a) o relativo à cessão do crédito do fiduciário para uma companhia securitizadora.

A lei previu essa cessão, sem contudo estabelecer como se dará o seu acesso ao registro, além de definir a alienação fiduciária de coisa imóvel como garantia. A cessão do crédito implica na transferência (transmissão) ao cessionário de todos os direitos e obrigações, inerentes à propriedade fiduciária em garantia. A alienação fiduciária de coisa imóvel é direito real — os direitos reais transmitidos só se adquirem por ato de *registro* (artigo 676 do Código Civil). Assim, será objeto de *registro* a transferência da propriedade fiduciária, resultante da cessão do crédito do fiduciário.

b) o relativo à instituição do regime fiduciário sobre o crédito imobiliário, pelo termo de securitização de créditos, que, a teor do parágrafo único do artigo 10 da Lei 9.514, será ato de *averbação*.

c) o relativo à extinção do regime fiduciário sobre o crédito imobiliário. O § 1º do artigo 16 estabelece que o termo de quitação, fornecido pelo agente fiduciário, à companhia securitizadora, servirá para a baixa no competente Registro de Imóveis.

O termo de quitação extingue o regime fiduciário: a extinção dos ônus e direitos reais faz-se por cancelamento, que é ato de *averbação* (artigo 167, II, 2, da Lei 6.015).

d) o relativo ao cancelamento do registro da propriedade fiduciária, à vista do termo de quitação. A propriedade fiduciária é direito real e o seu cancelamento faz-se por ato de averbação (artigo 167, II, 2, da Lei 6.015).

e) os relativos à caracterização da mora do fiduciante são atos não previstos na Lei dos Registros Públicos, mas constituem atribuições conferidas ao Oficial, pela Lei 9.514/97, de intimar o fiduciante para o pagamento, receber as quantias devidas por ele, entregando-as ao fiduciário caso ocorra a purga da mora, e certificar a não-ocorrência desta.

f) o relativo à consolidação da propriedade em nome do fiduciário, que o § 7º do artigo 26, determina que seja ato de *registro*.

Os atos aqui referidos podem não ocorrer, necessariamente, nessa ordem. Além disso, entre um e outro ato poderão surgir outros, tais como:

g) a transmissão, pelo fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, dos direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

A lei reconhece a titularidade de direitos do fiduciante sobre o imóvel e permite a sua *transmissão*, condicionada à anuência do fiduciário. Não previu, entretanto, a natureza do ato a ser praticado no Registro de Imóveis: registro ou averbação.

Em outro ponto deste trabalho já fiz referência às importantes contribuições para o tema que nos foram trazidas por Gilberto Valente da Silva e Narciso Orlandi Neto. Deixei para este momento, por considerá-lo o mais oportuno, o exame da contundente discordância do primeiro em relação às conclusões do segundo, quanto aos efeitos da transmissão dos direitos do fiduciante.

A discordância de Gilberto Valente da Silva é manifestada na seguinte indagação:

“como procederá na prática se o cessionário do fiduciante cumprir todas as obrigações que lhe foram encarregadas com a cessão e receber do fiduciário a quitação, postulando o cancelamento do registro da transmissão feito por força da alienação fiduciária.”

Na tentativa de oferecer resposta à sua própria pergunta, concluiu pela necessidade de um novo título, além da cessão, para que o cessionário do direito do fiduciante torne-se proprietário, quando e caso ocorra a resolução da alienação fiduciária. Assim, no seu entendimento, para registrar uma eventual alienação que venha a ser feita pelo cessionário do fiduciante, após a resolução da alienação fiduciária, deverá o registrador exigir que primeiro seja registrado o título de propriedade do alienante, não servindo como tal o registro ou a averbação da cessão.

Justifica nas considerações:

“a averbação da cessão é ato acessório do principal, que é o registro da alienação fiduciária. Cancelado o registro, fica, segundo penso, difícil sustentar que a averbação, acessório, subsista ao cancelamento do principal pela quitação.

Por outro lado, pela averbação da cessão se transmite o direito real do fiduciante ao cessionário que, entretanto, não se tornará proprietário senão quando um título de transmissão do domínio acessar a matrícula.

Parece, sem dúvida, que cumpridas pelo cessionário as obrigações assumidas pelo primitivo fiduciante, uma vez

cancelado o registro da alienação, necessita ele de um título para se tornar proprietário.”

Nota-se uma certa hesitação quando Gilberto Valente da Silva evita fazer afirmações definitivas, como é de seu hábito, preferindo usar as expressões próprias de quem ainda não está suficientemente convencido, tais como: *fica, segundo penso, difícil sustentar, parece, sem dúvida*; e, outra utilizada mais adiante, *parece evidente*. Preferiu indagar ao invés de afirmar. A indagação é mais importante do que a hesitante resposta oferecida. Foi ela que me obrigou a uma maior reflexão.

Se, num primeiro momento, não havia atentado para a importância do tema, a indagação motivou-me a buscar a que espécie de direito pertence o direito do fiduciante, que ele, Gilberto Valente da Silva, reconhece ser um direito real. De qualquer forma, as eventuais discordâncias somente valorizam a indagação. Demonstrado algum equívoco, quer quanto à resposta de Narciso Orlandi Neto, quer quanto à de Gilberto Valente da Silva, o prestígio de que gozam não sofrerá qualquer abalo. Ao saírem na frente, em matéria inédita, assumiram conscientemente os riscos das críticas. Entre serem criticados pela omissão ou por eventuais falhas na contribuição, tiveram a coragem de preferir esta última. É na hesitação de Gilberto Valente da Silva que busco amparo para a ousadia de discordar da conclusão, na esperança de trazer novos argumentos que permitam àqueles juristas um reexame da matéria.

É uniforme o entendimento de Gilberto Valente da Silva, Narciso Orlandi Neto e demais civilistas já citados de que o direito do fiduciante é *direito real*. No entanto, para concluir que a transmissão desse direito real deve ser *averbada*, Narciso Orlandi Neto preferiu falar na subrogação dela decorrente. Na realidade, o

que terá de acessar ao registro é a transmissão do direito real, não a subrogação, que é consequência da transmissão.

Analisando o ato, não pela transmissão, mas pela sua consequência — a subrogação —, para ele, o ato de *averbação* estaria amparado no parágrafo único do artigo 246 da Lei 6.015.

Gilberto Valente da Silva considerou que a transmissão dos direitos do fiduciante constitui modificação do registro do fiduciário. Por conseguinte, como ocorrência que, de qualquer modo, altere o registro, deve dar origem a uma averbação, que estaria, também, amparada no citado parágrafo único do artigo 246. Entendendo que se trata de um ato acessório do registro feito em favor do fiduciário, conclui que, cancelado o registro do fiduciário, por via de consequência cessariam os efeitos da averbação.

Essa conclusão cria um impasse que, a meu ver, é insuperável. É juridicamente impossível àquele a quem o fiduciante transmitiu os seus direitos obter um novo título. Esse novo título não poderá ser fornecido pelo fiduciante, porque este ficou despojado de todos os direitos, quando os transmitiu. Também não poderá ser fornecido pelo fiduciário, porque a este não restará qualquer direito após o cancelamento de seu registro.

Não havendo litígio, uma vez que foram cumpridas integral e espontaneamente todas as obrigações do fiduciante, do fiduciário e do próprio sucessor do fiduciante, não é concebível que haja necessidade de intervenção do Judiciário para que este último torne-se proprietário.

Afirma Narciso Orlandi Neto:

“... porque o direito mais relevante é exatamente o de adquirir a propriedade quando da quitação da dívida.”

Na realidade, o direito do fiduciante não é o de adquirir a propriedade; o seu direito é o de cancelar a propriedade limitada do fiduciário (ou propriedade imperfeita, segundo Teixeira de Freitas). Enquanto não cancelada, isto é, enquanto o imóvel não voltar ao regime normal da propriedade, o fiduciante não fica despojado por inteiro de sua propriedade, uma vez que, como já demonstrado, manteve o uso, o gozo e até mesmo a disposição, embora esta esteja condicionada à concordância do fiduciário. Durante esse período, o fiduciante é proprietário sob condição suspensiva, segundo Orlando Gomes, ou proprietário imperfeito, segundo Teixeira de Freitas.

Portanto, o direito mais relevante é exatamente o de proprietário sob condição suspensiva, ou de proprietário imperfeito, ou, ainda, de proprietário material, se admitida, como já afirmado, a existência da propriedade material e da propriedade formal.

De qualquer forma, o direito do fiduciante é direito de propriedade, e só por isso pode ser considerado real, como admitido por todos os tratadistas citados. Essa relevância exige que se busque solução que não torne inócua a transmissão.

A nova lei silenciou quanto ao acesso da *transmissão dos direitos do fiduciante ao Registro de Imóveis*. Não obstante, ele é imprescindível, para que aquele a quem o fiduciante transmita o seu direito possa adquiri-lo, substituindo-o na posição que ostentava. Também não estabeleceu modo especial para a transferência. A cessão de crédito é modalidade de transferência de crédito, aplicável à cessão de outros direitos para os quais não haja modo especial de transferência (artigo 1.078 do Código Civil). Não identificados os direitos do fiduciante como direito de propriedade sob condição suspensiva, propriedade imperfeita ou propriedade material, esses direitos serão transferidos por cessão.

O fato de essa transmissão operar-se por cessão não lhe retira o caráter de alienação (termo genérico que significa transferência). O

objetivo daquele a quem o fiduciante transmite os seus direitos é adquiri-los. Destarte, o ato jurídico a ser realizado entre o fiduciante e seu sucessor será um ato de transmissão e de conseqüente aquisição de um *direito real*. Para Orlando Gomes, é direito real de propriedade, sob condição suspensiva; para Teixeira de Freitas é direito real de propriedade imperfeita.

Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou *transmitidos* por atos entre vivos, só se *adquirem* depois da transcrição, ou da inscrição, no Registro de Imóveis, dos respectivos títulos (artigo 676 do Código Civil).

Não tem sentido falar em transmissão ou aquisição de um direito real, por ato de averbação, seja ele direito real de propriedade suspensiva, limitada, imperfeita ou de qualquer outra natureza.

Além da disposição expressa do Código Civil, a própria Lei dos Registros Públicos estabelece, como regra, o registro para a transmissão de direitos reais por cessão (artigo 167, I, 9, 18 e 20). A averbação é admitida, como exceção à regra geral, apenas quando se trata de loteamentos e incorporações imobiliárias formalizados antes de sua vigência. Como conseqüência, o ato de aquisição dos direitos do fiduciário deverá ser *registrado*.

Admitido, apenas para argumentar, que o ato pudesse ser de averbação, o direito transmitido é o do fiduciante, que existe como coisa concreta e não como mera expectativa. Ainda que seja considerado, como afirma Orlando Gomes, um direito de propriedade sob condição suspensiva, é necessário que essa propriedade exista antes da alienação fiduciária.

São princípios que norteiam e constituem a base do Registro de Imóveis o da continuidade e o da disponibilidade. Em razão desses princípios, não se admite que a transmissão opere-se sem que o direito transmitido esteja previamente registrado em nome do

transmitente e sem que este tenha a disponibilidade do bem transmitido.

A lei não cuidou do registro do direito do fiduciante que deve anteceder ao de sua transmissão exatamente por estar subentendida a sua existência antes da constituição da propriedade fiduciária. Esta só é possível se a propriedade já estiver registrada em nome do fiduciante e este dela puder dispor.

O cancelamento da propriedade fiduciária extingue a propriedade resolúvel do fiduciário. A extinção não é ato de transmissão.

Não há dúvida de que, com a resolução, a propriedade do fiduciante terá como título aquele que antecedeu à alienação, que volta a prevalecer, integralmente, em face da resolução.

O direito real do fiduciante não decorre do título do fiduciário. Como já dito, ele é anterior à alienação fiduciária.

Na matrícula, estarão presentes, no mínimo, dois registros. Um, correspondente à aquisição da propriedade pelo fiduciante; o outro, relativo à constituição da propriedade fiduciária. Em consequência, admitida a hipótese de ato de averbação — repita-se, apenas para argumentar —, mesmo que o ato fosse de averbação e tivesse o caráter de modificação, o que estaria sendo modificado seria o registro do fiduciante, substituindo o titular daquele registro pelo seu sucessor (cessionário, adquirente ou qualquer outro nome que se lhe venha a dar).

Considerada essa *modificação* como ato acessório, o registro principal seria aquele do fiduciante, e não o do fiduciário. Não sendo acessória deste último, não cessariam seus efeitos com o cancelamento do registro. O cancelamento da propriedade fiduciária e conseqüente resolução da propriedade do fiduciante restabeleceriam o registro anterior do fiduciante, no qual, após aquela averbação, existiria um novo titular.

Acessória do registro do fiduciário, se assim considerada, será a cessão de crédito que este eventualmente faça. O cancelamento do registro do direito do fiduciário importará na extinção dos direitos reais concedidos ou transmitidos por ele, estejam registrados ou averbados, podendo o *proprietário*, em cujo favor se opera a resolução (que será o fiduciante ou aquele para quem este transmitiu os seus direitos), reivindicar a coisa do poder de quem a detenha (artigo 647 do Código Civil).

O entendimento de que a hipótese é de registro e que os direitos transmitidos pelo fiduciante constituem o direito real eventual de propriedade, cujo exercício, na sua plenitude, está sob condição suspensiva, afasta a necessidade de que o cessionário do fiduciante saia em busca de um novo título, sem encontrar quem lhe forneça. Identificado o direito do fiduciante como o direito de propriedade, seja de propriedade sob condição suspensiva, no entendimento de Orlando Gomes, seja de propriedade imperfeita, naquele de Teixeira de Freitas, ou seja, ainda de propriedade material na afirmação dos doutrinadores alemães, já citados, a transmissão desse direito de propriedade ocorrerá por um dos contratos típicos mencionados no Código Civil, entre os quais se inclui o de compra e venda, de dação em pagamento, de doação e de permuta. Feita a transmissão por uma dessas formas, cessa qualquer dúvida que possa existir quanto à necessidade de que o ato seja objeto de *registro*.

A transmissão dos direitos do fiduciante, ou mesmo do fiduciário, por sucessão *causa mortis* — o que poderá ocorrer, se se tratar de pessoa física —, também deverá ser objeto de *registro*.

Com relação à subrogação, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária, do fiador ou do terceiro interessado que pagar a dívida, embora essa subrogação importe, também, na aquisição de um direito real, é forçoso reconhecer que a Lei dos

Registros Públicos estabelece que a subrogação dá origem a um ato de averbação (parágrafo único do citado artigo 246).

18 - MODELOS SUGERIDOS

000000 01

IMÓVEL: (identificar, dar características, confrontações e designação cadastral, se houver). PROPRIETÁRIO(A)(s) _____.
REGISTRO ANTERIOR: _____. Local e data. O Oficial:

R-1.M.000000. COMPRA E VENDA. TRANSMITENTE:
_____, já qualificado(a)(s) nesta matrícula.
ADQUIRENTE(S): (nome(s) e qualificação(ões)). O(A)(s)
transmitente(s) vendeu(ram) ao(à)(s) adquirente(s) o imóvel desta
matrícula pelo preço de R\$ _____ (_____). Tudo nos termos do(a)
____ (instrumento de compra e venda, que poderá ser escritura
pública ou documento particular), protocolizado(a) sob o nº
_____. Local e data. O Oficial: _____

R-2.M.000000. CONSTITUIÇÃO DE PROPRIEDADE
FIDUCIÁRIA. DEVEDOR(A)(ES) FIDUCIANTE(S): (nome(s)

do(a)(s) adquirente(s) no R-1), já qualificado(a)(s) no R-1. CREDOR(A)(ES) FIDUCIÁRIO(A)(S): (nome(s) e qualificação(ões)). O imóvel objeto desta matrícula foi constituído em propriedade fiduciária, na forma do artigo 23 da Lei 9.514/97, e transferida a sua propriedade resolúvel ao(à)(s) fiduciário(a)(s), com o escopo de garantia do financiamento por este(a)(s) concedido ao(à)(s) devedor(a)(s)(es) fiduciante(s), destinando a _____, no valor de R\$ _____ (_____), a ser reposto no prazo de (esclarecer prazo, forma e local do pagamento, assim como os juros e os critérios de reajuste, se houver). Por força da lei, a posse do imóvel fica desdobrada, tornando-se o(a)(s) devedor(a)(s)(es) fiduciante(s) possuidor(a)(s)(es) direto(a)(s) e o(a)(s) credor(a)(s)(es) fiduciário(a)(s) possuidor(a)(s)(es) indireto(a)(s). Para os efeitos do artigo 24, VI, da citada Lei 9.514 foi indicado o valor de R\$ _____ (declarar o critério de revisão, se houver). Tudo nos termos do contrato constante do instrumento a que se refere o R-1. Local e data. O Oficial: _____.

AV-3.M.000000. CANCELAMENTO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. Fica cancelado o R-2, que constituiu a propriedade fiduciária do imóvel objeto desta matrícula, tendo em vista o pagamento da dívida que originou a sua constituição e conseqüente resolução da propriedade fiduciária, voltando o imóvel objeto desta matrícula ao regime normal de propriedade. Este cancelamento é feito à vista do termo de quitação fornecido pelo(s) credor(a)(s)(es) a que se refere o R-2, datado de _____, protocolizado sob o nº _____. Local e data. O Oficial: _____

R-4.M.000000. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE.

Fica consolidada a propriedade do imóvel objeto desta matrícula, em nome do(a)(s) fiduciário(a)(s), tendo em vista que, a seu requerimento, protocolizado sob o nº _____, intimei o(a)(s) fiduciante(s) para satisfazer(em), no prazo de quinze dias, as prestações vencidas e as que se vencessem até a data do pagamento, assim como os demais encargos, inclusive das despesas de cobrança e intimação, sem que o(a)(s) fiduciante(s) tenha(m) purgado a mora. Este registro é feito à vista da prova do pagamento, pelo(a)(s) fiduciário(a)(s), do imposto de transmissão inter vivos, por intermédio da guia....., mediante recolhimento ao _____, conforme autenticação mecânica nº _____, de _____, que fica arquivada. Local e data. O Oficial: _____

O registro supra deverá ser precedido de um processo interno, iniciado com o requerimento do credor fiduciário, do qual deverão constar as várias etapas do processo de intimação, a saber: intimação pessoal, pelo registrador ou preposto, se domiciliadas na Comarca de localização do imóvel, ou pelo Oficial do Registro de Títulos e Documentos, por solicitação do Registrador, se domiciliadas em outra Comarca. Ocorrendo a intimação pessoal, certidão do decurso do prazo sem a purga da mora. Caso não seja possível a intimação pessoal, por não terem sido localizadas as pessoas a serem intimadas, consideradas como estando em local incerto e não sabido, esse fato deverá ser certificado. Nesta hipótese, deverão ser certificadas a expedição do edital e suas publicações, assim como o decurso do prazo sem purga da mora. A certidão de intimação, seja pessoal, seja por edital, sem a purga da mora, será fornecida ao requerente (credor fiduciário) e deverá, depois, acompanhar o seu requerimento de registro de consolidação.

Pode ocorrer que antes do recebimento de seu crédito, o(a)(s) credor(a)(s)(es) resolva(m) transferir o seu crédito. Para essa hipótese, o modelo de registro sugerido é o seguinte:

R-5.M.000000. CESSÃO DE CRÉDITO. DEVEDOR(A)(S)(ES): (O(a)(s) Fiduciário(a)(s) a que se refere o R-2), já qualificado(a)(s) no R-2. CREDOR(A)(S)(ES): (nome(s) e qualificação(ões)). O(A)(s) Fiduciário(a)(s) a que se refere o R-2 cedeu(ram) e transferiu(ram) ao(à)(s) CREDOR(A)(S)(ES), o crédito referido, implicando dita cessão na transferência para este(a)(es) último(a)(s) da condição de fiduciário, ou seja, titular da propriedade fiduciária do imóvel desta matrícula, assim como dos demais direitos e obrigações a ela inerentes. Tudo nos termos do(a) (mencionar o instrumento da transferência), protocolizado sob o nº _____. Local e data. O Oficial: _____.

Tudo leva a crer que a nova Fiduciária seja uma Companhia Securitizadora e que essa resolva instituir o regime fiduciário sobre o crédito que lhe foi cedido. Para essa hipótese, o modelo de averbação sugerido é o seguinte:

AV-6.M.000000. INSTITUIÇÃO DE REGIME FIDUCIÁRIO. A credora, a que se refere o R-3, instituiu sobre o seu crédito objeto daquele registro o regime fiduciário, a fim de lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, nomeando como agente fiduciário _____. Tudo nos termos do Termo de Securitização de Crédito lavrado pela credora....., datado de _____, protocolizado sob o nº _____. Local e data. O Oficial: _____.

Satisfeitos os créditos correspondentes aos Certificados de Recebíveis Imobiliários, de posse da quitação fornecida pelo agente fiduciário, a Companhia Securitizadora deverá requerer o cancelamento do Regime Fiduciário. Para essa hipótese, o modelo de averbação sugerido é o seguinte:

AV-7.M.000000. CANCELAMENTO DE REGIME FIDUCIÁRIO. Fica cancelada a AV _____, que instituiu o regime fiduciário sobre o crédito objeto do R-3, face à extinção do mencionado regime, pelo implemento das condições a que estava submetido. Este cancelamento é feito à vista do termo de quitação fornecido pelo agente fiduciário _____, datado de _____, protocolizado sob o nº _____. Local e data. O Oficial: _____.

Pode ocorrer que, durante a existência da propriedade fiduciária, o(a)s fiduciante(s) transmita(m) os seus direitos, com a anuência do(a)s fiduciário(a)s.

Neste trabalho, afirmou-se que o direito do fiduciante é direito de propriedade, ainda que sob condição suspensiva, ou propriedade imperfeita, segundo Teixeira de Freitas. A transmissão da propriedade pode ser feita pelas várias modalidades de contratos de transmissão de domínio, dentre os quais o mais comum é o de compra e venda. Todavia, a Lei 9.514, em seu artigo 29, usou a expressão *transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel*, sem estabelecer o modo da transmissão; não obstante, designa aquele a quem forem transmitidos os direitos de *adquirente*.

Não identificados os direitos do fiduciante como propriedade, transmissão de direitos para os quais não haja modo especial de

transferência, como seria o caso, será feito por cessão (artigo 1.078 do Código Civil).

R-8.M.000000. CESSÃO. DEVEDOR(A)(S)(ES): (O)(A)(s) (aquele(a)(s) que figuram como adquirentes no R-1), qualificado(a)(s) no R-1, desta matrícula. CREDOR(A)(S)(ES): (nomear e qualificar). O(A)(s) devedor(a)(s)(es), qualificado(a)(s), a partir do R-2, como fiduciante(s), com a anuência expressa do(a)(s) fiduciário(a)(s), transmitiu(ram) ao(à)(s) credor(a)(s)(es) os direitos de que é(são) titular(es) sobre a propriedade fiduciária a que se refere o R-2, assumindo o(a)(s) credor(a)(s)(es) (adquirente(s)) as respectivas obrigações, ficando subrogado(a)(s) naqueles direitos. Tudo nos termos do instrumento....., protocolizado sob o nº _____, O imposto de transmissão foi pago por intermédio da guia _____, recolhida ao _____, conforme autenticação mecânica _____, datada de _____. Local e data. O Oficial: _____

Com um pouco mais de ousadia, e diante dos argumentos já expendidos, o direito do fiduciante será identificado como direito de propriedade e, nesse caso, a transmissão ocorrerá por um dos constratos típicos de transmissão da propriedade (compra e venda, doação, dação em pagamento, permuta, etc.). Para essa hipótese, sugiro substituir o modelo supra pelo seguinte:

R-8.M.000000. COMPRA E VENDA (OU DOAÇÃO OU DAÇÃO EM PAGAMENTO OU PERMUTA). TRANSMITENTE(S): (O)(A)(s) (aquele(a)(s) que figura(m) como adquirente(s) no R-1), qualificado(a)(s) no R-1, desta matrícula. ADQUIRENTE(S): (nomear e qualificar). O(A)(s) devedor(a)(s)(es), qualificado(a)(s), a partir do R-2, como fiduciante(s), com a anuência

expressa do(a)(s) fiduciário(a)(s), transmitiu(ram) ao(à)(s) adquirente(s) os direitos de que é(são) titular(es) sobre a propriedade fiduciária a que se refere o R-2, assumindo o(a)(s) adquirente(s) as respectivas obrigações, ficando este(a)(s) subrogado(a)(s) naqueles direitos, inclusive no de voltar a ter propriedade plena do imóvel objeto desta matrícula, se ocorrer o cancelamento da propriedade fiduciária constituída pelo R-2. Tudo nos termos do instrumento....., protocolizado sob o nº _____. O imposto de transmissão foi pago por intermédio da guia _____, recolhida ao _____, conforme autenticação mecânica _____, datada de _____. Local e data. O Oficial: _____

A ordem dos registros e averbações, após o R-2, será mudada, de acordo com cada caso.

No que diz respeito à alienação feita em público leilão, não há necessidade de sugerir-se modelo, uma vez que o que chegará ao cartório será um instrumento público ou particular de compra e venda.

OBSERVAÇÃO: Como já se afirmou, somente se após o segundo público leilão não houver alcançado lance igual ou superior ao estabelecido na lei, e com a quitação fornecida ao fiduciante, é que cessam as obrigações do fiduciário para com o fiduciante, ficando aquele livre para dar ao imóvel a destinação que melhor lhe aprouver.

Poderá ocorrer que, após a consolidação, seja apresentado instrumento de transmissão firmado pelo(a)(s) credor(a)(s)(es) fiduciário(a)(s) em decorrência do leilão obrigatório a que se refere a lei, o qual para ser registrado, deverá estar revestido de todas as formalidades legais, inclusive com obediência à legislação fiscal tributária e da Previdência Social.

Caso não ocorra a venda em leilão, nas hipóteses previstas nos §§ 1º e 5º do artigo 27 da Lei 9.514/97, o registro de qualquer alienação que venha a ser feita pelo(a)s credor(a)s(es) fiduciário(a)s, deverá ser precedido de averbação da extinção da dívida, pelo fato de os leilões terem sido negativos e devido à quitação que o(a)s credor(a)s(es) fiduciário(a)s está(ão) obrigado(a)s a fornecer ao(à)s devedor(a)s(es) fiduciante(s).

Para essa hipótese, sugiro a seguinte averbação:

Av- __.M.000000. EXTINÇÃO DA DÍVIDA. A dívida a que se refere o R-2 foi extinta, uma vez que tanto no primeiro leilão como no segundo não foram alcançados os lances de que tratam os §§ 1º e 5º do artigo 27 da Lei 9.514/97, sendo que o(a)s credor(a)s(es) fiduciário(a)s forneceu(ram) ao(à)s devedor(a)s(es) fiduciante(s) a quitação a que se refere o § 6º daquele artigo. Como decorrência, o imóvel objeto desta matrícula volta ao regime normal da propriedade, no domínio pleno do(a)s credor(a)s(es) fiduciário(a)s. Esta averbação é feita à vista dos autos de leilões negativos expedidos pelo leiloeiro _____, datados de ____ e de _____, assim como da prova da quitação fornecida pelo(a)s credor(a)s(es) fiduciário(a)s ao(à)s devedor(a)s(es) fiduciante(s), datado de _____, que ficam arquivados. Local e data. O Oficial:

OUTROS LIVROS DE EDIÇÃO *safe*

Frederico H. Viegas de Lima (Doutor em Direito pela Univers. de Valladolid - Espanha)
Temas Registrários

Humberto B. Ávila (Professor da PUC-RS)
Medida Provisória na Constituição de 1988

C. E. de Abreu Boucault (Prof. da Univers. Estadual Paulista)
Direitos Adquiridos no Direito Internacional Privado

I. Mártires Coelho (Prof. da Univers. de Brasília)
Interpretação Constitucional

Elício de Cresci Sobrinho (Advogado)
Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil
Dever de Esclarecimento e Complementação no Processo Civil
Litisconsórcio, Doutrina e Jurisprudência

V. C. Cysneiros (Prof. da UNISINOS e da Ritter dos Reis)
O Estrangeiro e a Propriedade Rural

R. Galvão (Org.)
Elementos de Técnica Legislativa, Teoria e Prática

Sérgio Jacomino (Registrador de Imóveis, Doutorando em Direito e Prof. da Univers. de Franca - SP) Org.
Registro de Imóveis - Acórdãos e Decisões do Conselho Superior da Magistratura e Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo/1996
Registro de Imóveis - Estudos de Direito Registral Imobiliário - XXII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil - Fortaleza/1996
Registro de Imóveis - Estudos de Direito Registral Imobiliário - XXIII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil - Cuiabá/1995
Registro de Imóveis - Estudos de Direito Registral Imobiliário - XXIV Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil - Belo Horizonte - Minas Gerais 1997

Tupinambá M. Castro do Nascimento (Prof. da Faculdade de Direito Ritter dos Reis)
Introdução ao Direito Fundiário

Marcos V. Feu Rosa (Magistrado no Espírito Santo)
Exceção de Pré-Executividade

Nelson Saule (Prof. da PUC-SP)
Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor

Marcelo Terra (Advogado em São Paulo)
Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia