

Negócio Fiduciário: natureza jurídica, funcionalidade e tratamento legal.

Direitos de aquisição de imóvel, independentemente de registro, são bens aptos à transferência fiduciária em garantia prevista no Código Civil

Posse e propriedade no negócio fiduciário. Inexecução do contrato: esbulho. Ilegitimidade da posse do fiduciante: ação de reintegração de posse.

PARECER

Sumário: **1.** Teor essencial da consulta e quesitos formulados. - **2.** Negócio fiduciário. Natureza jurídica, funcionalidade e tratamento legal. Objeto da transferência fiduciária de propriedade: bens corpóreos, incorpóreos, móveis, imóveis. - **3.** Posse e propriedade no negócio fiduciário. Desdobramento da posse: posse direta do devedor fiduciante, posse indireta do credor fiduciário. Proteção possessória facultada a ambos. Inadimplemento do contrato pelo fiduciante: posse ilegítima do bem objeto do negócio fiduciário. Proteção da posse indireta pelo credor fiduciário. Tutela possessória. Propositura de ação de reintegração de posse: medida cabível e adequada para corrigir a agressão do fiduciante que faz cessar sua posse ilegítima. - **4.** Conclusão: resposta aos quesitos.

Palavras-chaves: alienação fiduciária – bem móvel – bem [in]corpóreo – posse direta – posse indireta – inexecução do contrato – esbulho – ação de reintegração de posse

RESUMO EXECUTIVO DO PARECER**1. Teor essencial da consulta e quesitos formulados.** (fls. 6)**2. Negócio fiduciário. Natureza jurídica, funcionalidade e tratamento legal. Objeto da transferência fiduciária de propriedade: bens corpóreos, incorpóreos, móveis, imóveis.** (fls. 7)

O negócio fiduciário como negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprindo esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.

No regime do Código Civil, a regulamentação da propriedade fiduciária versa sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor fiduciário não for instituição financeira. O Código Civil tornou, portanto, ordinária a utilização da propriedade fiduciária, franqueando-a a pessoas físicas e jurídicas: qualquer pessoa pode ser credora fiduciária e utilizar essa forte garantia real nas obrigações em geral. Limitou o objeto, porém, às coisas móveis infungíveis.

A Lei n. 4728/65 e o Decreto-Lei n. 911/69 disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira. A Lei n. 10931/2004 modificou a Lei n. 4728/65, nela incluindo o artigo 66-B que, além de resolver a questão da pertinência da propriedade fiduciária de bens móveis fungíveis, também aclarou outra questão relacionada ao instituto: a da possibilidade de ele ter por objeto títulos de crédito. A Lei n. 6404/76 disciplina a propriedade fiduciária de ações.

Por fim, a Lei n. 9514/97, também modificada pela Lei n. 10931/2004, disciplina a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, quando os protagonistas forem ou não instituições financeiras, além da titularidade fiduciária dos créditos como lastro de operação de securitização de dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário. Esta lei criou regime jurídico especial tendo em conta não os sujeitos da obrigação, mas o objeto da garantia, que recai sobre coisa imóvel. Aplica-se a lei especial, desde que a garantia fiduciária recaia sobre coisa imóvel, a todos os credores fiduciários, instituições financeiras ou não.

Nosso ordenamento contempla a propriedade fiduciária que decorre de alienação fiduciária de bens móveis, infungíveis (artigos 1361 a 1368-A do Código Civil) e fungíveis (artigo 66-B da Lei n. 4728, de 1965), e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito.

A transmissão fiduciária pode ser do domínio integral, de parte ideal, de parte *pro diviso*, de algum direito real, de posse, de créditos, de direitos formativos, de direitos sobre coisas imateriais, de ações, e consistir em assunção de obrigações abstratas. A transferência fiduciária de propriedade tanto pode concernir a bens corpóreos quanto a bens incorpóreos suscetíveis de direitos reais. A propriedade fiduciária também pode recair sobre bem móvel ou bem imóvel.

A função da propriedade fiduciária é garantir o pagamento da dívida; o interesse do fiduciário é a não incorporação do bem ao seu patrimônio e sim o recebimento de seu crédito com transmissão da propriedade ao fiduciante ou quem ele indicar. Ocorrendo inadimplemento poderá haver a consolidação da propriedade em favor do fiduciário.

3. Posse e propriedade no negócio fiduciário. Desdobramento da posse: posse direta do devedor fiduciante, posse indireta do credor fiduciário. Proteção possessória facultada a ambos. Inadimplemento do contrato pelo fiduciante: posse ilegítima do bem objeto do negócio fiduciário. Proteção da posse indireta pelo credor fiduciário. Tutela possessória. Propositura de ação de reintegração de posse: medida cabível e adequada para corrigir a agressão do fiduciante que faz cessar sua posse ilegítima. (fls. 23)

Na propriedade fiduciária a posse direta permanece com o devedor, enquanto a posse indireta e a propriedade resolúvel permanecem com o credor fiduciário.

Ambos são possuidores, dispõem de tutela possessória para defender a posse contra atos ilícitos de terceiros, assim como um contra o outro, sempre que as respectivas condutas afrontarem os poderes convencionalmente atribuídos ao credor fiduciário e ao devedor fiduciante.

Se o fiduciante não pagar a dívida, no todo ou em parte, a consequência natural será a consolidação da propriedade no fiduciário, com o nascimento, para este ou seus sucessores, do direito de reintegrar-se na posse.

A ação de reintegração de posse tem por finalidade a recuperação da posse perdida por esbulho, que se caracteriza pela privação injustificada do exercício da posse pelo possuidor.

O esbulho praticado no caso concreto decorre da inexecução do contrato: o fiduciante que se mantém inadimplente não detém mais a posse legítima do bem objeto do negócio fiduciário. Pelo inadimplemento transmuda-se o título de sua posse de justa e legítima para injusta e ilegítima ensejando a retomada por intermédio do interdito da reintegração.

Portanto, a perda da posse pelo fiduciante diz respeito à sua permanência na posse do imóvel sem título legítimo.

Isso porque é da estrutura da propriedade fiduciária a permanência da posse direta do bem com o fiduciante e da indireta com o fiduciário, possibilitando a proteção possessória por e entre ambos. Com o pagamento da dívida, a propriedade plena é estabelecida em favor do devedor fiduciante.

Logo, em nosso entendimento, em virtude da constituição da propriedade fiduciária por meio do contrato que celebra com seus clientes e por ter a posse indireta e a propriedade resolúvel – que permanece com o credor fiduciário –, em caso de inadimplência a Consulente tem o direito

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

de ingressar com ação de reintegração de posse para reavê-la de quem nela está injustamente.

O inadimplemento do contrato consolida a propriedade do bem dado em garantia em favor do fiduciário, que pode se valer da ação de reintegração de posse para a proteção da posse em casos de inadimplemento do contrato de alienação fiduciária em garantia.

4. Conclusão e resposta aos quesitos. (fls. 29)

1. TEOR ESSENCIAL DA CONSULTA E QUESITOS FORMULADOS.

PRAIA VERDE Empreendimentos e Participações LTDA. (doravante denominada simplesmente “Consulente”), honra-nos com esta consulta, na qual indaga-nos sobre a validade da propriedade fiduciária sobre direitos de compra de imóvel, originários de contratos não registrados, e o cabimento de ação de reintegração de posse do imóvel objeto dos direitos de compra como medida para permitir a execução da garantia.

Nesse contexto, a consulta é apresentada com os seguintes quesitos, que serão respondidos ao final deste Parecer:

1. É válida a propriedade fiduciária sobre direitos de aquisição de imóvel, originários de contratos de compromisso de venda e compra não registrados?
2. É possível a propositura de medida judicial de reintegração de posse do imóvel objeto dos direitos de compra como forma de permitir a execução da garantia na forma prevista nos CC 1363 II e 1364?

De posse da documentação fornecida pela Consulente, passamos à análise dos aspectos jurídicos que conformam o caso, atendo-nos, de acordo com o escopo da consulta formulada, à análise do instituto do negócio fiduciário, e da medida judicial adequada para a execução da garantia.

2. NEGÓCIO FIDUCIÁRIO. NATUREZA JURÍDICA, FUNCIONALIDADE E TRATAMENTO LEGAL. OBJETO DA TRANSFERÊNCIA FIDUCIÁRIA DE PROPRIEDADE: BENS CORPÓREOS, INCORPÓREOS, MÓVEIS OU IMÓVEIS. CONCEITO QUE ABRANGE OS DIREITOS DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEL, REGISTRADOS OU NÃO.

Até o final do século XIX a hipoteca, o penhor e a anticrese eram considerados garantias adequadas à proteção do crédito, mas a partir da Revolução Industrial – com o ritmo acelerado que se imprimiu à circulação de riquezas e o desenvolvimento do capitalismo financeiro – já se mostravam instrumentos insuficientes, tendo sido necessário promover a revisão do sistema de garantias.

A configuração moderna do negócio fiduciário surgiu no final do século XIX, a partir da construção doutrinária de juristas alemães e italianos pela qual se utilizou a transmissão do direito de propriedade como escopo de garantia, a exemplo do que ocorrera com o instituto da *fiducia cum creditore* no direito romano.

Nesse contexto, em 1880, **FERDINAND REGELSBERGER**¹ usa, pela primeira vez, a nomenclatura *negócio fiduciário* (*fiduziarisches Geschäft*). A partir do pensamento vanguardista de **REGELSBERGER**, alguns anos mais tarde, em 1916, **CESARE GRASSETTI**² define o referido negócio como

¹ Ferdinand REGELSBERGER. Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, *In: Archiv für die civilistische Praxis*, Band LXIII (Neue Folge Band XIII), Tübingen-Leipzig: Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B; Mohr, 1880, pp. 157/207, especialmente p. 172 e ss. Assim é a definição de REGELSBERGER: “*Das fiduziarische Geschäft kennzeichnet sich dadurch, daß von den Parteien für ihren praktischen Zweck ein Rechtsgeschäft gewählt wird, dessen rechtliche Wirkungen, wie ihnen bewußt ist, über jenen Zweck hinausgehen*”.

² Cesare GRASSETTI. Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico, *In: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (coord.

“si suole definire il negozio fiduciario come un negozio, seriamente voluto, la cui caratteristica consiste nell’incongruenza o inomogeneità tra lo scopo avuto di mira dalle parte e il mezzo giuridico impiegato per raggiungerlo.”

Para **GRASSETTI**,³ *“in tutti questi negozi si conferisce al fiduciario um’attribuzione patrimoniale (e, in generale, una titolarità di diritti) che per sua natura é definitiva, mentre sarebbe piu congruo all’intento econômico perseguito dalle parte che l’attribuzione patrimoniale fosse piena sì, ma solo provisória, di modo che, esaurito o venuto meno lo scopo, il fiduciante o il beneficiário fossero reinvestiti o investiti di quella titolarità di cui si intese invece investire pro-tempore il fiduciario”*.

A partir da gênese do instituto em outros ordenamentos jurídicos, é possível definir o negócio fiduciário como negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprindo esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.⁴

Ou seja, sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário.⁵

Angelo Sraffa e Cesare Vivante), v. XXXIV, Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1986, p. 348.

³ Cesare GRASSETTI. Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico, *In: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (coord. Angelo Sraffa e Cesare Vivante), v. XXXIV, Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1986, p. 354.

⁴ Melhim Namem CHALHUB. *Alienação Fiduciária – negócio fiduciário*, 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, n. 2.2, p. 30.

⁵ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. III (*Negócios jurídicos*) (atualizadores Marcos BERNARDES DE MELLO e Marcos EHRHARDT JR.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 271, p. 177.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

Muito embora se consubstancie uma transmissão de propriedade, o negócio fiduciário tem o seu efeito de direito real praticamente anulado por um pacto adjeto, como aponta **TULIO ASCARELLI**: “o característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, ele, a uma transmissão da propriedade, mas de ser, o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção das partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde que aquele fim seja preenchido”.⁶

À luz do artigo 22 da Lei n. 9514/97, a alienação fiduciária consiste na transferência da propriedade resolúvel do bem imóvel ao credor, com o escopo de garantia. Ou seja, durante a vigência da garantia, o devedor não é proprietário do bem, mas tem *direito expectativo* à aquisição da propriedade, além da posse direta.⁷

Ao contrário do que sucede com os contratos de penhor, anticrese e hipoteca, a alienação fiduciária em garantia não visa à constituição de direitos reais limitados, mas sim à transferência do direito de propriedade limitado pelo escopo de garantia.⁸

Por isso, uma das principais obrigações do devedor fiduciante é não dispor da coisa alienada fiduciariamente, onerosa ou gratuita, porque o bem não lhe pertence: é da propriedade do seu credor.⁹

⁶ Tulio ASCARELLI. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1969, p. 93.

⁷ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. LII (*Direito das obrigações: negócios bancários e de bolsa*) (atualizador Bruno MIRAGEM), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 5483, n. 1, p. 416.

⁸ José Carlos MOREIRA ALVES. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 39.

⁹ Maria Helena DINIZ. *Curso de Direito Civil: Direito das coisas*, 30.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 576/577.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

Há profusa legislação especial tratando da mesma matéria, em verdadeira coexistência de múltiplos regimes jurídicos da propriedade fiduciária.

No regime do Código Civil, a regulamentação da propriedade fiduciária versa sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor fiduciário não for instituição financeira. O Código Civil tornou, portanto, ordinária a utilização da propriedade fiduciária, franqueando-a a pessoas físicas e jurídicas: qualquer pessoa pode ser credora fiduciária e utilizar essa forte garantia real nas obrigações em geral. Limitou o objeto, porém, às coisas móveis infungíveis, incluindo-se os bens móveis previstos no CC 83.

É importante ressaltar que, para fins de aplicação da propriedade fiduciária prevista no Código Civil, *coisa* tem sentido mais amplo do que *bem*. Coisa é gênero, do qual bem é espécie.

Exatamente assim é no direito italiano: coisa é gênero do qual bem é espécie. O artigo 810 do Código Civil italiano, ao prever que “*são bens as coisas que podem ser objeto de direito*”,¹⁰ indica que a noção de bem é menos vasta que a de coisa e que todo bem se refere sempre a uma coisa, mas que nem toda coisa é um bem, mas apenas a que satisfaz interesses humanos.

ALBERTO TRABUCCHI ensina que bens são coisas que foram qualificadas pelo interesse humano e que, portanto, merecem tratamento jurídico, podendo existir bens materiais ou imateriais:

“Il concetto di bene coincide pertanto con una qualificazione giuridica di ciò che può formare oggetto di interesse umano; esso deve sempre

¹⁰ Assim prevê o CC Italiano, em seu artigo 810: “*Solo bene le cose che possono formare oggetto di diritti*”.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

riferirsi a una cosa quale parte del mondo. In questo senso, cosa non è soltanto ciò che forma parte del mond esteriore e sensibile, ciò che occupa uno spazio o agisce sui sensi (le cose solide, liquide, aeriformi, e fluires o le energie come l'elettricità, sono tutte res corporales), ma anche tutto ciò che ha vita unicamente nel mondo dello spirito, come la creazione inventiva e l'idea dell'opera artistica o tecnica (res incorporeales, o beni immateriali)".¹¹

Mesmo fenômeno se dá em nosso sistema jurídico. Essa é a razão pela qual a coisa móvel, a que se refere o CC 1361, abrange tanto os bens corpóreos quanto os bens imateriais, tais como os direitos sobre imóveis, registrados ou não.

A respeito da definição do conceito de coisa, e da abrangência sobre bens, materiais ou imateriais, vale aqui a precisa lição de **MARIA HELENA DINIZ**:

"Direito das coisas vem a ser um conjunto de normas que regem as relações jurídicas concernentes aos bens materiais ou imateriais suscetíveis de apropriação pelo homem. Infere-se deste conceito que o direito das coisas visa regulamentar as relações entre os homens e as coisas, traçando normas tanto para a aquisição, o exercício, a conservação e a perda de poder dos homens sobre esse bem como para os meios de sua utilização econômica".¹²

¹¹ Alberto TRABUCCHI. *Instituzioni di diritto civile*. 48.^a ed. Vincenza: Wolters Kluwer Italia, 2017, p. 672. Em tradução livre: "O conceito de bem coincide, portanto, com uma qualificação jurídica do que pode ser objeto de interesse humano; deve sempre se referir a uma coisa como parte do mundo. Nesse sentido, o que não é apenas o que faz parte do mundo exterior e sensível, o que ocupa um espaço ou atua nos sentidos (sólido, líquido, aeriforme e flúor ou energia como a eletricidade, são todos res corporales), mas também tudo o que tem vida apenas no mundo espiritual, como a criação inventiva e a ideia do trabalho artístico ou técnico (res incorporeales ou bens imateriais)".

¹² Maria Helena DINIZ. *Curso de Direito Civil: Direito das coisas*, 30.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 17/18.

No mesmo sentido, **SILVIO DE SALVO VENOSA**:

*“Na convivência e realidade social, existe uma infinidade de bens e coisas à nossa volta. Nem sempre a doutrina logra atingir unanimidade nos conceitos de bens e coisas. Lembremos do que foi dito em nosso Direito Civil: parte geral, Capítulo 16: sem que isso represente verdade definitiva, entendemos por bens tudo o que nos possa proporcionar utilidade. Em visão leiga, não jurídica, bem é tudo o que pode corresponder a nossos desejos. Na compreensão jurídica, bem deve ser considerado tudo o que tem valor pecuniário ou axiológico. Nesse sentido, bem é uma utilidade, quer econômica, quer não econômica (filosófica, psicológica ou social). Nesse aspecto, bem é espécie de coisa, embora os termos sejam, por vezes, utilizados indiferentemente. [...] A palavra coisa tem sentido mais extenso, compreendendo tanto os bens que podem ser apropriados, como aqueles objetos que não o podem”.*¹³

A cada dia surgem novos bens jurídicos, ganhando significativa importância a distinção entre bens materiais, formados por coisas corpóreas, e os bens imateriais, constituídos por coisas incorpóreas que passam a integrar, quotidianamente, o patrimônio das pessoas.¹⁴

As coisas, postas em relação de destinação atributiva, favorável para pessoas, ou comunidades de pessoas, dizem-se bens. Assim, pode ser considerada *coisa* tudo aquilo que não é pessoa. No Direito Privado, uma coisa pode ser qualificada como um bem quando se destina a atender

¹³ Silvio de Salvo VENOSA. *Direito Civil: Direitos Reais*, 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 1/2.

¹⁴ Gustavo TEPEDINO. *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 138.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

interesse de um sujeito. Bens seriam espécies de coisas, coisas atribuíveis e favoráveis às pessoas; coisas materiais ou imateriais.¹⁵

Portanto, nosso sistema jurídico admite que *coisa* seja conceito empregado não apenas para designar bens corpóreos, mas também bens imateriais, como os direitos de aquisição de imóvel, tema objeto desta consulta.

A Lei n. 4728/65 e o Decreto-Lei n. 911/69 disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira.

De rigor ressaltar que a Lei n. 10931/2004 modificou a Lei n. 4728/65, nela incluindo o artigo 66-B, além de resolver a questão da pertinência da propriedade fiduciária de bens móveis fungíveis, tendo também aclarado outra questão relacionada ao instituto: a da possibilidade de ele ter por objeto títulos de crédito.¹⁶

A Lei n. 6404/76 (Lei das SA) disciplina a propriedade fiduciária de ações.

Por fim, a Lei n. 9514/97, também modificada pela Lei n. 10931/2004, disciplina a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, quando os protagonistas forem ou não instituições financeiras, além da titularidade fiduciária dos créditos como lastro de operação de securitização de dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário. Esta lei criou regime jurídico especial tendo em

¹⁵ Thatiane RABELO. Novos bens: a realidade dos bens imateriais no direito privado. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 100, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 19-37.

¹⁶ Fabio ULHOA COELHO. Cessão Fiduciária de Títulos de Creditórios e a Recuperação Judicial do Devedor Cedente In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 37, Porto Alegre: Magister, 2010, p. 19.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

conta não os sujeitos da obrigação, mas o objeto da garantia, que recai sobre coisa imóvel. Aplica-se a lei especial, desde que a garantia fiduciária recaia sobre coisa imóvel, a todos os credores fiduciários, instituições financeiras ou não.

Em relação às propriedades fiduciárias previstas em leis especiais, criou o Código Civil regra clara para evitar o conflito de normas: aplicam-se de modo primário as leis especiais e, em suas lacunas e no que não as contrariar, as normas gerais do Código Civil sobre o tema.¹⁷

Em síntese, com a vigência da Lei n. 10931/2004, permitiu-se a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de título de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor.

É, portanto, inarredável a conclusão de que nosso ordenamento contempla a propriedade fiduciária que decorre de alienação fiduciária de bens móveis, infungíveis (artigos 1361 a 1368-A do Código Civil) e fungíveis (artigo 66-B da Lei n. 4728, de 1965) e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito.

Nesse sentido, também ARNALDO RIZZARDO:

“Apenas as coisas infungíveis constituíam objeto da propriedade fiduciária, restrição que ficou estampada no art. 1361 mencionado. Entretanto, a Lei n. 10931/04 inclui as coisas fungíveis e a cessão fiduciária de direito sobre coisas móveis, bem como títulos de crédito,

¹⁷ Francisco Eduardo LOUREIRO. *Código Civil Comentado* (coord. Antonio Cezar PELUSO), 11.^a ed., São Paulo: Manole, 2017, coment. CC 1361, pp. 1327/1328.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

*como objetos de propriedade fiduciária. O § 3.º do art. 66-B trouxe essa inovação”.*¹⁸

Com isso o sistema legal brasileiro passou a contar com duas espécies do gênero 'negócio fiduciário': (i) a alienação fiduciária de coisa, que pode ser móvel ou imóvel, e (ii) a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de título de crédito.

Assim pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro contempla as seguintes modalidades, sob a rubrica de propriedade fiduciária:

- (i) **alienação fiduciária:** a) de bens móveis infungíveis (Código Civil); b) bens móveis fungíveis (Lei de Mercado de Capitais); c) de bens imóveis, bens enfiteuticos, direito de uso especial para fins de moradia, direito real de uso e propriedade superficiária (Lei n. 9514, de 1997); d) de ações, debêntures, partes beneficiárias e bônus de subscrição (Lei n. 6404, de 1976); e) de aeronaves e embarcações (Decreto-lei n. 413, de 1969, Lei n. 7565, de 1986, e Lei n. 7652, de 1988);
- (ii) **titularidade fiduciária:** a) cessão fiduciária de direitos e títulos de crédito (Lei de Mercado de Capitais); b) regime fiduciário sobre créditos ou recebíveis imobiliários (Lei n. 9514, de 1997; c) cessão fiduciária de crédito para fomento da construção civil (Lei n. 4864, de 1965, e Decreto-lei n. 70, de 1966); d) cessão fiduciária de recebíveis pra financiamentos concedidos às concessionárias de serviço (Leis ns. 8987, de 1995 e 11079, de 2004).

¹⁸ Arnaldo RIZZARDO. *Direito das Coisas*, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 468.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

A alienação fiduciária e a cessão fiduciária, espécies de garantias reais do gênero negócio fiduciário, diferenciam-se entre si quanto à materialidade do objeto transmitido.

Naquela, o bem objeto da transferência é corpóreo, podendo ser fungível ou infungível, ao passo que nesta, incorpóreo (ainda que materializado em documento ou em título de crédito).

Essa distinção é importante porque o regime jurídico conferido aos institutos pelo ordenamento pátrio varia justamente em razão de seu objeto.

Tratando-se de coisa móvel infungível, aplicam-se as normas gerais do Código Civil (arts. 1361 a 1368-B), as quais exigem, como requisito à constituição da propriedade fiduciária, o registro do contrato no Cartório competente (CC 1361 § 1.º). Não restam dúvidas, a propósito, de que o registro da garantia fiduciária sobre os direitos de aquisição sobre imóveis, conforme tema abordado nesta Consulta, deverá ser formalizado perante o cartório de registro de títulos e documentos competente.

Já a alienação fiduciária de bens móveis fungíveis e a cessão fiduciária de créditos (inclusive de títulos de crédito) são disciplinadas pela Lei 4728/65 (com as alterações promovidas pela Lei 10931/04), a qual não exige o registro como elemento constitutivo da propriedade ou titularidade fiduciária.

Importa consignar que a sujeição da propriedade fiduciária, conforme sua natureza, à respectiva disciplina legal é determinação expressa do próprio Código Civil, segundo o qual “*as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária*” (vale dizer, quando não se tratar de negócio fiduciário envolvendo bem móvel infungível) “*submetem-se à*

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial” (art. 1368-A).

É inquestionável, portanto, que alienação fiduciária e a cessão fiduciária são modalidades de negócio fiduciário de constituição de propriedade fiduciária, preferindo-se, por técnica jurídica, quando se tratar de cessão fiduciária de direitos, falar-se em *titularidade de direitos*, deixando-se o termo *propriedade* para quando a garantia incidir sobre bens móveis ou imóveis.¹⁹

Portanto, e como já ensinava **PONTES DE MIRANDA**, a transmissão fiduciária pode ser do domínio, de parte ideal, de parte *pro diviso*, de algum direito real, de posse, de créditos, de direitos formativos, de direitos sobre coisas imateriais, de ações, e consistir em assunção de obrigações abstratas.²⁰

A função da propriedade fiduciária é garantir o pagamento da dívida; o interesse do fiduciário é a não incorporação do bem ao seu patrimônio e sim o recebimento de seu crédito com transmissão da propriedade ao fiduciante ou quem ele indicar. Ocorrendo inadimplemento, poderá haver a consolidação da propriedade em favor do fiduciário; daí a propriedade fiduciária, por sua ínsita temporalidade, encerrar *propriedade resolúvel*.²¹

¹⁹ Jean Carlos FERNANDES. *Cessão fiduciária de títulos de crédito: a posição do credor fiduciário na recuperação judicial*, 2.^a, ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 194/195.

²⁰ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. III (*Negócios jurídicos*) (atualizadores Marcos BERNARDES DE MELLO e Marcos EHRHARDT JR.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 271, n. 4, p. 179.

²¹ Marcelo BENACCHIO. *Comentários ao Código Civil* (coord. Giovanni Ettore NANNI), São Paulo: Saraiva, 2019, coment. CC 1361, p. 1741.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

Muito bem. No caso concreto, indaga-nos a Consulente se é válida a propriedade fiduciária sobre direitos de compra de imóvel, originários de contratos não registrados.

O contrato não registrado se refere à promessa de compra e venda de lote de terreno, firmada entre uma coligada à Consulente e terceira pessoa. A Consulente recebe em garantia fiduciária de empréstimo de dinheiro os direitos desse contrato de compra e venda, com base nos artigos 1361 e seguintes do Código Civil.

Em um caso específico, a Consulente ingressou com ação de reintegração de posse contra dois mutuários (doravante denominados simplesmente “Réus”).

Com efeito, em abril de 2019, os Réus e a Consulente celebraram Contrato de Empréstimo de Dinheiro com Alienação Fiduciária de Bem Móvel, representado por Contrato de Promessa de Compra e Venda de lote de terreno.

Em síntese, os Réus obtiveram crédito de R\$ 207.331,58 para concluir a construção de residência de lazer e, em garantia, alienaram os direitos de compra do terreno onde seria edificada a referida residência.

Obrigaram-se os Réus a pagar o empréstimo no prazo de 180 meses, mas inadimpliram.

A cláusula 10 do Contrato de Alienação Fiduciária estabelecia que *“o atraso por mais de 30 (trinta) dias implicará vencimento antecipado das parcelas vincendas”*.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

E a cláusula “9” previa que, ainda na hipótese de atraso, o devedor se sujeitaria a ação de reintegração de posse do Imóvel com pedido liminar.

Em virtude da inadimplência, a Consulente propôs ação de reintegração de posse contra os Réus.

Nesta ação, ajuizada em novembro de 2019, registrada sob o n. 1001352-60.2019.8.26.0470, em trâmite perante a vara única da Comarca de Porangaba, estado de São Paulo, pediu a Consulente:

- a) a expedição do mandado liminar de reintegração de posse, para que os Réus desocupem o imóvel nos termos da Cláusula “9” do Contrato de Alienação Fiduciária;
- b) a procedência do pedido, com a confirmação da ordem liminar e reintegração definitiva da Autora na posse do Imóvel; e
- c) a condenação dos Réus nos ônus da sucumbência.

Sobreveio decisão judicial que denegou a ordem liminar, tendo o juiz considerado que **a coisa móvel prevista no CC 1361 se refere apenas a bem móvel corpóreo**. Assim entendeu o MM. Juízo, *verbis*:

“I. Ao menos num juízo de cognição sumária, entendo ausente a probabilidade do direito, requisito esse essencial para o deferimento da tutela provisória (art. 300, CPC).

Com efeito, a autora entabulou com os requeridos contrato de empréstimo de dinheiro com alienação fiduciária de bem móvel (fls. 23/27). O bem móvel, por sua vez, são os direitos dos requeridos decorrentes de contrato de compra e venda de imóvel, no qual os

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

requeridos figuram como compromissários compradores (item V – fls. 23).

Nesse passo, temos que a disposição contratual não se enquadra nas disposições da Lei n. 9514/1997, que cuida da alienação fiduciária de coisa imóvel.

*Já a aplicação dos artigos 1361 a 1368-B do Código Civil, que tratam da alienação fiduciária de coisa móvel infungível, é questionável, pois o objeto contratual (direitos dos requeridos decorrentes de contrato de compra e venda de imóvel) não se consubstancia em **bem móvel corpóreo**.*

Nesse sentido é o entendimento de nossa doutrina: ‘Note-se que o art. 1361 não alude a bens, mas às coisas móveis, vale dizer, apenas aos bens móveis corpóreos’ (Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência / Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.]; coordenação Cezar Peluso. 12.ª ed., rev. e atual., Barueri [SP]: Manole, 2018 p. 1346)

Ante o exposto, indefiro a tutela provisória.

II. Apresente a parte autora os documentos necessários à propositura da ação, consistente na matrícula atualizado do bem imóvel objeto dos autos, em 15 dias, sob pena de extinção (artigo 321, parágrafo único, CPC”

Contudo, *data maxima venia*, a decisão proferida no caso acima relatado, muito embora exarada ainda em cognição sumária, ainda em sede de liminar, padece de equívocos e não poderia prevalecer.

O principal equívoco do r. *decisum*, *maxima venia concessa*, é a afirmativa de que apenas *bens corpóreos* seriam passíveis de alienação fiduciária.

Como já se expôs, o bem móvel do contrato celebrado pela Consulente e seus clientes são os direitos desses últimos decorrentes de contrato de compra e venda de imóvel, no qual figuram como compromissários compradores.

O contrato, portanto, considera que os direitos de compra – baseados em contrato de compromisso não registrado – constitui bem móvel, por força do disposto no artigo 83, III, do Código Civil (“*consideram-se móveis para os efeitos legais os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações*”).

Ora, todos os documentos representativos de valores são bens móveis. A técnica moderna utilizada em transações comerciais exige que a convenção econômico-jurídica atribua eficácia representativa a determinados objetos corpóreos, como o papel moeda, ou o cartão de crédito ou de débito. O **mesmo regime se aplica aos títulos de crédito**, cuja transmissão se faz não apenas por endosso (CC 910) mas também por mera tradição (CC 904).²²

O enunciado 59 da Súmula do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO estabelece que “*Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de crédito podem ser objeto de cessão fiduciária*”.

Logo, sendo os direitos de compra bens móveis, conseqüentemente, enquadram-se na definição de “coisa móvel” prevista no CC 1361, que trata da propriedade fiduciária.

E, lembrando, coisa é gênero, do qual bem é espécie. Para fins de aplicação da propriedade fiduciária prevista no Código Civil, coisa tem sentido mais amplo que bem, abrangendo tanto os bens corpóreos quanto

²² José Miguel GARCIA MEDINA. Fabio Caldas de ARAÚJO. *Código Civil Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coment. II CC 83, p. 133.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

os bens imateriais, dentre eles, conseqüentemente, os direitos sobre imóvel de titularidade dos Réus neste caso ora comentado.

Neste particular, **PONTES DE MIRANDA** é enfático: “a *transferência fiduciária de propriedade tanto pode concernir a bens corpóreos quanto a bens incorpóreos suscetíveis de direitos reais*”.²³ E, ainda, “a *propriedade fiduciária pode ser de bem móvel ou de bem imóvel*”.²⁴

Portanto, equivocou-se o MM. Juízo *a quo* que, na ação alhures mencionada, negou a liminar de reintegração de posse, fundamentando seu posicionamento do fato de que “*não se trata de bem móvel corpóreo*”.

Concessa venia, trata-se de entendimento restritivo e ilegal adotado pelo nobre julgador do caso *sub analise*, que deveria ter permitido a reintegração de posse em favor da Consulente, porque perfeitamente válida e legal.

Portanto, não restam dúvidas de que os direitos de compra são considerados bens móveis, à luz do CC 83 III, e podem ser objeto de negócio fiduciário.

²³ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. XXIII (*Direito das obrigações: relações jurídicas obrigacionais, transferência de créditos*) (atualizadores Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 2826, n. 7, p. 368.

²⁴ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. LII (*Direito das obrigações: negócios bancários e de bolsa*) (atualizador Bruno MIRAGEM), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 5482, n. 3, p. 411.

3. POSSE E PROPRIEDADE NO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO.
DESDOBRAMENTO DA POSSE: POSSE DIRETA DO DEVEDOR
FIDUCIANTE, POSSE INDIRETA DO CREDOR FIDUCIÁRIO.
PROTEÇÃO POSSESSÓRIA FACULTADA A AMBOS.
INADIMPLEMENTO DO CONTRATO PELO FIDUCIANTE: POSSE
ILEGÍTIMA DO BEM OBJETO DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO.
PROTEÇÃO DA POSSE INDIRETA PELO CREDOR FIDUCIÁRIO.
TUTELA POSSESSÓRIA. PROPOSITURA DE AÇÃO DE
REINTEGRAÇÃO DE POSSE: MEDIDA CABÍVEL E ADEQUADA
PARA CORRIGIR A AGRESSÃO DO FIDUCIANTE QUE FAZ
CESSAR SUA POSSE ILEGÍTIMA.

Repousa a propriedade fiduciária sobre três institutos fundamentais ao seu entendimento: desdobramento da posse, propriedade resolúvel e patrimônio de afetação.

Quanto ao desdobramento da posse, a posse direta permanece com o devedor, enquanto a posse indireta e a propriedade resolúvel permanecem com o credor fiduciário, aplicando-se o CC 1197.

Não há a necessidade de entrega material da coisa do credor ao devedor nem vice-versa, podendo ocorrer tradição ficta, ou meramente convencional, pelo constituto possessório.

Ambos são possuidores, dispõem de tutela possessória para defender a posse contra atos ilícitos de terceiros, assim como um contra o

outro, sempre que as respectivas condutas afrontarem os poderes convencionalmente atribuídos ao credor fiduciário e ao devedor fiduciante.²⁵

Uma vez constituída a propriedade fiduciária, o fiduciante passa a ter posse direta sem propriedade. Ele era titular do domínio, que passa para o fiduciário. Este, a seu turno, assume o domínio e a posse indireta, que funcionam como garantia do cumprimento da obrigação a que acede. É o desdobramento da posse.²⁶

Dada essa estruturação, se o fiduciante não pagar a dívida, no todo ou em parte, a consequência natural será a consolidação da propriedade no fiduciário, com o nascimento, para este ou seus sucessores, do direito de reintegrar-se na posse.²⁷

Cabe ação possessória do credor contra o devedor quando houver quebra do dever de restituição, ou quando o devedor colocar em risco de perda ou tentar alienar coisa que não lhe pertence.²⁸

Para **PONTES DE MIRANDA**, “*se o fiduciante continua na posse, negando-a ao fiduciário, ou ao terceiro, a ação é de esbulho ou de turbacão, conforme a espécie*”.²⁹

²⁵ Francisco Eduardo LOUREIRO. *Código Civil Comentado* (coord. Antonio Cezar PELUSO), 11.^a ed, São Paulo: Manole, 2017, coment. CC 1361, p. 1329.

²⁶ Marco Aurélio da Silva VIANA. *Comentários ao novo Código Civil* (coord. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA), v. XVI (*Dos direitos reais*), 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, coment. 1 CC 1361, pp. 583/ 584.

²⁷ Melhim Namem CHALHUB. *Alienação Fiduciária – negócio fiduciário*, 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, n. 6.11.1, p. 304.

²⁸ Francisco Eduardo LOUREIRO. *Código Civil Comentado* (coord. Cezar Peluso), 11.^a ed, São Paulo: Manole, 2017, coment. CC 1361, p. 1329.

²⁹ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. LII (*Direito das obrigações: negócios bancários e de bolsa*) (atualizador Bruno MIRAGEM), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 5487, n. 4, p. 436.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

Consoante preveem os CC 1196 e 1210, aquele que detém, de fato, o exercício de algum dos poderes de domínio e, juridicamente, possuidor, e como tal em legitimidade para propor ação possessória sempre que for ameaçado ou esbulhado na sua posse.

Como é cediço, a ação de reintegração de posse, também denominada *ação de força espoliativa*, é o remédio utilizado para corrigir a agressão que faz cessar a posse. Tem caráter corretivo, mas para valer-se dela o autor tem que provar: a) a posse no tempo do esbulho; b) que essa posse, com relação ao réu, não tenha se constituído de maneira viciosa; c) que o réu, por si ou por outrem, praticou os atos e d) que os atos foram arbitrários.

30

Tem por finalidade, portanto, a recuperação da posse perdida por esbulho, que se caracteriza pela privação injustificada do exercício da posse pelo possuidor.

O esbulho praticado no caso concreto decorre da **inexecução do contrato**: o fiduciante que se mantém inadimplente não detém mais a posse legítima do bem objeto do negócio fiduciário.

Portanto, a perda da posse pelo fiduciante diz respeito à sua permanência na posse do imóvel sem título legítimo.³¹

Na contratação da alienação fiduciária, a propriedade é transmitida ao fiduciário em caráter resolúvel para o fim de garantir o pagamento de uma dívida; por isso mesmo que a transmissão não é plena, mas feita com exclusão ou limitação de algumas faculdades, que, entretanto,

³⁰ Rosa Maria DE ANDRADE NERY; Nelson NERY JUNIOR. *Código Civil Comentado*, 13.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, coment. 5 CC 1210, pp. 1556/ 1557.

³¹ Melhim Namem CHALHUB. *Alienação Fiduciária – negócio fiduciário*, 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, n. 6.11.1, p. 310.

podem vir a ser atribuídas ao fiduciário, dependendo da evolução do negócio fiduciário celebrado. É a construção típica da propriedade fiduciária.³²

Não é ação real porque nem a causa de pedir nem o pedido é a proteção de domínio, mas sim a proteção da posse fundada no fato jurídico da posse, que não se encontra no rol taxativo dos direitos reais no direito positivo brasileiro (CC 1225).³³

Isso porque é da estrutura da propriedade fiduciária a permanência da posse direta do bem com o fiduciante e da indireta com o fiduciário, possibilitando a proteção possessória por e entre ambos. Com o pagamento da dívida, a propriedade plena é estabelecida em favor do devedor fiduciante.³⁴

De acordo com o CC § 2.º do art. 1361, “*com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa*”.

Portanto, visando a tutela do fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel público em leilão, é possível a reintegração de posse do imóvel, que será concedida liminarmente, pela desocupação em sessenta dias, uma vez provada a consolidação da propriedade em seu nome, na forma do artigo 26 da lei 9514/97. Comprovado o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*, o registro de imóveis

³² Melhim Namem CHALHUB. *Alienação Fiduciária – negócio fiduciário*, 5.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, n. 6.11.1, p. 304.

³³ Rosa Maria DE ANDRADE NERY; Nelson NERY JUNIOR. *Instituições de Direito Civil – direitos patrimoniais, reais e registrários*, v. 3, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, n. 394, p. 781.

³⁴ Marcelo BENACCHIO. *Comentários ao Código Civil* (coord. Giovanni Ettore NANNI), São Paulo: Saraiva, 2019, coment. CC 1361, p. 1742.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

promoverá o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário.³⁵

Em hipóteses envolvendo a propriedade fiduciária sobre veículos ou maquinários, por exemplo, os proprietários fiduciários ingressam igualmente com ações de reintegração de posse.

Apenas quando se trata de proprietário fiduciário qualificado como instituição financeira é que o meio processual para a recuperação do bem em garantia é a busca e apreensão prevista no Decreto-Lei n. 911/69.

Logo, em nosso entendimento, em virtude da constituição da propriedade fiduciária meio do contrato que celebra com seus clientes e por ter a posse indireta e a propriedade resolúvel – que permanece com o credor fiduciário –, a Consulente tem o direito de ingressar com ação de reintegração de posse em caso de inadimplência.

Foi exatamente assim que procedeu a Consulente ao propor a ação n. 1001352-60.2019.8.26.0470 contra os Réus, compromissários compradores de imóvel, em trâmite perante a vara única da Comarca de Porangaba, estado de São Paulo.

Como já se expôs nessa consulta, o contrato de Alienação Fiduciária prevê, em suas cláusulas “9” e “10”, em caso de inadimplemento do fiduciante, o vencimento antecipado da dívida e a sujeição à ação de reintegração de posse com pedido liminar.

³⁵ Marco Aurélio da Silva VIANA. *Comentários ao novo Código Civil* (coord. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA), v. XVI (*Dos direitos reais*), 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, coment. 1 CC 1361, pp. 583/ 584.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

No caso concreto, os Réus não pagaram nenhuma parcela, sendo de rigor reconhecer que o descumprimento do contrato torna ilegítima a posse dos fiduciantes, podendo esta ser protegida pela fiduciário – a Consulente – por meio da ação possessória.

Incorreram, assim, os réus na hipótese contratual do vencimento antecipado da dívida total.

Neste cenário, a Consulente seguiu exatamente o que determina a lei: a) notificou os réus para a entrega da posse do imóvel em 5 (cinco) dias úteis, sob pena de sujeição à ação de reintegração de posse com pedido liminar e b) diante do descumprimento deste prazo, propôs ação de reintegração de posse contra os devedores fiduciantes.

O pedido da ação foi de expedição do mandado liminar de reintegração de posse, para que os Réus desocupem o imóvel no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos da Cláusula “9” do Contrato de Alienação Fiduciária e de procedência do pedido, com a confirmação da ordem liminar e reintegração definitiva da Autora na posse do Imóvel.

Apesar de negada a liminar requerida pela Consulente, como já narrado nesta Consulta, o MM. Juízo recebeu a ação de reintegração de posse, justamente por ser a medida adequada e cabível nas hipóteses em que há inadimplemento.

Isso porque o inadimplemento do contrato consolida a propriedade do bem dado em garantia em favor do fiduciário, que pode se valer da ação de reintegração de posse para a proteção da posse em casos de inadimplemento do contrato de alienação fiduciária em garantia. Tivessem os réus da ação pago a integralidade da dívida, a propriedade fiduciária seria estabelecida em favor do devedor fiduciante.

4. CONCLUSÃO: RESPOSTA AOS QUESITOS.

Em vista de todo o exposto, passamos a responder aos quesitos formulados pela Consulente:

1. É válida a propriedade fiduciária sobre direitos de aquisição de imóvel, originários de contratos de compromisso de venda e compra não registrados?

Resposta: **SIM.** A alienação fiduciária, que consiste na transferência da propriedade resolúvel do bem imóvel ao credor, com o escopo de garantia, pode recair sobre domínio, parte ideal, parte *pro diviso*, algum direito real, posse, créditos, direitos formativos, direitos sobre coisas imateriais, ações, e consistir em assunção de obrigações abstratas.

Pode ainda a transferência fiduciária de propriedade concernir a bens corpóreos, incorpóreos; bens móveis, imóveis. Nosso ordenamento contempla a propriedade fiduciária que decorre de alienação fiduciária de bens móveis, infungíveis, fungíveis, e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito.

No caso concreto, por meio do contrato de alienação fiduciária de bem móvel firmado entre a Consulente e seus clientes, ela recebe direitos de compra de lotes em garantia fiduciária, com base nos CC 1361 e seguintes. O contrato, portanto, considera que os direitos de compra se constituem bens móveis, por força do disposto no CC 83 III.

Ora, como todos os documentos representativos de valores são bens móveis, os direitos de compra se constituem bens móveis,

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

enquadrando-se na definição de “coisa móvel” prevista no CC 1361, que trata da propriedade fiduciária. Portanto, é válida a propriedade fiduciária efetivada nestes termos, sobre direitos de compra de imóvel.

2. É possível a propositura de medida judicial de reintegração de posse do imóvel objeto dos direitos de compra como forma de permitir a execução da garantia na forma prevista nos CC 1363 II e 1364?

Resposta: **SIM.** À luz do CC 1197, no negócio fiduciário, a posse direta do bem permanece com o devedor fiduciante, enquanto a posse indireta e a propriedade resolúvel permanecem com o credor fiduciário.

Dessa maneira, ambos são possuidores e dispõem de tutela possessória para defender a posse contra atos ilícitos de terceiros, assim como um contra o outro.

Se o fiduciante não pagar a dívida, no todo ou em parte, e continuar na posse do bem dado em garantia, negando-a ao fiduciário, ou ao terceiro, resta configurado o esbulho. Com a inexecução do contrato, o devedor fiduciante não mais detém a posse legítima do bem objeto do negócio fiduciário.

Assim, nasce para o credor fiduciário a recuperação da posse perdida por esbulho, que se caracteriza pela privação injustificada do exercício da posse pelo possuidor.

É a ação de reintegração de posse a medida adequada e cabível a ser manejada pelo credor fiduciário contra o devedor fiduciante em

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR
Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP

casos de inadimplemento do contrato de alienação fiduciária em garantia, para o fim de corrigir a agressão que faz cessar a posse.

É a nossa opinião, salvo melhor juízo.

São Paulo, 4 de março de 2020.



NELSON NERY JUNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
(PUC-SP)

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP

Doutorado em Direito Processual Civil pela *Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg*
(Alemanha)

Professor Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de
Mesquita Filho” (UNESP)

Advogado – OAB-SP 51.737 – OAB-DF 31.485