

Prospectiva (Frutal-MG).

Carência regulatória do contrato de gaveta.

Régis Arantes de Freitas.

Cita: Régis Arantes de Freitas (2015). *Carência regulatória do contrato de gaveta*. Frutal-MG: Prospectiva.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/editora.prospectiva.oficial/6>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.

Para ver una copia de esta licencia, visite

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <http://www.aacademica.org>.



Regis Arantes
De Freitas

Carência
Regulatória
do
Contrato de
Gaveta

EDITORA
PROSPECTIVA

COLEÇÃO
Produzir Cidadania

Régis Arantes de Freitas

**Carência regulatória do
contrato de gaveta**

**Frutal-MG
Editora Prospectiva
2015**

Copyright 2015 by Régis Arantes de Freitas

Capa: Jéssica Caetano

Foto de capa: internet

Revisão: O autor

Editor: Otávio Luiz Machado

Assistente de edição: Jéssica Caetano

F832c Freitas, Régis Arantes de

Carência regulatória do contrato de gaveta / Regis Arantes de Freitas – 1ª edição. Frutal, MG: Prospectiva, 2015.

103 f.

ISBN: 978-85-67463-88-9

1. Direito imobiliário. 2. Contratos. 3. Responsabilidades contatuais. I. Freitas, Régis Arantes de. II. Título.

CDU 347.4

DEDICATÓRIA

*A Deus sobre todas as coisas.
A meus pais, Valda e Laudivar, pelo amor e carinho
que me dispensam em todo momento.
À minha esposa Meirilâne, pela dedicação e compreensão.
Ao meu filho, Nicolás, que muito relutou, mas compreendeu
a minha ausência momentânea pela dedicação aos estudos.*

“O jus scriptum é insuficiente para refletir a realidade que constantemente se renova, e para oferecer uma solução a todas as exigências novas da vida social ”

Del Vecchio

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA.....	4
PREFÁCIO.....	8
INTRODUÇÃO.....	11
1. NEGÓCIO JURÍDICO.....	23
1.1 Noções gerais.....	14
1.2 Planos ou dimensões do negócio jurídico.....	16
1.2.1 Da existência.....	17
1.2.2 Da validade.....	18
1.2.3 Da eficácia.....	20
1.2.4 Da extinção.....	27
2. PROPRIEDADE.....	24
2.1 Conceito.....	24
2.2 Desdobramentos da propriedade.....	30
2.3 Espécies de propriedade.....	33
2.3.1 Propriedade resolúvel.....	34
2.3.2 Propriedade aparente.....	36
2.4 Da posse direta e ou indireta.....	39
3. DAS FORMAS DE AQUISIÇÃO E DISPOSIÇÃO DE IMÓVEIS.....	42
3.1 Compra e venda.....	44
3.2 Promessa de compra e venda.....	45

3.3	Acessão.....	48
3.4	Sucessão.....	49
3.5	Usucapião.....	50
3.6	Via aquisição de mútuo com alienação fiduciária.....	54
3.7	Via aquisição de mútuo com hipoteca.....	57
4.	DIREITO IMOBILIÁRIO.....	60
4.1	Conceito.....	60
4.2	Direito Civil e o direito imobiliário.....	60
4.3	Registro imobiliário.....	61
5	“CONTRATO DE GAVETA”	66
5.1	Contexto social.....	66
5.2	Definição.....	67
5.3	O “Contrato de Gaveta” na alienação fiduciária.....	68
5.4	Da carência regulatória.....	69
5.5	Do reconhecimento junto ao Sistema Financeiro de Habitação.....	74
5.6	“Contrato de Gaveta” e sua averbação no título de domínio.....	77
5.7	Da validade e reconhecimento jurisprudencial.....	87
5.8	Diferença entre transferência do financiamento e cessão dos direitos expectados da aquisição.....	91
5.9	Da insegurança jurídica.....	94
	CONCLUSÃO.....	97
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

PREFÁCIO

O bancário e recém-adquirente do título de advogado, Sr. Régis Arantes de Freitas, concretiza mais uma de suas idealizações, qual seja a publicação de sua obra: *Carência Regulatória do Contrato de Gaveta*.

O autor por exercer já a mais de seis anos atividades laborativas em ambiente bancário forjou um viés de experiência em elaboração e condução de negócio envolvendo o portfólio financeiro e bancário. Sejam em sede de financiamentos rurais, mútuos, contratos de abertura de créditos diversos e sobretudo, aos titulados financiamentos habitacionais. Vivenciando na prática os efeitos dos institutos das garantias reais e pessoais, a modalidade resolúvel, como alienação fiduciária em imóveis, amplamente utilizada após o seu advento em 1997.

Deste modo, unindo experiências do trabalho juntamente com os estudos da academia de sua graduação em Direito, propôs o autor a elaboração de seu trabalho de conclusão de curso, num estudo voltado às questões da insegurança jurídica dos cognominados “contratos de gaveta”, quais sejam as disposições via contratos obrigacionais junto à terceiros tendo por objeto a transação de direitos aquisitivos envolvendo imóveis financiados. Trabalho este que se materializa nesta publicação.

Esta obra divide-se em cinco capítulos, ao primeiro relata sobre negócio jurídico e seus planos e dimensões, ao segundo conceitua-se propriedade e salienta sobre os seus atributos: o direito de uso, direito de disposição, elucida sobre a propriedade resolúvel, a propriedade aparente, dentre outras

explanções; no terceiro capítulo aborda as formas de aquisição da propriedade; ao quarto capítulo salienta-se sobre direito registral e das disposições inerentes as avenças envolvendo imóveis, uma abordagem do direito civil e da lei de registros públicos; ao quinto e último capítulo tem-se o eixo central da discussão, conceitua-se “contrato de gaveta”, seu contexto social, seu reconhecimento jurisprudencial dentre aos inúmeros tribunais deste país, elucida-se a carência de normas sobre a temática e da aguda insegurança jurídica destas avenças originária da ausência dos efeitos reais intrínsecos e pressupostos dos direitos de propriedade quando transacionado bem imóvel acima de trinta salários mínimos. Juntamente no último capítulo acrescenta atos normativos de natureza administrativa, que tratam da validade e reconhecimento referentes a alguns tribunais como o de Goiás e Rio Grande do Norte, por intermédio dos seus provimentos 02/2010 e 50/2010 no que diz respeito ao reconhecimento e oposição de suprimento jurídico ao tema em comento.

Esta obra vem corroborar com mais um estímulo à ciência jurídica do Direito imobiliário, haja vista uma notória difusão da prática em adquirir imóveis via “contratos de gaveta”, e da precária regulação desta famigerada e notória negociação.

Com uma abordagem em linguagem simples, juntamente com as inúmeras citações em jurisprudência, legislação e disposições normativas, o autor elucida a necessidade regulatória, contrapondo à relevância social.

Este livro atenderá aos interessados ou operadores do direito dos quais buscam informações sobre a cessão de direitos junto à imóveis financiados, segmento vinculado ao direito imobiliário.

Sem escusas, a presente obra constitui fonte de pesquisa e contribuição elucidativa aos promitentes compradores, ou até mesmo aos já consolidados em avenças dessa natureza, a fim de ressaltar a extrema insegurança jurídica, por ausência de regramentos, contrapondo a supremacia do direito constitucional da propriedade em sede de fruição, disposição. Ademais, a inequívoca necessidade de habitação por parte de todos.

Jefferson Ferreira Santos
Gerente Geral de Agência
Banco do Brasil, Agência 0422-7, Frutal-MG

INTRODUÇÃO

O direito à propriedade constitucionalmente garantido (CF, artigo 5º caput, XXII, XXIII), juntamente com os seus desdobramentos, o uso, o gozo, a disposição em sede da tutela do imóvel como moradia, função social, é sem escusas, um piso existencial para proliferar dignidade à pessoa humana. Por esse reconhecimento e da sua necessidade o governo brasileiro por intermédio das suas instituições políticas, executivas e judicantes são consoantes à garantia, a preservação e instrumentalização para exercício do direito à moradia, na forma de acesso, manutenção e da constante melhoria que envolve a conjuntura habitacional. A Lei 4.380 de 1964 constitui um marco da política habitacional, juntamente com suas sucessivas alterações, instituiu o sistema financeiro para aquisição da casa própria, planejamento territorial, coordenação de ações dos órgãos públicos, orientando a iniciativa privada nas premissas de estimular as construções de habitação de interesse social, do financiamento da casa própria da população de menor renda, dentre inúmeras disposições. A partir dessa lei houve um considerável crescimento na aquisição de moradias por intermédio de recursos emprestados aos mutuários dos quais financiavam sua habitação, tendo como fonte recursos da poupança, e do fundo de garantia por tempo de serviço.

Com a escassez dos recursos e da carência habitacional, a necessidade de sistematizar, desenvolver e traçar integridade junto ao mercado imobiliário, sobretudo a falta de investimentos para custear a empreitada, outras formas de aquisição habitacional foram germinadas. Nesse contexto a elaboração da Lei 9.514, de 20 de novembro de

1997, instrumentaliza a inserção da garantia resolúvel, no âmbito da aquisição de empréstimos e financiamentos de imóveis com finalidade habitacional.

Por se tratar de financiamento em sua grande maioria de valores vultuosos, inúmeros mutuários titulares de contratos desta natureza, tem por encargos, prestações que possam alcançar até mesmo trinta anos. Ficando sujeitos á quitação integral do mútuo para consequente disposição, se assim o mutuário pretender.

Como é notório, a dificuldade em obter a moradia, seja pela falta de recursos, e dos empecilhos dos quais os interessados na aquisição de imóvel junto ao processo de financiamento ou a busca de mútuo com garantia fiduciária para fins de aquisição de habitação. Juntamente com os exorbitantes pressupostos como: quesitos inerentes a linhas privilegiadas ou público alvo definidos por disposição legal, a análise qualitativa, a capacidade de pagamento e outras, sejam até mesmo pelo não alcance da própria política habitacional, como pela falta do agente financiador. Diversos mutuários ficam marginalizados ao sistema habitacional.

Por diversas razões, algumas mencionadas acima, convivem e operam junto as formas de aquisição de moradia os denominados “Contratos de gaveta”. Este que é meio alternativo amplamente praticado por interessados quando da obtenção da casa própria. Tem por fulcro a compra de imóvel via acordo particular a termo com mutuário titular de financiamento ou mútuo retro adquirido tendo como garantia real ao crédito a hipoteca e/ou a alienação fiduciária. Cedendo o mutuário sua posição contratual, finda a condição resolutiva da quitação por parte de terceiro.

A prática largamente utilizada do “contrato de gaveta” carece de regulamentação, porém majoritariamente reconhecida nos tribunais brasileiros quanto da produção dos seus efeitos, desde que adimplidas as condições tabuladas entre as partes.

O presente estudo tem por propósito demonstrar a carência de regulamentação do “contrato de gaveta”, que por sua vez faz germinar restrições e cerceamento ao direito constitucional de propriedade, no que diz respeito à disposição do bem. Confrontam as diretrizes das políticas habitacionais, a função social da habitação. Impede a livre circulação das riquezas, a liberdade de contratar.

A não regulação enseja diversas implicações, sujeitando aos envolvidos a busca judicial para ratificar o reconhecimento dos direitos reais e obrigacionais relativos ao negócio jurídico ora com precariedade formal.

Elucidando que o reconhecimento e disposição de bem com ônus reais, como a títulos de propriedade resolúvel, não é óbice para ensejar a vedação o direito em disposição, como mostrará o estudo, a disposição pelo mutuário circunda apenas na sua posição contratual, cessão dos seus direitos de propriedade, em momento futuro mediante cumprimento das condições pactuadas, inalteradas e tão menos abalado o direito de sequela por parte do credor.

1. NEGÓCIO JURÍDICO

1.1 Noções gerais

Os acontecimentos humanos, episódios hodiernos, manifestações motivadas ou não, na realização de negócios, como a assinatura de um contrato, compra de imóvel e outros infinitos estímulos se revestem de fatos e atos dos quais integram o negócio jurídico.

Quanto aos fatos jurídicos são reações que ensejam reconhecimento no plano do ordenamento legal. Podendo ser manifestações humanas ou estímulos de ordem natural. Os fatos naturais ou ordinários podem ser comuns e/ou esperados como: o nascimento, a morte, alcançar maioridade civil, dentre outros. Aos extraordinários são desfechos de caso fortuito, força maior e ocorrem raramente, sobretudo, imprevisíveis.

De outro modo, os atos jurídicos decorrem de vontade, capacidade volitiva e cognitiva canalizada para exteriorização de uma ocorrência ou não, que em sua forma simples há a escolha entre realizar ou não tão somente.

A prática humana, ou seja, o ato praticado também pode ser visto pelo Direito como um fato, quando a manifestação decorre de antijuricidade, porém os princípios gerais legitimam-na como fato jurídico, o que ocorre por exemplo quando uma criança compra um sorvete, neste caso a transação não tem juridicidade pela falta de capacidade do agente, mas ainda sim o Direito acolhe como fato jurídico.

A reunião ou estruturação de fatos, atos, interesses, manifestação de vontade com fins precípuos dos quais causam

repercussão na órbita jurídica constitui o negócio jurídico em seu sentido amplo.

A exteriorização de atos integrantes de fatos jurídicos, manifestação humana em criar, modificar, preservar ou extinguir direitos, sobre a temática afirma Gonçalves (2010, p. 326), “No negócio jurídico há uma composição de interesses, regramento bilateral de condutas, (...). A manifestação de vontade tem finalidade negocial, que em geral é criar, adquirir, transferir, modificar, extinguir direitos etc”.

A diferença entre o ato jurídico e o negócio jurídico decorre da estruturação, complexidade, lateralidade de agentes; o ato jurídico em sentido estrito senso figura-se por ter maior simplicidade, já ao negócio jurídico tem por atributo uma gama maior de estruturação, elaboração e até mesmo alcance dos efeitos. Em suma o negócio jurídico é espécie de ato jurídico.

Segundo Gomes (1993, p. 280), “o negócio jurídico é a mencionada declaração de vontade dirigida à provocação de determinados efeitos jurídicos, ou, [...] a ação da vontade, que se dirige, de acordo com a lei, a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica”.

No entender de Gagliano e Pamplona Filho (2009) quando da análise de um negócio jurídico, gênero do qual um contrato é espécie, necessário se faz a aplicação da análise do saudosista Pontes de Miranda, quanto aos planos de existência, da validade e da eficácia. O negócio jurídico não surge do nada, pois este deve possuir elementos mínimos, requisitos que o faz ao menos existir, em sequencia deve ter aptidão legal para valer ou ter validade, em terceira dimensão existindo e válido lhe resta a produção de efeitos, que poder ser imediatos ou mediatos.

1.2 Planos ou dimensões do negócio jurídico

Os negócios jurídicos são compostos de elementos tais: os essenciais, os naturais, e os acidentais. Elementos advindos da classificação romana. Os essenciais são os estruturais, indispensáveis à existência do ato; os naturais são as consequências e/ou efeito emanado pelo ato; já os elementos acidentais são as condições, termos, modo, os quais as partes podem vislumbrar e agregar ao negócio jurídico.

Estas elementares devem atender a tricotomia: da existência, da validade, e da eficácia ao passo que só então poderão estar aptas, legítimas e íntegras em constituir, modificar, preservar, extinguir direitos sob a ordem jurídica.

Aos Planos do Mundo Jurídico, estudo elaborado por Pontes de Miranda, aqui tratadas com as palavras de Mello:

Na análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, no entanto, é possível encontrar situações em que o fato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*) (a) existe, é válido e é eficaz [...], (b) existe, é válido e é ineficaz [...], (c) existe, é inválido e é eficaz [...], (d) existe é inválido e é ineficaz [...], (e) existe e é eficaz [...] ou, excepcionalmente, (f) existe e é ineficaz, porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos. (2007, p. 98.)

Mello (2007) conclui que quanto às variações dos planos e dimensões dos negócios jurídicos, acima

relacionados, esgotam as espécies possíveis; sujeitando-se apenas as combinações quanto à validade e eficácia, uma vez que o elemento existência é invariável. Chega-se a dois pressupostos: (a) que existência, validade e eficácia são três situações distintas; e (b) que o elemento existência é base de sustentação da validade e da eficácia.

Venosa (2005) no mesmo sentido que Mello exarando seu conhecimento, admite que na estrutura do negócio jurídico não há unanimidade quanto as disposições possíveis e/ou aplicáveis ao estudo no negócio. Há divergência quanto as noções como elementos, pressupostos e dos requisitos do negócio jurídico. Que quanto ao exame do negócio inevitavelmente devem-se levantar a ótica sob três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia do negócio.

1.2.1 Da existência

A existência se verifica pelo alcance de que a norma jurídica analisa e consiga mensurar das relações de fatos, em suma o grau de alcance de previsibilidade entre o direito material e da sua correspondência no círculo fático, iniciando premissa para um negócio jurídico.

Neste sentido, observa-se o entendimento de Mello (2007, p. 99) “Ao sofrer a incidência de norma jurídica judicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência”.

Como afirma Venosa (2005), no quadro das dimensões do negócio jurídico, a vontade é elemento. Na análise do plano de existência não se questiona invalidade ou ineficácia, mas sim da realidade de existência do negócio. Desenvolve o ilustre jurista, que importa examinar a existência da vontade

ou, indo além, a declaração da mesma; e arremata, que a vontade muitos antes de ser elemento do negócio jurídico, é pressuposto dele, por vez com repercussão na validade e na eficácia.

O ponto gerador do fato, em outros termos a capacidade volitiva e cognitiva constitui o fomento da existência, em ensejar ações, estímulos na órbita jurídica; tal qual a compra e venda de um objeto. A existência decorre de requisitos como a manifestação da vontade, da forma se expressa, tácita ou presumida e da finalidade negocial.

Quanto a finalidade negocial, Gonçalves (2010) salienta que finalidade jurídica ou negocial é a proposição de adquirir, conservar, modificar ou extinguir direitos; caso não surta estes fins, a manifestação de vontade desencadeia outros efeitos, preestabelecidos no ordenamento jurídico, praticando o agente um ato jurídico em seu sentido estrito.

Com acertada afirmação de Mello (2007, p. 100) “A existência do fato jurídico constitui, pois, premissa de que decorrem todas as demais situações que podem acontecer no mundo jurídico”.

1.2.2 Da validade

Existindo a manifestação de vontade e tão somente esta, não basta sob a ordem jurídica, senão quando for convalidada ou atribuída validade. Em outros termos deve haver aptidão legal reconhecida pelo ordenamento.

Mello (2007, p.101) ensina que: “ No plano da validade é onde têm atuação as normas jurídicas invalidantes. A incidência delas se dá, na verdade, quando o suporte fático

ocorre, mas os seus reflexos, as suas consequências, aparecem somente nesse plano”.

No entender de Gagliano e Pamplona Filho (2009) salienta que uma compreensão sistematizada e didática, quanto a matéria sob o plano e dimensão no negócio jurídico, afirma que o pressuposto de validade nada mais são os próprios elementos de existência adjetivados; embora a manifestação de vontade seja suficiente para figurar com existente, a validade está condicionada a ação volitiva de maneira livre e de boa-fé.

A validade tem como referência o encaixe fático, junto à prévia regulação jurídica sob diversos prismas de provas simultâneas, como a capacidade, a legitimidade, publicidade, a consciência do agente ou do paciente, a licitude do objeto, do ato, a determinação do objeto, e das condições tabuladas. O que pode ensejar nulidade do ato, quanto aos seus efeitos e aptidão na esfera jurídica.

O Código Civil brasileiro, Lei 10.406 de 2002, em seu artigo 104 requer a exigência de elementares para que haja validade aos negócios jurídicos, que são: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e da forma prescrita ou não defesa por lei. Estas não adimplidas ensejam nulidade ou anulabilidade.

As condições das quais subordinam efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto, sujeitam-se à validade de que o artigo 123 do supra referido código civil escusa. Invalidado fica o negócio que tenha a inexistência de condições físicas ou juridicamente impossíveis, estas quando suspensivas; as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita; e das condições incompreensíveis ou contraditórias. Em suma,

também as condições elencadas no negócio podem o torná-lo inválido de pleno direito, assim impera a lei.

No efeito ao qual a invalidade gera nulidade do negócio jurídico, Venosa colabora:

A função da nulidade é tornar sem efeito o ato ou negócio jurídico. A idéia é fazê-lo desaparecer, como se nunca houvesse existido. Os efeitos que lhe seriam próprios não podem ocorrer. Trata-se, portanto, de vício que impede o ato de ter existência legal e produzir efeito, em razão de não ter sido obedecido qualquer requisito essencial . (2005, p. 526.)

Portanto, o plano de validade deve atender a pressupostos formais e substanciais, estes quais sejam de ordem imperativa imposta pelo regramento jurídico sob pena dos efeitos de invalidade, não podendo manifestar a razão da sua existência.

1.2.3 Da eficácia

Com as lições de Gagliano e Pamplona Filho (2009), o negócio jurídico pode existir ser válido, porém há hipóteses em que ainda que não iniciados, ou até mesmo o já, podem ocorrer eventos acidentais, fatos ou condições que interfiram no negócio jurídico. Como aos elementos acidentais do termo, da condição e do modo ou encargo. Deste modo atuando na finalidade meio e finalidade fim investida ou almejada pelo negócio jurídico.

No mesmo sentido Mello define plano da eficácia:

O Plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos deveres, pretensões obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo. (2007, p. 101.)

Os efeitos subordinam-se a existência e validade do negócio jurídico, não existindo ou não havendo manifestação de vontade não há estímulos conseqüentemente efeitos jurídicos. Válido ou inválido o ato jurídico pode produzir efeitos, contudo maculado pela tutela de invalidade e da ineficácia jurídica.

Nesse sentido Venoso (2005) afirma que ineficácia em seu sentido geral, é a sustentação legal de que o negócio jurídico não enfeixou seus efeitos que ordinariamente haveriam de produzir. Incontroverso se torna, independente das formas, gerando pena, sanção pelo fato dos agentes terem sublevado os requisitos legais. E arremata o ilustre jurista, ineficácia é vocábulo para todos os casos em que o negócio jurídico se torna passível de não produzir efeitos regulares; de outro modo quando o negócio jurídico tem por defeitos, nesse sentido, ele tem por termo a invalidade e não ineficácia.

Deste modo, conclui-se que, o fato jurídico passado ao plano da existência, sujeitando-se a crivo da validade ou não ele pode produzir efeitos. Efeitos estes, juridicamente regulados lícitos, como também podem gerar efeitos ilícitos e antijurídicos.

Quando não produzido os efeitos e este reconhecidamente falho o ato, pode o negócio ser anulável

sobrevindo a tutela da anulabilidade, que não realizada pode sobre efeitos de prescrição e ou decadência, deste modo convalidando o ato. De outro modo o ato nulo pela sua vedação pelo ordenamento, em regra não produz sua plena eficácia.

1.2.4 Da extinção

O negócio jurídico, em regra, tem vivência em três fases, nitidamente observadas, a primeira refere-se a sua criação, na segunda a transformação em suas diferentes facetas e em último o seu perecimento ou extinção.

Quanto aos estágios vital dos atos jurídicos, ou até mesmo a espécie mais comum qual sejam as obrigações, colaboram os juristas Farias e Rosenvald (2010, p. 331) “As obrigações cumprem o seu ciclo vital em três momentos sucessivos: a gênese da relação; as suas transformações ou vicissitudes e, finalmente, as sua extinção ou desaparecimento”.

As fases ou momentos sucessivos tem por último a sua extinção, que na ordem natural dos acontecimentos tende a ser o fim, a consumação, a realização do feito, a implementação, contudo o momento do qual ocorre o completo exaurimento de efeitos.

O adimplemento é a forma natural de extinção do negócio jurídico. Como observado no caput do artigo 304, do atual código civil brasileiro: “Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor” (BRASIL, 2002). Deste modo quando o negócio envolve obrigação de pagar quantia certa, o pagamento é a forma

natural de adimplir a obrigação, dando por encerrado, e extinto o negócio. Como afirma Farias e Rosendal, todo o ordenamento jurídico é dirigido para a aplicação e condução de uma extinção dos negócios na forma do adimplemento natural, vejamos:

O adimplemento é o modo natural de extinção das obrigações, designando o efetivo e direto cumprimento da prestação pelo devedor. Se na linguagem vulgar, o pagamento representa a mera satisfação de dívida pecuniária, tecnicamente importa na solutio, sinônimo do adimplemento de qualquer tipo de obrigação. Inclui-se aí, a efetivação da prestação pelo devedor, mediante a entrega ou restituição de um bem (dar), a execução de uma atividade (fazer) ou abstenção de uma conduta (não fazer). (2010, p. 332.)

Porém as relações negociais são arraigadas de efemeridades e dinamismos, e outras formas geram a extinção dos negócios jurídicos, seu adimplemento transmuda-se de outras formas. Seja a não aplicabilidade oriunda de escusas como força maior, caso fortuito, desdobramentos da teoria da imprevisão, dentre outras.

Em suma a extinção opera usualmente quando da consumação do adimplemento, porém o negócio jurídico pode extinguir por determinação da lei, por falta de pressupostos de existência, e ou da validade.

2. PROPRIEDADE

2.1 Conceito

Para que se vislumbre o que venha a ser propriedade e o direito de propriedade precisamos partir do posicionamento de que exista uma coisa. Para o direito coisas tem significado estrito, neste sentido Lôbo (2015) afirma que o termo em inúmeras situações se confunde com bens, seja em via de legislação ou na própria doutrina, porém os bens jurídicos possui dimensão mais ampla e imprecisa, alcançam todas as situações das quais sejam valiosas e merecedoras de proteção jurídica incluídas as de cunho não patrimonial e ou econômica. Neste sentido Lôbo (2015 apud SCHAPP, 2010, p. 37.) colabora:

Para o direito civil, coisa significa o que pode ser objeto de apreensão, uso, fruição e disposição, com natureza patrimonial e econômica. Por conseguinte, as ondas do mar, o ar, as estrelas, os dados de computador ou mídias portadoras de dados, o corpo da pessoa viva não são coisas. (2015, p. 14.)

Em existindo uma coisa, esta por sua vez de cunho patrimonial e econômico recepcionado pelo ordenamento jurídico incidirá uma ação, faculdade, relações das quais ligarão ou trarão efeitos às pessoas de que circundam ou possam circundar a coisa. Sejam nas suas espécies móveis, imóveis, fungíveis e infungíveis.

A propriedade no contexto de direito de propriedade perfaz as relações dos indivíduos para com a coisa, e desta para com ela juntamente com seus atributos. Atributos e relações norteadas pela coisa fazendo-a ser reconhecida como propriedade. Nesse contexto Rosa (2015, p. 15), “O Direito de Propriedade é utilizado em nosso ordenamento jurídico dentro das raízes do Direito Romano, pressupondo sempre a existência de um bem ou de uma coisa determinada sobre a qual incide a ação de seu titular (...)”.

A concepção moderna de propriedade perante a ordem jurídica que agora vigora, deve-se ao resultado de profundas transformações sociais e acontecimentos de raízes desde o Brasil colônia. Lôbo (2015) relata que após o descobrimento pelos portugueses as coisas foram tidas com o atributo de posse utilidade, sendo o título por excelência de pertencimento das coisas. Deste modo, no Brasil colonial não se transferiam propriedade ou domínio definitivos; o que se tinha á época eram as sesmarias, instrumento utilizado pela metrópole portuguesa para concessão, ou legitimar o direito de uso sobre as terras com fulcro na colonização. Ademais, não se transmitia propriedade, mas legitimava o uso, gozo a fim de exploração, tudo o mais amparado pelas ordenações Filipinas.

E arremata Lôbo (2015), afirmando que as sesmarias é um instituto de gênese medieval, figurando-se às inúmeras formas de pertencimento sobre a coisa, ou até mesmo, do modo de produção feudal, tem por pressuposto o cunho de exploração, intento este que a metrópole portuguesa aplicava. E continua o ilustre jurista, . Lôbo (2015, p. 17), “Todavia, as metamorfoses que as sesmarias sofreram no Brasil

anteciparam o modelo moderno de propriedade, como titularidade exclusiva, abstrata e transacionável.”

Com a independência do Brasil, o império exteriorizou o modelo de titularidade exclusiva, da modernidade liberal. Neste sentido a Constituição de 1824 em seu artigo 179, tabulou a inviolabilidade da propriedade, sem contudo, referenciar quanto á posse.

Por conseguinte, em 1850 a Lei 601, conhecida como “Lei de Terras”, regulou que tornariam terras devolutas, aquelas das quais integrantes do domínio jurisdicional que não estivessem reguladas ou alcançadas pelo instrumento das sesmarias, ou outras disposições ora elencadas pelo poder constituído.

Para inúmeros estudiosos, segundo anota Lôbo (2015, p 19), “... a “Lei de Terras” teria introduzido no Brasil, definitivamente, o modelo moderno liberal de propriedade...”.

Sobretudo, as transformações do conceito de propriedade e dos seus atributos de domínio, perpetuidade, exclusividade com o decorrer dos anos foram ao poucos saltando da esfera privada e atingindo uma função, atributos de ordem pública. A própria regulação do instituto migrou-se pouco a pouca à amplitude constitucional e consequente garantia e direitos acampados em seu sentido amplo. Neste assunto anota Mendes:

O conceito de propriedade sofreu profunda alteração no século passado. A propriedade privada tradicional perdeu muito do seu significado como elemento fundamental destinado a assegurar a subsistência individual e o poder de autodeterminação como fator básico da ordem social. (...) Essa evolução fez com

que o conceito constitucional de direito de propriedade se desvinculasse, pouco a pouco, do conteúdo eminentemente civilístico de que era dotado. (2011, p. 364.)

Deste modo o direito de propriedade perde a concepção da individualidade e exclusividade voltando-se a uma abrangência pública e de justiça social, evolução esta concentrada perante os regimes democráticos. A realização de um fim maior, qual seja a existência digna, e atender as diretrizes da justiça social. Um novo conceito e natureza jurídica da propriedade permeia a ordem moderna e liberal, segundo as premissas sociais. Com as palavras do insigne jurista José Afonso da Silva ratifica a ordem pública e social do direito de propriedade moderno, vejamos:

O direito de propriedade fora, com efeito, concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Verificou-se, mais tarde, o absurdo dessa teoria, porque entre uma pessoa e uma coisa não pode haver relação jurídica, que só opera entre pessoas. Um passo adiante, à vista dessa crítica, passou-se a entender o direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas... (2006, p. 271.)

Nesse contexto de alterações nitidamente verificou-se uma determinação da propriedade enquanto elemento de atributos privados e públicos. A propriedade figura-se em nosso direito moderno com natureza jurídica de direito

privado civilista e constitucional. Gilmar Ferreira Mendes assinala:

O conceito de propriedade sofreu profunda alteração no século passado. (...) Essa evolução fez com que o conceito constitucional de direito de propriedade se desvinculasse, pouco a pouco, do conteúdo eminentemente civilístico de que era dotado. (...) fundamental para o abandono da ideia da necessária identificação entre o conceito civilístico e o conceito constitucional de propriedade. (2011, p. 364.)

O direito de propriedade é elencado como direito fundamental pela atual constituição brasileira. A garantia da propriedade privada e da função social, qual seja a finalidade maior da propriedade. Como disposto no título II dos direitos e garantias fundamentais, emanado as diretrizes do direito de propriedade por inúmeras disposições e ou passagens pelo transcorrer dos livros, e consequentes títulos dos quais envolvam a temática da propriedade. No que concerne ao tema contribui José Afonso da Silva:

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que este atenda sua função social. Se diz: é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII), e a propriedade atenderá a sua função social propriedade (art. 5º, XXIII) , não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade que

atenda sua função social. A própria Constituição dá consequência a isso quando autoriza a desapropriação, com pagamento mediante título, de propriedade que não cumpra sua função social (arts. 182, § 4º, e 184). Existem outras normas constitucionais que interferem com a propriedade mediante provisões especiais (arts. 5º, XXIV a XXX, 170, II e III, 176, 177 e 178, 182, 183, 184, 185, 186, 191 e 222). (2006, p. 270.)

Depreende-se que o conjunto de dispositivos normativos constitucionais sobre a propriedade indica que esta, não considera-se um direito individual único e exclusivo da tutela específica do direito privado. Sobretudo, sua natureza jurídica integra-se a supremacia da coletividade em termos de finalidade social.

Chalhub (2014) salienta que as transformações sociais, o desenvolvimento do comércio, as formas de exploração econômica, foram e ainda propulsionam as concepções do direito de propriedade. Sobretudo a revolução industrial e o movimento socialista foram agentes importantes na tutela do direito de propriedade. Conclui que, uma distinção entre o direito de propriedade individualista vinculada às raízes da Revolução Francesa, o método feudal, e influência do direito romano à tutela moderna da função social de que a propriedade detém. Com as palavras de Chalhub (2014, p. 56) “...o interesse individual cede espaço ao interesse social, a partir da consagração do princípio segundo, o qual a

propriedade deve desempenhar uma função social, conjugando o exercício (...) de uma utilidade social...”.

Deste modo, a função social e o exercício, qual seja a exploração econômica, a finalidade de moradia e ou habitação dos imóveis urbanos, a produção de alimentos por parte das propriedades em imóveis rurais, a exploração econômica e patrimonial dos bens em seu sentido lato, constituem as elementares do direito de propriedade. De certa forma os bens devem atender, suprir, as carências da sociedade como um todo. Como adverte Mendes (2011, p. 365) “ Vê-se, assim, que o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende à concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial...”.

Em suma, observada as limitações e os condicionamentos da função social, é reconhecido pelo atual regime jurídico brasileiro, garantia constitucional, a capacidade das pessoas em termos de garantir a aquisição de bens, desfrutar suas potencialidades e da disposição segundo interesse individual.

2.2 Desdobramentos da propriedade

Adverte Chalhub (2014) que o exercício das potencialidades da propriedade constitui desdobramentos do direito fundamental atribuídos ao bem. Exercício ou faculdade qual seja “... a faculdade de ter, usar, gozar e dispor de bens, bem como excluir terceiros, (...) reaver seus bens de quem quer que deles se aposses injustamente...”.

Rios e Rios Jr (2010) adverte que o conceito moderno de propriedade é o direito de dispor, usar, gozar das

potencialidades do bem, sempre integrado a um valor social, constituindo um dever constitucional.

A lei civil brasileira ratifica as potencialidades e utilidades atributos da propriedade, como acrescenta Gonçalves:

O direito de propriedade é o mais importante e mais completo dos direitos reais, constituindo o título básico do Livro III do Código Civil. Confere ao seu titular os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, assim como de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (CC, art. 1.228). Quando todas essas prerrogativas acham-se reunidas em uma só pessoa, diz-se que é ela titular da propriedade plena. (2009, p. 204.)

Desta forma verificamos que o direito de propriedade contempla uma face externa e outra interna, ou melhor, o exercício constitucional da função social e econômica e das potencialidades e utilidades inerentes ao uso, o gozo, a disposição e da sua defesa. As potencialidades e ou poderes conferidos ao proprietário, o art. 1.228 do Código Civil garante os exercícios do uso, do gozo, de reaver, e dispor, todos inerentes à propriedade.

Pelo direito de usar salienta Chalhub (2014), que refere-se a capacidade de usá-la, com aproveitamento próprio ou de terceiro. Lôbo apud Pereira (2015) colabora sobre o instituto: “... o direito de usar configura-se na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação de sua

substância, podendo usá-la, guardá-la ou mantê-la inerte;”. (LÔBO, 2015, p. 87 apud PEREIRA, 2009, p. 77-79.)

O direito de gozar segundo Scavone e Scavone Jr (2014), é sinônimo da capacidade de fruir ou extrair os frutos, os produtos inerentes da coisa sobre a qual advêm o direito de propriedade. Quanto ao atributo Chalhub (2014, p. 57), informa: “... direito de explorar economicamente a coisa e perceber seus frutos, sejam aqueles que ela produz naturalmente, sejam os frutos civis”. Trata-se da faculdade em explorar o potencial econômico da coisa.

Quanto ao direito de dispor, tido por Lôbo (2015), como o atributo definidor da propriedade, veste a faculdade em alienar a qualquer título, tal qual a doação, venda, troca, oneração, locação, empréstimo, consumo, transformação, alteração e até mesmo a destruição, quando não configurar ato antissocial. Scavone e Scavone Jr (2014, p.10), colabora com o posicionamento, afirmando que: “dispor significa dar à coisa o destino que o proprietário achar conveniente”. Por conseguinte aduz a extrema importância do atributo da disposição vejamos:

Se pudéssemos conferir graus de importância aos atributos da propriedade, sem dúvida a disposição seria o mais importante, o que se confirma na exata medida em que permite ao proprietário a liberdade de fazer com o que é seu quase tudo o que pretende. (SCAVONE; SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 10.)

Ao final temos o atributo da reivindicação, a capacidade de que o proprietário possui em reaver a coisa de quem injustamente a detenha ou possua. Gonçalves (2009)

assegura que o direito de reaver a coisa é a elementar do direito de sequela, atributo do direito real vinculado à coisa.

2.3 Espécies de propriedade

Como já discorrido, as coisas integram a universalidade dos objetos e utilidades das quais circundam as interferências humanas. Porém importa ao direito como propriedade as coisas recepcionadas pelo ordenamento jurídico, neste contexto tituladas como bens. Rios e Rios Junior apontam:

Temos o assunto do Direito ou o seu objeto. Com exceção do homem, tudo aquilo que existe é coisa ou bens. Os bens são as coisas úteis ou com valor econômico, ou seja, suscetíveis de apropriação pelo homem. O bem é uma coisa que tem valor econômico. Quando não existe valor econômico é simplesmente uma coisa. E o Patrimônio? É o conjunto dos bens da pessoa, o conjunto das relações jurídicas ativas ou passivas, tendo conteúdo econômico. O patrimônio são imóveis, móveis, os direitos ou os créditos que a pessoa tem. (2010, p. 34.)

Os bens didaticamente são divididos em: móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis (quando podem ou não serem substituídos por outro da mesma espécie, qualidade ou quantidade), consumíveis ou inconsumíveis, divisíveis ou

indivisíveis, singulares ou coletivos, principais ou acessórios, públicos ou privados, negociáveis ou fora do comércio.

O conjunto de relações jurídicas sejam ativas ou passivas envolvendo bens, norteiam os atributos da propriedade; qual sejam: o uso, o gozo, a disposição e da reivindicação.

As espécies de propriedade podem ser: (a) plena; (b) limitada (c) perpétua; (d) resolúvel; e (e) aparente. Plena será quando os direitos de uso, gozo, fruição, disposição e reivindicação reunirem-se na pessoa do proprietário. Limitada quando carecer ou destinar a outrem algumas das elementares ou atributos da propriedade, como o instituto do usufruto, da hipoteca. Perpétua quando o direito de propriedade tiver duração ilimitada no tempo como no caso da enfiteuse. Na espécie resolúvel de propriedade tem por existência junto ao próprio título uma condição resolutória, que gera extinção do direito de propriedade.

2.3.1 Propriedade resolúvel

Quando por condição ou termo gerar a extinção do direito de propriedade, figurará a modalidade da propriedade resolúvel. O termo ou a condição podem originar-se de manifestação de vontades em um negócio jurídico ou até mesmo pela imperatividade de lei.

Os artigos 1.359 e 1.360 do código civil ambos do capítulo VIII inseridos no título da propriedade confirma a dependência da condição resolutiva ou a implementação do termo para extinção da propriedade resolutiva, de outro modo enquanto não adimplido a condição ou o advento do termo perdurar-se-á a existência de propriedade resolúvel. Na visão

de Gonçalves (2009, p. 401), “Diz-se que a propriedade é resolúvel quando o título de aquisição está subordinado a uma condição resolutiva ou ao advento do termo.”.

Inegavelmente a propriedade resolúvel possui restrições e temporariedade, como elucida Chalhub:

A propriedade resolúvel é, assim, constituída em termos restritos e temporários, operando-se o restabelecimento automático da situação jurídica anterior, uma vez implementada a condição, ou a transmissão da propriedade plena ao beneficiário ou a terceiro, na hipótese de deixarem de existir as limitações da propriedade resolúvel. (2014, p. 147.)

O termo e ou a condição tem por natureza ônus reais sobre a propriedade, enquanto não resolvida torna o direito de propriedade restrito e limitado. Limitado o direito de propriedade o titular não poderá extrapolar aos limites que em dado momento ainda não os possuem em capacidade ou faculdade, noutro turno, não poderá exercer mais direitos que ainda não detêm.

Como modalidade de negócio jurídico que tenha por propriedade resolúvel temos a alienação fiduciária de coisa imóveis regulada pela Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. Amplamente utilizada na aquisição de imóveis junto ao sistema financeiro de habitação.

2.3.2 Propriedade aparente

Para que possa o titular do direito de propriedade exercer os atributos de gozo, uso, disposição e da reivindicação; este terá que ter como reconhecido, válido e eficaz o negócio jurídico que lhe vincule ao bem. Deste modo o titular do direito terá a forma plena do direito de propriedade.

Em situações diversas o proprietário do bem, a exemplo um imóvel, poderá onerá-lo a uma instituição financeira dando em garantia real hipotecária para consequente aquisição de mútuo; neste caso o direito de propriedade deixa de ser pleno para tornar-se limitado, vez que existe uma constrição onerosa. Neste caso há limitação do direito de propriedade restringindo ou reduzindo o exercício inerentes aos atributos da propriedade.

Em um grau de gradação em termos de exercício do direito de propriedade e, sobretudo, do seu reconhecimento perante terceiros, da publicidade e exclusividade por parte do seu titular; figuram-se a propriedade plena, a propriedade limitada, e a propriedade aparente.

Propriedade aparente constitui a forma precária do direito de propriedade, esta carece de elementos constitutivos e ou instrumentalidade exigida ao negócio jurídico, porém não efetivado, deste modo até que regularize seja administrativamente, seja por suprimento legal; não podemos alegar nem mesmo exercício de direito da propriedade pelo pretenso titular. Haverá apenas expectativa de direito de propriedade.

A exemplo tratando-se de imóveis os direitos reais constituídos, em regra, só se adquirem com o registro no

Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos, assim dispõe o artigo 1.227 do Código Civil vigente. Não aplicada quando para bens móveis, com a lição de Gonçalves:

O legislador, todavia, seguindo a tradição romana e o direito medieval, confere relevo à riqueza imobiliária. Nos arts. 79 e 82, Código Civil de 2002 faz a distinção entre bens móveis e imóveis, distinguindo também a forma de aquisição de cada um deles. Quanto aos imóveis, mencionam (2009, p. 232.)

Quando carecedor das formalidades legais qual instrumentaliza o título de domínio, não há de falar em direito de propriedade plena ou limitada, mas em um direito aparente de propriedade. A exigência de registro junto ao cartório de imóveis para que constitua o direito real de propriedade tem por propósito gerar segurança jurídica ao negócio imobiliário. Uma vez registrado o ato negocial terá por característica a publicidade, a oponibilidade *erga omnes*, o do direito de sequela.

A publicidade, a oponibilidade e do direito de sequela, são atributos dos quais abarcam o titular do imóvel, tendo por gerar a exclusividade e integridade do título de domínio. Sobre o tema contribui Scavone e Scavone Junior:

Ordinariamente, os direitos reais sobre imóveis são adquiridos após o registro do respectivo título aquisitivo junto ao Oficial de Registro de Imóveis competente; (...) Em razão da publicidade atribuída pelo registro, o titular de um direito real passa a ter a prerrogativa de

opor, a quem quer que seja, o seu direito, que recaí, assim, sobre toda a coletividade. (...) Decorrência da oponibilidade erga omnes, a sequela é a faculdade concedida ao titular do direito real de perseguir a coisa nas mãos de quem quer que a detenha, de apreendê-la para sobre a mesma o seu direito real. (SCAVONE; SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 4-5.)

Nota-se que tratando-se de direito de propriedade aparente o negócio jurídico não alcança a totalidade ou em situações inexistente aptidão para produzir efeitos reais sobre a coisa.

A título de exemplo, A titular de propriedade imóvel realiza contrato de compra e venda com B, por conseguinte A vende o mesmo imóvel a C, que por sua vez registra a alienação junto ao registro de imóveis competente. Neste caso B terá apenas uma propriedade aparente.

Outra situação corriqueira de propriedade aparente se deve a venda de imóvel oriundo de financiamento, onde o mutuário ainda em fase de pagamento aliena o imóvel via contrato de promessa de compra e venda à terceiro; imóvel este, objeto de garantia do retro financiamento. Cria-se nova avença contratual dispondo do bem, porém condicionando seus efeitos à prévia quitação do saldo devedor junto ao agente financeiro. Neste caso o promitente adquirente de propriedade resolúvel figura-se como titular de um direito aparente da propriedade, pois só tornaria eficaz a venda caso transferisse a dívida, ou quitá-la junto ao credor fiduciário,

para conseguinte transferência de titularidade junto ao registro de imóveis.

Contudo, o titular de propriedade aparente está inserido em uma insegurança jurídica, seja por ausência de pressupostos não instrumentalizados, seja por atos não regulados ou reconhecidos pelo ordenamento jurídico, neste caso necessitando de suprimento legal para conseguinte validade e eficácia do negócio ora aparente ou expectado.

2.4 Da posse direta e ou indireta

Para Gonçalves (2009), o instituto da posse tem origens das mais diversas proposições teóricas, com inúmeros entendimentos. Porém, em sua grande maioria associa-se a posse a ideia de uma situação de fato, onde uma pessoa independente de ser proprietária ou não da coisa exerce poderes ostensivos, conservando-a, defendendo-a, e as vezes exercitando a fruição. Sobretudo, em toda posse haverá uma coisa, uma vontade e conseqüente relação de fruição.

O atual código civil brasileiro em seu artigo 1.196 disciplina: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Ocorre que a posse pode operar de maneira direta e ou indireta sobre a propriedade. Aprofunda no assunto Chalhub:

A posse pode ser direta ou indireta, operando-se esse desdobramento em atenção a necessidades ou conveniências práticas (...) Em regra, o proprietário encontra-se na posse direta da coisa, mas nada impede que transmita sua posse direta a outrem, conservando a posse

indireta. A partir desse desdobramento, passam a coexistir as duas espécies de posse, sem que uma anule a outra; ambas são alvo de tutela legal, assegurada a defesa da posse, quanto ao possuidor direto quanto ao indireto, podendo o possuidor direto invocar a proteção possessória até mesmo contra o possuidor indireto que molestar sua posse direta. (2014, p. 44.)

O artigo 1.197 do código civil de 2002 reconhece as duas formas de posse direta e indireta e indo além admite a capacidade de defesa dentre os possuidores direto e indireto sob a propriedade.

Para Lôbo (2015), posse direta refere-se a direito real e temporário do poder de fato sobre a coisa, já a indireta é a do titular da posse ou propriedade da coisa que está sob exercício do possuidor direto. A exemplo o locatário que tem a posse obtida por contrato, um direito pessoal com o locador (possuidor indireto). Sobre o exercício da posse direta e indireta leciona o ilustre jurista:

A posse direta não é exercida em nome do possuidor indireto, mas no interesse próprio do titular daquela. A posse direta é exercida diretamente pelo que não é dono da coisa, e não posse em nome de alguém. A posse direta e a posse indireta são distintas, com finalidades que não se confundem. (2015, p. 68.)

A distinção entre posse direta e indireta se deve a desdobramentos do direito de posse plena. Nesse sentido a

alienação fiduciária de imóveis Lei 9.514 de 1997 atribui ao credor fiduciário a posse indireta da propriedade resolúvel, ficando ao fiduciante a posse direta, quando tendo por objeto um imóvel destinado à moradia, fica o possuidor direto o exercício de usufruir dos atributos, seja residindo o imóvel, seja locando. Estabelece o artigo 23 da referida lei, que uma vez constituída a alienação fiduciária, têm-se por gênese também a criação da posse direta e indireta, enquanto perdurar o referido negócio.

3. DAS FORMAS DE AQUISIÇÃO E DISPOSIÇÃO DE IMÓVEIS

O código civil de 1916 enumerava taxativamente os modos de aquisição da propriedade imóvel: (a) transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel; (b) acessão; (c) usucapião; (d) direito hereditário. O atual código civil não especificou taxativamente os modos, porém limitou-se a disciplinar no capítulo II, do título III oriundos do Livro III Do direito das Coisas, artigos 1.238 a 1.259.

Como afirma Chalhub (2014), “... os modos peculiares de aquisição do direito de propriedade são o registro do título, a sucessão, a usucapião e a acessão”. Modos estes dos quais devem atender requisitos específicos sejam as elementares do título e instrumento tabulado, ou o modo pelo qual se origina, como a sucessão e a usucapião.

A aquisição da propriedade pode ser classificada sob diversos critérios, um deles segundo ao modo originário ou derivado da aquisição. Gonçalves (2009), afirma que a procedência ou causa da aquisição, podem ser originária ou derivada.

Na forma originária não há transmissão entre sujeitos, o sujeito torna titular do direito por fazê-la sua. De outro modo, a forma derivada de aquisição da propriedade há uma relação causal oriunda de negócio jurídico onde o anterior proprietário e o conseqüente adquirente figuram uma relação da qual envolva manifestação de vontade, transmissão de domínio como na tradição ou como no registro do título translativo. No contexto Chalhub colabora:

Originária é a aquisição em que a pessoa obtém a propriedade da coisa independente do antigo titular (...). Aquisição derivada é aquela em que o adquirente torna-se proprietário da coisa mediante transmissão do antigo proprietário. É a forma mais frequente de aquisição da propriedade, que se faz por ato entre vivos ou por causa de morte do transmitente. (2014, p. 79.)

Tratando-se de bens imóveis qual seja a definição dada por Lôbo (2015, p. 118), “... a parte da superfície da terra, chão ou solo, e tudo o que se edifique sobre ela ou se incorpore em caráter permanente, pela mão do homem ou pela natureza”. Estas quanto à aquisição dependem de momento e da modalidade pela qual transcorram.

Uma vez exaurido o momento ou configurado o modo de transmissão terá por consequência o título, este originário ou derivado. Não restringindo tão somente ao instrumento translativo, mas também ao modo e momento originário.

Aquisição derivada de imóveis temos a sucessão hereditária ou pelo registro do título no cartório de imóveis, como ocorre na venda, promessa de compra e venda, doação, alienação fiduciária, e outros instrumentos translativos.

De outro modo a aquisição originária tem por instituto a acessão e a usucapião; conforme atual código civil brasileiro preleciona.

Em suma, indiferente da forma de aquisição da propriedade imóvel, originária ou derivada, se faz necessário o registro do título de transferência no registro de imóveis. Registro este que tem por finalidade reger efeitos contra

terceiros, gerar publicidade, continuidade, especialidade, obrigatoriedade, e da fé pública.

3.1 Compra e venda

Gangliano e Pamplona Filho (2012, p. 29), elucidam: “A definição do contrato de compra e venda é extremamente simples, dispensando grande esforço intelectual: traduz o negócio jurídico em que se pretende a aquisição da propriedade de determinada coisa, mediante o pagamento de um preço.”

O contrato de compra e venda é regulado pelo código civil atual em seus artigo 481 e seguintes tendo a seguinte redação: “ Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir domínio de certa coisa, e o outro a pagar-lhe certo preço em dinheiro.”

Tem-se por vendedor aquele qual se obriga a transferir a outro (comprador) o domínio de uma coisa, mediante o pagamento de preço certo. Uma vez celebrado o contrato gera-se obrigações dentre as partes em entregar a coisa e conseguinte pagamento de quantia em dinheiro.

Quando a coisa tratar-se de bens imóveis, o contrato de compra e venda dependerá de elementar substancial para que ocorre plena efetividade da transação. Qual seja a exigência dos artigos 108, 215 e 1.245 do código civil, quanto ao pressuposto da escritura pública e consequente registro junto ao cartório de imóveis competente; salvo quando envolver transação de imóveis com valor inferior a trinta vezes o salário mínimo vigente no país. Sobre o tema Gonçalves aprofunda:

Para a aquisição da propriedade imóvel, no direito brasileiro, não basta o contrato, ainda que perfeito e acabado. Por ele, criam-se apenas obrigações e direitos, (...) A transferência do domínio, porém, só se opera pela tradição, se for coisa móvel (CC, art. 1.267) e pelo registro do título translativo, se for imóvel (art. 1.245). (2009, p. 275-276.)

O contrato de compra e venda de imóveis acima de trinta salários mínimos tem por características a onerosidade, a forma solene, a bilateralidade, e a aptidão translativa de domínio. Em suma, uma vez efetivado e registrado junto ao cartório competente tem-se por resolvido, consumado a alienação e transferência do título de propriedade, largamente utilizado nos pagamentos à vista, no ato do pacto contratual.

3.2 Promessa de compra e venda

A promessa de compra e venda no que se refere a bens imóveis possui regulação junto aos artigos 1.417 e 1418 do código civil vigente, e pela Lei 6.766 de 1979, artigo 25 e seguintes, qual refere-se ao parcelamento do solo urbano e outra disposições.

Pelo contrato de promessa de compra e venda o proprietário transmite ao promitente comprador o imóvel objeto, sob termo ou condição resolutiva. Tem por consequência futura a consolidação de um contrato de compra e venda. Sobre a conceituação Chalhub contribui:

Trata-se de contrato preliminar que contempla a obrigação das partes de celebrar um contrato futuro, que é o contrato de compra e venda. O promitente vendedor, sendo titular do domínio sobre o imóvel, se obriga a transmiti-lo ao promitente comprador, desde que este conclua o pagamento do preço ajustado. (2014, p. 176.)

Em regra geral, o promitente vendedor transfere ao promitente comprador preliminarmente os atributos do uso, e da fruição intrínsecos do direito de propriedade. E retém até dado momento ou condição a transferência da titularidade, qual seja o atributo da disposição do imóvel.

Os elementos essenciais do contrato de promessa de compra e venda são os mesmos vinculados ao contrato de compra e venda, qual sejam o consentimento, o preço, e a coisa. O que se abstrai da inteligência do artigo 482 do atual código civil brasileiro. Quanto á conceituação ambos comungam das mesmas elementares. A diferença terá a promessa de compra e venda ensejar contrato preliminar á efetiva transação da compra e venda. Nesta concepção vemos os ensinamentos de Gangliano e Pamplona Filho (2012, p. 51), “... o Contrato de Promessa ou Compromisso de Compra e Venda é um contrato preliminar que tem como objeto um contrato futuro de venda e compra”.

A promessa de compra e venda tem aptidão de adquirir direito real sobre o bem, quando for imóvel, ainda que os artigos 1.417 e 1.418 predispõem a exigência do instrumento público ou particular ser levado à registro para consequente aquisição de efeitos reais sobre imóvel. De outro modo,

aplica-se o posicionamento da súmula 239 do STJ, “*O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis*”. Súmula esta que confere o direito à adjudicação sem prévio registro do contrato, suprimento legal instrumentalizado pelo artigo 466-B do atual código de processual civil.

Em outros termos, os efeitos obrigacionais entre as partes envolvendo o imóvel podem ter suprimento legal para alcançar os efeitos reais junto ao bem imóvel, ainda que não praticada outrora o registro junto á matrícula do imóvel.

Uma peculiaridade da promessa de compra e venda figura a situação de que o promitente comprador quando em cada pagamento das parcelas do preço, este consuma gradualmente acréscimos aos seus poderes do direito de propriedade sobre o imóvel. Direito este que desde a contratação em regra já detêm o direito de fruir e usa, cabendo investir-se ao direito de aquisição sobre o imóvel. Chalhoub colabora deste entendimento jurisprudencial, vejamos:

... o entendimento de que o imóvel objeto do compromisso integra o patrimônio do promitente comprador, ficando o promitente vendedor só com o crédito, numa construção jurisprudencial que vai aproximando a promessa cada vez mais da compra e venda, aproximação que se torna inequívoca e definitiva, uma vez pago o preço.... (2014, p. 180.)

Observa-se que o contrato de promessa de compra e venda ou compromisso de compra e venda tem por razão de existência a consequente instrumentalização da compra e venda pura.

3.3 Acessão

Acessão constitui modo de aquisição em propriedade por disposição legal, instituto previsto no artigo 1.248 e seguintes do atual código civil. Na visão de Gonçalves (2009, p. 291) “...modo de aquisição da propriedade, criado por lei, em virtude do qual tudo o que se incorpora a um bem fica pertencendo ao seu proprietário”.

Lôbo (2015) confirma o instituto da acessão pela existência de ampliação do imóvel em decorrência de fatos da natureza ou de incorporação ao imóvel em acréscimos como plantações, ou de construções feitas por terceiros. Chalhub (2014) colabora “ Acessão é a união de uma coisa a outra, à qual adere e se incorpora (...) pode ser natural ou artificial”.

Deste modo as acessões podem ser naturais ou industriais tendo por origem os fatos ou atos elencados no rol do artigo 1.248 do código civil brasileiro, dos quais podem ser classificados, segundo a lição de Lôbo em espécies:

São duas as espécies, em nosso direito: a) Acessão natural, que se dá por fato ou pela força da natureza, independente das vontades dos titulares afetados. Classifica-se em: (1) formação de ilha; (2) aluvião; (3) avulsão; (4) abandono de álveo. b) Acessão industrial, oriunda do trabalho ou da ação humana. Classifica-se em: (1) construções; (2) plantações. (2015, p. 132.)

As plantações ou construções como ensina Chalhub (2014), tem por presunção como realizadas por parte do dono

do terreno e à sua custa, salvo prova em contrário, deste modo os acessórios e ou acréscimos pertencem ao principal.

Na acessão natural por força da natureza, tal como deslocamentos de porção de terra a qual adere à outra propriedade sejam na forma abrupta (avulsão) ou por sedimentação paulatina e lenta (aluvião). Até mesmo alteração em curso de água em um rio, como desvio ou seca (abandono de álveo).

Enquanto a acessão natural se dá de bens imóveis a imóveis, as acessões artificiais ou industriais decorrem de bens móveis a imóveis.

3.4 Sucessão

A sucessão constitui forma de aquisição originária de propriedade, ao teor do artigo 1.784 do atual código civil, “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Tem-se por aberta a sucessão, quando da ocorrência do fato morte, ou nos casos de ausência regulados por decurso do tempo, também tendo por fato gerador da abertura da sucessão.

Chalhub (2014, p.99), no contexto da definição aduz: “A aquisição da propriedade por sucessão hereditária opera-se desde a abertura da sucessão. A partir desse momento, a herança transmite-se aos herdeiros automaticamente”.

Com a abertura da sucessão necessário se faz um processamento em termos de individualização dos bens deixado pelo de cujus; por sua vez acampam na forma do arrolamento ou do inventário.

Tendo conseguinte a exigência em registro do formal e ou da carta de adjudicação, junto ao cartório de imóveis,

quando se tratar de imóveis. Chalhub (2014) salienta que o registro do formal é necessário para que preserve os elos de continuidade da cadeia sucessória do registro imobiliário, princípios da publicidade e continuidade.

Ainda que o direito de propriedade advenha de transferência instantânea pelo fato morte, a ausência do registro obsta a disponibilidade sobre o bem, o herdeiro legatário ou testamentário não poderá exercer plenamente os direitos reais inerentes aos atributos da propriedade que lhe fora adquirida. Como dispor, dar em garantia hipotecária e demais constrações reais, ainda que referente à sua cota parte.

3.5 Usucapião

O decurso de tempo pode produzir efeito aquisitivo junto aos bens imóveis. O lapso temporal ou prescrição aquisitiva, nomenclatura largamente utilizada pelos doutrinadores constitui a elementar do instituto da usucapião. Sobre prescrição aquisitiva Scavone e Scavone Júnior (2014, p. 956), “ O tempo determina a aquisição do direito na usucapião. Destarte, o usucapião também é denominado ‘prescrição aquisitiva’ ”.

Quanto a definição da usucapião Rios e Rio Júnior (2010) traz a luz: “ Usucapião é a aquisição originária da propriedade. Não se tem aqui o antecessor ou transmitente. Não é derivada de ninguém. Poderíamos dizer que é derivada do tempo”.

Por tratar-se de aquisição de direito, há uma célebre diferenciação quanto a pretensão aquisitiva e da pretensão extintiva, senão vejamos com as palavras de Gonçalves apud Beviláqua:

A usucapião é também chamada de prescrição aquisitiva, em confronto com a prescrição extintiva, que é disciplinada nos arts. 205 e 206 do Código Civil. Em ambas, aparece o elemento tempo influenciando na aquisição e na extinção de direitos. A primeira, regulada no direito das coisas, é modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais suscetíveis de exercício continuado (entre eles, as servidões e o usufruto) pela posse prolongada no tempo, acompanhada de certos requisitos exigidos pela lei; a segunda tratada pela Parte Geral do Código, é a perda da pretensão e, por conseguinte, da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso dela durante determinado espaço de tempo. (2009, p. 235.)

Scavone e Scavone Junior (2014) relata que não obstante a previsão nos arts. 1.238, 1.239, 1.240 e 1.242 do Código Civil, constitui forma aquisitiva tanto para bens imóveis e móveis, sendo assim há a necessidade analisar o instituto como gênero. Com as palavras dos ilustres juristas: “... usucapião deve ser encarado como forma de aquisição de um direito real que requer determinadas condições para manifestar-se na órbita jurídica, seja ele de bens móveis ou imóveis”. (SCAVONE; SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 957).

Uma vez atendidos aos pressupostos da usucapião, quais sejam: (a) coisa hábil ou suscetível de usucapião; (b) posse; (c) decurso de tempo. Requisitos estes tidos por

essenciais, exigidos em todas as espécies de usucapião, doutro modo, nas modalidades ordinárias de usucapião também o são reclamados a boa-fé e justo título. Tem por consequência o direito aquisitivo, restando ao agente homologá-lo perante uma sentença judicial da qual não se discute mérito. Neste contexto Gonçalves (2009, p. 253), “ Na sentença o julgador limita-se a declarar uma situação jurídica preexistente. (...) consagrada jurisprudência, a usucapião pode ser arguida em defesa, na reivindicatória, (...) súmula 237 do Supremo Tribunal Federal.

Quanto às espécies de usucapião podem ser: (a) extraordinária; (b) ordinária; e (c) especial, que pode se extraordinária ou ordinária, com pressuposto de moradia ou exercício de *pro labore*.

Na usucapião extraordinária art. 1.238 do Código Civil tem por característica a duração mais prolongada da posse, dispensa de justo título e da boa-fé, apenas a exigência qual o possuidor exerça a posse em quinze anos quando imóveis e de cinco anos para móveis. Na hipótese imobiliária o prazo reduz pela metade pelo fato do possuidor exercer a título de moradia e ou houver realizado obras ou serviços de fulcro produtivo.

Quanto a usucapião ordinária art. 1.242, caput do Código Civil, dispõe o possuidor de justo título e boa-fé. O prazo aquisitivo é de 10 anos, mas pode haver redução pela metade na situação de exercício de moradia ou tenha destinado o imóvel com fins social ou econômico.

A usucapião tabular prevista no parágrafo único do art. 1.242 do Código Civil tem por aquisição oneroso com posterior cancelamento do Registro de imóveis, opera usucapião tabular junto ao adquirente quando decorridos cinco anos e realizada finalidade de moradia ou destinação

econômico ou social ao bem em questão. Disposição concomitante no §5º do art. 214 da Lei 6.015 de 1973, lei dos Registros Públicos.

A usucapião especial segundo Chalhub (2014) constitui outra forma de usucapião além da extraordinária ou ordinária, a qual tem por imóveis que exercem fins habitacionais ou a título pro labore, em outros termos, finalidade de moradia pelo possuidor ou família deste, ou o imóvel propicie condições de subsistência do possuidor e sua família.

Como verificado nos artigos 1.239, 1.240 e 1.240-A do Código Civil e artigo 183 da Constituição Federal, a usucapião especial tem por pressuposto conservar a finalidade ao qual a propriedade ora exerce, tais quais: a moradia e habitação, produção de alimentos e ou fruição econômica.

Atendidas as elementares aquisitivas da usucapião e via processo judicial, onde devem ser citados os proprietários do bem, Ministério Público, os interessados incertos, estes por edital, cientificando a União, o Estado ou Distrito Federal, e o Município de localização do imóvel. Tendo por sentença declaratória a certificação da investidura do possuidor no direito de propriedade. Cabendo ao usucapiente, como ratifica Chalhub (2014), fazer uso da sentença como título para registro da propriedade no Registro de Imóveis, com efeito “*ex tunc*”, tendo por início a investidura no primeiro ato de posse, retroativo pois, para preservar as relações do usucapiente junto a terceiros que anteriormente possam ter realizados negócios junto ao possuidor que neste instante figura como proprietário pleno.

3.6 Via aquisição de mútuo com alienação fiduciária

A propriedade fiduciária constitui espécie do gênero propriedade resolúvel, com disposições gerais regulada no atual código civil artigos 1.359 a 1.368-A. E pelas leis específicas, como no artigo 66-B da Lei 4.728 de 1965, que disciplina o mercado de capitais, e insere em nosso ordenamento a alienação de coisa móvel, e Lei 9.514 de 1997, que dispõe sobre o Sistema de financiamento imobiliário e da alienação fiduciária de imóveis.

Operando o princípio da especialidade como disposto no artigo 1.368-A do Código Civil: “ As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.”

Largamente utilizada nos contratos de financiamentos habitacionais junto aos agentes financeiros integrantes do Sistema de financiamento imobiliário, a alienação fiduciária de imóveis propicia a aquisição de imóveis ainda que na modalidade resolúvel.

Tendo por consequência a titulação de uma propriedade fiduciária em garantia de um mútuo fornecido por um credor fiduciário.

Sobre alienação fiduciária Dantzger acrescenta:

...a alienação fiduciária é o instituto contratual pelo qual o devedor de uma obrigação principal, que na maioria esmagadora das vezes é um contrato de mútuo, com garantia de que efetivamente irá honrar sua obrigação e quitar sua dívida, transfere ao credor a propriedade

de um determinado bem, sob condição resolúvel expressa, ou seja uma vez quitada a dívida perante o credor, fiduciário, resolvida estará também a propriedade que lhe foi transferida em garantia do cumprimento da obrigação e, então, o devedor fiduciante, terá novamente agregado ao seu patrimônio a propriedade plena da coisa... (2010, p. 41.)

Sobre propriedade fiduciária Lôbo (2015, p. 292), colabora “(...) é a transferência da propriedade, sob condição resolutiva, do adquirente de coisa móvel ou imóvel (devedor fiduciante) a quem financia a totalidade ou parte da aquisição, em garantia do adimplemento da dívida correspondente (credor fiduciário)”.

Sejam os bens disponíveis e comerciáveis, móveis ou imóveis, a propriedade fiduciária pode operar. A propriedade fiduciária tem por características uma limitação do direito real de propriedade, com finalidade precípua e um termo. Neste contexto Chalhub nos ensina:

Propriedade fiduciária, como se sabe, é direito real limitado pelas restrições impostas ao seu conteúdo, em virtude da finalidade para a qual é constituída, tendo duração limitada, enquanto perdurar o escopo para o qual foi constituída ou até o termo dentro do qual deve vigorar. (2014, p. 150.)

A alienação fiduciária de imóveis surgiu com o advento da Lei 9.514 de 1997 a qual regula as disposições das

quais servem como base aos contratos imobiliários do Sistema Financeiro Imobiliário. Em específico nos artigos 17 a 33 elucidam sobre as operações envolvendo alienação fiduciária de imóveis.

Por se tratar de propriedade resolúvel, a teor dos artigos 25 e 33 da Lei 9.514/1997, significa que, pago o preço determinado no contrato, resolve-se a propriedade do credor (fiduciário), reingressando a propriedade ao antigo devedor (fiduciante). Vejamos o exemplo trazido por Scavone e Scavone Júnior:

Mário adquire um imóvel de determinada construtora e o banco ingressa na relação jurídica para financiar um valor ao adquirente. Nesse caso, Mário recebe a propriedade da construtora e transfere, no mesmo ato, a propriedade ao banco, que, por sua vez entrega o dinheiro à construtora. Após cumprir a sua obrigação contratual, pagando integralmente o preço, consolida-se, nos termos da lei, a propriedade nas mãos de Mário, ou seja, resolve-se a propriedade do banco credor (fiduciário). (2014, p. 453.)

A aquisição da propriedade fiduciária somente se opera quando do registro do contrato junto ao oficial de Registro de Imóveis competente. Permissão derivada da alínea nº 35 no artigo 167 da Lei 6.015/1973 Lei dos Registros Públicos, previsão do artigo 40 e exigência do artigo 23 ambos da Lei 9.514 de 1997.

A ausência do registro torna inaptidão de direito real sobre a propriedade, permanecendo apenas o direito pessoal

dentre ao negócio ora celebrado. Como ratifica Scavone e Scavone Júnior (2014, p. 459.) “O direito pessoal nasce com a celebração do contrato. Todavia, o direito real de propriedade depende, inexoravelmente, do registro”.

3.7 Via aquisição de mútuo com hipoteca

Na concepção de Gonçalves (2009), hipoteca constitui direito real de garantia, junto a bens imóveis, aviões ou navios, pertencentes ao devedor ou terceiros. Bens que embora não entregue ao credor, asseguram-lhe o crédito. No mesmo sentido Paulo Lôbo (2015, p. 277), “Hipoteca é direito real de garantia sobre coisa imóvel alheia, que permanecendo em poder de seu titular, para execução pela não satisfação do crédito a que se vincula, com preferência sobre outros créditos”.

Pode ser convencional, legal ou judicial. Tendo por requisitos as disposições dos artigos 1.473 e seguintes do atual código civil. Na modalidade convencional ocorre quando por meio de avença contratual, onde devedor e ou terceiro vinculam-se ao contrato, dando em garantia hipotecária ao credor, para assegurar o adimplemento.

Como exemplo a aquisição de um mútuo por parte de um devedor junto à uma instituição financeira, fornecendo como garantia imóvel de sua propriedade, este a título de hipoteca.

A hipoteca legal, artigos 1.489 a 1.491 do código civil, constitui hipoteca compulsória de que a lei atribui a determinadas pessoas para garantir certas obrigações e ou preservar direitos. Como nas situações em que o ilustre jurista Melhim Namem Chalhub abaixo descreve:

... b) os imóveis do pai ou da mãe que vier a contrair novas núpcias antes de fazer o inventário dos bens do casal anterior, em benefício dos filhos; c) os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e para o pagamento das despesas judiciais, sendo beneficiários o ofendido e seus herdeiros... (2014, p. 231.)

Na modalidade de hipoteca judiciária, previsto no artigo 466 do Código de Processo Civil, emana de sentença judicial, onde visa assegurar ao credor o exercício da seqüela junto ao patrimônio do executado, propiciando meios para satisfazer os efeitos mandamentais da sentença.

Com o registro da hipoteca no cartório imobiliário competente, o credor adquire o direito real de garantia sobre o bem objeto do registro, ao qual respondera pelo cumprimento da obrigação podendo buscar em juízo a execução da hipoteca.

De outro modo, o proprietário do bem, o qual pode ser o próprio devedor ou terceiro garantidor, terá uma restrição ao seu direito de propriedade, representado pelo ônus de garantia do cumprimento de determinada obrigação. O direito de uso, gozo, disposição podem ser exercidos, porém o proprietário não poderá degradar o bem até ao ponto de desvalorizá-lo em medida inferior ao adimplemento da avença, sob pena de reduzir a capacidade de liquidez da garantia.

O registro gera publicidade do ato e desta forma torna-se oponível contra terceiros. Assim, em sede de disposição do bem hipotecado, o promitente adquirente que por ventura venha estar com a propriedade do bem não pode escusar-se de

uma eventualidade execução de hipoteca pré-existente. Nem mesmo alegar ignorância sobre a existência, cabendo à coisa hipotecada responder pelo adimplemento da dívida ora avençada.

Com advento da Lei 4.380 de 1964 a qual criou o Sistema Financeiro de Habitação, cujo objetivo era estimular a construção de habitação de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente às classes da população de menor renda; propiciou uma alavancagem no crescimento imobiliário no Brasil.

Desde então a modalidade de hipoteca como garantia aos mútuos destinados a aquisição de imóveis no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação fora largamente utilizada. Modificando o cenário a partir de 1.997 com a implementação da Lei 9.514 que dispõe sobre o sistema financeiro imobiliário, institui a alienação fiduciária de bens imóveis e dá outras providências.

4. DIREITO IMOBILIÁRIO

4.1 Conceito

O Direito Imobiliário figura um ramo do direito civil do qual envolve negócios jurídicos, aos quais compreendem elementos obrigacionais, direito de propriedade, direito contratual e outras avenças relacionadas aos bens imóveis. Neste sentido, Edson Costa Rosa (2015, p. 15), adverte: “Quando falamos em Direito Imobiliário nos referimos a um segmento do Direito Privado e de Propriedade que regula as relações jurídicas na esfera dos contratos de locação, compra e venda de imóveis...”.

4.2 Direito Civil e o direito imobiliário

Ao tratar de negócios jurídicos envolvendo imóveis e ou disposições reais deste, como: constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais, o ato, deve atender, em regra, solenidade exigida por lei, para surtir validade. Assim preleciona o artigo 108 do código civil:

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. (BRASIL, 2002).

Segundo Rios e Rios Junior (2010, p. 80) “A transferência do imóvel exige, no Brasil, uma escritura pública, mas a tendência é a simplificação. No SFH já se admitem as escrituras particulares”.

Porém a existência somente do instrumento por escritura pública ou particular, não produz efeitos, tendo apenas aptidão em efeitos reais a que se propõe o negócio jurídico. Uma vez que, a escritura pública ou instrumento particular deve ser levado ao competente registro de imóveis para exaurir os efeitos reais sobre o direito de propriedade. Pressupostos estes, regulados pelo código civil, Lei de Registros Públicos 6.015/73 e demais disposições esparsas como a Lei 9.514/97 que dispõe da alienação de bens imóveis.

Neste contexto Scavone e Scavone Júnior (2014, p. 16), “A aquisição dos bens imóveis, contudo, não se completa com a escritura. De acordo com os arts. 108, 1.227 e 1.245 e 1.267 do Código Civil, mister se faz o registro desse título aquisitivo”.

Desta forma, a escritura não registrada não opera direitos reais sobre bens imóveis, apenas gera direitos obrigacionais vinculando as partes.

4.3 Registro imobiliário

O registro imobiliário é ato solene exigido por lei nos negócios envolvendo bens imóveis e sua consequente disposição em termos de direitos reais. Saliencia Scavone e Scavone Júnior (2014, p. 16), “... a escritura, enquanto não registrada, não atribui direito real de propriedade, apenas direito pessoal, obrigacional...”. E continua, os nobres juristas, afirmando que aos bens imóveis e a aquisição por negócio

jurídico, a transferência do domínio se opera com o registro do título aquisitivo junto ao registro de imóveis da comarca competente. Rios e Rios Junior apontam:

É função do registro imobiliário a publicidade de seus atos. Ninguém pode alegar ignorância da lei... nem do registro público imobiliário. Há a presunção de que todos o conhecem. O registro público tem similitude com a lei publicada. A ninguém é lícito alegar a ignorância dos lançamentos registrais. Então, o primeiro efeito do registro é a publicidade! (2010, p. 123.)

Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra (2013, p. 16), elucidam que o sistema de registro, seja de empresas, imobiliário, ou qualquer outra natureza, tem por finalidade precípua conferir segurança jurídica. Tratando-se de registros de imóveis brasileiro, a segurança que se busca é a estática, ou seja, a do titular dos direitos inerentes a determinado imóvel; correlacionado a tutela da segurança jurídica dinâmica, esta do adquirente.

Para persecução da precípua finalidade de segurança jurídica, a lei confere um plexo de atribuições aos registros de imóveis, previstas na Lei 6.015 de 1973, Lei dos Registros Públicos. Em seu artigo 172 acampa sucinta disposição das atribuições, quais sejam: o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais. Dando efeito perante terceiros, reconhecendo sua validade e eficácia.

Segundo os juristas Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra, de maneira abstrata podemos concluir que:

... o registro de imóveis é a instituição competente para a formação e conservação do assento dos dados relacionados aos direitos reais previstos na legislação pátria, bem como das demais informações cuja inscrição a lei determinar para efeitos de publicidade. Inscrição é a inserção de dados no registro imobiliário, (...) se faz por atos de registro, por atos de averbação ou pela abertura de novas matrículas... (2013, p. 16.)

Aprofundando ao tema, os registros públicos e consequentemente o registro imobiliário, vincula-se, entre outros, aos princípios: da publicidade, da especialização, da fé-pública, da continuidade e da obrigatoriedade. Estes princípios alicerçados no princípio da segurança jurídica. Quanto aos princípios: especialização; obrigatoriedade e da publicidade, Chalhub contribui:

...especialização, também conhecido por determinação. (...) diz respeito á identificação do bem imóvel objeto do registro; a especialização é a descrição do bem imóvel objeto do registro (...) características que lhe dão identidade própria...O princípio da obrigatoriedade do registro está relacionado ao modo de aquisição da propriedade, (...) para que o ato translativo produza o efeito de transmitir a propriedade, é obrigatório o registro do título. O princípio da publicidade é o que diz respeito á validade e eficácia dos direitos reais,

significando que o domínio que o titular tem sobre a coisa ou sobre o direito real a ela relativo tem validade e eficácia contra todos, mas desde que esteja registrado no Registro de Imóveis. (2014, p. 103.)

No entender de Rios e Rios Junior (2010, p. 150) o princípio da fé-pública, tem por atributos a verdade e a confiança no ato; a força probante e da consequente presunção de autenticidade. Vejamos: “... o termo “dou fé”. Significa “é verdade”, ou “atesto que é verdade”, (...) É uma força probante, uma presunção de autenticidade, uma presunção *juris tantum*, ou seja, admitem-se provas no sentido contrário, mas é a palavra oficial ”.

Quanto ao princípio da continuidade, repousa por toda a tutela registral, porém no artigo 237 da Lei de Registros Públicos 6.015 de 1973, identifica-se claramente neste dispositivos questões de sequência registral e da cadeia de titularidade; artigo 237 “ Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro”. (BRASIL, 1973).

Os atos aos quais podem ser praticados dentre uma matrícula de imóvel, sem exceção devem atender aos princípios norteadores. Importante ressaltar que o cadastro do imóvel na serventia registral imobiliária denomina-se matrícula, sobre o qual são assentados os atos previstos em lei. Estes, tendo por objeto o imóvel ou as partes que por qualquer motivo titulem direitos ou obrigações junto á rés.

Como determinado pela Lei 6.015 de 1973, Lei dos Registros Públicos, junto ao artigo 167, constitui atribuições

da serventia a abertura de matrículas, o registro e as averbações, dentre outras incumbências. Importante reforçar que a expressão “registro” por vezes é utilizada de forma geral perante o ordenamento jurídico. Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra (2013, p. 153) salienta que os termos: “registro” e “averbação” em inúmeras situações são utilizados como sinônimos, mas adverte que no sentido estrito registro é o ato praticado para constituição ou transmissão do Direito Real em si, de outra lado, as averbações são atos anexos praticados para alterar, ratificar, complementar e ou elucidar as condições do Registro ou mesmo extinguir seus efeitos.

Neste contexto o art. 232 da Lei 6.015/73, estipula “Cada lançamento de registro será precedido pela letra ‘R’ e o da averbação pelas letras ‘AV’, seguindo-se o número de ordem do lançamento e o da matrícula (ex.: R-1-1, R-2-1, AV-3-1, R-4-1, AV-5-1 etc.)”.

5. “CONTRATO DE GAVETA”

5.1 Contexto social

A necessidade de moradia e habitação contrapondo com a carência de recursos e do precário acesso em vias de aquisição da casa própria por parte dos brasileiros, sempre persistiu dentre as pautas reivindicatórias da sociedade. Ressalta Dantzger (2010), que constituem dificuldades históricas, estas no que diz respeito a sistematizar, desenvolver e solidificar o mercado imobiliário no âmbito da habitação.

Desde o advento da Lei 4.380 de 1964, a qual regulamentou o sistema financeiro de habitação, tem-se um marco da política habitacional em termos de reconhecimento inequívoco da participação governamental na temática habitação e moradia. Em termos de propiciar moradia e habitação a todos por intermédio de financiamentos; deste modo efetivar o exercício dos direitos de propriedade e seus desdobramentos quais sejam uma moradia digna, e dos direitos em uso, gozo, e disposição da propriedade imóvel, sobretudo à habitação (CF, art. 5º, XXII, XXIII).

Desde 1964 inúmeras alteração legislativas foram implementadas no âmbito do sistema financeiro de habitação, por vários anos os agentes integrantes do sistema financeiro habitacional fez uso, e ainda faz, da garantia hipotecária para resguardar o crédito cedido para fins de aquisição da casa própria. Contudo, com a elaboração da Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997, instrumentalizou-se a inserção da garantia resolúvel, no campo da aquisição de empréstimos e

financiamentos de imóveis com finalidade habitacional. Um grande avanço ocorreu desde então, pois o dispositivo legal regulou não só a possibilidade de uma nova aplicação em termos de garantia, alienação fiduciária de bens imóveis, mas a viabilidade de novas fontes de recursos para custear a pasta habitacional. A modalidade de garantia resolúvel perfaz hoje majoritariamente dentre aos contratos de financiamentos em detrimento da modalidade hipotecária. Seja pela facilidade e da mitigação das custas quando do exercício pelo credor ao direito de sequela, podendo executar extrajudicialmente; seja pela possibilidade de utilizar instrumento particular para conseguinte registro na serventia, dentre outras disposições.

5.2 Definição

Tratando-se de bens imóveis, quando da ocorrência de venda, promessa de compra e venda, ou qualquer tipo de constrição e ou disposição de direitos reais desta espécie de bens; o ordenamento jurídico exige formalidades para que surta os devidos efeitos aos quais os interessados propõem junto ao negócio jurídico.

Quando inexistente algum procedimento ou cumprimento de algum ato inerente ao negócio jurídico envolvendo imóveis, esta transação é tida como carecedora de pressuposto de procedibilidade, e por consequência terá mera expectativa de negócio jurídico. Como ocorre na venda de imóvel acima de trinta salários mínimos, ainda que confeccionado um instrumento público de compra e venda, por seu turno não levado á registro no Registro de Imóveis competente. Neste caso, apenas perfaz a existência de direitos reivindicatórios,

obrigacionais, e não a efetiva disposição de direitos reais, qual seja a transferência do título de domínio.

Desta forma, notoriamente ficou conhecido esta modalidade de disposição em bens imóveis, como: “Contrato de Gaveta”, ainda que carecedora de todos as elementares para tal consecução. Coura (2015), corrobora afirmando que este tipo de contrato configura um instrumento de operação em alienação imobiliária sem as devidas formalidades exigidas no âmbito legal.

A ausência em efetivação das formalidades podem ser de ordem volitiva das partes, ou impedimentos legais quanto à rés, ou por carecer regulamentação quando de situações específicas, como é o caso do “Contrato de Gaveta” envolvendo cessão de direitos sob imóvel com alienação fiduciária, amplamente utilizado.

5.3 O “Contrato de Gaveta” na alienação fiduciária

Com o advento da lei 9.514/97 a qual regulou o sistema de financiamento imobiliário (SFI) e instituiu a alienação fiduciária sobre imóveis teve como objetivo maior nas palavras de Edson Costa Rosa (2015, p. 73) “...regular melhor os contratos imobiliários nos interesses das Instituições que concedem o crédito ao mutuário para financiamento de imóvel através da recuperação mais eficiente do crédito em caso de inadimplência”.

Com clareza fica demonstrado de que o objetivo principal do credor fiduciário é a preocupação quanto à mitigação do risco de não reaver o crédito e da instrumentalização de meios com maior eficácia e eficiência

sejam na consecução do negócio, na condução e da execução forçada quando necessitar reaver o crédito se for o caso.

Ocorre que o mutuário titular de financiamento com alienação fiduciária no decorrer do lapso temporal, ainda em fase de adimplemento pode ver-se motivado ou impelido em dispor dos seus direitos reais referidos ao imóvel objeto de garantia fiduciária. Fazendo uso do “Contrato de Gaveta”. Elaborando avença com terceiro dispondo do seu direito de aquisição, o qual seria exercido futuramente (art. 25 Lei 9.514/97). Negócio este, condicionado à quitação dos débitos remanescentes e pendentes, dos quais vinculam a rés. Uma vez extinta a dívida cumprido a condição resolutiva por parte do terceiro adquirente, este adquire o direito á transferência do título de domínio e plenos direitos de propriedade. Negócio jurídico já amplamente utilizado na promessa de compra e venda artigos 1.417 e 1.418 do código civil.

5.4 Da carência regulatória

Ocorre que a carência junto à previsão deste ato negocial dentre aos dispositivos legais como a própria Lei 9.514/97 e do código civil; deixa á mercê de uma insegurança jurídica frente aos interessados diretamente e aos eventuais terceiros que possam ter nexos com a rés em questão. Pois como já demonstrado em capítulos anteriores, o direito de propriedade e os seus consectários: direito de uso, gozo, e disposição; somente irradiam como ato jurídico perfeito, quando do registro junto ao competente Registro de Imóveis. Vejamos o art. 1.417 do código civil: “Mediante promessa de compra e venda, (...) celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis,

adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel”. (BRASIL, 2002). Forjando publicidade, fé-pública, e uma materialização em exteriorizar existência da avença sobre o imóvel, dando consequente acessibilidade ao promitente adquirente e resguardando possíveis lesão a terceiros pelo desconhecimento da disposição ora tabulada com álea futura.

O “Contrato de Gaveta” em imóvel com alienação fiduciária torna-se prática precária em disposição dos direitos reais junto ao bem imóvel, pois não encontra receptividade em vias de registro no Registro de imóveis. A inexistência de direito material sobre este ato, contudo gera a não receptividade junto aos atos registráveis perante a Lei de Registros Públicos lei 6.015/73 artigo 167 incisos: I e II. O que uma mera averbação junto à matrícula do imóvel resolveria o impasse, pois mesmo havendo direito de sequela por parte do credor fiduciário, a averbação apenas elucidaria de forma notória, efeito “*erga omnes*”, da existência futura de um negócio jurídico munido de condição resolutive em termos de transferência do título de domínio. Como se aplica aos contratos de promessa de compra e venda.

Importante ressaltar que o direito de sequela do credor fiduciário constitui o objeto principal do negócio fiduciário e não o cerceamento da investidura do direito real de aquisição por parte do devedor. Como ensina Paulo Lôbo:

A finalidade essencial de garantia desponta pelo fato de que o proprietário credor jamais pode se apropriar, em definitivo da coisa. A função de garantia real é bem salientada pela doutrina, apesar da aparência de alienação do direito de propriedade, pois a titularidade da

garantia é vinculada ao respectivo direito real que lhe garante, bem como é vinculada à obrigação de crédito, que lhe é principal e causa de sua existência, na qual o inadimplemento é razão de exercício. (2015, p. 292.)

Visto que, a finalidade fim do ente financiador é tão somente fornecer o mútuo e reavê-lo com os seus acessórios tirando proveito econômico da negociação, pelos juros, taxas e custas cobradas junto ao mutuário.

Como é notório o negócio fiduciário possui prazos longos, em algumas situações os contratos imobiliários podem perdurar até trinta anos. Neste período inúmeras situações podem motivar e induzir o mutuário em dispor do futuro direito em aquisição, posição contratual ou direito expectado, transferindo de imediato a posse da res a um novo interessado, condicionando a transferência do título de domínio findada a dívida ora adquirida.

Os direitos de aquisição da propriedade resolúvel por parte do devedor é garantida por disposição legal e ocorre de forma instantânea após a efetiva quitação, na sua integralidade do saldo devedor, assim demonstrado na lei de alienação fiduciária, vejamos:

Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

§ 1º No prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação

ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.

§ 2º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária. (BRASIL. Lei 9.514, 1997, art. 25)

Os direitos do credor não operam quanto à capacidade do devedor dispor do seu futuro direito em aquisição; os direitos do credor fiduciário vinculam-se tão somente aos artigos 19 e 22 da Lei 9.514/97, assim dispõem:

Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de:

I - conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente;

II - promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária;

III - usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel;

IV - receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.

(...)

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual

o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II - o direito de uso especial para fins de moradia;

III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;

IV - a propriedade superficiária. (BRASIL. Lei 9.514, 1997, art. 19 e 22)

A Lei de Alienação fiduciária em bens imóveis é omissa sobre a consecução de avenças por parte do mutuário dispondo seu direito aquisitivo. Há apenas previsão de transferência do financiamento, que nada mais é que o efeito de uma novação vejamos:

Art. 28. A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia.

Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

(...)

Art. 31. O fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária. (BRASIL. Lei 9.514, 1997, art. 28, 29 e 31)

5.5 Do reconhecimento junto ao Sistema Financeiro de Habitação

Com a Lei 10.150 de 21 de dezembro de 2000, a qual dispõe sobre a novação de dívidas e responsabilidade do fundo de compensação de variações salariais – FVCS. Inseriram dispositivos reconhecendo e propiciando meios de regularização dos “contratos de gaveta” firmados até 25 de outubro de 1996. Como demonstrado abaixo:

Art. 20. As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela [Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993](#), que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei.

Parágrafo único. A condição de cessionário poderá ser comprovada junto à instituição financiadora, por intermédio de documentos formalizados junto a Cartórios de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, ou de Notas, onde se caracterize que a transferência do imóvel foi realizada até 25 de outubro de 1996.

Art. 21. É assegurado aos promitentes compradores de unidades habitacionais, cujas propostas de transferência de financiamento tenham sido formalizadas junto aos agentes financeiros do SFH até 25 de outubro de 1996, o direito de optarem pela concretização da operação nas condições vigentes até a referida data.

Art. 22. Na liquidação antecipada de dívida de contratos do SFH, inclusive aquelas que forem efetuadas com base no saldo que remanescer da aplicação do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 2º desta Lei, o comprador de imóvel, cuja transferência foi efetuada sem a interveniência da instituição financiadora, equipara-se ao mutuário final, para todos os efeitos inerentes aos atos necessários à liquidação e habilitação junto ao FCVS, inclusive quanto à possibilidade de utilização de recursos de sua conta vinculada do FGTS, em conformidade com o disposto no [inciso VI do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990.](#)

§ 1º A condição de cessionário poderá ser comprovada junto à instituição

financiadora, por intermédio de documentos formalizados junto a Cartórios de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, ou de Notas, onde se caracterize que a transferência do imóvel foi realizada até 25 de outubro de 1996.

§ 2º Para os fins a que se refere o parágrafo anterior, poderá ser admitida a apresentação dos seguintes documentos:

I - contrato particular de cessão de direitos ou de promessa de compra e venda, com firma reconhecida em cartório em data anterior à liquidação do contrato, até 25 de outubro de 1996;

II - procuração por instrumento público outorgada até 25 de outubro de 1996, ou, se por instrumento particular, com firma reconhecida em cartório até 25 de outubro de 1996. (BRASIL. Lei 10.150, 2000, art. 20 ao 22)

A referida lei à época dentre um de seus parâmetros foi regulamentar e lançar segurança jurídica a uma forma de aquisição ou sub-rogação dos contratos de financiamentos por mutuários sem interveniência do credor, cedendo direitos e obrigação à terceiros adquirentes. Contudo, demonstra que desde então já se proliferava uma forma usual e ampla dos “contratos de gaveta”. Porém os efeitos do disposto acima só atendem às avenças realizadas até 25 de outubro de 1996; artigo Art. 20. “As transferências (...) que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei”.

Deste modo, torna evidente o reconhecimento de direitos junto a terceiro adquirente por “contrato de gaveta”, porém não aplicável aos financiamentos após a referida data, contudo, também não atribuível ao instituto da alienação fiduciária.

5.6 “Contrato de Gaveta” e sua averbação no título de domínio

Importante ressaltar que o tema principal envolvendo “contrato de gaveta” no âmbito da alienação fiduciária é a insegurança gerada pelo não registro no Registro de imóveis. De suma importância salientar que a disposição do título de domínio, só terá aptidão de manifestar-se quando não mais existir o direito de seqüela, e conseqüentemente saldo devedor do financiamento perante o imóvel, diante o exposto não encontram-se óbices para a consecução de uma simples averbação. Mas na maioria das vezes as serventias registraes condicionam a averbação, exigindo anuência do credor, fato este que dificilmente será atendido, pois não há interesse negocial por parte das instituições financeiras, sobretudo não há respaldo legal para tanto quanto ao tema, o mutuário e o terceiro interessado ficam apenas vinculados pelo instrumento de “contrato de gaveta”.

Nesse entendimento, tribunais de alguns Estados efetivaram provimentos para mitigar a insegurança jurídica destes atos negociais. Fundamentando no reconhecimento, e da existência inequívoca do “contrato de gaveta”, de sua insegurança jurídica, e pela fervorosa quantidade de demandas judiciais para suprir os direitos de aquisição.

Ensejando viabilidade do registro, por meio de uma averbação, sem a exigibilidade da anuência por parte do credor. Esses provimentos têm por finalidade precípua suprir viabilidade das averbação dos “contratos de gaveta” junto a ficha de matrícula do imóvel, sem a exigência da participação do agente financiador. Como apresentado no Provimento 02/2010 oriundo da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Goiás:

Da averbação/notícia dos contratos relativos a imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação, comumente chamados “contratos de gaveta”.

Art. 797-a Fica autorizado aos serviços de registros imobiliários deste Estado averbar, na matrícula, a notícia da existência de contrato e respectiva transferência de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação, popularmente chamados “contrato de gaveta”, sejam eles de promessa de compra e venda, de cessão de direitos e obrigações ou com qualquer outra denominação, formalizados por instrumento público ou particular, desde que, neste último caso, as assinaturas dos contratantes e testemunhas estejam com firmas reconhecidas, independente da anuência, comunicação prévia ou qualquer intervenção do agente financiador. (Goiás, Corregedoria de

justiça, Dje <<http://www.tjgo.jus.br/tjdocs/documentos/1978>>)

No mesmo posicionamento o Tribunal do Estado do Rio Grande do Norte elaborou Provimento 50/2010, como segue:

PODER JUDICIÁRIO DO RIO
GRANDE DO NORTE
CORREGEDORIA GERAL DA
JUSTIÇA

Avenida Amintas Barros, nº 2957 –
Lagoa Nova – Natal/RN – CEP: 59063-
350

Telefone: 3215-2998/2810 – E-
mail: corregedoria@tjrn.jus.br

PROVIMENTO Nº 50, DE 04 DE
FEVEREIRO DE 2010

Dispõe sobre a possibilidade de averbação dos contratos utilizados por mutuários do Sistema Financeiro de Habitação para transmissão de seus direitos sobre o imóvel adquirido, sem a necessária intervenção do agente financiador nos Cartórios de Registro de Imóveis do Estado do Rio Grande do Norte.

O CORREGEDOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, no uso de suas atribuições legais;

CONSIDERANDO a relevância social e jurídica dos denominados “contratos de gaveta”, modalidade de aquisição de imóvel difundida em todo país, que movimentam o mercado imobiliário e

permite a muitos brasileiros obter a “casa própria”;

CONSIDERANDO a necessidade de evitar e diminuir os diversos conflitos que decorrem dessa espécie de negócio jurídico, e ensejam a propositura de inúmeras ações judiciais, que abarrotam o Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que, não obstante o alcance social e a importância de tais acordos para a vida das pessoas por eles atingidas, o ordenamento jurídico não lhes atribui qualquer segurança para, ainda que minimamente, tutelar a transação;

CONSIDERANDO que os Tribunais pátrios vêm firmando entendimento no sentido de reconhecer como válido o ato de vontade manifestado entre o mutuário originário e o terceiro;

CONSIDERANDO a intenção do legislador de disciplinar essa situação, manifesta na promulgação da Lei n. 10.150/00, que expressamente autorizou a regularização dos “contratos de gaveta” firmados, sem a anuência do agente financeiro, entre o mutuário e o cessionário, até outubro de 1.996;

CONSIDERANDO que a ampla e adequada publicidade acerca da real situação do imóvel permite ao interessado no imóvel sopesar os prós e os contras do negócio que pretende entabular e tomar a posição que melhor lhe convier,

evitando, assim, boa parte dos conflitos decorrentes do desconhecimento acerca da realidade fática do imóvel por terceiros de boa-fé;

CONSIDERANDO que a averbação tratada não tem caráter constitutivo de direito real, destinando-se tão somente a tornar pública a situação fática dos imóveis em questão, para ciência de todos e principalmente de eventuais adquirentes do bem;

CONSIDERANDO que, conforme a doutrina dominante, o rol estabelecido no art. 167, II, da Lei dos Registros Públicos, tem caráter meramente exemplificativo, admitindo outras hipóteses que não aquelas expressamente elencadas;

RESOLVE:

Art. 1º Ficam os serviços de registro imobiliário autorizados a lavrar a averbação de mera notícia dos contratos e respectivas transferências atinentes a imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação, os chamados “contratos de gaveta”, sejam eles de promessa de compra e venda, de cessão de direitos e obrigações, de compra e venda definitiva, ou de qualquer outra denominação, formalizados por instrumento público ou particular, sendo neste imprescindível que as assinaturas dos contratantes e testemunhas estejam com firmas reconhecidas,

independentemente da concordância, comunicação prévia ou qualquer intervenção do agente financiador.

§ 1º A averbação prevista no presente provimento não tem caráter constitutivo de direito real, tendo a finalidade precípua de dar conhecimento da existência do negócio jurídico envolvendo o bem, de forma que não substitui o futuro e indispensável registro da transferência da propriedade.

§ 2º A averbação dos contratos atinentes a imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação – SFH não substitui a notificação do credor sobre a transferência da dívida, nos termos do art. 303 do Código Civil.

Art. 2º Caberá ao registrador, após conferida a validade formal do instrumento, nos termos deste provimento, proceder à averbação de mera notícia na matrícula do imóvel objeto da transação, fazendo constar a natureza do negócio entabulado, seu valor, a forma de pagamento e as condições nele estabelecidas, bem como os nomes dos adquirentes com as respectivas qualificações, devendo, ainda, em se tratando de instrumento particular, providenciar o arquivamento na serventia de uma via do contrato apresentado e outros documentos pertinentes ao negócio firmado.

Art. 3º À efetivação da averbação, deverá o registrador orientar-se consoante os princípios imobiliários da disponibilidade, da continuidade, da legalidade, da especialidade, entre outros, de modo a criar no fôlio real um banco de dados que encerre atos geradores da segurança jurídica almejada.

Parágrafo único. Deverá o registrador, em obediência aos princípios imobiliários acima descritos, ater-se ao exame de dados que permitam suficiente identificação do imóvel e dos contratantes.

Art. 4º A averbação de mera notícia realizada conforme este provimento deverá conter, ao final do ato, a seguinte observação: “A presente averbação foi lavrada nos termos do Provimento n. 50/2010 CGJ-RN, e não tem caráter constitutivo de direito real, destinando-se tão somente a dar conhecimento da existência do negócio jurídico envolvendo o imóvel, de modo que não substitui o futuro e indispensável registro da efetiva transferência da propriedade do bem, que far-se-á consoante o disposto nos artigos 5º e 6º do mencionado provimento.” Parágrafo único. A observação supra deverá constar obrigatoriamente ao final de cada ato de averbação efetuado e das escrituras públicas de promessa de compra e venda, cessão de promessa e de negócios

jurídicos, que contenham acordo de transmissão definitiva de propriedade e em que não haja a interveniência do agente financiador.

Art. 5º Os negócios jurídicos que versem sobre acordo de transmissão definitiva de propriedade, objetos da averbação prevista neste provimento, serão passíveis de registro confirmatório a ser realizado por meio de simples apresentação do termo de liberação da hipoteca ou documento equivalente, com a finalidade de constituir o direito de propriedade.

Art. 6º Os negócios jurídicos que contenham promessa de alienação deverão ser objeto de escritura definitiva assim que disponível o termo de liberação da hipoteca ou termo equivalente.

Art. 7º Os registradores deverão fiscalizar rigorosamente o recolhimento do imposto de transmissão (ITBI/ITCD) quando do registro da escritura pública de compra e venda ou da cessão da promessa.

Art. 8º É obrigatória a apresentação das certidões negativas exigidas por lei para a prática do ato de transmissão definitiva da propriedade (INSS e SRF).

Art. 9º Os emolumentos devidos para cada averbação realizada nos termos deste provimento serão cobrados segundo o valor expresso na Tabela II, item II-B, Código 29203, do anexo à Lei Estadual nº

9.278/2009 – averbação de títulos extrajudiciais sem valor.

Art. 10. Os registradores comunicarão obrigatoriamente à Receita Federal cada ato averbado nos termos deste provimento, emitindo a respectiva DOI (Declaração sobre Operações Imobiliárias), salvo se o negócio foi instrumentalizado via escritura pública e nela constar expressamente que referido documento foi enviado pelo tabelionato de notas.

Art. 11. As cauções averbadas nos contratos de financiamento, originalmente feitas em favor do Banco Nacional da Habitação ou da Caixa Econômica Federal, podem ser canceladas mesmo ausente o instrumento de liberação próprio, desde que tal cancelamento seja feito concomitantemente com a averbação do cancelamento da hipoteca.

Art. 12. Este provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Publique-se. Cumpra-se.

Natal, 04 de fevereiro de 2010.

Desembargador JOÃO REBOUÇAS (Rio Grande do Norte, Corregedoria de justiça, Dje: [http://corregedoria.tjrn.jus.br/ndex.php/normas/atos-normativos/provimentos /provimentos - 2010/4143-provimento-n-050-10/file](http://corregedoria.tjrn.jus.br/ndex.php/normas/atos-normativos/provimentos/provimentos-2010/4143-provimento-n-050-10/file))

Os provimentos: 02/2010 de Goiás e o 50/2010 do Rio Grande do Norte, ambos da Corregedoria Geral de Justiça dos referidos Estados, cumpriram as diretrizes da lei de introdução às normas do direito brasileiro, lei 4.657 de 4 de setembro de 1942. Quando da ausência de norma regulamentadora, o judiciário não pode escusar-se de solução, mas aplicar mecanismos como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito para solução das lides, lacunas e ou disposições judicantes não reguladas, não só no contencioso como no preventivo, como é o caso do “contrato de gaveta”. Vejamos o disposto no artigo 4º “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, combinado com o artigo 5º “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

As premissas das quais nortearam os Provimentos foram: a) a ampla utilização do “contrato de gaveta” junto à imóveis financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação; b) a relevância social e jurídica envolvida; c) a necessidade de evitar e dirimir conflitos oriundos destes negócios jurídicos; d) o posicionamento de diversos tribunais, quanto ao reconhecimento da validade e efeitos dos contratos de compra e venda de imóveis financiados e não quitados, sem anuência do agente financeiro, e da diretiva: e) o entendimento de que a Lei de Registros Públicos, lei nº 6.015/73, são meramente explicativos, prevalecendo o princípio da publicidade como supremacia dos atos registraes.

5.7 Da validade e reconhecimento jurisprudencial

Os tribunais de justiça dos Estados majoritariamente vêm reconhecendo validade, existência e os efeitos oriundos dos denominados “Contrato de gaveta”, no que se refere a direitos e obrigações envolvendo imóveis financiados. Como demonstrados nos julgados abaixo:

Tribunal de Justiça de Minas Gerais.
APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO
ORDINÁRIA - ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA - CONTRATO DE
GAVETA - CESSÃO A TERCEIRO -
ANUÊNCIA DO AGENTE
FINANCIADOR - IMPOSSIBILIDADE
JURÍDICA DO PEDIDO - NÃO
OCORRÊNCIA. Se o direito indagado nos autos é inerente ao autor e réu, pode ser perfeitamente analisado e julgado, já que, embora a cessão de direitos firmada entre as partes, sem a anuência do agente financeiro (**contrato de gaveta**), não possa ser oposta a este, não há dúvida de que este possui plena validade em relação às partes. A possibilidade jurídica infere-se na permissibilidade de ser levado o requerimento do demandante a juízo, com alegação de direito, e que não haja qualquer regra legal que limite a incidência do texto de que se irradiou a ação, ou que o ordenamento legal proíba ou não preveja uma providência semelhante à que se formula no caso

concreto. Recurso provido. (Apelação Cível nº 1.0707.15.000527-0/001, Des. Rel. Newton Teixeira Carvalho, Minas Gerais, 13ª Câmara Cível, j. 13/08/15, Data de registro: 21/08/2015, Outros números: 0005270-59.2015.8.13.0707).

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APELAÇÃO – Compra e venda de imóvel – CDHU – Adjudicação compulsória – Procedência – Cessão de direitos (contrato de gaveta) sem a anuência da CDHU – Quitação integral do preço – Mutuário original que concorda com a pretensão inicial – Outorga da Escritura que se impõe – Ausência de prejuízos para a CDHU – Sentença Mantida. Aplicação do art. 252 do RITJSP. Recurso Improvido. (Apelação nº 1003728-41.2014.8.26.0196, Des. Rel. Egidio Giacoia, São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 16/06/15, Data de registro: 17/06/2015).

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C RESSARCIMENTO POR PERDAS E DANOS. POSSE DECORRENTE DE CESSÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES DE IMÓVEL FINANCIADO PELO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO –

SFH. CONTRATO DE GAVETA.
REGRAMENTO
LEGAL INEXISTENTE. PRÁTICA
IMOBILIÁRIA RECONHECIDA
PELOS TRIBUNAIS PÁTRIOS. LEI
10.150/2000 QUE CONFERE
VALIDADE A TAL MODALIDADE
CONTRATUAL. ESBULHO
INEXISTENTE. DANOS MORAIS E
MATERIAIS. NÃO-DEMONSTRAÇÃO
DOS SEUS ELEMENTOS
CARACTERIZADORES. RECURSO
CONHECIDO E IMPROVIDO.
(Apelação Cível nº 2009.001467-3, Des.
Rel Cláudio Santos, Natal-RN, 2ª Câmara
Cível, j. 21/07/2009).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal no julgamento da apelação cível nº 20110110953800, reconhece da validade do “contrato de gaveta”, deferindo manutenção da posse por parte de terceiro adquirente, ainda que este em momento anterior tenha deixado de adimplir as prestações delegadas e impostos do imóvel. Porém a demonstração seguinte, mesmo em fase litigiosa, da quitação dos débitos ora pendentes, consolida a não invalidação do “contrato de gaveta”, que na situação juntamente com uma procuração, foi preservada e mantida a avença, ou seja, os direitos e obrigações cedidos ao “gaveteiro”, em outros termos ao terceiro adquirente. E ressalta o Rel. Sandoval Oliveira quanto à insegurança desta avença: “Optando por transmitir o imóvel por meio de “contrato de gaveta”, [...], a vendedora acaba por assumir certos riscos decorrentes da procuração que outorga,

confiando aos adquirentes o pagamento de dívida em seu nome”. Pelo julgado faz-se notar o reconhecimento por parte daquele tribunal da validade do contrato em questão, e da sua insegurança jurídica.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece a validade do “contrato de gaveta”, como demonstrado no recurso especial nº355771/RS, neste caso ainda que o terceiro possuidor não tinha a anuência da instituição financeira, mas adimpliu integralmente com as obrigações pactuadas, sobretudo liquidou a dívida. Decidiu a corte pela validade da avença, com a consequente transferência do título de domínio, considerando a teoria do “fato consumado”. Ponderou pela inércia da instituição financeira, enquanto perdurou o financiamento, que ao passo da liquidação, carecem de interesse jurídico em resistir á formalização de transferência. Que apesar da ausência do consentimento da instituição, consolidou-se o pagamento, não fazendo sentido declarar nula a avença.

No recurso especial 1171845/RJ tendo como Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, da 4ª turma, julgado em 18 de outubro de 2011; a ilustre ministra em momento algum faz alusão á invalidade da avença envolvendo cessão á terceiros, mas se atem as questões de legitimidade do terceiro adquirente, este quando não possui anuência do agente financeiro no que se refere á reivindicar revisão do contrato de financiamento firmado pelo mutuário anterior. Vejamos: “Não tem legitimidade ativa, para ajuizar ação postulando a revisão de contrato de financiamento vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, terceiro ao qual o contrato foi transferido fora das condições estabelecidas na Lei 10.150/2000”.

Fica notória pela jurisprudência majoritária, sobretudo também o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que a validade do “contrato de gaveta” é reconhecida; ainda que em sede de revisão de financiamento fica impedido o terceiro pleitear judicialmente, caso não tenha anuência do trespasse junto à instituição financeira.

5.8 Diferença entre transferência do financiamento e cessão dos direitos expectados da aquisição

Transferência do financiamento e cessão dos direitos expectados da aquisição operam de maneira distinta. Na transferência de financiamento no âmbito do sistema financeiro imobiliário, tem-se a exigência da Lei 8.004/90, que estabelece como pressuposto da alienação do imóvel, ora financiado, a anuência do credor hipotecário e da assunção pelo promitente adquirente, do saldo devedor à data da venda. Em decorrência do artigo 1º parágrafo único:

O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei. Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora. (BRASIL. Lei 8.004, 1990, art. 1º)

Um novo negócio é germinado, este envolvendo credor e devedor primário, juntamente com um terceiro o promitente adquirente. Esta nova relação contratual é tratada como novação, devendo atender às condições, regulamentos, sobretudo os requisitos qualitativos das condições pessoais e negociais com relação ao mutuário ingressante. Como fica evidenciado claramente na redação do artigo 2º parágrafos 1º e 2º da supra citada Lei. Pelas exigências impostas legalmente, denota-se que um novo financiamento se opera em substituição do anterior, tendo condição precípua a extinção dos vínculos contratuais ora reinante, reorganizado em nova avença contratual. Um novo negócio jurídico suplanta o anterior.

Na cessão dos direitos expectados de aquisição ocorre uma sub-rogação legal instituto do direito das obrigações, artigo 346, inciso II, do código civil:

Artigo 346. A sub-rogação opera-se de pleno direito, em favor: I-[...]; II- do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre o imóvel; III-[...].(BRASIL. Lei nº 10.406, 2002. art. 346)

Ou a sub-rogação convencional vincula aos artigos 347 e incisos seguintes, também do código civil. Este fenômeno jurídico regula a substituição de pessoas e/ou objeto nas relações negociais. Como afirma Farias e Rosenvald:

Temos o fenômeno da sub-rogação quando na relação jurídica se verifica a substituição de uma pessoa por outra, ou de um objeto por outro. Portanto, o verbo sub-rogar sempre exalta a idéia de substituir, modificar. (2010, p. 386)

No âmbito da alienação fiduciária o mutuário do financiamento, titular da posse direta, quando realiza “contrato de gaveta” faz uso do instituto da sub-rogação convencional, artigo 347 inciso II, do código civil . E o adquirente vinculado ao “contrato de gaveta” que paga á vista, ou a termo, a integralidade avençada com o mutuário, acampa os efeitos da sub-rogação legal, artigo 346 inciso II parte final, também do código civil. Tendo por consequência jurídica o efeito almejado ou expectado na avença, o exercício da transferência do título de domínio ao adquirente.

Agora enquanto não quitado ou extinta a dívida, perdurando o termo e/ou condição avençada no “contrato de gaveta” o direito de disposição do mutuário e o consequente direito de aquisição do “gaveteiro” promitente adquirente, sub-roga-se gradativamente até preencher aptidão para produzir os efeitos de trespasse; aptidão galgada fração por fração quando do cumprimento dos termos contratuais, até sua efetivação, em outros termos não mais existir direito de sequela por parte do agente financeiro e inexistência de inadimplemento dentre as partes envolvidas.

Contudo, na transferência do financiamento, nova relação jurídica suplanta a anterior, desligando o antigo mutuário da avença. Agora na cessão de direitos expectados, a relação originária entre primeiro mutuário e o agente financiador perdura, até que ocorra a condição resolutiva,

efetivando efeito ao terceiro promitente adquirente. Efeitos estes, quais sejam os da sub-rogação convencional ou legal do exercício do direito de aquisição, oriundo do mutuário.

Importante ressaltar, que uma vez ocorrida a condição resolutiva, extinção da dívida pelo adimplemento completo ao agente financeiro, este já não poderá ser parte integrante na relação negocial envolvendo o imóvel. Haja visto a exigência legal imperada pelos artigos 18 e 25 da Lei 9.514/97 lei da alienação fiduciária de bens imóveis junto ao sistema financeiro imobiliário. Quitada a dívida, a propriedade deixa de ser fiduciária e a conseqüente transferência da plena propriedade figura direito inerente ao mutuário agora titular do domínio, domínio este que em momento anterior ainda em fase de expectativa sub-rogou, alienando à terceiro o exercício de receber a plena propriedade, através do título de domínio.

5.9 Da insegurança jurídica

Como a negociação por via de “contrato de gaveta” é carecedora de formalidades, ausência do registro no cartório de imóveis, para cumprir seus efeitos, e sobretudo na maioria das vezes ocorre a termo, perdurando a nova relação negocial por diversos anos; a relação negocial fica sujeita á uma insegurança, traçando vulnerabilidade dentre as partes interessadas e ou terceiros.

Como por exemplo: a) a ocorrência superveniente da morte do cedente/vendedor; b) a sujeição de penhora do imóvel por dívida do vendedor; c) a venda do mesmo imóvel para outras pessoas; d) dificuldade por parte do adquirente, quando da quitação, para efetivar a transferência do título, ou outorga da propriedade plena; dentre outros riscos e/ou

prejuízos dos quais desencadeiam as inúmeras ações judiciais em busca de suprimento legal para resolução do negócio.

No momento da morte ou no instante presumido da morte, tem-se aberta a sucessão como determina o código civil os artigos: 1.784 e 1.788 “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros...”, deste modo, se o falecido tinha imóvel financiado e deste elaborou “contrato de gaveta”, enquanto não cumprindo a condição resolutiva, uma vez falecido o vendedor os direitos junto ao imóvel serão objeto de espólio. Porém, se o contrato tinha averbação junto à matrícula do imóvel, torna-se inequívoca a evidência de direitos reais sobre o bem por parte do terceiro adquirente, podendo este habilitar na herança e reivindicar sua participação junto ao imóvel, na pior das hipóteses, resolver seu “contrato de gaveta” em perdas e danos.

O imóvel cedido por “contrato de gaveta” pode sofrer constrição real como: penhora e até mesmo adjudicação compulsória, por conta de dívidas do vendedor, pelo fato de integrar sua esfera patrimonial, código de processo civil artigo 591 “ O devedor responde, para cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Recaindo hipoteca judicial, devido às dívidas quirografárias. Neste caso, a prévia existência de averbação junto à matrícula do imóvel, afirmando existência de “contrato de gaveta” deixaria notória a participação de terceiro interessado e de boa-fé, do qual o regime jurídico veda a lesão, súmula 375 do S.T.J “ o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

O vendedor usando do “contrato de gaveta”, sobretudo agindo de má-fé, poderá alienar o mesmo imóvel para diversos interessados. Fato que não ocorreria se já constasse junto a matrícula uma averbação de cessão de direitos ou promessa de compra e venda já efetivada e produzindo seus efeitos; pois é suscetível a qualquer interessado poder requerer certidões junto ao cartório de imóveis para cientificar-se das condições e informações quanto ao imóvel em questão. Ainda sim, caso uma primeira averbação de “contrato de gaveta” já constasse, uma segunda não seria aceitável ou registrável, por colidir com os princípios da continuidade e especialidade dos registros, só exaurindo nova averbação da mesma natureza, caso previamente cancelado ou revogado a anterior.

Ao fim, a mais notória das dificuldades se refere á outorga do título de domínio, tendo em vista que o “contrato de gaveta” sejam nas modalidade promessa de compra e venda, cessão de direitos ou das inúmeras fórmulas tituladas, quando não tendo registro prévio junto ao registro de imóveis competente não estará apta em produzir os efeitos reais junto ao imóvel, este, a transferência de domínio. Mesmo que em alguns casos, as avenças envolvam como acessório a existência de procuração pública com o instituto “em causa própria” regulado pelo código civil artigo 685 “Conferido o mandato com a cláusula “em causa própria”, a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte [...] podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas os formalidades legais”.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho concluímos que a modalidade notoriamente utilizada e difundida quanto à aquisição de imóveis financiados por intermédio dos denominados popularmente: “contrato de gaveta”; em sua maioria carecem dos efeitos reais decorrentes do seu registro no cartório de imóveis. Quanto às transações de bens imóveis acima de trinta salários mínimos. Pois, carecem de regulamentação e sobretudo encontram óbices junto às serventias registrais, em inúmeros casos condicionam o registro apenas se efetivarem a transferência do financiamento junto ao agente financiador ou a sua anuência; procedimentos estes, que nem sempre poderá ser suprido pelo terceiro adquirente. Desta forma a ausência de registro/averbação macula o negócio gerando uma insegurança jurídica. Porém a não realização do registro decorre de uma carência de regulação com alcance nacional a qual pudesse encontrar receptividade como ato capaz de surtir averbação junto ao título de domínio, ainda que sem a anuência do agente financeiro, pois não se trata de transferência de financiamento, mas a disposição do direito expectado da aquisição com a condição resolutiva da extinção da dívida junto ao imóvel. Importa ressaltar que após a implementação da Lei de alienação fiduciária de bens imóveis, que também dispõe sobre o sistema financeiro de habitação, Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, têm-se um marco divisor, pois desde então a maioria dos contratos de financiamentos imobiliários figuram como garantia a alienação fiduciária.

Tendo em vista que a própria Lei da alienação fiduciária, não fez previsão sobre a sub-rogação dos direitos

aquisitivos ainda em fase de adimplemento do financiamento por parte do mutuário, e que o propósito imperioso do negócio fiduciário advém da preservação do direito de sequela junto ao bem imóvel dado em garantia pelo mútuo ora adquirido, não haveria óbice ou efeitos maléficis a conseguinte disposição dos direitos de aquisição junto ao imóvel, ainda que condicionados a quitação. Em suma, alienar os direitos aquisitivos a terceiro como ocorre no “contrato de gaveta”. Ademais, foi reconhecida a validade destes contratos firmados até 25 de outubro de 1996, previsto na Lei 10.150 de 21 de dezembro de 2000, porém após 1996 não houve regulação sobre a temática. Esta, que é altamente difundida e utilizada por parte de terceiros os quais fazem uso do meio precário em aquisição, qual seja o “contrato de gaveta”. Sobretudo, majoritariamente reconhecida sua validade junto às jurisprudências dominantes, até mesmo o Superior Tribunal de Justiça reconhece da validade, e reitera em seus julgados a vulnerabilidade e insegurança jurídica das avenças envolvendo “contrato de gaveta”. Diante do dilema, reconhecimento e validade versus a carência de regulação sobre a temática, e da ausência de direitos reais sobre o imóvel de que sobeja o “contrato de gaveta”; alguns tribunais por intermédio das suas corregedorias estipularam provimentos, como o provimento 02/2010 de Goiás e o provimento 50/2010 do Rio Grande do Norte, com o intuito de prevenir litígios futuros e traçar segurança jurídicas às estas avenças contratuais, atribuíram a capacidade de serem averbados junto á escritura do imóvel o “contrato de gaveta”, forjando publicidade e fé-pública do instrumento contratual que tenha por referenciar direitos e obrigações dentre o mutuário do financiamento e terceiro adquirente, ainda que

sem a anuência do agente financeiro. Tendo em vista a sua relevância social e da insegurança jurídica pela ausência de regulação específica e uniforme. Ademais, o reconhecimento da sua validade perante vários tribunais deste país; ainda com o viés da ausência de anuência por parte do agente financeiro junto à avença. Deixa evidente uma pauta para propositura legislativa da qual venha alcançar receptividade e uniformidade nacional.

Qual seja como ato registrável, ainda que sem anuência do credor, na modalidade de averbação junto à matrícula do imóvel transacionado. Deste modo, traçando publicidade e direitos reais ao contrato obrigacional em cessão de direitos aquisitivos. Diminuindo conflitos judiciais futuros, em suma, instrumentalizando meios para o exercício da função social da habitação, do direito de propriedade, em seus desdobramentos: o uso, o gozo, ressaltado o atributo da disposição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 outubro 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.
- BRASIL, Lei nº 10.150, de 21 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a novação de dívidas e responsabilidades do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS; altera o Decreto-*Lei* nº 2.406, de 5 de janeiro de 1988, e as Leis nºs 8.004, 8.100 e 8.692, de 14 de março de 1990, 5 de dezembro de 1990, e 28 de julho de 1993, respectivamente; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 dezembro 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10150.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.
- BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 janeiro 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.
- BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 janeiro 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL, Lei nº 8.004, de 14 de março de 1990. Dispõe sobre transferência de financiamento no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 março 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8004.htm>.

Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL, Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 novembro 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm>.

Acesso em: 14 out. 2015.

CHALHUB, Melhim Namem. **Direitos reais.** 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

COURA, Bernardo César. **Contrato de gaveta e responsabilidade pelas despesas de condomínio.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4252, 21 fev. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31772>>. Acesso em: 5 out. 2015.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

DEBS, Martha Elias El; LEPORE, Paulo. Coletânea de Leis para Cartórios. 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 2ª tiragem, 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil**: volume IV, contratos. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil**: volume 4, contratos em espécie. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GOIÁS, Provimento nº 02, de 08 de fevereiro de 2010. Acrescenta à Consolidação dos Atos Normativos da Corregedoria-Geral da Justiça a Seção IV, ao Capítulo XII, Título IX, e os artigos 797a, 797b, e 797c, que dispõem sobre a averbação dos contratos relativos a imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação, os chamados “contratos de gaveta”. **Diário Oficial da Justiça Estadual de Goiás, Goiânia, GO, 08 fevereiro 2010**. Disponível em: < <http://www.tjgo.jus.br/tjdocs/documentos/1978> >. Acesso em: 14 out. 2015.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GONÇÁLVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Volume I, Parte Geral. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil brasileiro**: volume V, direito das coisas. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Paulo. **Coisas**. São Paulo: 1ª ed., Saraiva, 2015.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: Altas, 2005.

RIO GRANDE DO NORTE, Provimento nº 50, de 04 de fevereiro de 2010. Dispõe sobre a possibilidade de averbação dos contratos utilizados por mutuários do Sistema Financeiro de Habitação para transmissão de seus direitos sobre o imóvel adquirido, sem a necessária intervenção do agente financiador nos Cartórios de Registro de Imóveis do Estado do Rio Grande do Norte. **Diário Oficial da Justiça Estadual do Estado do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 04 fevereiro 2010**. Disponível em: <<http://corregedoria.tjrn.jus.br/index.php/normas/atos-normativos/provimentos/provimentos-2010/4143-provimento-n-050-10/file>>. Acesso em: 14 out. 2015.

RIOS, Arthur; RIOS JÚNIOR, Arthur. **Manual de Direito Imobiliário**. 4. ed., Curitiba: Juruá, 2010.

ROSA, Edson Costa, **Prática de Direito imobiliário**. 2ª ed., Leme-SP: Mundo Jurídico, 2015.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio, **Direito imobiliário: teoria e prática**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SERRA, Márcio Guerra; HIPOLITO SERRA, Monete, **Registro de imóveis I: coleção cartórios, parte geral**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

STJ. Recurso Especial nº1171845/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. DJU de 18/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1171845&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> > Acesso em: 15 out. 2015.

STJ. Recurso Especial nº355771/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. DJU de 15/12/2003. Disponível em:<

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=355771&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> > Acesso em: 15 out. 2015.

TJDF. Apelação Cível nº 20110110953800, Des. Rel. Sandoval Oliveira, Distrito Federal, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/03/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/03/2015 . Pág.: 211.

TJMG. Apelação Cível nº 1.0707.15.000527-0/001, Des. Rel. Newton Teixeira Carvalho, Minas Gerais, 13ª Câmara Cível, j. 13/08/15, Outros números: 0005270-59.2015.8.13.0707. DJE de 21/08/2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhaPorPagina=10&numeroUnico=1.0707.15.000527-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> > Acesso em: 14 out. 2015.

TJRN. Apelação Cível nº 2009.001467-3, Des. Rel Cláudio Santos, Natal-RN, 2ª Câmara Cível, j. 21/07/2009. DJE de 21/07/2009. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/index.jsp?tpClasse=J&deEmenta=&clDocumento=&nuProcesso=2009.001467-3&deClasse=&cdClasse=&deOrgaoJulgador=&cdOrgaoJulgador=&nmRelator=&cdRelator=&dtInicio=&dtTermino=&cd> >

OrigemDoc=0&Submit=Pesquisar&Origem=1&rbCritérioEm
enta=TODAS&rbCritérioBuscaLivre=TODAS > Acesso em:
15 out. 2015.

TJSP. **Apelação Cível nº 1003728-41.2014.8.26.0196**, Des.
Rel. Egidio Giacoia, São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado,
j. 16/06/15. DJE de 17/06/2015. Disponível em:<
[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=1E
726950907171888F773E2702B90067.cjsg1?nuProcOrigem=
1003728-41.2014.8.26.0196&nuRegistro=](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=1E726950907171888F773E2702B90067.cjsg1?nuProcOrigem=1003728-41.2014.8.26.0196&nuRegistro=) > Acesso em: 14
out. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil: Parte Geral**,
Volume I, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.