



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO BRASIL E SUA
POSSIBILIDADE JURÍDICA EM PORTUGAL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Pedro Borba Lopes

Orientador: Professor Doutor António Alfredo Mendes

Número do candidato: 20160837

Novembro de 2019

Lisboa

PEDRO BORBA LOPES

Matrícula: 20160837

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO BRASIL E SUA
POSSIBILIDADE JURÍDICA EM PORTUGAL**

Dissertação apresentada como
exigência parcial para obtenção do
Grau de Mestre em Ciências
Jurídicas, da Universidade
Autónoma de Lisboa *Luís de
Camões*, Departamento de Direito,

Orientador: Prof. Dr. António
Alfredo Mendes

Lisboa

2019

LOPES, Pedro Borba.

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO BRASIL E SUA
POSSIBILIDADE JURÍDICA EM PORTUGAL. Pedro Borba Lopes.**
Lisboa.

2019

XXX páginas.

1. Alienação Fiduciária. Garantia Contratual. Negócio de Confiança. Admissibilidade. Caráter Fiduciário.

TERMO DE APROVAÇÃO

A Dissertação intitulada **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO BRASIL E SUA POSSIBILIDADE JURÍDICA EM PORTUGAL**, apresentada por **PEDRO BORBA LOPES**, parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito, com ênfase em Mestrado em Ciências Jurídicas, à Banca Examinadora da Universidade Autónoma de Lisboa *Luís de Camões*, Departamento de Direito, obteve nota , para aprovação.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr; António Alfredo Mendes

ORIENTADOR

NOME DA CONVIDADA (NOME DA INSTITUIÇÃO)

CONVIDADA

NOME DO CONVIDADO (NOME DA INSTITUIÇÃO)

CONVIDADO

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, que sempre foi o autor da minha vida e do meu destino.

Às pessoas que estiveram ao meu lado ao longo de toda vida: meus pais, meu irmão, e meu orientador, que não mediram esforços para me dar apoio.

Aos amigos, que me incentivaram todos os dias

RESUMO

Este trabalho buscou analisar, de forma comparativa, a alienação fiduciária entre Brasil e Portugal, tendo em vista que, na sociedade moderna, a utilização da propriedade com função garantística tem configurado um relevante mecanismo de concessão de crédito no mercado econômico de todos os países, desde os primórdios da instituição social. Nesse contexto, o trabalho buscou realçar a importância dessa prática, a qual assume esse comércio jurídico atual. Esta dissertação, portanto, irá versar sobre esta alienação fiduciária em garantia, enquanto figura geral histórica. Para tanto, procurou-se demonstrar sobre o que se trata de um instituto lícito e idôneo na garantia de um crédito, os quais assumem contornos que se poderão afigurar favoráveis a ambos os contraentes, havendo sempre uma dualidade interpretativa. E ao fim dessa pesquisa literária, considera-se sugestiva a admissibilidade desta figura à luz do direito português, na medida em que não fere os princípios do Direito Civil, de forma a elaborar uma regulamentação normativa que atenuie o caráter fiduciário do negócio, objetivando a diminuição dos riscos ínsitos à prestação da garantia pelo devedor, e que, ainda, seja apta a garantir um dos princípios fundamentais de um sistema de direito: a segurança do tráfego jurídico.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária. Garantia Contratual. Negócio de Confiança. Admissibilidade. Caráter Fiduciário.

ABSTRACT

This work aimed at comparing the fiduciary alienation between Brazil and Portugal, considering that, in modern society, the use of a property with a guarantee function has configured a relevant mechanism for granting credit in the economic market of all countries since the beginning of the social institution. In this context, the work sought to highlight the importance of this practice, which assumes this current legal trade. This dissertation, therefore, will deal with this fiduciary alienation in the guarantee as a historical general figure. In order to do so, it was tried to demonstrate on what is a lawful and suitable institute in the guarantee of a credit, which assumes contours that may appear favorable to both contractors, always having an interpretative duality. And at the end of this literary research, the admissibility of this figure is considered suggestive in the light of Portuguese law, insofar as it does not violate the principles of Civil Law, to elaborate normative regulations that attenuate the fiduciary character of the business, aiming to the risks inherent in the provision of the guarantee by the debtor and that it is also capable of guaranteeing one of the fundamental principles of a system of law: the safety of legal traffic.

Keywords: Fiduciary Alienation. Contractual Guarantee. Business Trust. Admissibility. Fiduciary Character.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	08
1- ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	13
1.1 - Os acordos de confiança pela história	13
1.1.1- Fidúcia Romana	15
1.1.2- Fidúcia Germânica.....	22
1.1.3- Fidúcia Inglesa <i>Trust Receipt</i>	27
1.1.4- Fidúcia Inglesa <i>Mortgage</i>	30
1.1.5- Estrutura fiduciária	33
2- ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO BRASIL	39
2.1- Fiduciária no direito brasileiro	47.
2.2- Características do contrato de alienação fiduciária.....	60
3- ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA EM PORTUGAL	65
4- ALIENAÇÃO FIDUCÁRIA BRASILEIRA E PORTUGUESA	88
5- CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

INTRODUÇÃO:

Este estudo busca analisar como a alienação fiduciária de bens imóveis é utilizada cotidianamente em grande parte do mundo, haja vista a garantia que dá ao credor de que, caso não haja o pagamento do débito pactuado, ele poderá de forma célere receber o bem dado em garantia, o que contribuiu muito para a expansão do crédito e a circulação de riquezas.

No Brasil, a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel é disciplinada pela Lei nº 9.514 de 1997, que traz em seus requisitos os modos de extinção, e como se dará a venda no público leilão e suas consequências, em caso de inadimplemento da obrigação.

Trata-se de uma legislação de extrema importância para toda e qualquer pessoa, na medida em que torna o acesso ao crédito bem mais fácil, reduzindo eventuais riscos de inadimplemento.

Em Portugal, não há legislação a respeito de alienação fiduciária de bem imóvel, mas este instituto pode ser utilizado, aplicando-se as regras gerais do direito das obrigações.

Pode-se citar que em Portugal existe a positivação da alienação fiduciária para os contratos de garantia financeira, pelo Decreto-Lei nº 105/2004, lei esta aprovada em obediência a comandos da União Europeia.

A legislação acerca da alienação fiduciária traz um procedimento bastante célere para o retorno do bem em favor do credor, caso haja inadimplemento da obrigação assumida pelo devedor.

Todavia, esta celeridade faz com que a legislação seja questionada por eventual aplicação do pacto comissório, que favorece demais o credor, em detrimento do devedor.

Ressaltam-se as características e a importância alienação fiduciária em garantia para a circulação de riquezas e sua possibilidade jurídica em Portugal, apesar da falta de legislação a respeito.

Para tanto, a pesquisa ora realizada essencialmente buscará responder a seguinte questão: Qual é a importância da alienação fiduciária em garantia, e é possível sua utilização em Portugal? Diante tal propositura, tal hipótese-problema do trabalho pode realizar outros questionamentos, como: Qual é o conceito e como se deu a formação histórica da alienação fiduciária em garantia? Como se dá a alienação fiduciária em garantia no Brasil? Ante a inexistência de legislação, é possível sua utilização em Portugal?

A metodologia deste estudo terá caráter bibliográfico qualitativo, já que este estudo busca responder aos questionamentos acima descritos, buscando as respostas nas literaturas de autores atualizados, bem como verificar as regras na legislação portuguesa com o direito comparado nas legislações brasileiras, metodologia essa que irá fazer um levantamento histórico do tema, para que o leitor possa acompanhar o estudo de maneira plena e contextualizada, já que este construto busca compreender como se caracteriza alienação fiduciária em garantia no Brasil e sua possibilidade jurídica em Portugal.

Nesse sentido, se faz necessário analisar a conceituação da alienação fiduciária em garantia, bem como seu desenvolvimento histórico e no direito comparado, para que se possa compreender sistematicamente como alienação fiduciária em garantia é utilizada em terras brasileiras, e ainda investigar acerca da possibilidade da aplicação da alienação fiduciária em garantia em Portugal, apesar da inexistência de legislação sobre o tema.

Entende-se que o crescente desenvolvimento social, intelectual e tecnológico e sua efetiva propagação da informação, exigem cada vez mais do mercado econômico atual a inovação de mecanismos e ferramentas que facilitem as negociações financeiras, fomentem a circulação do crédito e assegurem a eficaz recuperação de investimentos. As alienações fiduciárias com fins de garantia são inseridas nesse contexto, quando na necessidade da transferência da propriedade

de um bem ou titularidade de um direito, para assegurar o efetivo cumprimento de uma obrigação, servindo como um instrumento de garantia que se revela mais eficaz para recuperação de um crédito.

Observa-se que houve a necessidade da elaboração de um novo direito real no regime jurídico da alienação fiduciária, para que tal garantia seja constituída pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa propriedade fiduciária é aquela propriedade limitada pelas restrições impostas pela finalidade por que foi constituída por uma garantia de uma obrigação, juntamente com tempo previamente previsto para duração desse negócio jurídico, e ainda não pode ter outra finalidade, a não ser a do direito alienado fiduciariamente, enquanto sofrer afetação patrimonial.

Assim, o trabalho buscará se organizar em capítulos, onde, no inicial, serão verificados os aspetos históricos da fidúcia, especialmente a que desempenha uma função de garantia, advinda do direito romano e germânico, tendo em vista da compreensão do negócio fiduciário. Logo após, serão abordados os fundamentos da admissibilidade do negócio fiduciário no ordenamento jurídico português.

Nos próximos capítulos que seguirão, será tratado o pacto comissório, buscando compreender sua razão de ser, seu conceito e suas razões que levam à sua proibição. Será examinada a admissibilidade do pacto marciano no ordenamento jurídico português, o qual será comparado com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como a *ratio* da proibição do pacto comissório.

Pretende-se ainda, em outro capítulo, explicar a possibilidade da alienação fiduciária se dar em Portugal de forma regimentada em decreto-lei, pois, neste país, foco da pesquisa, não se tem legislação para esse tipo de alienação.

O presente estudo busca analisar a correspondência da alienação fiduciária com o direito português, na delimitação da hipótese de fundamentação desse negócio jurídico com a base do direito das obrigações ou do Direito Civil como um todo, qual seja: os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade, alinhados com o princípio da boa-fé.

Parte-se, então, do pressuposto de que a ciência jurídica não é estática, ao contrário, altera-se com o tempo de acordo com as novas necessidades impostas pelas comunidades civis que o direito tutela. Novos atos e fatos sociais ocorrem no plano social, se transformam em atos e negócios jurídicos; assim é que se observa o surgimento e a consolidação de novos institutos jurídicos em um sistema jurídico-social.

Além disso, importa aduzir que a ciência jurídica não está abstraída de todo o resto, mas sofre a interferência de elementos exógenos ao direito, tal como a tecnologia, a cultura, a economia etc. O campo comercial, contratual e todo o escopo do direito privado em Portugal e no mundo, se deparam com novas ocorrências motivadas pela globalização econômica e pela tecnologia, que resultam em novas espécies contratuais, novas formas de constituir o laço obrigacional – assim é que se estruturam os sistemas jurídicos complexos.

Concebe-se que, pela motriz da autonomia da vontade e da liberdade contratual, os sujeitos de direito seguem com projetos que demandam a tutela do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Esses negócios jurídicos demandam a criação de novas normas e apontam o estabelecimento de posições jurisprudenciais no sistema jurídico. Esse é o caso do fenômeno da alienação fiduciária, caracterizada enquanto uma estrutura garantística de propriedades, móveis ou imóveis, no qual se transfere bens como forma de pagamento de uma dívida mediante um acordo estabelecido entre o credor e o devedor.

O instituto da alienação fiduciária, embora tenha paralelo no direito comparado e remeta às disposições clássicas do direito romano, não está positivado no ordenamento jurídico português, apenas com contributos da jurisprudência e da doutrina. Assim, o presente trabalho analítico objetiva investigar a possibilidade da alienação fiduciária no direito pátrio, a demanda por normatização e a sua correspondência com a base do direito das obrigações, ao fundar-se na autonomia da vontade, na liberdade e na boa-fé. Entende-se que, apesar de não existir legislação específica, por força das regras gerais oriundas do

Direito das Obrigações, torna-se possível estabelecer a utilização da propriedade enquanto função garantística na relação entre credor e devedor.

A importância dessa pesquisa se encontra na atualidade de pensar as formas de garantia no escopo das relações obrigacionais. A economia, os contratos, as figurações de compra e venda, o estabelecimento do crédito são elementos que acompanham o cotidiano das interações na sociedade, pensar a segurança jurídica dessas ocorrências, e a normatização desses fatos sociais pelo direito, torna-se fundamental.

1- ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA:

Para dar início à pesquisa, faz-se necessário conceituar epistemologicamente o termo *fiduciário*, o qual vem do latim *fidúcia*, e esta, por seu turno, vem de *fides*. Logo, o segundo termo *fides* se traduz pela fidelidade que uma pessoa observa perante outra, termos esses que podem ser usados como sinônimo de manutenção da palavra dada. Dessa forma, o autor H. Arnold leciona que “*Fidúcia* define-se reversamente: denota a confiança que se deposita noutrem¹”. Assim, numa breve definição aproximativa, e se apropriando do direito romano, o doutrinador Rudolph Sohm explica que o negócio fiduciário será aquele ao qual subjaz a confiança que uma parte depõe na outra, “*fidúcia is an agreement of trust*”², que traduzindo para o português, esta frase dá o significado de “*fidúcia* é um acordo de confiança”, porém, não se sabe ao certo a gênese da alienação fiduciária em garantia.

1.1- Os acordos de confiança pela história:

Pesquisando acerca da história do direito, encontramos alguns institutos jurídicos que se aproximam do tema trazido à baila, os quais podem ter inspirado o nascimento da alienação fiduciária em garantia. Dessa forma, conforme explica César Fiuza, podemos citar como institutos jurídicos próximos:

- i. A denominada *fidúcia romana*;
- ii. O ‘*trust receipt*’ do direito inglês,
- iii. O denominado penhor de propriedade do direito germânico; e

¹ARNOLD; H. H. **Doderlein’s Hand-Book of Latin Synonymes**. London, Printed for J.G.F. &J. Rivington. 1841, p. 81.

²SOHM, Rudolph. **The Institutes of Roman Law**. trad. ing. DeJames Ledlie, Gorgias Press, New Jersey. 2002, p. 34.

iv. O ‘*mortgage*’, também proveniente do direito inglês³.

O doutrinador Antônio Chaves, ao retratar sobre o direito na antiguidade nessa temática fiduciária, revela sobre a condição degradante do devedor em mora:

O atraso no pagamento, superior a trinta dias, dava ao creditor o direito de conduzir o devedor, amarrado nos pés ou nas mãos, à prisão durante sessenta dias. Antes da submissão total, o credor levava o seu devedor, por três vezes, a feiras públicas, a fim de negociar o seu crédito. Se a tentativa não desse resultado, o devedor se convertia em propriedade do credor, que poderia reduzi-lo a escravo ou até mesmo matá-lo ⁴.

Todavia, com a evolução do direito, a responsabilidade passou para o patrimônio do devedor, humanizando as obrigações. Corroborando nesse sentido, o direito romano reconheceu duas espécies de *fidúcia*, quais sejam:

- A denominada fidúcia *cum amico*; e
- A chamada fidúcia *cum creditore*.

Como muitos institutos jurídicos consolidados no direito ocidental, o instituto da alienação fiduciária, no qual se entrega um bem móvel ou imóvel como forma de garantia na relação obrigacional, é observada no Direito Romano clássico – precisamente no século IV a. C, com o *fiducia cum creditore*⁵.

Deve-se salientar a preeminência desse instituto que antecedeu, historicamente, os institutos *pignus* e *hypotheca*. No contexto clássico, a fidúcia se desdobra em duas espécies: a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditor*. Na primeira, tem-se o fiduciante que passa a titularidade de um ou mais bens ou direitos ao fiduciário. A finalidade da transmissão está na frutificação do bem no interesse de uma das partes⁶.

³ FIUZA, César. *Alienação fiduciária em garantia*, de acordo com a Lei nº 9951/97. Rio de Janeiro: AIDE. 2000, p. 24.

⁴ CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. 3ª ed., São Paulo, Editora Revistados Tribunais, vol. 02, tomo 1º, Obrigações. 1984, p. 03.

⁵ PIRES, Catarina Monteiro. **Alienação em garantia**. Coimbra: Almedina, 2010.

⁶ PIRES, Catarina Monteiro. **Alienação em garantia**. Coimbra: Almedina, 2010.

1.1.1- Fidúcia Romana:

O autor José Carlos Moreira Alves reverencia a história do direito, e afirma que “são várias as fontes que apontam a existência da fidúcia no Direito romano”, entre as quais se destacam a “Lei das XII Tábuas, a Fórmula Bética, as Tabuletas de Pompéia, a Lex Julia, as Institutas de Gaio e as Sentenças de Paulo”⁷. Contudo, uma das fontes mais importantes da fidúcia romana são as Institutas de Gaio, dos Séculos II e III d. C., pois estas tratavam das espécies de usucapião e indicavam duas modalidades de fidúcia: a fidúcia *cum creditore* e a fidúcia *cum amico*.

Ao reconhecer a *fidúcia*, a propriedade fiduciária passou a ser encontrada nas origens romana, na antiga *fidúcia* romana, que se dividia em *fidúcia cum amico* e *fidúcia cum creditore*. Essas modalidades eram constituídas mediante *mancipatio* ou *in iure cessio*, mas somente na *in iure cessio* que se percebe a aproximação da propriedade fiduciária no sentido moderno, que, segundo o autor Tomás Olcese, “na medida em que era um instrumento de garantia pelo qual o credor fiduciário adquiria a propriedade de um bem como garantia até o pagamento da dívida”⁸. E continuando com o autor, este explica que:

A *actio fiduciae* era o meio apropriado para exigir a restituição da coisa, porém exprimia o problema de ser uma *actio in personam*, motivo pelo qual o devedor não poderia desfazer as alienações feitas pelo credor fiduciário enquanto este fosse o dono. A *fidúcia* foi efetivamente extinta com a abolição da *mancipatio* e da *in iure cessio*, como modos derivados da aquisição da propriedade⁹.

Isto posto, traduz a fidúcia romana como sendo uma convenção, pela qual aquele que recebeu uma coisa ou um direito se obriga à restituição, quando satisfeito o fim, ou quando preenchida a destinação.

A denominada *fidúcia cum amico*, trata-se de um contrato que não possuía por objetivo constituir uma garantia, sendo apenas fundado na confiança do credor

⁷MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 14ª ed. rev. cor. e aum. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 02.

⁸OLCESE, Tomás. A propriedade fiduciária de base romanística e o trust inglês: perspectivas comparatísticas. RJurFA7, Fortaleza, v. 12, nº 10, jan./jun. 2015, p. 64.

⁹OLCESE; 2015, p. 64.

para o devedor. Conforme leciona o autor José Carlos Moreira Alves, “a finalidade deste era possibilitar que o fiduciante colocasse uma coisa mediante a transferência da sua propriedade, em segurança junto a um amigo, comprometendo-se o fiduciário a devolvê-la quando solicitado pelo fiduciante”¹⁰. Tratava-se de um contrato onde o fiduciante transferia determinados bens para o fiduciário, o denominado amigo, contrato este com uma cláusula resolutiva, que rezava que os bens transferidos deveriam ser restituídos assim que cessasse os eventos que determinaram o contrato. Este pacto, em geral, era celebrado quando o fiduciante ia para alguma guerra, ou realizaria uma viagem, dentre outros motivos, objetivando proteger os bens, enquanto o devedor estivesse fora. Porém, ressalta o autor Otto de Souza Lima que somente as coisas “infungíveis podem ser objeto da fidejussão”, explicando assim, que “se baseando a fidejussão essencialmente na fides, pressupõe ela como objeto da restituição à própria coisa fidejussada”¹¹.

A denominada *fidejussio cum creditore* possuía a finalidade de garantia, haja vista que o devedor transferia determinados bens, com a condição de conter caráter assecuratório ou de garantia, pois o devedor vendia seus bens com a possibilidade de, respeitando determinado prazo estabelecido e pagando débito assumido, recuperar o bem transferido. Esse objetivo se fazia necessário para constituir uma garantia real dessa transferência ao credor, caso desonrado o prazo¹². Após o acordado prazo, e a dívida ainda não ter sido quitada, decorria o cumprimento do *pactum fidejussae*.

Nesse sentido, conforme leciona César Fiuza:

O fiduciário, na condição de dono, podia alienar a coisa se a dívida não fosse adimplida. Realizada a venda, devia restituir o que, eventualmente, sobrasse ao fiduciante. Em princípio, a regra não era esta, havendo no *pactum fidejussae* da fidejussio cum creditore um pacto comissório, o qual transformava a propriedade fiduciária em propriedade pura e simples, uma vez que a dívida não fosse adimplida. Com o passar dos anos, todavia, diante dos vários casos, em que o devedor acabava por sair prejudicado em razão de ter a coisa alienada valor superior à dívida, passou-se a introduzir no *pactum fidejussae*

¹⁰MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 02.1997, p. 126-127.

¹¹LIMA, Otto de Souza. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1962, p. 02.

¹²OLCESE; 2015, p. 51.

cláusula, segundo a qual o credor fiduciário era obrigado a vender a coisa e a restituir o eventual valor supérfluo ao devedor. Essa cláusula, que no início devia ser expressa, tornou-se elemento natural do contrato, presumindo-se, salvo estipulação contrária ¹³.

Em suma, era realizada a venda do bem, tendo a possibilidade de resgate, depois de quitada a dívida dentro do prazo estabelecido, podendo ser percebida claramente que, nas duas situações da fidúcia romana, havia alienação e, conseqüentemente, transmissão da propriedade do bem, objeto do contrato, com uma condição de resgate.

Na *fiducia cum creditore*, o fiduciante transfere ao fiduciário uma *res. Mancipi por Mancipatio uin iurecessio*, e, se estabelece, no *pacto fiduciae*, que o fiduciário devolverá a coisa posta em garantia, por *remancipatio ou in iurecessio*, no momento que o crédito garantido for extinto¹⁴.

Por essa acepção, se entende que a garantia fiduciária apresenta uma natureza *sui generis*, com a disposição da transferência real e plena do bem e a limitação obrigacional. Incide a possibilidade de reivindicação do bem pelo fiduciário, visto caracterizar-se enquanto proprietário pleno; pode, nesse sentido, captar os frutos de sua propriedade, sendo estes imputados da obrigação posta em garantia¹⁵.

Ressalta-se que o fiduciante detém prerrogativas sob o bem, no qual uma das mais relevantes é a de dispor esse bem a um terceiro. O fiduciante, pela *actio fiduciae*, tem o seu direito tutelado; esse instituto consiste em uma ação pessoal restitutiva que permite a manutenção da segurança jurídica nas relações obrigacionais¹⁶.

¹³ FIUZA; 2000, p. 33.

¹⁴PIRES, Catarina Monteiro. **Alienação em garantia**. Coimbra: Almedina, 2010.

¹⁵PIRES, Catarina Monteiro. **Alienação em garantia**. Coimbra: Almedina, 2010.

¹⁶PIRES, Catarina Monteiro. **Alienação em garantia**. Coimbra: Almedina, 2010.

Importa destacar a dinamização da relação fiduciária nos contributos clássicos sob os seguintes parâmetros:

Através deste contrato, o credor (fiduciário) garantia o cumprimento da obrigação assumida pelo devedor (fiduciante), na medida em que, sendo pleno proprietário do bem, retiraria o poder de disposição ao devedor. Acresce que, perante o incumprimento da obrigação principal pelo devedor, era conferida ao credor a faculdade de satisfazer o seu crédito, quer pela conservação do bem no seu património, quer pela sua alienação a terceiro, restituindo àquele nesta última hipótese o eventual excedente. [...] Também o fiduciante era digno de proteção, na eventualidade de cumprir a obrigação à qual se encontrava adstrito e o fiduciário obstar à retransmissão do bem. Nesta situação, poderia aquele lançar mão de uma *actio fiduciae* de carácter infamante ou, no caso de o bem dado em garantia se encontrar já na titularidade de terceiros – por força da sua transmissão pelo credor, em violação do *pactum* – emergiria na esfera jurídica do fiduciário o dever de reparar os danos causados. Contudo, este instituto foi, paulatinamente, cedendo lugar a outras garantias, designadamente ao penhor e à hipoteca, até culminar no seu absoluto desuso durante vários séculos. Hodiernamente, são muitas as semelhanças deste instituto com a alienação fiduciária em garantia. As necessidades sociais que o Direito visa acautelar originaram o seu ressurgimento, adaptado aos novos tempos.¹⁷

A fidúcia trata-se, portanto, de um contrato fundado na “boa-fé” de ambos os contratantes, pois o fiduciário poderia dispor e alienar o bem para terceiro, em detrimento do devedor, haja vista que sua responsabilidade era pessoal, e não real. Logo, o devedor não possuía a certeza que conseguiria reaver o bem do credor. Não havia ação contra o credor com o objetivo de compeli-lo a restituir o bem, mas apenas perdas e danos, sendo certo que eventual venda a terceiro não poderia ser anulada.

O autor José Carlos Moreira Alves classifica o contrato de fidúcia como sendo:

¹⁷RIBEIRO, Beatriz Queirós. **Da alienação fiduciária em garantia**. Universidade Católica Portuguesa. Escola do Porto, 2018, p. 15.

[...] real porque mediante a *mancipatio* ou a *in iure cessio* se transfere a propriedade; bilateral imperfeito, pois sempre gera obrigações para o fiduciário, e eventuais para o fiduciante e de boa-fé eis que presente a fides externada pelo *pactum fiduciae* ¹⁸.

Guilherme Guimarães Feliciano comenta que a obrigação do fiduciário de restituir o domínio da coisa após o adimplemento da dívida ou outra circunstância “não é uma *obligatio propter rem*, pois decorre diretamente do *pactum fiduciae* e não da propriedade em si, que é plena, incondicionada e desonerada em todos os sentidos” ¹⁹.

Mas para os autores Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, “a *mancipatio* e a *in iure cessio* são modos de aquisição da propriedade”. E o contrato, “em direito romano, não tem eficácia para determinar a aquisição da propriedade, pois produz apenas a atribuição de um crédito e a assunção de uma obrigação por parte dos sujeitos” ²⁰.

Contudo, significou algum avanço jurídico, haja vista, que antes dele, a aquisição da propriedade no direito romano era a *traditio*, ou seja, um mero acordo de vontade das partes, que passou a não ser mais suficiente para a transmissão do direito de propriedade. Dessa forma, juntamente com o título de aquisição de domínio, era necessária a celebração de um negócio jurídico translativo desse direito, como a *mancipatio* e a *in iure cessio*, modos solenes para a aquisição da propriedade de imóveis, animais de tração e de carga, bem como de escravos. A *mancipatio* e a *in iure cessio* eram negócios jurídicos translativos abstratos, ou seja, não dependiam da validade dos títulos que lhes serviam de causa para produzirem efeitos ²¹.

Conforme explica o doutrinador César Fiuza:

[...] pela *mancipatio*, compareciam as partes, alienante e adquirente, perante testemunhas, diante do *libripens*, que, proferidas as palavras sacramentais, realizava a pesagem simbólica da res

¹⁸MOREIRA ALVES; 1997, p. 125.

¹⁹FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à Lei n. 9.514/97. São Paulo: Editora LTr. 1999, p.27.

²⁰CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1988, p.129.

²¹LIMA; 1962, p. 11.

mancipi, após o quê, ao adquirente se conferia o domínio pleno da coisa. Já, pela *in iure cessio*, compareciam as partes diante de um magistrado. O alienante fingia ter abandonado a coisa e, proferidas as palavras sacramentais, o adquirente se assenhorava da coisa, uma vez que fora abandonada, tornando-se *res derelicta*²².

Mas esta fidúcia *cum creditore* apresentou vários inconvenientes, tanto para o devedor quanto para o credor. No que se remetia ao devedor, os bens fiduciados importava no desapossamento, pois, segundo observa José Carlos Moreira Alves, às vezes:

[...] o devedor era obrigado a transferir a propriedade de coisa de valor bem superior ao do débito, não podendo, portanto, utilizar-se dela para a obtenção de outros créditos; e, enfim, o devedor para reaver a coisa, ficava primitivamente, na dependência exclusiva da vontade do credor, pois não dispunha contra este de uma *actio* para compeli-lo à restituição da res, e, mesmo mais tarde, quando surgiu a *actio fiduciae*, era ela uma ação pessoal contra o credor, razão por que, se este alienasse a coisa a terceiro, em vez de restituí-la, o devedor pela *actio fiduciae*, podia obter apenas indenização pelo não cumprimento do pacto de restituição da coisa, e não o desfazimento da venda ao terceiro. Para o credor, utilizando-se novamente das palavras do ilustre autor, porque tinha a fidúcia *cum creditore* o inconveniente de permitir ao devedor, caso reingressasse ele na posse da res, a recuperação da propriedade sobre ela, ao fim apenas de um ano, independentemente de justo título e de boa-fé, mediante modalidade especial de usucapião: a *usureceptio*²³.

Foram estes inconvenientes que ocasionaram o surgimento do penhor e da hipoteca²⁴. Continuando com o autor José Carlos Moreira Alves, com o penhor, “embora o devedor continuasse proprietário da coisa objeto da garantia, ele perdia a posse dela, que passava ao credor, tornando-se este titular do direito real do penhor (*ius in re aliena*)”²⁵.

O autor ainda ressalta que o advento do penhor persistia de dois dos inconvenientes com relação ao devedor:

[...] com a transferência da posse sobre a coisa, o devedor não poderia usá-la ou fruí-la; e, se ela fosse de valor bem superior ao do débito, não poderia ele dá-la em garantia para realizar outras operações antes de extinta aquela dívida. Ambos esses inconvenientes

²²FIUZA; 2000, p. 33.

²³MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da fidúcia romana a alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. In: Yussef Said Cahali (Coord.). Contratos nominados: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 24.

²⁴LIMA; 1962, p. 76.

²⁵MOREIRA ALVES; 2007, p. 05.

foram afastados com o surgimento da hipoteca. Nessa modalidade de garantia, não havia o desapossamento da coisa, razão pela qual o mesmo bem podia garantir créditos de credores diversos²⁶.

Ainda que se tenha instituído o penhor e a hipoteca, como assinala o autor Otto de Souza Lima:

[...] continuou a subsistir a fidúcia cum *creditore*, porque apesar dos seus defeitos ou inconvenientes, oferecia certas vantagens sobre aqueles dois outros instrumentos de garantia real. Constituía-a, por um lado, maior segurança ao credor, pois o tornava proprietário, cabendo-lhe, como consequência, um direito absoluto sobre a res, como o direito de reivindicar a coisa, o de ela dispor plenamente, e o direito aos seus frutos naturais e civis; e, por outro lado, operando-se, necessariamente, pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*, gozava de publicidade e de especialização²⁷.

Como outra das vantagens da fidúcia, o autor Alfredo Buzaid ressalta que:

[...] para quem a fidúcia, conquanto forma autônoma de garantia real, exerce, pois, função correspondente a do penhor e da hipoteca, sendo todavia, mais enérgica que estas duas últimas. Difere a fidúcia do penhor e da hipoteca em que, nestas duas garantias, o devedor conserva o domínio da coisa, enquanto naquela o transfere ao credor, perdurando este estado de coisas até que seja atingido o seu objetivo (soluta pecúnia)²⁸.

Por haver uma inexistência ou invalidade da obrigação garantida, outra vantagem da fidúcia *cum creditore* em relação ao penhor e à hipoteca, conforme aduz Otto de Souza Lima:

Nesses institutos, a inexistência ou invalidade da obrigação garantida, invalida, também, a relação de garantia. Já na fidúcia *cum creditore* isso não ocorre, em virtude de sua própria estrutura, pois a convenção fiduciária é anexa a uma *mancipatio*, ou a uma *in iure cessio*, que são atos formais e abstratos de transferência da propriedade da coisa. Esta transferência se opera, portanto, apesar da invalidade ou da inexistência do débito garantido²⁹.

Mas consequentemente com a existência viva no direito romano clássico advindo posteriormente a fidúcia passou a entrar em declínio pela decadência da *mancipatio* e da *in iure cessio*, pois esse direito romano clássico teve aplicações variadas, seja como garantia, mas também pela forma da fidúcia *cum amico*. A

²⁶MOREIRA ALVES; 2007, p. 05.

²⁷LIMA; 1962, p. 77.

²⁸BUZUID, Alfredo. Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia: Lei nº 4.728, art. 66. São Paulo: Acrefi. 1969, p. 05.

²⁹LIMA; 1962, p. 79.

fidúcia desapareceu por completo da legislação de Justiniano. Destarte, ela ressurgiu no direito moderno “como uma imposição da própria vida jurídica e para preencher, como no direito romano, lacunas e deficiências da legislação atual”³⁰.

1.1.2- Fidúcia Germânica:

Reconhece-se que o sistema germânico contribuiu grandemente para o estabelecimento dos critérios jurídicos e usos sociais da fidúcia. O enfoque dado por esse ordenamento esteve na proteção do fiduciante – estabelecia-se o retorno automático do bem, disposto em garantia, para a posse do fiduciante, logo que se estabelecesse a resolução do negócio jurídico³¹.

Essa posição do regime alemão sofreu inúmeras críticas. Devido a isso, a figuração do instituto conforme o clássico romano prevaleceu na disposição dogmática do instituto na atualidade³².

Outro instituto próximo da alienação, a fidúcia germânica é o denominado penhor de propriedade no direito germânico, na qual o devedor transferia a propriedade do bem para o credor, estando ele obrigado a devolvê-lo, assim que o débito fosse adimplido. Ele se diferencia das fidúcias romanas, haja vista o caráter real e *erga omnes* da obrigação assumida, motivo pelo qual, em caso de transferência a terceiro, esta seria anulada para o retorno do bem ao fiduciante.

Para os povos germânicos, o costume era a fonte mais importante do direito até o Século XVI, razão pela qual se tinham poucas leis germânicas na Idade Média, e estas raramente tinham por objeto o Direito Privado³³.

³⁰LIMA; 1962, p. 87.

³¹PIRES, Catarina Monteiro. **Alienação em garantia**. Coimbra: Almedina, 2010.

³²PIRES, Catarina Monteiro. **Alienação em garantia**. Coimbra: Almedina, 2010.

³³LIMA; 1962, p. 88.

Continuando com o autor Otto de Souza Lima, este aduz que, naqueles povos, coexistiam institutos tipicamente germânicos e outros com influência romana, haja vista que a “recepção do direito ‘*rom no*’ nos povos germânicos não foi devida à necessidade de unificação, nem à admiração que inspirava a sua técnica, mas porque se consideravam sucessores do Império Romano”³⁴.

O doutrinador Guilherme Guimarães Feliciano explica que a utilização do termo “fidúcia” gerou a ideia de perpetuação da fidúcia romana, tendo em vista que o referido termo foi utilizado em diversos documentos dos Séculos VI ao XII³⁵. Corroborando nesse sentido, Otto de Souza Lima aduz que “o *affiduciatum*, forma de penhor mediante a qual o devedor transmitia a posse da coisa com o fito de que o credor a usasse e dela gozasse até a extinção do débito”. O que se nota é que, permanecendo a titularidade da propriedade como devedor, apenas a perderia se houvesse “previsão no ato constitutivo”, em caso de inadimplência. Contudo, observa-se que, como não havia no *affiduciatum* a transmissão da propriedade, “era o instituto distinto da fidúcia romana”³⁶. Atentando-se que, ainda, havia alguns institutos germânicos que tinham aspectos evidentes desse instituto, embora não fossem absolutamente idênticos à fidúcia romana, estes aspectos, em sua essência, possuíam a mesma finalidade.

Nesse sentido, o penhor de propriedade é um exemplo concreto dessa essência, pois, conforme assevera o autor Alfredo Buzaid, “mesmo sem relação terminológica com a fidúcia, ela muito se assemelhava”³⁷. Em concordância com este, o autor Otto de Souza Lima leciona que:

[...] por meio do penhor de propriedade, o devedor transferia ao credor, com escopo de garantia, um fundo mediante a entrega de uma carta *venditionis*. O credor contemporaneamente prometia, através de uma contra carta, restituir não só o documento, mas também o próprio fundo, no caso de tempestivo pagamento do débito. Se o devedor não liquidasse a dívida no vencimento, a propriedade

³⁴LIMA; 1962, p. 88.

³⁵FELICIANO;1999, p. 65.

³⁶LIMA; 1962, p. 90.

³⁷BUZAID; 1969, p. 12.

consolidava-se no credor pelo simples decurso do prazo para resgatar o penhor³⁸.

Compreende-se, então, que se mantinha ainda o modelo fiduciário romano, como refere Mário Júlio de Almeida Costa:

[...] tanto no sistema romano como no sistema germânico, a primitiva forma de direito real de garantia consistiu em atribuir-se ao credor a propriedade sobre um imóvel do devedor ou de terceiro, mas realizando-se essa transmissão de domínio sob condição de que o credor o restituísse quando a dívida fosse satisfeita³⁹.

Sobre a existência de um fiduciário do “direito longo bardo”, segundo o autor Otto de Souza Lima aponta, nesse Direito:

[...] nos atos *inter vivos* ou *morte causa*, havia a intervenção do *menos fidelis*, que era um intermediário chamado a realizar uma *donatio pro anima*, ou para cumprir uma liberalidade em geral de *pio escopo*, ou para a *manumissão* de um escravo depois da morte do *dominus*⁴⁰.

Um instituto semelhante à fidúcia romana *com amico* foi o *manus fidelis*, que era aquela pessoa de confiança, a qual tinha a atribuição de transferir bens a um beneficiário, ou, então, praticar atos de liberalidade, sempre se pautando nas determinações a ele conferidas. No entanto, no direito medieval germânico existia a figura do *Sal Mann*, o qual possui características distintas no antigo e no novo direito. Salientando sobre esse medieval direito germânico, o autor Otto de Souza Lima explica que:

[...] no antigo direito medieval germânico, o *Salmann* obtinha seus poderes do alienante, comprometendo-se, de forma solene, a transferir os bens recebidos ao terceiro destinatário. Já no novo direito medieval germânico, embora mantidos os outros elementos da relação, era o *Salmann* fiduciário do adquirente e não do alienante, e, assim, os poderes que lhe eram concedidos não o eram para transmitir o fundo ao destinatário, mas para adquiri-lo para este, ou com este intervindo com o fim principal de reforçar o direito do adquirente⁴¹.

Em concordância nesse sentido, nas literaturas se têm uma vasta alusão sobre *Salmann*, como do autor Guilherme Guimarães Feliciano, quando este se

³⁸ BUZAID; 1969, p. 15.

³⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 6ª edição rev. e at., Almedina. 1994, pp. 765-766.

⁴⁰ LIMA; 1962, p. 92.

⁴¹ LIMA; 1962, p. 94.

refere ao exercício do “*Salmann* como uma função de tutela patrimonial e o seu direito era um direito real limitado, possuindo o disponente e os seus herdeiros o direito de retomar a coisa do poder de terceiros, no caso de infidelidade do *Salmann*”⁴².

Há ainda quem defenda que a atual representação do *Salmann* nas leis germânicas é a figura jurídica do *treuhand*, exercendo o instituto funções no direito de família, sucessório e patrimonial⁴³. No entanto, o autor Otto de Souza Lima entende que:

[...] o referido instituto nada tem em comum com o antigo instituto do *Salmann*, por não envolver a transferência de direitos reais. Afirmo o autor, que o *treuhand* surgiu com a lei de 13 de julho de 1899, sobre bancos de crédito hipotecário, que prescrevia a nomeação de um *treuhänder*, feita pelos inspetores estatais de crédito, para o fim de defender os interesses dos possuidores de obrigações fundiárias⁴⁴.

Oportuniza-se, então, a presença marcante da diferença entre o fiduciário romano e o germânico, uma vez que, no romano, se tornava pleno titular da propriedade, e no germânico, embora com direito real sobre o bem, possuía apenas uma propriedade limitada. Nesse sentido, Otto de Souza Lima justifica que:

[...] na fidúcia do tipo germânico, a propriedade e o direito não se transferem plena e ilimitadamente ao fiduciário, mas sim condicionados resolutivamente e com eficácia real. Os poderes do fiduciário, desde o início, são rigorosamente limitados ao fim que as partes tiveram em vista. Correspondem, plenamente, aos seus intentos econômicos. Por isso, adquire o fiduciário tão somente um direito real limitado. Consequentemente, não o terá o poder de abuso, e, assim, qualquer ato abusivo de disposição, não afetaria os direitos do fiduciante. Esta concepção fugiria, nestas condições, à fidúcia propriamente dita, mas, levaria sobre a concepção romana a vantagem da plena correspondência entre a intenção das partes e os meios jurídicos por elas adotados. Trata-se, assim, de um direito transmitido condicionalmente, e, por isso, o lado obrigacional do negócio dará ao fiduciante maiores garantias, possibilitando-lhe, mesmo, a recuperação da própria coisa fiduciada⁴⁵.

⁴²FELICIANO; 1999, p. 67.

⁴³SILVA, Luiz Augusto Beck da. Alienação fiduciária em garantia: história, generalidades, aspectos processuais, ações, questões controvertidas, legislação e jurisprudência do STF, STJ, TJ-RS, TA-RS, entre outros tribunais. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense. 1998, p. 13.

⁴⁴LIMA; 1962, p. 97.

⁴⁵LIMA; 1962, p. 140.

Resumidamente, o autor Luiz Augusto Bico da Silva buscou explicar a origem da fidúcia:

[...] a fidúcia de origem romana constituía-se numa forma de garantia. Era mais benéfica ao credor, dando-lhe maior segurança e deixando, em contrapartida, o devedor praticamente desprotegido, salvo o direito à indenização, impossibilitado de perseguir o bem onde quer que se encontre. Já na fidúcia de construção germânica, o fiduciante, depois de cumprida a sua obrigação, tinha direito de sequela, isto é, o de reivindicar o bem das mãos de quem os detivesse. Assim, ainda que o fiduciário não agisse com honestidade ou lealdade, deixando de zelar pela boa guarda e conservação do bem entregue em garantia, o devedor não ficava adstrito à indenização, tendo a faculdade de ir à busca da coisa. Daí a razão por que no negócio fiduciário do tipo germânico, não há, como no tipo romano, risco limitado pela *fides*, para o fiduciante⁴⁶.

O autor Francisco Paulo de Crescenzo Marino enumera as teorias elaboradas pela doutrina para qualificar a posição jurídica do fiduciante e do fiduciário na fidúcia germânica:

- a) o fiduciário tem a propriedade do bem transmitido, mas o fiduciante conserva um amplo direito real de uso (tese de Loening);
- b) o fiduciário detém direito real de administração sobre a coisa de propriedade do fiduciante (tese de Heusler);
- c) há transmissão da propriedade sob condição resolutiva (tese de Schultze);
- d) titularidade comum de fiduciante e fiduciário (tese de Beyerle);
- e) o fiduciante continua a ser proprietário, adquirindo o fiduciário apenas um direito real limitado conforme os fins do negócio jurídico (tese de Messina); e
- f) conformação da eficácia real da titularidade do fiduciário consoante a relação interna entre as partes (tese de Siebert)⁴⁷.

E continuando com o autor, este afirma que “[...] apesar da existência destas diversas teorias, verifica-se na doutrina atual a nítida tendência a associar a fidúcia germânica à transmissão da propriedade sob condição resolutiva”⁴⁸,

⁴⁶SILVA; 1998, p. 12.

⁴⁷MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Notas sobre o negócio jurídico fiduciário**. Revista Trimestral de Direito Civil. São Paulo: Padma, v. 20, out./dez. 2004, p. 42.

⁴⁸MARINO; 2004, p. 42.

sendo doutrina de Schultze principal responsável pela elaboração doutrinária do negócio fiduciário do tipo germânico.

1.1.3- Fidúcia Inglesa *Trust Receipt*:

O instituto jurídico inglês denominado *trust receipt* é proveniente do direito inglês e do direito norte-americano, apesar de ser análogo à fidúcia *cum amico* romana, pois se caracteriza pela presença de três pessoas dentro do contrato, que são o comprador, o vendedor e o financiador. Assim, o comprador, ao adquirir determinado bem do vendedor, emite um recibo, denominado *trust receipt*, no qual informa que possui a posse do bem, em nome do financiador. Assim, é possível que o comprador venda o bem, com o objetivo de quitar a dívida assumida, desde que respeitado o preço mínimo estipulado pelo financiador.

O doutrinador Alfredo Buzaid explica que:

[...] a palavra *trust* significa confiança, sendo o *trustee* aquele a quem se confiam bens para que deles faça uso conforme o encargo que lhe foi cometido. Assim, não é na lei ou no direito que se inspira a confiança, mas na probidade e na consciência do *trustee*⁴⁹.

A alienação fiduciária em garantia se difere deste instituto, pois nesta é proibida ao fiduciante vender o bem sem a devida autorização do fiduciário, mesmo que com objetivo de adimplir a obrigação. Assim, conforme doutrina o autor Alfredo Buzaid:

[...] pelo instituto *trust*, o fiduciante, denominado *settlor* (instituidor do *trust*), transferia a propriedade sobre determinados bens ao fiduciário, denominado *trustee* (aquele em quem se confia), para que ele os administrasse em proveito do beneficiário, denominado *cestui que trust* (aquele que confia)⁵⁰.

Corroborando nesse sentido, o autor supracitado Otto de Souza Lima explica que:

⁴⁹ BUZAID; 1969, p. 17.

⁵⁰ BUZAID; 1969, p. 17.

[...] os bens eram transmitidos pelo fiduciante ao fiduciário para determinados fins, os quais eram indicados pelo *pactum fiduciae*, que, geralmente, era secreto. Neste período, o *trust* era praticado à margem do direito, e, conseqüentemente, desconhecido pela *common law*. Assim, perante os tribunais da *common law*, a transmissão se fazia ao fiduciário para todos os efeitos, tornando-se ele proprietário pleno dos bens. Dessa forma, o cumprimento do *pactum fiduciae* era, inteiramente, entregue à fides do fiduciário⁵¹.

Foi com a Corte de Chancelaria, na Idade Média, que se passa a intervir certa tutela jurídica ao fiduciante e ao beneficiário, constringendo o fiduciário, em nome da moral e da equidade, a cumprir os encargos que lhe foram impostos, quando da declaração da vontade do *settlor*, no ato constitutivo do *trust*, sob pena de prisão⁵². Apesar disso, como a sanção ao fiduciário consistia na possibilidade de sua prisão, e não em pena pecuniária, concedia-se ao beneficiário, como ressalta Otto de Souza Lima, “não um *eu in re*, mas um simples *eu ad personam*”, o que aproximava o instituto, neste aspecto, da fidúcia romana. Afirma, ainda, o citado autor que, com o tempo, “a proteção ao beneficiário tornou-se mais enérgica”, sendo concedida a ele ação. Ressalta ainda que, no entanto, o “beneficiário não tinha ação contra os adquirentes de boa-fé”⁵³. “Este autor ainda afirma que a vontade declarada pelo *settlor*, no ato constitutivo do *trust* é decisiva, assumindo um valor autônomo, impessoal e objetivo, e constitui regra reguladora do *trust*. Esta vontade é que determina os fins visados, e é ela que marca ao *trustee* o seu comportamento”⁵⁴.

O *trust* se distingue do tipo fiduciário romano e do germânico, segundo o autor supracitado, pois sua estrutura jurídica apresenta-se como o tipo fiduciário da legitimação, no qual se expõem duas relações: a externa, que ocorre quando o fiduciante dá ao fiduciário a condição de proprietário de um bem pertencente àquele, outorgando-lhe a plena legitimação para fazer valer o direito do fiduciante;

⁵¹LIMA; 1962, p. 112.

⁵²CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2009, p. 19.

⁵³ LIMA; 1962, p. 113.

⁵⁴LIMA; 1962, p. 115.

e a interna, que ocorre quando o fiduciário permanece como um simples procurador, não lhe pertencendo o bem objeto do negócio fiduciário⁵⁵.

O instituto *trust* possui características doutrinárias em dois direitos distintos de propriedade: a do *trustee*, denominada propriedade formal ou legal *title*; e a do beneficiário, denominada propriedade econômica ou de fruição. Corroborando nesse sentido, o autor Francisco Paulo de Crescenzo Marino assinala que:

[...] no *trust*, há um desmembramento dos atributos da propriedade em duas vertentes: de modo geral, o *trustee* detém os direitos de administrar os bens do *trust* e deles dispor (*legal ownership*), enquanto ao *cestui que trust* são atribuídos os direitos de usar, fruir e destruir materialmente a coisa (*equitable ownership*). Desse modo, tanto o *trustee* quanto o *cestui que trust* são proprietários, razão pela qual a doutrina afirma que há, no *trust*, a separação da propriedade em formal, ou seja, a transmitida ao *trustee*, e material ou econômica, de titularidade do *cestui que trust*⁵⁶.

O *trust* é um instituto da *real property law* no direito inglês. Porém, no direito civil, ele corresponde à categoria dos direitos reais. A *property law* foi influenciada pela cultura jurídica medieval, e dela provêm suas categorias e conceitos fundamentais, donde resulta a “diversa tessitura ou gramática” que a caracteriza⁵⁷.

Contudo, vê-se que há dois institutos: o *trust*, este até aqui analisado, de origem inglesa, e o *trust* derivado do *use*, o qual difere do denominado *trust receipt* de origem norte-americana. O doutrinador José Carlos Moreira Alves aponta que o *trust receipt* tem origem possivelmente norte-americana, pelo fato de seu uso ser mais verificado e mais utilizado nos Estados Unidos da América do que na Inglaterra. Explica o autor que:

[...] o *trust receipt* é utilizado para permitir o financiamento da compra de mercadorias (bens de consumo, matéria-prima e produtos semimanufaturados) com a participação além do vendedor e do comprador, de um terceiro: o financiador, que em geral é uma entidade financeira. Nessa operação, a mercadoria passa diretamente, da propriedade do vendedor para a do financiador, que a

⁵⁵LIMA; 1962, p. 140.

⁵⁶MARINO; 2004, p. 46.

⁵⁷MOCCIA, Luigi. **Il modello inglese di “proprietà”**. In: ALPA, Guido et al. *Diritto privato comparato: istituti e problemi*. Roma: Laterza. 2004, p. 38.

entrega ao comprador, recebendo deste um documento (*trust receipt*) no qual, por via de regra, se declara que o comprador possui, em nome do financiador (que pode verificar o uso a ser feito com a coisa, retomando a qualquer tempo), a mercadoria adquirida, que será, posteriormente alienada pelo comprador, para, com o produto da venda, ser pago o valor do financiamento⁵⁸.

Pode-se concluir, conforme o autor Luiz Augusto Beck da Silva, que a finalidade do *trust receipt* é “habilitar o devedor à venda da mercadoria que lhe foi dada em confiança, com o fim de conseguir recursos para pagamento do seu débito”⁵⁹.

1.1.4- Fidúcia Inglesa Mortgage:

O denominado *Mortgage* é oriundo do direito inglês e do direito norte-americano, e se trata de instituto jurídico bem próximo da alienação fiduciária em garantia é análogo à *fidúcia cum creditore* romana, haja vista sua finalidade principal é a garantia do bem, e sua propriedade transferida para o fiduciário com a alienação é resolúvel. Assim, depois de quitado o débito, ao fiduciante é consolidada a propriedade do bem, o objeto do negócio.

A diferença é que na *Mortgage* o devedor tem um prazo mais longo, doze anos para resgatar o bem e objeto do contrato, desde que pague todo o débito, somados aos juros de uma quantia referente à reparação pela sua mora, ficando conhecida como *equity of redemption*. Neste contexto, a propriedade do bem será transferida ao credor, mas o devedor continua na posse, ainda que sob condição resolutiva de quitação do débito.

Embora tenha semelhança na fidúcia romana *cum creditore*, o autor Otto de Souza Lima aduz que não se pode afirmar há descendência histórica do instituto

⁵⁸MOREIRA ALVES; 1995, p. 36.

⁵⁹SILVA; 1998, p. 14.

mortgage inglês ao instituto romano *cum creditore*, tendo em vista que ambos tiveram desenvolvimento autônomo e eram distanciados no tempo e no espaço⁶⁰.

Porém, ao que se observa nas semelhanças, pode-se resumir que em ambos os institutos havia a transferência da coisa como garantia, bem como a obrigação da restituição do mesmo quando solvida a dívida; por força do ato de transferência, o fiduciário adquiria o direito de propriedade sobre os bens transferidos. Este direito era absolutamente ilimitado e pleno, de forma que ambos adquiriam a qualidade de dono. Nesse sentido, o autor Otto de Souza Lima explica que:

Por outro lado, com o objetivo de resguardar o credor, que não poderia ficar, indefinidamente, sujeito à *equity of redemption*, foi-lhe reconhecido o direito de propor uma ação contra o devedor para compeli-lo a servir-se da *equity* dentro de certo prazo ou a perdê-la definitivamente. Conforme explica Otto de Souza Lima, depois deste primeiro decreto, se o devedor não cumpria a obrigação no prazo fixado, emitia o Tribunal um decreto definitivo, pelo qual o devedor era privado para sempre da possibilidade de efetuar o pagamento e obter a restituição da coisa⁶¹.

A diferença entre o *Mortgage* inglês e a fidúcia *cum creditore* do direito romano, conforme aduz o autor Francisco Paulo de Crescenzo Marino, é que:

[...] o *Mortgage* perdeu sua característica original de transferir a propriedade da coisa plena e ilimitadamente ao credor, uma vez que, com a *equity*, a transmissão do domínio ao credor passou a se dar sob condição resolutiva, caracterizada pela satisfação tempestiva da dívida pelo devedor⁶².

Assim, entende-se que a *equity of redemption* se tornou parte essencial do *Mortgage*, já que, uma vez constituído o instituto, a *equity* o acompanhava indissolúvelmente, ainda que, no ato constitutivo, não se fizesse nenhuma referência a ela⁶³.

O autor Francisco Paulo de Crescenzo Marino ressalta que esse instituto *Mortgage* analisado até aqui se remete ao *Classical Mortgage*, que, posteriormente foi substituído pelo *Chattel Mortgage* do direito moderno, o qual mais se aproxima da hipoteca, sendo, portanto, um simples direito real de garantia,

⁶⁰LIMA; 1962, p. 100.

⁶¹LIMA; 1962, p. 105.

⁶²MARINO; 2004, p. 42.

⁶³MARINO; 2004, p. 42.

sem semelhança com a fidúcia. Nesse sentido, o autor aduz ainda que “no *Mortgage* clássico, a resolubilidade da propriedade é estipulada mediante cláusula prevendo a anulação da alienação no caso de pagamento da dívida no prazo acordado (*clause of defeasance*)”⁶⁴.

A alienação fiduciária nasceu para atender as necessidades de um crédito rápido e a segurança do adimplemento da obrigação assumida, o que não ocorre com as garantias tradicionais, como a hipoteca, o penhor e a anticrese, pois sua execução é custosa e morosa.

O instituto da fidúcia foi excluído do *Corpus Ius Civilis*⁶⁵, no século VI, o que gerou sua não recepção pelos códigos posteriores, como o Código Civil Francês de 1804⁶⁶, o BGB de 1896⁶⁷, o Código Civil Brasileiro de 1916⁶⁸, e todos os demais códigos civis dos países que seguem a tradição francesa ou tedesca. Mesmo sendo a fidúcia um direito positivado, ela permaneceu viva, como uma convenção baseada na boa-fé entre os contratantes, fundada na confiança das partes.

Observa-se que, nessas relações contratuais primitivas, a confiança era elemento bem presente e primordial, já que, segundo o autor Mario Pazutti Mezzari, “retornar o bem ao fiduciante consistia em mera obrigação do fiduciário, e, se inadimplida, seria resolvida pela via das perdas e danos”⁶⁹. Corroborando nesse contexto, a autora Milena Donato Oliva esclarece que “o caráter fiduciário

⁶⁴MARINO;2004, p. 44.

⁶⁵WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: Antônio Manuel Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, p. 15.

⁶⁶ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 37.

⁶⁷MARQUES, Cláudia Lima. **Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 13. 1997, p. 73.

⁶⁸BRASIL. 1916. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002.

⁶⁹MEZZARI, Mario Pazutti. **Alienação fiduciária da lei n. 9.514, de 20-11-1997: Doutrinas, modelos, legislação**. São Paulo: Saraiva. 1998, p. 38.

de uma avença advém da circunstância de o fiduciário titularizar um direito para a promoção de determinada finalidade estipulada pelo fiduciante”⁷⁰.

No Brasil, o Código Civil brasileiro de 1916 fez surgir debates acerca do surgimento de novos direitos reais, que, segundo o autor Frederico Henrique Viegas de Lima afirma, possui uma “estreita ligação com a evolução social, uma vez que a inserção de um novo direito visa a atender a necessidade econômica da sociedade em determinado momento”⁷¹. Continuando com o autor, este ainda destaca que o surgimento de um novo direito real deve ser justificado pela legítima utilidade e rentabilidade do instituto.

Tal constituinte, contudo, ao se referir às garantias reais, apenas contemplava a hipoteca, o penhor e a anticrese, prevista no artigo 755º do Código Civil de 1916, o qual dispunha, no “Art. 755º - Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação” ⁷². O autor Frederico Henrique Viegas de Lima destaca que estas tradicionais garantias tiveram gradual enfraquecimento ao longo do tempo, de certa forma restringindo o acesso da população ao crédito⁷³.

1.1.5- Estrutura fiduciária:

O autor Luís A. Carvalho Fernandes entende o negócio fiduciário como sendo aquele “[...] em que o fiduciante aliena ao fiduciário determinado direito, limitando, porém, o exercício dos correspondentes poderes em função de determinado fim que visa prosseguir” ⁷⁴. Neste âmbito, mesmo se limitando à

⁷⁰OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas. 2014, pp. 15-17.

⁷¹LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. 4ª ed. Curitiba: Juruá. 2011, p. 37.

⁷²BRASIL. 1916, artigo 755º.

⁷³LIMA; 2011, p. 43.

⁷⁴FERNANDES, Luís A. Carvalho. **A Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português**. In Estudos sobre a Simulação, Quid Juris, Lisboa. 2004, p. 247.

utilização da propriedade a um fim de garantia de crédito, a alienação fiduciária em garantia configura um negócio fiduciário.

O elemento fiduciário sustentado neste negócio se traduz, segundo Orlando de Carvalho, “no poder de abuso derivado de ser a *fides* um elemento metajurídico, só de leal comportamento do fiduciário, e não de rigorosos meios de coação legal, esperando-se a plena obtenção do escopo prático”⁷⁵.

Porém, comumente há desigualdade entre o meio utilizado para a transmissão da propriedade, e o fim visado para a prestação de uma garantia de um crédito, na medida em que a transmissão da propriedade não é *conditio sine qua non*, em termos jurídicos, para a obtenção do crédito e subsequente garantia do mesmo. Nesse sentido, entende o autor Diogo Leite de Campos que, “para a obtenção do resultado em vista, foi escolhida uma forma jurídica que concede, em princípio, uma proteção do credor superior à necessária, permitindo abusos. O que integra o seu caráter fiduciário”⁷⁶.

Não obstante, os autores como, bem alertam Maria João Vaz Tomé e Diogo Leite de Campos:

[...] os efeitos reais do negócio, seriamente queridos pelas partes, correspondem plenamente à pretensão econômica das mesmas que, de outro modo, na ausência deste particular mecanismo, não poderiam, em geral, atingir o resultado visado⁷⁷.

O devedor prescinde da propriedade de um bem a favor de um credor em um negócio fiduciário em garantia, uma vez que tal garantia é indispensável para a obtenção de crédito nos termos pretendidos. Contudo, o pacto fiduciário limita a sua utilização a fim dessa garantia, e ainda estabelece a possibilidade de o devedor recuperar o bem, se cumprida, e depois de cumprida a obrigação a que se encontra adstrito. Dessa forma, permite-se a consecução do objetivo primordialmente delineado pelos contraentes, que é o estabelecimento de uma

⁷⁵CARVALHO, Orlando de. **Negócio Jurídico Indireto**. In Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento X, Universidade de Coimbra. 1953, p. 105.

⁷⁶CAMPOS, Diogo Leite de. **A Alienação em Garantia**. In Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal, 150.º Aniversário (1846-1996), Banco de Portugal Lisboa. 1998, p. 11.

⁷⁷TOMÉ, Maria João Vaz; CAMPOS, Diogo Leite de. **A propriedade fiduciária**. (Trust): Estudo para a sua consagração no Direito Português, Almedina, Coimbra. 1999, p. 200.

garantia, sem que este se traduza numa posição de supremacia injustificada do credor⁷⁸.

E, conforme a autora Catarina Monteiro Pires, é possível se distinguir “dois elementos necessários, correspondentes à transmissão da propriedade (elemento estrutural), e à finalidade da garantia (elemento funcional ou teleológico), e um elemento eventual, que se traduz na obrigação de retransmissão”⁷⁹, na alienação fiduciária em garantia.

Neste instituto, de acordo com a autora Catarina Monteiro Pires:

[...] uma vez que a transmissão da propriedade tem em vista um propósito meramente garantística, não é retirada ao devedor/fiduciante a disponibilidade material do bem. Pode, então, ser estabelecida uma convenção possessória entre as partes, designadamente o comodato ou a locação. Pode, ainda, ser constituído um direito de usufruto ou de uso a favor daquele. Sem prejuízo da possibilidade de convenção em contrário. Não parece, no entanto, que tal sirva os propósitos negociais visados pelas partes⁸⁰.

No que se refere à transmissão da propriedade, a autora aduz que “é necessariamente conformada por duas características fundamentais: precariedade e cariz nuclearmente limitado”⁸¹.

A inconsistência é interpretada, segundo os autores Maria João Vaz Tomé e Diogo Leite de Campos, pelo fato de:

[...] a aquisição da propriedade pelo beneficiário da garantia não poder ter a *priori* caráter definitivo, já que a satisfação da obrigação garantida implicará a retransmissão do bem ou do direito para a esfera jurídica do prestador da qual inicialmente proveio⁸².

Corroborando nesse sentido, a autora Catarina Monteiro Pires aduz que se fala sobre este “propósito de uma propriedade temporária, cuja duração depende dos objetivos que presidiram à celebração do contrato”⁸³.

⁷⁸TOMÉ, CAMPOS; 1999, p. 200.

⁷⁹PIRES, Catarina Monteiro. **Alienação em Garantia**. Almedina. 2010, p. 100.

⁸⁰PIRES; 2010, p. 100.

⁸¹PIRES; 2010, pp. 91-92.

⁸²TOMÉ, CAMPOS; 1999, p. 240.

⁸³PIRES; 2010, pp. 91-92.

No tocante, o autor Inocêncio Galvão Teles, por sua vez, afirma que:

O cariz nuclearmente limitado é suscitado pela emergência do pacto fiduciário, no qual se encontra plasmado o programa obrigacional que modela a relação entre as partes e que lhe inculca um caráter fiduciário. A imagem sugestiva deste negócio assenta no fato de que, por um lado se transfere, positivamente, o direito, mas por outro se procura, negativamente, sujeitar a sua utilização a um limite⁸⁴.

Compreende-se que, conforme aduz a autora Gabriela Figueiredo Dias, o direito pleno se dá, apesar de a função de garantia do crédito der de âmbito do direito de propriedade do fiduciário, este é um direito limitado para tal função de garantia⁸⁵. A autora Gabriela Figueiredo Dias acredita que a restrição ao direito, o qual consiste na sua limitação a um fim garantístico, assume um caráter meramente obrigacional⁸⁶.

Nesse contexto, a limitação estabelecida pelo pacto fiduciário incide sobre os poderes ilimitados que se encontrariam ao desfrute do proprietário do bem, o *ius fruendi*, *ius utendi* e *ius abutendi*.

Por seu turno, o doutrinador Diogo Macedo Graça explica que devedor “adquire um direito (obrigacional) à restituição da coisa, que se condicionará ao cumprimento da obrigação garantida subjacente”⁸⁷. Pode ainda ser aposta uma condição resolutiva ao negócio, por meio da qual, por efeito do cumprimento, o fiduciante readquirirá, *ipso iure*, a propriedade. “A estipulação da condição permitirá, assim, conferir maior proteção ao fiduciante”⁸⁸.

Em sentido contrário, José Alberto González considera não ser possível apor ao negócio uma condição resolutiva, quando afirma que:

Não podemos, no entanto, concordar com este entendimento. Nada impede, à luz do direito vigente, a aposição desta cláusula

⁸⁴TELES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. 4ª edição, Coimbra Editora. 1982, p. 176.

⁸⁵DIAS, Gabriela Figueiredo. **A reserva de propriedade**. In Comemorações dos 35anos do Código Civil, e dos 25 Anos da Reforma de 1977, vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora. 2007, p. 444.

⁸⁶DIAS; 2007, p. 444.

⁸⁷GRAÇA, Diogo Macedo. **Os Contratos de Garantia Financeira**. Almedina. 2010, p. 85.

⁸⁸BOTTINI, Paolo; LAVAZZARI, Gabrio. **Analisi del negozio fiduciário in Svizzera**. In Autonomia privata e affidamenti fiduciari, coord. por Angelo Barba e Duccio Zanchi, G. Giappichelli Editore. 2012, p. 243.

acessória a um negócio de alienação, pelo que não se compreende o motivo de ser defensável que tal não possa suceder neste contrato⁸⁹.

Nesse sentido, o autor Inocêncio Galvão Teles completa que “a par dos contratos obrigacionais puros e dos contratos reais puros existem outros [...] que participam das características das duas modalidades”⁹⁰.

Nesse entendimento, parece-nos que precisamente a alienação fiduciária em garantia configura um desses contratos. E, na falta de empreendimento de se ter, como efeito imediato, a transmissão da propriedade do bem, de igual modo esta transmissão impõe uma obrigação ao fiduciário: uma utilização concreta da mesma.

Enzo Rop explica sobre a particularidade deste negócio, o qual consiste, segundo o autor, “no fato de os efeitos reais e os efeitos obrigacionais produzidos terem [...] um mesmo objeto: a coisa que constitui objeto da transferência”⁹¹.

Esse negócio se trata de um desempenho de uma função de crédito e garantia, o qual poderá ter um caráter mais ou menos fiduciário consoante o risco que se encontrar inerente ao contrato celebrado. Dessa forma, o caráter fiduciário será tanto maior quanto menores forem os poderes atribuídos ao fiduciante, relativamente ao uso, fruição e possibilidade de recuperação do bem por ele alienado⁹².

As dificuldades inerentes à conceptualização são demasiadas e já conhecidas na realidade jurídica, mas ainda assim, julga-se de relevo tentar extrair um conceito de alienação fiduciária em garantia que espelhe os seus elementos caracterizadores.

Corroborando nesse contexto, leciona-se conforme Menezes Leitão, ator este que entende que a:

⁸⁹GONZÁLEZ, José Alberto. **Alienação em garantia e negócios afins: delimitação de fronteiras**. In Lição para provas de agregação, Lusíada, Lisboa, n.º 10, 2012, p. 63.

⁹⁰TELES; 1982, p. 64.

⁹¹ROPPO, Enzo. **O contrato**. Almedina, Coimbra. 2004, p. 217.

⁹²ROPPO; 2004, p. 218.

[...] alienação fiduciária em garantia consiste na situação que se verifica quando o devedor ou um terceiro procede à alienação de homem para o credor, para garantia de cumprimento de uma obrigação, vinculando-se o credor a apenas utilizar esse bem para obter a realização do seu crédito, devendo o mesmo ser restituído ao alienante em caso de cumprimento da obrigação que serve de garantia⁹³.

Assim, os autores Luís Pestana de Vasconcelos e Luís Miguel Pestana Vasconcelos, concordam que este negócio assenta na “transmissão plena de um direito a um sujeito, que este está obrigado a exercer de determinada forma, posteriormente, verificando-se determinadas circunstâncias, a retransmitir”⁹⁴.

Em concordância com os autores acima referenciados, a autora Catarina Pires aduz que:

[...] é o negócio nos termos do qual um sujeito (prestador da garantia) transmite a outro (beneficiário da garantia) a titularidade de um bem ou de um direito, com a finalidade de garantia de um crédito, ficando o beneficiário da garantia obrigado, uma vez extinta esta finalidade, a retransmitir-lhe aquela mesma titularidade⁹⁵.

Realizando uma consideração final desse tópico, usam-se as palavras dos autores Luís Pestana de Vasconcelos e Luís Miguel Pestana Vasconcelos para aduzir na temática:

Da análise das várias construções jurídicas, elencadas supra, poder-se-á definir alienação fiduciária em garantia como o negócio atípico, por oposição aos contratos típicos, na medida em que não dispõe de uma disciplina legal que o regule, por meio do qual o devedor transmite um bem ou um direito a um seu credor, em garantia do cumprimento de uma obrigação que contraiu perante este, ficando a sua utilização limitada a um fim garantístico e cujo adimplemento origina a obrigação de restituí-lo ou, ainda, a sua retransmissão *ipso iure*. Para tanto, o fiduciário reserva os poderes plenos atribuídos pela propriedade para a hipótese de consolidação da plena *potestas* na sua esfera jurídica no caso de incumprimento pelo fiduciante⁹⁶.

⁹³LEITÃO, Menezes. **Garantias das Obrigações**. Almedina, Coimbra. 2012, pp. 233-234.

⁹⁴VASCONCELOS, Luís Pestana de; VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana. **A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência**. Em Particular da posição do Cessionário na Insolvência do Cedente. Coimbra Editora. 2007, p. 511.

⁹⁵PIRES; 2010, p. 99.

⁹⁶VASCONCELOS, VASCONCELOS; 1995, pp. 207-210.

2- ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO BRASIL:

No Brasil, a alienação fiduciária era inicialmente restrita aos bens móveis, e logrou ingresso na legislação com a promulgação da Lei nº 4.728/65⁹⁷, conhecida como uma lei especial de disciplina do mercado de capitais, modificada pelo Decreto-Lei nº 911/69⁹⁸.

Para uma análise da alienação fiduciária em garantia, cabe destacar as características da alienação fiduciária, disposta no *caput* do artigo 66º, do Decreto-Lei nº 911/69, cujo artigo fora revogado pela Lei nº 10.931/04⁹⁹, o qual possui em sua redação uma importante contribuição didática para o entendimento do instituto da alienação fiduciária em garantia:

Art. 66º. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas (sic) as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal¹⁰⁰.

O professor Sílvio de Salvo Venosa tinha como conceito para o instituto da Alienação Fiduciária o seguinte entendimento:

Em sentido lato, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou que lhe seja pedida a restituição¹⁰¹.

⁹⁷ BRASIL; 1965. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 4.728**, de 14 de julho de 1965. **Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.**

⁹⁸ BRASIL; 1969. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências.

⁹⁹ BRASIL. 2004. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.

¹⁰⁰ BRASIL. 1969, artigo 66º.

¹⁰¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 5ªed., São Paulo: Atlas. Vol. 04.2005, p. 417.

Posteriormente, a fim de fomentar o acesso ao crédito para aquisição de imóveis, foi previsto na Lei nº 9.514/1997¹⁰² que, além de criar o Sistema de Financiamento Imobiliário, disciplinou o regime jurídico da alienação fiduciária de bens imóveis.

Partindo do pressuposto epistemológico da palavra *fidúcia*, do latim *fidúcia*, *fidere*, ter o significado de confiança, afirma-se, então, que o elemento confiança está presente na relação, pois o devedor fiduciante transfere um bem de seu patrimônio ao credor fiduciário, em confiança, contudo, o credor deposita confiança no devedor fiduciante, que permanece com a posse direta da coisa dada em garantia.

Na opinião do professor Paulo Nader, não há justificativa que atribua aquele elemento subjetivo da confiança, pois a modalidade contratual revela mecanismos de proteção tanto ao fiduciante quanto ao fiduciário. Assim, o jurista aduz que:

Daí assistir razão a Fabrício Zamproga Matiello ao afirmar que “o negócio que dá nascedouro à propriedade fiduciária estriba-se em um arcabouço jurídico em que não há lugar para a confiança em sua verdadeira acepção como elemento necessário”. (grifo do próprio autor)¹⁰³.

Entretanto, este vocábulo de confiança faz existência de algum modo, pois, tanto ao credor quanto ao devedor, lhe são imputados direitos e obrigações. Qualquer contrato requer, como critério básico, que se tenha confiança, já que seu conceito entrelaça-se com o de consentimento, que seria a declaração mútua de vontade entre as partes. É certo, entretanto, que, “uma vez inadimplida a operação, por exemplo, as medidas para a retomada do bem pelo credor são por demais céleres e desburocratizadas, se comparadas às formas de garantia real, como hipoteca, penhor a anticrese”¹⁰⁴. A finalidade esperada nesse tipo de negócio é a intenção dos contraentes, a qual seria o pagamento das prestações, em realizar a

¹⁰² BRASIL; 1997. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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.

¹⁰³NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, Vol. 04.2006, p. 328.

¹⁰⁴NADER, 2006, p. 329.

quitação da obrigação ao credor e a consequente aquisição da propriedade do bem pelo devedor, sendo necessário que se tenha confiança entre as partes.

Conceituando ainda a alienação fiduciária, o vigente Código Civil, nos artigos 1.361º, 1.368º-A, §1º, Art. 1.368º-B, §2º, em seu parágrafo único §3º, dispõe sobre fiduciária, *in ver bis*:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

Art. 1.368-A. 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. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

§1º - Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

Art. 1.368-B. A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014).

§2º - Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

Parágrafo único. O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014).

§3º - A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária¹⁰⁵.

Elucidando entendimento com o autor Eduardo Salomão Neto, este simplifica o tema e apresenta inovação trazida pelo novo Código Civil da seguinte forma:

¹⁰⁵ BRASIL. 2002, artigos 1.361º, 1.368º-A, §1º, Art. 1.368º-B, §2º, em seu parágrafo único §3º.

A alienação fiduciária em garantia nada mais é do que forma de constituição da propriedade fiduciária. Dito isto, a propriedade fiduciária é inovação do Código Civil de 2002, que basicamente estende o regime da alienação fiduciária de coisas móveis infungíveis a qualquer pessoa física e jurídica. Isto devido à abrangência do Código Civil, que não é lei limitada ao mercado financeiro e de capitais, como é a Lei nº 4.728/65, onde originalmente se inseriu o dispositivo da alienação fiduciária ¹⁰⁶.

Tendo em vista as peculiaridades inerentes à estrutura dos negócios fiduciários, acima dispostas na legislação, o autor Melhim Namem Chalhuh esclarece que “a previsão da fidúcia legal surge justamente da fragilidade” ¹⁰⁷, e são os riscos inerentes a estes tipos de negócios, isto é, “a construção de figuras de natureza fiduciária e sua tipificação legal, ou seja, a fidúcia legal reveste-se de especial interesse e atende a uma exigência de ordem pública, com vistas à estabilidade das relações jurídicas” ¹⁰⁸. Nesse sentido, segundo o autor Otto de Souza Lima:

Em virtude desta transferência plena do bem ou direito para o patrimônio do fiduciário, operada pela estrutura do negócio fiduciário, o fiduciante (que somente possui um vínculo obrigacional com o fiduciário) corre o risco de ser prejudicado por eventuais credores do fiduciário, que poderão se satisfazer através da penhora sobre os bens transferidos ou sofrer as consequências advindas da insolvência do fiduciário, uma vez que os bens transferidos passam a integrar a massa do devedor ¹⁰⁹.

Continuando com o referido autor, este ressalta que, “coerentemente, dão ao fiduciante, na falência do fiduciário, apenas os direitos obrigacionais decorrentes do *pactum fiduciae*, que constituem simples créditos quirografários, sem qualquer eficácia real” ¹¹⁰.

Por meio deste negócio, caso haja o adimplemento da obrigação assumida, a propriedade do bem dado em garantia, se retornará para o fiduciante ¹¹¹. Todavia, em caso de inadimplemento, a propriedade do bem oferecido em garantia se

¹⁰⁶SALOMÃO, Eduardo Neto. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas. 2005, p. 471.

¹⁰⁷CHALHUB; 2009, p. 199.

¹⁰⁸CHALHUB; 2009, p. 79.

¹⁰⁹LIMA; 1962, p. 146.

¹¹⁰LIMA; 1962, p. 146.

¹¹¹ARAÚJO, José Henrique Mota. **Títulos executivos**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 1.801.

consolidará em favor do fiduciário, mediante um procedimento extrajudicial célere.

Em princípio, este instituto trata-se de um “contrato acessório”, que possui o intuito de garantia, geralmente do mútuo. Trata-se também de “contrato oneroso”, pois onera ambas as partes, que possuem obrigações próprias. Além disso, é um “contrato formal”, haja vista que a legislação estabelece como deve ser realizado, é e típico, pois é previsto em lei. Pode-se dizer, ainda, que se trata de “contrato bilateral”, pela presença de duas partes, quais sejam o credor fiduciário e o devedor fiduciário¹¹².

No Brasil, a alienação fiduciária em garantia pode ser pactuada por qualquer tipo de pessoa, seja ela física ou jurídica. Logo, não se trata de contrato privativo das entidades bancárias ou afins, apesar de sua utilização ser, na grande maioria, realizada por estas. A lei estabelece os requisitos mínimos do contrato de alienação fiduciária, ou seja, o que ele deve conter para ser válido¹¹³.

É necessário que o contrato contenha o valor total do débito, ou então sua estimativa, qual será o prazo para o pagamento, se houver estipulação de juros, este deve estar mencionado no contrato, bem como a exata e completa descrição do bem que será objeto de transferência, para sua identificação¹¹⁴.

Além desses requisitos, deverá ainda o contrato prever a constituição da propriedade fiduciária, a cláusula que garanta ao fiduciante a livre e utilização do bem objeto da alienação, enquanto adimplente com o débito. Faz-se necessário, ainda, que o contrato de alienação fiduciária contenha o valor do imóvel, para fins de alienação em leilão público, se consolidada a propriedade em favor do credor¹¹⁵.

¹¹²ARAÚJO; 2015, p. 1.801.

¹¹³MARTINS, Renan Buhnemann; ROSSI, João Paulo Micheletto. A alienação fiduciária de imóvel em garantia de operações financeiras – os riscos à luz do artigo 27, § 5º, da lei 9.514/97. Publicado em 17 de maio de 2017, *in site*.

¹¹⁴CHALHUB, Melhim Namem. **Direitos Reais**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2014, p. 156.

¹¹⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014, p. 151.

Importante mencionar, conforme se depreende dos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, que, neste negócio jurídico, ocorre o desdobramento da posse, onde a posse direta, ou seja, a apreensão material do bem fica com o devedor fiduciante, que poderá usar e gozar do bem, e a posse indireta fica com o credor fiduciário. Como ambas as partes do contrato possuem posse, eles podem utilizar-se das ações possessórias, com o intuito de proteger a posse da ameaça de terceiros¹¹⁶.

Por outro lado, como o devedor fiduciante possui a posse direta, ele pode utilizar-se das ações possessórias, inclusive em face do credor fiduciário, caso este a ameace de alguma forma. Todavia, ao não pagar o débito, a posse direta exercida pelo devedor deixará de ser justa e, com a consolidação da propriedade, o credor terá a faculdade de buscar a reintegração de posse¹¹⁷.

A lei brasileira prevê que a forma natural de extinção do contrato de alienação fiduciária se dará com o pagamento do débito. Ocorrendo o pagamento, o credor, em 30 dias, deverá fornecer quitação ao devedor, sob pena de arcar com uma multa de 0,5% do valor do contrato ao mês. Se ocorrer o inadimplemento do contrato, o devedor deverá ser constituído em mora, através do cartório de Registro de Imóveis¹¹⁸.

O Cartório de Registro de Imóveis expedirá intimação para que o devedor efetue o pagamento do débito em quinze dias, contudo, caso seja pago o débito, o contrato continuará. Porém, se decorrido o prazo de quinze dias e não se pagou o débito, a propriedade será consolidada em valor do credor fiduciário, com o pagamento do imposto de transmissão¹¹⁹.

Neste caso, apesar da transferência do bem ao credor, necessário que este realize a venda pública do bem, por meio de leilões, sejam públicos ou privados. No primeiro leilão o bem será vendido pelo valor estabelecido no contrato. Não

¹¹⁶PEREIRA; 2014, p. 187.

¹¹⁷VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 13ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 173.

¹¹⁸VENOSA; 2013, p. 173.

¹¹⁹RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Propriedade Fiduciária Imóvel**. São Paulo: Ed. Malheiros. 2009, p. 46.

ocorrendo a venda por este valor, se faz necessário realizar, dentro do prazo de quinze dias, um segundo leilão, oportunidade que o bem será alienado pelo valor mínimo do débito em aberto. Assim, ocorrendo a arrematação do bem pelo valor acima do débito, o remanescente deverá ser destinado ao devedor. Entretanto, se, após o segundo leilão, o bem não for arrematado, o credor poderá dispor livremente deste, tornando proprietário pleno, tornando-se extinta a obrigação¹²⁰.

Com relação a este procedimento extrajudicial de consolidação da propriedade, existe uma grande controvérsia doutrinária acerca da infringência a vedação ao pacto comissório. Todavia, não há a automática transferência do bem para o credor, uma vez que primeiro necessário intimar o devedor para purgação da mora, e depois realizar dois leilões para venda do bem. Apenas na não arrematação do bem nos dois leilões é que a propriedade deste será plena ao credor. Não há infringência ao pacto comissório, haja vista que, neste, há a vedação da transferência automática do bem ao credor, caso o débito não seja pago¹²¹.

O pacto comissório é vedado na grande maioria das codificações. No Brasil existe sua vedação no artigo 1428º do Código Civil¹²², no direito italiano tal vedação encontra-se presente em seu o artigo 2.744 do Código Civil¹²³ e no direito português no artigo 694º, o qual dispõe: “Artigo 694º - Pacto comissório. É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir”¹²⁴.

¹²⁰RESTIFFE NETO, RESTIFFE; 2009, p. 47

¹²¹CHALHUB; 2009, p. 222

¹²² BRASIL. 2002. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Institui o Código Civil**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

¹²³ ITÁLIA. The Cardozo Electronic Law Bulletin. Back to The Cardozo Electronic Law Bulletin Homepage. **Costituzione Della Repubblica Trattati Comunitari Katalex. Il Codice Civile Italiano**. R.D. 16 marzo 1942, nº 262. Approvazione del testo del Codice Civile. (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, nº 79 del 04 aprile 1942).

¹²⁴ PORTUGAL. Código Civil Português. (Atualizado até a Lei nº 59/99, de 30/06). **Decreto Lei nº 47.344**, de 25 de Novembro de 1966.

É imprescindível observar que a alienação fiduciária não deve ser confundida com o penhor, pois este exige a tradição da coisa para sua configuração. Mas também não pode ser confundida com a hipoteca, na qual existe apenas o direito de preferência ao credor. Conforme ressalta José Carlos Moreira Alves, que não se trata de um direito real sobre coisa móvel alheia, como a hipoteca, o penhor, a anticrese. José Carlos Moreira Alves ainda justificou a não inclusão do instituto entre os direitos reais limitados, pois se trata, em sua opinião, de modalidade de domínio limitado. Ocorre, portanto, uma divergente perante a doutrina sobre a natureza jurídica do instituto da alienação fiduciária¹²⁵.

Alguns autores, como Caio Mário da Silva Pereira, acreditam que a propriedade fiduciária constitui um direito real de garantia, havendo dualidade em conformidade com outros doutrinadores, como o autor Paulo Nader, que remete o exemplo de José Carlos Moreira Alves¹²⁶, que a identifica como um direito real típico, pois afirma que “trata-se de propriedade limitada cujas restrições- inclusive resolubilidade- lhe são impostas pela lei, para atender ao escopo de garantia”¹²⁷.

Ainda com o auto Paulo Nader “a natureza jurídica do instituto da alienação fiduciária corresponde à compra e venda feita sob condição resolutiva”¹²⁸.

Faz-se em importância destacar que a opinião do professor José Carlos Moreira Alves, influenciou a elaboração do Código Civil de 2002, já que este que não dispôs a propriedade fiduciária entre os direitos reais de garantia, preferindo, então, abrir-lhe um capítulo com próprio no título dedicado à propriedade. Neste sentido, o jurista e filósofo Miguel Reale faz um importante relato:

De grande alcance prático é o instituto da propriedade fiduciária, disciplinado consoante proposta feita pelo Prof. José Carlos Moreira Alves, que acolheu sugestões recebidas do Banco Central do Brasil e analisou cuidadosamente ponderações feitas por entidades de classe¹²⁹.

¹²⁵ CHALHUB; 2009, p. 115.

¹²⁶ NADER; 2006, p. 329.

¹²⁷ NADER; 2006, p. 329.

¹²⁸ NADER; 2006, p. 329.

¹²⁹ REALE, Miguel. **O projeto do Novo Código Civil**. 2º ed., São Paulo: Editora Saraiva. 1999, p. 85.

Também existe uma diferença entre a alienação fiduciária e a propriedade fiduciária, haja vista que a primeira é o negócio jurídico entabulado entre as partes, com objetivo de garantia, e a segunda é o direito real que nasce com o registro desse contrato no Registro Geral de Imóveis competente¹³⁰.

2.1 Fiduciária no direito brasileiro:

Após o descobrimento do Brasil pelos lusíadas em 1500, passou a vigorar em Portugal as Ordenações Afonsinas, de 1446, que, em 1521, foram substituídas pelas Manuelinas, e, em 1603, pelas Filipinas. Estas últimas traziam, no Título IV do Livro IV, regras sobre o instituto da venda a retro¹³¹.

Observa-se assim que, tanto no direito brasileiro quanto no direito português, havia regras para venda a retro, também conhecida como pacto de retrovenda ou retrovenda, a qual era exposta como um característico ato fiduciário¹³². Nesse sentido, o autor Otto de Souza Lima afirmava ser a venda a retro conhecida por venda fiduciária¹³³.

Pela venda a retro, havia a transmissão da propriedade ao comprador, que fazia seus todos os frutos e rendas até que lhe fosse restituído o preço pelo vendedor, o qual tinha o direito de reaver a coisa. Assim, constituía a venda a retro uma condição resolutiva expressa da compra e venda¹³⁴.

Dessa forma, conforme assiná-la Otto de Souza Lima:

[...] torna-se evidente que a venda a retro e a fidúcia são institutos distintos, tendo em vista que esta importa na transmissão plena e ilimitada da propriedade ao fiduciário, enquanto aquela é uma modalidade de compra e venda, que se caracteriza por exarada

¹³⁰PEREIRA; 2014, p. 156.

¹³¹FILIPINAS, Ordenações. **Ordenações Filipinas nº 43 de 04/04/1451**. BC - Brasil Colônia. Portal de Legislação. Livro IV - Ordenações Filipinas - Título - XLIII - Das Sesmarias.

¹³²LIMA; 1962, p. 120.

¹³³LIMA; 1962, p. 120.

¹³⁴LIMA; 1962, p. 121.

condição resolutiva implementada pela restituição do preço pelo vendedor ao comprador¹³⁵.

Ressalta-se que as Ordenações vedavam o uso da retro venda com a finalidade de garantia de um débito, de acordo com o previsto nos §§ 1º e 2º do Livro IV, Título IV, das Ordenações Filipinas¹³⁶. Tal aplicação do instituto era tida como um expediente artificioso para a prática das denominadas ‘*usuras paliadas*’.

Entende-se, desse modo, que no direito brasileiro primário, além de não existir instituto semelhante à fidúcia romana, também era vedado, legalmente, a venda a retro de forma simulada para fins de garantia de um empréstimo.

Observa o autor José Carlos Moreira Alves que:

[...] não raras vezes, é querida pelas partes, na declaração de uma vontade negocial, a obtenção daquelas consequências jurídicas às quais a forma exterior se dirige, mas no pressuposto de que aquele para quem, dessa maneira, é criado um determinado poder jurídico, aproveitará de sua posição para certo fim, e não para todas as finalidades facultadas por ela ¹³⁷.

Para o autor italiano Francesco Ferrara, citado pelo autor José Carlos Moreira Alves, sobre os negócios fiduciários:

[...] os contratantes querem o negócio com todas as suas consequências jurídicas, ainda que se sirvam dele para uma finalidade econômica diversa. Assim, por exemplo, a transmissão da propriedade para fins de garantia, a cessão de crédito tendo em vista o mandato, o endosso total para fins de recebimento. O negócio fiduciário, como querido realmente, produz todos os efeitos ordinários, ainda que entre si os contratantes assumam a obrigação pessoal de usar dos efeitos obtidos unicamente para o fim entre eles estabelecido. Assim, pois, o vendedor ou cedente transmite o seu direito de propriedade ou de crédito ao comprador ou cessionário, e fica ao arbítrio ou fé – fidúcia – deste – donde a denominação do negócio fiduciário – o servir-se do direito adquirido unicamente para o fim

¹³⁵LIMA; 1962, p. 121.

¹³⁶FILIPINAS; §§ 1º e 2º do Livro IV, Título IV.

¹³⁷ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed., atual. e a um, Rio de Janeiro: Forense. 1987, p. 25.

convencionado. Se o fiduciário abusa de sua posição jurídica e aliena, a disposição é válida, mas fica obrigado à indenização¹³⁸.

O jurista, reconhecido dentre os seus, Tullio Ascarelli, disserta sobre o negócio indireto, e afirma que:

[...] o característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, ele, a uma transmissão da propriedade, mas de ser, o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde que aquele fim seja preenchido. Ao passo que os efeitos de direito real, isoladamente considerados e decorrentes do negócio adotado, vão além das intenções das partes, as ulteriores convenções obrigacionais visam justamente restabelecer o equilíbrio; é assim possível o uso da transferência da propriedade para finalidades indiretas (ou seja, para fins de garantia, de mandato, de depósito). Mas os efeitos de direito real do negócio, são, eles também, queridos e seriamente queridos pelas partes, que, na falta deles, nem poderiam alcançar o fim último visado; a realização deste não contraria, mas pressupõe a do fim típico do negócio adotado. Assim, num caso típico de negócio fiduciário, a transferência da propriedade para fins de garantia, a transmissão de propriedade é efetivamente desejada pelas partes, não porém para o fim de troca, mas para um fim de garantia¹³⁹.

Assim sendo, a Lei n.º 9.514/97 regulamentou a alienação fiduciária de coisa imóvel, dispondo acerca do tema no artigo 17º, incisos II e IV, bem como nos dispositivos 22º a 33º, e trouxe em seus artigos os bens que podem ser objeto de alienação fiduciária. Tais elementos essenciais devem estar introduzidos no contrato, bem como as consequências nos casos de adimplemento e inadimplemento das obrigações, conforme sua redação:

Art. 17º - As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por:

I - hipoteca;

II - cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis;

III - caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis;

IV - alienação fiduciária de coisa imóvel.

¹³⁸ALVES; 1987, pp. 25-26.

¹³⁹ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo:Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica. 1945, p. 106.

§ 1º As garantias a que se referem os incisos II, III e IV deste artigo constituem direito real sobre os respectivos objetos.

§ 2º Aplicam-se à caução dos direitos creditórios a que se refere o inciso III deste artigo as disposições dos arts. 789 a 795 do Código Civil .

§ 3º As operações do SFI que envolvam locação poderão ser garantidas suplementarmente por anticrese¹⁴⁰.

E na redação do dispositivo nos artigos 22º a 33º da Lei n.º 9.514/97:

CAPÍTULO II: Da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel

Art. 22º - 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.

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI.

§ 1º - A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001).

§ 2º - A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001).

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário. (Redação dada pela Lei nº 11.076, de 2004.)

§ 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: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.481, de 2007).

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

¹⁴⁰ BRASIL. 1997, artigo 17º, incisos II e IV, §§ 1º ao 3º.

II - o direito de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

IV - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

IV - a propriedade superficiária; ou (Redação dada pela Medida Provisória nº 700, de 2015).

IV - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

V - os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas, e respectiva cessão e promessa de cessão. (Incluído pela Medida Provisória nº 700, de 2015).

§ 2º - Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

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

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

Art. 24º O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterà:

I - o valor do principal da dívida;

II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;

III - a taxa de juros e os encargos incidentes;

IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;

V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;

VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;

VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Parágrafo único. Caso o valor do imóvel convencionado pelas partes nos termos do inciso VI do caput deste artigo seja inferior ao utilizado pelo órgão competente como base de cálculo para a apuração do imposto sobre transmissão inter vivos, exigível por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, este último será o valor mínimo para efeito de venda do imóvel no primeiro leilão. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

Art. 25º 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.

§ 3º - Nas hipóteses em que a quitação da dívida decorrer da portabilidade do financiamento para outra instituição financeira, não será emitido o termo de quitação de que trata este artigo, cabendo, quanto à alienação fiduciária, a mera averbação da sua transferência. (Incluído pela Lei nº 12.703, de 2012) (Revogado pela Lei nº 12.810, de 2013).

Art. 26º - Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§ 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 3º-A. - Quando, por duas vezes, o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei no 13.105,

de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

§ 3º-B. Nos condomínios edilícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de que trata o § 3º-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em outro local, incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

§ 4º - Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicado durante 03 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º, sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá, à vista da prova do pagamento, pelo fiduciário, do imposto de transmissão inter vivos, o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário.

§ 7º- Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento, pelo fiduciário, do imposto de transmissão inter-vivos e, se for o caso, do laudêmio. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001).

§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).

§ 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os

procedimentos previstos no art. 27º. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

Art. 26º-A. Os procedimentos de cobrança, purgação de mora e consolidação da propriedade fiduciária relativos às operações de financiamento habitacional, inclusive as operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), sujeitam-se às normas especiais estabelecidas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

§ 1º- A consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora de que trata o § 1º do art. 26 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

§ 2º- Até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27, hipótese em que convalescerá o contrato de alienação fiduciária. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

Art. 27º - Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.

§ 1º-Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017).

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 2º-A. - Para os fins do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

§ 2º-B. - Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários

e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516º do Código Civil.

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

§ 7º- Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001).

§ 7º - Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

§ 8º- Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001).

§ 8º- Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que

recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

§ 9º - O disposto no § 2º-B deste artigo aplica-se à consolidação da propriedade fiduciária de imóveis do FAR, na forma prevista na Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

Art. 28º - 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. 29º - 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. 30º - É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 27º, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26º, a consolidação da propriedade em seu nome.

Parágrafo único. Nas operações de financiamento imobiliário, inclusive nas operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), uma vez averbada a consolidação da propriedade fiduciária, as ações judiciais que tenham por objeto controvérsias sobre as estipulações contratuais ou os requisitos procedimentais de cobrança e leilão, excetuada a exigência de notificação do devedor fiduciante, serão resolvidas em perdas e danos e não obstarão a reintegração de posse de que trata este artigo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

Art. 31º - O fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária.

Parágrafo único. Nos casos de transferência de financiamento para outra instituição financeira, o pagamento da dívida à instituição credora original poderá ser feito, a favor do mutuário, pela nova instituição credora. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013).

Art. 32º - Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente.

Art. 33º - Aplicam-se à propriedade fiduciária, no que couber, as disposições dos arts. 647º e 648º do Código Civil¹⁴¹.

¹⁴¹ BRASIL. 1997, artigos 22º a 33º.

Lecionando sobre a temática, o autor César Fiuza menciona que "o art. 17º, II, da Lei 9.514/97 instituiu a cessão fiduciária de direitos de crédito decorrentes da alienação de imóveis"¹⁴².

A inspiração desta Lei n.º 9.514/97, segundo o doutrinador Ubirayr Ferreira Vaz, tinha um grande desejo, que era de reconquistar o investidor, acrescentar garantias imobiliárias, as quais tinham por escopo promover o ressarcimento do crédito, senão vejamos:

O principal objetivo da Lei 9.514 é reconquistar o investidor; com esse propósito, acrescentou às garantias imobiliárias já existentes em nosso ordenamento jurídico novas modalidades de garantia, que permitam um mais rápido e eficaz ressarcimento do crédito, sem os riscos decorrentes da eventual existência de privilégios para outros créditos¹⁴³.

Além do mais, não se deve olvidar o Código Civil Brasileiro, disposto na Lei n.º 10.406/02, também trouxe em seu bojo, notadamente em seus artigos 1.361º a 1.368º-B, a figura da propriedade fiduciária, cujo conceito encontra-se instituído no caput do artigo 1.361º, o qual assevera que "Considera-se alienação fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com o escopo de garantia, transfere ao credor"¹⁴⁴.

Esse ato contínuo se deu com o advento da Lei n.º 10.931/04, na qual foram trazidas diversas alterações referentes no Decreto-Lei n.º 911/69, mormente no artigo 3.º parágrafo 6.º, o qual passou a dispor acerca da “busca e apreensão” de forma mais incisiva, eis que trouxe em seu bojo previsão de “multa equivalente a 50%” (cinquenta por cento) do valor originariamente financiado, nos casos em que se verificar a alienação do bem.

Art. 3º - O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada à mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.

¹⁴²FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 665.

¹⁴³FERREIRA, Fabiano Lopes. **Consórcio e direito: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey. 1998, p. 13.

¹⁴⁴ BRASIL; 2002, artigos 1.361º a 1.368º-B.

[...] 6º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado¹⁴⁵.

Corroborando nesse sentido, o autor Silvio de Salvo Venosa assevera conforme seu entendimento que:

De fato, a Lei nº 4. 728/65, estruturadora do mercado de capitais, criou o instituto, que ganhou contornos materiais e processuais definitivos com o Decreto-lei nº 911/69, que alterou a redação do art. 66º da referida lei e em seus nove artigos disciplinou a garantia fiduciária cuja experiência demonstrou ser muito útil no mundo negocial. O instituto sofreu nova configuração por força da Lei nº 10.931/2004, a qual teve por finalidade maior criar o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias¹⁴⁶.

Faz-se aqui importante mencionar a Lei n.º 13.097/15¹⁴⁷, fruto das Medidas Provisórias n.º 651¹⁴⁸, de 90 de julho de 2014 e Medidas Provisórias n.º 656¹⁴⁹, de 07 de outubro de 2014, a qual elencou uma série de mudanças ao instituto da alienação fiduciária de bens imóveis, dispondo sobre novos institutos como, por exemplo, o registro de direito real de garantia sobre imóveis rurais localizados em faixa de fronteira.

Segundo os autores Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, não se trata apenas de uma transferência da propriedade inerente às garantias fiduciárias, pois “esta transferência não decorre de fim econômico”, no entanto, continuando com os autores, “[...] o propósito real confere ao credor fiduciário uma titularidade

¹⁴⁵ BRASIL. 2004, artigos 3º e 6º.

¹⁴⁶ VENOSA; 2013, pp. 405-406.

¹⁴⁷ BRASIL. 2015. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015.

¹⁴⁸ BRASIL; 2014. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Medida Provisória nº 651, de 09 de julho de 2014. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sob a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros; sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros; sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias; prorroga o prazo de que trata a Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011; e dá outras providências.

¹⁴⁹ BRASIL; 2014a. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Medida provisória nº 656, de 07 de outubro de 2014. Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP, da COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep - Importação e da Cofins-Importação incidentes sobre a receita de vendas e na importação de partes utilizadas em aerogeradores, prorroga benefícios, altera o art. 46 da Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012, que dispõe sobre a devolução ao exterior ou a destruição de mercadoria estrangeira cuja importação não seja autorizada, e dá outras providências.

dominial que assegure o recebimento do seu crédito e, por outro lado, o devedor nutre a expectativa de reaver o bem dado em garantia àquela operação”¹⁵⁰. Nesse sentido, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe afirmam que esse conflito das partes confirma a diferença entre propriedade resolúvel e propriedade fiduciária, no sentido de que:

[...] a resolução da propriedade (resolúvel) se dá por vontade das partes (que preveem o implemento de determinada condição ou fixação de certo prazo), enquanto naquela (propriedade fiduciária) a resolução só ocorre nos termos previstos pela lei. E ainda, na propriedade resolúvel, o proprietário possui todas as faculdades atribuídas à propriedade plena, que se encontra limitadas tão sós pela condição resolutiva. Já na propriedade fiduciária, enquanto perdurar a obrigação principal de que é acessória a garantia, o fiduciário não possui todas as faculdades inerentes à propriedade, inclusive não podendo se apropriar do bem no caso de inadimplemento da obrigação, uma vez que está obrigado a proceder a venda da coisa para satisfação do seu crédito. Conforme explicitado, o negócio fiduciário surgiu em razão da necessidade de garantias mais eficazes, sendo que a intenção de preencher as lacunas do ordenamento jurídico e dos institutos já existentes e fortalecer as garantias disponíveis ao credor até então deveria prevalecer no tempo e a interpretação da legislação deveria permanecer constante, a fim de atender a demanda da economia e dos credores¹⁵¹.

O autor Sílvio de Salvo Venosa ressalta, ainda, sobre a existência de outra característica da propriedade fiduciária, a qual distingue “as tradicionais garantias reais (penhor e hipoteca)”¹⁵², que, por força do art. 591º do Código de Processo Civil Brasileiro, a qual prevê a afetação patrimonial do bem alienado em garantia, uma vez que, em regra, tal bem não responde pelos débitos não relacionados à contratação, nem se sujeitam aos efeitos da decretação de falência ou declaração de insolvência do fiduciante ou do fiduciário¹⁵³.

É o previsto pela Lei nº 13.105/15, intitulada de Código de Processo Civil, ao dispor sobre a alienação fiduciária em garantia, na “hipótese de falência ou insolvência do fiduciante, pode o proprietário fiduciário requerer a restituição do

¹⁵⁰ RESTIFFE NETO, RESTIFFE; 2009, p. 05.

¹⁵¹ BORSOI, MARTA. **A Alienação Fiduciária em Garantia no Direito Brasileiro**. Estudos do Instituto do Conhecimento AB n.º 3. Ed. Almedina. 2015, *in site*.

¹⁵² VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. **Direito Civil: Direitos Reais**, 6.ª ed., vol. 05, Atlas, São Paulo. 2006, p. 511.

¹⁵³ BRASIL; 2015a. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

bem alienado fiduciariamente, para com o produto da venda do mesmo satisfazer o crédito garantido”¹⁵⁴. Um avanço no ordenamento jurídico, haja vista que, ante a ela, a antiga Lei de Falências era omissa quanto à imunidade do credor fiduciário perante os riscos patrimoniais do devedor, ficando a cargo das jurisprudências firmadas ao longo dos tempos nortear, e ainda norteiam, os posicionamentos a serem executados quanto à não sujeição de tal perante o concurso de credores.

2.2. Características do contrato de alienação fiduciária

A doutrina não determina quem serão os contratantes, mas sabe-se que os sujeitos do contrato de alienação fiduciária são o fiduciante, que é o indivíduo devedor; e o fiduciário, aquele que será o credor, de acordo com os ensinamentos do autor Sebastião José Roque¹⁵⁵. Como dito, o Código Civil não faz qualquer restrição em relação às pessoas que podem contratá-la, conforme disposto na da Lei nº 9.514/97, em seu artigo 22º, § 1º, o qual estabelece que “a alienação fiduciária pode ser contratada por qualquer pessoa, de modo que não se restringe ao Sistema Financeiro Imobiliário”¹⁵⁶. Entende-se, portanto, que, para contratar a alienação fiduciária, basta que estejam presentes os requisitos ordinários de qualquer negócio jurídico, a teor do artigo 104º do Código Civil, lê-se:

LIVRO III - Dos Fatos Jurídicos.

TÍTULO I - Do Negócio Jurídico –

CAPÍTULO I. Disposições Gerais:

Art. 104º - A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

¹⁵⁴ BRASIL. 2005. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.101**, de 09 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.**

¹⁵⁵ ROQUE, Sebastião José. **Da alienação fiduciária em garantia**. 1ª ed. São Paulo: Ícone. 2010, p. p. 99-100.

¹⁵⁶ BRASIL. 1997, artigo 22º, § 1º.

III - forma prescrita ou não defesa em lei¹⁵⁷.

Como se lê, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode contratar a alienação fiduciária, da mesma forma que a alienação fiduciária pode garantir qualquer tipo de débito, ante a inexistência de restrição no Código Civil, e também pela redação do artigo 51º da Lei nº 10.931/04:

Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, no 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, [...]

Art. 51º - Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel ¹⁵⁸.

São diversos os autores que doutrinam na assertiva de que a alienação fiduciária seja bilateral, como o autor Melhim Namem Chalhub, o qual afirma que:

O contrato de alienação fiduciária cria obrigações para o credor e o devedor; é, portanto, bilateral. Ambas as partes obtêm direitos e obrigações deste contrato, donde se depreende sua onerosidade, bem como a comutatividade – as obrigações são similares. É também negócio jurídico formal, exigindo formalidades para sua regular constituição, como o competente registro ¹⁵⁹.

O cumprimento do contrato principal inadimplido se dá pela via comum da tutela jurisdicional executiva, conforme a previsão do artigo 5º do Decreto-lei nº 911/69, que tratou dos bens móveis. Quando há alienação fiduciária de bens imóveis, há discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de execução direta do contrato principal, conforme se lê em sua redação:

Art. 5º - Se o credor preferir recorrer à ação executiva, direta ou a convertida na forma do art. 4º, ou, se for o caso ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos

¹⁵⁷ BRASIL. 2002, artigo 104º, incisos I, II, e III.

¹⁵⁸ BRASIL. 2004, artigo 51º.

¹⁵⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário**. Biblioteca Unisul 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 173.

bastem para assegurar a execução. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014).

Parágrafo único. Não se aplica à alienação fiduciária o disposto nos incisos VI e VIII do Art. 649º do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974) ¹⁶⁰.

Em um exemplo de julgado, cita-se a ementa de julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2017, que assegura a execução do contrato principal:

Agravo de instrumento – Exceção de pré-executividade – Bens alienados fiduciariamente em garantia – Inexistência de comando legal que obrigue o credor fiduciário à satisfação de seu crédito somente pela via expropriatória extrajudicial – Faculdade de o credor optar previamente pelo procedimento que lhe parecer mais adequado na busca da satisfação do crédito que lhe assiste, isto é, não somente deverá ficar adstrito àquele previsto pela Lei 9.514/97, mas também, em lugar, o procedimento de execução extrajudicial do Código de Processo Civil – Decisão mantida – Recurso não provido ¹⁶¹.

A lei ainda garante as definições e maneiras de agir, como no caso o da consolidação da propriedade de bens imóveis, a qual é toda realizada perante o registro de imóveis competente. Nos casos dos bens móveis, faz-se necessária a busca e apreensão judicial do bem, ou a ação de depósito ¹⁶².

No artigo 1.365º do Código Civil se institui ao contrato de alienação fiduciária a vedação no pacto comissório: “Art. 1.365º - É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”¹⁶³. Desse modo, verifica-se a obrigatoriedade da venda do bem.

E ainda assim, há exceções à regra, como as previstas a seguir.

¹⁶⁰BRASIL. 1969, artigo 5º.

¹⁶¹SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 2205048-63.2016.8.26.0000**. Relator: Heraldo de Oliveira. São Paulo, 07 de março de 2017, *in site*.

¹⁶² BRASIL, 1997; 2002.

¹⁶³ BRASIL. 2002, artigo 1.365º.

Lei nº 10.406/02 do Código Civil, artigo 1.365º: “Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta”¹⁶⁴.

Lei nº 9.514/1997, do artigo 26º, §8º: “Artigo 26º [...] § 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensado os procedimentos previstos no art. 27º”¹⁶⁵.

Faz-se necessária a distinção entre termos. Ao se mencionar sobre a alienação fiduciária, deve-se entender como um contrato cujos efeitos não se limitam ao âmbito do direito das obrigações. Nesse sentido, o autor Fábio Ulhoa Coelho aduz que “não se pode confundir a alienação fiduciária em garantia com a propriedade fiduciária: são institutos diferentes”¹⁶⁶. Logo, o direito das obrigações rege o contrato de alienação fiduciária, e o direito das coisas estuda a propriedade fiduciária, é espécie de direito real em garantia.

Para Afrânio Carlos Camargo Dantzer, ao se referir à garantia do credor, afirma que esta:

[...] não reside no contrato de alienação fiduciária, e sim na propriedade fiduciária que dele decorre. A propriedade fiduciária, enquanto direito real, tem oponibilidade *erga omnes*. Para que a propriedade fiduciária seja constituída, e oponível a terceiros, é indispensável que as formalidades legais sejam atendidas, com o efetivo registro do contrato de alienação fiduciária no cartório competente¹⁶⁷.

No Código Civil, em seu artigo 1.361º, § 1º dispõe neste sentido:

Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro¹⁶⁸.

¹⁶⁴ BRASIL. 2002, artigo 1.365º.

¹⁶⁵ BRASIL. 1997, artigo 26º, § 8º.

¹⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Direito das coisas**. Direito autoral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 242.

¹⁶⁷ DANTZER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3ª ed. São Paulo: Método. 2010, p. 42.

¹⁶⁸ BRASIL; 2002 artigo 1.361º, § 1º.

A Lei nº 9.514/97, em seu artigo 23º, segue a mesma disposição do Código Civil ao tratar da constituição da propriedade fiduciária sobre bens imóveis. A lei determina que haja o registro do contrato perante o cartório de imóveis competente¹⁶⁹. Por estas razões, é relevante entender a propriedade fiduciária, bem como suas características e efeitos perante terceiros.

¹⁶⁹BRASIL; 1997; artigo 23º.

3- ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA EM PORTUGAL:

O direito não está parado no tempo, mas transforma-se conforme as novas configurações da sociedade. Para compreender a integração da alienação fiduciária no direito português torna-se preciso estabelecer a premissa de mutabilidade do ordenamento jurídico, da influência dos fatores exógenos, como a tecnologia, a cultura, a economia no bojo da ciência legal.

Entende-se que as novas demandas sociais, as transformações nas relações entre particulares suscitaram novas formas de estabelecer garantias entre as partes de uma relação obrigacional. A alienação fiduciária, como se mostrará no decorrer dos capítulos, é fruto da natureza dinâmica do direito, no qual os negócios e atos jurídicos se originam das interações entre a autonomia da vontade no escopo dos campos sociais.

A alienação fiduciária é o resultado da dinamização de atos e negócios jurídicos no âmbito do Direito das Obrigações, a estrutura desse instituto jurídico está pautada sob os princípios da autonomia da vontade e da liberdade privada – dois elementos que, preliminarmente, serão analisados nesse capítulo.

Na teoria do direito, identifica-se a concepção positivista de Hans Kelsen¹⁷⁰ para o qual o direito é uma teoria pura, na disposição da ciência jurídica, não cabendo a interferência de outros campos do conhecimento. Não obstante, é possível partir de uma perspectiva crítica, no qual se identifica o direito não como uma área isolada, mas como uma ciência que sofre a influências dos fatores reais de dinamização social.

¹⁷⁰KELSEN, Hans. **Teoria Pura del Derecho**. Buenos Aires: Eleudeba, 2009.

Assim, já dispunha Ferdinand Lassale¹⁷¹ quando tratava da natureza das Constituições, ao entender que a Carta Magna expressava “os fatores reais” de poder dentro da sociedade.

Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem um país. Mas, que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição; com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. Não desconheceis também o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os desta maneira em fatores jurídicos.¹⁷²

Nesse trecho, se observa o entendimento de que fatores sociais se transformam em fatores jurídicos. A ciência jurídica, pelo que se infere, não é estática, mas se altera conforme o tempo e o lugar. Nesse mesmo sentido, têm-se as contribuições do jurista clássico Konrad Hesse¹⁷³, em crítica ao positivismo estrito de Kelsen. O direito não está pautado apenas pela letra da lei, mas é a confluência de valores, princípios, regras e costumes.

Hesse¹⁷⁴ entende que, na disposição do direito, há espaço para a integração de valores, princípios e outros campos de conhecimento. O direito depende de uma correspondência com as circunstâncias históricas e concretas da comunidade político-social que tutela.

Diante dessa premissa, torna-se preciso elucidar o contexto de transformações sociais que influenciaram o direito nos últimos anos. Os acontecimentos econômicos que impulsionaram a seara contratual e o escopo das

¹⁷¹LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933.

¹⁷²LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933, p. 20.

¹⁷³HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁷⁴HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

relações obrigacionais; assim como as transformações tecnológicas que exigem a consolidação de novos institutos jurídicos para a tutela de negócios pautados na liberdade e autonomia da vontade.

Os negócios jurídicos, ao qual se incluía contração de obrigações, se desenvolvem a partir da autonomia da vontade e da consolidação da segurança jurídica em uma comunidade social. Não obstante, a comunidade jurídica não está excluída de interações exógenas ao direito que influenciam o modo como as normas são codificadas.

Esse quadro se desenha de tal forma que, na mensuração da influência social sobre o direito, a doutrina pátria elenca, entre outros interesses, a análise da influência e organização dos atores sociais na disposição normativa, o desfasamento entre legislação, discurso jurídico e realidade social¹⁷⁵.

Pela premissa de confluência do direito com os elementos sociais que demandam alterações normativas no sistema jurídico, elencam-se os avanços tecnológicos, a expansão do consumo – no qual se tem o fenômeno de consumo de massa – e do mercado de crédito, o direito à moradia como direito social disposto constitucionalmente pelo art. 65 da Constituição Portuguesa, a globalização (que alcança a economia, a cultura e o meio jurídico).

Importa pontuar que o ressurgimento de institutos contratuais, formas de garantia e dinamização das relações obrigacionais tem como contexto essa confluência de fenômenos que contribuem para o fortalecimento da comunidade jurídico-social.

A globalização é um ponto importante na compreensão do ressurgimento de institutos jurídicos, formas de garantia e dinâmicas obrigacionais, pois explica a intercomunicação entre sistemas jurídicos, a confluência do saber jurídico de um

¹⁷⁵BRACO, Patricia; CASALEIRO, Paula; PEDROSO, João. **Sociologia do direito made in Portugal: o contributo do CES no panorama nacional**. e-cadernos CES 29, 2018.

país a outro e as múltiplas possibilidades na regulação dos negócios entre sujeitos de direito. Para explicar o fenómeno da globalização, destaca-se:

[...] trata-se de um processo à escala mundial, ou seja, transversal ao conjunto dos Estados-Nação que compõem o mundo; - uma dimensão essencial da globalização é a crescente interligação e interdependência entre Estados, organizações e indivíduos do mundo inteiro, não só na esfera das relações económicas, mas também ao nível da interação social e política. Ou seja, acontecimentos, decisões e atividades em determinada região do mundo têm significado e consequências em regiões muito distintas do globo. - uma característica da Globalização é a desterritorialização, ou seja, as relações entre os homens e entre instituições, sejam elas de natureza económica, política ou cultural, tendem a desvincular-se das contingências do espaço; - os desenvolvimentos tecnológicos que facilitam a comunicação entre pessoas e entre instituições e que facilitam a circulação de pessoas, bens e serviços, constituem um importante centro nevrálgico da Globalização.¹⁷⁶

Identifica-se o processo de modernização da sociedade a partir do século XX, com a expansão tecnológica, a inovação na indústria, a internacionalização da economia, principalmente com o estabelecimento da União Europeia; de modo geral, observa-se o impacto da sociedade da informação na edificação da comunicação entre instituições e indivíduos e destes entre si, no qual há a formulação de negócios jurídicos que se expandem a partir dessa dinâmica de rede¹⁷⁷.

Importa esclarecer que as redes de comunicação e estabelecimento de negócios sempre existiram na sociedade, o que se altera, nesse novo marco temporal, são as características que definem esse novo contato em rede – ao qual se observa inovação e elevada inclusão tecnológica. Tem-se o desenvolvimento socioeconómico e cultural da população cujo núcleo é a sociedade da informação.

¹⁷⁶CAMPOS, Luís; CANAVEZES, Sara. **Introdução à globalização**. Instituto Bento Jesus Caraça, 2007, p. 10.

¹⁷⁷LISBOA, Manuel. **Inovação em contextos organizacionais, a modernização da indústria portuguesa**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 61, 2001.

Incidem variáveis sociais, econômicas e culturais que definem a geografia da sociedade da informação¹⁷⁸.

Estabelece-se, também, o cenário do ciberespaço. Trata-se do circuito de dinâmicas virtuais, no qual a liberdade e a visibilidade são pautadas como vínculo das relações sociais e negociais. Identifica-se a minoração da privacidade em troca da consolidação de contextos expansíveis, com a abertura de informações, dados e negócios. Ocorre a confluência entre público e o privado, com o desfazimento dos rígidos limites que separam esses campos; consolida-se uma aldeia global movida pelo compartilhamento de valores, costumes, finalidade, gostos, interesses etc.¹⁷⁹.

A tecnologia e a globalização também coadunam com o processo de desenvolvimento econômico, que, por sua vez, tem impacto direto nas formulações de negócios jurídicos – com relevância àqueles atos realizados no escopo do mercado imobiliário.

O desenvolvimento econômico, nessa via, coaduna com o desenvolvimento tecnológico, a partir de novas ferramentas, processo e materiais que impulsionam a interação humana e a disposição prática de novas ideias nos diversos nichos da vontade humana. Tem-se a união da produção, distribuição e consumo de bens e serviços a partir do paradigma tecnológico, e, com isso, impulsiona-se o desenvolvimento econômico¹⁸⁰.

Observa-se um processo contínuo de crescimento das sociedades, no qual as suas práticas negociais apresentam complexidade, agrupando variáveis dos mais diversos campos. Figura-se a denominada globalização produtiva com a

¹⁷⁸FERREIRA, Jorge Ricardo da Costa. **A geografia da sociedade da informação em Portugal**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2004.

¹⁷⁹AMARAL, Inês. **Ciberespaço: a reinvenção do conceito de comunidade**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007.

¹⁸⁰DEL CLARO, Fernanda. **O avanço tecnológico no mundo econômico**. Vitrine da Conjuntura, Curitiba, v.2, n.8, outubro 2009.

disposição de novos produtos e novos negócios, demandando, assim, o acompanhamento da ciência jurídica a esses acontecimentos.

A esse respeito, coloca-se:

Nos últimos tempos, uma característica marcante da economia mundial tem sido a crescente integração econômica entre os países sob diversos aspectos: comercial, produtivo e financeiro. Esse processo é conhecido como globalização (Vasconcellos, 2001). Pode dizer-se que se trata de um processo que vem ocorrendo com o grande desenvolvimento tecnológico, a partir do final do Século XIX, mas que se acelerou muito a partir das últimas décadas, com o desenvolvimento da informática e dos mecanismos financeiros internacionais. Nesse sentido, é interessante separar a chamada globalização produtiva da globalização financeira (Vasconcellos, 2001). Entende-se por globalização produtiva a produção e distribuição de bens e serviços dentro de redes na escala mundial. A redução de barreiras no comércio internacional, o extraordinário crescimento das tecnologias da informação (telecomunicações e microeletrônica) e a difusão de novas tecnologias, criaram novos produtos e novas oportunidades de negócios.¹⁸¹

Em vista do contexto econômico exposto nesse capítulo, importa ressaltar o entendimento abaixo no qual se reitera a tese expressa nesse estudo de que a alienação fiduciária, enquanto meio de garantia na relação obrigacional, é fruto – na sua utilização atual –, das alterações nas dinâmicas privadas de comércio e contração de obrigações.

Aponta-se:

O exponencial desenvolvimento social, tecnológico, intelectual e a célere propagação da informação exigem que os agentes econômicos criem novos mecanismos suscetíveis de facilitar a celebração de toda uma panóplia de negócios, de promover a circulação do crédito e de assegurar a recuperação do investimento. Desta forma, o negócio fiduciário permite, inter alia, a transferência da propriedade de um bem ou da titularidade de um direito para assegurar o cumprimento das obrigações, instrumento que constitui uma garantia que se revela fundamental para a eficaz recuperação do crédito.¹⁸²

¹⁸¹MAIA, Redento. **Crescimento e desenvolvimento econômico global sustentado**. Revista de GESTÃO dos Países de Língua Portuguesa. RGPLP vol.15 no.1 Lisboa mar. 2016, p. 75.

¹⁸²GUEDES, João Manuel Lima. **A (in)compatibilidade da alienação fiduciária em garantia com a proibição do pacto comissório**. Faculdade de Direito. Escola do Porto, 2017, p. 10.

Esse é o contexto de variáveis que influenciam a ciência jurídica na disposição das normas. O desenvolvimento das relações obrigacionais segue as demandas econômicas, culturais e tecnológicas que se descortinam nas comunidades, e, como se verá na próxima seção, atos e negócios jurídicos pautam-se pela autonomia da vontade e pela liberdade privada – base das relações jurídicas obrigacionais.

A estrutura jurídico-social está pautada pelo exercício da liberdade dos sujeitos de direito, dotados de autonomia, que podem atuar no contexto social em que vivem, exercendo direitos e contraindo obrigações. Os negócios jurídicos ocorrem por meio do exercício da vontade e da autonomia privada das pessoas; e constituem em exteriorizações da vontade privada, dinamizadas no quadro do direito, cujos resultados repercutem na esfera legal e social.

Aponta-se que o conceito de negócio jurídico se desenvolve a partir do século XX – ainda que se realizem estudos esporádicos sobre o tema na Alemanha do século XIX. A própria noção de negócio jurídico é fruto do contexto da época em que se têm ocorrências econômicas, sociais e políticas que centram o liberalismo como modo de organização das comunidades, atribuindo à autonomia da vontade um papel de destaque. Destaca-se a capacidade da vontade privada de produzir efeitos jurídicos, atribuindo a esse elemento uma posição de relevância nas análises da ciência jurídica¹⁸³.

A disposição dos negócios jurídicos influencia o surgimento de novas modalidades de garantias, como é o caso da alienação fiduciária, não obstante, em essas novas configurações não se eximem de seguir as bases do Direito das Obrigações, como os princípios de direito que fundamentam as relações jurídicas.

Na flexibilização dos procedimentos para a realização dos objetivos dos sujeitos da relação jurídica, prevalecem os princípios da boa-fé, enquanto cláusula geral dos contratos e fonte de direitos e obrigações; permite-se a dinamização da

¹⁸³VELOSO, Zeno. **Fato jurídico – Ato jurídico – Negócio jurídico**. Brasília, n 32 n 125, jan/mar 1995.

autonomia da vontade assentada nos princípios da cooperação, da lealdade e da probidade em todos os atos jurídicos¹⁸⁴.

Nesse viés, devem-se destacar alguns princípios que baseiam as relações obrigacionais, tais como os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica.

Ainda que as relações obrigacionais estejam dispostas no quadro do direito privado, não ocorre sem a fundamentação dos princípios gerais do direito. Ao contrário, é o arcabouço civil-constitucional que dinamiza o desenvolvimento das relações contratuais. A segurança jurídica e a legalidade relacionam-se com a autonomia da vontade, e, pode-se inferir, os contributos da proporcionalidade e a razoabilidade permitem, no escopo das relações privadas, sopesar objetivos, demandas e interesses em todas as fases da relação obrigacional.

Concebe-se que o princípio da boa-fé se relaciona com o princípio da confiança, princípio este basilar à relação jurídica que se efetua na realização de negócio entre sujeitos de direito. Funda-se a expectativa do cumprimento do acordado no negócio, no decurso do contrato até a sua finalização, para que ambas as partes sigam o objetivo acordado, o motivo que fez com que as vontades privadas se conformassem em um negócio¹⁸⁵.

Aqui, importa destacar a relação do objeto de estudo dessa investigação com o escopo da boa-fé e da autonomia da vontade conforme as contribuições da doutrina pátria, em que se assevera que *“a fidúcia desempenha no ordenamento jurídico uma função de novos tipos contratuais, constitui o expoente máximo da autonomia privada e integra-se fundamentalmente em termos de equidade e de boa fé”*¹⁸⁶.

¹⁸⁴ROCHA, António Manuel da; CORDEIRO, Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

¹⁸⁵MARTINS, Raphael Manhães. **O princípio da confiança legítima e o Enunciado n 362 da IV Jornada de Direito Civil**. Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 40, p. 11-19, jan./mar. 2008.

¹⁸⁶VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos Atípicos**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 129-130.

Assim, assentam-se os princípios que baseiam as relações obrigacionais, inclusive o escopo das garantias. A alienação fiduciária, enquanto instituto integrado à doutrina e a jurisprudência, pauta-se, também, por tais princípios e, desse modo, não contraria o ordenamento jurídico português, mas reforça a tutela do direito sobre os atos e negócios jurídicos que se dinamizam no mundo social.

A garantia obrigacional figura no ordenamento jurídico justo para evitar o descumprimento do estabelecido pelo acordo de vontades entre os sujeitos de direito. Assim é que a alienação fiduciária se estabelece como forma de garantia com a finalidade de evitar o inadimplemento da obrigação. Por obrigação entende-se o nexo que figura entre credor e devedor ao qual se tem os elementos subjetivo (sujeitos de direito), objetivo (prestação obrigacional) e o vínculo jurídico¹⁸⁷.

A alienação fiduciária adéqua-se ao ordenamento no escopo do Direito das Obrigações, que, por sua vez, tem o conceito de “obrigação” exposto no art. 397 do Código Civil, em que se assevera:

ARTIGO 397º (Noção) Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação. ARTIGO 398º (Conteúdo da prestação) 1. As partes podem fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação. 2. A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal.

Pela disposição do histórico do instituto da alienação fiduciária, percebe-se que tal instituto encontra utilização desde os primórdios da ciência jurídica. Enquanto medida de garantia recepcionada em vários ordenamentos, importa aduzir que tal instituto não se encontra normatizado no ordenamento português.

Nesse viés, o presente capítulo trata de explicitar a possibilidade da transformação normativa do instituto no sistema português pelas contribuições da doutrina e da jurisprudência pátria.

¹⁸⁷CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português, IV, Direito das Obrigações, Cumprimento e Não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, Garantias**, Almedina, 2010.

Acerca da admissibilidade da alienação fiduciária no ordenamento jurídico português, esta pode ser expressa nas seguintes contribuições, esclarecidas à luz da integração da autonomia da vontade, da boa-fé, do princípio da confiança no escopo das relações obrigacionais, como se aponta abaixo:

Hodiernamente, o problema da admissibilidade do negócio fiduciário encontra-se resolvido. É o que preconizam Oliveira Ascensão, Castro Mendes, Vaz Serra, Carvalho Fernandes e Pessoa Jorge. Para CASTRO MENDES, o fundamento da admissibilidade encontra-se nos art.s 405º e 1306º, nº 1 do CC, ou seja, no princípio da autonomia privada e na admissibilidade de limitações obrigacionais ao direito de propriedade. A causa fiduciae corresponde a interesses legítimos do autor do negócio. Esta opinião aproxima-se daquela sustentada por VAZ SERRA. Com efeito, para este autor, basta saber se a causa do negócio fiduciário é justa, ou seja, se é suficiente para justificar a transmissão da propriedade. Assim, “uma vez admitido que as partes podem fazer os contratos que bem lhes parecem, desde que o fim seja merecedor de tutela jurídica (...) não se afigura haver, em princípio, obstáculo decisivo a que elas recorram a negócios fiduciários cujo fim não seja ilícito ou não seja merecedor, por outro motivo, de tutela do direito.” Desde que com o negócio fiduciário se pretenda atingir um fim lícito não parece haver motivo para o afastar.¹⁸⁸

A alienação fiduciária é admitida em qualquer obrigação, como forma validade de garantia na relação entre os sujeitos de direito. Destaca-se que, a garantia fiduciária, inclusive, está dinamizada enquanto um tipo contratual empregado no mercado de comercialização de imóveis, e por isso, alinha-se com os contratos de compra e venda, de construção e de financiamento. Concebe-se que a alienação fiduciária é um negócio jurídico de transmissão condicionada, no qual pode ocorrer a incorporação imobiliária¹⁸⁹.

O campo imobiliário também está influenciado pela expansão dos centros urbanos, o aumento do poder aquisitivo dos indivíduos, o desenvolvimento económico e tecnológico de modo que direitos e obrigações são dinamizados para tutelar tais fatos sociais.

¹⁸⁸ GUEDES, João Manuel Lima. **A (in)compatibilidade da alienação fiduciária em garantia com a proibição do pacto comissório**. Faculdade de Direito. Escola do Porto, 2017, p. 18-19.

¹⁸⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Financiamento imobiliário no Brasil. Notas sobre a alienação fiduciária em garantia**. Coimbra: Coimbra Editorial, 2013.

A alienação fiduciária pode ser definida enquanto a passagem da propriedade ao fiduciário ante a determinação de um interesse pelo fiduciante; e a transmissão do bem ou do direito vincula a utilização do bem adquirido para a finalidade determinada¹⁹⁰. Tem-se, aqui, a figuração da confiança já mencionada quando da estipulação do princípio da boa-fé nas relações obrigacionais. São a confiança e a boa-fé que fundamentam o negócio fiduciário, dado as possibilidades de uso do bem em garantia.

Deve-se destacar que existe o contexto jurídico europeu enquanto berço de influências para a delimitação das normas portuguesas. O Direito Civil europeu está pautado por uma série de sistemas heterogêneos que normatiza, entre outras questões, o escopo das garantias obrigacionais e a transmissão do direito de propriedade. No cenário em que o direito interage com o fenômeno da globalização, os institutos jurídicos utilizados em determinados países também são exportados para outros, ou reavaliados em contextos jurídicos determinados.

Identifica-se, na doutrina portuguesa, a figuração de um tipo de cláusula contratual dispostas em determinados contratos translativos cujo efeito é idêntico aos do *pactum reservati domini*, qual seja, dispor a garantia do cumprimento de uma obrigação. Tem-se o instituto da alienação fiduciária em seu exemplo clássico: a venda em garantia no qual o devedor dispõe de um bem ao credor, não obstante o credor não realiza o pagamento efetivo, visto que o preço convencionado está de acordo com o valor do seu crédito¹⁹¹.

A esse quadro, têm-se algumas teorias que visam explicar essas dinâmicas obrigacionais. São elas: a teoria do efeito duplo, a teoria da propriedade formal, a teoria da titularidade fiduciária, a teoria do negócio atípico, a teoria do negócio indireto¹⁹².

¹⁹⁰ANDRADE, Margarida Costa. **Propriedade Fiduciária**. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

¹⁹¹GONÇALEZ, José Alberto Rodriguez Lorenzo. **Direitos reais**. 5º edição. Lisboa: Quid Juris, 2015.

¹⁹²GONÇALEZ, José Alberto Rodriguez Lorenzo. **Direitos reais**. 5º edição. Lisboa: Quid Juris, 2015.

A teoria do efeito duplo apresenta a ideia de que, no contexto acima enunciado, ocorre a celebração de dois negócios jurídicos: o da transmissão da propriedade eficaz *erga omnes*, e o da obrigação entre as partes. Já na teoria da propriedade formal, tem-se a disposição da titularidade do fiduciário e da propriedade material, que fica a cargo do fiduciante – aqui se coloca a titularidade do fiduciário como indicativo protecional de terceiros, conforme a boa-fé¹⁹³.

Na teoria da titularidade fiduciária, funda-se a titularidade aparente do credor, em que um negócio jurídico simulado – a compra e venda – concorre com um dissimulado, qual seja, a constituição da garantia. No escopo do negócio atípico, se dá a venda fiduciária com o propósito atípico, no qual pode ocorrer a resolução da extinção do crédito. Por sua vez, a teoria do negócio indireto defende que o negócio fiduciário resulta da disposição de cláusulas específicas em um negócio legalmente típico, que, por essa inserção, modificaria a função característica do contrato¹⁹⁴.

Entende-se que, na alienação fiduciária, ocorre a disposição de um negócio típico, conforme as disposições doutrinárias portuguesas, no qual se estabelece a compra e venda, para, por meio desse negócio típico impor uma finalidade atípica. Nesse sentido é que se conceitua a alienação fiduciária como um negócio legalmente atípico, já que pode figurar no escopo contratual de qualquer outro tipo negocial, com a particularidade de distinguir-se da função típico do tal negócio jurídico¹⁹⁵.

Importa destacar que a alienação se diferencia do penhor, já que o beneficiário da garantia não detém a posse direta do bem. O credor, sobretudo, possui o direito exclusivo de execução do crédito, sem concurso de credores. Por

¹⁹³GONÇALEZ, José Alberto Rodriguez Lorenzo. **Direitos reais**. 5ª edição. Lisboa: Quid Juris, 2015.

¹⁹⁴GONÇALEZ, José Alberto Rodriguez Lorenzo. **Direitos reais**. 5ª edição. Lisboa: Quid Juris, 2015.

¹⁹⁵GONÇALEZ, José Alberto Rodriguez Lorenzo. **Direitos reais**. 5ª edição. Lisboa: Quid Juris, 2015.

essa aproximação, percebe-se que a possibilidade de construir um regime jurídico autônomo para a garantia fiduciária no sistema português¹⁹⁶.

Pega-se, por exemplo, o caso francês, que por muitos anos resistiu à normatização da alienação em garantia, com a negação das estruturas fiduciárias; tinha-se a preocupação com os princípios de *numerus clausus* das garantias reais e da publicidade das garantias. O risco estava em evitar efetivamente a privação do devedor da disposição do bem. Não obstante esse quadro no direito francês, em 1980 tem-se uma abertura do sistema jurídico para a consagração desse instituto¹⁹⁷.

O desenvolvimento econômico e o desenrolar das relações contratuais no final do século XX colocam a necessidade de reabertura da ciência jurídica para a mensuração de novos institutos, integrados à sistemática civil, abarcados pela segurança jurídica, e não apenas dispostos na doutrina e na jurisprudência do ordenamento.

Nesse mesmo sentido, torna-se possível aduzir a abertura do ordenamento jurídico português, no qual se tem a alienação fiduciária enquanto instituto fortalecido pela jurisprudência e pela doutrina, com um longo histórico de aplicações, e que urge na celebração dos negócios jurídicos atuais – instituto este adequado aos princípios basilares das relações obrigacionais.

A alienação fiduciária assume-se, no ordenamento jurídico português, como discussão doutrinária, pois, durante muito tempo, foram diversas as vozes que se insurrecionaram contra a regularidade deste negócio. Segundo ressaltam os autores Luís Pestana de Vasconcelos e Luís Miguel Pestana Vasconcelos:

[...] o recurso a estes negócios fiduciários era, até recentemente, pouco comum na prática comercial, não porque se não lhes reconhecessem vantagens [...] mas devido às sombras de ilicitude que pairavam sobre esta categoria negocial¹⁹⁸.

¹⁹⁶PIRES, Catarina Monteiro. **Alienação em garantia**. Coimbra: Almedina, 2010.

¹⁹⁷PIRES, Catarina Monteiro. **Alienação em garantia**. Coimbra: Almedina, 2010.

¹⁹⁸VASCONCELOS, VASCONCELOS; 2007, pp. 511-512.

Muito ainda se discute sobre a possibilidade de aplicação ou não do instituto da alienação fiduciária no direito português, já que, até os tempos atuais, tal instituto não se encontra amplamente descrito no ordenamento jurídico, bem como não possui a amplitude contida no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo um negócio jurídico mais conhecido às práticas bancárias e financeiras, a alienação fiduciária ganhou corpo no direito luso com a edição do Decreto-Lei n.º 105/04, transportado da Directiva 2002/47/CE, publicada em 06 de junho do mesmo ano¹⁹⁹. O fundamento da aplicação deste instituto se baseou na criação de diversas teorias, tais quais: a teoria do efeito duplo, teoria do negócio indireto; teoria do negócio atípico subordinado à condição, teoria da titularidade fiduciária e teoria da propriedade formal na titularidade do fiduciário²⁰⁰.

A doutrinadora Elza Maria Alves Canuto, na busca de analisar a legislação portuguesa, objetivando identificar traços da alienação fiduciária em garantia, e pôde concluir que não há dispositivos no Código Civil Português que se refiram à alienação fiduciária em garantia, mas tão somente a respeito da “venda a retro”²⁰¹, mencionado no Código Civil Português, em seu artigo 927º, o qual dispõe que:

Art. 927º - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem²⁰².

Conforme os ensinamentos da autora Elza Maria Alves Canuto, ainda, o Decreto-Lei n.º 105/04, expressa na Directiva n.º 2002/47/CE²⁰³, conhecida como

¹⁹⁹ PORTUGAL. Regime jurídico dos contratos de garantia financeira. **Decreto Lei n.º 105/2004. Diário da República n.º 108/2004, Série I-A de 2004-05-08.** Diploma: Aprova o regime jurídico dos contratos de garantia financeira e transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 06 de Junho, relativa aos acordos de garantia financeira.

²⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentário Conimbricense do Código Penal.** Coimbra, Portugal: Coimbra. 2014, p. 135.

²⁰¹ CANUTO, Elza Maria Alves. **Alienação Fiduciária de Bem Móvel.** Responsabilidade do Avalista. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, pp. 94-95.

²⁰² PORTUGAL. 2002. **Código Civil.** Lei n.º 10406/02, de 10 de janeiro de 2002.

²⁰³ PORTUGAL. 2004. Regime jurídico dos contratos de garantia financeira. **Decreto Lei n.º 105/2004. Diário da República n.º 108/2004, Série I-A de 2004-05-08.** Diploma: Aprova o regime jurídico dos contratos de garantia financeira e transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 06 de Junho, relativa aos acordos de garantia financeira.

Directiva dos Colaterais, do Parlamento Europeu e do Conselho, com efeito, a respeito da transposição da Directiva n. 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativamente aos acordos de garantia financeira e a respeito da possibilidade da contratação da alienação fiduciária em garantia²⁰⁴. Nesse sentido, as autoras Nádia Maria França Quinzeiro e Virgínia Maria Rosa Praseres de Miranda concordam que tal estudo é enriquecedor:

Como o estudo aprofundado das mesmas, embora enriquecedor, foge à hipótese tratada neste artigo, o qual se aterá comentários sobre a teoria mais aceita no ordenamento luso, qual seja a teoria do efeito duplo. Segundo ela, consideram-se realizados dois negócios: transmissão de propriedade com efeito *erga omnes* e o *pactum fiduciae*, que consiste na obrigação *inter partes*. Dessa forma, um contrato é celebrado para produzir efeitos normais entre as partes e perante terceiros. No entanto, tem-se uma cláusula entre o devedor/alienante e o credor/adquirente pela qual este assume a obrigação de retransferir para aquele o direito obtido através do negócio realizado assim que for satisfeito o crédito²⁰⁵.

No Código Civil Português, o direito de propriedade está previsto em seu artigo 1305º, o qual dispõe que:

ARTIGO 1305º (Conteúdo do direito de propriedade)

O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.²⁰⁶

Nesse contexto, foi com a positivação desse novo direito na legislação portuguesa que houve um aumento dos direitos reais de garantia previstos no artigo 1306º do Código Civil português, o qual dispõe que:

ARTIGO 1306º («Numerus clausus»)

1. Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional.

2. O quinhão e o *compáscuo* constituídos até à entrada em vigor deste código ficam sujeitos à legislação anterior²⁰⁷.

²⁰⁴CANUTO;2003, p. 95.

²⁰⁵ QUINZEIRO, Nádia Maria França; MIRANDA, Virgínia Maria Rosa Praseres de. **O Instituto da Alienação Fiduciária nos Ordenamentos Jurídicos Brasileiro e Português**. 2018, *in site*.

²⁰⁶ PORTUGAL. 1966, artigo 1305º.

²⁰⁷ PORTUGAL. 1966, artigo 1306º.

E o seguinte, sendo o art. 1.307º, o qual dispõe que:

ARTIGO 1307º (Propriedade resolúvel e temporária)

1. O direito de propriedade pode constituir-se sob condição.
2. A propriedade temporária só é admitida nos casos especialmente previstos na lei.
3. À propriedade sob condição é aplicável o disposto nos artigos 272º a 277º²⁰⁸.

Assim, entende-se que, por mais que em Portugal a alienação fiduciária em garantia não seja disciplinada pela legislação, a Directiva dos Colaterais destinada aos acordos de garantia financeira traz para Portugal a Alienação Fiduciária em Garantia.

Neste decreto-lei é disciplinado tanto o penhor financeiro como a Alienação Fiduciária em Garantia, nas quais um bem é afetado como preferencial ao pagamento de uma dívida. No denominado penhor financeiro, surge um direito, que dá ao credor a preferência no pagamento do débito, na quantia equivalente a alguma coisa móvel ou créditos ou outros direitos, desde que não suscetível de hipoteca²⁰⁹.

A Alienação Fiduciária, apesar de ter também como principal objetivo a garantia de algum débito, nesta “há a transferência da coisa ou direito, que com o pagamento do débito, será devolvido ao devedor em garantia”, tendo embora um desiderato semelhante, opera a transferência da propriedade da coisa ou direito dado em garantia, “a qual deverá ser devolvida ao prestador da garantida uma vez cumprida a obrigação garantida”²¹⁰.

Conforme aduz o autor Melhim Namem Chalhuh, em Portugal denomina-se “titularização” a operação de cessão de créditos e a subsequente emissão de títulos sustentados por aqueles créditos. As legislações portuguesas, em seu contexto, disciplinam a formação de “patrimônio autônomo, afetado à satisfação dos créditos vinculados à emissão dos títulos e das despesas desse patrimônio”²¹¹,

²⁰⁸ PORTUGAL. 1966, artigo 1307º.

²⁰⁹ CHALHUB; 2017, p. 80.

²¹⁰ CHALHUB; 2017, p. 122.

²¹¹ CHALHUB; 2017, p. 84.

disciplina essa decretada primeiramente mediante o Decreto 453/99²¹², alterado e consolidado pelo Decreto-Lei nº 82/02²¹³.

Dispõe o Decreto-Lei nº 82/02, em seu artigo 61º, os direitos creditórios dos subscritores de obrigações titularizadas, conforme sua redação:

Artigo 61º

Reembolso das obrigações titularizadas.

O reembolso e a remuneração das obrigações titularizadas emitidas são garantidos apenas pelos créditos que lhes estão exclusivamente afetos, pelo produto do seu reembolso, pelos respectivos rendimentos e por outras garantias ou instrumentos de cobertura de riscos eventualmente contratados no âmbito da sua emissão, por aquelas não respondendo o restante patrimônio da sociedade de titularização de créditos emitente das obrigações titularizadas ²¹⁴.

O art. 62º consagra o “princípio da segregação”, dispondo em sua redação:

Artigo 62º

Princípio da segregação.

1 — Os créditos afetos ao reembolso de uma emissão de obrigações titularizadas, bem como o produto daquele reembolso e os respectivos rendimentos, constituem um patrimônio autônomo, não respondendo por quaisquer dívidas da sociedade de titularização de créditos até ao pagamento integral dos montantes devidos aos titulares das obrigações titularizadas que constituem aquela emissão.

2 — Os bens que em cada momento integrem o patrimônio autônomo afeto à respectiva emissão devem ser adequadamente descritos em contas segregadas da sociedade e identificados sob forma codificada nos documentos da emissão.

3 — A sociedade de titularização de créditos tem direito ao remanescente do patrimônio autônomo afeto ao pagamento de cada emissão de obrigações titularizadas, após o pagamento integral dos montantes devidos aos titulares das obrigações titularizadas que constituem aquela emissão.

4 — Na execução movida contra a sociedade de titularização de créditos, o credor apenas pode penhorar o direito ao remanescente

²¹² PORTUGAL. 1999. **Decreto Lei n.º 453/99**. Publicação: Diário da República n.º 258/1999, Série I-A de 1999-11-05. Emissor: Ministério das Finanças. Sumário: **Estabelece o regime da titularização de créditos e regula a constituição e a actividade dos fundos de titularização de créditos, das respectivas sociedades gestoras e das sociedades de titularização de créditos.**

²¹³ PORTUGAL. 2002a. **Decreto Lei n.º 82/02**. Publicação: Diário da República n.º 80/2002, Série I-A de 2002-04-05. **Altera o Decreto-Lei n.º 453/99, de 05 de Novembro, que estabelece o regime de titularização de créditos.** Emissor: Ministério das Finanças.

²¹⁴ PORTUGAL. 2002, artigo 61º.

de cada patrimônio separado se provar a insuficiência dos restantes bens da sociedade.

5 — A chave do código a que alude o nº 02 fica depositada na CMVM, a qual estabelece, por regulamento, as condições em que os titulares de obrigações titularizadas, em caso de incumprimento, podem ter acesso à mesma ²¹⁵.

Os bens, direitos e obrigações integrantes desse patrimônio devem ser contabilizados “em contas segregadas da sociedade e identificadas sob forma codificada nos documentos da emissão”²¹⁶.

Uma vez pagas integralmente essas obrigações, considera-se desafetado aquele patrimônio, revertendo o saldo remanescente ao patrimônio comum da sociedade de titularização ²¹⁷.

O credor de obrigações comuns da companhia titularizadora (não integrantes do patrimônio autônomo), “apenas pode penhorar o direito ao remanescente de cada patrimônio separado se provar a insuficiência dos restantes bens da sociedade” ²¹⁸.

Diferente da brasileira, a lei restringe seu uso, pois não é qualquer pessoa que pode figurar no contrato de garantia financeira. Só poderão contratar esses pactos entidades públicas e entidades do sector financeiro, como, por exemplo, bancos centrais, empresas de investimento, instituições de crédito, empresas de seguros, instituições financeiras, dentre outros²¹⁹. Nesse sentido a autora Beatriz Queirós Ribeiro aduz que:

Invocaram-se, pois, argumentos de diversa ordem. Disse-se, desde logo, que a causa fiduciária não seria reconhecida, de *iure constituto*, como causa de transmissão da propriedade. Afirmou-se, também, tratar-se de um negócio simulado. Referiu-se, depois, que o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais impediria a limitação da propriedade a uma função garantística. Mencionou-se, igualmente, estar em causa a violação de uma norma legal imperativa, maxime, da

²¹⁵ PORTUGAL. 2002, artigo 62º.

²¹⁶ CHALHUB; 2017, p. 84.

²¹⁷ CHALHUB; 2017, p. 84.

²¹⁸ CHALHUB; 2017, p. 84.

²¹⁹ CHALHUB; 2017, p. 84.

proibição do pacto comissório. Falou-se ainda da atribuição de uma causa ilegítima de preferência ²²⁰.

Todavia, o dispositivo Decreto-Lei n.º 105/04, veio a consagrar, por imposição comunitária, o DL n.º 105/04 ao transpor a Directiva n.º 2002/47/CE, a alienação fiduciária em garantia no âmbito dos contratos de garantia financeira, o que “configurou um notável avanço na prática bancária e financeira. Já enquanto figura geral e autónoma (excetuando-se deste âmbito) não dispõe de consagração normativa” ²²¹. O dispositivo Decreto-Lei n.º 105/04, em seu artigo 3.º, possui em sua redação:

Artigo 3.º

Sujeitos

1 - O presente diploma é aplicável aos contratos de garantia financeira cujo prestador e beneficiário pertençam a uma das seguintes categorias:

a) Entidades públicas, incluindo os organismos do sector público do Estado responsáveis pela gestão da dívida pública ou que intervenham nesse domínio e os autorizados a deter contas de clientes;

b) Banco de Portugal, outros bancos centrais, Banco Central Europeu, Fundo Monetário Internacional, Banco de Pagamentos Internacionais, bancos multilaterais de desenvolvimento nos termos referidos no Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2007 e Banco Europeu de Investimento;

c) Instituições sujeitas à supervisão prudencial, incluindo:

i) Instituições de crédito, tal como definidas no n.º 1 do artigo 2.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro;

ii) Empresas de investimento, tal como referidas no n.º 2 do artigo 293.º do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro;

iii) Instituições financeiras, tal como definidas no n.º 4 do artigo 13.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras;

iv) Empresas de seguros, tal como definidas na alínea b) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril;

²²⁰RIBEIRO, Beatriz Queirós. Da Alienação Fiduciária em Garantia Estudo para a sua positivação no ordenamento jurídico português. Faculdade de Direito. Escola do Porto. 2018, p. 21.

²²¹RIBEIRO; 2018, p. 21.

v) Organismos de investimento coletivo, tal como definidas no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro;

vi) Entidades gestoras de organismos de investimento coletivo, tal como definidas no n.º 1 do artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro;

d) Uma contraparte central, um agente de liquidação ou uma câmara de compensação, tal como definidos, respectivamente, nas alíneas ‘e’, ‘f’ e ‘g’ do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 221/2000, de 09 de Setembro, no que aos sistemas de pagamento diz respeito, e no artigo 268.º do Código dos Valores Mobiliários, incluindo instituições similares regulamentadas no âmbito da legislação nacional que operem nos mercados de futuros e opções, nos mercados de instrumentos financeiros derivados não abrangidos pela referida legislação e nos mercados de natureza monetária;

e) Uma pessoa que não seja pessoa singular, que atue na qualidade de fiduciário ou de representante por conta de uma ou mais pessoas, incluindo quaisquer detentores de obrigações ou de outras formas de títulos de dívida, ou qualquer instituição tal como definida nas alíneas a’ a ‘d’;

f) Pessoas coletivas, desde que a outra parte no contrato pertença a uma das categorias referidas nas alíneas ‘a’ a ‘d’.

2 - A capacidade para a celebração de contratos de garantia financeira é a que resulta das normas especialmente aplicáveis às entidades referidas no n.º 01²²².

Ao se remeter às obrigações que poderão ser garantidas, por meio constitucional, estas se encontram previstas no artigo 4º do Decreto-Lei nº 105/04, conforme sua redação:

Artigo 4.º

Obrigações financeiras garantidas

Para efeitos do presente diploma, entende-se por obrigações financeiras garantidas quaisquer obrigações abrangidas por um contrato de garantia financeira cuja prestação consista numa liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros²²³.

A despeito dos bens que poderão ser dados em garantia financeira, estes estão previstos no artigo 5º do Decreto-Lei nº 105/04, e são:

Artigo 5.º

Objeto das garantias financeiras

²²² PORTUGAL; 2004, artigo 3º.

²²³ PORTUGAL; 2004, artigo 4º.

1- O presente diploma é aplicável às garantias financeiras que tenham por objeto:

a) «Numerário», entendido como o saldo disponível de uma conta bancária, denominada em qualquer moeda, ou créditos similares que confirmam direito à restituição de dinheiro, tais como depósitos no mercado monetário;

b) «Instrumentos financeiros», entendidos como valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos.

c) «Créditos sobre terceiros», entendidos como tal os créditos pecuniários decorrentes de um acordo mediante o qual uma instituição de crédito concede um crédito sob a forma de empréstimo.

2 - Ficam excluídos do âmbito do presente diploma, as garantias que tenham por objeto créditos sobre terceiros em que o prestador ou o beneficiário da garantia não seja uma das entidades referidas na alínea b) do n.º 01 do artigo 3º, e o crédito seja concedido a:

a) Consumidores, nos termos da Lei nº 24/96, de 31 de Julho de 1996, alterada pela Lei nº 85/98, de 16 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei nº 67/2003, de 08 de Abril; ou

b) Microempresas ou pequenas empresas, conforme definidas na Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 06 de Maio, relativa à definição de microempresas, pequenas e médias empresas ²²⁴.

O Decreto-Lei nº 105/04 veio introduzir algumas inovações interessantes no regime do penhor de numerário e de instrumentos financeiros, em Portugal, a primeira das quais foi à consagração da possibilidade das partes num contrato de penhor financeiro acordarem, e conferir ao beneficiário a garantia de um direito disposto do bem objeto da garantia, conforme seu artigo 9º dispõe:

Artigo 9º

Direito de disposição

1 - O contrato de penhor financeiro pode conferir ao beneficiário da garantia o direito de disposição sobre o objeto desta, salvo no caso de créditos sobre terceiros.

2 - O direito de disposição confere ao beneficiário da garantia financeira os poderes de alienar ou onerar o objeto da garantia prestada, nos termos previstos no contrato, como se fosse seu proprietário.

3 - O exercício do direito de disposição depende, relativamente aos valores mobiliários escriturais, de menção no

²²⁴PORTUGAL; 2004, artigo 5º.

respectivo registro em conta e, relativamente aos valores mobiliários titulados, de menção na conta de depósito ²²⁵.

Nos termos desse direito de disposição e conforme acordado, o credor pignoratício poderá vender ou onerar (empenhar), durante a vigência da garantia, o bem objeto da garantia financeira como se fosse seu proprietário, sempre com observância das regras que tenham sido contratualmente estabelecidas.

A segunda inovação importante no regime do penhor de numerário e de instrumentos financeiros, em Portugal, introduzida pelo Decreto-lei nº 105/04, prende-se com a possibilidade que o legislador concedeu às partes de estas acordarem um pacto comissório, ou seja, as partes podem acordar que o credor pignoratício poderá fazer seu o bem dado em garantia, caso o devedor não cumpra a obrigação financeira garantida no artigo 11º. Esta possibilidade encontra-se, em termos gerais, vedada pelo Código Civil:

Artigo 11º

Execução dos acordos de penhor financeiro

1 - No penhor financeiro, o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo seu o objeto da garantia, mediante venda ou apropriação, quer compensando o seu valor, quer aplicando-o para liquidação das obrigações financeiras garantidas:

a) Se tal tiver sido convencionado pelas partes;

b) Se houver acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros e dos créditos sobre terceiros dados em garantia.

2 - O beneficiário da garantia fica obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objeto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas.

3 - O disposto na alínea 'b' do nº 1 não prejudica qualquer obrigação legal de proceder à realização ou avaliação da garantia financeira e ao cálculo das obrigações financeiras garantidas de acordo com critérios comerciais razoáveis.

4 - Na execução do penhor financeiro de créditos sobre terceiros, constituído a favor do banco central pelas instituições de crédito no âmbito das operações de cedência de liquidez:

²²⁵PORTUGAL; 2004, artigo 9º.

a) As garantias do crédito empenhado transferem-se por efeito da lei para o beneficiário da garantia, não dependendo de registro ainda que as garantias se encontrem registradas;

b) O beneficiário da garantia pode exigir que o prestador da garantia, ainda que em liquidação, pratique em seu nome e representação todos os atos que se revelem adequados à boa gestão dos créditos e das respectivas garantias, incluindo os serviços de cobrança e as relações com os devedores;

c) A eficácia em relação ao devedor do crédito empenhado depende de notificação, exceto se o beneficiário da garantia exercer a faculdade prevista na alínea anterior ²²⁶.

Cabe, no entanto, ter em atenção que, nos termos do Decreto-Lei nº 105/04, esta possibilidade só existe quando, tendo tal sido convencionado pelas partes, o objeto do penhor sejam instrumentos financeiros (e não quando tal objeto seja numerário, pois quanto a este apenas poderá haver vencimento antecipado e compensação) e desde que as partes tenham chegado a acordo quanto à avaliação dos instrumentos financeiros, respeitando eventuais obrigações legais de proceder a essa avaliação de acordo com critérios comerciais razoáveis.

A evolução doutrinal e jurisprudencial revela, segundo os autores Luís Pestana de Vasconcelos e Luís Miguel Pestana Vasconcelos, “uma tendência no sentido da sua admissibilidade” ²²⁷, sobretudo a partir da transição do Código Civil de Seabra para o atual CC. O recurso à alienação fiduciária em garantia tem vindo a aumentar, com base no princípio da liberdade contratual, disposto no artigo 405º, que permite às partes celebrar negócios atípicos²²⁸.

Os argumentos “supra enunciados continuam, porém, a merecer uma análise crítica, na medida em que poderão contender, em certa medida, com a sua consagração normativa” ²²⁹.

²²⁶PORTUGAL; 2004, artigo 11º.

²²⁷VASCONCELOS; 2007, pp. 505-506.

²²⁸FERNANDES; 2004, p. 259.

²²⁹RIBEIRO; 2018, p. 21.

4. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA BRASILEIRA E PORTUGUESA

No direito do Brasil, desde a década de 1960, constata-se que a propriedade fiduciária ganhou espaço em decorrência da efervescência na economia, período em que houve desenvolvimento da política de difusão do crédito direto ao consumidor.

Assim, surgem as primeiras legislações quanto ao tema, a qual foi sofrendo vários desdobramentos durante a evolução legislativa temporal. A primeira lei que tratou do tema foi a Lei nº 4.728/65²³⁰, tendo esse diploma sido o precursor do instituto na legislação brasileira, conhecido como Lei de Mercados de Capitais.

Tal dispositivo objetivava um incentivo ao crédito, de forma a dar mais dinamismo ao financiamento de bens imóveis, que, em seu o início de vigência, a Lei 4.728/65 passa a ter a possibilidade à retomada do objeto contratado em razão de inadimplemento, segundo as autoras Nádia Maria França Quinzeiro e Virgínia Maria Rosa Praseres de Miranda, “trazendo assim para o ordenamento jurídico brasileiro uma forma mais atrativa de garantia, tendo em vista que o credor passa a ter uma ampliação das garantias quanto à propriedade da coisa”²³¹.

É notória a semelhança da regulamentação do patrimônio autônomo do direito português com a do patrimônio de afetação previsto na lei brasileira, a Lei 9.514/97, entre seus artigos 9º a 16º, os quais tratam da atribuição de titularidade fiduciária aos créditos que constituam o lastro da securitização de créditos imobiliários, conforme sua redação:

Seção VI: Do regime fiduciário.

Art. 9º - A companhia securitizadora poderá instituir regime fiduciário sobre créditos imobiliários, a fim de lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, sendo agente fiduciário uma instituição financeira ou companhia autorizada para esse fim pelo

²³⁰ BRASIL, 1965.

²³¹QUINZEIRO, Nádia Maria França; MIRANDA, Virgínia Maria Rosa Praseres de. **O Instituto da Alienação Fiduciária nos Ordenamentos Jurídicos Brasileiro e Português**. 2018, *in site*.

BACEN e beneficiários os adquirentes dos títulos lastreados nos recebíveis, objeto desse regime.

Art. 10º - O regime fiduciário será instituído mediante declaração unilateral da companhia securitizadora no contexto do Termo de Securitização de Créditos, que, além de conter os elementos de que trata o art. 8º, submeter-se-á às seguintes condições:

I - a constituição do regime fiduciário sobre os créditos que lastreiem a emissão;

II - a constituição de patrimônio separado, integrado pela totalidade dos créditos submetidos ao regime fiduciário que lastreiem a emissão;

III - a afetação dos créditos como lastro da emissão da respectiva série de títulos;

IV - a nomeação do agente fiduciário, com a definição de seus deveres, responsabilidades e remuneração, bem como as hipóteses, condições e forma de sua destituição ou substituição e as demais condições de sua atuação;

V - a forma de liquidação do patrimônio separado.

Parágrafo único. O Termo de Securitização de Créditos, em que seja instituído o regime fiduciário, será averbado nos Registros de Imóveis em que estejam matriculados os respectivos imóveis.

Art. 11º - Os créditos objeto do regime fiduciário:

I - constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora;

II - manter-se-ão apartados do patrimônio da companhia securitizadora até que se complete o resgate de todos os títulos da série a que estejam afetados;

III - destinam-se exclusivamente à liquidação dos títulos a que estiverem afetados, bem como ao pagamento dos respectivos custos de administração e de obrigações fiscais;

IV - estão isentos de qualquer ação ou execução pelos credores da companhia securitizadora;

V - não são passíveis de constituição de garantias ou de excussão por quaisquer dos credores da companhia securitizadora, por mais privilegiados que sejam;

VI - só responderão pelas obrigações inerentes aos títulos a ele afetados.

§ 1º - No Termo de Securitização de Créditos, poderá ser conferido aos beneficiários e demais credores do patrimônio separado, se este se tornar insuficiente, o direito de haverem seus créditos contra o patrimônio da companhia securitizadora.

§ 2º - Uma vez assegurado o direito de que trata o parágrafo anterior, a companhia securitizadora, sempre que se verificar

insuficiência do patrimônio separado, promoverá a respectiva recomposição, mediante aditivo ao Termo de Securitização de Créditos, nele incluindo outros créditos imobiliários, com observância dos requisitos previstos nesta seção.

§ 3º - A realização dos direitos dos beneficiários limitar-se-á aos créditos imobiliários integrantes do patrimônio separado, salvo se tiverem sido constituídas garantias adicionais por terceiros.

Art. 12º - Instituído o regime fiduciário, incumbirá à companhia securitizadora administrar cada patrimônio separado, manter registros contábeis independentes em relação a cada um deles e elaborar e publicar as respectivas demonstrações financeiras.

Parágrafo único. A totalidade do patrimônio da companhia securitizadora responderá pelos prejuízos que esta causar por descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária ou, ainda, por desvio da finalidade do patrimônio separado.

Art. 13º - Ao agente fiduciário são conferidos poderes gerais de representação da comunhão dos beneficiários, inclusive os de receber e dar quitação, incumbindo-lhe:

I - zelar pela proteção dos direitos e interesses dos beneficiários, acompanhando a atuação da companhia securitizadora na administração do patrimônio separado;

II - adotar as medidas judiciais ou extrajudiciais necessárias à defesa dos interesses dos beneficiários, bem como à realização dos créditos afetados ao patrimônio separado, caso a companhia securitizadora não o faça;

III - exercer, na hipótese de insolvência da companhia securitizadora, a administração do patrimônio separado;

IV - promover, na forma em que dispuser o Termo de Securitização de Créditos, a liquidação do patrimônio separado;

V- executar os demais encargos que lhe forem atribuídos no Termo de Securitização de Créditos.

§ 1º - O agente fiduciário responderá pelos prejuízos que causar por descumprimento de disposição legal ou regulamentar, por negligência ou administração temerária.

§ 2º - Aplicam-se ao agente fiduciário os mesmos requisitos e incompatibilidades impostos pelo art. 66 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Art. 14º - A insuficiência dos bens do patrimônio separado não dará causa à declaração de sua quebra, cabendo, nessa hipótese, ao agente fiduciário convocar assembleia geral dos beneficiários para deliberar sobre as normas de administração ou liquidação do patrimônio separado.

§ 1º - Na hipótese de que trata este artigo, a assembleia geral estará legitimada a adotar qualquer medida pertinente à administração

ou liquidação do patrimônio separado, inclusive a transferência dos bens e direitos dele integrantes para outra entidade que opere no SFI, a forma de liquidação do patrimônio e a nomeação do liquidante.

§ 2º - A assembleia geral, convocada mediante edital publicado por três vezes, com antecedência de vinte dias, em jornal de grande circulação na praça em que tiver sido feita a emissão dos títulos, instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de beneficiários que representem, pelo menos, dois terços do valor global dos títulos e, em segunda convocação, com qualquer número, sendo válidas as deliberações tomadas pela maioria absoluta desse capital.

Art. 15º - No caso de insolvência da companhia securitizadora, o agente fiduciário assumirá imediatamente a custódia e administração dos créditos imobiliários integrantes do patrimônio separado e convocará a assembleia geral dos beneficiários para deliberar sobre a forma de administração, observados os requisitos estabelecidos no § 2º do art. 14º.

Parágrafo único. A insolvência da companhia securitizadora não afetará os patrimônios separados que tenha constituído.

Art. 16º - Extinguir-se-á o regime fiduciário de que trata esta seção pelo implemento das condições a que esteja submetido, na conformidade do Termo de Securitização de Créditos que o tenha instituído.

§ 1º - Uma vez satisfeitos os créditos dos beneficiários e extinto o regime fiduciário, o Agente Fiduciário fornecerá, no prazo de três dias úteis, à companhia securitizadora, termo de quitação, que servirá para baixa, nos competentes Registros de Imóveis, da averbação que tenha instituído o regime fiduciário.

§ 2º - A baixa de que trata o parágrafo anterior importará na reintegração ao patrimônio comum da companhia securitizadora dos recebíveis imobiliários que sobejarem.

§ 3º - Os emolumentos devidos aos Cartórios de Registros de Imóveis para cancelamento do regime fiduciário e das garantias reais existentes serão cobrados como ato único. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.223, de 2001).

§ 3º - Os emolumentos devidos aos Cartórios de Registros de Imóveis para cancelamento do regime fiduciário e das garantias reais existentes serão cobrados como ato único. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)²³².

O doutrinador Melhim Namem Chalhub ressalta sobre a distinção entre ambos os sistemas, pois, segundo o autor:

[...] no direito português a afetação é requisito legal de toda e qualquer securitização, enquanto no direito brasileiro é faculdade conferida à companhia securitizadora; a exigência de afetação patrimonial é justificada por Diogo Leite de Campos e Manuel

²³² BRASIL. 1997, artigos 9º a 16º.

Monteiro, ao observar que os trusts são muito usados (mais, são imprescindíveis) em matéria de titularização de créditos e de outros ativos (*securitization*) nos Estados Unidos da América (EUA) e em diversos ordenamentos jurídicos de caráter anglo-saxônico ou continental (como a Argentina)²³³.

O autor Orlando Gomes explica que:

[...] patrimônio autônomo visa a proteção dos investidores, confiantes em que o patrimônio autônomo responda pelas obrigações titularizadas e seguros da sua afetação exclusiva às OT neles baseadas e na impermeabilidade a processos de cumprimento e execução de outras dívidas da sociedade até ao pagamento integral dos seus direitos, dos direitos inerentes às OT de que são detentores²³⁴.

É verdade que os bens e direitos, os quais formam um patrimônio de afetação destinado à determinada operação, só vêm a responder pelo resgate dos títulos e das demais obrigações vinculadas a esse patrimônio, até que se conclua a consecução da operação. Assim, esse objeto de transferência permanece incomunicável, não podendo fazer parte ou responder por nenhuma outra dívida da companhia de titularização, tão pouco pode a companhia dispor desses créditos.

No caso de haver quitado todos os créditos vinculados ao patrimônio autônomo, o remanescente, se houver, volta a compor o patrimônio comum da sociedade de titularização. Nesse sentido, o autor Melhim Namem Chalhub aduz que:

[...] os subscritores dos títulos gozam de privilégio creditório especial sobre os bens que em cada momento integrem o patrimônio autônomo afeto à respectiva emissão, com precedência sobre quaisquer outros credores. (art. 63º, nº 1)²³⁵.

Somente se torna dispensável a previsão legal desse privilégio à medida que, tratando-se de um patrimônio afetado a determinada finalidade, como já definido nas disposições anteriores do Decreto, “seu acervo permanece incomunicável e só pode ser agredido por credores do patrimônio comum da sociedade se houver saldo remanescente, após o resgate integral das obrigações vinculadas ao patrimônio autônomo”²³⁶.

²³³CHALHUB; 2017, p. 85.

²³⁴GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 169.

²³⁵CHALHUB; 2017, p. 85.

²³⁶CHALHUB; 2017, p. 85.

Dessa forma, o patrimônio autônomo não sofrerá com os efeitos de uma eventual insolvência da companhia de titularização, dado que a afetação a ele inerente, segundo Chalhub aduz, ainda:

[...] estende sua tutela às situações de falência da sociedade, conferindo uma tutela acrescida aos detentores de obrigações titularizadas – ao contrário do que sucede em relação aos detentores de outras espécies de obrigações que serão tratados como credores comuns ²³⁷.

Posteriormente ao Decreto-Lei nº 9.514/97, o qual aborda a alienação fiduciária de bens imóveis, seguiu a Lei 10.931/2004, a qual alterou o regime jurídico. Caio Mário da Silva Pereira foi o colaborador convidado para elaborar o projeto do Código de Obrigações de 1965, inserindo no artigo 62º a previsão do contrato de fidúcia aproveitando a experiência do direito anglo-americano do instituto *trust*, o qual dispõe:

SEÇÃO XIV - Alienação Fiduciária em Garantia

Art. 66º - Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.

§ 1º - A alienação fiduciária em garantia somente se prova por escrito, e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, cuja cópia será arquivada no registro de títulos e documentos, sob pena de não valer contra terceiros, conterà o seguinte:

- a) o total da dívida ou sua estimativa;
- b) o prazo ou a época do pagamento;
- c) a taxa de juros, se houver;
- d) a descrição da coisa objeto da alienação e os elementos indispensáveis à sua identificação ²³⁸.

Foi com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, que a propriedade fiduciária surge enquanto direito real, mais especificamente no artigo 1.225º ao artigo 1.227º, estando de forma expressa como espécie de propriedade resolúvel, conforme sua redação:

TÍTULO II- Dos Direitos Reais

²³⁷CHALHUB; 2017, p. 85.

²³⁸ BRASIL; 1965, artigo 62º, § 1º, insígnias de ‘a’ ao ‘d’.

CAPÍTULO ÚNICO- Disposições Gerais

Art. 1.225º - São direitos reais:

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese.

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

XII - a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

XII - a concessão de direito real de uso; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 700, de 2015) Vigência encerrada.

XII - a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

XII - a concessão de direito real de uso; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 759. de 2016).

XII - a concessão de direito real de uso; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017).

XIII - os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas e respectiva cessão e promessa de cessão. (Incluído pela Medida Provisória nº 700, de 2015) Vigência encerrada.

XIII - a laje. (Incluído pela Medida Provisória nº 759. de 2016).

XIII - a laje. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

Art. 1.226º - Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

Art. 1.227º - Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no

Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (art.s 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código²³⁹.

Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacam que, “antes do advento do Código Civil, era tratada como alienação fiduciária, expressão que agora só se reserva ao tipo contratual, mas não ao direito real de garantia que se forma posteriormente pelo registro”²⁴⁰.

Corroborando nesse mesmo sentido, o renomado autor Caio Mário da Silva Pereira pontuou:

[...] embora que por muitas vezes sejam empregadas indistintamente, as expressões alienação fiduciária em garantia e propriedade fiduciária correspondem tecnicamente a fenômenos distintos. A primeira relaciona-se ao negócio jurídico que constitui o título de garantia, ao passo que a segunda designa o direito real de garanti em si considerado²⁴¹.

Nesse contexto, se firma a compreensão de que a propriedade fiduciária se configura como um direito real de garantia, tal como a hipoteca e o penhor. Porém, em Portugal, o instituto da propriedade fiduciária não está amplamente descrita no ordenamento jurídico, nem tampouco tem a amplitude contida no ordenamento jurídico brasileiro²⁴².

Foram as práticas bancárias e financeiras, como já dito alhures, que oportunizou o negócio jurídico, por meio da alienação fiduciária, no direito português, tendo em vista a edição do Decreto-Lei nº 105/04 mencionado anteriormente, transportado da Directiva 2002/47/CE do mesmo ano. Procede, assim, por meio desse decreto à consagração legal de uma nova modalidade de penhor financeiro, sobre a alienação fiduciária em garantia, no entanto restrita aos contratos de garantia financeira²⁴³. E finalmente, concordando nesse sentido, as autoras supracitadas completam:

“Assim, a possibilidade de as partes convencionarem a transmissão da propriedade a título de garantia resulta de expressa

²³⁹ BRASIL. 2002, artigos 1.225º ao 1.227º.

²⁴⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. Ed.ver., ampl. e atual. Salvador. Editora Juspodivm. 2017, p. 13.

²⁴¹PEREIRA; 2014, p. 153.

²⁴²QUINZEIRO, MIRANDA; 2018, *in site*.

²⁴³QUINZEIRO, MIRANDA; 2018, *in site*.

imposição da directiva agora transposta e constitui um dos aspectos mais inovadores do regime aprovado. Com a consagração de uma nova forma de transmissão da propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o *numerus clausus pressuposti* pelo artigo 1306º do Código Civil, o que permitirá o reconhecimento da validade das alienações fiduciárias em garantia e o fim da insegurança jurídica que resultava da necessária requalificação desses acordos como meros contratos de penhor” (preâmbulo do Decreto-lei n.º 105/2004 de 08/05)²⁴⁴.

No ordenamento brasileiro, percebe-se que este dá mais um passo evolutivo, segundo a Lei nº 13.465/17, na qual dispõe em seu artigo 18º, § 4º e § 5º a seguinte redação:

§ 4º - Regulamento disporá sobre as condições e a forma de outorga dos títulos de domínio e da CDRU aos beneficiários dos projetos de assentamento do Programa Nacional de Reforma Agrária.

§ 5º - O valor da alienação, na hipótese de outorga de título de domínio, considerará o tamanho da área e será estabelecido entre 10% (dez por cento) e 50% (cinquenta por cento) do valor mínimo da pauta de valores da terra nua para fins de titulação e regularização fundiária elaborada pelo Incra, com base nos valores de imóveis avaliados para a reforma agrária, conforme regulamento²⁴⁵.

²⁴⁴QUINZEIRO, MIRANDA; 2018, *in site*.

²⁴⁵ BRASIL. 2017. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e dá outras providências.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Este construto realizou uma pesquisa analítica tendo a observância na alienação fiduciária em garantia, enquanto figura jurídica geral e autônoma. A análise só pode ser iniciada depois de realizar uma pesquisa contextualizada na história do direito brasileiro sobre a temática, bem como da história da sociedade civil, referente ao período em que ocorreram as necessidades desses dispositivos, a cada desenvolvimento social que o país se beneficiou.

Ao que se verificou, conforme a sociedade desenvolvia e avançava em outras áreas, obrigou a doutrina a acompanhar tal evolução, elaborando dispositivos que acompanhassem as necessidades daquela sociedade em sua época. A alienação fiduciária trata de um acordo de cavalheiros nos tempos remotos, onde a palavra dada era de suma confiança a outrem, e que, por diversos desacordos advindos da falta de palavra dada de uma das partes, oportunizou diversas discussões nos tribunais pelo país e pelo mundo, pois os negócios de confiança sempre existiram em todos os países.

Diante este estudo realizado, pode-se concluir que é um negócio abstrato, o qual se afigura um ato lícito e válido, na medida em que não viola normas ou princípios jurídico-constitucionais, tanto para as legislações brasileiras, bem como para as portuguesas. De fato, tal conclusão já havia sido demonstrada pela doutrina majoritária, culminando na positivação deste instituto no âmbito jurídico analisado, cujo âmbito de aplicação se circunscreve aos contratos de garantia financeira.

No início, quando não se dispunha das garantias de um real retorno do bem ao seu dono inicial, com efeito, o risco de ilicitude que se poderá verificar neste negócio jurídico não divergirá daquele que se encontra ínsito a todo e qualquer contrato. Ressalta, assim, que o recurso é de fato interpretativo, tendo por fim a

realização de uma apreciação casuística que atente na definição, que teve por base a celebração da convenção nos termos em que a mesma foi firmada.

Nada obstante, pelo fato de não se encontrar expresso no direito vigente português, o seu recorte jurídico dependerá da vontade dos contraentes, conforme o que se revelar mais adequado aos interesses visados no caso concreto, bem como da interpretação do jurista elegido para tal execução jurídica. Em uma amplitude negocial, tendo a proteção no artigo 405º do seu código civil, não só poderá redundar num risco acentuado para o fiduciante como, de igual modo, poderá suscitar uma enorme insegurança do tráfego jurídico.

Nesta medida, observa-se que há uma dualidade a ser interpretada, e, na observância ainda da função do Direito em prosseguir com a devida segurança jurídica quanto à situação dominial dos bens, os ditames de justiça e de igualdade da posição jurídica dos contraentes, considera-se necessária uma regulamentação normativa em Portugal, a qual atenuar o caráter fiduciário do negócio, objetivando a diminuição dos riscos ínsitos à prestação da garantia pelo devedor, designadamente de perda do bem, e que assegure a publicidade da constituição e extensão da garantia.

Dessa forma, obteve-se a extração dos traços fundamentais que deverão moldar uma eventual positivação do contrato, por considerar ser necessário um requisito de validade negocial imposto a sujeição dos requisitos, assegurando que o pacto fiduciário seja suficientemente verdadeiro para marcar a distinção perante uma transmissão da propriedade.

Acredita-se, portanto, que o direito português deva se adequar às demais legislações vigentes de diferentes países, pois o direito é um fato social, que, conseqüentemente, não poderá deixar de ter em consideração as aspirações dos sujeitos e às práticas a que estes comumente recorrem em vista da satisfação das suas necessidades. E sabendo que o recurso à alienação fiduciária em garantia é cada vez mais frequente no comércio jurídico mundial, o qual reúne as condições para tal de *iure constituto*, urge a sua consagração normativa.

Pelo presente estudo, compreendeu-se que a alienação fiduciária é cabível no ordenamento jurídico português, dada a sua identificação com a base das relações obrigacionais, com os princípios que fundamentam tal seara do direito. Tratou-se de evidenciar, assim, o modo como a alienação fiduciária resulta da dinamização da autonomia da vontade e da liberdade na pactuação de negócios jurídicos. Apontou-se a caracterização da alienação fiduciária enquanto um negócio jurídico atípico, não obstante legal, visto que aceito pela doutrina e jurisprudência, a qual falta apenas a normatização do referido instituto.

O presente trabalho tratou de apresentar o contexto de alteração da sociedade que impulsiona a reutilização da alienação fiduciária como meio de garantia nas relações obrigacionais. As relações obrigacionais situadas no escopo da ordem civil-constitucional, que têm como fundamento os princípios de direito, como apontado, podem ser dinamizadas conforme a vontade das partes e a autonomia privada, desde que não trate de objeto ilícito. Assim, não há obstáculo para a normatização da alienação fiduciária, exceto o esforço legislativo nesse sentido.

A normatização da alienação fiduciária se trata de uma demanda de ordem legislativa, já que é um instituto utilizado nos tratos privados do ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, identificaram-se inúmeras mudanças que ocorrem na teia social que demandam que a ciência jurídica promova modificações na norma jurídica. Tratou-se, então, do equilíbrio entre a mutabilidade da lei e a segurança jurídica, no qual o direito não pode permanecer estático perante as transformações da sociedade que tutela, ainda que deva manter uma constância própria para a estabilidade social.

Entendeu-se que, no caso da alienação fiduciária, as próprias relações negociais que se associam a ocorrências econômicas, tecnológicas e culturais do mundo – e, que influenciam o direito – trazem a demanda da normatização da alienação fiduciária para o ordenamento português. Assim, se expôs a identificação da alienação fiduciária enquanto um negócio jurídico comum no ordenamento, e que não fere o escopo de princípios civis, ao contrário, está

fundamentada na base das relações privadas tuteladas pelo Direito Civil por meio da figuração da boa-fé, da liberdade e da autonomia da vontade.

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed., atual. e aum, Rio de Janeiro: Forense. 1987.

ANDRADE, Margarida Costa. **Propriedade Fiduciária**. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

ARNOLD; H. H. **Doderlein's Hand-Book of Latin Synonymes**. London, Printed for J.G.F. &J. Rivington. 1841.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica. 1945.

BORSOI, Marta. **A Alienação Fiduciária em Garantia no Direito Brasileiro**. Estudos do Instituto do Conhecimento AB n.º 3. Ed. Almedina. 2015, *in site*. Disponível no site: <https://books.google.com.br/books>. Acessado em 23 de maio de 2019.

BOTTINI, Paolo; LAVAZZARI, Gabrio. **Analisi del negozio fiduciário in Svizzera**. In Autonomia privata e affidamenti fiduciari, coord. por Angelo Barba e Duccio Zanchi, G. Giappichelli Editore. 2012, p. 243. Disponível no site: https://www.baerkarrer.ch/publications/16_52_3311Capitolo2Sezione6Bottini219-244.pdf. Acessado em 22 de maio de 2019.

BRACO, Patricia; CASALEIRO, Paula; PEDROSO, João. **Sociologia do direito made in Portugal: o contributo do CES no panorama nacional**. e-cadernos CES 29, 2018. Consultado a 20.07.2019, em <http://journals.openedition.org/eces/3529>.

BRASIL. 1916. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acessado em 17 de maio de 2019.

_____. 1969. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 911**, de 1º de outubro de 1969. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acessado em 17 de maio de 2019.

_____. 1997. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.514**, de 20 de novembro de 1997. Acessado em 17 de maio de 2019. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm.

_____. 2002. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002.. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acessado em 20 de maio de 2019.

_____. 2004. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.931**, de 02 de agosto de 2004. Acessado em 20 de maio de 2019. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm.

_____. 2005. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.101**, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acessado em 20 de maio de 2019.

_____. 2014. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Medida Provisória nº 651**, de 09 de julho de 2014. Disponível no site: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2014/medidaprovisoria-651-9-julho-2014-779038-publicacaooriginal-144566-pe.html>.

_____. 2014a. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Medida provisória nº 656**, de 07 de outubro de 2014. Acessado em 20 de maio de 2019. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv656.htm.

_____. 2015. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.097**, de 19 de janeiro de 2015. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13097.htm. Acessado em 20 de maio de 2019.

_____. 2015a. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

_____. 2017. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.465**, de 11 de julho de 2017. .Acessado em 20 de maio de 2019. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm.

BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia: Lei nº 4.728, art. 66**. São Paulo: Acrefi. 1969.

CAMPOS, Diogo Leite de. **A Alienação em Garantia**. In Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal, 150.º Aniversário (1846-1996), Banco de Portugal Lisboa. 1998.

CAMPOS, Luís; CANAVEZES, Sara. **Introdução à globalização**. Instituto Bento Jesus Caraça, 2007. Consultado a 20.07.2019,

em <https://dspace.uevora.pt/rdpc/bitstream/10174/2468/1/Introdu%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20Globaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

CANUTO, Elza Maria Alves. **Alienação Fiduciária de Bem Móvel**. Responsabilidade do Avalista. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

CARVALHO, Orlando de. **Negócio Jurídico Indireto**. In Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento X, Universidade de Coimbra. 1953.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

_____. **Financiamento imobiliário no Brasil. Notas sobre a alienação fiduciária em garantia**. Coimbra: Coimbra Editorial, 2013.

_____. **Direitos Reais**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2014.

_____. **Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário**. Biblioteca Unisul 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 80-173. Disponível em <https://goo.gl/C4Bsiv>. Acessado em 21 de maio de 2019.

CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. 3ª ed., São Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, vol. 02, tomo 1º, Obrigações. 1984.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Direito das coisas**. Direito autoral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português, IV, Direito das Obrigações, Cumprimento e Não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, Garantias**, Almedina, 2010.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1988.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 6ª edição rev. e at., Almedina. 1994.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3ª ed. São Paulo: Método. 2010, p. 42. Disponível no site: <https://goo.gl/Rdhkod>. Acessado em 23 de maio de 2019.

DIAS, Gabriela Figueiredo. **A reserva de propriedade**. In Comemorações dos 35 anos do Código Civil, e dos 25 Anos da Reforma de 1977, vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora. 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. Coimbra, Portugal: Coimbra. 2014

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. Ed, ver., ampl. e atual. Salvador. Editora Juspodivm. 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à Lei n. 9.514/97**. São Paulo: Editora LTr. 1999.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **A Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português**. In Estudos sobre a Simulação, Quid Juris, Lisboa. 2004.

FERREIRA, Fabiano Lopes. **Consórcio e direito: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.

FERREIRA, Jorge Ricardo da Costa. **A geografia da sociedade da informação em Portugal**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2004 Consultado a 20.07.2019, em https://run.unl.pt/bitstream/10362/5607/1/Doutoramento_Jorge_Ferreira.pdf.

FILIPINAS, Ordenações. **Ordenações Filipinas nº 43 de 04/04/1451**. BC - Brasil Colônia. Portal de Legislação. Livro IV - Ordenações Filipinas - Título - XLIII - Das Sesmarias. Acessado em 22 de maio de 2019. Disponível no site: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/209134-livro-iv-ordenacoes-filipinas-titulo-xliii-das-sesmarias.html>

FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia, de acordo com a Lei nº 9951/97**. Rio de Janeiro: AIDE. 2000.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

GONÇALEZ, José Alberto Rodriguez Lorenzo. **Direitos reais**. 5º edição. Lisboa: Quid Juris, 2015.

GONZÁLEZ, José Alberto. **Alienação em garantia e negócios afins: delimitação de fronteiras**. In Lição para provas de agregação, Lusíada, Lisboa, n.º 10, 2012, p. 63. Acessado em 22 de maio de 2019. Disponível no site: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/191>.

GRAÇA, Diogo Macedo. **Os Contratos de Garantia Financeira**. Almedina. 2010.

GUEDES, João Manuel Lima. **A (in)compatibilidade da alienação fiduciária em garantia com a proibição do pacto comissório**. Faculdade de Direito. Escola do Porto, 2017. Consultado a 20.07.2019,

em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23288/1/TESE%20%20Jo%c3%a3o%20Manuel%20Lima%20Guedes.pdf>.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ITÁLIA. The Cardozo Electronic Law Bulletin. Back to The Cardozo Electronic Law Bulletin Homepage. **Costituzione Della Repubblica Trattati Comunitari Katalex. Il Codice Civile Italiano**. R.D. 16 marzo 1942, nº 262. Approvazione del testo del Codice Civile. (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, nº 79 del 04 aprile 1942). Disponível no site: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_DICTUM/codciv/Codciv.htm. Acessado em 22 de maio de 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura del Derecho**. Buenos Aires: Eleudeba, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933.

LEITÃO, Menezes. **Garantias das Obrigações**. Almedina, Coimbra. 2012.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. 4ª ed. Curitiba: Juruá. 2011.

LIMA, Otto de Souza. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1962.

LISBOA, Manuel. **Inovação em contextos organizacionais, a modernização da indústria portuguesa**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 61, 2001. Consultado a 20.07.2019, em www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=774.

MAIA, Redento. **Crescimento e desenvolvimento econômico global sustentado**. Revista de GESTÃO dos Países de Língua Portuguesa. RGPLP vol.15 no.1 Lisboa mar. 2016. Consultado a 20.07.2019, em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S164544642016000100006.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Notas sobre o negócio jurídico fiduciário**. Revista Trimestral de Direito Civil. São Paulo: Padma, v. 20, out./dez. 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 13. 1997.

MARTINS, Renan Buhnemann; ROSSI, João Paulo Micheletto. **A alienação fiduciária de imóvel em garantia de operações financeiras – os riscos à luz do artigo 27, § 5º, da lei 9.514/97**. Publicado em 17 de maio de 2017, *in site*. Acessado em 22 de maio de 2019. Disponível no site: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258867,71043-A+alienacao+fiduciaria+de+imovel+em+garantia+de+operacoes+financeiras>.

MEZZARI, Mario Pazutti. **Alienação fiduciária da lei n. 9.514, de 20-11-1997: Doutrinas, modelos, legislação**. São Paulo: Saraiva. 1998.

MOCCIA, Luigi. **Il modello inglese di “proprietà”**. In: ALPA, Guido et al. Diritto privatocomparato: istituti e problemi. Roma: Laterza. 2004.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da fidúcia romana a alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. In: Yussef Said Cahali (Coord.). Contratos nominados: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva. 1995.

_____. **Direito Romano**. 14ª ed. rev. cor. e aum. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, Vol. 04.2006.

OLCESE, Tomás. **A propriedade fiduciária de base romanística e o trust inglês: perspectivas comparatísticas**. RJurFA7, Fortaleza, v. 12, nº 10, jan./jun. 2015.

OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014

PIRES, Catarina Monteiro. **Alienação em Garantia**. Almedina. 2010.

PORTUGAL. 1966. Código Civil Português. (Atualizado até a Lei nº 59/99, de 30/06). **Decreto-Lei nº 47.344**, de 25 de Novembro de 1966. Disponível no site: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiclr_MwrXiAhV1IrkGHT_rBhwQFjABegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.igac.gov.pt%2Fdocuments%2F20178%2F35868%2FC%25C3%25B3digo%2BCivil.pdf%2F2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991&usg=AOvVaw2vwfB2Pnlug5s925VPsWJP. Acessado em 22 de maio de 2019.

_____. 1999. **Decreto-Lei n.º 453/99**. Publicação: Diário da República n.º 258/1999, Série I-A de 1999-11-05. Emissor: Ministério das Finanças.. Acessado em 22 de maio de 2019. Disponível no site: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/453/1999/11/05/p/dre/pt/html>.

_____. 2002. **Decreto-Lei n.º 82/02**. Publicação: Diário da República n.º 80/2002, Série I-A de 2002-04-05. Acessado em 22 de maio de 2019. Disponível no site: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/82/2002/04/05/p/dre/pt/html>.

_____. 2004. **Regime jurídico dos contratos de garantia financeira. Decreto-Lei n.º 105/2004**. Diário da República n.º 108/2004, Série I-A de 2004-05-08. Acessado em 22 de maio de 2019. Disponível no site: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/105/2004/p/cons/20120823/pt/html>.

QUINZEIRO, Nádia Maria França; MIRANDA, Virgínia Maria Rosa Praseres de. **O Instituto da Alienação Fiduciária nos Ordenamentos Jurídicos Brasileiro e Português**. 2018, *in site*. <https://cecgp.com.br/o-instituto-da-alienacao-fiduciaria-nos-ordenamentos-juridicos-brasileiro-e-portugues/>.

REALE, Miguel. **O projeto do Novo Código Civil**. 2º ed., São Paulo: Editora Saraiva. 1999.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Propriedade Fiduciária Imóvel**. São Paulo: Ed. Malheiros. 2009.

RIBEIRO, Beatriz Queirós. **Da Alienação Fiduciária em Garantia Estudo para a sua posituação no ordenamento jurídico português**. Faculdade de Direito. Escola do Porto. 2018.

_____. **Da alienação fiduciária em garantia**. Universidade Católica Portuguesa. Escola do Porto, 2018

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

ROCHA, António Manuel da; CORDEIRO, Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Almedina, Coimbra. 2004.

ROQUE, Sebastião José. **Da alienação fiduciária em garantia**. 1ª ed. São Paulo: Ícone. 2010.

SALOMÃO, Eduardo Neto. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas. 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 2205048-63.2016.8.26.0000**. Relator: Heraldo de Oliveira. São Paulo, 07 de março de 2017, *in site*. Disponível no site: <https://goo.gl/ydGsXh>. Acessado em 22 de maio de 2019.

SILVA, Luiz Augusto Beck da. **Alienação fiduciária em garantia: história, generalidades, aspectos processuais, ações, questões controvertidas**,

legislação e jurisprudência do STF, STJ, TJ-RS, TA-RS, entre outros tribunais. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense. 1998, pp. 12-14.

SOHM, Rudolph. **The Institutes of Roman Law.** trad. ing. De James Ledlie, Gorgias Press, New Jersey. 2002.

TELES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações.** 4ª edição, Coimbra Editora. 1982.

TOMÉ, Maria João Vaz; CAMPOS, Diogo Leite de. **A propriedade fiduciária.** (Trust): Estudo para a sua consagração no Direito Português, Almedina, Coimbra. 1999.

VASCONCELOS, Luís Pestana de; VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana. **A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência.** Em Particular da posição do Cessionário na Insolvência do Cedente. Coimbra Editora. 2007.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos Atípicos.** 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais.** 5ªed., São Paulo: Atlas. Vol. 04.2005.

_____. **Direito Civil: Direitos Reais,** 6.ª ed., vol. 05, Atlas, São Paulo. 2006.

_____. **Direito civil: direitos reais.** 13ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Tradução: Antônio Manuel Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004.,.