FÁBIO JOSÉ DE ALMEIDA GOMES PINHEIRO

Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis:

Natureza e regime jurídicos

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Titular Dr. Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022

FÁBIO JOSÉ DE ALMEIDA GOMES PINHEIRO

Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis:

Natureza e regime jurídicos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Civil sob orientação do Prof. Titular Dr. Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E METODOLÓGICAS 1

CAPÍTULO 1: ORIGENS REMOTAS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA 4

1.1 *Fides* e *fiducia* 4
1.2 Fontes jurídicas históricas que tratam da *fiducia* 6
1.3 Espécies e tutela processual (*actio fiduciae*) 13
1.4 *Mancipatio fiduciae causa*: transmissão causal? 18
1.5 A expressão *fidi fiduciae causa* 23
1.6 Peculiaridades e autonomia da *fiducia cum creditore* 25
1.7 Conclusão 26

CAPÍTULO 2: ORIGENS PRÓXIMAS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA 27

2.1 A crise do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) 27
2.2 A crise da hipoteca 31

CAPÍTULO 3: A NATUREZA CONTRATUAL DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA 37

3.1 Conceito de contrato – Direito Romano 37
3.2 Conceito de contrato – Direito Moderno 39
3.3 Natureza contratual da alienação fiduciária em garantia 42
3.4 Contrato típico e nominado 45
3.5 O "contrato real" e contrato de Direito das coisas 48
3.6 Negócio jurídico obrigatório e negócio jurídico real 49
3.7 Negócio jurídico obrigacional e negócio jurídico de Direito das Coisas (ou júri-real) . 50
3.8 Gênese e formação do contrato de Direito das Coisas 53
3.9 O Contrato de Direito das Coisas no direito brasileiro 63
3.10 Existência do acordo de transmissão (*Einigung*) no direito brasileiro 67
3.11 Existência do acordo de transmissão (*Einigung*) no direito brasileiro (bens imóveis) 77
3.12 Estrutura e efeitos do contrato de Direito das Coisas 84
3.13 Estrutura do contrato de Direito das Coisas 86
3.14 Efeitos do contratos de Direito das Coisas 89
3.15 Conclusão 91

CAPÍTULO 4: A NATUREZA DISPOSITIVA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA 94

4.1 Conceito de negócio jurídico dispositivo 94
4.2 O fundamento do caráter dispositivo da alienação fiduciária 96

CAPÍTULO 5: A NATUREZA CAUSAL DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA 116

5.1 Introdução 116
5.2 Multiplicidade do conceito de causa 116
5.3 Origem da questão causal 119
5.4 Teorias que fundamentam a causalidade 131
5.5 Transmissão, forma e causa 132
5.6 A transmissão abstrata 137
5.7 Crítica ao sistema de transmissão abstrata 139
5.8 A causa fiduciae 142
5.9 A atribuição patrimonial 147
5.10 A causa da atribuição patrimonial 150
5.11 A causa da atribuição patrimonial nos negócios jurídicos de garantia 155
5.12 A causa no direito brasileiro 158
5.13 O art. 30, parágrafo único da lei nº 9.514/1997 168
5.14 Conclusão 172

CAPÍTULO 6: A NATUREZA ACESSÓRIA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA 175

6.1 Introdução 175
6.2 Origem dos direitos acessórios modernos 178
6.3 Objeto da acessoriedade 180
6.4 Acessoriedade e causalidade 182
6.5 Alienação fiduciária em garantia constituída por terceiro 184
6.6 Exceções ao princípio da acessoriedade 186
6.7 Garantias não acessórias 188
6.8 Conclusão 193

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 195

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a análise da natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. Por alienação fiduciária em garantia entende-se o negócio jurídico nominado e tipificado em lei, mais especificamente na lei 9514/1997 e no Código Civil (arts. 1361-1368-B). Embora esse negócio jurídico guarde uma relação bastante próxima com o negócio fiduciário – que, por essa razão, também é objeto de análise neste trabalho – entende-se que sua tipificação a coloca em outro campo da dogmática, implicando num enquadramento substancialmente diferente do negócio baseado na confiança (negócio fiduciário). Assim, o trabalho tem por objeto a análise dogmática da alienação fiduciária em garantia, que se caracteriza como negócio jurídico contratual, dispositivo, causal e acessório.

Palavras-chave: Alienação fiduciária, garantia, natureza, negócio jurídico, contrato, dispositivo, causal, acessório.

ABSTRACT

The present work has as object the analysis of the legal nature of the fiduciary conveyance in guarantee of real estate assets. By fiduciary conveyance in guarantee is understood the juridical act named and typified by law, more specifically in law 9514/1997 and in the Civil Code (arts. 1361-1368-B). Although this juridical act has a very close relationship with the fiduciary contract – which, for this reason, is also the object of analysis in this work - it is understood that its typification places it in another field of dogmatics, implying a substantially different framework from the business based on trust (fiduciary contract). Thus, the work has as its object the dogmatic analysis of fiduciary conveyance in guarantee, which is characterized as a contractual, device, causal and accessory juridical act.

Keywords: Fiduciary conveyance, guarantee, nature, juridical act, contract, device, causal, accessory.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao prof. Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi, por me receber como um de seus discípulos na pós-graduação, muito embora, diferentemente de meus colegas, não tenha participado dos grupos de estudo de direito romano e civil ao longo da graduação. Agradeço também pela atenção e disponibilidade, mesmo em face dos acontecimentos dos últimos anos.

Também não posso deixar de agradecer os professores Vitor Frederico Kümpel e Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes e Tomas Olcese que, além de exímios professores e das diversas incumbências que possuem, também sempre se colocaram à disposição.

No âmbito pessoal, agradeço à minha namorada, Maiara Sarmento Rufino, pela paciência e motivação, durante todo o período do mestrado e pelos incentivos.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E METODOLÓGICAS[1]

O presente trabalho tem como objeto a análise da natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. Por alienação fiduciária em garantia entende-se o negócio jurídico nominado e tipificado em lei, mais especificamente na lei 9514/1997 e no Código Civil (arts. 1361-1368-B).

Embora esse negócio guarde uma relação bastante próxima com o fiduciário – que, por essa razão, também é objeto de análise neste trabalho – entende-se que sua tipificação a coloca em outro campo da dogmática, implicando em um enquadramento substancialmente diferente do negócio baseado na confiança (fiduciário). Por essa razão, ainda que o estudo do negócio fiduciário, especialmente no que diz respeito à sua causa (*causa fiduciae*), seja interessante do ponto de vista prático e teórico, esse instituto não será o ponto de partida para o estudo da natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia.

Isso significa que, diferentemente de diversos outros autores[2] que, ao tratarem da natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia, discutiram questões atinentes à fraude, simulação e existência de uma causa que a justificasse a transmissão, busca-se, nessa dissertação, identificar as principais características desse negócio jurídico típico. Busca-se

---

[1] Com relação aos aspectos formais do trabalho, tendo em vista os argumentos esposados, seguiu-se as recomendações feitas por E. C. SILVEIRA MARCHI (*Guia de Metodologia Jurídica (Tesses, monografias, artigos)*, 3ª ed., São Paulo, YK, 2017, p. 133-243). Portanto, adotou-se, quanto às citações bibliográficas, o modelo conhecido como franco-italiano.

Em relação aos autores nacionais, que são maioria em função da especialidade do instituto estudado, por uma questão de padronização, mantiveram-se as sugestões do autor supracitado. A despeito da forma peculiar de como os nomes portugueses e espanhóis são formados, isto é, com a inclusão do sobrenome materno e, eventualmente, com partículas conectivas, entende-se eventual crítica. Contudo, entende-se também que não haveria qualquer prejuízo quanto a isso, especialmente porque procurou-se, em cada nota de rodapé, referenciar-se a obra original em que baseadas as afirmações, evitando-se a corriqueira – e, em certa medida, inadequada – expressão "*op. cit.*" desacompanhada de outras informações que busquem extremar o trabalho referenciado. Assim, reconhecidos autores, como Caio Mário da Silva Pereira, conhecido como normalmente como Caio Mário, ou Orlando Gomes são referidos como C. M. SILVA PEREIRA e O. GOMES.

[2] Cf. N. J. Forster, *Alienação fiduciária em garantia*, 2ª ed., Porto Alegre, Sulina, 1970, p. 11-29; O. OPTIZ – S. OPTIZ, *Alienação fiduciária em garantia*, 4ª ed., Porto Alegre, Síntese, s.d., p. 11-173; A. CUNHA GONÇALVES, *Da propriedade resolúvel (sua projeção na alienação fiduciária em garantia)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 209-258. O autor mais importante que analisa a alienação fiduciária sob a inspiração do negócio fiduciário é Orlando Gomes (*Alienação fiduciária em garantia*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975).

Essa forma de análise, longe de estar equivocada, justificava-se pelo ineditismo do instituto. Mas, é preciso destacar, também, que a análise desse instituto fornece importantes subsídios para o correto entendimento da natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia.

assim, inspirando-se em lições de J. C. MOREIRA ALVES,[3] estabelecer o seu enquadramento dentro de uma das categorias dogmáticas admitidas no sistema jurídico de um país.

Dessa forma, do ponto de vista metodológico, são duas as principais diretrizes para se determinar a natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia. Em primeiro lugar, assim como em qualquer instituto jurídico é necessário que se saiba quais são os antecedentes que inspiraram o surgimento da alienação fiduciária em garantia.[4] No mesmo contexto, é preciso se saber por qual motivo e em quais circunstâncias se deu o nascimento desse instituto. Por tratar-se de direito de garantia, é bastante sugestivo que foram questões de ordem econômica que ensejaram seu surgimento. Afinal, uma economia moderna necessita encontrar constantemente novas figuras negociais que lhe permitam proteger credor e devedor de forma eficiente e flexível.[5] Em segundo lugar, conhecida a situação de fato, se pode passar para o enquadramento dentro das categorias dogmáticas.

Tendo isso em mente, o trabalho é estruturado em 6 capítulos, a fim de responder a essas questões. Os dois primeiros tratam das origens históricas da alienação fiduciária em garantia. O primeiro trata das origens remotas dessa espécie jurídica, o que envolve o contrato de *fiducia*.

---

[3] *Da alienação fiduciária em garantia*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 51.

[4] Essa parece ser a razão pela qual grande parte da doutrina analisa com afinco o negócio fiduciário. Não há dúvida de que esta espécie jurídica seja uma das inspirações para a alienação fiduciária em garantia. Inclusive, José Bulhões Pereira, advogado e um dos autores intelectuais da inovação legal, escreveu o seguinte sobre o instituto: "*Alienação Fiduciária em Garantia* – A emenda visa a introduzir, na nossa legislação, modalidade de prestação de garantia que preencherá importante lacuna no elenco dos instrumentos jurídicos à disposição do sistema financeiro e das empresas, pois permitirá a criação e conservação da garantia real constituída sobre mercadorias, em circunstâncias nas quais é legalmente impossível a constituição do penhor, pois é da natureza deste a tradição da coisa apenhada ao credor". E mais adiante, "A alienação fiduciária em garantia corresponde ao "*trust receipt*", amplamente utilizado nos países anglo-saxões, pelo qual o devedor transfere fiduciariamente o domínio da coisa, para que esta sirva de garantia. Ele difere do penhor em que transfere o próprio domínio, e não apenas constitui um direito real de garantia; e em que pode ser constituído independentemente da tradição da coisa, e inclusive enquanto esta se encontra em poder do devedor, o qual, neste caso, tem as responsabilidades de depositário." Essa justificativa foi também apresentada por intermédio do senador Daniel Krieger, por meio de emenda aditiva. Todavia, como a possibilidade de adoção dos *trusts* nos sistemas continentais é, no mínimo, duvidosa, preferiu-se adotar a alienação fiduciária como espécie de negócio fiduciário. George Siqueira, outro idealizador da alienação fiduciária, sobre a escreve sobre a emenda: "Cremos, porém, que não se faz necessário recorrer ao direito anglo-saxônio e sim retomar às prístinas e ricas fontes romanísticas. Nelas vamos encontrar o instituto do negócio fiduciário, que incorporamos ao nosso direito positivo na presente emenda." Essa emenda, acolhida que foi, em todos os seus termos pelo Congresso, se transformou no art. 66 da Lei nº 4.728/1965 (Cf. C. CAMARGO, *Da alienação fiduciária em garantia e fundos contábeis de natureza financeira face à Lei de Mercado de Capitais*, in *Arquivos do Ministério da Justiça* (*AMJ*) 25-2 (1967), p 37-38. J. C. Moreira Alves, *Da alienação* cit. (nota 3), p. 9-13).

[5] A. MOJA, *Il trust a scopo di garanzia*, in A. GAMBARO – U. MORELLO, *Trattato dei Riritti Reali – Diritti Reali di Garanzia*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2014, p. 601.

Verificar-se-á a relação entre *fides* e *fiducia*, assim como serão observadas as fontes jurídicas mais importantes acerca do tema. Também será observada a forma como era tutelado o direito oriundo do contrato de *fiducia* e serão tecidos comentários acerca de eventual causalidade no ato transmissivo (*mancipatio*), que era uma venda imaginária, mas apenas formalmente. Por fim, serão feitas considerações acerca da *fiducia* que tinha como escopo garantir obrigações – *fiducia cum creditore*, que é, claramente, um dos antecessores remotos da alienação fiduciária em garantia.

Passa-se, então, ao segundo capítulo, em que se pode verificar quais foram as situações de fato que levaram à criação da alienação fiduciária em garantia. Nesse capítulo, destaca-se o legado de forte insucesso de um dirigismo governamental dos anos 1960 e 1970, consubstanciado na derrocada do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), com a consequente necessidade de criação de outras fontes de financiamento, fazendo nascer o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI). Destaca-se, outrossim, neste capítulo, as razões da pouca efetividade da hipoteca, direito real de garantia que era o único disponível para garantir financiamentos imobiliários.

Por fim, mas, mais importante, nos quatro últimos capítulos analisa-se, efetivamente, a natureza jurídica acerca da alienação fiduciária em garantia. Assim, aborda-se a questão de tratar-se de um i) negócio jurídico contratual, ii) dispositivo, iii) causal e iv) acessório.

A questão, no entanto, não é trivial. Para se chegar a essa conclusão é necessário que se tenha uma visão clara acerca da estrutura das obrigações que tem como objeto a transmissão da propriedade, bem como do funcionamento dos sistemas de transmissão. Com esses subsídios, poder-se-á entender a verdadeira natureza jurídica da alienação fiduciária.

CAPÍTULO 1: ORIGENS REMOTAS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

1.1 *Fides* e *fiducia*

O direito não é arbitrariamente inventado pelo legislador, mas constituído historicamente pela evolução lógica das formas, sendo manifesto que não se poderá ser bem compreendido no seu estado atual sem recorrer-se aos estados anteriores.[6] Portanto, é essencial para o entendimento da alienação fiduciária em garantia o conhecimento do substrato histórico dos institutos antigos lhe são afetos.

Fides é uma expressão polissêmica[7] típica dos romanos cuja história, nas palavras de G. GROSSO[8] revela *un complesso fluire de concetti*. De fato, nos tempos mais remotos, *fides* era definida como "aderência à palavra", no sentido de *fit quod dicitur*, ou seja, de se "manter a palavra", aquilo que de prometeu.[9]

A questão da fidelidade, que envolve, obviamente, a *fides*, é recorrentemente discutida entre os romanos. Naquele direito o liame criado pela *fides* era de tal importância que alguns autores afirmavam que a verdade e a fidelidade no que concerne às promessas, bem como a acordos e juramentos, deveriam ser observadas ainda quando extraída com o uso de violência.[10]

Em mais de um texto, por exemplo, Cícero se manifesta sobre ela. A passagem mais famosa do autor sobre o tema diz "[p]orque são pesadas as palavras: 'que eu não esteja enganado

---

[6] A. J. RIBAS, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro, Garnier, 1880, p. 91. Como afirma com propriedade R. ZIMMERMANN (*Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford, Clarendon, 2001, p. 109), "*we cannot freely fashion our own existence, including our laws: we always, and necessarily, do it 'in indissoluble community with the entire past'; and unless we want unconsciously to be governed by the past we should explore it in order to understand how we got to where we are*" (não podemos moldar livremente nossa própria existência, incluindo nossas leis: sempre, e necessariamente, fazemos isso 'em comunhão indissolúvel com todo o passado'; e a menos que queiramos inconscientemente ser governados pelo passado, devemos explorá-lo para entender como chegamos onde estamos).

[7] A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, vol. 43-2, Philadelphia, The American Philosophical Society 1953, p. 471.

[8] *Fiducia (diritto romano)*, in *ED* 17 (1968), p. 384.

[9] F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, trad. in. de Marguerite Wolf, *Principles of Roman Law*, Oxford, Oxford University, 1936, p. 223.

[10] M. LIMA REIS, *O pacto comissório do Direito Romano*, Tese (Dissertação de Mestrado) – Faculdade de Direito da USP., São Paulo, 2014, p. 14, nota de rodapé nº 51.

e iludido sobre você e minha confiança em você'. Quão preciosas são essas [palavras]: 'como pessoas honestas, que buscam negociar de maneira transparente e sem fraude'"[11]. E na mesma obra afirma que "[o] fundamento da justiça, ademais, é a boa-fé, ou seja, verdade e confiança em relação às promessas e acordos".[12]

Posteriormente, deixou de ser um elemento eminentemente social para adquirir outro caráter. Converteu-se, assim, num modo geral de comportamento, ético, moral ou mesmo jurídico. Nesse sentido a *fides* – conceito social – serviu de base para o conceito de *bona fides* – conceito jurídico – que alguns argumentam ter sido recebido pelo direito sem modificação de conteúdo, identificando-os.[13]

O conceito de *bona fides*[14] possibilitou o balizamento de regularidade de condutas no direito romano, de modo a tornar previsível a solução para conflitos futuros, permitindo-se, assim, que houvesse um equilíbrio nas relações jurídicas,[15] influenciando, sobremaneira o direito civil atual[16].

A palavra *fiducia*, *ae* no latim advém de *fides*, *ei*, que, por sua vez, formou-se do radical do verbo semidepoente, da 3ª conjugação latina, *fido*, *is*, *fisus*, *sum*, *fidere*. Por essa razão, costuma-se atribuir a ela o significado de confiança, atrevimento, audácia, ousadia, prosápia, esforço.[17] Todavia, *fiducia*, que deriva de *fides* é mais comumente usada para se referir ao acordo (*pactum fiduciae*) – atualmente classificado como contrato – que, no direito romano, era

[11] *De off.* 3, 17, 70: "*Nam quanti verba illa: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim! quam illa aurea: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione!*". Tradução feita com base em Cicero, *De officiis – with an english translation by Walter Miller*, London-New York, Heinemann-Macmillan, 1913, p. 340.

[12] *De off.* 1, 7, 23: "*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas.*" Tradução feita com base em Cicero, *De officiis* cit. (nota 11), p. 24. Cf. diversas outras passagens que tratam da lealdade em F. SCHULZ, *Prinzipien* cit. (nota 9), p. 223, nota de rodapé nº 1.

[13] J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 313.

[14] A. BERGER, *Encyclopedic* cit. (nota 7), p. 374. Para um estudo aprofundado sobre as diferentes teses que buscam fundamentar a *bona fides*, cf. P. BONFANTE, *Essenza della "bona fides" e suo rapporto colla teorica dell'errore*, in P. BONFANTE, *Scritti Giuridici Varii*, vol. II, Torino, UTET, 1926, p. 708 e ss.

[15] M. LIMA REIS, *O pacto comissório* cit. (nota 10), p. 14, nota de rodapé nº 51.

[16] E. g., António Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 527-545, 632-659.

[17] A. VILLAÇA AZEVEDO, *Negócio Fiduciário*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito* (*ESD*) 54 (1977), p. 155.

utilizado para amenizar e contornar os rigores formais e seus efeitos típicos.[18] Ou seja, dado o rigorismo das formas no direito antigo, fazia-se um acordo separado – contrato de *fiducia* – com o fim de adequar forma jurídica e finalidade das partes. Daí dizer-se que o contrato de *fiducia* possuía uma estrutura dupla: um acordo que visava a transmissão (e produzia efeitos reais) e um outro que mitigava os efeitos do primeiro (e produzia efeitos pessoais).[19]

1.2 Fontes jurídicas históricas que tratam da *fiducia*

Segundo a doutrina mais atual,[20] são duas as espécies de fontes jurídicas mais importantes sobre a *fiducia*: i) o testemunho de Gaio, presentes em suas Institutas em 2, 59-60 e ii) os assim chamados *documenti della prassi* pela doutrina italiana.[21]

A primeira menção à *fiducia* por parte de Gaio é encontrada no contexto da discussão da *usureceptio fiduciae*, um dos três casos no qual, diferentemente da regra geral, um possuidor pode adquirir a propriedade de um bem ainda que saiba tratar-se de bem alheio.[22]

Escreve o jurisconsulto romano em 2, 59:

> *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, <si mobilis sit, biennio,> soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem (Também por outras causas, além dessa, alguém pode conscientemente usucapir coisa alheia: pois quem tiver transferido uma coisa a outrem, a título de fiducia, por meio de mancipatio ou de cessão em juizo (in iure cessio), pode usucapir – em um ano, realmente, se for móvel, em dois se for imóvel. Essa espécie de*

[18] M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Palermo, Palumbo, 2006, p. 448-451; G. GROSSO, *Fiducia* cit. (nota 8), p. 384; R. JACQUELIN, *De la Fiducie*, Paris, Giard, 1891, p. 8-11; A. BERGER, *Encyclopedic* cit. (nota 7), p. 471-472.

[19] P. MARRA, *Fiduciae Causa*, Milano, CEDAM, 2018, p. 136.

[20] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 97-122.

[21] Por exemplo, L. MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di 'fiducia cum creditore': i documenti della prassi*, *in Labeo 46-3 (2000), p. 451-460.; L. PEPPE, Alcune considerazioni circa la 'fiducia' romana nei documenti della prassi*, in L. PEPPE (a cura di), *'Fides, fiducia, fidelitas' – Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova, CEDAM, 2008, p. 175 e ss.; M. L. BICCARI, *Fiducia e trust: dai documenti della prassi e dalle fonti giurisprudenziali del diritto romano alle prospettive attuali del negozio fiduciario*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica* (*MEP*) 18-19 (2017), p. 103-130.

[22] Os outros dois casos são o *usucapio pro hedere* (2, 52-58) e o *usureceptio ex praediatura* (2, 61) (J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 13), p. 314; P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 98, nota de rodapé nº 1.

> *usucapião é dita usureceptio, porque aquilo, que um dia já tivemos como nosso, recuperamos por usucapião).*[23]

Embora existam críticas acerca do texto,[24] pode-se afirmar, com segurança, que a transmissão da propriedade de uma coisa pode se dar *fiduciae causa* por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*.[25] Essa certeza fica ainda mais forte se levar-se em conta que o mesmo jurista faz referência a esses tipos de transmissão também em 2, 220 e 3, 201.

Tradicionalmente,[26] a pesquisa acerca da *fiducia* costuma levar em conta também documentos da praxe jurídica da época. Deles pode-se extrair "não poucos elementos de grande utilidade para o conhecimento"[27] do instituto.

O documento dessa espécie mais citado em termos de estudo da *fiducia* é, certamente, a *Formula Baetica*.[28] Trata-se de uma lâmina de bronze com cerca de trinta centímetros de largura por dezenove centímetros de altura, sem contar as bordas, que possuem um centímetro, como uma moldura, e seis centímetros de profundidade. Sua descoberta teria ocorrido entre 1867 e 1868, por um fazendeiro, perto de Bonanza, porto de Sanlucar, ou San Lucar, próximo à foz do rio Gualquivir, que em latim chamava-se *Baetis*, daí seu nome. Redigido na forma objetiva da *testatio*, o documento instrumentaliza duas *mancipationes fiduciae causa* tendo por objeto da transmissão o fundo Baiano e ao escravo Midas, e um *pactum conventum* entre o *mancipio dans* e *mancipio accipiens*.[29]

O objeto que chegou até os dias atuais, provavelmente, fazia parte de um díptico, pois possui dois orifícios na margem inferior e, segundo P. MARRA,[30] destinados a unir um segundo

---

[23] Tradução de D. R. M. RODRIGUES, *Institutas de Gaio – Gai institutionum commentarii IV*, São Paulo, YK, 2020, p. 109.

[24] Cf. P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 98.

[25] "*nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit…*"

[26] Na doutrina brasileira, essas fontes são analisadas por O. SOUZA LIMA (*Negócio Fiduciário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1962 p. 9-39) que, ao lado das duas espécies jurídicas também colaciona as sentenças de Paulo e a *Lex Julia*, além de outras fontes literárias. Cf. também os trabalhos de A. WATSON, *The origins of fiducia*, in *ZSS* 79-1 (1962), 329 e ss., que utiliza várias fontes literárias para provar seus argumentos acerca da *fiducia*. Cf. também N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia, II, Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1983, p. 23-64.

[27] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 99.

[28] A literatura que trata desse documento é vastíssima. Para uma lista das fontes doutrinárias, cf. P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 99, nota de rodapé nº 7 e também o rol de referências disponíveis no sítio eletrônico da *Université Grenoble Alpes*: https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Negotia/Bonanza_CIL.htm [06/09/2021]

[29] O. SOUZA LIMA, *Negócio Fiduciário* cit. (nota 26), p. 17.

[30] *Fiduciae causa*, Milano, CEDAM, 2018, p. 100.

painel perdido de dimensões idênticas. A interrupção abrupta do texto é indicativa de tratar-se de um objeto dessa natureza.[31]

O texto presente na tábua é o seguinte[32]:

Dama L. Titi ser(uus) fundum Baianum, qui est in agro qui
Veneriensis uocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusq(ue)
esset HS n. I et hominem Midam HS n. I fidi fiduciae causa mancipio
accepit ab L. Baianio libripende antest(ato). Adfines fundo
dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere
oportet.
Pactum comuentum factum est inter Damam L. Titi ser(uum) et L.
Baian(ium) <uti>
quam pecuniam L. <Titius L.> Baian<i>o dedit dederit, credidit credi-
derit, ex-
pensumue tulit tulerit, siue quid pro eo promisit promiserit, spopondit
<spoponderit> fideue quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus
eaque mancipia fiducia<e> essent, donec ea omnis pecunia fidesue
persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua quaque
die L. Titio h(eredi)ue eius data soluta non esset tum uti eum
fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is uellet L. Titi-
us h(eres)ue eius uellet ubi et quo die uellet pecunia praesenti uenderet;

[31] Para C. LONGO (*Corso di Diritto Romano – La fiducia*, Milano, Giuffrè, 1933, p. 11-12), em que é seguido por O. SOUZA LIMA (*Negócio Fiduciário* cit. (nota 26), p. 17), no entanto, os furos eram para sustentar o formulário no escritório de seu dono, que dele se servia. Tratava-se, segundo eles, de um formulário, que deveria ser completado pelas partes que dele usassem, daí a interrupção abrupta no texto.

[32] Conforme J. A. BUENO DELGADO, *El Bronce de Bonanza*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá* (*AFDUA*) 2004, p. 154-155. Infelizmente, apesar dos esforços envidados, não foi possível encontrar uma tradução do texto.

mancipio pluris HS n. I inuitus ne daret neve as-

tis secundum mancipium daret neue ut in ea verba quae in ver-

ba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet repromitteret neue simplam

neue

[duplam.....]

Da leitura de seu conteúdo, observa-se tratar da instrumentalização de um negócio jurídico no qual *L. Baianius* transferiu à *Dama*, escrava de *L. Titius*, por meio de duas *mancipaciones* feita *fidei fiduciae causa*, cada qual tendo como preço fictício um sestércio, o fundo Baiano e escravo Mida, adicionado de um pacto que regulamentava a transmissão feita logo antes.[33]

Algumas características do instrumento, todavia, levam a desconfiança de tratar-se de um formulário e não da instrumentalização de um negócio concreto. Por essa razão, parte da doutrina costuma referir-se a ela como *Formula Baetica*, enquanto outros a ela se referem como Tábula Baética.[34]

De fato, levando-se em conta sua forma, seria difícil de imaginar que um negócio jurídico concreto fosse instrumentalizado por meio de uma tábula de bronze, cuja perenidade ultrapassaria, em muito, a vida do próprio negócio. Ademais, o próprio valor de sua confecção iria de encontro à sua finalidade, sendo mais comum a utilização de pequenas tabuletas de cera para instrumentalização de negócios jurídicos concretos.[35] Some-se a isso o fato de os nomes das partes, do fundo (*Tizio, Seio, Baianio*) e dos escravos (*Dama, Mida*) serem fictícios, assim como a falta de nomeação de um libripende e do *antestato*, figuras indispensáveis na *mancipatio*, e, finalmente, a incongruência entre a primeira parte do texto, em que se observa a *mancipatio* de um só escravo e a segunda, onde se diz *ea mancipia* (no plural), uma vez que tal falta de

[33] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 101.

[34] J. A. BUENO DELGADO, *Tabula Baetica – A Simple Model of Form or a Real Document?* in *Ius Romanum* 326 (2019), p. 327.

[35] Como se verá mais à frente.

atenção na determinação do objeto do negócio seria improvável num negócio concreto.[36] Apesar disso, autorizada doutrina ainda mantém a questão em aberta.[37]

Seja como for, verdade é que a parte mais importante desse documento é o *pactum* firmado entre as partes. Nele, em primeiro lugar, se observa a enumeração, segundo as várias causas, das dívidas (já contraídas ou que venham a ser) de *L. Baianus* garantidas pela *fiducia*, especificando que o fundo e os escravos (ainda que na *mancipatio* se referissem apenas ao escravo Midas) entregues em *fiducia* para *L. Titius* permanecerão com ele até que as referidas dívidas sejam saldadas.

Caso não fossem saldadas as dívidas (*si pecunia quaque die saluta non esset*), *L. Titius* ou seus herdeiros estariam livre para vender todos, ou alguns, dos objetos transferidos (*eum fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is vellet L. Titius h(erede) ve eius vellet*), em qualquer lugar (*ubi et quodie vellet*) e, com o preço, pagar-se. Por fim, verifica-se a regulamentação da garantia por evicção em favor de terceiro adquirente.[38]

Apesar da divergência atual acerca do valor a ser dado a esse documento epigráfico,[39] a doutrina costuma considerar essa fonte jurídica com uma das mais importantes acerca do contrato de *fiducia*.[40]

Outra espécie de documento da praxe jurídica que atesta a existência da *fiducia* são algumas tabuletas de cera encontradas em Pompéia e Herculano.[41]As primeiras, chamadas de tabuletas de Pompéia, são pequenos pedaços de cera nos quais se instrumentavam negócios

[36] C. LONGO, *Corso di Diritto Romano* cit. (nota 31), p. 11-12; O. SOUZA LIMA (*Negócio Fiduciário* cit. (nota 26), p. 19; P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 102.

[37] E.g., J. A. BUENO DELGADO, *El Bronce* cit. (nota 32), p. 155-156.

[38] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 105-106.

[39] Cf. P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 99 nota de rodapé nº 6.

[40] O. SOUZA LIMA, *Negócio Fiduciário* cit. (nota 26), p. 21.

[41] Herculano e Pompéia são famosas cidades antigas romanas na região italiana da Campânia, província de Nápoles. Ficaram conhecida por terem sido conservadas depois de terem sido soterradas pelas cinzas da erupção do vulcão Vesúvio em 79 d.C., que também atingiu a cidade de Estábia. Seus habitantes morreram devido à erupção e as cinzas modelaram seus corpos na posição que estes tinham no momento da sua morte. M. MORAIS CRUZ, *O que foi Herculano? Aspectos Históricos e Arqueológicos da Cidade Romana*, s.l., s.d., disponível in http://www.larp.mae.usp.br/o-ultimo-banquete-em-herculano/o-que-foi-herculano/ [03/11/2021]; M. IMBROISI, *Herculano – Outra vítima do Vesúvio – Itália*, s.l., 2021, disponível in https://www.historiadasartes.com/sala-dos-professores/herculano-outra-vitima-do-vesuvio-italia/ [13/02/2021].

jurídicos. É preciso destacar, no entanto, que, com esse nome, costuma-se referir a dois tipos de documentos.

Em primeiro lugar, refere-se a um grupo de tabuletas descobertas em Pompéia em 1887, que, segundo a doutrina prevalente,[42] trata da instrumentalização de um negócio fiduciário concreto com o escopo de garantia real, realizado no ano 61 d.C.

Tais tabuletas, no entanto, apresentam-se quase que completamente mutiladas e, em grande parte ilegíveis.[43] Uma delas, em estado de conservação razoável, apresenta o seguinte texto:

> *Poppaea Prisi liberta Note juravit pueros Simplicem et Patrinum, sive ea mancipia aliis nominibus, sunt, sua esse neque possidere, neque ea mancipia alli ulli obligata esse neque sibi cum ullo communia esse; eaque mancipia singula sestertiis nummus singulis Dicidia Margaris emit ob sestertios (indicação da soma) et mancipio accepit de Poppaea Prisi liberta Note.*[44]

Segue-se, então a parte mutilada. Apesar de, nesse fragmento não se poder verificar o *pactum conventum*, é possível afirmar com segurança que se seguia, depois da mancipação o *pactum fiduciae*, que, assim como na *Formula Baetica*, regulava os modos pelos quais se poderia alienar a coisa no caso de inadimplemento do fiduciante.[45] Resta claro, portanto, tratar-se de um negócio fiduciário.

Em segundo lugar, a expressão *tabuletas de Pompéia* pode referir-se às assim chamadas *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, que receberam esse nome por pertencer ao acervo privado da família Sulpicii, elaboradas entre os anos 26 e 61 d.C. Encontradas em Pompéia em 1959, atestam a aposição, no fórum de Pozzuoli, dos avisos de venda de escravos mancipados *fidei fiduciae causa* em garantia de empréstimos de dinheiro.

Tais avisos eram importantes para assegurar a higidez da venda dos bens transmitidos. Isto é, eram elaborados a título cautelar, a fim de comprovar a regularidade do procedimento de alienação pública da garantia fiduciária uma vez ocorrido o incumprimento da obrigação

---

[42] C. LONGO, *Corso di Diritto Romano* cit. (nota 31), p. 13.
[43] O. SOUZA LIMA, *Negócio Fiduciário* cit. (nota 26), p. 21.
[44] Texto retirado de C. LONGO, *Corso di Diritto Romano* cit. (nota 31), p. 13. Também não foi possível encontrar tradução dessa passagem.
[45] R. JACQUELIN, *De la Fiducie* cit. (nota 18), p. 57-58.

garantida pelo devedor. Em particular, o credor que realizava o leilão da garantia precisava atestar a continuidade da afixação do aviso de venda por trinta dias contínuos, a fim de evitar qualquer contestação por parte do devedor.[46]

Mais bem conservadas que as tabuletas descobertas no final do século XIX, foi possível observar, recentemente, que tais tabuinhas do arquivo Sulpicii constituem um excelente instrumento de conhecimento direto não só da *fiducia* como instituição geral, mas do procedimento de execução da garantia fiduciária, da qual nos dão as modalidades concretas de execução.

Nos leilões privados desse tipo, o vendedor (*dominus auctionis*) atribuía a um banqueiro (*argentarius*) a tarefa de organizar o leilão. O maior ônus constituído pelas despesas organizacionais e pela remuneração do argentário teria sido compensado pelas vantagens de um público mais amplo de potenciais compradores (além da publicidade que teria sido dada ao procedimento, aos clientes do banqueiro). E, sobretudo, pela certeza da obtenção do preço do bem posto à venda, visto que, na atribuição da tarefa, o *argentarius* assumia compromisso expresso nesse sentido.[47]

O leilão ocorria em três fases distintas. Na primeira, há a venda do bem dado em garantia pelo argentário, mediante afixação de aviso (*libelo*) indicando a data e local do leilão, os bens postos à venda, o seu estatuto jurídico (*pignus* ou *fiducia*), o nome do devedor, o montante da dívida garantida, a data, o local e a hora da venda, as condições da venda e o pagamento em dinheiro (*pecunia praesenti*) pelo adquirente.

Na segunda fase havia a realização do leilão, de acordo com os métodos indicados no aviso. O leiloeiro apresentava os bens, declarava, se fosse o caso, as suas qualidades, realizava uma disputa (*licitatio*) entre os interessados na compra e recolhia as suas ofertas.

Na última, por fim, havia a adjudicação (*adiudicatio*) do leiloeiro, ao que apresentou a melhor oferta.[48]

---

[46] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 113.
[47] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 114.
[48] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 114-115. Para o texto das tábuas, cf. P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 115-120.

Do exame desses documentos pode-se notar, portanto, a existência indiscutível da *fiducia*. Do edital de venda,[49] é bem claro que os bens dados em garantia fiduciária foram, justamente, objeto de *mancipatio fidei fiduciae causa*, atestando a existência e utilização desse tipo de contrato ainda na época de elaboração do referido edital, que remete ao período de 26 a 61 d.C.[50]

Por fim, outro documento da praxe jurídica são as tabuletas de Herculano. Embora também gravemente deterioradas, graças ao trabalho de epigrafistas, pode-se verificar que foram suficientes para revelar seu objeto. Trata-se, entre outras, de pequenas tábuas de cera que instrumentam negócios jurídicos. Em uma delas, observa-se um empréstimo entre *L. Cominius Primus* e *M. Nonius Fuscus* de 1900 sestércios – primeiro, 1.300 sestércios e, depois, em 20 de janeiro de 62 d.C., outros 600), garantidos por *fiducia*.

A tabuleta informa que, após o juramento, *L. Cominius Primus* recebeu a escrava *Nais* de *M. Nonius Fuscus* por meio da *mancipatio fiduciae causa* realizada *nummo uno*, para garantir uma dívida de 600 sestércios.[51]

Diferentemente da *Formula Baetica*, afirma-se que a aquisição, porém, vem indicada na fórmula mais curta *fiduciae causa* (e não *fidi fiduciae causa*). A doutrina sustenta, quase unanimemente, que a formulação mais concisa é inteiramente equivalente a *fidi fiduciae causa*. No entanto, há quem considere esta última a forma mais antiga.[52]

1.3 Espécies e tutela processual (*actio fiduciae*)

Muito utilizada na época republicana, e ainda usada no final do período clássico, a *fiducia* possuía diversas finalidades. Podia garantir o adimplemento de uma obrigação preexistente, constituir o *depositum* ou o *commodatum* de um bem, assegurar a emancipação de

[49] Vale observar que a menção da condição jurídica do bem, como destaca P. MARRA (*Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 114-115), parece ter sido considerada um dado relevante para o público; o simples facto de constar do aviso constitui prova disso.

[50] Vale observar, também, que, por uma questão de lógica, nas obras anteriores ao ano de 1959, não há referência a esse documento epigráfico.

[51] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 110-111.

[52] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 112.

um *filius familias* ou a *coemptio* de uma mulher, assegurar a *manumissio* de um escravo, possibilitar uma doação, por ato *inter vivos* ou *mortis causa* e, afirma-se, teria constituído a base da *mancipatio familiae*.[53]

Gaio (I. 2, 60) explica que ela poderia ser realizada de duas formas, *cum amico* ou cum *creditore*:

> *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo conpetit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo conpetit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucratiua usus capio conpetit* (Mas a fidúcia se contrai ou com um credor, como direito de garantia, ou então com um amigo, para que coisas nossas estejam mais seguras com ele. Se a fiducia houver sido contraída com um amigo, sem dúvida cabe, em qualquer hipótese, a usureceptio. Se foi, porém, com um credor, uma vez tendo sido pago o dinheiro <a ele devido>, a usureceptio cabe em qualquer hipótese; não tendo, no entanto, sido ainda pago, só cabe se o devedor não tiver alugado a coisa ao credor, nem tiver pedido para possuí-la a título precário: nessa hipótese, cabe usucapião lucrativa).[54]

Feita na modalidade *cum amico*, se a coisa caísse em poder do fiduciante, este podia readquiri-la mediante a *usureceptio*, forma especial de usucapião que prescindia justa causa e cujo prazo, no caso de bens imóveis itálicos, era de um ano.[55] Já na modalidade *cum creditore*, somente poderia ocorrer a *usureceptio* se a dívida já tivesse sido paga. Se o devedor fiduciante não fosse mero detentor da coisa, poderia recuperá-la mediante a *usucapio lucrativa*, mesmo não tendo pagado a dívida.[56]

A gênese e o desenvolvimento da sanção processual da *fiducia* são bastante discutidos. Deve-se isso ao fato de que a reconstrução histórica da fidúcia ser dominada por uma notável

---

[53] T. OLCESE, *A propriedade fiduciária de base romanística e o trust inglês: perspectivas comparatísticas*, in *Revista Jurídica da Faculdade 7 Setembro* (*RJurFA7*) 12-1 (2015), p. 47. Especificamente sobre a fidúcia no direito das pessoas e no Direito das Coisas, cf. P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 15-95 e 97-281.

[54] Tradução de D. R. M. RODRIGUES, *Institutas* cit. (nota 23), p. 109.

[55] T. OLCESE, *A propriedade fiduciária* cit. (nota 53), p. 47.

[56] Gai. I. 2, 59. A possibilidade de *usureceptio* é considerada por alguns autores como inconveniente e mesmo perigosa, pois, embora com a transferência da propriedade da coisa, o credor ficasse perfeitamente garantido, se ela recaísse na posse do devedor, este, ao fim de apenas um ano, mesmo se tratasse de imóvel, recuperaria a propriedade sobre ela (M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 478; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 13), p. 351).

incerteza, devido, principalmente, à escassez de fontes confiáveis. Os poucos testemunhos diretos e, sobretudo a fragmentariedade dos documentos que dela tratam, oferecem parcos elementos para reconstruir o instituto. Isso tem permitido que a doutrina se aventure nas mais variadas hipóteses sobre sua origem, estrutura, efeitos, como também sobre sua proteção processual.[57]

O fato de a *fiducia* ser um acordo dissociado do ato de transmissão, fez com que ela compartilhasse durante séculos o destino de todas as outras relações de boa-fé. Sua eficácia dependia unicamente da *fides* do adversário e, mais concretamente, de seu medo da infâmia que a falta de palavra provocaria.[58]

A ação que surgiu, posteriormente, para sua tutela foi a *actio fiduciae*. Com ela podia o fiduciante obter restituição da coisa e sancionar toda violação do *pactum fiduciae*.[59]

A doutrina não diverge ao afirmar que a *actio fiduciae* surge entre o século III e início do século II a. C.[60] P. FREZZA[61] e M. KASER[62], por exemplo, acreditam ter surgido no decorrer do século III a. C.; M. TALAMANCA[63], por outro lado, coloca como termo de nascimento o final do século III e o início do século II a. C. Enquanto, outros, como J. P. DUNAND,[64] colocam seu início no início no século II a. C.

---

[57] P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi Urbinati di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche* (SUSGPE) 66 (2015), p. 35; E. CHAMOUN, *Instituições de Direito Romano*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Revista Forense, 1957, p. 347; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 143.

[58] R. VON JHERING, *Geist Des Römischen Rechts – Auf Den Verschiedenen Stufen Seiner Entwicklungt*, trad. fr. de O. de Meulenaere, *Le Spirit du Droit Romain – Dans les diverses phases de son développement*, 2ª ed., t. III, Paris, Maresq, 1880, p. 214.

[59] E. CHAMOUN, *Instituições* cit. (nota 57), p. 347.

[60] G. FALCONE, *La formula "ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione" e la nozione di "vir bonus", in Fundamina – A Journal of Legal History* (*FJLH*) 20-1 (2014), p. 258.

[61] *Le garanzie delle obbligazioni – Le garanzie reali*, vol. II, Padova, CEDAM, 1963, p. 66.

[62] *Die Anfänge der manumissio und das fiduziarisch gebundene Eigentum*, in *ZSS* 61 (1941), p. 182.

[63] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota 56), p. 553; no mesmo sentido, R. FERCIA, *"Fiduciam contrahere" e "contractus fiduciae" – Prospettive di diritto romano ed Europeo*, Napoli, Jovene, 2012, p. 235; A. WATSON, *The origins* cit. (nota26), p. 329.

[64] *Le transfert fiduciaire: "donner pour reprendre", Mancipio dare ut remancipetur: analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 158. No mesmo sentido, N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 41; B. NOORRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Rech*t, Amsterdam, Gieben 1999, p. 8; P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 36.

Segundo G. GROSSO[65], o fato de Gaio[66] e Cícero incluírem o *iudicium fiduciae* entre os de *bonae fidei iudicia* fez nascer a disputa entre romanistas se existiu uma, ou duas, fórmulas de *actio fiduciae* e, caso existisse apenas uma se era *in factum* ou in *ius concepta.*[67] Ainda segundo o autor, existiu apenas uma fórmula, *in ius concepta*, sendo que a inclusão dessa ação nos *bonae fidei iudia* seria uma demonstração da conexão romana daquela *bona fides* cujo desenvolvimento abrange a vasta expansão das relações entre romanos e estrangeiros no comércio internacional.[68]

Inicialmente, era controverso se o fiduciário possuía uma ação contrária por contraprestações decorrente da *fiducia*, como o dano resultante da coisa. Afirma-se que sim, como se pode constatar das sentenças de Paulo.[69] À essa ação foi dado o nome de *actio fiduciae contraria*, que concedida ao fiduciário no caso de o fiduciante se negar ao cumprimento das obrigações que eventualmente surgissem para ele.[70]

Segundo J. C. MOREIRA ALVES,[71] "ao que parece", a sansão ao *pactum fiduciae* foi uma criação pretoriana, que ocorrera durante o período clássico mediante uma *actio in factum*. Só posteriormente, nos fins da república, surgem duas ações *in ius*, transmissivas ativa e passivamente: a *actio fiduciae directa*, concedida ao fiduciante quando o fiduciário não restituía a coisa ou não lhe dava o destino combinado e a *actio fiduciae contraria*, concedida ao fiduciário no caso de o fiduciante se negar ao cumprimento das obrigações que eventualmente surgissem para ele e que era assim denominada porque "era concedida à maneira de apêndice da ação civil decorrente do contrato, e na qual as posições das partes se invertiam: o réu passava, na *actio contraria*, a autor".

Discute-se também o grau de responsabilidade do credor e do devedor no âmbito da *actio fiduciae*. Do ponto de vista subjetivo, duas correntes existem.

---

[65] *Fiducia* cit. (nota 8), p. 387.
[66] I. 4, 62.
[67] Há quem argumente que, inicialmente teria sido *in factum*, para depois se tornar *in ius*, *e. g.*, J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 143.
[68] *Fiducia* cit. (nota 8), p. 387-388.
[69] *Sent.* 2, 13, 7.
[70] J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 143.
[71] *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 143.

De um lado, adotando uma posição mais branda, alguns defendem a responsabilidade apenas no caso de dolo, outros, a estendem também no caso de culpa.[72] Do ponto de vista objetivo, discute-se até que ponto os bens dados em *fiducia* responderiam pelos débitos. Nesse sentido, é bastante discutida a incidência da *lex comissoria* no âmbito da *actio fiduciae*.[73]

Dúvida não cabe acerca do fato de que a condenação no *iudicium fiduciae* estava incluso entre os infamantes, como deixou consignado Ulpiano.[74]

---

[72] G. GROSSO, *Fiducia* cit. (nota 8), p. 388.

[73] Sobre a *fiducia cum creditore* e os limites da responsabilidade patrimonial, cf. M. LIMA REIS, *O pacto comissório* cit. (nota 10), p. 11-30.

[74] 30 *ad ed.*, D. 13, 7, 22, 3-4: "*3. Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit vel conduxit pignus, possessionem non restituat, contrario iudicio tenetur. 4. Si creditor, cum venderet pignus, duplam promisit (nam usu hoc evenerat et conventus ob evictionem erat et condemnatus), an haberet regressum pigneraticiae contrariae actionis? Et potest dici esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut pater familias diligens id gessit: si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanto vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere*" (3. Se, depois de vendido o penhor, não quiser o devedor restituir a posse dele, em que se achava a título precário ou de aluguel, ficará a isso obrigado pela ação contrária pignoratícia. 4. Se o credor, vendendo o penhor, se sujeitou, segundo o uso, a pagar o duplo do preço no caso de evicção, e, por isso, for condenado, terá direito de regresso contra o devedor por meio da ação contrária pignoratícia? Pode-se dizer que tem esse direito se houver feito a venda com semelhante cláusula sem dolo e nem culpa, e que se comportou a esse respeito como um diligente pai de família. Mas se essa cláusula não tornou a venda mais vantajosa, e se a venda foi feita pelo preço que se poderia obter sem ela, não terá regresso.); 30 *ad ed.* D. 13, 7, 24, pr.: "*Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contrariam pigneraticiam. Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. Immo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agetur*" (Consultaram-me sobre se o credor, tendo alcançado do Imperador o permanecer na posse do objeto penhorado, e havendo sido dele desapossado judicialmente, terá, a esse respeito, a ação contrária pignoratícia. Parece que ficou extinta a obrigação do penhor e o contrato rescindido. Mas julgou-se, para esse fim, apropriada ao credor a ação útil da compra, do mesmo modo que se a coisa empenhada lhe tivesse sido dada em pagamento pelo devedor para que ele se satisfizesse do valor de seu débito e das perdas e interesses; e se o devedor intentar contra o credor a ação pignoratícia ou qualquer outra, poderá esse exigir a compensação.); 31 *ad ed.* D. 13, 7, 25, pr.: "*Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor. Sicut enim neglegere creditorem dolus et culpa quam praestat non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad reciperandum: puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres. Alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi paenuria coactum derelinquere. Medie igitur haec a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur*" (Se o credor mandar ensinar algum ofício aos escravos empenhados, caso, porventura, já estiverem iniciados nesse ensino ou se o fizer pela vontade do devedor, terá contra esse a ação contrária; se assim não o fizer, mas tiver mandado ensinar ofícios necessários, ainda terá a ação contrária, não de modo, porém, ao dono se ver coagi do a abandonar o escravo, por conta da grandeza das despesas disso decorrente. De certo, conquanto não se permita que o credor faça pouco caso do que lhe está empenhado, visto responder pelo seu dolo e culpa a esse respeito, não deve, todavia, fazer com a coisa empenhada despesas tão consideráveis que a sua cobrança se torne onerosa para o devedor. Por exemplo, quando um devedor der em penhor uma grande mata que não se acha em estado de cultivar, pois pode apenas pagar as suas dívidas se o credor fizer com o seu cultivo grandes despesas de modo a aumentar-lhe o valor. Não sendo assim, dar-se-á a injustiça de o devedor ter de procurar

1.4 *Mancipatio fiduciae causa*: transmissão causal?

Segundo entendimento majoritário da doutrina tradicional,[75] a *fiducia* era resultado de um ato solene, a *mancipatio* ou a *in iure cessio*, e de um *pactum conventum*,[76] no qual o fiduciante transmitia uma coisa para que o fiduciário lhe desse certa destinação ou lhe fosse devolvida. A *mancipatio*, no entanto, era feita *nummo uno*, isto é, por preço vil, irrisório, *per um soldo*, ou, em outras palavras, com grande diferença de preço em relação à coisa transferida.

Argumenta-se, no entanto, que tal característica poderia ser de um tipo peculiar de transferência,[77] a *mancipatio* fiduciária. Nesse sentido, advoga-se que existiam outras formas de transmissão, mais simples e com maior *elasticità*, como uma compra e venda ou uma *in vicem stipulatio*, que seriam tão aptas quanto à realização da finalidade do *pacto fiduciae* acessório, apresentando, assim, notáveis vantagens, com exceção de não dar lugar à uma ação infamante.

G. MESSINA[78] defende a autonomia dessa forma de celebração de negócio jurídico, e é categórico ao negar uma eventual evolução da *mancipatio* fiduciária como um produto de uma

---

outros credores ou de ser obrigado a vender o imóvel que desejava recuperar ou, coagido pela falta de meios, a abandoná-la ao credor; em todos esses casos, deve o juiz tomar o meio termo, nem atendendo a um devedor muito sensível à despesas e nem a um credor que as tenha sobrecarregado demais). Traduções de M. CUNHA LOPES E VASCONCELOS et al., Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano – Livros 12-19, vol. III, São Paulo, YK, 2018, p. 90-91; G. GROSSO, Fiducia cit. (nota 8), p. 388; E. CHAMOUN, Instituições cit. (nota 57), p. 347.

[75] G. MESSINA, *Scritti Giuridici – Negozi Fiduciari*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1948, p. 107; E. CHAMOUN, *Instituições* cit. (nota 57), p. 346; A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1963, p. 485; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 143; A. BERGER, *Encyclopedic* cit. (nota 7), p. 471.

[76] Este, ao lado da expressão *lex pactum*, é a forma como o *pactum fiduciae* era designado nas fontes (J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 13), p. 350, nota de rodapé nº 7). Forma singular de *pacta conventa*, a expressão diz respeito a um acordo independente daqueles firmados no bojo de um contrato. Acredita-se que tenha sido termo técnico utilizado no Edito pretoriano. Argumenta-se, também, se a expressão deve ser entendida como dois substantivos – pacto como sinônimo de acordo – ou como "acordo sobre [determinada coisa]" (*pact agreed upon*) (A. BERGER, *Encyclopedic* cit. (nota 7), p. 615). A expressão é famosa também por dar nome ao documento elaborado no *electoral parliament* de 1573, que continha o acordo feito entre os embaixadores de Carlos IX, rei da França, e Henrique de Valois, seu irmão, de um lado, e os estados polonês e lituano, de outro. Trata-se, este último, como é fácil notar, de um documento público – de direito público internacional, para ser mais preciso. O significado, nesse caso, todavia, perdeu sua acepção original, oriunda do direito privado romano. Ao tomar emprestado o termo *Pacta Conventa* em 1573, visava-se, provavelmente, enfatizar o caráter privado e pessoal de as obrigações do rei recém-eleito. Provavelmente os arranjos que foram estipulados como garantia para o cumprimento das obrigações reais foram baseados na propriedade pessoal de Henrique (P. SKWARCZYŃSKI, *The Origin of the Name "Pacta Conventa" in 1573*, in *The Slavonic and East European Review* (*TSEER*) 37 (1959), p. 469, 475).

[77] Contudo, outros atos jurídicos, como a doação, poderiam ser realizados pela mesma forma, mas com a mesma assimetria de valores, como é o caso da doação (J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 13), p. 305-306). Isso, no entanto, não tira credibilidade do argumento, uma vez que a forma de transmissão não era o único sintoma da *mancipatio* fiduciária. G. MESSINA, *Scritti Giuridici* cit. (nota 75), p. 107.

[78] *Scritti Giuridici* cit. (nota 70), p. 107.

venda real, para uma venda – também real – mas com cláusula de resgate, e desta para uma venda formal convencionada pelas partes, embora esses artifícios jurídicos fossem teleologicamente equivalentes. Isso porque, segundo ele, não só existem fortes indícios de que a *mancipatio* fiduciária não surgiu antes que a *mancipatio* fosse reduzida a uma *venditio* imaginária,[79] mas a estrutura da *fiducia cum creditore*, instituto onde essa evolução poderia ocorrer de forma mais adequada, não deixa qualquer dúvida sobre a falta de fundamento desse desenvolvimento hipotético, dado que "o crédito garantido nunca foi absorvido pelo estabelecimento da *fiducia*, e isso é demonstrado pela indicação que as fontes fazem do fiduciário como credor e do fiduciante como devedor."[80]

Também defendendo a autonomia dessa forma de celebração do negócio jurídico, G. GROSSO[81] aduz que a afirmação prevalente, de que a obrigação do fiduciário nascia do pacto adjeto (*pactum fiduciae*), seria um erro "enraizado". Para ele, a responsabilidade do fiduciário – que é eminentemente de restituir – nasceria da própria *mancipatio* (ou *in iure cessio*) *fiduciae causa* e encontrava direta e plena expressão na figura da *fiducia cum amico*. O pacto acessório, segundo ele, serviria apenas de regulação, delimitação e exclusão, em certas hipóteses, da obrigação assumida no momento da transferência. Tratar-se-ia, portanto, de uma transmissão concreta, com causa determinada e não abstrata.

Mesmo passando por diversos desenvolvimentos e adaptações, o núcleo essencial da obrigação que derivava da *fiducia* era sempre a mesma, a obrigação de restituição. Mas esta não ocorria da mesma forma que nos casos em que pendia condição. Ou seja, como uma obrigação de restituir apoiada sobre a transmissão e por esta modelada. No caso de transmissão fiduciária, a obrigação de restituição nasceria pelo fato de ser o ato realizado *fiduciae causa*, isto é, por estar a transmissão ligada ao ato de resposta à confiança, configurada nos termos que Cícero

[79] A *mancipatio* apenas se tornou uma forma de transmissão na qual não se percebia sua causa no período clássico. Segundo escólio de J. C. MOREIRA ALVES (*Direito Romano* cit. (nota 13), p. 305-306), "tudo indica que, primitivamente, a *mancipatio* era a forma pela qual os romanos realizavam a compra e venda real (isto é, a compra e venda em que há a troca, simultânea e imediata, da coisa vendida pelo preço, que, em épocas remotas, era representado por pedaços de bronze pesados na balança – uma vez que ainda não existia moeda cunhada pelo Estado – e efetivamente entregues ao alienante). Foi só no direito clássico que a "a *mancipatio* se tornou uma *imaginaria uenditio*, ou seja, um negócio abstrato, que tanto servia para transferir, a qualquer título a propriedade de uma *res mancipi* quanto para transferir outros poderes sobre coisas ou pessoas".

[80] G. MESSINA, *Scritti Giuridici* cit. (nota 75), p. 107-108.

[81] *Fiducia* cit. (nota 8), p. 387.

repetidamente menciona como próprios da fórmula da *actio fiduciae*: *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*.[82] Ou seja, como obrigação de se comportar bem, como é costume entre pessoas de boa-fé, e sem fraude.

E isso explicaria, ainda segundo G. GROSSO, porque Gaio, na classificação dos contratos em termos de termos de *re*, *verbis*, *litteris* e *consensu contrahi obligationem*, não inclui a *fudicia* entre os contratos reais.[83] Pois se a extensão dessa categoria, conforme aparece nas fontes justinianéias, o que abrange o empréstimo, o depósito e o penhor, possui um relativo desenvolvimento no período clássico, a fidúcia também deveria ter sido incluída.

De fato, a *mancipatio* e a *in iure cessio*, segundo a terminologia moderna, são classificadas como atos desprovidos de causa. Com efeito, a maioria dos autores defende que a *mancipatio* não deixava transparecer a causa na sua celebração.

Argumentam, como faz R. VON JHERING, que seria impossível a existência de uma *mancipatio fiduciae causa* na medida em que "[s]e tal convenção tivesse encontrado lugar nesta fórmula, teria gerado, como todos os outros atos obrigatórios do direito antigo, uma *actio stricti juris*". E, como "[n]a verdade, a ação que daí resultou foi uma *actio bonae fidei*, seria impossível que na forma – na *macipatio* – se verificasse a causa, porquanto, "uma ação desse tipo nunca foi capaz de surgir da mancipação".[84]

Seja como for, a questão da causa não fica totalmente abandonada. Em verdade, mais parece que, nesses casos, a "ideia de causa permanece na sombra."[85]

---

[82] Sobre essa questão, cf. G. FALCONE, *La formula* cit. (nota 60), p. 258-274. No mesmo sentido que G. GROSSO, A. BURDESE, afirma que "a cláusula *fidei fiduciae causa* possivelmente inserida no ritual da *mancipatio* não é verdadeira em si mesma como uma condição ou termo ou modo de resolução, e como tal incompatível com a natureza *actus legitimus da mancipatio*, (...) mas sim como indicativo de um caso de negociação que funda a obrigação fiduciária essencialmente dirigida à retransmissão do objeto da fiducia." (*Recensione a N. Bellocci, La struttura della fiducia. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, in *Iura* 34 (1983), p. 178 e ss.).

[83] Contrariando a classificação de Gaio, J. C. MOREIRA ALVES (*Direito Romano* cit. (nota 57), p. 143) e E. CHAMOUN (*Instituições* cit. (nota 57), p. 346).

[84] *Geist Des Römischen Rechts – Auf Den Verschiedenen Stufen Seiner Entwicklungt*, trad. fr. de O. de Meulenaere, *Le Spirit du Droit Romain – Dans les diverses phases de son développement*, 2ª ed., t. IV, Paris, Marescq, 1880, p. 139: "*Si pareille convention avait pu trouver place dans cette formule, elle aurait engendré, comme tous les autres actes obligatoires du droit ancien, une actio stricti juris. En réalité, l'action qui en naissait était une actio bonae fidei. Or, jamais une action de cette espèce n'a pu naître de la mancipation*."

[85] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, FGV, 2006, p. 44.

Ainda sobre o mesmo assunto, P. LAMBRINI,[86] revendo e aprofundando opiniões já esposadas em outra oportunidade,[87] afirma que a *mancipatio* e a *in iure cessio* eram negócios formais e abstratos, aptos a transferir a propriedade, mas poderiam tolerar uma função fiduciária. Embora creia que seja o formalismo que permite a transferência de propriedade – e, portanto, seja um ato abstrato, pois é nele que reside a causa de produção de efeitos reais –, a autora acredita também que o ato formal, especialmente a *mancipatio*, não precisava ser necessariamente carente de uma causa.[88] Nesse sentido, apoiada em estudos recentes,[89] a autora afirma que as partes poderiam, à semelhança do que ocorrera com a *stipulatio*, explicitar a causa pela qual a *mancipatio* havia sido feita e, ao fazê-lo, importantes efeitos jurídicos eram produzidos.[90]

Na prática da *mancipatio*, por se tratar de uma venda fictícia, era necessário o apontamento de um preço, que serviria para fins de evicção. O ato era abstrato, pois, como dito, era a formalidade de legitimava a produção de efeitos reais. Todavia, é notório que as fontes apresentam casos em que a causa aparece ligada à *mancipatio*. Observa-se, assim, mancipações feitas *fiduciae causa* e *donationis causa*,[91] ocasiões em que regras especiais eram aplicadas.

[86] *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 41.

[87] P. LAMBRINI, *Lineamenti storico-dogmatici della 'fiducia cum creditore'*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2003, p. 264. Em 2001, quando da participação no Convegno Aristec ao tratar do tema Garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. (P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 41).

[88] P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 42. Nesse sentido, a inviabilidade de utilização da *traditio* como forma de transmissão da propriedade na *fiducia cum creditore* não decorre da sua causalidade, mas da sua ausência de formalidade.

[89] Por todos, cf. P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 42, nota de rodapé nº 28.

[90] Nota-se, assim, forte correspondência entre essa característica da *mancipatio* e a explicação de F. C. PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Negócios Jurídicos*, t. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 166) sobre a possibilidade de se explicitar a causa nos negócios jurídicos, especialmente os patrimoniais: "Há declarações e manifestações de vontade cujo fim é intrínseco ao seu conteúdo. O casar-se com B é fim intrínseco da declaração de vontade de casar. Adotar a C por filho é fim intrínseco do negócio jurídico da adoção. Quando, porém, se passa ao plano dos direitos patrimoniais, é menos fixado o fim; é ele, em certo sentido, extrínseco; de modo que é preciso que se intrinseque a causa, o fim. O fim, a que se chama causa, é o que se dirigiu ao ser do negócio jurídico, portanto o que pôde figurar no suporte fáctico; portanto não há causa sem que essa entrada haja ocorrido (= podido ocorrer + ter ocorrido). O meio único para o fim inserir-se no suporte fáctico é inserir-se no conteúdo da declaração ou manifestação de vontade".

[91] Por exemplo, nas tabuletas de Pompéia e na Tábula Bética. Também a expressão *emit mancipioque accepit*, presente nas tabuletas da Transilvânia, outra fonte histórica, faria referência à razão econômico-social pela qual a *mancipatio* foi realizada (P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 42; C. G. BRUNS – T. MOMMSEN – O. GRADENWITZ, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, 7ª ed., Tübingen, Siebeck, 1909, p. 332-335).

Particularmente necessária era a explicitação de que a transferência era feita *donationis causa*, pois, nesses casos, os efeitos eram ainda mais diferentes.

Também a *coempitio*, cuja verdadeira natureza se discute – se se trata de uma transmissão de propriedade ou negócio familiar[92] –, podia ter a sua causa identificada. Segundo Gaio,[93] a *coempio* poderia ser realizada *matrimonii causa* ou *fiduciae causa*. Esta, explica o jurisconsulto romano, poderia ser realizada para duas finalidades, escapar à tutela de uma determinada pessoa ou, nos tempos antigos, o de possibilitar que uma mulher fizesse um testamento.

Portanto, a *causa fiduciae* podia estar contida no ato de realização da *mancipatio* e, na prática, era assim feito.[94] Quando a finalidade (*causa*) da *mancipatio* fosse a normal, ou seja, a

[92] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 15-18.

[93] I. 1, 114-115: "*114. Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae. quae enim cum marito suo facit coemptionem, <ut> apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae uero alterius rei causa facit coemptionem aut cum uiro suo aut cum extraneo, ueluti tutelae euitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. 115. Quod est tale: si qua uelit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis tutoribus <auctoribus> coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei cui ipsa uelit, et ab eo uindicta / manumissa, incipit eum habere tutorem <a> quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit. 115a. Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciana fiebat coemptio: tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibwsdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent. sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate diui Hadriani senatus remisit. 115b. ...fiduciae causa cum uiro suo fecerit coemptionem, nihilo minus filiae loco incipit esse. nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu uiri sit, placuit eam filiae iura nancisci*" (114. É, no entanto, possível para uma mulher realizar uma *coemptio* não apenas com seu marido, mas também com um estranho. Em outras palavras, coempitio pode ser realizada para fins matrimoniais ou com finalidade fiduciária. Da mulher que realiza uma *coemptio* com seu marido, para que passe a ser considerada como filha em sua família, diz que ela realizou uma *coemptio* com finalidades matrimoniais, ao passo que aquela que realiza a *coemptio*, seja com seu marido ou um estranho, para algum outro objetivo, como escapar de uma tutoria, é dito que o fez para fins fiduciários. 115. O que acontece é o seguinte: uma mulher que deseja se livrar de seus tutores existentes e conseguir outro, realiza uma *coemptio* com a auctoritas de seus atuais tutores; depois disso, ela é remancipada por seu *coemptionator* à pessoa de sua própria escolha e, tendo sido alforriada por ele, passa a ter como seu tutor o homem por quem ela foi alforriada. Essa pessoa é chamada de tutor fiduciário, conforme aparecerá a seguir. 115a. Antigamente, a *coemptio* fiduciária era realizada com o propósito de fazer um testamento. Era uma época em que as mulheres, com certas exceções, não tinham o direito de fazer testamento a menos que tivessem feito uma *coemptio* e tivessem sido remancipadas e libertadas. Mas o senado sob a autoridade do falecido imperador Adriano dispensou essa exigência de *coemptio*. 115b ...mas se uma mulher realiza uma *coemptio* fiduciária com o marido, ela adquire a posição de filha dele. Pois é ponto de vista aceito que, se por qualquer motivo, qualquer que seja a razão pela qual uma esposa está nas mãos de seu marido, ela adquire os direitos de uma filha). Tradução feita com base em F. ZULUETA, The Institutes of Gaius – Text with critical notes and translation, vol. I, Oxford, Oxford University, 1958, p. 35-37.

[94] O fato de o *iudicium fiduciae* ser incluído entre os *bonae fidei iudicia* (Gai. I. 4, 62) diz muito sobre o assunto, uma vez que, entre as características da *bonae fidei iudicia* está a eficácia dos acordos celebrados *in continenti*, ou seja, no momento da celebração do contrato; a fórmula da *fiducia*, isto é, o *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*, havia permitido delimitar e modelar a obrigação de restituição em relação aos diversos fins fiduciários (P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 42).

transmissão definitiva de uma *res mancipi* em face do pagamento do preço, podia haver a omissão da finalidade da transmissão sem que houvesse maiores problemas, já que era próprio dessa forma uma contraprestação.

Quando, por outro lado, a *mancipatio* visava outro fim que não o de venda, era importante mencioná-lo explicitamente, sendo que alguns autores tratavam a explicitação da causa como verdadeira exigência, porquanto os efeitos de uma "venda fiduciária" eram muito diferentes de uma venda normal ou doação.[95] Por exemplo, pode-se ver na *Formula Baetica*,[96], que a causa da *fiducia* estava expressa no próprio texto da *mancipatio*. Nela se verifica que a venda foi acordada *nummo uno*[97] e que a transferência ocorre *fidi fiduciae causa*.[98]

Nessa ordem de ideias, apesar da ideia cristalizada de que a *mancipatio* e a *in iure cessio* são formas de transmissão abstratas, há indícios de que existiu uma transmissão fiduciária, dogmaticamente destacada daquela normalmente feita por aquelas formas. Nesse sentido, poder-se-ia cogitar de uma transmissão causa, porquanto, no ato residiria a finalidade imediata que as partes buscariam, ou seja, a retransmissão da coisa.

1.5 A expressão *fidi fiduciae causa*

Um dos pontos mais importantes da descoberta da *Formula Baetica* é que ela especifica que as *mancipationes* nela documentadas foram feitas *fidi fiduciae causa*. Tal importância decorre do fato de que esse esclarecimento nunca havia sido atestado antes da descoberta da *tabula* em questão e, imediatamente, despertou a atenção da doutrina da época, levando a crer que as conjecturas até então formuladas da *mancipatio fiduciae causa*, estavam superadas.[99]

---

[95] P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 44, nota de rodapé nº 35.

[96] Esse objetivo específico é sinalizado por uma cláusula particular adicionada à *mancipatio*, que é demonstrado pela análise da *Formula Baetica* (J. P. DUNAND, *Le transfert fiduciaire* cit. (nota 64), p. 112).

[97] A venda *nummo uno* é aquela realizada por preço vil, simbólico. Quando realizada dessa forma, deixa claro que as partes, o *mancipio dans* e o *mancipio accipiens* buscam objetivo diverso da compra e venda, ou seja, a transmissão da coisa contra o pagamento do preço (J. P. DUNAND, *Le transfert fiduciaire* cit. (nota 64), p. 111-112).

[98] Em alguns casos de *fuducia cum creditore* verifica-se ainda que a soma de dinheiro dada ao fiduciante o foi a título de mútuo e que tal mútuo vinha garantido pela própria coisa transmitida. P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 44.

[99] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 103.

Antes de tal descoberta, afirmava-se que a finalidade fiduciária estaria expressa na introdução na declaração de aquiescência do *mancipio accipiens*, que desse por entender a natureza da aquisição. Até então, era prevalente a opinião de Theodor Mommsen, segundo a qual a expressão *fidi fiduciae causa* tratava-se de uma hendíadis – ou seja, figura que consiste em exprimir por dois substantivos, ligados pela conjunção *e*, uma ideia que se diz usualmente com um substantivo e um adjetivo[100] – de dois sinônimos.[101]

Recentemente, no entanto, sob o influxo do estudo linguístico de L. ZURLI,[102] argumentou-se que, na verdade, tratar-se-ia de duas expressões distintas, anunciando conceitos diferentes, mais antinômicos do que sinonímicos: *fiducia*, então, seria um reforço de *fides*, derivado do verbo *fido*, provavelmente através do adjetivo *fiducus*, ou seja, aquele que confia plenamente, análogo ao *caducus* (aquele que cai muito) ou ao *manducus* (aquele que come muito), e seria o posicionamento do fiduciante-*mancipio dans* para com o mandatário-*accipiens*. A *fides*, por outro lado, seria o *crédito* de que goza o fiduciário-*accipiens*, ou seja, o compromisso que o fiduciário assume, com sua palavra.[103]

Segundo P. LAMBRINI, trata-se de uma reconstrução certamente convincente. Todavia, como toda questão de direito antigo, em razão da falta de registros seguros, argumenta que poder-se-ia, no entanto, inverter a proposição, interpretando o termo *fides* em sentido objetivo. Assim, o fiduciário-credor teria *fides* em relação ao devedor-fiduciante ao lhe dar crédito. O devedor-fiduciante teria *fides* ainda maior, pois confia no credor-fiduciário a ponto de transferir a propriedade de um de seus ativos para ele.[104]

---

[100] Aulete Digital, disponível in https://aulete.com.br/hendiadis [01/11/2021]. Por exemplo: *pela poeira e pela estrada*, ao invés de *pela estrada poeirenta*, ou *pela poeira da estrada*. (Dicionário Online de Português, disponível in https://www.dicio.com.br/hendiadis/ [01/11/2021].

[101] P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 35; P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 104.

[102] *Sulla formula del negozio fiduciario*, in O. BIANCO e S. TAFARO (a cura si), *Studi di filologia e letteratura 5* (1999), p. 185-191, apud P. LAMBRINI, *Le cause del negozio fiduciario*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, vol. IV, Roma, Libellula, 2016, p. 217, nota de rodapé nº 26. Sobre o mesmo tema, há também o recente trabalho de J. BRUGMAN, *Fidi Fiduciae Causa – Een juridisch-filologische analyse van de fiduciaire clausule in de Formula Baetica*, Thesis (Bachelor) – Faculteit der Letteren, Nijmegen, 2020.

[103] P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 45.

[104] *Il negozio fiduciario* cit. (nota 57), p. 45. Discorda desse posicionamento P. MARRA (*Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 112, nota de rodapé nº 55), uma vez que "se assim fosse, a utilização da expressão *fiduciae causa* em vez de *fidi fiduciae causa* em alguns documentos epigráficos que instrumentalizam a *fiducia cum creditore* seria ainda menos compreensível."

Sob essa última perspectiva, conclui a autora que, seria por essa razão que Gaio[105] fala apenas de *fiduciae causa*. Não se trata de considerar superada a questão de estar presente, em cláusula do acordo, de *fidi* em face de *fiduciae*, em um contexto que durante séculos previu a proteção por uma *actio* (*actio fiduciae*) e em juízo de boa-fé, mas, precisamente, porque o Gaio, ao contrário dos testemunhos que relatam apenas casos de *fiducia cum creditore*, também se refere à *fiducia cum amico*, na qual não há uma *fides*, isto é, na qual o fiduciário não dá nem concede crédito algum ao *fiduciante*.

1.6 Peculiaridades e autonomia da *fiducia cum creditore*

Os elementos que individualizam a *fiducia cum creditore* apresentam uma problemática histórica, que, como destacado por G. GROSSO,[106] é inerente à história das garantias reais. Particularmente, discute-se os efeitos da inexecução da obrigação do devedor. Sustenta-se que, nos períodos mais remotos, a *lex comissoria* era inerente à *fiducia*. Com o pacto adjeto de *fiducia* acordava-se que, inadimplida a obrigação, a coisa era adquirida definitivamente pelo credor. Independentemente dessa fase mais antiga, a aplicação da *fiducia* com escopo de garantia levou a que as partes firmassem acordo pelo qual o credor insatisfeito poderia vender a coisa e satisfazer o crédito com a devolução da diferença entre a dívida e o preço. E isso, segundo o autor, reflete-se, por exemplo, na *Formula Baetica* e em passagens das sentenças de Paulo, em que o jurisconsulto parece considerar que, em verdade, é o *ius vendendi* que é inerente à *fiducia cum creditore*. Contudo, fato é que até a proibição do pacto comissório por Justiniano as partes pactuavam esse tipo de acordo.

Outra questão acerca da autonomia dogmática da *fiducia cum creditore* em face dos demais institutos de garantia de outros ordenamentos jurídicos diz respeito à relação entre a *fiducia* e a hipoteca. Especialmente no que diz respeito à influência helênica, destaca-se que o particular desenvolvimento da *fiducia* no direito romano surgiu também como uma necessidade econômica sentida também por outros círculos jurídicos. Todavia, nesse caso específico, apesar da finalidade econômica equivalente, o instituto grego era estruturado segundo conceito de uma

[105] I. 2, 59.
[106] *Fiducia* cit. (nota 8), p. 386.

compra e venda com um pacto de resgate, bastante diverso da figura do instituto romano. Pode-se dizer, assim, que a *fiducia* apresenta-se como instituto propriamente romano.[107]

1.7 Conclusão

Pode-se dizer que o contrato de *fiducia* está intimamente relacionado ao conceito de *fides*. Surge ela, no mundo jurídico, como desdobramento do dever moral das partes e com a finalidade de melhor adequar as rígidas formalidades do direito antigo.

Estruturalmente, a *fiducia* é composta por um ato de transmissão formal e abstrato (*mancipatio* ou *in iure cessio*), acompanhada de um acordo fiduciário (*pactum fiduciae*), que disciplina os direitos e deveres das partes contratantes. Embora seja verossímil que nesse tipo de transmissão o caráter fiduciário fosse inerente ao ato, fazendo-o causal, a doutrina mais atual ainda é reticente[108] em atribuir esse caráter à transmissão, ao argumento de que as fontes examinadas não parecem permitir reconstituir o modo como isso teria acontecido.[109] Ou seja, se com modificação profunda do ritual da *mancipatio* ordinária, por meio de uma *nuncupatio*, ou se por meio de uma cláusula específica com formalismo atenuado, ou seja, por meio de uma *lex mancipii*, ou ainda se, em vez disso, o acordo fiduciário tivesse mantido a forma de um simples pacto.

De qualquer forma, observa-se na *fiducia cum creditore* a fonte remota da alienação fiduciária em garantia.

---

[107] G. GROSSO, *Fiducia* cit. (nota 8), p. 386-387.

[108] P. MARRA, *Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 136. Embora não seja taxativa como a mais antiga, quando diz "[a] este respeito, parece ser incontroverso que o *pactum fiduciae* não teve qualquer participação no ritual da transferência solene de propriedade", O. GEIB, *Actio fiduciae und Realverträg*, in *ZSS* 8-1 (1887), p. 113.

[109] De acordo com R. VON JHERING (*Geist Des Römischen Rechts* cit. (nota 58), p. 213), contribui para isso o fato de que se esta convenção acessória fizesse parte integrante do ato, também teria se beneficiado do disposto na lei das tabelas XII que reconhecia como válidas todas as convenções acessórias: *cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit ita jus esto* (quando alguém realiza um *nexum* ou um *mancipium*, seja o direito conforme o que foi dito). Tradução feita com base em M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota 56), p. 71.

CAPÍTULO 2: ORIGENS PRÓXIMAS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

2.1 A crise do Sistema Financeiro da Habitação (SFH)

Ao se discutir as origens próximas da alienação fiduciária, busca-se identificar quais foram as circunstâncias factuais que levaram o legislador a criá-la. Como nota F. C. PONTES DE MIRANDA,

> *"Para se chegar ao conceito hodierno, consistente, de direito real de garantia, por longa evolução passou o direito ocidental. É de supor-se que, nas origens, tenha havido a transmissão da propriedade em segurança, ou para efeito de garantia. Para se haver o verdadeiro direito real de garantia foi preciso que se conseguisse a realidade do direito, sem se transmitir a propriedade do bem."*[110]

Pois bem, a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis é uma criação relativamente recente do direito positivo brasileiro, instituída pela lei nº 9514/1997, ao definir seu conteúdo em seu art. 22. Antes disso, era comum o emprego de negócios fiduciários, cujos pressupostos e ações pelo seu descumprimento já haviam sido abordados pela doutrina, porém sem rigorosa precisão. De fato, costumou-se analisá-lo apenas sob a ótica da fraude e da simulação, A. BUZAID[111] ao tratar do negócio fiduciário, de fato, afirma que "[s]ubsistiam ainda algumas incertezas acerca de sua fisionomia, sendo não raro assemelhada à simulação inocente."

O SFH é fruto de uma política de governo que procurou, ao mesmo tempo, incentivar o crescimento econômico e proporcionar a aquisição da casa própria à uma camada da sociedade que a ela nunca teve acesso.[112] Com isso, o governo buscava solucionar dois problemas graves que surgiram na década de cinquenta e que permaneciam nos anos sessenta: a recessão

[110] *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas – Direitos Reais de Garantia*, t. XX, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 61.

[111] *Alienação fiduciária em garantia (Histórico)*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito* (*ESD*) 6 (1977), p. 66.

[112] J. M. ARAGÃO, *Sistema Financeiro da Habitação – Uma análise sócio-jurídica da gênese, desenvolvimento e crise do Sistema*, Curitiba, Jaruá, 1999, p. 39-40.

econômica e o elevado percentual de pessoas que viviam favelizadas, em condições subumanas.[113]

Foi pensado um sistema que proporcionaria a aquisição da casa própria por meio de subsídios, os quais seriam, posteriormente, compensados com recursos públicos. Todavia, como de praxe, não foram tomadas medidas que efetivamente compensassem o gravame que tais subsídios impuseram ao equilíbrio financeiro, causando a exaustão dos recursos que deveriam garantir a segurança técnica do sistema. Esse movimento estatal foi impulsionado pelo crescimento dos Estados nacionais após a Segunda Guerra Mundial.

A primeira metade do século XX foi caracterizada por uma transformação radical da forma de existência e de vida dos Estados. Nesse sentido, motivado pelas duas grandes guerras e pelos conflitos bélicos do início do século passado, a principal característica desse período foi o crescimento desenfreado do Estado, concentrando nele funções que em nenhum momento da história foram de sua competência.

Nesse sentido, corroboram essas observações as lições de F. K. COMPARATO,[114] segundo o qual, até o início do século XX, "a guerra era uma atividade marginal, que interessava alguns grupos sociais por tradição ou profissão, e que podia se desenvolver paralelamente às outras atividades da nação. A partir de 1914, a guerra é um fenômeno social totalitário, que submete a seus fins todas as tarefas e ocupações, que interessa diretamente todas as classes sociais, sem exceção. Doravante, em período bélico, todas as funções do Estado são monopolizadas pelo conflito armado.

A economia, elemento crucial no suporte à guerra, também foi utilizada pelo Estado na tentativa de se fortalecer, tornando-se meio de apoio para o enfrentamento entre nações. Embora o advento do final da Segunda Guerra Mundial tenha trazido uma expectativa de progressivo declínio no controle exercido pelo Estado sobre a economia, não se pode afirmar que a política

[113] Para dados estatísticos sobre o tema, cf. J. M. ARAGÃO, *Sistema* cit. (nota 112), p. 39-43. A título de exemplo, vale a citação de que, no Recife, no final da década de cinquenta, 50% da população era favelada.

[114] *O Indispensável Direito Econômico*, in *Revista dos Tribunais* (*RT*) 923 (2012), p. 38-39. Cita o autor, por exemplo, que "Napoleão tinha tempo de se ocupar de arqueologia durante a campanha do Egito, ou de pensar na criação da *Comédie Française*, logo após a tomada de Moscou. A Grande Guerra de 1914-18 pôs fim a esta concepção romântica da atividade militar: desde então, nada escapa ao absolutismo da guerra – economia, ciência, arte, e até mesmo a religião."

econômica do Estado tenha deixado de ser intervencionista, ou mesmo que se tenha tornado menos intensa.[115] Com efeito, o Estado manteve-se intervencionista em todos os aspectos da vida cotidiana.

Para entender a dinâmica – e, posteriormente, o fracasso – do SFH, é necessário que se conheça essa nova função econômica desempenhada pelo Estado. Nos anos seguintes à Segunda Guerra Mundial, de acordo com A. LAUBADÈRE[116], o Estado se pôs a assumir uma série de novos papéis. Um deles, desconhecido antes, foi o de ajuda financeira aos investimentos privados: "Ele fez-se banqueiro dos investimentos privados." Nesse contexto, em sua atuação bancária, o Tesouro intervém não apenas como emprestador, mas também como garantia de pedido de empréstimo privado e como tomador de participações. É nesse contexto – conjugado com os problemas nacionais que já eram enfrentados nos anos 1970 (recessão e déficit habitacional) – que surge o Sistema Financeiro da Habitação.

Tal Sistema era constituído, inicialmente, pelo Banco Nacional da Habitação; por órgãos federais, estaduais e municipais, inclusive sociedades de economia mista em que havia participação majoritária do Poder Público, que operavam no financiamento de habitação e obras conexas; pelas sociedades de crédito imobiliário; pelas fundações, cooperativas mútuas e outras formas associativas para construção ou aquisição de casa própria.[117]

Para operacionalizar esse esquema, o Estado utilizou-se, ao lado de entidades públicas, de intermediários privados – especialmente as sociedades de crédito imobiliário. Tratava-se de instituições financeiras especializadas que desempenhavam um papel análogo às suas homólogas estatais, mas que eram organismos de direito privado.

---

[115] A. LAUBADÈRE, *Droit public économique*, 1979, trad. port. de Maria Teresa Costa, *Direito Público Económico*, Coimbra, Almedina, 1985, p. 51.

[116] *Droit public* cit. (nota 115), p. 51-53.

[117] Art. 8º da Lei nº 4.380/1964: "O sistema financeiro da habitação, destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população, será integrado: I - pelo Banco Nacional da Habitação; II - pelos órgãos federais, estaduais e municipais, inclusive sociedades de economia mista em que haja participação majoritária do Poder Público, que operem, de acôrdo com o disposto nesta lei, no financiamento ... (Vetado) ... de habitações e obras conexas; III - pelas sociedades de crédito imobiliário; IV - pelas fundações, cooperativas, mútuas e outras formas associativas para construção ou aquisição da casa própria, sem finalidade de lucro, que se constituirão de acôrdo com as diretrizes desta lei, as normas que forem baixadas pelo Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação e serão registradas, autorizadas a funcionar e fiscalizadas pelo Banco Nacional da Habitação."

Embora privadas, estas instituições desempenham um papel no aparelho do Estado-banqueiro, pois serviam igualmente de intermediários do Tesouro. Em virtude deste papel, apontam M. REALE – M. REALE JÚNIOR – P. A. AMARAL DUTRA[118], recebem dotações do Estado e estão sujeitas, em contrapartida, a controles muito apertados que as fazem geralmente qualificar como organismos "parapúblicos".

A ideia central do SFH foi a de estabelecer um circuito negocial integrado,[119] cuja articulação se dava por diversos negócios jurídicos firmados entre os figurantes desse sistema, a saber: O Banco Nacional de Habitação (BNH), as Sociedades de Crédito Imobiliário, construtores, adquirentes finais e, mais tarde, o Fundo de Garantia por Tempo de Trabalho (FGTS). Nesse circuito, recursos públicos subsidiariam os contratos realizados com os mutuários, cuja cadeia pode ser assim exemplificada:

FGTS ↔ BNH ↔ Agentes Financeiros ↔ Mutuários

Tais subsídios, incidentes, tanto sobre as prestações, quanto sobre o saldo devedor, importaram em um saldo devedor residual, ou resíduo. Em outras palavras, uma diferença negativa entre o que efetivamente foi pago pelo mutuário favorecido, e o que deveria ter sido pago, nos termos do contrato de financiamento firmado com o agente financeiro.

Este resto de saldo devedor, precisamente a parcela de crédito do agente financeiro prejudicada por força do subsídio, incumbiria ser compensado pelo Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS), para que o agente tivesse seu lucro assegurado, em razão do que dispunha Resolução do BNH,[120] é o que se convencionou chamar de segurança técnica do sistema.

Todavia, a forma e o volume com que foram concedidos os subsídios, sob o pretexto de justiça social causadas pelas circunstâncias econômicas, acabaram por exaurir o FCVS. Dentre as muitas normas editadas, destacam-se algumas que chegaram a conceder desconto de

[118] *O Sistema Financeiro da Habitação: estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do Estado*, in VVAA, A Atividade de Crédito Imobiliário e Poupança – Alguns Aspectos Jurídicos, São Paulo, ABECIP, 1994, p. 16.

[119] M. REALE – M. REALE JÚNIOR – P. A. AMARAL DUTRA,*O Sistema* cit. (nota 118), p. 12.

[120] M. REALE – M. REALE JÚNIOR – P. A. AMARAL DUTRA,*O Sistema* cit. (nota 118), p. 22.

cinquenta por cento sobre o saldo devedor, caso o mutuário quitasse a dívida, em prejuízo da remuneração das sociedades de crédito.[121]

É inegável, observando o emaranhado de normas sobre o assunto, a desproporção tomada pelos subsídios. Inexistindo a expectativa de pagamentos pelo FCVS, os agentes financeiros pararam de atuar nesse mercado levando à derrocada do sistema.

A dívida deixada pelo BNH à sua sucessora – Caixa Econômica Federal – em 1994 era estimada, segundo J. M. ARRUDA ALVIM,[122] em 50 bilhões de reais, o que, atualmente, corrigido pela inflação, aproxima-se de surpreendentes 600 bilhões de reais.[123]

2.2 A crise da hipoteca

Outro fator que levou à criação da alienação fiduciária em garantia foi a crise da hipoteca no direito brasileiro. Essa crise ocorreu, basicamente, em razão de dois fatores: i) a falta de segurança do crédito garantido por essa modalidade de garantia, que poderia ter sua preferência prejudicada em face de outro crédito de natureza diversa, ainda que posterior; e ii) a falta de celeridade na execução da garantia.

A hipoteca, em sua gênese,[124] visava satisfazer as necessidades da época. A teoria mais aceita, segundo J. C. MOREIRA ALVES,[125] possibilitava a constituição de garantia real sobre instrumentos agrícolas (os *inuecta et illata*, que consistiam em gado, escravos, utensílios, máquinas) sem, no entanto, sujeitar o devedor à perda da posse, como ocorrida no penhor (*pignus datum*).

---

[121] Art.5º original da Lei nº 8.004/1990.

[122] *Alienação Fiduciária de Bem Imóvel – O contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características*, in *Revista de Direito Privado* (*RDPriv*) 1-2 (2000), p. 152.

[123] Valor exato: R$ 591.700.725.000,00, com data inicial de 07/1994, data final de 08/2021 e valor a ser corrigido de R$ 50.000.000.000,00. Correção feita pelo IGP-M (FGV) pela calculadora do Banco Central do Brasil https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores&aba=1#, acesso em [13/09/2021].

[124] Sobre as origens da hipoteca, cf. F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, Oxford University, 1961, p. 406-414; N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris, Rousseau, 1899; A. ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdito Salviano*, Livorno, Giusti, 1889; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 13), p. 352-353.

[125] *Direito Romano* cit. (nota 13), p. 352.

Também era superior ao *pignus*, por não exigir o desapossamento da coisa, e à *fiducia cum creditore*, a qual, segundo A. GUARINO,[126] provocava graves consequências de caráter econômico para o devedor, uma vez que não podia alienar o bem mais de uma vez, situação que se agravava quando havia desproporção entre a dívida e a coisa dada em garantia.

Na hipoteca, o credor recebe, essencialmente, o *ius disponendi* para alienar e pagar-se, caso o devedor não satisfaça a obrigação. Mas o bem remanesce em seu patrimônio, podendo o devedor dele dispor. A garantia do credor reside na possibilidade de sequela e na preferência na execução do bem. Mesmo se o devedor dele dispor, o credor ainda poderá vendê-lo para satisfazer seu crédito, com preferência no pagamento.

Tal preferência prestigia um credor em relação aos demais, pois, por assim dizer, separa o bem sobre o qual incide,[127] incentivando sua constituição, já que fortalece substancialmente a recuperação do crédito da obrigação principal, o que deixa de ser garantida apenas pessoalmente, para ser por uma coisa. Assim sendo, em caso de inadimplemento, o bem já estará disponível para penhora e execução.

Em seus primórdios, o caráter absoluto da preferência impedia que outros credores de créditos constituídos posteriormente atacassem o bem hipotecado, para satisfazerem seus próprios créditos. No entanto, a história mostra que, paulatinamente, tal característica foi sendo enfraquecida, a ponto de absurdamente serem concedidas "preferências", que se antepunham à outras mesmo no caso desta últimas terem sido constituídas subsequentemente, como é o caso dos créditos tributários.[128]

Curiosamente, esse tipo de expediente não ocorreu apenas nos casos de créditos assegurados por garantia real, mas também nos de natureza pessoal, como é o caso das hipotecas

[126] *Diritto Privato* cit. (nota 75), p. 402.

[127] N. ORLANDI NETO, *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis (Breve Ensaio)*, in Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – Jubileu de Prata 1972-1997 – Trabalhos Jurídicos, São Paulo, Oliveira Mendes, 1997, p. 51.

[128] Cf., especialmente, o disposto no art. 186 do Código Tributário Nacional: "O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho."

judiciais, que adquirem caráter real exclusivamente pelo fato de terem sido constituídas por sentença judicial.[129]

Esse problema referente à prioridade das preferências é de tal gravidade, e ocorre com relativa frequência que, de tempos em tempos, surgem leis que buscam acabar, ou pelo menos amenizar, tal perturbação. Já no século XIX, a lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, buscando atacar o problema causado pelas diferentes preferências advindas dos mais diferentes tipos de hipoteca, assim dispunha em seu art. 1º:

> *Art. 1º Não ha outras hypothecas senão as que esta Lei estabelece.*

Mais recentemente, na década de 60, com o advento do Código Tributário Nacional, tornou-se a se desvirtuar tal direito, de forma que outros créditos, especialmente os de natureza fiscal,[130] assumiram prioridade em face de outros, de diversa natureza. E tal ocorre mesmo em face de daqueles constituídos anteriormente aos fiscais. O texto do art. 186 não deixa dúvida:

> *"O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho."*

Na prática, isso significa que existem preferências que, eventualmente, podem privar o credor de crédito hipotecário da garantia real, tornando-o, até mesmo, em meramente quirografário.[131] Trata-se, na verdade, de repugnantes privilégios – e não de preferências –, os quais apenas servem para desestimular um ambiente seguro e isonômico, que estimularia maior competição e, por consequência, menores taxas de juros.

Além do efeito perverso causado pela iniquidade de preferências sobre o crédito garantido por hipoteca, a questão da celeridade da execução hipotecária foi outro fator que prejudicou fortemente esse tipo de garantia. Este é um processo que se pode dizer estar longe de ser rápido.

---

[129] Cf. N. ORLANDI NETO, *A Hipoteca Judiciária no Código de Processo Civil*, in R. DIP (org.), *Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 13-34.

[130] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 3.

[131] N. ORLANDI NETO, *Alienação Fiduciária* cit. (nota 127), p. 51.

A execução da hipoteca é judicial. Daí observar N. ORLANDI NETO[132] que não só o julgamento em primeira instância, em face de todos os atos preparatórios para julgamento, é moroso, mas a existência real de até quatro instâncias, com seus respectivos recursos tornavam impraticáveis assegurar obrigações por meio de hipoteca.

Nesse contexto, foram feitas tentativas no sentido de tornar mais célere o procedimento de execução das hipotecas. As principais delas foram a edição do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966 e da lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971. O primeiro deles autorizou o credor a optar pelo procedimento judicial ou o extrajudicial, criado pelo próprio decreto. Nos termos do art. 29 da referida norma:

> *"As hipotecas a que se referem os artigos 9º e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 e 301) ou dêste decreto-lei (artigos 31 a 38.)"*

Entre as hipotecas a que o dispositivo se refere, estavam aquelas que incidiam sobre imóveis onerados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, como se observa no inciso I, do art. 10 do mesmo diploma.

Assim, o credor de hipoteca nas condições previstas nos artigos 9º e l0 do Decreto-lei nº 70 poderia optar pela execução do Código de Processo Civil (de 1939) (arts. 566 a 795), ou pelo procedimento especial, extrajudicial, de iniciativa do agente fiduciário eleito pelas partes no contrato constitutivo da hipoteca.[133]

Assim, vencida e não paga a dívida, o credor enviava os documentos necessários ao agente fiduciário, que, os recebendo em dez dias notificava o devedor através do Serviço de Registro de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para purgar a mora. Não encontrado a notificação era feita por edital.[134]

Permanecendo inerte, o agente fiduciário publicava editais e fazia a venda por meio de leilões. O primeiro leilão era realizado nos 15 dias seguintes à publicação do edital, com lance mínimo não inferior ao saldo devedor e demais despesas. Se não houvesse lance válido, o

---

[132] *Alienação Fiduciária* cit. (nota 127), p. 51.
[133] N. ORLANDI NETO, *Alienação Fiduciária* cit. (nota 127), p. 53.
[134] N. ORLANDI NETO, *Alienação Fiduciária* cit. (nota 127), p. 53.

segundo leilão era feito nos l5 dias seguintes, quando era aceito o maior lance. Havendo saldo residual positivo, era entregue ao devedor; se negativo, o credor cobraria em execução judicial.[135]

Estando formalmente em ordem a carta de arrematação, depois de registrada, era ajuizada ação de imissão na posse. O réu era citado para contestar e provar, em quarenta e oito horas, para provar que resgatou ou consignou judicialmente o valor do seu débito, antes da realização do leilão. Não provado, era concedida a liminar e, em seguida, o procedimento era o ordinário.[136]

O segundo deles, reforçando a possibilidade de utilização do Decreto-lei nº 70, introduziu um procedimento judicial especial mais breve para execução de imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. Consubstanciava, em linhas gerais, na penhora do imóvel hipotecado e nomeação do exequente como depositário. Se o devedor estivesse na posse do imóvel, o juiz concederia prazo de 30 dias para desocupação e entrega ao credor.

Abria-se prazo para embargos, de 10 dias, e a execução só ficaria suspensa se o devedor provasse que pagou a dívida. Em caso contrário, a venda do imóvel era imediata, em praça única; se não houvesse lance superior à dívida, o imóvel era adjudicado ao credor.[137]

A preocupação com a celeridade era clara, uma vez que o fato de privar o devedor do direito de propriedade sem a intervenção judicial criou acessas discussões. Por esse motivo, foi apontado como inconstitucional, sob a acusação de retirar do devedor seus bens sem o devido processo legal. O 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, por exemplo, editou súmula nesse sentido – enunciado de número 39. Apesar de seus problemas, manteve-se hígido em face dos julgamentos dos Tribunais Superiores.[138]

Todavia, invariavelmente havia recurso às vias judiciais com a alegação de nulidades, principalmente por cerceamento de defesa. A possibilidade de suspender-se o processo por

[135] N. ORLANDI NETO, *Alienação Fiduciária* cit. (nota 127), p. 53.

[136] Atualmente não mais se fala em procedimento ordinário. Fala-se em procedimento comum e especial. A diferenciação entre procedimento ordinário e sumário deixou de existir no Código de Processo Civil publicado em 2015.

[137] N. ORLANDI NETO, *Alienação Fiduciária* cit. (nota 127), p. 54.

[138] E. g., STJ, REsp. 46.050/RJ-1994/0008625-3, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 27/04/1994, DJ 30/05/1994, p. 13460.

medida judicial sempre existiu. Assim, a despeito dos esforços, essa forma de execução não ofereceu a rapidez desejada pelos credores. Como bem assinala N. ORLANDO NETO[139], sempre havia duas lutas, para tirar a propriedade do devedor relapso e, depois, para tirar-lhe a posse.

Em suma, a mitigação da preferência e a falta de celeridade da execução da hipoteca afastaram financiadores do mercado imobiliário, causando, por assim dizer, um deserto creditício nesse ramo da economia. Associado à falta de recursos públicos,[140] a fragilidade da hipoteca intensificou consideravelmente a crise habitacional vivida pelo país.

[139] *Alienação Fiduciária* cit. (nota 127), p. 54.
[140] Cf. capítulo "A crise do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

CAPÍTULO 3: A NATUREZA CONTRATUAL DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

3.1 Conceito de contrato – Direito Romano

Os conceitos de contrato no direito moderno e no direito romano são consideravelmente diferentes. No direito romano, a noção de contrato é mais restrita do que a modernamente utilizada.[141]Assim, os juristas romanos do período clássico não chegaram a desenvolver uma teoria sistemática de análise dos contratos. Ao contrário, preferiram investigar os contratos individualmente. E, mesmo quando procuraram tecer considerações mais abstratas sobre eles, foram bastante rudimentares. Ainda que os juristas pós-clássicos tenham demonstrado interesse considerável na sistematização, o progresso, como um todo, ainda restou incipiente.[142]

Durante toda a evolução do direito romano, apenas se considera contrato o acordo de vontade que visa criar relações jurídicas obrigacionais, deixando de lado aqueles que visam regulá-las ou extingui-las.[143] Ademais, ainda que presentes o acordo de vontades, nem sempre eram eles aptos a gerarem obrigações jurídicas. Acordos de vontade poderiam consubstanciar-se em contrato (*contractus*)[144] ou pacto (*pactum, conventio*), mas ao passo que aqueles produziam obrigações, estes criavam apenas exceções.

Diz-se, portanto, que no direito romano existe uma tipicidade dos contratos. Ou seja, apenas aqueles descritos na lei são aptos a gerar obrigações. Em outras palavras, o direito romano não acolheu o princípio reinante no direito moderno de que todo acordo de vontade que

---

[141] J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 120-121.

[142] F. SCHULZ, *Prinzipien* cit. (nota 9), p. 465.

[143] D. BESSONE, *Do contrato – Teoria geral*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 58.

[144] Mesmo no direito romano existe grande controvérsia acerca da expressão *contractus*. *Contractus* somente em textos pós-clássicos e, alegadamente interpolados, indica negócios que são acordos de vontade, ou relações que não nascem de acordo de vontade (J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 122, nota de rodapé nº 1034). De fato, em contraste com a expressão *contrahere* (verbo), o termo *contractus* (substantivo) apareceu bem mais tarde. É preciso ficar atento para o fato de que o referido verbo não significa "realizar um contrato". A expressão era utilizada com uma vasta gama de sentidos, como por exemplo, em *contrahere inimicitias, culpam, crimen, stuprum, incestum, aes alienum, societatem, nuptias*. E em princípio, o verbo referia-se a vir ser parte de uma relação jurídica. A palavra *contractus* não pode ser localizada em textos anteriores a Cícero. Ela não aparece em textos de César, Tácito ou do próprio Cícero. E, nesse último caso, se pode verificar a utilização da expressão *res contracta* (ou *contrahenda*), mas não a palavras *contractus* (F. SCHULZ, *Prinzipien* cit. (nota 9), p. 465-466).

estiver em conformidade com o ordenamento jurídico – isto é, lícito – pode produzir efeitos jurídicos. É por essa razão, aliás, que, no direito romano, surge a máxima *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (o simples pacto não gera obrigação, mas exceção).[145]

Com efeito, no direito clássico apenas se conhecia alguns tipos de contratos, cuja formalidade (elemento objetivo) – e não o acordo de vontades (elemento subjetivo) – era essencial para sua formação.

Diante desse elemento objetivo, o elemento subjetivo – que, hoje, é essencial – era um mero pressuposto de fato, relegado a segundo plano. A explicação, segundo J. C. MOREIRA ALVES,[146] seria simples e residiria no fato de que "a tipicidade rígida implica o desconhecimento do princípio de que todo acordo de vontades lícito gera obrigação, uma vez que dela decorre que o acordo de vontade somente cria obrigações entre as partes se se orientar no sentido da formação de um negócio jurídico[147] que o direito objetivo reconhecer especificamente".

Já no período clássico e no pós-clássico verifica-se alguma atenuação na tipicidade dos contratos. No tempo de Gaio já se afere a existência de contratos consensuais, nos quais a obrigação nasce do consentimento.

Contudo, alguns séculos à frente, no direito justinianeu, o cenário havia se modificado substancialmente. O elemento objetivo deixa de ser essencial para a formação da obrigação, tornando-se o elemento subjetivo primordial para que ela nascesse. O acordo de vontades passa

[145] Ulp. 4 *ad ed.*, D. 2, 14, 7, 4: "*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*" (Mas, quando não houver nenhuma causa <para a obrigação>, é claro que não se pode constituir uma obrigação em função dessa convenção. Assim, um pacto nu não gera uma obrigação, mas gera uma exceção). Tradução de M. CUNHA LOPES E VASCONCELOS *et al.*, *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano – Livros 1-4*, vol. I, São Paulo, YK, 2017, p. 145. J. C. MOREIRA ALVES (*Direito Romano* cit. (nota 57), p. 123-124, nota de rodapé nº 1037), aponta que renomada doutrina considera esse texto "totalmente interpolado".

[146] *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 120, nota de rodapé nº 1036.

[147] A ideia de negócio jurídico não pode ser extraída diretamente das fontes romanas que utilizavam os termos *actum*, *negotium* e *declarativo voluntatis* apenas de uma maneira pouco técnica. Trata-se de uma criação que surgiu nos séculos XVIII e XIX por estudiosos na Alemanha. Inspirados pelo método da abstração e da generalização da lei da razão, escritores que tratavam do *ius commune*, como Daniel Nettelbradt, sistematizaram todas as formas de ação humana que eram juridicamente relevantes. Dentre essas, as que eram diretamente voltadas para a criação de efeitos jurídicos, destacaram-se na parte geral do direito privado. Na legislação escrita, esse desenvolvimento encontrou acolhida primeiramente no *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, que dedicou um título inteiro às "Declarações de Vontade" (J. P. SCHMIDT, *Juridical Act*, in J. BASEDOW *et. al.*, *The Max Plank Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, Oxford, Oxford University, 2012, p. 1017).

de mero pressuposto de fato para elemento jurídico fundamental. É por esse motivo que se define o contrato com palavras semelhantes às empregadas pelos juristas clássicos ao definirem os pactos.[148]

3.2 Conceito de contrato – Direito Moderno

O conceito de contrato modificou-se substancialmente ao longo da história. Desde os primeiros conceitos, que remontam ao direito romano até os atuais, mudanças várias ocorreram que alteraram seu sentido e alcance.[149]

Em verdade, tais alterações já eram sentidas na própria evolução do direito romano. Desde o direito clássico até o justinianeu, o sistema contratual romano sofreu profundas modificações, mas com uma tendência constante e determinada, a de alargar-se o alcance do conceito de contrato. Ou seja, do "alargamento gradativo do círculo de acordos de vontade a que a ordem jurídica concede a eficácia de gerar obrigações."[150]

No direito moderno, contrato é uma categoria geral e abstrata.[151] Ele tem por conteúdo um acordo de vontades, de duas ou mais pessoas, e visa constituir, regular ou a extinguir uma relação jurídica.[152] Sendo assim, não se limita ao negócio jurídico bilateral disciplinado no Direito das Obrigações. Trata-se de figura negocial que ultrapassa os lindes do Direito Civil e,

[148] J. C. MOREIRA ALVES (*Direito Romano* cit. (nota 57), p. 124) cita o exemplo de Teófilo (*Paraphrasis Institutionum* (III, 14, 2). Isso não significa, necessariamente, que o mero acordo de vontades gerava obrigação. A matéria é controvertida e, enquanto alguns autores, por entenderem que uma constituição do Imperador Leão, de 472 d.C. (C. VIII, 37, 10) acabou com o formalismo da *stipulatio*, decorrendo que qualquer acordo, independentemente da forma, poderia gerar obrigações, ou seja, de que qualquer acordo teria a eficácia de uma *stipulatio*, outros aduzem o contrário, reafirmando a rede rígida de tipos contratuais – típica do período clássico – mas com uma maior elasticidade (J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 124-125).

[149] O. GOMES, *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 3.

[150] J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 122-123.

[151] A doutrina atual que trata do tema é vastíssima. Na doutrina italiana, cf., principalmente, P. FAVA (a cura di), *Il Contratto – Trattato teorico-pratico – Aggiornato al d.l. 24/1/2012, n.1, conv. in l. 24/3/2012, n.27 (d.l. liberalizzazioni) e alla proposta di regolamento europeo dell'11/10/2011*, Milano, Giuffrè, 2012; R. SACCO, *Il Contratto*, 3ª ed., Totino, UTET, 2004-2005; E. ROPPO, *Il contratto*, 1947, trad. port. de Ana Coimbra – M. Januário C. Gomes, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 2009. Na doutrina francesa, cf. por todos, C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil – Contratos*, vol. III, 1ª ed. eletrônica, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 13-14.

[152] J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 120.

nos domínios deste, atua, igualmente, nas partes em que é dividido. É dizer, no Direito de Família, no Direito das Coisas e no Direito das Sucessões.[153]

Sob esse aspecto, deixa de ser instrumento do setor obrigacional e alcança outros setores do direito que, antes, o era estranho. Por essa razão a doutrina moderna[154] refere-se a diferentes tipos de contratos – como os contratos administrativos, os contratos de Direito das Coisas, os contratos preliminares, os contratos coletivos de trabalho e os contratos de adesão – como figuras contratuais controvertidas.[155]

O conceito clássico de contrato – mais restrito – afigura-se insuficiente para explicar uma série de situações que possuem, entre si, semelhanças que possibilitam sua análise de forma homogênea. Foi elaborado, então, o conceito moderno de contrato, que torna vinculante qualquer acordo de vontades e compreende, também, situações que transbordam o direito das obrigações para alcançar outros campos da dogmática.[156]

Embora exista, atualmente, uma tendência de completar os estudos jurídicos com subsídios das demais ciências humanas, fato é que nesse campo ainda nos encontramos na época da ciência jurídica que se inicia com Friedrich Carl von Savigny. O conceito de contrato é, conforme o ensinamento do fundador da escola histórica,[157] o de uma categoria geral e abstrata

---

[153] O. GOMES, *Contratos*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 15-18. O autor propõe a utilização do termo contrato para designar apenas como negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, cujo efeito pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regulam. E isso na medida em que pode haver outras modalidades de concurso de vontades que não se aplicam as regras que o regem.

[154] Por exemplo, D. BESSONE, *Do contrato* cit. (nota 143), p. 51-84. De fato, embora tenha se cogitado utilizar *dinglichen Verträge* (contrato de Direito das Coisas) na elaboração do BGB para descrever os contratos que atuam nessa área da dogmática, os seus redatores evitaram propositadamente tal expressão porque não tinham certeza de que o acordo destinado a modificar o estado dos direitos reais estivesse contido na noção de contrato (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, trad. es. de Tito Ravá, *Derecho Civil – Teoría general del derecho civil alemán – Los Hechos Jurídicos*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 200, nota de rodapé nº 100). Mesmo hoje, não há unanimidade na doutrina em atribuir ao acordo de transmissão (*Einigung*) natureza contratual (A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (*RCDI*) 551 (1982), p. 978).

[155] Apesar disso, a área mais profícua para o seu desenvolvimento é o Direito das Obrigações, porquanto os contratos mais importantes para a vida econômica gravitam nessa órbita e são negócios jurídicos bilaterais *inter vivos* de conteúdo patrimonial. Os contratos preliminares são acordos de vontades que obrigam as partes a celebrar um outro negócio no futuro (A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 223).

[156] D. BESSONE, *Do contrato* cit. (nota 143), p. 58.

[157] Sobre o tema, cf. P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 365-409.

reduzida à unidade no sistema conceitual, segundo as regras da lógica formal.[158] Por isso, diferentemente do direito romano, a acepção moderna de contrato admite o contrato atípico ou inominado.[159]

Essa consequência deriva do fato que, em tempos mais atuais, basta para configuração de um contrato o concurso de dois elementos: um subjetivo e outro objetivo, consubstanciados, respectivamente, no acordo de vontades e na relação – ou poder jurídico – de natureza patrimonial, constituído regulado ou extinto por aquele consentimento. Reunidos, emergiria a entidade contratual.[160]

Vislumbra-se, atualmente, um sistema consideravelmente mais flexível do que o romano, prescindindo o ajustamento a tipos prefixados. E, se basta a convergência dos dois elementos para configuração do contrato, é fácil verificar que se está diante de um sistema de *numerus apertus*, implicando em um alcance muito maior da figura jurídica.

Assim conceituado, verifica-se que o contrato pode ultrapassar o campo do Direito das Obrigações para chegar em outros setores do Direito Privado, como no caso do Direito de Família e no Direito das Coisas.[161] Isto é, no sistema de *numerus apertus*, converte-se o contrato em figura geral, ou categoria genérica cuja abrangência se demarca pelos próprios elementos que o configuram.

É consequência natural, então, o surgimento, ao lado do contrato obrigatório – ou obrigacional – de outros tipos de contrato. Surge, assim, a divisão entre contrato em sentido amplo e em sentido estrito, sendo aquele configurado como qualquer acordo de vontades que visa a criação, modificação ou extinção de relação jurídica, e este, também chamado obrigatório – ou *contratto obbligatorio*, pelos italianos e *Schuldvertrag* ou *obligatorischer Vertrag*, pelos alemães – como o acordo de vontades, de duas ou mais pessoas, que se destina apenas a criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica obrigacional. No âmbito do Direito das Coisas,

[158] O. GOMES, *Contratos* cit. (nota 149), p. 3-6; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 120-125.

[159] Sobre os contratos atípicos, O. GOMES, *Contratos* cit. (nota 149), p. 119-121; C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições* cit. (nota 151), p. 48-50.

[160] D. BESSONE, *Do contrato* cit. (nota 143), p. 51.

[161] J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 120.

emerge com relativa desenvoltura o assim chamado *contrato de Direito das Coisas* ou *contrato real*,[162] sendo aquele que visa produzir efeitos reais.[163]

O contrato é, na atualidade, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral.[164] Porém, não se limita a atuar no campo do direito das obrigações, transbordando-o para chegar em outros setores do Direito Privado, como no caso do Direito de Família e no Direito das Coisas.[165]

Em suma, distanciando-se do conceito romano, pode-se dizer que, modernamente, sua característica essencial, que os une como uma classe, é o efeito jurídicos decorrente do acordo entre as partes, assim contrato i) trata-se de um gênero, do qual o contrato obrigatório é espécie, ii) não se restringe àqueles acordos de vontade rigidamente enunciados na lei, constituindo uma categoria geral e abstrata e, iii) consequentemente, confundem-se com convenção.[166]

3.3 Natureza contratual da alienação fiduciária em garantia

Feitas essas considerações acerca do sentido e alcance da expressão contrato, dúvida não pode haver acerca da natureza jurídica contratual da alienação fiduciária em garantia. E isso decorre do simples exame da estrutura que a lei outorgou a esse instituto.

Sem embargo, tratando das coisas móveis – que foram os primeiros objetos dessa modalidade de garantia – dispunha o, agora revogado,[167] art. 66 da lei nº 4.728/1965, cuja redação era dada pelo Decreto-lei nº 911/1969:

---

[162] A expressão *contrato real*, todavia, como se verá mais à frente não é a mais adequada.

[163] No direito alemão, as normas aplicáveis aos contratos, presente no BGB, os pressupõem como objeto do direito das obrigações. Com a abstração do contrato, no entanto, surgem novas formas de contratos, que atuam em outras áreas do direito. Por exemplo, os contratos de Direito das Coisas (*dinglichen Verträge*), os contratos de Direitos das Pessoas (*personenrechtlichen Verträget*) ou os contratos de Direito das Sucessões (*erbrechtlichen Verträge*) (W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts– Das Rechtsgeschäft*, vol. II, 4ª ed., Berlin Heidelberg, Springer, 1992, p. 603).

[164] O. GOMES, *Contratos* cit. (nota 149), p. 5-6.

[165] Para E. ROPPO (*Il contratto* cit. (nota 151), p. 8) há ainda mais uma característica do contrato, a de dispor sobre relações econômicas: "As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação económica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação económica."

[166] J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 121.

[167] O art. 66 foi revogado pela lei nº 10.931/2004. Antes disso, o Decreto-lei nº 911/1969 já havia revogado o antigo art. 66 da mesma lei. Isso, no entanto, não alterou a concepção que se encontrava originalmente na lei (J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 51-52).

> *"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 as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal."*

E, logo em seguida, no §1º:

> *"A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros, e conterá, além de outros dados, os seguintes:*
>
> *a) o total da dívida ou sua estimativa;*
>
> *b) o local e a data do pagamento;*
>
> *c) a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;*
>
> *d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação."*

Observa-se que, mesmo depois da primeira reforma do instituto pelo Decreto-lei nº 911/1969, em 1969, não se utilizou a expressão *contrato* para caracterizar a alienação fiduciária em garantia. Contudo, mesmo naquela época, dúvida não podia existir acerca de tratar-se de negócio jurídico bilateral, da mesma natureza aos que visam à constituição dos direitos reais de garantia, e que são denominados *contratos* pelo Código Civil em seu art. 1.424:

> *"Os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia: (...)"*[168]

Atualmente, o legislador, utilizando-se de melhor técnica, esclarece a natureza jurídica contratual da alienação fiduciária em garantia. No que diz respeito às coisas móveis, o Código

[168] Equivalente ao art. 761 do Código Civil anterior: "Os contratos de penhor, anticrese e hipoteca declararão, sob pena de não valerem contra terceiros: (...)". Note-se, no entanto, que na redação anterior está equivocada, porquanto não se trata de validade, mas de eficácia. Tal questão foi resolvida pelo atual Código Civil.

Civil de 2002 tornou a alienação fiduciária modalidade de garantia universal[169] e sobre ela dispõe no art. 1.362:

> *O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterá:*
>
> *I - o total da dívida, ou sua estimativa;*
>
> *II - o prazo, ou a época do pagamento;*
>
> *III - a taxa de juros, se houver;*
>
> *IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.*

O contrato a que a lei se refere é a alienação fiduciária em garantia.

Também em relação às coisas imóveis, a natureza contratual fica clara como no Código Civil. Embora o *caput* do art. 24, da lei nº 9514/1997, lei que instituiu a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, refira-se a ela como "negócio fiduciário", cuja qualificação é questionável, a natureza contratual é exposta de maneira cristalina:

> *O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:*
>
> *I - o valor do principal da dívida;*
>
> *II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;*

[169] Até da década de 1980, havia discussão quanto à qualidade do adquirente para ser proprietário fiduciário. Havia, a despeito de controvérsias, forte corrente de opinião no sentido de legitimar apenas sociedades financeiras devidamente registradas no Banco Central do Brasil. (J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 106). Todavia, embora predominasse na jurisprudência dos Tribunais estaduais a orientação restritiva, havia decisões em sentido contrário. O Supremo Tribunal Federal, até a década de 1990, não havia pacificado a questão (J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 107; O. GOMES, *Alienação fiduciária em garantia*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 193).

Entende-se, portanto, a ontologia do §1º do art. 22 da lei 9.514/1997, que dispõe sobre a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: "A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), podendo ter como objeto, além da propriedade plena: (...)". Portanto, em que pese posições em contrário (P. RESTIFFE NETO – P. S. RESTIFFE, *Propriedade fiduciária*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 134-137), deve-se considerar que, apesar de ter sido instituída no âmbito da lei que implantou o Sistema Financeiro Imobiliário (lei nº 9514/1997), a alienação fiduciária de bens imóveis pode ter como adquirente da propriedade fiduciária a pessoa física. Aliás, a adoção pelo Código Civil de 2002 e o disposto no art. 51 da lei nº 10.931/2004 ("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") apenas deixaram claro, por uma questão de conforto legislativo algo que já era, pelas suas razões, já era aferível.

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.

Isto posto, conclui-se que a alienação fiduciária em garantia é um negócio jurídico, especificamente um contrato de natureza bilateral.

Todavia, diferentemente dos contratos obrigatórios, que visam a criação da obrigação – isto é, do "obrigar-se" a fazer algo – a alienação fiduciária tem por objeto a própria transferência do direito real – móvel ou imóvel – com finalidade de transmitir a propriedade para fins de garantia. Por isso, costuma-se dizer que ela seria um contrato real ou de Direito das Coisas, uma vez que opera nessa área da dogmática jurídica. Sobre esse ponto, considerações serão feitas mais adiante.

3.4 Contrato típico e nominado

Aferida a natureza contratual estabelecida pela lei à alienação fiduciária em garantia, a característica mais chamativa que decorre daí é a de que ela se trata de um negócio jurídico típico e nominado. A classificação entre contrato típico/atípico e nominado/inominado[170] tem uma relação bastante íntima. Renomados autores,[171] inclusive, consideram equivalente tal classificação.

[170] Também referidos pela doutrina por *conventiones sine nomine*, como por exemplo, por A. GUARINO (*Diritto Privato* cit. (nota 75), p. 541) ou contratos sob medida por Louis Josserand (C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições* cit. (nota 151), p. 48).

[171] O. GOMES (*Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 97): "Os contratos típicos também são chamados nominados, e os atípicos, inominados."

A tipicidade dos contratos decorre da sua habitualidade e frequência de utilização. Este é o fenômeno social que embasa tal classificação. Como destaca O. GOMES, "[a]s relações econômicas habituais travam-se sob as formas jurídicas que, por sua frequência, adquirem tipicidade. As espécies mais comuns são objeto de regulamentação legal, configurando-se por traços inconfundíveis e individualizando-se por denominação privativa. É compreensível que a cada forma de estrutura econômica da sociedade correspondam espécies contratuais que satisfaçam às necessidades mais instantes da vida social. Em razão dessa correspondência, determinados tipos de contrato preponderam em cada fase da evolução econômica, mas outros se impõem em qualquer regime, embora sem a mesma importância."[172]

É do direito romano a classificação entre contratos nominados e inominados. Havia, naquele ordenamento, um número determinado de contratos, cuja característica essencial era a de que possuiam uma *actio* que os tutelava. Compunham-se de figuras contratuais identificadas por suas linhas dogmáticas precisas e definidas, designados por seus próprios nomes, como *emptio-venditio*, *mutuum*, *societas*, *locatio-conductio*, *commodatum*. Portanto, passam a ser chamados de *contratos nominados*.[173]

Eram, nas palavras de C. M. DA SILVA PEREIRA,[174] "espécies contratuais completas, geradoras de direitos e obrigações em sua plenitude", que "desenvolviam todo o plano existencial em frases dotadas de amplos efeitos, desde sua origem" até a solução, espontânea ou coativa.

Todavia, sentiu-se já no direito romano clássico, a necessidade de que situações outras, que não se encaixavam nesses arranjos pré-estabelecidos também fossem tuteladas. A "complexidade da vida romana opôs-se à contenção dos negócios dentro de tais esquemas."[175] Assim, outras convenções surgiram sem que pudessem ser tuteladas por uma *actio*, embora pelo seu fundamento moral o merecessem.[176]

---

[172] O. GOMES, *Contratos* cit. (nota 149), p. 119.

[173] C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições* cit. (nota 151), p. 48; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 214; O. GOMES, *Contratos* cit. (nota 149), p. 97).

[174] *Instituições* cit. (nota 151), p. 48.

[175] C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições* cit. (nota 151), p. 49.

[176] Por exemplo, "que sucederia se Caio, tendo acordado com Tício a troca do escravo Pânfilo pelo escravo Stico, efetuasse sua prestação (entregasse a Tício o escravo Pânfilo), recusando-se, posteriormente, Tício a realizar a contraprestação (entrega a Caio do escravo Stico)? O simples acordo de vontade não gerava obrigações, e,

A complexidade da vida romana fez com que ficasse impossível a utilização exclusiva de negócios submetidos a tais esquemas. Outras convenções, com grande semelhança às contratuais, surgiram desprovidas, porém, de uma *actio*, mas nem por isso autorizava se considerarem desprovidas de efeitos, já que habilitavam o interessado a exigir a contraprestação por via de uma *condictio*.[177]

No direito romano, M. MARRONE[178] aponta como exemplo dessas convenções (contratos inominados) a permuta, o contrato estimatório e o precário. Já J. C. MOREIRA ALVES[179] inclui, além destes a transação e a doação com encargo. A classificação de contrato inominado advém do direito justinianeu. Aos acordos de vontades desprovidos de uma *actio*, de início, meros *pacta*, "não se pôde recusar a categoria contratual. Apelidou-os o direito justinianeu de contratos inominados, e a eles foi atribuída uma ação – *actio praescriptis verbis*. Daí os romanistas dividirem as várias espécies de contratos romanos em duas grandes classes: a dos nominados e a dos inominados, os primeiros revestidos de todos os efeitos, e os segundos somente admitindo-os por via indireta."[180]

Atualmente, não existe mais uma predeterminação de tipos específicos de contratos.[181] Todo acordo de vontade, desde que lícito, produz efeito jurídico e é revestido de ação. Ou seja, geram direitos e obrigações. Apesar disso, sobreviveu a classificação entre contratos nominados e inominados, mas com significação diversa da romana.

---

portanto, Caio, em virtude dele, não dispunha de ação alguma para compelir Tício a cumprir o que prometera. Por outro lado, Tício, tornando-se proprietário do escravo Pânfilo, sem, por sua vez, transferir a propriedade do escravo Stico a Caio, enriquecera-se em detrimento deste." O exemplo é de J. C. MOREIRA ALVES (*Direito Romano* cit. (nota 57), p. 214).

[177] Especialmente por meio da *condictio causa data, causa non secuta* (J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 221, 255). A *condictio* e a causa são institutos fortemente relacionados. Foram elas trabalhadas na Idade Média e até a primeira parte do século XIV, a ideia de causa era muito mais desenvolvida nos *quasi-contratos* do que nos contratos. Os glosadores, baseando-se em certos textos sobre a *condictio sine causa*, sustentaram que toda prestação que pode ser recuperada é recuperável porque é desprovida de causa (*sine causa*). Isto é, ou nunca houve uma causa, ou houve uma, mas falhou (J. L. BARTON, *Causa Promissionis Again*, in *Tijdschrift vOOR Rechtsgeschiedenis* 34 (1966), p. 41). Neste caso, chama-se a causa de putativa.

[178] *Istituzioni* cit. (nota 18), p. 482-483.

[179] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 221-224.

[180] C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições* cit. (nota 151), p. 50.

[181] Art. 425 do Código Civil: "É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."

Na atualidade, diz-se que um contrato é típico (ou nominado) quando as suas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa nos Códigos ou nas leis. Mas, ainda nessa ordem de ideias, o contrato somente é considerado tecnicamente nominado quando a lei lhe dá disciplina própria, e não apenas quando lhe confere uma denominação, sem estruturar seu tipo.[182] Nos casos em que isso ocorre tais contratos são considerados inominados, tecnicamente falando, embora a lei o tenha atribuído um *nomen iuris*.[183]

Portanto, para que seja considerado nominado, não basta que a lei a ele se refira por um nome específico. Se a lei se refere a um determinado contrato por seu nome característico, sem, no entanto, lhe dar disciplina própria, sem estruturar seu tipo, trata-se de contrato inominado, a menos que a menção do contrato seja feita em lugar tal que se possa concluir, por meio de remissão, sua disciplina jurídica.[184]

Por todo o exposto, dúvida não pode remanescer acerca de tratar-se a alienação fiduciária de contrato típico. Tendo essa figura jurídica sido estruturada e, consequentemente, tendo seu tipo devidamente estabelecido na lei, classifica-se ela entre os contratos típicos e nominados.

3.5 O "contrato real" e contrato de Direito das coisas

No estudo da dogmática do direito privado nem sempre se atenta para a diferenciação entre os acordos, que visam produzir efeitos meramente pessoais daqueles que visam produzir efeitos reais, bem como entre estes e daqueles que exigem um ato material para sua perfectibilização.

Em relação aos dois primeiros, a doutrina pátria trata-os como contratos. E em relação aos dois últimos, utiliza nomenclatura inadequada ao referir-se a ambos como "contrato real". O direito brasileiro não possui um termo de significado unívoco para distinguir o acordo que visa a produção de efeitos reais daquele que exige um ato material para sua perfectibilização. Costuma-se utilizar, indistintamente, a expressão *contrato real* para referir-se tanto a um quanto a outro. Todavia, trata-se de expressão polissêmica que, no mais das vezes, é empregada para

[182] O. GOMES, *Contratos* cit. (nota 149), p. 97; C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições* cit. (nota 151), p. 50;
[183] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 57, nota de rodapé nº 99.
[184] F. MESSINEO, *Dottrina generale del contrato*, 2ª ed., Milano Giuffrè, 1946, p. 214.

descrever os contratos que, para se formarem, dependem de um ato material das partes, especificamente, a entrega da coisa, como é o caso do mútuo ou do comodato.[185] Nesse sentido, é preciso que se diferencie essas três espécies jurídicas, para, então, entender o que é o contrato real e o que é o contrato de Direito das Coisas.

3.6 Negócio jurídico obrigatório e negócio jurídico real

A distinção entre obrigatoriedade e realidade dos negócios jurídicos é interna ao Direito das Obrigações. Sob essa nomenclatura não se busca fazer referência aos acordos de vontade travados no âmbito do Direito das Coisas. Tal distinção provém do direito romano e refere-se aos contratos consensuais e reais, que o direito alemão denomina de *Realverträg*.[186]

Não se pode confundir a distinção aqui tratada com aquela entre negócio jurídico de Direito das Obrigações (ou negócios jurídicos obrigacionais) e negócios jurídicos de Direito das Coisas, criação de Friedrich Carl von Savigny, cuja espécie mais comum são os denominados *dinglichen Verträge* na Alemanha e traduzidos por F. C. PONTES DE MIRANDA[187] como *contratos júri-reais.* E, assim o faz para evitar a ambiguidade, em que tem incorrido, de regra, os juristas de língua latina, ao traduzirem por contratos reais tanto os *Realverträge* como os *dinglichen Verträge*, como o fazem, por exemplo, V. SCIALOJA[188] e T. RAVÁ,[189] nas traduções italiana e espanhola das obras de F. C. SAVIGNY[190] e A. VON TUHR.[191]

---

[185] Em verdade, essa dificuldade é típica das línguas latinas. Cf., a seguir, o capítulo "Negócio jurídico obrigatório e negócio jurídico real".

[186] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 222.

[187] *Tratado* cit. (nota 90), p. 222.

[188] *Sistema del Diritto Romano Atuale*, vol. III, Torino, UTET, 1891, p. 410. O autor, todavia, deixa consignado que a expressão *contratti reali* refere-se a *dingliche Verträge*. Segundo trata-se de expressão de difícil tradução em italiano, porque a denominação de *contratti reali* pode dizer respeito tanto os contratos reais obrigatórios, que são chamados *realli* em razão de ser a entrega da coisa o ato constituinte da obrigação (*re contrahitur obligatio*), quanto aos contratos que buscam a produção de efeitos reais, conceito bastante diferente daquele. Destaca o autor que, os alemães qualificam esses contratos de *dingliche*, e chamam o contrato real (obrigatório) de *reelle*. (*Sistema del Diritto Romano Atuale*, vol. III, Torino, UTET, 1891, p. 410-411, nota de rodapé). De fato, na Itália, a doutrina destaca que a classificação de contratos em *realli* pode gerar ambiguidades (Cf. C. ARGIROFFI, *Causa e contratto nella prospettiva storico comparatistica*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 437).

[189] A. VON TUHR, *Der Allgemeine* cit. (nota 154), p. 200-202. O autor, nesse caso, não faz qualquer tipo de ressalva, o que pode dificultar a compreensão do leitor. De fato, seria desejável que o autor fizesse uma nota de sua autoria esclarecendo qual era o termo original em alemão.

[190] *System des heutigen römischen rechts*, vol. III, Berlin, Veit und comp., 1840.

[191] *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1914.

Assim, por negócio jurídico obrigatório ou consensual busca-se delinear o negócio que nasce do simples consenso das partes e visa a criação de obrigações. Já por negócio jurídico real, aquele que nasce de ato material praticado pelas partes (entrega de uma coisa), ou seja, que implica, necessariamente a entrega de uma coisa. Todavia, ambos atuam no mesmo campo da dogmática, o Direito das Obrigações.

Dessas espécies diferenciam-se os negócios jurídicos de Direito da Coisas, ou júri-reais, pois atuam em setores diferentes da dogmática do direito. Assim, deve-se atentar à fluidez dos conceitos que, muitas vezes, pode confundir o estudioso do direito e fazer com que confira ao instituto alcance mais restrito ou mais amplo, e até mesmo, diferente do que realmente tem.[192]

3.7 Negócio jurídico obrigacional e negócio jurídico de Direito das Coisas (ou júri-real)

Para essa dissertação, a distinção primordial se estabelece entre o negócio jurídico obrigacional, seja ele consensual ou real,[193] e o jurídico de Direito das Coisas, também chamado de júri-real.[194] O negócio obrigacional, apenas vincula as partes, enquanto o negócio de Direito das Coisas, também chamado de acordo real ou de transmissão,[195] visa produzir imediatamente os efeitos que as partes visavam quando do negócio obrigatório. E a relação que existe entre essas duas espécies jurídicas é que este seria, no mais das vezes,[196] um desdobramento ou verificação daquele.

[192] L. CAMARGO PENTEADO, *Direito das Coisas*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2014, p. 544.

[193] Cf. capítulo "Negócio jurídico obrigatório e negócio jurídico real".

[194] Nomenclatura utilizada por F. C. PONTES DE MIRANDA (*Tratado* cit. (nota 90), p. 223).

[195] A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 979; No mesmo sentido, M. JARDIM (*O Sistema Registal Germânico*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (*BFDUC*) 381 (2002), p. 394-395): "o negócio obrigacional obriga as partes a celebrar o negócio real, encerra a causa do negócio dispositivo, mas os seus efeitos produzem-se exclusivamente inter partes, desenvolvem-se na pura esfera dos direitos obrigacionais."

[196] Diz-se "no mais das vezes" porque existem negócios de Direito das Coisas que não configuram adimplemento. Observe-se a lição de C. V. COUTO E SILVA (*A obrigação* cit. (nota 85), p. 53): "Mas a vontade de adimplir, como decorrência lógica da vontade criadora de direitos e obrigações, somente existe naqueles casos em que o cumprimento de dever seja, a sua vez, negócio jurídico. Esta afirmativa parece óbvia, mas convém ter sempre presente que existem outros negócios dispositivos, inclusive de Direito das Coisas, que não se constituem em adimplemento de uma obrigação. Nos de garantia, quando alguém diz que 'dá em hipoteca determinado imóvel para garantir mútuo anteriormente realizado,' cuida-se de negócio de Direito das Coisas, negócio esse que não é decorrência lógica do mútuo, porque existem empréstimos sem garantia real, e o acordo de constituição do ônus é

É comum nos estudos da dogmática de direito privado, a desatenção existente entre os negócios jurídicos de Direito das Obrigações e os de Direito das Coisas. Costuma-se referir-se a eles apenas como contratos, porém a diferença entre ambos é substancial. Enquanto aqueles operam criando, modificando ou extinguindo relações obrigacionais, ou seja, aquelas relações que se configuram como situações jurídicas relacionais; estes operam de modo a imputar situações jurídicas absolutas ou relações jurídicas reais. O que leva a uma situação de ambivalência semântica ao se utilizar os termos com que se designam os direitos com esta função (real) – ou seja, hipoteca como contrato e como direito real de garantia.[197] Em resumo, a diferença essencial entre as duas espécies de convenção reside no seu campo de atuação.[198]

O conceito como de negócio jurídico de Direito das Coisas, como observa F. C. PONTES DE MIRANDA,[199] é útil à ciência do direito. Tratá-lo como de contrato "com eficácia real," não só destoa dos fatos, como também suscita questões sutis, que sem ele não surgiriam.

A diferenciação entre contrato de Direito das Obrigações e de Direito das Coisas verifica-se presente também na doutrina estrangeira, com a diferença recaindo apenas na terminologia. E isso não se deve enfrentar com surpresa, afinal, a expansão do alcance do conceito de contrato se à doutrina alemã.[200]

Na Espanha, por exemplo, utiliza-se a distinção *negocio obligacional* (negócio obrigacional) e *acuerdo real* (acordo real), para diferenciar o acordo de vontades que atua no âmbito do Direito das Obrigações, e aquele que atua no âmbito do Direito das Coisas. Nesse caso, a causa da diferenciação recai sobre o objeto do acordo. Pelo fato de comumente servir como adimplemento, é chamado também de *negocio de cumplimiento* ou *negocio de prestación*.

---

negócio jurídico no plano dos direitos reais. E aí se faz imprescindível a vontade dirigida à constituição do gravame."

[197] L. CAMARGO PENTEADO, *Direito* cit. (nota 192), p. 544-545.

[198] M. JARDIM, *O Sistema Registal* cit. (nota 190), p. 394-395.

[199] *Tratado* cit. (nota 90), p. 223.

[200] A. TROMBETTA, *Il contratto e la traditio nel "sistema" di Savigny*, in *Il Foro Italiano* (*FI*) 104 (1981), p. 269-270; F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen rechts*, vol. III, Berlin, Veit und Comp, 1840, p. 312 e ss.; F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen rechts*, 1840, trad. it. de Vittorio Scialoja, *Sistema del Diritto Romano Atuale*, vol. III, Torino, UTET, 1891, p. 409; F. RANIERI, *Brevi Note Sull'Origine Della Nozione Di Negozio Reale Ed Astratto*, in *Tijdschrift vOOR Rechtsgeschiedenis* 38 (1970), p. 315-316; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 223.

Assim, evita-se a utilização da expressão contrato real para designar mais de uma espécie jurídica.[201]

Ainda acerca da terminologia, é raro ver a doutrina brasileira, em geral, se referir a negócio de Direito da Coisas ou júri-reais.[202] Observa-se com mais frequência a utilização simplesmente de negócios jurídicos reais, que, como se pode notar pode admitir mais de um significado.

Tratando-se do caso concreto, ou seja, da alienação fiduciária em garantia, pode-se dizer que o contrato de alienação fiduciária em garantia, embora se distancie dos daqueles que visam constituir garantias tradicionais – penhor, hipoteca e anticrese – na medida em que não visa a criação de direito real sobre coisa alheia (*in re aliena*), quanto à sua função econômico-jurídico é muito semelhante a eles.[203]

Nesse sentido, tanto aquele quanto estes não se classificam como contratos obrigatórios. É dizer, não criam modificam ou extinguem obrigações, não atuam no campo do Direito das Obrigações, mas no Direito das Coisas.[204] Por essa razão, J. C. MOREIRA ALVES[205] afirma que corresponderia ela à *Einigung* (*acordo*) do direito alemão, cuja doutrina daquele país a classifica como um *dinglicher Vertrag* (contrato de Direito das Coisas).

Em suma, comparando os acordos que constituem as garantias com os que constituem obrigações, fica clara a distinção entre essas duas espécies de contratos. Enquanto nestes há vontade de obrigar-se, naqueles a vontade é de constituir imediatamente um direito real de garantia. Decorre então que, enquanto os contratos obrigatórios visam uma prestação futura, o contrato de Direito das Coisas diz respeito à transmissão (ou constituição) em si mesma.

---

[201] A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 979. Mesmo importantes juristas, como J. C. MOREIRA ALVES (*Da Alienação* cit. (nota 130), p. 27, nota de rodapé nº 38), chegam a traduzir a expressão *dingliche Vertrag* por contrato real.

[202] M. BERNARDES DE MELLO – M. EHRHARDT JR., *Panorama atual pelo atualizador (§ 281.B)*, in F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Negócios Jurídicos*, t. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 225.

[203] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 53-54.

[204] Cf. nota de rodapé nº 196.

[205] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 53.

Sendo assim, pode-se dizer que da mesma forma que o penhor, a hipoteca e a anticrese, enquanto negócios jurídicos bilaterais, a alienação fiduciária em garantia é um contrato, mas não de espécie obrigacional, mas de Direito das Coisas.

3.8 Gênese e formação do contrato de Direito das Coisas

O contrato de Direito das Coisas é uma criação da dogmática na alemã, especificamente da escola histórica.[206] Nas palavras de H. KRONKE,[207] um dos temas mais interessantes e, a nível didático, um dos mais espinhosos do direito civil alemão é, sem dúvida, a transmissão da propriedade.

A presença de diversas figuras dogmáticas, como o chamado Princípio da abstração (*Abstraktionsprinzip*), elementos típicos daquele direito, mas apenas parcialmente presente nos demais ordenamentos jurídicos da área germânica, dificulta em muitos casos a compreensão e a comunicação entre os sistemas jurídicos alemão e estrangeiros. Trata-se de princípios fundamentais não só nos cursos monográficos sobre direitos reais e sobre a propriedade, mas em todo o campo da disciplina das relações comerciais e civis, como no Direito de Família e no Direito das Sucessões e que deriva da separação rígida entre planos dogmáticos.

O conhecimento do sistema de transmissão alemão é importante na medida em que o Código Civil brasileiro se inspirou fortemente no Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)) e, não apenas no que diz respeito ao direito civil como um todo,[208] mas especialmente no que diz respeito ao negócio jurídico e à transmissão da propriedade imóvel.

No direito alemão moderno há uma estrita dissociação entre o plano do Direito das Obrigações e o plano do Direito das Coisas. Esse é o efeito mais proeminente do princípio da

[206] F. RANIERI, *Brevi Note* cit. (nota 200), p. 315-319.

[207] *Il trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in F. GALGANO (a cura di), *Atlante di Diritto Privato Comparato*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 2003, p. 108.

[208] No direito civil, destacam-se, também, por suas importâncias, as influências, o direito francês e o português; no direito processual e no direito penal, o italiano; no direito administrativo e direito internacional, o francês; em direito comercial, o estado-unidense; no direito constitucional, as soluções francesas são frequentemente citadas, principalmente no que se refere à forma de governo (A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *L'influence du droit français sur le droit brésilien*, in *Revista Da Faculdade de Direito* (*RFDUSP*) 89 (1994), p. 202).

separação (*Trennungsprinzip*) vigente. Isso significa que não existe relação causal entre o negócio jurídico obrigacional, que cria a relação obrigacional (*Verpflichtungsgeschäft*) e o negócio jurídico real, ou de disposição (*Verfagungsgeschäft*).[209]

Em razão da adoção desse princípio, as questões atinentes à existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos firmados em cada um dos planos devem ser analisadas de forma diferente daquela do direito brasileiro. Sendo assim, o negócio jurídico obrigacional subjacente (*Grundgeschäft*) apenas produz efeitos naquele plano. Isso significa que, quando da conclusão do contrato de direito das obrigações, existe apenas uma obrigação das partes de entregar as coisas objeto do acordo, que não afetará a validade do negócio subsequente, de Direito das Coisas, que tem por objeto a disposição do direito.[210]

Sendo assim, no ordenamento jurídico alemão, a transmissão da propriedade está predominantemente fundada no acordo de vontade de transmissão da propriedade.[211] O objetivo do legislador, que se apoiou fortemente na teoria de Savigny, segundo V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI,[212] foi criar um modelo que prestigiasse a segurança do tráfego imobiliário, "conferindo maior dinamicidade na circulação desses bens."[213]

---

[209] V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI, *Tratado Notarial e Registral – Ofício de Registro de Imóveis*, vol. 5, t. I, São Paulo, YK, 2020, p. 175; D. BESSONE, *Do contrato* cit. (nota 143), p. 58-64.

No entanto, modernamente, tem recrudescido o entendimento que considera artificiosa essa separação. Segundo M. JARDIM (*O Sistema Registal* cit. (nota 190), p. 394), é "já clássica a oposição doutrinal a este princípio e refira-se que ela recrudesceu modernamente. Efectivamente, os autores de hoje, como os de ontem, consideram artificiosa a distinção legal entre acordo obrigacional e acordo real, e defendem que de *lege ferenda* a função do acordo real seja assumida directamente pelo acordo obrigacional."

[210] V. F. KÜMPEL, *Sistemas de Transmissão Imobiliária - Sob Ótica do Registro*, São Paulo, YK, 2021, p. 207. Nos motivos que fundamentaram o BGB o princípio da separação também foi denominado princípio do contrato (*Vertragsprinzip*), cuja utilização deve ser evitada por falta de precisão (M. PIETREK, *Konsens über Tradition? Eine Studie zur Eigentumsübertragung in Brasilien, Deutschland und Portugal*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 8).

[211] E mesmo estando a praxe jurídica consolidada nesse sentido, a discussão acerca da existência e da natureza desse suposto acordo estão presentes já há bastante tempo (H. H. JAKOBS, *Gibt es den dinglichen Vertrag?: Ein Epitheton zu, Wissenschaft und Gesetzgebung' (1983)*, in *ZSS* 119-1 (2002), pp. 269-271). No mesmo sentido, W. TRAPP, *Der dingliche Vertrag und seine Stellung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Leipzig, Roske, 1909, p. 45, cujas considerações foram feitas ainda no começo do século passado.

[212] V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI, *Tratado Notarial e Registral* cit. (nota 209), p. 178.

[213] No mesmo sentido, C. MASSIMO BIANCA, *Riflessioni sul princípio del consenso traslativo*, 1972, trad. es. de M. G. FERNANDEZ CRUZ, *Reflexiones sobre el principio del consenso traslativo*, in *THEMIS Revista de Derecho* 38 (1998), p. 79-80. Contra, apresentando também bons argumentos, especialmente ensinamentos de Wilhelm Felgentraeger, F. RANIERI (*Brevi Note* cit. (nota 200), p. 341), que, após explicar que, na doutrina alemã, o cânone segundo o qual seria a tradição o ato produtor de efeito real, afirma, "[c]oerentemente, era precisamente no efeito da traditio que Savigny queria ver uma prova da operatividade da vontade do sujeito. Assim, tendo

Esse acordo, que se concretiza no âmbito do Direito das Coisas, nada mais é, explica W. FLUME,[214] do que as disposições mutuamente acertadas acerca da constituição, modificação, transferência ou extinção de direitos reais. Como muitas vezes é feito como forma de comprimento de um contrato obrigacional – embora, no direito alemão, não pressuponha, necessariamente, um contrato dessa natureza, já que este pode ser elaborado posteriormente – costuma ser classificado como um contrato a prazo.

Dada a adoção desse princípio, ainda que o contrato seja de execução imediata – isto é, em que a execução é ato contínuo à sua conclusão – existem no sistema alemão pelo menos três acordos de vontade a serem feitos, que se traduzem em três contratos. O primeiro, o negócio jurídico obrigacional, e os demais, os negócios jurídicos sobre a transferência das coisas objeto dos contratos – da coisa e do dinheiro, em geral.[215]

Desse modo, como explica M. PIETREK,[216] o princípio da separação representa uma dissociação sistemática entre o negócio obrigacional e a modificação do direito real, ainda que possa não parecer inexistir essa partição – como no caso da entrega da coisa logo após a convenção de compra e venda.[217]

Em suma, para a transferência de propriedade no direito alemão é necessário que haja um acordo de vontades (*Einigung*)[218] independente em relação àquele que foi firmado no âmbito

---

assumido o ato da vontade como causa e fundamento da transferência de propriedade, levou-o a conceber a traditio como um negócio autônomo e funcionalmente abstrato no que diz respeito ao contrato obrigatório subjacente." Nota-se, assim que o fundamento, para ele, não seria de ordem econômica, mas de ordem teórica ou da essência do fenômeno social.

Discute-se também a segurança jurídica produzida pelo registro. No Brasil, é comum discutir-se, no mesmo contexto, a função da jurisprudência sobre o tema, uma vez que o Poder Judiciário atua como fiscal dos serviços notariais e de registro. Sobre o tema, cf. I. JACOPETTI DO LAGO, *A segurança jurídica gerada pelo registro e os tribunais: análise da experiência brasileira recente na execução extrajudicial da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis*, in *Revista de Direito Imobiliário* (*RDI*) 87 (2019), p 455-475.

[214] *Allgemeiner Teil* cit. (nota 163), p. 603-604; no mesmo sentido, A. VON TUHR, *Der Allgemeine* cit. (nota 154), p. 200.

[215] M. PIETREK, *Konsens* cit. (nota 210), p. 29-30.

[216] *Konsens* cit. (nota 210), p. 29-30.

[217] A questão da proximidade cronológica dos atos jurídicos muitas vezes influencia não só na confusão entre o acordo de vontades obrigacional e de transmissão, mas também na questão da causalidade entre os dois. Ainda que exista essa proximidade, não se pode, só por isso, dizer que o ato é causal. Ou seja, "ainda que [realizado] junto, como é de praxe, ao negócio jurídico causal, não se 'concretiza', posto que essa concretização seja possível." (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas – Propriedade – Aquisição da propriedade imobiliária*, t. XI, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 430).

[218] A Segunda Comissão elaboradora do BGB evitou o uso da expressão contrato de *dinglicher Vertrag*. Utilizou-se, no entanto, o termo *Einigung* (acordo), em razão de dúvidas sobre a verdadeira natureza desse acordo

do direito obrigacional. E tais acordos são regulados de maneira semelhante, pois, compartilham a mesma essência – são acordos de vontade.

A convenção de transmissão (contrato de Direito das Coisas – *dingliche Vertrag*) é um acordo e, por isso, espécie de negócio jurídico. Por consequência, são aplicáveis as regras para os negócios obrigacionais, desde que não conflitem com a natureza do ato dispositivo, isto é, sejam contra a essência da declaração de vontade destinada a produzir imediatamente a perda de um direito, ou a sua modificação gravosa ou com a tradição e o registro.[219]

Nessa ordem de ideias, conclui-se que para o direito alemão o acordo de transmissão é um acordo próprio, independente do obrigacional. Nas suas fontes, esse acordo aparece expressamente em diversos pontos do BGB,[220] e embora sejam mais comumente citados[221] os §§ 873 (I)[222] e 929[223], que estabelecem a transmissão de bens imóveis e móveis, respectivamente – e com razão, afinal observa-se neles, expressamente, a necessidade de acordo para transmissão –, o mais claro exemplo da rígida separação entre os planos no direito alemão reside, segundo

de vontades (W. FLUME, *Allgemeiner Teil* cit. (nota 163), p. 603-604; A. VON TUHR, *Der Allgemeine* cit. (nota 154), p. 200, nota de rodapé nº 100; W. TRAPP, *Der dingliche Vertrag* cit. (nota 211), p. 43). Todavia, já há bastante tempo, a doutrina alemã trata da *Einigung* como verdadeiro contrato. A natureza do acordo firmado nesse caso, seria essencialmente o mesmo daquele firmado no campo do direito das obrigações, cuja diferença residiria apenas no objeto (W. TRAPP, *Der dingliche Vertrag* cit. (nota 211), p. 50-51).

[219] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 50; A. VON TUHR, *Der Allgemeine* cit. (nota 154), p. 200-201.

[220] Por exemplo, §§ 241, 398, 413, 873 e 929 do BGB.

[221] Cf. V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI, *Tratado Notarial e Registral* cit. (nota 209), p. 175; D. BESSONE, *Do contrato* cit. (nota 143), p. 61-62.

[222] *Erwerb durch Einigung und Eintragung* (Aquisição pelo acordo e registro)

(1) *Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt* (A transferência da propriedade de um imóvel, a oneração deste com direito e a transferência ou oneração de tal direito, exigem acordo entre o titular do direito e a outra pessoa sobre a ocorrência da mudança de direitos e o registo da alteração dos direitos no Registo Predial, salvo disposição em contrário da lei).

[223] *Einigung und Übergabe* (Acordo e tradição)

Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums (Para a transferência da propriedade de uma coisa móvel, é necessário que o proprietário entregue a coisa ao adquirente e ambos acordem na transferência da propriedade. Se o adquirente já estiver de posse da coisa, o acordo sobre a transferência da propriedade é suficiente).

M. PIETREK,[224] no §137, que trata da proibição de disposição por negócio jurídico (*Rechtsgeschäftliches Verfügungsverb*) daquele código:

> *Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt* (O poder de dispor de um direito alienável não pode ser excluído ou restringido por um negócio jurídico. A eficácia de uma obrigação de não dispor de tal direito não é afetada por esta disposição).

Dadas suas características, o sistema de transmissão adotado nesse ordenamento é chamado de sistema do modo, já que nele reside o fundamento da transmissão da propriedade.[225]

Feitas tais considerações acerca da relação material entre as convenções firmadas no âmbito do Direito das Obrigações e no do Direito das Coisas, é preciso também destacar algumas questões que dizem respeito à projeção desse princípio no direito formal (registral) alemão. E isso porque o regime aplicável a bens imóveis, se difere daquele aplicável a bens móveis, assim como no Brasil. No caso de imóveis, exige-se o registro como sendo essencial à transmissão ou constituição do direito real.

---

[224] *Konsens* cit. (nota 210), p. 29-30. Diferentemente, no direito brasileiro, considerado causal, onde a inalienabilidade pode ser estabelecida sem qualquer problema. O art. 1.911 do Código Civil é claro ao dispor: "A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade." Apesar desse dispositivo dizer respeito à transmissão a título gratuito, é discutível a validade de pacto que determine a indisponibilidade acerca de bens adquiridos a título de oneroso. No direito anterior ao Código Civil de 1916, A. TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação das Leis Civis*, vol. I, Brasília, Senado Federal, 2003, p. 359), no art. 553 da Consolidação das Leis Civis, defendia a validade de cláusula de não poder o comprador vender, ou alienar, a coisa senão a certa e determinada pessoa, o que muito se assemelha a cláusula de inalienabilidade, mas, nesse caso, instituída em negócio jurídico oneroso.

[225] Essa classificação leva em conta os efeitos substantivos dos atos. Os outros sistemas são o sistema do título e do título e modo (V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI, *Tratado Notarial e Registral* cit. (nota 209), p. 181-184). A publicidade nesses tipos de sistema, tem, portanto, eficácias diferentes. No caso do sistema do título, tem ela o efeito de mero aviso a terceiros de atos que se perfazem pelo só acordo de vontades e que, portanto, não dependem dela para sua existência. O título é definitivo para as partes nesse sistema. Chama-se, por isso, de sistema *consensual* ou *privatista*. No caso do sistema do modo, confere-se à publicidade o efeito de constituir o direito que, antes dela, não se perfaz entre as partes, ainda que, em torno dele, haja acordo de vontades. O modo, nesses sistemas, absorve o título, retirando-lhe importância. E, por exigir uma solenidade de investidura de uma autoridade pública, é chamado de *publicista*. O terceiro, do título e modo, aproxima-se da regra romana, combinando o título com o modo de adquirir. Nesse caso, a publicidade registral é substituta da tradição e possui duplo efeito, de constituir o direito real e de anunciá-lo a terceiros (A. CARVALHO, *Registro de Imóveis*, 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 15-16). No mesmo sentido de falar em absorção do título pelo modo de aquisição, D. BESSONE, *Do contrato* cit. (nota 143), p. 62.

Refere-se, especificamente, ao disposto nos §§19 e 20 da lei registral alemã (*Grundbuchordnung* (GBO)). Antes, no entanto, para um melhor entendimento, é preciso fazer uma breve síntese acerca do desenvolvimento do direito registral alemão.

Nos primórdios do direito germânico não havia a possibilidade de apropriação de bens imóveis. Este eram considerados, segundo M. JARDIM,[226] "pertenças da comunidade". Posteriormente, quando se considerou possível a propriedade individual, dadas as características daquele sistema, era insuficiente para a transmissão da propriedade o consenso das partes. Era necessário mais: um contrato real[227] (*sala* ou *traditio*) feito publicamente, pelo qual se fazia entrega de coisas que simbolizavam o imóvel, bem como um ato executivo de apropriação material (*gewere*).[228]

O direito germânico experimentou uma primeira fase fortemente ritualística. A mitologia germânica, que possui fortes traços de magia e simbolismo, girava toda em torno de objetos representativos. Sua projeção sobre a vida social, da qual o direito não é exceção, fez exigir outrossim uma série de atos representativos para que efeitos jurídicos fossem produzidos.[229]

Foi, todavia, na Idade Média que o direito germânico sofreu as mudanças consideradas a gênese do direito formal alemão moderno. Durante esse período, o ato simbólico e a apropriação material fundiram-se num só ato, passando esta última a ser ideal. Verificou-se,

[226] *O Sistema Registal* cit. (nota 190), p. 382.

[227] Contrato real significando, aqui, aquele que exige a entrega da coisa para se perfectibilizar.

[228] Sobre a *gewere*, cf. o texto didático de J. C. MOREIRA ALVES, *A "Gewere" – Um instituto do antigo direito germânico*, in *Revista Da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo* (*RFDUSP*) 63 (1968), p. 193-228.

[229] A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 952. Um dos mais notórios, pode-se dizer, é a entrega do *wadium*. O *wadium* (ou *wadia* entre os longobardos) consiste num objeto qualquer, como uma luva, que o devedor entrega ao credor. Era utilizado, como na *festuca*, embora com menos frequência, para a transmissão da propriedade (M. NAVARRO MARTORELL, *Propried Fiduciaria – La fiducia histórica - Los modernos negocios fiduciarios - La propriedad fiduciaria*, Barcelona, Bosh, 1950, p. 47-48; no mesmo sentido, M. E. ALVES CANUTO, *Alienação Fiduciária de bem Móvel – Responsabilidade do Avalista*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 94-96; L. A. BECK DA SILVA, *Alienação Fiduciária em Garantia*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 17-18. Adverte, no entanto, O. SOUZA LIMA (*Negócio Fiduciário* cit. (nota 26), p. 177-179), que, em seus primórdios, a *wadiatio* era forma de tornar obrigatória a relação jurídica, o que decorre do caráter de o direito espanhol medieval afastar a noção de obrigatoriedade dos contratos como função do consenso, isto é, de exigir uma formalidade como da essência do negócio jurídico a ser celebrado. Sobre a origem da *wadiatio*, cf. O. KANO, *Pour l'histoire d'un symbole juridique: la festuca dans le haut Moyen Âge*, in *Bulletin de la Société Nationale des Antiquaires de France* (*BSNAF*) 2010-1 (2015), p. 159-176; A. ESMEIN, *Études sur les contrats dans le trés-ancien droit français*, in *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger* (*NRHDFE*) 6 (1882), pp. 35-75.

portanto, uma forte espiritualização das formas.[230] Ademais, o consentimento – que era prestado pela assembleia dos homens livres e depois por vinte e quatro testemunhas da comunidade, muda de forma e passa a ser dado pela autorização de um juiz, enquanto representante dela. Os primeiros livros territoriais remontam ao início do século XII, em Colônia. Registros de outros há, também, em Magdeburgo, Lubeca, Hamburgo e Munique. Seriam eles descendentes dos *Kopialbücher* dos monastérios e dos *Traditionsbücher* dos senhores feudais que, foram substituídos nos séculos X. Embora os atos de transferência da propriedade imobiliária tenham começado a ser documentados no século XIII, apenas dois séculos mais tarde – inicialmente nas regiões da Boemia e na Morávia – esse ato passou a ser imprescindível para a aquisição do direito.[231]

Essa prática se popularizou em grande parte do território alemão. Vários eram os territórios que a adotaram. E, em diversos lugares, como na Bohemia, na Polônia e na Silésia, era atribuído às inscrições valor constitutivo da transmissão.[232]

Todavia, com a recepção do direito romano[233] e do seu sistema translativo de domínio o regime germânico sofreu grande abalo. A doutrina germânica enfrentou acesa discussão acerca

[230] A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 952. Esse fenômeno é mais bem registrado a partir do século XII. Nele iniciou-se um fenômeno inédito no direito germânico: a espiritualização do direito. A tradição, que ocorria mediante atos e rituais externos, passa a ocorrer por meio de inserção da investidura judicial (*gerichtliche Auflassung*) ou do documento negocial (*aussergerichtliche Auflassung*) em um registro público.

[231] M. JARDIM, *O Sistema Registal* cit. (nota 190), p. 382; A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 952-953.

[232] Não se pode dizer, todavia, que nasceu nesse momento o Registro de Imóveis alemão moderno, uma vez que não se adotava, ainda, o sistema de fólio real, característico desse sistema. Esse sistema só nasceu um Munique, em 1484 (A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 953).

[233] Sobre a recepção do direito romano pelo direito germânico, cf. A. GAMBARO – R. SACCO, *Trattato di diritto comparato - Sistemi giuridici comparati*, 3ª ed., Torino, UTET, 2008, p. 245-247; P. ARMINJON – B. B. NOLDE – M. WOLFF, *Traité de Droit Comparé*, t. II, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950 p.189-194; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. es. de Francisco Fernández Jardón, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Madrid, Aguilar, 1957, p. 89 e ss; E. LO RÉ POUSADA, *A Recepção do Direito Romano nas Universidades – Glosadores e Comentadores*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* (*RFDUSP*) 106/107 (2011/2012), p. 109-117. Muito se discute acerca das razões que levaram à recepção do direito romano pelo direito alemão. Entre as mais gerais se encontram i) a concepção da monarquia alemã como reencarnação do Império Romano e a consideração de seus reis como imagem dos Césares Romanos, ii) a atomização dos ordenamentos germânicos e iii) o arcaísmo das regras processuais. Ademais, a doutrina alemã costuma separar em duas fases tal recepção: a *Vorrezeption* (ou pré-recepção) e a *Hauptrezeplion* (ou recepção principal), que também se costuma referir como, com maior exatidão, "recepção teórica" e "recepção práctica" (A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 954). O fenômeno da recepção do direito romano, ademais, não ocorreu de uma única vez, mas paulatinamente.

dos atos necessários à transmissão do domínio que apareceria mais tarde nas lições de importantes jurisconsultos, cujo maior expoente é Savigny.

Tal multiplicidade de fontes de direito permaneceu no direito germânico até, pelo menos, o terceiro quartel do século XIX. Embora posteriormente à recepção do direito romano tenha havido oportunidades que tenderam a unificar o direito imobiliário germânico, como, por exemplo, no século XVII, em que a necessidade de reconstrução da Guerra dos Trinta Anos ocasionou a edição de uma nova regulação imobiliária (material e formal), que procurou dinamizar a utilização de capital, foi apenas com a edição do atual BGB que se unificou, de fato, a questão jurídica em relação a esse ramo do direito.[234]

Quando a comissão incumbida para elaboração do BGB, que abrangesse todo o território alemão, foi nomeada pelo *Reichstag*, a ideia era a de incluir nele a regulação hipotecária formal. A inclusão de questões formais nesse diploma se mostrou inadequada e se optou por dedicar-lhe uma lei autônoma. Um ano depois, promulgou-se a lei registral – ou *Grundbuchordnung* (GBO) – que entrou em vigor junto com o BGB, em 1900.[235] Reside aí a separação topológica entre o direito material e formal alemão. Desde então as questões imobiliárias materiais são tratadas nos §§873-902 e §§925-928 do BGB e as formais na GBO.

A partir da primeira metade do século XX, o registro tomou parte da justiça municipal e o procedimento registral é considerado de jurisdição voluntária. É ele estrutura pelo fólio real e a inscrição é constitutiva para toda a transmissão ou oneração de um imóvel. A inscrição do prédio faz-se com base no cadastro, mas a publicidade e a legitimação registral não abarcam os dados de fato.

---

[234] Em 1872, aproveitando importantes trabalhos cadastrais realizados uma década antes, foi promulgada uma nova legislação registral, que teve como mérito organizar o trato sucessivo tendo o prédio como elemento central do registro, o que possibilitou, como aponta M. JARDIM (*O Sistema Registal* cit. (nota 190), p. 383), "organizar a publicidade face ao terceiro adquirente e a legitimação registal do titular inscrito".

Restava, todavia, uma homogeneização das normas referentes à transmissão imobiliária, já que, por influência da recepção do direito romano, ela ocorrida por formas diversas. A primeira tentativa de unificação foi durante o processo de elaboração do BGB, onde tentou-se, sem sucesso, a normatização, concomitante, no BGB, das questões materiais e formais do registro. Editou-se, assim, duas leis, o BGB e a GBO (*Grundbuchordnung*), em que neste cuidou-se das questões formais e, naquele, das materiais.

Apesar dessa tentativa de unificação, há quem afirme que a verdadeira unificação apenas ocorreu com a reelaboração da GBO em 1935. A partir daí, pode-se considerar, segundo M. JARDIM (*O Sistema Registal* cit. (nota 190), p. 383), que existe uma uniformidade normativa em âmbito nacional da questão registral.

[235] A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 958-959.

Chama-se esse sistema de registral forte,[236] por ser constitutivo da propriedade, em oposição aos sistemas que apenas conferem publicidade a um ato que já foi consumado.[237] A publicidade – acertadamente – ingressa no próprio conceito de direito real, já que, por definição, trata-se de direito oponível *erga omnes*. Nesse sentido, se torna meio confiável das situações jurídico-imobiliárias, cuja confiança reforça a proteção dos terceiros de boa-fé.[238]

Como foi dito, importa, aqui, a discussão da projeção do princípio da separação no direito formal, uma vez que o estudo de todos os princípios do direito registral alemão seria tema próprio de monografia específica. Nesse sentido, verifica-se tal projeção nos §§ 19 e 20 da GBO, que dispõem, respectivamente que:

> *Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird* (Efetua-se a inscrição quando aquele cujo direito restará prejudicado dê seu consentimento).
>
> *Im Falle der Auflassung eines Grundstücks sowie im Falle der Bestellung, Änderung des Inhalts oder Übertragung eines Erbbaurechts darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist.* (No caso de transmissão de um imóvel e no caso de constituição, modificação do conteúdo ou transmissão de um direito de superfície, a inscrição apenas será feita quando manifestado o necessário acordo de transmissão entre o titular e a outra parte).

O consentimento exigido pelo §19 da GBO é uma declaração unilateral, receptícia e abstrata do titular registral, em que se leva em conta apenas o interessado passivamente.[239] Considerando o dispositivo de direito material (§873 BGB) e o de direito formal (§19 GBO) conjuntamente – levando em conta que o direito material exige o acordo (*Einigung*) e direito formal a dispensa – é notória a contradição.

---

[236] Sobre a classificação de modelos de registro em fraco e forte, cf. M. JARDIM, *No modelo francês, o registro é mais fraco*, s.l., s.d.., disponível in https://www.irib.org.br/obras/no-modelo-frances-o-registro-e-mais-fraco [06/01/2022] (= *Revista do SFI* (*RSFI*) 21 (2005), p. 32-33).

[237] Por exemplo, o francês e o italiano. A. IADECOLA, *Gli Effetti e l'opponibilità del Contratto*, in P. FAVA (a cura di), *Il Contratto – Trattato teorico-pratico - Aggiornato al d.l. 24/1/2012, n.1, conv. in l. 24/3/2012, n.27 (d.l. liberalizzazioni) e alla proposta di regolamento europeo dell'11/10/2011*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1474-1476.

[238] Verifica-se, então, que a publicidade registral nesse sistema é tão importante que, como aparência da existência dos direitos em face de terceiros de boa-fé, torna possível, a favor destes, a aquisição a *non domino*. Decorre daí que a dupla alienação perde relevância, na medida em que o não inscrito não é oponível em relação à terceiros de boa-fé.

[239] M. JARDIM, *O Sistema Registral* cit. (nota 190), p. 399.

Surgiria, nesse contexto, uma incompatibilidade entre o direito material e o formal, derivada de uma valorização maior da celeridade. E isso porque, de acordo com o direito registral, a inscrição poderia ser feita tendo por base, exclusivamente, o consentimento do prejudicado. Apenas no caso de transmissão da propriedade e de constituição e transmissão do direito de superfície é que entra em jogo o princípio do acordo real.

Contudo a contradição não é tão aguda como pode parecer, uma vez que, conforme aponta M. JARDIM,[240] a lei parte do princípio, adquirido com base na experiência prática, de que o prejudicado pela inscrição – autor da declaração unilateral – só prestará o seu consentimento quando exista um acordo prévio. Afinal, não se entenderia a razão deste aquiescer com a inscrição.[241]

Isto posto, pode-se notar que a projeção do princípio da separação encontra-se, fundamentalmente, nos §§ 19 e 20 da lei registra alemã, sendo estes parágrafos complementares, conforme a figura abaixo.

$$\textit{Conteúdo do } \S\,873\ BGB \begin{cases} \left.\begin{array}{c} \textit{Constituição,} \\ \textit{transmissão,} \\ \textit{oneração de um direito real,} \\ \textit{com exceção da superfície} \end{array}\right\} \dfrac{\textit{Princípio do consentimento}}{(\S 19\ GBO)} \\ \left.\begin{array}{c} \textit{transmissão,} \\ \textit{constituição,} \\ \textit{modificação,} \\ \textit{transmissão de um direito de} \\ \textit{superfície} \end{array}\right\} \dfrac{\textit{Princípio do acordo real}}{(\S 20\ GBO)} \end{cases}$$

Portanto, verifica-se que o sistema alemão, nascedouro do Contrato de Direito das Coisas, possui peculiaridades que o tornam consideravelmente diferente do brasileiro: i) existe,

[240] *O Sistema Registal* cit. (nota 190), p. 399, nota de rodapé nº 25. Justifica-se, também, tal medida, uma vez que, por uma questão de valoração do legislador, apenas nos casos de transmissão do domínio e de constituição ou transmissão do direito de superfície (§20 GBO) é que haverá necessidade de se verificar a existência do acordo real (*Einigung*). Os demais casos, embora digam respeito a direitos reais, podem ser realizados com formalidades menos rígidas do que aqueles presentes neste dispositivo (A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 978).

[241] Nota-se, então, a importância de um negócio jurídico subjacente.

como desdobramento do princípio da separação de planos, um acordo de vontades facilmente identificável, que opera na seara do Direito das Coisas, cujo objeto é a próprio direito real – e não uma prestação;[242] ii) trata-se de acordo que é suficiente em si mesmo, abstraído de causa, e que é suficiente para liquidar a propriedade e tornar sua transmissão válida e iii) a projeção do princípio da separação na esfera imobiliária é verificado nos §§19 e 20 da lei registral alemã que, apesar das críticas, ilustra com clareza a operação do princípio da separação no direito registral.

3.9 O Contrato de Direito das Coisas no direito brasileiro

O contrato de Direito das Coisas, também chamado de contrato real, é espécie de negócio jurídico de Direito das Coisas. Feitas as distinções entre negócio jurídico obrigacional, negócio jurídico real e negócio jurídico de Direito das Coisas,[243] é preciso destacar que, no Brasil, não é comum encontrar na doutrina a expressão contrato de Direito das Coisas, sendo muito mais comum a expressão "contrato real."[244]

Mas é preciso destacar que a expressão pode admitir até três significados.[245] Nesse sentido, designa-se, em primeiro lugar, os contratos reais *quoad constitutionem*, que demandam ato próprio da disciplina dos Direitos das Coisas. Por essa razão são esses contratos mais bem definidos como reais segundo a sua constituição. Trata-se de espécies desse gênero o mútuo, o comodato, o depósito e, em princípio, o penhor. São os chamados *Realverträg* do direito alemão.[246]

---

[242] V. F. KÜMPEL, *Sistemas de Transmissão* cit. (nota 210), p. 211.

[243] Cf. capítulos "Negócio jurídico obrigatório e negócio jurídico real" e "Negócio jurídico obrigacional e negócio jurídico de Direito das Coisas (ou júri-real)".

[244] E.g., A. VILAÇA AZEVEDO, *Curso de direito civil – Contratos típicos e atípicos*, vol. IV, São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 84, 88, 102; F. ULHÔA COELHO, *Curso de Direito Civil – Contratos*, vol. III, 1ª ed. eletrônica, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 173; C. CHAVES DE FARIAS – N. ROSENVALD, *Curso de Direito Civil – Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*, vol. IV, 7ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 283, 293; C. FIÚZA, *Alienação Fiduciária em Garantia (de acordo com a lei nº 9514/97)*, Rio de Janeiro, AIDE, 2000, p. 107.

[245] L. CAMARGO PENTEADO, *Direito* cit. (nota 192), p. 543.

[246] Mesmo na literatura alemã, onde se distingue com maior precisão os *Realverträg* e o *dinglicher Vertrag*, verificam-se episódios em que existe confusão terminológica. Nesse sentido há quem adote a classificação dicotômica: i) negócio real (*Realgeschäfte*) e ii) negócio meramente voluntário (*rein voluntare Geschäfte*)(W. TRAPP, *Der dingliche Verträg* cit. (nota 211), p. 43).

Além disso, por contratos reais pode-se entender aqueles que geram, diretamente, efeitos reais – contratos reais *quoad effectum*. São eles empregados, geralmente, nos sistemas que não exigem um modo de transmissão, isto é, onde o próprio consenso é suficiente para transmitir os direitos reais – como no caso da França, da Itália e de Portugal, mas não no Brasil ou na Alemanha.

Por fim – e esse caso é o que mais interessa para o trabalho – existe a categoria "dos contratos reais como contratos de Direito das Coisas, que se diferenciam pelo setor dogmático em que operam, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas reais, ou seja, relações jurídicas cujo objeto primário seja uma coisa."[247]

É comum, no entanto, observar autores nacionais, como D. BESSONE,[248] que fazem a separação apenas em duas categorias *quoad constitutionem* e *quoad effectum*, entretanto englobando, nessa última classificação, tanto os contratos que produzem efeitos reais, como aqueles que atuam no âmbito dogmático do Direito das Coisas.

D. BESSONE inclui os contratos reais pelos efeitos entre as "figuras contratuais controvertidas".[249] Essa falta de distinção gera grande confusão e, em verdade, acaba por trazer mais complicações do que esclarecimentos.[250] Decorre disso a dificuldade de entendimento da teoria do autor em classificar, em outro trabalho,[251] a compra-e-venda como contrato real-obrigacional.

---

[247] L. CAMARGO PENTEADO, *Direito* cit. (nota 192), p. 544.

[248] *Do contrato* cit. (nota 143), p. 58, nota de rodapé nº 16: "O contrato pode ser *real* em dois sentidos; pela formação, quando esta depende da entrega da coisa (mútuo comodato, depósito e, em princípio, o penhor), ou pelos efeitos, quando produz efeitos *reais*."

[249] *Do contrato* cit. (nota 143), p. 51-84. Também se enquadram nessa classificação, segundo o autor, os contratos administrativos, os contratos preliminares, o contrato coletivo de trabalho, o contrato de adesão, o contrato-tipo e o contrato fiduciário. O. GOMES (*Contratos* cit. (nota 153), p. 15) não faz tal separação. Mas não o faz porque, diz, expressamente, que tratará, em seu trabalho, exclusivamente, dos contratos obrigacionais.

[250] "O conceito como de negócio jurídico de Direito das Coisas é útil à ciência do direito; como de contrato com eficácia real, não só destoa dos fatos, como também suscita questões sutis, que, sem ele, não surgiriam." (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 223).

[251] D. BESSONE, *Da Compra e venda – Promessa e Reserva de Domínio*, Belo Horizonte, Álvares 1960, p. 255. Como aponta J. C. MOREIRA ALVES (*Da Alienação* cit. (nota 130), p. 55, nota de rodapé nº 94): "Em outras palavras, defende ele [Darcy Bessone] a tese de que o sistema jurídico brasileiro, no particular, não seguindo o francês (do contrato translativo do domínio) nem o alemão (em que há dois contratos: um obrigatório e outro com eficácia real - a *Einigung* - que é abstrato e se transcreve no registro público), realizou obra eclética, reunindo os dois acordos de vontade exigidos no direito alemão em um contrato apenas, contrato obrigatório-translativo, que, no dizer daquele civilista, é 'cumulativo de efeitos obrigatórios e reais'."

A classificação dos contratos em reais pelos efeitos se adapta muito melhor aos sistemas inspirados no sistema francês. Naqueles que seguiram essa ideia, como o italiano, o contrato obrigacional produz a transmissão do direito real. Essa convergência de vontades – acordo obrigacional – é capaz de constituir ou transmitir o direito real, por meio de presunção legal, que dispensa o modo de transmissão – isto é, a tradição ou o registro do acordo de transmissão.[252]

No direito alemão, onde, apesar da existência do acordo de transmissão (*Einigung*) não produzir, sozinho, o efeito real – que depende do modo de transmissão – essa classificação pelos efeitos pode ser mais bem compreendida, pois esse acordo diz respeito propriamente à disposição do direito real e é essencialmente diferente do acordo que criou a obrigação, embora, como dito, seja necessário a tradição ou o registro para produção desses efeitos. Portanto, é fácil identificar, nesse sistema, o ato que visa à produção imediata de efeitos reais.[253] Por isso, nesses casos a classificação de contratos reais pelos efeitos é, também, praticamente natural.

Porém isso não ocorre no sistema brasileiro. Nesse caso, a adoção em princípio de um sistema de título e modo, sem a previsão expressa de um acordo específico sobre a disposição do direito torna obscuro o ato que efetivamente produz – ou tende a produzir – o efeito real.[254]

---

[252] A. IADECOLA, *Gli Effetti e l'opponibilità* cit. (nota 237), p. 66 e nota de rodapé nº 123.

[253] É preciso deixar claro, todavia, a diferenciação entre negócio jurídico dispositivo e contrato de Direito das Coisas. Segundo W. FLUME (*Allgemeiner Teil* cit. (nota 163), p. 604), existe grande semelhança entre os contratos de direitos das coisas e aqueles que atuam sobre direitos obrigacionais já existentes, como por exemplo, a remissão, a cessão ou a oneração de créditos. Ambos são negócios jurídicos dispositivos. Todavia, não se deve confundir o contrato de Direito das Coisas, que atua em setor dogmático específico, com esses contratos. Ambos são atos dispositivos, mas atuam em planos diferentes e, por isso é inadequada a inserção dos contratos que tem por objeto direitos obrigacionais já existentes na categoria de contrato de contrato de Direito das Coisas (*dinglichen Verträg*).

Apoiado em lições do mesmo autor, R. DOMINGOS FAIARDO VANZELLA (Numerus Clausus *dos Direitos Reais e Autonomia nos Contratos de Disposição*, Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009, p. 225), afirma que "a circunstância de o legislador do BGB ter preferido a denominação *Einigung* em vez de *dinglicher Vertrag* deve-se, somente, ao cuidado de estabelecer dois campos bem determinados: os contratos de disposição e os contratos obrigacionais, os quais, apesar de serem contratos, não têm a mesma regulação, ao menos não inteiramente; 'a *Einigung* no sentido das prescrições do Direito das Coisas do BGB é nada mais que a regulação acordada sobre a constituição, a modificação, a transmissão e a extinção de direitos reais, e ela é, portanto, segundo a maioria das opiniões, acondicionada, com razão, sob o conceito de contrato'".

Na Alemanha, dado o princípio da separação, os contratos de Direito das Coisas são negócios jurídicos abstratos, uma vez que sua validade independe do negócio jurídico obrigacional subjacente.

[254] Vale destacar, outrossim, que, antes da elaboração de F. C. VON SAVIGNY (*System* cit. (nota 200), p. 404-418; F. RANIERI, *Brevi Note* cit. (nota 200), p. 315-316; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 223) que expandiu o conceito de contrato, ao defender que essa noção incide em outras áreas do direito, como no Direito das Coisas, no Direito de Família, etc., a tradição e o registro eram considerados meros modos de

Seja como for, a classificação do acordo de vontade travado no âmbito do Direito das Coisas como contrato é essencial para se entender a verdadeira natureza jurídica de algumas espécies. O conceito de contrato como negócio jurídico de Direito das Coisas é de grande utilidade para o direito, mas conceituá-lo como contrato com eficácia real – repete-se – não só distorce os fatos, como também faz surgir questionamento, que, sem ele, não surgiriam. E isso porque, como explica o F. C. PONTES DE MIRANDA,[255] a eficácia real não é necessária ao acordo firmado no âmbito do Direito das Coisas. O que é necessário – e, portanto, indispensável – é, apenas, o direito que dele nasce à aquisição do direito real.[256]

Considerando que este é o fundamento para inclusão do acordo de transmissão na classe de negócio jurídico de Direito das Coisas já que esse acordo não possui, salvo no ordenamento francês e nos que o seguiram, efeitos translativos, clarifica-se e compatibiliza-se a possibilidade de existência de contratos que atuam no Direito das Coisas sem, contudo, produzirem efeitos reais. Daí a sua grande utilidade, para não dizer mesmo necessidade. Nas palavras sempre bem-vindas do autor alagoano, "se consideramos os acordos de transmissão negócios jurídicos de Direito das Coisas, porque deles resulta direito formativo, e não pretensão obrigacional, – o conceito é útil, necessário mesmo, porque os contratos, que são os negócios jurídicos

transmissão, algo próximo de um simples esgotamento daquilo que já havia sido firmado. Vale frisar também que a literatura sobre o trabalho de desse autor é vastíssima e, como alerta A. TROMBETTA (*Il contratto* cit. (nota 200), p. 270, nota de rodapé nº 2), não facilmente dominável. Portanto, antes das construções de F. C. VON SAVIGNY, como é óbvio, não se encontra na literatura a ideia de contrato de Direito das Coisas. Por essa mesma razão não se encontra na doutrina brasileira do início século XIX referências a esse tipo de contrato. Revolvendo a obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação* cit. (nota 224), p. 343, nota de rodapé nº 2), por exemplo, nota-se a separação dos contratos apenas em consensuais (*contractos consensuais – obligationes quae consensu contrahuntur*) e reais (*contractos reaes – obligationes qum re contrahuntur*), indicando o livro 4, título 2º, princ. das Ordenações Filipinas como origem do discrime.

[255] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 223-224.

[256] Direito formativo é outro nome que se dá ao direito potestativo. O conceito de direito formativo é resultado da fragmentação conceitual de diversas situações jurídicas subjetivas, fruto da formulação teórica da noção de pretensão (*Anspruch*), atribuída a Bernard Windscheid no final do século XIX. A partir desse momento, ao lado do direito subjetivo, dotado de pretensão de exigibilidade do dever jurídico que lhe é contraposto, outras posições jurídicas adquiriram enorme relevância, em particular o direito potestativo. Figura fundamental nas relações privadas, ao direito potestativo não se contrapõe dever ou prestação. Ao contrário da dinâmica do direito subjetivo, a satisfação do seu titular dá-se pela interferência na esfera jurídica de outro titular, que se submete, pura e simplesmente, ao seu exercício. Esse é o motivo de também ser designado de direito formativo e traduz o poder unilateral de constituição, alteração ou extinção de relação jurídica (G. TEPEDINO, *Abuso do direito potestativo*, in *Revista Brasileira de Direito Civil* (*RBDCivil*) 25-3 (2020), p. 13).

obrigacionais mais importantes, não têm, – salvo no direito francês e nos que o seguiram, contra os princípios, por força de absurda interpretação cujaciana, – o efeito da transmissão."[257]

Em suma, nota-se que expressão "contrato real", no ordenamento jurídico brasileiro, pode assumir três significados diferentes. Pode referir-se aos contratos reais *quoad constitutionem*, aos contratos reais *quoad effectum* e também às convenções firmadas no âmbito do Direito das Coisas, sendo que a expressão contrato real para se referir a esse último tipo de contrato é inadequada.

Conveniente, portanto, é separação tricotômica sugerida por L. CAMARGO PENTEADO[258] e F. C. PONTES DE MIRANDA[259] ao propor tanto uma separação não só quanto à constituição, mas também quanto à topologia, sendo de especial importância esta última, cujo termo que melhor lhe descreve é contato de Direito das Coisas, termo cunhado originalmente por F. PAULA LACERDA DE ALMEIDA[260] como tradução de *dinglicher Vertrag*.

3.10 Existência do acordo de transmissão (*Einigung*) no direito brasileiro

Até este ponto, observou-se que a alienação fiduciária em garantia tem natureza jurídica contratual. De fato, dada a concepção moderna abstrata do conceito de contrato, dúvida não pode haver acerca da real natureza desse instituto. Argumentou-se também que se trataria de um contrato diferente daqueles mais corriqueiros, isto é, dos contratos obrigacionais, na medida em que a convenção que constitui a alienação fiduciária em garantia não busca criar uma obrigação,

[257] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 225.

[258] Cf. nota de rodapé nº 245.

[259] *Tratado* cit. (nota 90), p. 223. O autor utiliza a expressão *contrato júri-real* para traduzir *dinglicher Vertrag*, e evita contrato real, que corresponde ao *Realverträg* do direito alemão. É incomum, no entanto, na doutrina nacional, a referência a "negócios jurídicos júri-reais", sendo mais usual a utilização da expressão negócios reais, que podem gerar dúvida a respeito de seu significado (M. BERNARDES DE MELLO – M. EHRHARDT JR., *Panorama atual* cit. (nota 202), p. 225.).

[260] *Direito das Cousas*, vol. I, Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, 1908, p. 163. Embora o autor também utilize, ao longo do texto, a expressão *contrato real*, destacando que trata-se de "um contrato, não destinado como os contratos na sua aplicação mais comezinha e ordinária a criar, modificar ou extinguir obrigações, não parte constitutiva do 'Direito das Obrigações', mas contrato real, que tem por objeto transferir cousas ou direito referentes às cousas; da esfera portanto do 'Direito das Cousas'", ao se dirigir a esse tipo de convenção, em nota específica sobre o assuntos diz que "*dinglicher Vertrag* é melhor vertida talvez por contrato do Direito das Cousas", não deixando dúvida sobre sua preferência (*Direito das Cousas*, vol. I, Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, pág. 163, nota de rodapé nº 9).

mas atuar diretamente sobre o direito real, mais especificamente, transmitir a propriedade. Ou seja, visa à produção imediata de efeitos reais. Viu-se, por fim, que é no direito alemão que nasce a ideia de um acordo juridicamente autônomo que objetiva a transmissão da propriedade, como corolário ou consequência da separação entre os planos obrigacional e real.

Como se verá mais à frente, não há no direito brasileiro uma separação rígida entre os planos obrigacional e real. Assim, é possível questionar se existe, de fato, nesse ordenamento, os negócios jurídicos de Direito das Coisas, isto é, acordos que visam a produção de efeitos reais, especialmente por não haver uma previsão expressa de tal acordo para transmissão da propriedade. E, mais, no caso de transmissão de bens imóveis,[261] em que o ato constitutivo da propriedade não é a tradição, mas o registro – ato estatal – se haveria alguma declaração de vontade voltada à transmissão? Em outras palavras, questiona-se se, tanto no caso de constituição de direitos reais sobre móveis, como sobre imóveis há, de fato, um contrato de Direito das Coisas?

O direito brasileiro, à semelhança do alemão, distingue os planos do Direito Obrigacional e do Direito das Coisas. Essa distinção, no ordenamento pátrio, todavia, é mais tênue,[262] mas pode, ainda assim, ser constatada na estruturação do Código Civil, que destina livros próprios para o para cada uma das categorias.[263]

[261] Sobre a transmissão do direito de propriedade no direito brasileiro no final do século XIX e início do século XX, cf. o excelente trabalho de J. A. SCHÜTZER DEL NERO (*Notas sobre a Transmissão do Direito de Propriedade na Antevéspera da Primeira Codificação Civil Brasileira*, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo* (*RDCC*), 28 (2021), p. 79-144)

[262] Numa primeira análise, dada a inexistência expressa de um acordo de transmissão autônomo no Código Civil, pode parecer que o sistema brasileiro se aproxima mais do sistema romano, porquanto, aparentemente, nele apenas se distinguem o contrato obrigatório e o modo de aquisição. Mas, ainda que não haja previsão legal, há, entre eles, um outro elemento, o acordo de vontade das partes para o adimplemento da obrigação, que visa a transmissão ou constituição do direito real (J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 53-54).

De fato, não é trivial reconhecer, no direito brasileiro, a distinção, que é nítida na Alemanha, entre o negócio obrigatório, que atua no âmbito do direito das obrigações (*schuldrechtliches* (*obligatorisches*) *Verpflichtungsgeschaft*), e o seu análogo de Direito das Coisas, que atua no âmbito deste direito (*sachenrechtliches* (*dingliches*) *Erfüllungsgeschaft*).

[263] Livros I e III da Parte Especial do Código Civil.

Trata-se, verdadeiramente, de produto jurídico do mundo dos fatos, que atesta, ou, no mínimo, indica, uma autonomia dos acordos de vontades firmados que visam a transferência da coisa ou a constituição do direito real.[264]

O adimplemento, como ato que extingue a obrigação, bem observa C. V. COUTO E SILVA,[265] pode se operar em fase diversa e distanciada do nascimento do vínculo, especialmente nos casos em que o adimplemento é a transmissão da propriedade. Diversa e distanciada não dizem respeito apenas ao plano jurídico, mas também ao mundo dos fatos,[266] pois o acordo que cria a obrigação apenas cria o liame jurídico entre as partes de em momento futuro de transmitir a propriedade e, portanto, é inapto para transferi-la. Assim, a diferenciação entre os acordos de vontades constitutivos e extintivos da obrigação é uma constatação factual, importada para o mundo jurídico. Como não poderia deixar de ser, pois, afinal, o direito apenas excepcionalmente pode ignorar a realidade e criar ficções.[267]

Esse distanciamento decorre do fato de que algumas obrigações não podem ser adimplidas no momento da contratação, que apenas cria o vínculo jurídico.[268] Como dito,

---

[264] A duplicidade de planos sobre a qual se fundamenta o sistema do Código Civil brasileiro seria a causa de ser impossível qualquer tentativa de tratarem-se unitariamente os negócios jurídicos (C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 56).

[265] *A obrigação* cit. (nota 85), p. 51.

[266] A situação fática e de direito são indissociáveis e devem, sempre, ser analisadas conjuntamente. Especialmente sobre o contrato, vale observar a lição de E. ROPPO (*Il contratto* cit. (nota 151), p. 7-8): "'Contrato' é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autónoma, dotada de autónoma existência dos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade económico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de 'contrato' (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito pura e exclusivamente jurídico)."

[267] F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1921, p. 50.

[268] Como já afirmado essa é a razão da dificuldade no desenvolvimento do pensamento de D. BESSONE (*Da Compra e venda* cit. (nota 251), p. 81) ao tratar da tradição de coisas móveis. Ao negar, na compra e venda, a existência de um acordo de vontades voltado à transmissão de propriedade diferente daquele exarado na constituição da obrigação, diz o autor que "logo se vê que decisivo é o título". Em verdade, confunde a questão da causalidade, ou seja, da relação entre a transmissão da propriedade e o título que lhe deu causa, com a existência de um acordo que visa a transmissão da propriedade. Este, sem dúvida, existe.

especialmente nas obrigações que tem como prestação a transmissão da propriedade, o negócio subjacente (obrigacional), em nenhuma hipótese, teria o condão de fazê-la, pois precisaria atuar em área estranha à sua. Isto é, teria de ser apto a transmitir a propriedade.

Há, portanto, fortes indícios da existência de um outro acordo de vontades voltado à transmissão da propriedade, mas que atua em outro campo da dogmática. Nessa ordem de ideias, desde o processo de constituição até o adimplemento das obrigações que tenham por objeto a transmissão da propriedade, existem pelo menos três atos jurídicos sempre presentes: i) o acordo de constituição da obrigação, ii) aquele para a transmissão da coisa e iii) entrega[269] (tradição), ou registro.

Partindo do mesmo princípio, F. C. PONTES DE MIRANDA,[270] ao constatar a existência dessas três espécies, afirma que o acordo de transmissão de Direito das Coisas (correspondente a *Einigung* do direito alemão) é pressuposto necessário (salvo a lei que lhe supra a falta), porque nele se contém as manifestações de vontade para a modificação material do direito de propriedade, cujo acordo obrigacional não teria condão de perfectibilizar.[271]

[269] Sobre a natureza jurídica da tradição, cf. C. A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, CEDAM, 1942, p. 213-240.

[270] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 217), p. 420.

[271] É preciso ressalvar, no entanto, que os atualizadores de sua obra consideram que a divisão de planos não existe no direito brasileiro e que a análise é feita pelo autor sob a influência do direito alemão: "A distinção entre acordo obrigatório e acordo de transmissão, existente no Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*), não se reproduz no Direito brasileiro. Pontes de Miranda expressa sua visão do problema sob a influência do pensamento alemão, no qual a transmissão da propriedade é uma realidade jurídica independente, que se rege por normas do Direito das Coisas. Não há como se dividir, nos moldes do Código Civil de 2002, o título (acordo de transmissão) e o modo (acordo no qual se dá a tradição)" (J. CARÚS GUEDES – O. L. RODRIGUES JUNIOR, *Panorama atual pelo atualizador (§1.598)*, in F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas – Ações Imobiliárias – Perda da propriedade imobiliária*, t. XIV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 230). Discorda-se de tal ponderação, uma vez que a existência de planos distintos (obrigacional e de Direito das Coisas), onde a manifestação de vontade deve ser considerada juridicamente segregada, é fenômeno do mundo dos fatos, como demonstrou C. V. COUTO E SILVA (*A obrigação* cit. (nota 85), p. 53): "Esta vontade de adimplir é inseparável, no plano psicológico, da vontade de criar obrigações. Faltaria seriedade à vontade criadora de dever, se, ao mesmo tempo, não se desejasse adimplir o prometido. Esta inseparabilidade de vontades, entretanto, só existe, como tal, no plano psicológico. No plano jurídico, bifurca-se essa vontade unitária, a fim de encher negócios jurídicos de dimensões diferentes: o obrigacional e o de adimplemento, ou de Direito das Coisas"

Boa doutrina[272] aponta na mesma direção ao afirmar que o negócio jurídico dispositivo – caso da alienação fiduciária em garantia[273] – não possui apenas base histórica, romanística, e, muito menos, é fruto do liberalismo. E afirma que é a decorrência lógica da distinção entre negócio jurídico de direito obrigacional e de Direito das Coisas.

De fato, essa figura intermediária – o acordo que está entre o contrato obrigacional e o modo de transmissão – não aparece no direito brasileiro com a evidência com que se manifesta no direito germânico, porque, naquele, "não há uma *Einigung* materialmente distinta do contrato obrigatório, em se tratando de transferência do domínio, e *Einigung* que é um negócio jurídico bilateral abstrato do Direito das Coisas, em contraposição ao contrato obrigatório, que é negócio jurídico bilateral causal do direito das obrigações."[274]

---

[272] L. CAMARGO PENTEADO, *Direito* cit. (nota 192), p. 544-545; C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 51; em sentido contrário, D. BESSONE (*Do contrato* cit. (nota 143), p. p. 64, nota de rodapé nº 39), fundamentando sua posição numa suposta semelhança entre o ordenamento brasileiro e o ordenamento francês, reconhece, no entanto, que a maioria da doutrina tradicional brasileira não adota esse posicionamento. Em verdade, enxerga uma declaração de vontade, onde, na verdade, exigem-se duas, uma para se obrigar e, outra, para transmitir a propriedade ou outro direito real.

De fato, parece incompatível com o sistema brasileiro a compra e venda com efeitos translativos. A lei é clara ao adotar o princípio romano de que o contrato tem efeitos meramente obrigacionais. Se assim não fosse, mais próximo do direito francês e dos que lhe seguiram estaria o contrato no direito brasileiro. O que não parece ser o caso.

Mesmo no caso de imóveis, onde substituiu-se a tradição (ato voluntário) pelo registro (ato oficial), pode parecer que não existiria um segundo acordo de vontades para a transmissão da propriedade, na medida em que essa apenas produz efeitos com o ato cartorário. Todavia não é essa a melhor interpretação a ser feita, como se verá mais adiante.

[273] Cf. capítulo "

A NATUREZA DISPOSITIVA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA".

[274] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 54-55. O autor, embora admita a existência de uma *Einungug* no direito brasileiro, assevera que esta poderia ser considerada como codeclarada no negócio obrigacional. Essa ideia, no entanto, não parece ser a melhor. É que, considerar as vontades como codeclaradas implicaria em criar uma ficção jurídica, o que é desaconselhável. Cf. nota de rodapé nº 271.

Sempre que possível, é desejável que se evitem ficções, porque, como afirma F. FERRARA, *Trattato* cit. (nota 267), p. 50) apoiado em ensinamentos de O. VON BÜLOW (*Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Archiv für die civilistische Praxis* (*AcP*) 62-1 (1879), p. 1-6), "se ficções são toleráveis na lei, das ficções deve fugir a ciência. Ficções são mascaramentos da verdade, e a ciência, que tem por missão descobrir a verdade, não pode contentar-se com um artifício". E tal objeção é verdadeira, especialmente, em face da doutrina, já que "toda ficção doutrinária é um problema não resolvido."

Portanto, embora J. C. MOREIRA ALVES tenha razão, ao afirmar que o direito brasileiro não individualizou o acordo de vontades voltado ao adimplemento da obrigação (*Einigung*), a verdade é que, tudo indica que esse tipo de acordo de vontades existe e que, a sua percepção apenas não é patente nas obrigações nas quais o cumprimento não implique numa nova manifestação de vontade – por que, aí, é inexistente (C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 53: "Mas a vontade de adimplir, como decorrência lógica da vontade criadora de direitos e obrigações, somente existe naqueles casos em que o cumprimento de dever seja, a sua vez, negócio jurídico") – ou

Os autores que negam a existência de um acordo de transmissão, não veem que a tradição e o registro são consequência de um acordo de transmissão,[275] afinal, é imprescindível que haja concordância quanto a transmissão do bem a ser entregue, pois é necessário que, no momento do adimplemento da obrigação, haja concordância quanto ao objeto da prestação, de forma que o credor não é obrigado a receber coisa diferente daquela que foi acordada. E isso é de clareza cristalina no Código Civil. Por exemplo, a necessidade de um acordo entre o credor e o devedor no momento do cumprimento da obrigação, conforme art. 313 do Código Civil, é inegável:

> *"O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa."*

A existência desse tipo de acordo é uma verificação da própria realidade, que embora no plano sociológico muitas vezes não seja percebida, e, algumas vezes materialmente de difícil aferição, no plano jurídico, porém, não se pode a ela negar existência.

Aqueles que admitem a distinção apenas entre i) *titulus* e ii) *modus adquirendi* – ou seja, que não admitem o acordo de vontades destinado ao adimplemento da obrigação – inexoravelmente tem de considerar a compra venda como um negócio obrigacional. Pois, certamente não é apta a, *per se*, transmitir a propriedade, bem como devem considerar a tradição e a transcrição como ato-fato jurídico, uma vez que nelas não se vislumbram qualquer ato passível de ajuste de vontades, senão a simples concordância em realizá-lo – ou se registra ou não. Nesse sentido, bem pontuou C. V. COUTO E SILVA[276] que forçoso seria admitir que a venda com reserva de domínio seria uma venda condicionada, e a titularidade do poder de disposição

naquelas de execução imediata – porque, aí, os acordos de vontade estão cronologicamente tão próximos que se confundem.

[275] M. BERNARDES DE MELLO – M. EHRHARDT JR., *Panorama atual* cit. (nota 202), p. 225.

[276] "A seu turno, admitindo-se que o poder de disposição seja necessário para a eficácia do pagamento (art. 933) [equivalente ao art. 307 do CC/02], deve-se concluir, também, com rigor inflexível de lógica, que o condicionamento do ato dispositivo só se pode situar no plano em que ele se realiza, ou seja, no do Direito das Coisas. Sendo o poder de disposição requisito do pagamento, o condicionamento do ato opera, obviamente, sobre o adimplemento. No direito alemão, é incondicionável, sob a reserva de domínio, a transmissão da propriedade imóvel. No direito brasileiro, também a reserva de domínio é aplicável, somente, às coisas móveis. Mas, como a tradição é ato real e como tal incondicionável, surge a questão de saber qual o ato que sofre a condição de reserva de domínio. Se não for a compra e venda, porque, para esta, o poder de disposição não se constitui em requisito; se não for a tradição, porque esta não pode ser condicionada, temos de concluir, de modo indesviável, que a *conditio* se insere num negócio jurídico situado entre a compra e venda (obrigacional) e a tradição (Direito das Coisas), entre o *titulus* e o *modus adquirendi*, enfim, no negócio dispositivo a que alude o art. 933 do Código Civil." No mesmo sentido, citando o mesmo exemplo, J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 55-56, nota de rodapé nº 95.

seria um requisito da compra e venda. E a sua não-implementação acarretaria a nulidade do negócio jurídico. O que, como se sabe, não é verdadeiro.[277]

Em suma, e isso depreende-se da própria lei,[278] a titularidade do poder de disposição (poder de alienar) não é pressuposto da compra e venda, mas do adimplemento – transmissão da propriedade. Sendo assim ter-se-ia de cogitar a tradição como ato-fato dispositivo, teoria que, é considerada superada.[279]

Feita essa observação, pode-se notar que o conteúdo da manifestação de vontade no contrato obrigacional e no contrato de Direito das Coisas são inconfundíveis. Neste caso, o acordo diz respeito à *transmissão da propriedade*, naquele, a *obrigar-se* a fazê-lo. É por essa razão, aliás, que, tratando-se de bens imóveis, se o oficial de registro não constatar a existência de um acordo de transmissão, não poderá transcrever o negócio instrumentalizado na escritura pública – por exemplo, se não consta do contrato de compra e venda ou se trocou-se, sem se dizer que se transferia o domínio desde logo.[280]

Pelo mesmo motivo não é possível acordo em pré-contrato que obrigue implique em transmissão, ou seja com caráter real.[281] O objeto desse acordo apenas pode ser o de as partes se obrigarem futuramente. Trata-se de uma obrigação que tem por objeto um "obrigar-se". O pré-contrato, portanto, tem efeitos exclusivamente obrigacionais e seria, na dúvida, pré-contrato ao negócio jurídico global, esse sim envolvendo o acordo e transcrição. E tanto isso é verdade

[277] H. KRONKE (*Il trasferimento* cit. (nota 207), p. 110) coloca como requisito de eficácia do negócio jurídico ao lado do poder de disposição a tradição ou o registro e o acordo de vontades.

[278] Cf., mais à frente, a questão acerca dos requisitos de eficácia do pagamento.

[279] A teoria mais aceita acerca da natureza jurídica da tradição é de que ela é um ato-fato, pois, não é a entrega da coisa que tem aptidão para a transmissão da propriedade. A simples entrega da coisa, (*nuda traditio*) sem uma manifestação de vontade tendente a transmitir a propriedade, apenas muda uma situação de fato, sem alterar a situação de direito pretérita à entrega. Sobre os argumentos que justificam a tradição como ato-fato jurídico e que a diferencia do negócio jurídico dispositivo, cf. C. A. FUNAIOLI, *La tradizione* cit. (nota 269), p. 213-240; H. KRAUSE, *Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts*, *Archiv für die civilistische Praxis* (*AcP*) 145-3 (1939), p. 318; C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 58.

[280] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 217), p. 420.

[281] Salvo lei que lhe supra a falta, como visto acima, como ocorre no caso de loteamento – art. 41 da lei nº 6.766/1979 – onde o pré-contrato pode servir de título para registro: "Regularizado o loteamento ou desmembramento pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, o adquirente do lote, comprovando o depósito de todas as prestações do preço avençado, poderá obter o registro, de propriedade do lote adquirido, valendo para tanto o compromisso de venda e compra devidamente firmado."

que, no caso de inexecução, é preciso que a sentença que *supra a vontade* do devedor de firmar o contrato definitivo, conforme o art. 501[282] do Código de Processo Civil.[283]

Também a análise das fontes legais confirma a ideia de que os acordos que dizem respeito à obrigação e ao adimplemento são essencialmente diferentes. É dizer há uma autonomia do acordo de vontades que visa ao adimplemento em relação àquele que visa à constituição da obrigação.

O direito brasileiro, mesmo antes do Código Civil de 1916, reconhecia a existência do contrato de Direito das Coisas. Importantes jurisconsultos,[284] remontando as lições da doutrina alemã reconheceram no acordo de vontade de transmitir e constituir direitos reais, um verdadeiro contrato. Seguindo-a, afirmavam ser essa espécie de convenção não de Direito das Obrigações, mas de Direito das Coisas e que tinham por objeto transferir coisas ou direitos referentes a elas.

Durante a vigência daquele diploma, D. BESSONE[285] destacou que a referência feita pelo art. 134[286] daquela lei aos "contratos constitutivos ou translativos de direitos reais", assim como as disposições presentes nos arts. 530, I[287], 531[288], 533[289], 620[290], afastam qualquer dúvida sobre o acolhimento pelo direito positivo pátrio dos contratos de Direito das Coisas – ou dos contratos reais pelos efeitos, segundo a classificação por ele adotada.

Da mesma forma, no Código Civil de 2002, desde seu projeto existem previsões no sentido de acolher os contratos de Direito das Coisas. Nesse sentido, os seguintes artigos do

---

[282] "Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida."

[283] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 217), p. 420.

[284] E.g., F. PAULA LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Cousas* cit. (nota 260), p. 163.

[285] *Do Contrato – Teoria Geral*, Rio de Janeiro, Forense, p. 63.

[286] "É outrossim, da substância do ato a escritura pública: (...) II – nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a Cr$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros), excetuado o penhor agrícola".

[287] "Adquire-se a propriedade imóvel: I - Pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel.(...)".

[288] "Estão sujeitos a transcrição, no respectivo registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos".

[289] "Os atos sujeitos a transcrição (arts. 531 e 532 ns. II e III) não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (arts. 856, 860, parágrafo único)".

[290] "O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando ao transmitente continua a possuir pelo constituto possessório (art. 675)".

Código atual, 108[291], 1228[292], 1245[293], 1267[294], equivalentes aos citados por D. BESSONE. E, na parte que trata do Direito das Coisas é fácil notar como o Código disciplina direitos reais originados de contratos (como a enfiteuse, o penhor e a hipoteca) ou que o tem por fonte (como o usufruto, o uso e a habitação).

Também o art. 307[295] do Código Civil de 2002, ao se referir ao acordo de pagamento dissociado daquele que constitui a obrigação, é um bom exemplo do caráter autônomo dessa espécie. E, embora sirva como bom indicador de que o acordo de vontade para criar a obrigação de transmitir a propriedade se distinga do necessário ao adimplemento dessa obrigação, o melhor exemplo dessa autonomia[296] reside mais precisamente no art. 304.

Não por acaso, ambos estão contidos no Título III (Do Adimplemento e Extinção das Obrigações), Capítulo I (Do Pagamento), Seção I (De Quem Deve Pagar) do Código Civil. Mas este transmite com clareza maior que o acordo de vontade que constitui a obrigação e aquele que visa o adimplemento não são os mesmos, uma vez que a obrigação pode ser satisfeita por qualquer pessoa interessada, ou não, distinta daquela que se obrigou inicialmente:

> *"Art. 304. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.*

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

[292] "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha". O atual código não concentrou, como fez seu predecessor (art. 530), em um único artigo as formas de aquisição da propriedade. Atualmente, as formas de aquisição da propriedade estão mais difusas no Código.

[293] "Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis".

[294] "A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição".

[295] "Só terá eficácia o pagamento que importar transmissão da propriedade, quando feito por quem possa alienar o objeto em que ele consistiu." J. C. MOREIRA ALVES (*Da Alienação* cit. (nota 130), p. 55-56) e C. V. COUTO E SILVA (*A obrigação* cit. (nota 85), p. 51), inclusive, utilizam seu homólogo no código anterior como referência. O art. 307 do Código Civil de 2002 encontra equivalente no art. 933 do antigo Código, que tratava a questão como de *validade*: "Só valerá o pagamento, que importar em transmissão da propriedade, quando feito por quem possa alienar o objeto, em que ele consistiu." Trata-se, em verdade, de eficácia, e não de validade.

[296] Autonomia, é bom lembrar, não quer dizer que sejam independentes. O grau de independência diz respeito à causalidade entre eles, que dependerá das normas que sobre eles incidirem. "O que faz causal o acordo [de transmissão] é a regra jurídica que, aí, faz a eficácia real depender da causa" (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 225).

> *Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste."*[297]

Ora, se a constituição da obrigação e o seu adimplemento não precisam ser feitos pela mesma pessoa, inelutável admitir-se que, mesmo relacionados, são essencialmente diferentes. Assim, o acordo de vontades para cumprimento do estipulado – embora conexo com a obrigação original – goza de elevado grau de autonomia. Afinal, a própria lei autoriza pessoa diferente daquele que se obrigou, mesmo que juridicamente não interessada, a fazer o pagamento. Tal fato por si só já mostra que existe autonomia entre os atos de obrigar-se e de adimplir, pois se derivam de pessoas diferentes, não há como afirmar o contrário.

Esse posicionamento, embora menos perceptível, já podia ser encontrado nas fontes romanas. Nelas já se vislumbrava indícios da existência de uma autonomia do acordo sobre a transferência em relação ao acordo obrigatório. Gaio,[298] não por acaso, tratando do enriquecimento sem causa, afirma:

> *"Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem soluit, re obligatur. nam proinde ei condici potest: si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is qui soluendi animo dat magis distrahere unit negotium quam contrahere"* (Também quem recebe algo não devido de alguém que paga por engano se obriga pela <entrega de uma> coisa; pois se pode propor contra ele uma *condictio* com a fórmula "se for demonstrado que ele deve entregar", tal como se tivesse recebido um mútuo. Decorre daí alguns julgarem que o menor relativamente incapaz ou a mulher a quem algo é dado por engano, sem a interposição de autoridade do tutor, não se obriga por meio de uma *condictio*, não mais do que por uma dação em mútuo. Mas essa espécie de obrigação não parece firmar-se em contrato, porque quem dá <alguma coisa> com intenção de solver uma obrigação mais parece querer extinguir um contrato do que contratar).[299]

---

[297] A ideia de contrato de Direito das Coisas é ainda mais reforçada no Código Civil de 2002, tendo em vista a forte influência da teoria do negócio jurídico sobre esse documento. A título de exemplo, vale frisar que, no Código anterior, não era usado o termo "negócio jurídico". Por sua vez, no Código atual, o termo é utilizado em diversas passagens, nomeadamente em 46 delas, sendo que o Título I, do Livro III (Dos fatos jurídicos) é integralmente dedicado ao tema.

[298] I. 3, 91.

[299] Tradução de D. R. M. RODRIGUES, *Institutas* cit. (nota 23), p. 195.

Feitas essas considerações, pode-se inferir o motivo de a lei não ter se referido a esse acordo de vontades explicitamente. É que se trata efetivamente de um pressuposto, situação factual presumida por ela própria, que independe de indicação normativa para sua existência.

Da mesma forma que a convenção de vontades é um pressuposto do negócio jurídico obrigacional da compra e venda – ou, como diz A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO,[300] *elemento* deste – o acordo de transmissão o é em relação à transferência. Nesse sentido, não seria mesmo necessário que a lei a ele fizesse referência, pois trata-se de elemento que, naturalmente, aparece nos casos em que há transmissão.[301]

Sendo assim, embora muitas vezes a distinção entre o acordo obrigacional e o voltado ao adimplemento possa passar desapercebida, porquanto declaração e adimplemento (que pode ser a entrega de coisa) podem coincidir no tempo e, assim, produzir eficácia praticamente imediata, a identificação de dois acordos de vontades, um que visa criar o liame e outro que procura extingui-lo, é fato que se não se pode ignorar.

3.11 Existência do acordo de transmissão (*Einigung*) no direito brasileiro (bens imóveis)

A questão da existência de um acordo autônomo, equivalente à *Einigung* do direito alemão, voltado para transmissão do direito no ordenamento brasileiro exige maiores discussões no caso de bens imóveis. Como se sabe, os negócios jurídicos referentes a imóveis devem ser feitos por escritura pública e, nessas circunstâncias, lavrada e assinada pelas partes e pelo tabelião, não há mais nenhuma manifestação de vontade para que se faça o registro da transmissão.

[300] *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 31 e ss.

[301] O acordo de transmissão está presente, inclusive, nos sistemas em que o próprio consenso é apto a transmitir a propriedade. L. P. W. VAN VLIET, *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2000, p. 203-204. "No entanto, o argumento de que um sistema consensual é necessariamente causal não se aplica, especialmente, quando se reconhece que também nesses sistemas a transferência contém um acordo real." (*Yet, the argument that a consensual system is necessarily causal no longer applies when acknowledging that also in these systems the transfer contains a real agreement*). Aliás, é por essa razão que, mesmo num sistema de transmissão consensual, a transmissão pode ser abstrata.

A doutrina nacional é reticente no que diz respeito ao objeto da inscrição. Isto é, se o objeto do registro seria o acordo de transmissão de bem imóvel, ou o contrato obrigacional (e.g. compra e venda). Remanesce a dúvida quanto ao ato que tem acesso à tábua registral.[302]

Com efeito, ao observar-se a realidade dos fatos, no caso de negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes salário mínimo, a escritura pública é da essência do ato.[303] O vendedor, uma vez firmada a escritura de venda,[304] não pratica qualquer ato novo, no sentido de transferir o domínio.[305] E, embora lei o obrigue a levar a escritura a registro,[306] não existe subsequentemente nenhum negócio jurídico a ser firmado, entre credor e devedor, que tenha por objeto a transmissão da propriedade em si, como é o caso da entrega de bens móveis – momento do adimplemento da obrigação.

Sendo o registro ato de direito público, não é integrado pela vontade dos contratantes.[307] Em outras palavras, como diz C. V. COUTO E SILVA, "[q]uem vende um imóvel, por escritura pública, não necessitará de outro ato, ou de outra declaração de vontade, para que possa ser realizado o registro."[308]

---

[302] M. BERNARDES DE MELLO – M. EHRHARDT JR., *Panorama atual* cit. (nota 202), p. 225. Já em relação aos bens móveis, há concordância de que basta a tradição da coisa (entrega), sendo desnecessário um outro acordo específico para a transmissão da propriedade.

[303] Conforme o art. 108 do Código Civil: "Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País."

[304] Embora refira-se, aqui, aos contratos feitos por escritura pública, o mesmo vale para os contratos feitos por meio de instrumento particular. O fato de referir-se especialmente às escrituras públicas é que, dado o elevado valor dos imóveis, os atos de constituição, transferência, modificação ou renúncia sobre esses bens costumam ser feitos por escritura pública.

[305] D. BESSONE, *Da Compra e venda* cit. (nota 251), p. 81.

[306] Conforme o disposto no art. 169 da lei nº 6.015/1973, "Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel, salvo: (...)". Por se tratar de uma determinação sem sanção, não é raro que as partes deixem de levar a registro o negócio jurídico entabulado.

[307] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 58. Da mesma forma, segundo o autor, pensando-se mesmo no caso de bens móveis, não se pode pensar na tradição como negócio jurídico, pois ela é um ato-fato ou "ato real". Seu posicionamento é claro ao afirmar que "A seu turno, poder-se-ia crer, da leitura do art. 622 [autal 1.268], que a tradição fosse ato dispositivo. Tal conclusão, porém, constituir-se-ia em equívoco, sem embargo de assim ter pensado Savigny. A tradição é ato real, ato-fato, insusceptível de sofrer condição. Fosse a disposição ato-fato, e não se lhe poderia condicionar. Dessa afirmativa resultaria a impossibilidade de realizar-se venda com reserva de domínio, porque, nessa figura, o negócio jurídico de disposição é condicionado." (*A obrigação* cit. (nota 85), p. 56).

[308] *A obrigação* cit. (nota 85), p. 56.

Quando, em tempos mais remotos, o tratamento jurídico concernente à transmissão de bens móveis e imóveis era o mesmo,[309] as questões atinentes à tradição (entrega) valiam, também, para essa última espécie de bem.[310] No direito germânico, por exemplo, explica A. PAU PEDRÓN,[311] a transmissão, até medos do século XII, era feita por meio da tradição da coisa por meio de *actos y ritualidades externas*. Foi só depois que, "a formalidade da tradição mediante os atos e ritualidades externas, se converte na formalidade de inserir o ato de investidura judicial (*gerichtliche Auflassung*) ou o documento negocial (*aussergerichtliche Auflassung*) em um registro público."

No Brasil, no período anterior ao Código Civil de 1916, que modificou substancialmente o regime jurídico do registro imobiliário, a transmissão da propriedade era realizada pela tradição, ainda que ficta, pois exigia-se manifestação de vontade no sentido de fazê-lo, não podendo diferentemente do modelo francês, presumir a transmissão pelo simples consenso.[312]

Era a entrega da coisa, qualificada pela vontade de transmitir, concretizada pela imissão na posse, ou sua convenção expressa, que transmitia a propriedade. Sendo assim, independentemente de ser real ou ficta, era a entrega da coisa que produzia o efeito de transmitir

---

[309] Mesmo alguns autores mais modernos não prestigiam, em absoluto, essa divisão de bens para o seu tratamento jurídico, dizendo que, apenas em tempos remotos fazia ela sentido. Por exemplo, M. M. SERPA LOPES (*Tratado dos Registros Públicos*, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962, p. 83): "[j]á frisamos o nenhum prestígio da distinção entre bens móveis e imóveis. No domínio da questão da *legitimação* da circulação de ambos ruíram os muros, que largos séculos separavam aquelas duas classes de bens. A focalização do problema, sob ângulos diversos, para uma e outra categoria, marca um período econômico, já afastado, em que as relações entre a riqueza mobiliária e a imobiliária eram bem diversas da época atual."

[310] Note-se, aliás, a reminiscência presente no art. 328 do atual Código Civil, que fala em tradição de imóveis: "Se o pagamento consistir na *tradição de um imóvel* (sem grifos no original), ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar onde situado o bem." O dispositivo, no entanto, está claramente em descompasso com a sistemática adotada pelo Código, que tem, como elemento principal para os negócios dispositivos sobre bens imóveis o registro (art. 1227, *caput*).

[311] *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 952.

[312] Nesse sentido, C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. III, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1930, p. 21: "A cláusula *constituti* não se presume; deve ser expressa ou resultar, necessariamente, de clausula expressa, como quando o vendedor conserva o prédio em seu poder a título de aluguel"; A. JOAQUIM RIBAS, *Da posse e das acções possessórias*, Rio de Janeiro, Laemmert, 1883, p. 141: "O *constitutum* nunca se presume. Ou emana de uma convenção expressa, ou de atos ou fatos de que é consequência necessária." Em sentido contrário, V. F. KÜMPEL, *Sistemas de Transmissão* cit. (nota 210), p. 251, que afirma: "No entanto, até o início do século XX, vigorava no Brasil o sistema de transmissão do título, semelhante ao modelo português. Pelo sistema do título, a propriedade transferia pelo próprio contrato, não sendo necessário o registro para constituí-la; o registro, na verdade, tinha outros objetivos, tais como o de dar a publicidade *erga omnes* ao direito real, mas não o de efetivar sua transferência". Nessa época o registro valia apenas como início de prova e não induzia prova de domínio (art. 8º, §4 da lei nº 1237/1864) e estavam submetidos a registro apenas os títulos de transmissão *inter vivos* que que não fossem judiciais (art. 260, do 3453/1865).

os direitos titularizados. Exigia-se, portanto, um novo acordo de vontades para que a transmissão fosse perfectibilizada, uma vez que, a simples entrega da coisa não seria capaz de modificar a situação jurídica, alterando apenas a situação de fato.

Antes do aparecimento do sistema moderno de registro por volta do século XII na atual região da Alemanha,[313] era predominante na Europa o direito feudal,[314] que se desenvolveu a partir do século VIII. Com o aparecimento desse sistema de registro, a questão acerca dos efeitos do registro tornou-se mais complexa, porquanto, em tese, ao menos duas situações eram possíveis: i) a de tratar-se o registro de ato constitutivo ou ii) de ato meramente probatório.

Com efeito, a situação ocorreu no caso concreto. Em algumas regiões alemãs, como Hamburgo, Viena e Bremen o registro tinha efeito apenas probatórios, enquanto na Boêmia e na Salésia o registro tinha caráter constitutivo.[315] A questão, como é fácil notar, extrapola a questão meramente teórica.

---

[313] Os "Livros Territoriais" de grandes cidades alemãs remontam a esse século. Por exemplo, os de Colônia remontam ao ano 1.135, os de Magdeburgo a 1.215, os de Lübeck a 1.227, os de Hamburgo a 1.270, os de Dortmund a 1.332 e os de Munique a 1347. Destaca-se, no entanto, esse último, considerado o antecedente do Registro moderno, que tem por base o fólio real, e especificamente em 1484, pois é lá que primeiro se observou esse tipo de organização territorial (A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 953).

[314] A. THEIR, *Feudal Law*, in J. BASEDOW *et. al.*, *The Max Plank Encyclopedia of European Private Law*, vol. I, Oxford, Oxford University, 2012, p. 686-687. Esse direito, tendo suas origens no reino franco, espraiou-se por todas as terras ocidentais e tinha como principais características a de ser independe do direito romano e germânico e, especialmente, a falta de codificação ou direito formal, de sorte que o costume dos respectivos feudos influenciava muito a aquisição e publicidade da transmissão da propriedade imobiliária. Daí sua característica fragmentária.

A propriedade no período feudal, por razões bélicas, tinha uma característica dual (T. ARRUDA ALVIM – A. LAIZO CLÁPIS (coords.), *Comentários ao Código Civil brasileiro – Do Direito das Coisas*, vol. XI, tomo I, Rio de Janeiro, GEN/Forense, 2009. p. 185-186). De um lado, o senhor feudal, com o poder de fato e subordinação à respectiva coroa, necessitava da mão de obra dos vassalos para manter seu exercício na sociedade feudal. De outros, os vassalos, por sua vez, necessitavam de proteção contra as constantes invasões e incertezas da época (M. A. SANTANA DE MELO, *Teoria geral do registro de imóveis – Estrutura e Função*, Porto Alegre, Fabris, 2016, p. 80).

O hábito de se inscrever as transmissões iniciou-se nesse período, como ensina M. A. SANTANA DE MELO, *Teoria geral do registro de imóveis – Estrutura e Função*, Porto Alegre, Fabris, 2016, p. 81). "No sistema feudal, a transmissão da propriedade se fazia perante o senhor feudal por meio de solenidades; em alguns feudos, através de tabeliães ou figuras afins, com o desapossamento por parte do alienante e a investidura do adquirente nas terras, acompanhados dos juramentos de fidelidade e a assunção das obrigações próprias da feudalidade. Era o sistema da investidura que exigia, para a transmissão dos direitos sobre as terras, a aprovação do senhor feudal, criando-se o hábito, que depois se tornou obrigatório, de inscrever as transmissões na chancelaria feudal."

[315] A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 953.

O choque provocado pela recepção do direito romano pelo direito germânico,[316] causou uma multiplicidade de ramificações acerca dos requisitos para a transmissão da propriedade e dos efeitos da inscrição. "Com a recepção do direito romano e seu sistema translativo de domínio", afirma A. PAU PEDRÓN,[317]

> *"o regime imobiliário germânico sofreu uma séria ruptura. Surge na doutrina uma discussão acirrada, que relembra aquela que, séculos depois, enfrentariam Thibaut e Savigny: o jurisconsulto Carpzow, apoiado pelo heimisches Recht (lei local), exige a concorrência de tradição e registro para a transmissão do domínio, enquanto o jurisconsulto Frantzkius, usando o direito romano, considera a tradição suficiente. Em leis específicas, há maior discordância: Mecklemburgo requer apenas tradição; Würtemberg, tradição para a transferência de propriedade, mas registro para a constituição de direitos reais; a Saxônia retorna à gerichtliche Auflassung, mas com uma curiosa peculiaridade: o cedente cede a propriedade ao juiz, e é ele, por sua vez, quem a transmite ao comprador, e em nenhum caso é necessário o registro; Hamburgo exige investidura judicial e registro em conjunto, e, finalmente, os territórios mais romanizados, como Alsácia e Lorena, admitem a transmissão por consentimento simples seguido pela tradição, e atribuem ao registro um único valor de oponibilidade".*

Observa-se, neste último caso, um caso típico do sistema de transmissão que viria a vigorar na França.

De fato, nos casos em que o registro tenha caráter meramente probatório, resta incólume o negócio jurídico para a transmissão, uma vez que o ato registrário não tem condão de produzir efeitos reais, transmitir a propriedade ou onerar o imóvel. Continua a ser a tradição, qualificada pela vontade de transmitir, o ato apto a transferir ou constituir o direito de propriedade sobre a coisa e o registro, no caso, é mera prova de que determinado fato ocorrera.

O grande problema ocorre quando o registro é constitutivo, pois nesse caso surge o questionamento de se existe a necessidade de formulação de mais um negócio jurídico para a efetiva transmissão de propriedade. Em outras palavras, surge a pergunta de se, quando do

---

[316] Sobre a recepção do direito romano pelo direito germânico, cf., além dos textos citados na nota de rodapé nº 233, T. ZIOLKOWSKI, *The Mirror of Justice – Literary Reflections of Legal Crises*, Princeton, Princeton University Press, 1997, pp. 98-129; C. SUMNER LOBINGIER, *The Reception of the Roman Law in Germany*, Michigan Law Review, 14 (1916), 562-569; G. MOUSOURAKIS, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, New York, Springer, 2015, p. 233-285; E. LEVY, *Reflections on the First "Reception" of Roman Law in Germanic States*, in *The American Historical Review* (*TAHR*) 48-1 (1942), p. 20-29.

[317] *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 953.

registro, ato completamente dissociado do contrato obrigacional, seria necessária a manifestação de vontade no sentido de haver a transmissão de propriedade. Em suma, questiona-se: nesse caso onde estaria o acordo para a transmissão da propriedade?

Existem sistemas, como já demonstrado,[318] em que a própria lei prevê como condição para a transmissão um acordo específico e expresso voltado para esse fim. O direito alemão, por exemplo, prevê um acordo de vontades distinto do acordo obrigacional para a transmissão da propriedade (*Einigung*). Sobre esses, portanto, nenhuma consideração há a fazer.

Outros, como o francês outorgaram efeitos constitutivo ao contrato obrigacional. Nesses, não há que se falar acerca de uma nova manifestação de vontade. O efeito constitutivo é produzido conjuntamente com a obrigação, sendo a tradição ou o registro mero elemento de que dão publicidade ao ato, que, repita-se, já foi constituído.[319]

Nos sistemas em que a transmissão da propriedade surge com o registro, mas não há previsão desse acordo, como o brasileiro, cabe o questionamento: há, ou não, o acordo de transmissão, dado que aparentemente há apenas uma manifestação de vontade, qual seja, aquela declarada na ocasião do contrato obrigacional?

Nesses sistemas, como é o caso do Brasil, e essa lição é de J. C. MOREIRA ALVES,[320] aparentemente diferenciam-se apenas duas figuras, o ato de obrigação e o de adimplemento, ou

---

[318] Cf. capítulo "Gênese e formação do contrato ".

[319] A. IADECOLA, *Gli Effetti e l'opponibilità* cit. (nota 237), p. 1474. Como explica o autor: "Na França, em particular, a cláusula de apossamento-desapossamento (*desaissine-saissine*) sempre foi considerada aposta nos contratos notariais de compra e venda e doação de bens imóveis, de modo que a *traditio* foi sub-rogada pelas declarações do alienante e do adquirente de, respectivamente, transferir e receber a posse. Desse modo, a transferência de propriedade ocorreu, essencialmente, em decorrência apenas do contrato, mesmo sem o deslocamento da disponibilidade material do bem."

Todavia, é muito questionável o efeito translativo/constitutivo produzido pelos contratos obrigatórios. O fundamento adotado para justificar o efeito transmissivo, nesses casos, tem uma carga muito mais filosófica do que jurídica. É que, no caso do direito francês, que fora o primeiro a adotar esse tipo de transmissão, argumenta-se que se a propriedade é um direito como outro qualquer, desprovido de concretude, a simples convenção das partes seria apta a transmitir o direito. Olvidam os que a defendem, contudo, que a oponibilidade *erga omnes*, legitimada pela publicidade, é a principal característica dos direitos reais e que, para sua eficácia, é imperioso o conhecimento por todos, seja por meio da posse direta – como no caso de bens móveis –, seja pelo registro no caso de bens imóveis. Nesse sentido, procedentes as críticas feitas por F. C. PONTES DE MIRANDA (*Tratado* cit. (nota 90), p. 225), ao caracterizar como "absurda" a interpretação feita de Cujacio pelos autores franceses acerca da transmissão de propriedade e que foi adotada pelo sistema francês: "porque os contratos, que são os negócios jurídicos obrigacionais mais importantes, não têm, - salvo no direito francês e nos que o seguiram, contra os princípios, por força de absurda interpretação cujaciana, - o efeito da transmissão."

[320] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. p. 54.

o contrato obrigatório e o modo de aquisição. Contudo, na realidade há entre elas a figura do acordo de vontade das partes do contrato obrigatório para o adimplemento da obrigação, acordo esse que se perfectibiliza com a tradição ou com a transcrição.

Mesmo que não expresso no Código, é possível identificar nas obrigações em geral uma manifestação de vontade autônoma nos contratos em que o adimplemento o exige. E isso pode ser observado com relevante clareza no próprio diploma civil. No referido Título III do Livro I da parte Especial, que trata do Adimplemento e Extinção das Obrigações, mais especificamente no Capítulo I, Seção I, que tratam respectivamente, do *Pagamento* e *De Quem Deve Pagar*, observa-se, como já demonstrado,[321] a autonomia do ato que transmite a propriedade daquele que constitui a obrigação de transmiti-la.

Como compatibilizar, então, no caso de bens imóveis, essa afirmação com uma eventual inexistência de uma nova manifestação de vontade para o registro? Explica-se esse fato pela circunstância de que na escritura pública pode haver mais de uma manifestação de vontade. Nela, geralmente, estão presentes tanto a declaração de obrigar-se (contrato obrigatório), como a de adimplir (acordo de transmissão). São manifestações que estão, cronologicamente,[322] próximas e que possuem, ademais, elevado grau de conexão, mas são, essencialmente, diferentes.

O entendimento do caso requer uma análise sob a ótica eminentemente jurídica. Como aponta F. C. PONTES DE MIRANDA,[323] "para os que somente veem o lado econômico, contrato de alienação e acordo de transmissão constituem negócio jurídico único: os leigos pensam que, se alguém comprou, já adquiriu." De fato, "quem vende obriga-se, ainda não transmite; se vendeu e acordou transmitir, então sim a transcrição opera a transmissão."

A dificuldade para identificação desse segundo acordo decorre do fato de que i) não existe uma expressão determinada para delinear o acordo de transmissão, que, em conteúdo, é a vinculação pela coincidência das vontades a respeito da transmissão do direito – no caso, da

[321] Essa questão foi discutida no capítulo "Existência do acordo de transmissão (*Einigung*) no direito brasileiro".

[322] Ainda mais se se considerar que o instrumento é lavrado e, depois, assinado, em regra, por todas as partes conjuntamente.

[323] *Tratado* cit. (nota 217), p. 420.

propriedade e ii) a exemplo do Código Civil brasileiro, e do Código Civil alemão, não há previsão legal para que o acordo (ou a *Einigung*) já se contenha no instrumento para a transcrição. Exige-se, em seu conteúdo, apenas a referida vinculação acerca da modificação do próprio direito, que, na maioria dos casos, é a propriedade imobiliária.[324]

Sendo assim, fica claro que a escritura pública não instrumentaliza apenas o contrato de direito das obrigações – no caso da compra e venda, por exemplo, não viabiliza apenas o acordo de vontades tendente a transmitir a propriedade. Nela pode estar presente, também, o acordo de vontades que, efetivamente, visa a transferir a propriedade da coisa. Isto é, o acordo de transmissão que autoriza o oficial de registro a procedê-lo. Entende-se, assim, a razão de J. C. MOREIRA ALVES[325] afirmar que o acordo necessário para o adimplemento da obrigação esteja "implícito" no acordo de vontade para criar a obrigação de transmitir a propriedade. Ou seja, de que ambas as vontades – a de se obrigar e a de adimplir a obrigação – estejam codeclaradas no contrato obrigatório, não se distinguindo, apenas, materialmente.

Portanto, mesmo no caso de bens imóveis, em que aparentemente inexiste uma nova manifestação de vontades que visa a transferência da coisa, como fica mais claro na tradição de bem móvel – pois trata-se de ato jurídico entre particulares –, verifica-se que há no direito brasileiro um acordo de vontades específico, voltado para o adimplemento, análogo à *Einigung* do direito alemão, muito embora ele não esteja expressamente prevista em lei e possa não ser de fácil aferição nos instrumentos jurídicos que o contém, que são, via de regra, escrituras públicas.

3.12 Estrutura e efeitos do contrato de Direito das Coisas

Em determinado momento da evolução histórico-jurídica dos sistemas originadas do direito romano, o ato material de entrega da coisa que visa à transmissão da propriedade, ou

[324] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 217), p. 423.

[325] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 55-56: "[e]m nosso sistema jurídico, embora – como se verifica dos termos do art. 933 [atual 307] do Código Civil – o acordo de vontade para criar a obrigação de transmitir a propriedade se distinga do necessário ao adimplemento dessa obrigação, este se considera implícito naquele, ou, em outras palavras, a vontade de obrigar-se e a de cumprir a obrigação estão codeclaradas no contrato obrigatório, não se distinguindo, portanto, materialmente."

seja, a entrega física da coisa, mudou substancialmente de forma.[326] A *traditio*, que, em sua origem consistia justamente na transferência material da coisa, passou a ser admitida como ato eminentemente jurídico, consubstanciado em acordo de vontades. Daí a expressão *traditio ficta*.[327] A partir do momento em que se admitiu, já há bastante tempo, a posse indireta, a função principal da entrega física da coisa tornou-se praticamente obsoleta.

Tradicionalmente, a entrega da coisa tinha função de tornar pública a transferência de propriedade. Conforme ensinamentos de A. TEIXEIRA DE FREITAS, citados por C. BEVILÁQUA,[328] "[p]ela natureza das coisas, por uma simples operação lógica, por um sentimento de justiça, pelo interesse da segurança das relações privadas, às quais se liga a propriedade geral, compreende-se, desde o primeiro momento, que o direito real deve manifestar-se por outros caracteres, por outros sinais, que não sejam os do direito pessoal, e que esses sinais devem ser tão visíveis e tão públicos quanto possível."

Todavia, admitido o caráter meramente abstrato da posse, ou seja, a posse indireta, não mais se poderia depositar nela a credulidade acerca da publicização da transmissão da propriedade. O poder de disposição da coisa, portanto, deixa de ser explícito e torna-se latente, prejudicando, substancialmente, o caráter de conferir publicidade que tinha até então, uma vez que, no caso da tradição ficta, a transmissão da propriedade é invisível para terceiros.[329] Verifica-se, assim, que a transmissão da posse deixa de ser um ato público, para tornar-se um ato privado, um simples acordo de vontade, mais parecido com um contrato.

Na medida em que já fora comprovada a existência, no direito brasileiro, de um acordo que visa a transmissão da propriedade ou da constituição de direitos reais, mas que sozinho parece não produzir efeito nenhum, pois aparentemente é a tradição ou o registro que produzem o efeito real, surge naturalmente os questionamentos: o registro ou a tradição fazem parte junto

[326] "No direito romano clássico, as translações da propriedade, entre vivos, completavam- se pela tradição acompanhada de um formalismo afeiçoado às ideias do tempo. *Traditionibus... non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*. A tradição dos imóveis era a imissão na posse, a princípio real, e, depois, pela longa mão, pela breve mão e pelo constituto possessorio" (C. BEVILÁQUA, *Código Civil* cit. (nota 312), p. 67).

[327] S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in ZSS 33 (1913), p. 259-303. Sobre o desenvolvimento da tradição, especialmente sobre o trabalho dos glosadores sobre esse instituto, cf. J. BIERMANN, *Traditio Ficta – Ein Beitrag Zum Heutigen Zivilrecht Auf Geschichtlicher Grundlage*, Stuttgart, Enke, 1981. Sobre essa situação no Brasil, cf. A. CARVALHO, *Registro* cit. (nota 225), p. 3 e ss.

[328] *Código Civil* cit. (nota 312), p. 67.

[329] L. P. W. VAN VLIET, *Transfer of movables* cit. (nota 301), p. 201.

com o acordo de transmissão, de uma entidade jurídica única? O acordo de vontades que visa a transmissão, produz algum efeito sozinho, ou depende necessariamente do registro ou da tradição para fazê-lo?

3.13 Estrutura do contrato de Direito das Coisas

Conforme mencionado, os contratos de Direito das Coisas são aqueles negócios jurídicos que visam criar, modificar ou transferir direitos reais. Trata-se de acordo de vontade destinado à transmissão da propriedade ou constituição de outro direito real.[330] Todavia, a despeito da existência desse tipo de contrato, como ficou demonstrado supra, sabe-se também que o efeito real é produzido pela tradição ou pelo registro. Nesse sentido, é preciso identificar sua estrutura básica. É dizer, identificar com clareza quais são juridicamente os elementos dessa espécie jurídica.

O contrato de Direito das Coisas possui estrutura diferente do seu homólogo do Direito das Obrigações. No conceito de contrato de Direito das Coisas englobam-se dois fatos jurídicos distintos, um acordo de vontades e um ato-fato jurídico. Especificamente, ou i) o acordo a que se refere todo *tradere* e a entrega de móveis (ato-fato jurídico), ou ii) o acordo e o registro (ato-fato jurídico), que substituiu a tradição, ato real de entrega.[331]

Observa-se, então, que a estrutura do contrato de Direito das Coisas é diferente daquela do obrigacional, no qual a convenção, independentemente da forma,[332] é elemento constitutivo do contrato e apta a produzir efeitos jurídicos sozinha.

Sendo a noção de contrato fortemente permeada do sentimento de autonomia das partes, certamente por tratar-se, mais comumente, dos contratos de Direito das Obrigações, nestes, em geral, o contrato é perfectibilizado com a convenção de vontades sobre o objeto do acordo, sem

[330] V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI, *Tratado Notarial e Registral* cit. (nota 209), p. 174-176

[331] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 224; A. VON TUHR, *Der Allgemeine* cit. (nota 154), p. 200.

[332] Vige no sistema jurídico brasileiro o princípio da liberdade das formas, previsto no art. 107 do Código Civil: "A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir." Assim, apenas quando a lei previr forma determinada é que a forma será requisito de validade do negócio.

a necessidade de nenhum outro suporte fático. Ou seja, é comum considera-se o contrato como perfeito apenas com um fato jurídico: a convergência de vontades.[333]

Por essa razão, a doutrina discute a estrutura do contrato de Direito das Coisas. Enquanto parte dela[334] considera o registro do contrato no Registro de Imóveis e a tradição como fator não determinante para classificação desse tipo de contato, por não produzir efeito real, tratando o acordo e o ato-fato jurídico (registro ou a tradição) de maneira independentes, outra[335] considera os dois fatos jurídicos, acordo e registro ou tradição, como suportes fáticos de apenas um negócio jurídico.

Fato é que não existe convergência acerca do tema. Mesmo autores alemães,[336] país onde se originou a noção de contrato de Direito das Coisas, discutem sobre se o acordo de vontade (*Einigung*) e o ato real (tradição ou registro) constituem, juntos, o contrato de Direito das Coisas (*dinglicher Vertrag*) ou se apenas o acordo de vontades o representa.[337]

---

[333] Por essa razão, desde o século XIX, parte considerável da doutrina alemã considera como artificial as explicações dadas pelos estudiosos que consideram o contrato de Direito das Coisas, exclusivamente, como o acordo de vontades voltado à transmissão e não a combinação desta com o ato de transmissão (W. TRAPP, *Der dingliche Vertrag* cit. (nota 211), p. 47-48). De fato, não se deve estranhar que a existência de um contrato dependa de outras circunstâncias que não apenas a vontade das partes.

É preciso considerar que no contrato de Direito das Coisas, embora exista uma convergência de vontades, ela não é apta a, *per se*, produzir efeitos reais. Dentre outros fatores, deve-se levar em conta que o próprio objeto da disposição – direito real – não pode ser criado por convenção entre as partes. Afinal, é inquestionável a regra de que o contrato produz efeito apenas entre as partes. Nesse sentido, uma das características dos contratos de Direito das Coisas é que eles existiriam em número taxativo. Sobre o tema, cf. R. DOMINGOS FAIARDO VANZELLA, Numerus Clausus cit. (nota 253).

[334] E.g., D. BESSONE, *Do contrato* cit. (nota 143), p. 51, 58-64.

[335] E.g., como F. C. PONTES DE MIRANDA (*Tratado* cit. (nota 90), p. 224; A. VON TUHR (*Der Allgemeine* cit. (nota 154), p. 200-202) afirma ser a manifestação de vontade um elemento do contrato. Segundo ele, o contrato real seria composto pela declaração das partes e de um "ato real" (a tradição para as coisas móveis) ou de um ato oficial (o registro para os imóveis). Ou seja, em consonância com as raízes romanas do direito alemão, o acordo (*Einigung*) – elemento consensual do contrato a que a lei se refere –, não é suficiente para a transmissão, existindo, portanto, mais de um fato jurídico em sua composição.

[336] A existência do acordo real, como já exposto, pode ser vista em diversos pontos na legislação alemã. Por exemplo, nos §873 (1) e §929 (1). A existência expressa de um acordo de transmissão decorre da separação rígida entre os planos obrigacional e de Direitos das Coisas naquele ordenamento, o que possibilita uma estrita distinção entre o negócio jurídico obrigacional (*Verpflichtungsgeschäft*) e o negócio de disposição (*Verfügugnsgeschäft*) (V. F. KÜMPEL, *Sistemas de Transmissão* cit. (nota 210), p. 207). No caso da transmissão da propriedade de bens imóveis, o negócio de disposição (*Verfügugnsgeschäft*) recebe o nome de *Auflassung* (V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI, *Tratado Notarial e Registral* cit. (nota 209), p. 174-176). Para exemplos, de ambos as correntes, de autores alemães e seu respectivo entendimento, cf. A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 978-979.

[337] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 54, nota de rodapé nº 93; W. TRAPP, *Der dingliche Vertrag* cit. (nota 211), p. 44; F. LENT, *Sachenrecht*, 8ª ed., Beck'sche, Berlin, 1960, p 39-40.

Seja como for, parece ter razão F. C. PONTES DE MIRANDA[338] ao dizer que os juristas que distinguem conceitualmente o acordo de vontades do elemento real, adotam conceito artificial que, em vez de servir, obscurece a terminologia do direito. É comum que o façam porque levam em conta apenas os efeitos dos fatos jurídicos, especialmente o do elemento real – tradição ou registro –, que produz o efeito principal (real). Para esses juristas, enquanto não preenchido os requisitos, o acordo seria apenas uma "etapa prévia" do contrato de Direito das Coisas e, assim, produziria apenas efeitos prévios.[339]

Há, como destaca o autor,[340] "confusão entre plano da existência do fato jurídico e plano da eficácia". Como bem explica, ao se referir àqueles que fazem tal distinção, "[n]o caso do acordo de transferência, é ressaltante que veem um só suporte fáctico onde há dois suportes fácticos, aos quais correspondem dois fatos jurídicos (o negócio jurídico do acordo e o ato-fato jurídico da entrega, quiçá, na tradição *brevi manu* ou na tradição *longa manu*, ou no constituto possessório, ato jurídico *stricto sensu*, ou o acordo e o ato estatal do registo)."[341]

Com efeito, é preciso afastar a ideia de que uma dada espécie jurídica está atrelada a apenas um suporte fático.[342] Ademais, tanto a manifestação de vontade das partes, no sentido de transmitir a coisa, quanto o ato-fato jurídico são condições *sine qua non* para a transmissão da propriedade. Portanto, o registro, embora também essencial, nada mais é do que um ato administrativo realizado, logicamente conjuntamente, embora em momento posterior, e com base na vontade de particulares.[343]

---

[338] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 224.

[339] A. VON TUHR, *Der Allgemeine* cit. (nota 154), p. 201.

[340] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 224. No mesmo sentido, W. TRAPP, *Der dingliche Vertrag* cit. (nota 211), p. 46.

[341] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 224.

[342] Mesmo os contratos obrigatórios, que é formado apenas pela convenção das partes, pode-se dizer que, na verdade, existem, pelo menos, dois suportes fáticos, consubstanciada na manifestação de cada uma das partes. Se se pensar que a concordância das partes não precisa ser concomitante – por exemplo, uma das partes pode firmar o instrumento do contrato posteriormente –, fica ainda mais claro que o suporte fático não é único. Mesmo outros atos jurídicos, que residem fora do direito privado podem ter estrutura semelhante. Por exemplo, os atos administrativos complexos, são formados "pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo" e, portanto, por mais de um suporte fático. (H. LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 40ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 188). O que pode gerar desconforto em relação à estrutura do contrato de Direito das Coisas é que os suportes fáticos são de natureza substancialmente distinta. A convenção das partes é eminentemente de direito privado, enquanto o ato-fato jurídico – registro – é eminentemente de direito público. Mas, nem por isso, descarta-se a ideia de que uma espécie jurídica possa ser consubstanciada por mais de um suporte fático.

[343] W. TRAPP, *Der dingliche Vertrag* cit. (nota 211), p. 44-48.

Em suma, pode-se dizer que são duas[344] as concepções que buscam descrever a estrutura do negócio jurídico de Direito das Coisas. A primeira, como englobantes do acordo e do registro, ou da entrega, chamada de teoria do negócio jurídico júri-real. Considera ela que o suporte fático do contrato é o acordo de vontade e o registro, ou a transcrição. Em outras palavras, "considera a transmissão da propriedade (ou a constituição de direitos reais) como 'contrato' ou 'negócio jurídico bilateral real', em cujo suporte fáctico estão o acordo e a transcrição (ou inscrição) ou a entrega."

A segunda, concebe os negócios jurídicos de direitos das coisas como apenas dotados de eventual efeito real pela transcrição ou pela entrega e também é chamada de teoria do acordo negócio jurídico. Distingue ela, portanto, a existência da eficácia real.

De fato, atualmente, ainda não se chegou a um consenso acerca da estrutura do contato de Direito das Coisas. Na verdade, a divergência que antes existia, hoje, recrudesceu ainda mais. Observa-se, na Alemanha, as posições mais divergentes possíveis, desde aqueles que consideram artificiosa a distinção entre o acordo real e obrigacional, passando por aqueles que propugnam que, *de lege ferenda*,[345] a função do acordo real seja realizada diretamente pelo obrigacional até aqueles que pregam a supressão completa da *Einigung*, embora esses últimos estejam em clara minoria.[346]

3.14 Efeitos dos contratos de Direito das Coisas

O primeiro problema que se verifica acerca do contrato de Direito das Coisas diz respeito à sua estrutura. Quanto a esse tema, considerações já foram feitas no capítulo que trata especificamente do assunto. Observou-se que o contrato de Direito das Coisas, mesmo

[344] Classificação de F. C. PONTES DE MIRANDA (*Tratado* cit. (nota 90), p. 224).

[345] Foi Karl Larenz um dos idealizadores dessa corrente (C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 52, nota de rodapé nº 101).

[346] A. PAU PEDRÓN, *Panorama del sistema* cit. (nota 154), p. 979. De fato, a discussão se mostra de suma importância na Europa, porquanto o desejo de estreitamento de laços políticos e econômicos naquele continente, perpassa, necessariamente, pelo direito a ser aplicado à relações transnacionais. Confira-se, nesse sentido, W. FABER – B. LURGER (eds.), *Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Munich, Sellier, 2008; M. JARDIM, *A Euro-Hipoteca e os Diversos Sistemas Registais Europeus*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (*BFDUC*) 85 (2009), p. 743-764.

possuindo como elementos formadores dois fatos jurídicos – o acordo de vontade e a entrega ou o registro – não deixa, só por isso, de ser um verdadeiro contrato.[347]

Mas outra objeção é ainda colocada como impedimento para a existência ou ao menos para utilidade, do acordo de transmissão que integra tal contrato. Trata-se de apontar o acordo de transmissão como desprovido de qualquer efeito.

Presente tradicionalmente na doutrina alemã,[348] que, focada nos efeitos imediatos dos contratos, afirma ser impossível sua existência despida de quaisquer efeitos, essa tese tem a pretensão de desqualificar a existência dessa espécie jurídica. Portanto, o contrato de Direito das Coisas não poderia ser considerado verdadeiramente como tal por diferir estrutural e substancialmente dos verdadeiros contratos, já que, alegadamente, estes produzem efeitos jurídicos, por mais diminutos que sejam.[349]

Tal objeção, todavia, não parece se sustentar porque, apenas aparentemente, o acordo de transmissão não produz efeitos. Sem dúvida, é do negócio jurídico causal (obrigacional) ou do ato jurídico *stricto sensu* (tradição ou registro) que se irradia a eficácia em pretensões, obrigações, ações e exceções, não do acordo de transmissão.[350]

Como o acordo para transmissão constitui apenas um elemento do suporte fático do contrato, seu efeito pleno não é alcançado até que estejam presentes os demais elementos. Portanto, enquanto não estiverem presentes todos os elementos do suporte fático o acordo seria, alegadamente, apenas uma etapa prévia do contrato e, consequentemente, produziria apenas efeitos prévios.[351]

Mas, ainda que discretos, tal espécie produz efeitos consideráveis. No direito brasileiro, seu efeito diz respeito ao registro, pois é dele – acordo – que surge o direito à inscrição na tábua registral.[352] Com efeito, o contrato de Direito das Obrigações não tem o condão de transferir a

[347] Cf. capítulo "Estrutura do contrato de Direito das Coisas"

[348] W. TRAPP, *Der dingliche Vertrag* cit. (nota 211), p. 47-48.

[349] E isso seria verdade ainda que o acordo de vontades seja feito – como de fato é possível na Alemanha – após o registro (W. TRAPP, *Der dingliche Vertrag* cit. (nota 211), p. 46).

[350] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 217), p. 418.

[351] A. VON TUHR, *Der Allgemeine* cit. (nota 154), p. 201.

[352] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 217), p. 418. Deve-se destacar, todavia, que "a doutrina nacional, em boa parte, não é acorde em relação a ser o registro do acordo de transmissão de bem imóvel, que é abstrato, e não do contrato de compra e venda, cujos efeitos são, exclusivamente, obrigacionais, que efetiva a

coisa, pois este é meramente obrigacional. É necessário a existência de outro acordo, que tenha por objeto a transmissão da propriedade, para que, aí sim, esta ocorra.

Sendo assim, não se justifica a objeção de que o contrato de Direito das Coisas não produza efeitos. É dele que surge o direito à inscrição, classificado por F. C. PONTES DE MIRANDA[353] como direito formativo,[354] que se consubstancia no direito de inscrever o título no Registro de Imóveis, e que corresponde ao direito de apropriação a que se refere A. VON TUHR.[355]

Portanto, procede o alerta feito por F. C. PONTES DE MIRANDA[356] acerca dos efeitos do acordo de transmissão. Trata-se de "erro grave" atribuir-se esse efeito – direito ao registro –, que é o do acordo de transmissão, ao negócio jurídico subjacente. Tão grave quanto desprezar a sua existência.

3.15 Conclusão

A alienação fiduciária em garantia é um contrato. Mais do que isso, é um contrato típico e nominado, porquanto a lei não só lhe dá um *nomen iuris* como também lhe dá disciplina própria.

Mas, como visto, não se trata de um contrato obrigatório, pois dela não surge nenhuma obrigação. Aproxima-se mais dos contratos de penhor, anticrese e hipoteca, contratos que não criam, modificam ou extinguem obrigações.[357]

Diferentemente dos contratos obrigatórios, como o contrato de compra e venda ou de permuta, onde o objeto do acordo de vontades é a uma obrigação de dar, na alienação fiduciária, o acordo é sobre o próprio dar, ou seja, é o próprio acordo de transferência. Daí J. C. MOREIRA

transferência da propriedade imobiliária. Quanto aos móveis, sustenta-se que é bastante a tradição da coisa, sendo desnecessário o acordo de transmissão. Essa opinião não vê que a tradição é consequência do acordo de transmissão que, por isso, é causal." (M. BERNARDES DE MELLO – M. EHRHARDT JR., *Panorama atual* cit. (nota 202), p. 225)

[353] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 217), p. 418.

[354] Sobre o conceito de direito formativo, cf. nota de rodapé nº 256.

[355] A. VON TUHR, *Der Allgemeine* cit. (nota 154), p. 201.

[356] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 217), p. 418.

[357] Trata-se de acordo de vontades que se aproxima mais de um ato de adimplemento do que da constituição.

ALVES [358] afirmar ser o contrato de alienação fiduciária em garantia correspondente à *Einigung* do direito alemão, a qual, segundo ele, é considerada pela doutrina dominante, como um *dinglicher Vertrag* e que pode ser vertido para o português como contrato de Direito das Coisas, pois atua nesse campo da dogmática.

A categoria de negócio jurídico de Direito das Coisas, dada a maior aplicabilidade dos negócios jurídicos de Direito das Obrigações, costuma ter um espaço de atuação mais reduzido. Nem por isso deixa de ser uma importante categoria. Em especial nos negócios jurídicos voltados à criação de garantia, quando alguém hipoteca determinado imóvel,[359] ou transfere a propriedade resolúvel para garantir mútuo anteriormente realizado, firma negócio de Direito das Coisas.[360]

Tal ato jurídico não se confunde com um simples ato real, que se enquadraria na classe dos atos-fatos jurídicos, tais como a especificação, o descobrimento de tesouro e a composição de obra científica, literária ou artística. Assim como não se trata de ato jurídico em sentido estrito, como a tradição ou o registro.[361] Pois, ainda que mais restrito que os negócios jurídicos de Direito das Obrigações,[362] existe espaço para autonomia das partes – por exemplo, condicionar a transmissão da propriedade ao pagamento integral do preço.

---

[358] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 53.

[359] Didática é a lição de C. V. COUTO E SILVA (*A obrigação* cit. (nota 85), p. 53) acerca da distinção entre contrato de Direito das Coisas e contrato obrigacional, que, pela clareza, transcreve-se: "mas, a vontade de adimplir como decorrência lógica da vontade criadora de direitos e obrigações, somente existe naqueles casos em que o cumprimento de dever seja, a sua vez, negócio jurídico. Esta afirmativa parece óbvia, mas convém ter sempre presente que existem outros negócios dispositivos, inclusive de Direito das Coisas, que não se constituem em adimplemento de uma obrigação. Nos de garantia", como é o caso da alienação fiduciária em garantia, "quando alguém diz que 'dá em hipoteca determinado imóvel para garantir mútuo anteriormente realizado,' cuida-se de negócio de Direito das Coisas, negócio esse que não é decorrência lógica do mútuo, porque existem empréstimos sem garantia real, e o acordo de constituição do ônus é negócio jurídico no plano dos direitos reais. E aí se faz imprescindível a vontade dirigida à constituição do gravame."

[360] Quaisquer que sejam os contratos que atuam no sentido de regular as relações de garantia, são eles de Direitos das Coisas. O fato de haver uma disposição sobre uma coisa, com a finalidade de sobre ela criar um ônus sem que haja a criação de obrigação contrária, faz com que esse tipo de contrato se encaixe no conceito de contrato de Direito das Coisas. Em outras palavras, o conceito de contrato que atua no sentido de regular as relações de garantia, quaisquer que sejam eles, está contido contratos de Direito das Coisas. (L. CAMARGO PENTEADO, *Direito* cit. (nota 192), p. 544-545). Observa-se, em muitos casos, a indispensabilidade de uma vontade específica dirigida à constituição da garantia. E isso fica bastante claro nos casos em que se admite a chamada garantia autônoma, como se verá mais à frente. E mesmo nos casos em que a garantia é estritamente acessória isso pode ser visto, pois, como se pode notar, essa não pode se considerar implícita na obrigação garantida, como desdobramento necessário da obrigação principal (C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 53).

[361] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 217), p. 430.

[362] R. DOMINGOS FAIARDO VANZELLA, Numerus Clausus cit. (nota 253).

Como negócio jurídico, o acordo de transmissão submete-se a regras que incidem também sobre os demais negócios jurídicos, como aquelas que dispõem sobre validade. É preciso, no entanto, destacar que os requisitos de validade não equivalem aos negócios jurídicos de direito das obrigações. Por exemplo, enquanto o poder de disposição não é condição de eficácia dos negócios jurídicos obrigacionais, apresenta-se como indispensável à produção de efeitos dos negócios jurídicos do Direito das Coisas.[363]

Embora possa haver dúvida quanto à existência de um contrato de Direito das Coisas no direito brasileiro, foi possível observar, levando em consideração a estrutura tradicional da obrigação,[364] bem como elementos legais, que dizem respeito ao pagamento da obrigação, que dúvida não há a respeito da autonomia e existência de um acordo intermediário entre a convenção que cria a obrigação e o ato-fato jurídico que produz o efeito real. E tal afirmação é válida também no que diz respeito à transmissão de bens imóveis, porquanto, nesses casos, há, também, a necessidade de um acordo.

Ademais, apesar de ser impossível chegar a uma conclusão clara acerca da estrutura desse tipo de contrato, uma vez que, mesmo na Alemanha, berço do contrato de Direito das Coisas, existe divergência considerável acerca do tema.

Destaca-se também que o contrato de Direito das Coisas não é despido de efeitos jurídicos. Verifica-se que a convenção das partes que visa a transmissão da coisa ou a constituição do direito real, mesmo no caso de bens imóveis, produz efeitos, consubstanciado no direito formativo de aquisição do imóvel ou do direito, que nada mais é do que um direito potestativo.

Dito isso, pode-se dizer que a alienação fiduciária em garantia se assemelha aos contratos tradicionais de garantia por sua finalidade, mas ao contrário do que sucede com esses contratos, não visa à constituição de direitos reais limitados, mas à transferência do direito de propriedade, embora limitado pelo escopo de garantia. Seja como for, enquadra-se junto com aquelas figuras por ser, assim como elas, um contrato de Direito das Coisas.

[363] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 50.
[364] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85).

CAPÍTULO 4: A NATUREZA DISPOSITIVA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

4.1 Conceito de negócio jurídico dispositivo

Uma das distinções fundamentais a se ter em mente, segundo H. KRONKE,[365] é aquela entre negócio obrigatório e dispositivo (também chamado de fundamental e de atribuição). O negócio obrigatório só dá origem à obrigação de uma prestação, e é, frequentemente, um contrato.

Por outro lado, os negócios dispositivos, têm efeito imediato sobre um direito, modificando, transferindo ou extinguindo-o. Tanto nos ordenamentos que seguem o direito francês – como o italiano –, como nos que seguem o modelo alemão é fácil notar essa espécie de jurídica.

No direito francês, é o próprio contrato que transmite a propriedade. No alemão, há previsão expressa de um acordo diferente daquele firmado no negócio jurídico subjacente, que é apto a criar o direito real. Verifica-se como exemplos mais óbvios a cessão de um crédito (§ 398 do BGB), a constituição de penhor (§ 1205 do BGB) ou, mais especificamente, a transferência de propriedade de uma coisa móvel (§ 929 do BGB) ou imóvel (§ 873 do BGB). Nesses últimos casos, refere-se o BGB à *Einigung* – acordo de vontades voltado à mudança material do direito – e não ao acordo que constitui a prestação.[366]

Em ambos os ordenamentos, a noção de negócio dispositivo é praticamente intuitiva. Como já se mostrou, nos sistemas que seguem o modelo francês, é o próprio negócio obrigacional que produz o efeito translativo. Nos que seguem, por outro lado, o alemão, há um negócio específico, autônomo que visa à produção de efeitos reais. Nota-se, portanto, com clareza, a existência de um ato jurídico que visa a produzir os efeitos reais com considerável nitidez.

[365] *Il trasferimento* cit. (nota 207), p. 108; A. IADECOLA, *Gli Effetti e l'opponibilità* cit. (nota 237), p. 1476.
[366] H. KRONKE, *Il trasferimento* cit. (nota 207), p. 110.

No direito brasileiro esse ato aparece com menor visibilidade, causando certo ceticismo acerca de sua existência e, consequentemente, um problema para o estudioso do direito.

De toda forma, demonstrou-se (supra) a existência, mesmo no direito brasileiro, de um acordo diferente daquele que cria o liame obrigacional entre as partes e que visa o adimplemento da própria obrigação. Foram apontados elementos que consubstanciam fortes indícios acerca da existência de um negócio jurídico semelhante ao acordo de transmissão (*Einigung*) do direito alemão. O que implica, consequentemente, na existência de um negócio jurídico dispositivo também no direito brasileiro.

Segundo lições de O. GOMES,[367] a caracterização de negócio jurídico como dispositivo pode ser encarada em sentido estrito ou em sentido amplo. No primeiro caso, contrapõem-se negócio jurídico dispositivo e negócio jurídico obrigacional.[368] No segundo, contrapõem-se negócio jurídico declaratório e negócio jurídico dispositivo, ou seja, negócios jurídicos que modificam situação jurídica preexistente.

Utilizando a expressão em sentido estrito, adverte o autor que a classificação de negócio jurídico como dispositivo pressupõe o entendimento de modificação de um direito. Segundo ele, verifica-se a modificação quando o direito é alterado em seu conteúdo, conservando, todavia, a identidade. Essa modificação pode ocorrer por dois meios: i) em virtude de fatos aos quais a lei atribua esse efeito ou ii) por negócio jurídico. Quando tal modificação ocorre por negócio jurídico, fala-se em disposição.

O caráter dispositivo depende, outrossim, de que a produção de efeitos decorra diretamente do negócio realizado. Isto é, o efeito visado deve ser imediato. Não haveria modificação na extinção, uma vez que a extinção altera a própria substância do direito.[369] Refere-se o autor à extinção em sentido estrito, uma vez que extinção e perda são usadas indistintamente, é preciso atentar-se para o fato de que havendo mera modificação, configurada está à disposição, ainda que a ela se dê o nome de extinção. Também não há disposição na

[367] *Introdução ao Direito Civil*, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 255-259.

[368] No mesmo sentido C. V. COUTO E SILVA, *Negócios jurídicos e negócios jurídicos de disposição*, in V. M. JACOB DE FRADERA (org.), *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014, p. 83.

[369] O. GOMES, *Introdução* cit. (nota 367) p. 255-256.

aquisição, porquanto para que haja disposição é necessário que haja vontade de modificar o direito, seja pela transmissão, seja pela oneração. Em suma, "[d]e acordo com essa classificação, negócios dispositivos seriam os concluídos para a imediata e direta modificação de um direito subjetivo, ou de uma relação jurídica. Distinguem-se dos negócios obrigacionais por que estes apenas geram obrigações, enquanto aqueles importam a aquisição ou a perda de um direito existente em outra relação jurídica."[370]

Os direitos que são objeto de negócios jurídicos dispositivos são chamados de direitos dispositivos. Entre eles se destaca a alienação, a constituição de direito real limitado e a renúncia. Sob esse aspecto, é fácil notar que a alienação fiduciária em garantia é um negócio dispositivo.

4.2 O fundamento do caráter dispositivo da alienação fiduciária

A doutrina é unânime no entendimento de que a alienação fiduciária é um negócio jurídico dispositivo.[371] Uma vez que a vontade das partes desse negócio é dirigida no sentido de modificar (*lato sensu*) um determinado direito. Por modificar um direito, entende-se o ato de produzir efeitos jurídicos que podem ser translativos, modificativos (*stricto sensu*) ou extintivos (*stricto sensu*). Em outras palavras, a alienação fiduciária é negócio jurídico dispositivo porque a produção desses efeitos constitui intento das partes.[372]

Contudo, a dificuldade acerca da determinação da natureza jurídica dispositiva da alienação fiduciária reside na complexa discussão acerca da natureza jurídica da propriedade fiduciária. É dizer, se, com o registro do título (alienação fiduciária em garantia), ocorre a transmissão (da propriedade) ou a modificação (*stricto sensu*) do direito a ser disposto, com a consequente criação de um novo direito, distinto da propriedade original. Em outras palavras, embora não haja dúvida acerca de ser a alienação fiduciária em garantia um negócio dispositivo,

[370] O. GOMES, *Introdução* cit. (nota 367) p. 257.

[371] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 90: "O contrato de alienação fiduciária em garantia enquadra-se entre os negócios jurídicos denominados de negócios jurídicos dispositivos"; M. NAMEN CHALHUB, *Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato*, in *Revista de Direito Imobiliário* (*RDI*) 63 (2007), p. 83; C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil – Direitos Reais*, vol. IV, 25ª ed., p. 379.

[372] O. GOMES, *Introdução* cit. (nota 367) p. 257

pode haver incertezas acerca da razão de ela o ser. Em suma, discute-se se a propriedade fiduciária em garantia surge por transmissão de um direito, ou se, ao contrário, há apenas uma constituição de um outro direito real.

Em verdade, a discussão vai até mais além. Longe de ser trivial, diz respeito, também, aos efeitos do registro: se, constitutivo ou meramente publicitário, no caso de garantias reais. Com efeito, o debate toma adquire grande importância na medida em que grandes nomes do direito civil, como C. V. COUTO E SILVA,[373] afirma:

> *Dogmaticamente, a hipoteca insere-se no conceito mais geral dos negócios jurídicos de disposição. Nosso Código Civil não construiu com simetria a teoria das alienações e a da constituição de ônus ou gravames, quando se cuida de examinar a eficácia do registro de imóveis, ou sua constitutividade. O registro, em nosso direito, é constitutivo para as alienações e meramente elemento de eficácia quanto às garantias reais sobre imóveis. No direito brasileiro, a hipoteca existe inter partes antes ainda de ser levada à inscrição no registro imobiliário, quando então sua eficácia se estenderá a terceiros. Nossa jurisprudência corrigiu a anomalia, mas não deu à constitutividade do registro, em matéria hipotecária, todas as consequências, pois não se tem admitido hipoteca sobre bem próprio.*[374]

Essa discussão não possui caráter meramente teórico, afetando questões práticas de alta importância. Afinal, embora caiba à lei determinar as normas incidentes sobre determinado instituto jurídico, não é de sua atribuição apontar sua natureza. No caso específico da alienação fiduciária em garantia, ainda que disposto na lei que "alienação fiduciária é o negócio pelo qual o devedor transmite a propriedade resolúvel de um bem", se for unanimemente considerado –

---

[373] *A hipoteca no Direito Comparado*, in V. M. JACOB DE FRADERA (org.), *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014, p. 131.

[374] Todavia, o autor reconhece a falta de harmonia, sugerindo, inclusive, a correção do texto legal (*A hipoteca* cit. (nota 373), p. 146-147): "A existência da hipoteca *inter partes*, antes da inscrição no registro, é princípio que não se harmoniza com o nosso sistema em matéria de alienações, uma vez que a propriedade somente se adquire com a transcrição e não se admite, como sucede no direito francês e no italiano, a transferência para o adquirente do bem alienado antes da realização daquele ato.

Nessa parte, deve-se corrigir o texto, porque os negócios jurídicos de disposição sobre imóveis, sejam translativos ou constitutivos de gravames, devem ter o mesmo regime jurídico. No particular, nosso Código Civil normou com desarmonia os negócios dispositivos, seguindo nas alienações as regras do BGB e, na hipoteca, as do Código Civil francês. Todavia, neste último Código, há simetria entre as disposições, pois a compra e venda transmite *inter partes* a propriedade, sendo o registro mero elemento de eficácia perante terceiros. Não se pode, entretanto, adotar na disciplina, que deve ser unitária, dos negócios dispositivos regras colidentes entre si, considerando como uma das exceções à regra exposta no art. 676 do Código Civil a constituição das hipotecas negociais."

seja por construção doutrinária ou jurisprudencial – que não existe transmissão, mas que o bem continua no patrimônio do devedor, os efeitos jurídicos desse negócio podem ser completamente diferentes.[375]

Feitas essas considerações, para se determinar a razão de alienação fiduciária ser um negócio jurídico dispositivo, é necessário antes verificar-se a natureza jurídica da propriedade fiduciária.

Antes disso, é importante destacar que a propriedade em si é um instituto controverso, seja do ponto de vista filosófico, econômico ou jurídico. Do ponto de vista filosófico, por exemplo, para alguns, como P. J. PROUDHON,[376] ela seria essencialmente uma forma de roubo – e não um direito. O autor descarta a ocupação – ou a posse – como verdadeira forma de aquisição do direito. Trata-a, por diversas razões, como um instituto impossível de ser alcançado, chegando – surpreendentemente – a negar que o próprio consenso universal não justificaria a existência de tal direito. Outros a defendem como direito fundamental. MONTESQUIEU, fortemente influenciado por ideias liberais, é um dos seus grandes defensores. Para ele, a impossibilidade de apropriação de coisas implica em uma falta de desejo em prosperar, afinal,

[375] Como, por exemplo, nos efeitos de uma ordem de indisponibilidade, que impediria a consolidação da propriedade no patrimônio do credor, para a posterior alienação para pagamento. Casos como esse, inclusive, ocorreram no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Em tempos passados, observaram-se discussões nos quais a existência de indisponibilidade de bens averbada na matrícula em nome do devedor fiduciante impedia a consolidação da propriedade fiduciária (e.g., CGJ-TJSP, Recurso Administrativo nº 2015/00167424, Des. José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, data da decisão, 28/10/2015), o que só se justificaria se o bem remanescesse no patrimônio do devedor. Há, no parecer que fundamenta a decisão, confusão entre a propriedade resolúvel e os direitos aquisitivos do devedor, como se observa: "Logo, embora a propriedade seja, não obstante resolúvel, do credor fiduciário, é certo que o devedor fiduciante tem direitos. E tais direitos são economicamente relevantes e, por isso, consideram-se bens. Se são bens, podem ser atingidos pelo decreto de indisponibilidade. A conclusão, assim, é de que a indisponibilidade averbada incide não sobre a propriedade – nem poderia –, mas sobre os bens dos devedores". Recentemente, no entanto, a jurisprudência faz a correta distinção entre os direitos do devedor e do credor, não impondo qualquer tipo de óbice à consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor (CGJ-TJSP, Recurso Administrativo nº 1117050-60.2019.8.26.0100, Des. Ricardo Anafe, data da decisão, 20/03/2020; CGJ-TJSP, Recurso Administrativo nº 1118442-35.2019.8.26.0100, Des. Ricardo Anafe, data da decisão, 04/06/2020; CGJ-TJSP, Recurso Administrativo nº 1001807-20.2019.8.26.0116, Des. Ricardo Anafe, data da decisão, 06/04/2020).

[376] *Qu'est-ce que la propriété? Recherche sur le principe du droit et du gouvernement*, 1840, trad. ing. B. R. Tucker, *What is property? An inquiry into the principle of right and of government*, London, Costable and Company, 1970, p. 11: "Se me fosse feita a seguinte pergunta: O que é escravidão? E eu devesse responder em uma palavra, eu diria: é assassinato. E meu intento seria compreendido imediatamente. Nenhuma dilação em meu argumento seria necessária para mostrar que o poder de tirar de um homem seu pensamento, sua vontade, sua personalidade, é um poder de vida ou morte; e que escravizar um homem é matá-lo. Por que, então, para esta outra questão: o que é propriedade?, não posso responder da mesma forma: É roubo!, sem a certeza de ser mal interpretado; sendo a segunda proposição nada mais que uma transformação da primeira?"

"não podendo ter para si ou para seus descendentes nenhum bem material, as pessoas, naturalmente, deixam de lançar mão de seu trabalho, pois recompensa nenhuma haverá."[377] A ganância "dos grandes", sempre utilizada como razão para limitação do direito de propriedade, afirma o autor, tornar-se-ia ainda maior com a supressão desse direito, não deixaria de existir por mera existência de lei. Em verdade, na sua opinião, leis confiscatórias "excitarão essa cupidez e essa avareza." As pessoas, assim, seriam levadas a fazer mil vexações, porque pensarão ser apenas possível possuir o ouro e a prata que se poderão roubar ou esconder.

Diferentes opiniões existem nesse espectro. Filósofos, como Hugo Grócio, apresentam posição intermediária. Embora apresente objeção de que seu trabalho não seja corretamente entendido,[378] argumenta-se que ele entendia a relação original entre o homem e o mundo natural como uma espécie de comunidade positiva, na qual todos tinham direitos iguais sobre os recursos da terra. A introdução da propriedade privada, portanto, seria uma criação do homem e exigiria um acordo universal para dissolver os direitos originais.[379] Daí classificarem-no como, consensualista. Ponderada também é a posição de J. STUART MILLS, que adota uma posição mais realista sobre o tema. Assim, em suas palavras, "se a escolha fosse feita entre o comunismo com todas as suas possibilidades e o estado atual da sociedade com todos os seus sofrimentos e injustiças, todas as dificuldades, grandes ou pequenas, do comunismo seriam apenas pó na balança. Mas, para tornar a comparação aplicável, devemos comparar o comunismo em sua melhor forma com o regime de propriedade individual, não como ele é, mas como poderia ser feito. As leis de propriedade nunca se conformaram aos princípios sobre os quais se baseia a justificativa da propriedade privada. Eles fizeram propriedade de coisas que nunca deveriam ser propriedade, e propriedade absoluta onde apenas uma propriedade qualificada deveria existir. A

[377] *L'esprit des lois*, trad. port. de Cristina Murachco, *O espírito das leis*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 244: "Nestes Estados não se conserta, não se melhora nada. Só se constroem casas para a vida, não se fazem fossos, não se plantam árvores; tira-se tudo da terra e não se lhe devolve nada; tudo está inculto, tudo é deserto", p.72. Em outro trecho, afirma "Em outro trecho afirma, "A lei das Índias, explica, apresenta efeito deletério para a vida do homem comum, pois ao retirar o direito de propriedade sobre a terra dos particulares e as entregar para os príncipes, intensifica os efeitos prejudiciais que os desincentivos causam de maneira geral."

[378] M. ARAÚJO, *Hugo Grotius: Contractualism, and the Concept of Private Property: An Institutionalist Interpretation*, in *History of Philosophy Quarterly* (*HPQ*) 26-4 (2009), p. 353.

[379] J. SALTER, *Hugo Grotius: Property and Consent*, in *Political Theory* (*PT*) 29-4 (2001), p. 537.

propriedade privada, em toda defesa feita dela, deve significar a garantia aos indivíduos dos frutos de seu próprio trabalho e abstinência."[380]

Também no âmbito da econômico, tais questões são exaustivamente discutidas e demonstram sua forte relação com o direito. Nesse sentido, é muito comum a discussão acerca dos direitos que possuem as características da propriedade, sua conformabilidade com os sistemas jurídicos e sua relação com os demais direitos – principalmente no que diz respeito a sua oponibilidade *erga omnes*. Nesse sentido, importantes estudos, como os de H. E. SMITH – T. W. MERRILL[381] e de B. RUDDEN,[382] discutem o conflito aparente entre uma teoria econômica moderna dos Direitos Reais e o Direito como um todo. E isso na medida em que, enquanto a teoria econômica aduz que as coisas são usadas de forma eficiente apenas se as pessoas tiverem os chamados *property rights* sobre elas e desde que esses direitos sejam protegidos contra outros, universais e transferíveis para quem lhe der o maior valor – ou seja, utilizados da mesma forma que todos os bens escassos – o direito moderno costuma criar uma lista restrita de direitos que contam com as referidas características de *property rights*.

Também juridicamente, pelo menos desde Gaio,[383] até os dias atuais, essa controvérsia vem se arrastando. Apenas a título de exemplo, vale citar a introdução da propriedade superficiária no direito brasileiro, que recebeu o nome de direito real de laje. Todavia, trata-se de uma das mudanças mais importantes nos últimos cem anos no ordenamento brasileiro.[384]

---

[380] *Principles of Political Economy*, New York, Appleton, 1885 p. 186-187.

[381] *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, in *Yale Law Journal* (*YLJ*) 110-1 (2000), p. 1-70.

[382] *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, in *Oxford Essays In Jurisprudence* (*OEJ*) 3 (1987), p. 239-261. Cf. também o trabalho de G. CALABRESI – A. D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review* (*HLR*) 85-6 (1972), p. 1089-1128.

[383] I. 2, 7: "*Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum uel usumfructum habere uidemur. utique tamen, etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur. Item quod in prouinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum nonest, tamen pro sacro habetur*" (Mas a maioria é da opinião que um terreno não se torna religioso em solo provincial, porque sobre aquele solo incide direito de propriedade do povo romano, ou então do Imperador, e considera-se que dele nós temos apenas a posse ou usufruto; certamente, porém, ainda que não seja religioso, retido como ser religioso fosse. Do mesmo modo, aquilo que for consagrado nas províncias sem ser por autoridades do povo romano, não é propriamente sacro, contudo, é tido como se fosse sacro). Tradução de D. R. M. RODRIGUES, *Institutas* cit. (nota 23), p. 99.

[384] Cf. E. C. SILVEIRA MARCHI (*Direito de Laje – Da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil*, São Paulo, YK, 2018, p. 11 e ss.) que, após classificar a introdução do direito de laje, como "a mais importante nos últimos cem anos," propõe, com fortes argumentos, a aplicação ampla do direito de propriedade

Voltando à propriedade fiduciária em garantia, existem, fundamentalmente, três teorias que buscam explicar sua natureza jurídica.[385] São elas, i) a teoria da constituição de um direito real limitado em coisa alheia, ii) a teoria do patrimônio de afetação e iii) a teoria da propriedade limitada.

Antes de analisar cada uma das teorias, é mister que se faça a ressalva de que a natureza jurídica de um instituto não deve ser buscada, única e exclusivamente, na lei. O legislador racional, mesmo aquele legitimado a legislar – ou seja que legisla num estado democrático –, não pode ser tomado como detentor indiscutível da verdade. Como bem assinala C. BEVILÁQUA,[386] servindo-se de ensinamentos de Joseph Kohler, "as leis não se devem interpretar de acordo com o pensamento e a vontade do legislador, e sim sociologicamente como produções do grupo social de que o legislador se fez órgão." É, portanto, a vontade do grupo social, que, teoricamente, é apenas declarada pelo legislador, que deve ser tomada como fonte para determinação da natureza jurídica de um instituto. Tratando-se, no entanto, a vontade do grupo social de conceito vago, entende-se que reside, essencialmente, nos estudos doutrinários a clarificação da verdadeira essência dos institutos jurídicos, levando em conta não só o texto objetivo a lei, mas também a vontade social. Portanto, a menos que exista dúvida acerca da natureza jurídica, ocasião em que o legislador pode atuar para saná-la, é na doutrina que se deve buscar as bases dos institutos jurídicos.

---

superficiária – erroneamente chamada de direito de laje. De fato, a propriedade superficiária rompe com um paradigma centenário, que é o da indivisibilidade do bem imóvel objeto da propriedade.

[385] Nas obras mais modernas, como, por exemplo, a de M. PETROCELLI DE ÁVILA RIBEIRO (*Alienação fiduciária de bens imóveis*, in A. GENTIL DE ALMEIDA PEDROSO (coord.), *Direito Imobiliário*, vol. X, t. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 109-130) e V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI (*Tratado Notarial e Registral – Ofício de Registro de Imóveis*, vol. 5, t. II, São Paulo, YK, 2020, p. 1778-1783), observam-se quatro teorias que fundamentam a natureza jurídica da propriedade fiduciária: i) teoria da propriedade resolúvel, ii) teoria do direito real de garantia, iii) teoria do direito real de aquisição (ou (re)aquisição) e iv) teoria do patrimônio de afetação; mas que, em última instância, se resumem a duas ou três, porquanto algumas delas podem configurar manifestações de um mesmo fenômeno.

Também O. GOMES (*Alienação fiduciária* cit. (nota 169), p. 43-52) apresenta quatro teorias sobre o tema, i) teoria do duplo efeito, ii) teoria da propriedade sob condição resolutiva, iii) teoria do direito real limitado e iv) teoria da autorização constitutiva. Todavia, uma leitura mais atenta do trecho permite verificar que o autor trata, na verdade, da natureza jurídica do negócio fiduciário e não da alienação fiduciária em garantia, negócio jurídico típico e nominado. De fato, isso se torna claro no seguinte trecho, à p. 43: "[o]s efeitos do negócio fiduciário variam conforme a construção aceita, salientando os escritores que a teoria da condição resolutiva oferece maior segurança ao fiduciante."

[386] *Theoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Alves, 1929, p. 53.

Pois bem, a primeira das teorias, reconhecidamente minoritária, é defendida por J. P. CAVALCANTI, que afirma ser a alienação fiduciária em garantia um direito real em coisa alheia, semelhante ao penhor e a hipoteca, apenas disfarçada.[387] Segundo o autor, existe uma série de fatores que impedem a alienação fiduciária ser considerada uma verdadeira alienação da propriedade.

Em primeiro lugar, o fato de o devedor, ou o terceiro garante, receber de volta o valor excedente do crédito, no caso de inadimplemento, deriva de que é ele o proprietário da coisa.[388] Ademais, mesmo reconhecendo a possibilidade de a propriedade sofrer severas restrições sem se descaracterizar – característica chamada de elasticidade do domínio[389] – isso não seria motivo a justificar qualquer tipo de transmissão. Afirma também que a alienação fiduciária seria um expediente utilizado para fraudar a "justa preferência de outros créditos sobre todos os créditos com garantia real e outros como os créditos correspondentes às indenizações por acidente do trabalho e às indenizações trabalhistas."[390]

Todavia essas razões não se sustentam. Verifica-se na posição do autor uma confusão entre a posse e a propriedade (limitada) e que não podem ser confundidas. Por essa razão confunde a transmissão da propriedade (fiduciária) com a constituição do direito real em coisa alheia, que no caso de bens móveis é o penhor. De fato, como apontado com propriedade por T. OLCESE,[391] nas fontes romanas que servem de esteio ao direito brasileiro existe uma distinção

[387] "Assim, nada importa que o texto da lei tenha denominado alienação fiduciária o que é um penhor." E, mais à frente, "[t]ambém nada importa tenha o texto da lei definido aquele penhor como transferência ao credor do domínio resolúvel da coisa empenhada; porque os conceitos e definições incluídas no texto da lei, dela, entretanto, materialmente, não fazem parte" (*O Penhor Chamado Alienação Fiduciária em Garantia*, Recife, Companhia editora de Pernambuco, 1989, p. 26-27).

[388] J. P. CAVALCANTI, *O Penhor* cit. (nota 387), p. 6-7.

[389] "Salientam os autores modernos que o direito de propriedade não é a soma das faculdades jurídicas que formam o seu conteúdo, mas, sim, uma unidade orgânica distinta dessas faculdades, tanto que pode sofrer limitações de tal ordem que seu conteúdo se reduz a mero título jurídico, como sucede quando se constitui uma enfiteuse. Isso não obstante, o direito de propriedade persiste, e, com o desaparecimento dessas limitações, readquire, automaticamente, o seu conteúdo anterior. A esse fenômeno tem-se dado a denominação de elasticidade da propriedade (*Elasticitdt des Eigenthums*), porquanto esse direito real, por ação de pressão exterior, tem suas faculdades jurídicas reduzidas, mas, no instante em que o elemento compressor desaparece, ele volta a apresentar o seu conteúdo com a amplitude originária, de modo automático, e, portanto, independentemente de qualquer ato que as reintegre nele, o que seria necessário se tivesse perdido tais faculdades." (J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 165).

[390] J. P. CAVALCANTI, *O Penhor* cit. (nota 387), p. 15.

[391] *A posse de ano e dia*, in *Contraditor*, São Paulo, 2021, disponível em https://www.contraditor.com/a-posse-de-ano-e-dia/ [24/08/2021].

"nítida" entre posse e propriedade que deriva do direito romano clássico. E, portanto, não podem ser confundidas.[392] Os escritos de Ulpiano e Venuleio,[393] apontados pelo autor servem de base para os sistemas romanistas como o brasileiro, não deixam dúvida acerca da distinção.

Verifica-se a distinção com clareza quando o primeiro, ao tratar do Interdito *Uti possidetis* afirma: "[m]as o fundamento desse interdito reside em que a posse deve estar separada da propriedade, porque pode ocorre de alguém ser possuidor sem ser dono, e que outro seja dono sem ser possuidor; e pode ocorre que possuidor e dono sejam a mesma pessoa".[394] No mesmo sentido, ao tratar da aquisição da posse assevera: "a propriedade não tem nada em comum com a posse; e, por isso, não é defeso ao que começou a reivindicar a coisa a uso do interdito *uti possidetis*, porque não se considera que renunciou à posse aquele que reivindicou a coisa."[395]

Quanto ao segundo, a passagem a seguir não deixa dúvida: "não convém que se mesclem as causas da posse com as do usufruto, assim como não se deve mesclar a posse com a propriedade; e não se impede a posse se o usufruto pertence a outro, nem se extingue o usufruto se outro possui a coisa".[396]

Portanto, posse e propriedade devem ser analisadas separadamente. A faculdade que é concedida ao devedor de ficar com a coisa a título de possuidor não extingue a propriedade.

---

[392] Por essa razão, referindo-se aos bens imóveis, diz F. C. PONTES DE MIRANDA (*Tratado* cit. (nota 217), p. 412): "Não há, no plano do direito de propriedade, tradição de imóveis; só há transcrição. A tradição, que pode ser *longa manu*, só se refere à posse. Daí emana que a tradição, ainda com o acordo de transmissão, não basta à transmissão da propriedade, nem, sequer, quando se explicita o consentimento para a transcrição; nem a transcrição, com o acordo de transmissão *da propriedade*, o consentimento para a transcrição e o pedido, processado, de transcrição, basta à transmissão *da posse*."

[393] Sobre os juristas que viveram em época próxima, nos século II e III d.C., cf. B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Manual de introdução ao Digesto*, São Paulo, YK, 2017, p. 225-226.

[394] 69 *ad ed.*, D. 43, 17, 1, 2: "*Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit*". Tradução feita com base em I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano – Digesto – Primera parte*, t. III, Barcelona, Kriegel Hermann y Osenbrüggen, 1897, p. 434.

[395] 70 *ad ed.*, D. 41, 2, 12, 1: "*Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit*". Tradução feita com base em I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo* cit. (nota 394), p. 325).

[396] Ven. 1 interdict., D. 41, 2, 52 pr.: "*Permisceri causas possessionis et usus fructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent: nam neque impediri possessionem, si alius fruatur, neque alterius fructum amputari, si alter possideat*." Tradução feita com base em I. L. GARCIA DEL CORRAL, Cuerpo cit. (nota 394), p. 336).

Confundem-se, portanto, aqueles que não veem na propriedade fiduciária uma verdadeira propriedade pelo único fato de que o poder imediato sobre a coisa não está com o proprietário.

O fato de o devedor receber o valor excedente do crédito na alienação, em caso de inadimplência, não deriva do fato de que ele era o proprietário da coisa, mas pela vedação ao enriquecimento sem causa combinado com a alienação fiduciária ser um direito acessório.

Dessa forma, ela não pode, como se sabe, ser mais onerosa que a principal. Não é por outra razão, aliás, que a cláusula penal – acessória, por natureza – não pode ser estipulada de tal forma que o valor da cominação imposta exceda o da obrigação principal.[397]. Desse modo, quando da excussão da garantia, a obrigação principal será satisfeita e, aquilo que sobejá-la, será devolvido ao devedor ou ao garante. Mas, note-se que a razão dessa devolução não é a alegada titularidade do devedor ou do terceiro garante, mas a impossibilidade de que a obrigação acessória – garantia – seja mais onerosa que a da obrigação principal. É por esse entendimento também que se justifica a validade do designado pacto Marciano.

Da mesma forma, afirmar que a alienação fiduciária seria uma forma de burlar a preferência de créditos com direitos reais é vago e inexato. Uma breve leitura de juristas consagrados permite o afastamento dessa afirmativa, uma vez que, em termos de direito real, vige o princípio da prioridade, segundo o qual "num concurso de direitos reais sobre um imóvel, estes não ocupam todos o mesmo posto, mas se graduam ou classificam por uma relação de precedência fundada na ordem cronológica de seu aparecimento".[398]

O princípio da prioridade é um dos elementos principais no que tange aos direitos reais, porquanto tão importante quanto saber da existência de ônus reais é conhecer o momento de sua constituição. Tal princípio não vige exclusivamente no ordenamento em que o registro é constitutivo, mas também naqueles em que o registro é meramente publicitário como o português e espanhol.[399] Ademais, também não parece ser verdade que outros tipos de créditos ficariam fragilizados com o advento dessa modalidade de garantia, seja porque a fraude à execução continua a existir, seja por ser facultado ao autor de ação, mesmo de conhecimento,

[397] "O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal", conforme art. 412 do Código Civil.

[398] A. CARVALHO, *Registro* cit. (nota 225), p. 181.

[399] V. F. KÜMPEL, *Sistemas de Transmissão* cit. (nota 210), p. 105-106, 175-176, 331-342.

dar publicidade à sua pretensão, conforme os arts. 54 da lei nº 13.097/2015[400] e 167, I, 21 da lei nº 6.015/1973.[401]

Sem dúvida, os créditos titulados por pessoas hipossuficientes devem ter tratamento diferenciados, contudo, os benefícios a eles concedidos não podem chegar ao ponto de violar a segurança jurídica sob pena de – como já ocorreu – minguar, por completo, a circulação de crédito com um consequente empobrecimento da população como um todo. Por fim, cabe destacar que, com a introdução da alienação fiduciária, implantou-se um regime isonômico em relação aos créditos de todas as espécies. Afinal, com ao advento da lei, aquele que primeiro constituir o ônus sobre o imóvel (propriedade fiduciária, penhora etc.) – critério objetivo – é que estará em posição mais privilegiada.

Verifica-se, assim, a pouca ou nenhuma pertinência da teoria que delineia a alienação fiduciária como um direito real travestido de penhor ou hipoteca.[402] Assim, descarta-se a

[400] Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias; II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil ; III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do i nciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Embora a lei 13.097/2015 não estivesse em vigor ao tempo em que o autor tenha feito essas ponderações, nem por isso elas se tornam verdade, uma vez que, tanto no caso de bens móveis quanto imóveis existiam meios para fazer valer a prioridade de constituição do direito real.

[401] Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;

[402] Nesse sentido, J. C. MOREIRA ALVES (*Da Alienação* cit. (nota 130), p. 157-158): "Também não se confunde a *propriedade fiduciária* resultante da alienação fiduciária com os direitos reais limitados de garantia (penhor, anticrese e hipoteca), pois, nestes, seu titular não é proprietário da coisa dada em garantia, ao contrário de que sucede com o titular da propriedade fiduciária, que tem, sobre a coisa que garante o pagamento do débito, direito de propriedade, embora limitado. Nos direitos reais limitados de garantia – o que não se verifica com a propriedade fiduciária – há, em regra, de um lado o proprietário da coisa dada em garantia (o que somente não ocorre se ela se tornar *res nullius* e, de outro lado, o credor que é, apenas, titular do penhor, da anticrese ou da hipoteca (conforme o caso) sobre coisa alheia."

possibilidade de alienação fiduciária em garantia ser negócio jurídico dispositivo em razão da constituição de direito real em coisa alheia.[403]

[403] Sob esse aspecto é preciso notar que é verdade que os Tribunais Superiores costumavam admitir a purgação da mora mesmo depois da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, admitindo-a até a assinatura do auto de arrematação do imóvel, podendo-se entender que o bem, de fato, não estaria no patrimônio do credor. Esse entendimento, no entanto, era completamente inaceitável. A aplicação da regra era feita com base na antiga redação no art. 39, II da lei nº 9.514/1997 (Às operações de crédito compreendidas no sistema de financiamento imobiliário, a que se refere esta Lei: (...) II - aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.), que dispunha sobre o processo execução extrajudicial da hipoteca, esta, sim, direito real em coisa alheia e, pertencente ao devedor até o momento da assinatura do auto. Todavia, a lei nº 13.465/2017, tratou de ajustar o erro, aplicando-se a referida regra apenas aos créditos garantidos por hipoteca (Às operações de crédito compreendidas no sistema de financiamento imobiliário, a que se refere esta Lei: (...) II- aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, exclusivamente aos procedimentos de execução de créditos garantidos por hipoteca). Por fim, os tribunais superiores tiveram de, inexoravelmente, mudar o entendimento até então fixado. STJ, REsp. 1818156/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 15/06/2021, DJe 18/06/2021:

Recurso Especial. Direito civil e processual civil. Alienação fiduciária de imóvel. lei nº 9.514/1997. Purgação da mora após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Purgação da mora após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Possibilidade antes da entrada em vigor da lei n. 13.465/2017. após, assegura-se ao devedor fiduciante apenas o direito de preferência. prazo do leilão extrajudicial. Art. 27 da lei n. 9.514/1997. precedente específico desta terceira turma.

1. Controvérsia em torno da possibilidade de purgação da mora pelo devedor até a data de lavratura do auto de arrematação do imóvel, sendo alegada a violação da regra do art. 34 da Lei 9.514/97.

2. Precedente específico desta Terceira Turma analisando essa questão sob o prisma de duas situações distintas e sucessivas ensejadas pela edição da Lei 13.465, de 11/07/2017, que alterou o art. 34 da Lei 9.514/97 (REsp 1649595/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 16/10/2020).

3. No período anterior à Lei n. 13.465/2017, a purgação da mora, nos contratos de mútuo imobiliário com garantia de alienação fiduciária, submetidos à disciplina da Lei n. 9.514/1997, era admitida no prazo de 15 (quinze) dias, conforme previsão do art. 26, §1º, da lei de regência, ou a qualquer tempo, até a assinatura do auto de arrematação, com base no art. 34 do Decreto-Lei n. 70/1966, aplicado subsidiariamente às operações de financiamento imobiliário relativas à Lei n. 9.514/1997 (REsp 1.649.595/RS).

4. "Sobrevindo a Lei n. 13.465, de 11/07/2017, que introduziu no art. 27 da Lei n. 9.514/1997 o § 2º-B, não se cogita mais da aplicação subsidiária do Decreto-Lei n. 70/1966, uma vez que, consolidada a propriedade fiduciária em nome do credor fiduciário, descabe ao devedor fiduciante a purgação da mora, sendo-lhe garantido apenas o exercício do direito de preferência na aquisição do bem imóvel objeto de propriedade fiduciária." (REsp 1.649.595/RS)

5. "Desse modo: i) antes da entrada em vigor da Lei n. 13.465/2017, nas situações em que já consolidada a propriedade e purgada a mora nos termos do art. 34 do Decreto-Lei n. 70/1966 (ato jurídico perfeito), impõe-se o desfazimento do ato de consolidação, com a consequente retomada do contrato de financiamento imobiliário; ii) a partir da entrada em vigor da lei nova, nas situações em que consolidada a propriedade, mas não purgada a mora, é assegurado ao devedor fiduciante tão somente o exercício do direito de preferência previsto no § 2º-B do art. 27 da Lei n. 9.514/1997." (REsp 1.649.595/RS).

6. No caso, a demanda foi proposta pelo devedor recorrente apenas em 25/09/2017, buscando suspender os leilões aprazados para os dias 27/09/2017 e 04/10/2017, e requerendo autorização para depositar em juízo os valores para purgar a mora.

7. Reconhecimento pelo acórdão recorrido de que a consolidação da propriedade em nome do credor recorrido ocorrera em 30.08.2017, quando já vigente a regra do art. 27, §2º-B, da Lei 9.514/1997, com a redação dada pela Lei 13.465/2017.

8. Acórdão recorrido em perfeita sintonia com o precedente desta Terceira Turma.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

A segunda das teorias, capitaneada por M. NAMEN CHALHUB,[404] e seguida por importantes juristas,[405] afirma que a constituição da propriedade fiduciária "importa na separação do bem e na consequente criação de um patrimônio de afetação, ao qual é atribuída uma destinação específica, como são os casos do bem de família, do fideicomisso, da massa concursal, entre outros."[406]

Inspirados principalmente, no patrimônio de afetação criado pela lei nº 10931/2004, que buscou contornar os efeitos deletérios criados pela unidade patrimonial no emblemático caso da construtora Encol, afirmam que a propriedade fiduciária é um patrimônio afetado, porque "o acervo afetado não pode ser alvo de constrição por dívida as obrigações que não sejam relacionadas a função específica para qual foi instituída a afetação."[407]

Argumenta-se[408] que a propriedade não poderia ser essencialmente resolúvel pois, nesta, devem estar todos os poderes do proprietário, nos termos dos arts. 1359 e 1360 do Código Civil.[409]

Embora presentes fortes argumentos a justificarem a adoção dessa teoria, alguns questionamentos continuam a existir. Em primeiro lugar, para a formação de um patrimônio separado é necessário lei que o preveja. E não está previsto na lei 9514/1997, que instituiu a alienação fiduciária em garantia, qualquer forma de separação patrimonial quando do uso desse negócio jurídico.

Sobre a execução hipotecária extrajudicial, cf. M. OLIVEIRA ERHARDT, *A execução hipotecária por agente financeiro (Lei nº 5.741/71 e Decreto-Lei nº 70/66)*, in A. GUERRA – M. BENACCHIO (coords.), *Direito Imobiliário Brasileiro – Novas Fronteiras Na Legalidade Constitucional*, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 1063-1075.

[404] *Alienação fiduciária* cit. (nota 371), p. 83.

[405] Como por exemplo, F. E. LOUREIRO, *Comentários ao Livro III – Do Dirieto das Coisas*, in C. PELUSO, *Código Civil Comentado*, 11ª ed., Barueri, Manole, 2018, p. 1345; V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI, *Tratado Notarial e Registral* cit. (nota 385), p. 1781-1783; J. E. LOUREIRO, *Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel*, in *Revista do Advogado* (*RA*) 63 (2001) p. 86.

[406] M. NAMEN CHALHUB, *Alienação fiduciária* cit. (nota 371), p. 83.

[407] M. NAMEN CHALHUB, *Alienação fiduciária* cit. (nota 371), p. 83. F. E. LOUREIRO (*Comentários* cit. (nota 405), p. 1346), por seu turno afirma que se trata de patrimônio de afetação porque a propriedade está despida de dois de deus poderes federados, o *ius utendi* e o *ius fruendi*, que se encontram nas mãos do fiduciante.

[408] V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI, *Tratado Notarial e Registral* cit. (nota 385), p. 1782.

[409] Tratando-se a condição resolutiva da própria essência do contrato de alienação fiduciária, não haveria incidência do art. 1.360, que trata da resolução por "causa superveniente" ou seja, que não esteja presente no título de transmissão.

Vigora no ordenamento brasileiro o princípio da unicidade do patrimônio,[410] de tal forma que, sem lei que determine a blindagem patrimonial, não é possível fazer essa separação. Sendo assim, a interpretação a ser feita quando a admissibilidade do patrimônio de afetação deve o ser de maneira restritiva.

Imperioso também observar a forma como o legislador costuma instituir patrimônios de afetação. Segundo o disposto no art. 7º da lei nº 8668/1993, que trata da constituição dos Fundos de Investimento Imobiliário e que serviu também de inspiração para elaboração da lei nº 9.514/1997,[411] verifica-se que o patrimônio de afetação costuma ser constituído por exclusão expressa da responsabilidade de certos bens do ativo do titular e torná-los imunes à execução por dívida estranhas a determinada atividade, nos seguintes termos:

> *Art. 7º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:*
>
> *I - não integrem o ativo da administradora;*
>
> *II - não respondam direta ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora;*
>
> *III - não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;*

[410] Conforme art. 789 do Código de Processo Civil: "O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei". Trata-se de norma heterotópica, porquanto embora de direito material, localiza-se no código de processo. No direito italiano, vige norma praticamente identica no art. 2740: "*Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.*"

Verdade é que esse princípio se mostrou pouco eficiente para tutelar, concomitantemente, os interesses antagônicos dos credores e dos devedores. Nesse sentido, recentemente, a criação de patrimônios separados ampliou ainda mais, no ordenamento jurídico italiano, as áreas de aplicação das garantias atípicas. Mitigando esse princípio, com efeito, os fenômenos de fragmentação patrimonial pelo mesmo proprietário foram considerados admissíveis em diversos casos expressamente previstos na lei (A. MOJA, *Il trust a scopo di garanzia*, in A. GAMBARO – U. MORELLO, *Trattato dei Riritti Reali – Diritti Reali di Garanzia*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2014, p. 601-602).

[411] Câmara dos Deputados, *Projeto de lei nº 3242 de 1997*, Brasília, Câmara dos Deputados, 1997, disponível in https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1130748&filename=Dossie+-PL+3242/1997, acesso em [24/11/2021], p. 15-19.

> *IV - não possam ser dados em garantia de débito de operação da instituição administradora;*
>
> *V - não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;*
>
> *VI - não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.*

Verifica-se, portanto, que o legislador exime, expressamente, a responsabilidade do titular de certos bens, que embora continuem sob sua mesma titularidade, não se comunica com suas demais obrigações.

Também nos demais casos em que a lei autoriza a constituição de patrimônio separado, ela o faz de maneira expressa, justamente em razão do princípio da unitariedade patrimonial.[412]

Todavia essa estrutura não se verifica nos dispositivos que incluíram a alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro. Não há qualquer indício de que o legislador desejou criar um patrimônio em separado, a fim de impedir que a propriedade fiduciária permaneça no patrimônio geral daquele.

Inclusive, na mesma lei que instituiu a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel – lei nº 9514/1997 – há a criação de um patrimônio afetado, visando a proteção daqueles que se utilizarem da securitização de créditos imobiliários, com a mesma estrutura e nos mesmos termos:

> *Art. 11. 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;*

[412] Por exemplo, na securitização de créditos (arts. 9º a 16 da lei nº 9514/1997), na incorporação imobiliária (arts. 31-A a 31-F da lei nº 4591/1964), no sistema de pagamentos brasileiro (arts. 5º e 6º da lei nº 10214/2001), no depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários (art. 24 da lei nº 12810/2013) e no sistema de consórcios (art. 3º da lei nº 11795/2008). Sobre o estado atual da utilização do patrimônio de afetação, cf. Milena Donato Oliva, *Do negócio fiduciário à fidúcia*, São Paulo, Atlas, 2014, p. 72-90.

> *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.*

Isto posto, parece claro que não havendo autorização legislativa expressa, impossível seria a existência de um patrimônio apartado daquele geral do titular.

A afetação a que se costuma referir, na verdade, parece decorrer da forma e da finalidade mesma da alienação fiduciária em garantia, que estão presentes, também, nos demais direitos de garantia, ainda que em menor intensidade. Ao formalizar a garantia por meio da transmissão da propriedade, transmite-se, com ela, o direito exclusivo de alienar. Diferentemente da hipoteca, onde o credor recebe o direito de alienar a coisa e pagar-se no caso de inadimplemento, sem que, com isso, o devedor tenha de renunciar ao poder de vender a coisa, na alienação fiduciária em garantia o devedor perde todo os direitos de proprietário, remanescendo apenas com a posse direta da coisa. Transmite, assim, o direito fundamental de proprietário, o *ius disponendi*. E reside aí a diferença essencial entre a hipoteca e alienação fiduciária em garantia. Cria-se direito real em garantia sobre coisa própria, e por isso o credor fiduciário desfruta de uma posição muito mais confortável do que o hipotecário.

Ademais, a alegada afetação não é algo diferente da sequela que já existia nos demais direitos reais de garantia. A acessoriedade, típica dessa espécie de direitos, faz com que não possam subsistir sobre si mesmos. É natural, então, que a propriedade fiduciária, por se tratar de direito real em garantia em coisa própria, esteja ligada à um crédito que integre o patrimônio do credor. Este pode, com efeito, dispor da propriedade, apenas não autonomamente. "O direito de dispor, na verdade, está atrelado à cessão do crédito garantido. A propriedade-garantia é acessória à obrigação e segue sua sorte."[413] A especificidade reside no fato de que, "ao contrário das demais garantias reais, incide não sobre coisa alheia, mas sobre coisa própria transferida ao credor, embora sob condição resolutiva."[414]

[413] F. E. LOUREIRO (*Comentários* cit. (nota 405), p. 1346.
[414] F. E. LOUREIRO (*Comentários* cit. (nota 405), p. 1346.

Em suma, é característica fundamental dos reais de garantia de aderir à coisa, isto é, ser ambulatorial,[415] ao mesmo tempo que tem por finalidade garantir outra obrigação. É essa característica, que sempre esteve presente, que se costuma chamar de afetação.

Por fim, a terceira das teorias classifica a propriedade fiduciária como uma verdadeira propriedade, mas limitada. De fato, a propriedade fiduciária em garantia é uma nova garantia real que não se confunde com a propriedade plena.[416] Não por outra razão, a lei nº 13.043/2014 alterou a redação do art. 1.367 do Código Civil para fazer constar que

> *"[a] propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231".*

Isso não significa que ela não seja, em sua essência, uma propriedade, apenas não se equipara à propriedade plena. Qualquer direito real – seja o maior deles, sejam os mais restritos – como os direitos reais de gozo – podem servir, desde que admitidos os negócios fiduciários do tipo romano ou do tipo germânico, de garantia a um crédito. Nesse sentido, para diferenciar esse tipo de direito dos tradicionais direitos reais "de garantia", costumou-se a referir-se a eles como direitos reais "em garantia".[417]

Nestes, ressalvadas as controvérsias atinentes à causa do contrato, é o próprio direito que é transmitido, em sua integralidade e essência. É a propriedade plena que é transmitida para assegurar um crédito ou outra obrigação qualquer. Assim, embora autores como L. CARIOTA-FERRARA[418] tenham buscado extremar esse tipo de propriedade da propriedade plena, caracterizando-a como *relativa, divisa* ou *formale*, fato é que a maioria absoluta dos juristas,

---

[415] Ou como já diziam os romanos: "*sicut lepra cuti*" (aderem à coisa como a lepra adere à pele). R. HENRY MARQUES DIP, *Registros sobre Registros #142 – Comentários e Glosas*, 26/06/2019, disponível in https://www.youtube.com/watch?v=U4sId-K3Imc [29/11/2021].

[416] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 153.

[417] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas – Penhor - Anticrese*, t. XXI, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 479-481. "Os direitos reais com função de garantia dividem-se em direitos reais de garantia (penhor, hipoteca e anticrese) e direitos reais em garantia, que são direitos reais típicos empregados com função outra que a típica (como ocorre, por exemplo, na propriedade fiduciária" (L. CAMARGO PENTEADO, *Direito* cit. (nota 192), p. 148).

[418] I negozi fiduciari – Trasferimento, Cessione e Girata a Scopo di Mandato e di Garanzia. Processo fiduciário, Padova, CEDAM, 1933 p. 30.

atualmente, salientam que a propriedade fiduciária transmitida por negócio fiduciário ao credor, para garantir um crédito, não difere do direito de propriedade não afetado à tal finalidade.[419]

Contudo, essa situação difere substancialmente daquela criada pela alienação fiduciária em garantia. Nesta, há uma propriedade que difere da propriedade plena, ainda que resolúvel pela aposição de condição resolutiva legal. Trata-se, indiscutivelmente, de direito real submetido à *condictio iuris,*[420] direito real típico, criação de lei, para atender necessidade específica, de ordem econômica, "e não direito real que, mediante vínculo contratual ou a aposição de condição resolutiva, se subtrai à finalidade econômica para que foi criado, utilizando-se dele para outro fim prático (o de garantia) que não o previsto na lei para aquela figura típica."[421] Portanto, a propriedade fiduciária em garantia não se enquadra em nenhuma das categorias dogmáticas existentes no âmbito do Direito das Coisas.

Acerca desse novo direito é preciso então identificar suas características essenciais, para ao fim e ao cabo, verificar tratar-se, em sua essência de uma propriedade.

Dito isso, a propriedade fiduciária em garantia, embora tolhida de várias das faculdades presentes na propriedade plena, não deixa de ser, essencialmente, o direito de propriedade. Tais restrições não são aptas a desnaturá-la como tal. E isso resulta da questão – já discutida – acerca da diferenciação entre posse e propriedade, na medida em que esses dois institutos são, como demonstrado, independentes.

Uma das características inerentes da propriedade fiduciária em garantia reside no fato de que seu titular está praticamente tolhido dos direitos de uso da coisa.[422] Por isso, estaria

---

[419] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 155.

[420] F. SANTOS AMARAL NETO, *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*, in G. TEPEDINO – L. E. FACHIN, (orgs.), *Coleção Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*, vol. V, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 327.

[421] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 156.

[422] Esse é, talvez, o ponto mais controverso da propriedade fiduciária. Enquanto a doutrina tradicional (J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 155; O. GOMES, *Alienação fiduciária* cit. (nota 169), p. 85; F. SANTOS AMARAL NETO, *A alienação fiduciária* cit. (nota 421), p. 327) considera, sem sequer cogitar de uma natureza jurídica de patrimônio de afetação, a doutrina mais moderna (cf. notas de rodapé nº 407e 408), considera que esta seria sua natureza jurídica.

Isso acontece porque, comumente, aproxima-se a alienação fiduciária em garantia brasileiro do negócio jurídico fiduciário de caráter germânico, posição também defendida por importantes autores, como O. GOMES (*Alguns problemas da alienação fiduciária em garantia*, in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* (*ROAB*) 20 (1976), p. 450-453). Observado sob esse aspecto, tem razão V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI (*Tratado Notarial e Registral* cit. (nota 385), p. 1780;) ao afirmarem que "enquanto na propriedade resolúvel ocorre a

descartada a possibilidade de tratar-se de verdadeira propriedade, especialmente de uma propriedade resolúvel.

A propriedade resolúvel que é constituída com o registro do contrato de alienação fiduciária em garantia, no entanto, não é aquela a que se refere o art. 1228 do o Código Civil.[423] Nesta, pendente a condição, o proprietário tem todas as faculdades jurídicas que formam o conteúdo da propriedade plena, com a restrição, apenas, de poder vir a deixar de ser proprietário se se verificar a condição resolutiva. Implementada a condição, opera-se a resolução *ex tunc* da propriedade, que retorna à titularidade do alienante. E, não verifica a condição, torna-se a propriedade – que, até então, era resolúvel para o adquirente – plena, uma vez que desaparece a restrição que sobre ela pendia.

Já em relação à propriedade fiduciária em garantia, explica, com clareza e didática, J. C. MOREIRA ALVES,[424]

> *Enquanto não se vence o débito, pendente condicione iuris, o proprietário fiduciário não desfruta de todas as faculdades jurídicas que se contêm na propriedade plena, porque é da essência da propriedade fiduciária o desdobramento da posse, ficando o devedor como possuidor direto, e podendo usar e tirar os frutos da coisa alienada em garantia; ademais, ao contrário do que ocorre na propriedade simplesmente resolúvel, o proprietário fiduciário somente pode transferir seu domínio se ceder ao adquirente o crédito cuja satisfação a propriedade fiduciária garante. Verificada a condicio iuris (no vencimento da dívida, ou, anteriormente, se o credor concordar em receber o pagamento ou renunciar à garantia), resolve-se a propriedade fiduciária, e o alienante volta a ser titular, não daquela propriedade restrita que cabia ao adquirente, mas do domínio pleno*

transmissão da propriedade a terceiro, e com o adimplemento da condição ou termo, dá-se a retomada da coisa pelo reivindicante, a alienação fiduciária em garantia o bem fica paralisado (afetado) pelo adimplemento ou inadimplemento da obrigação, permanecendo em um limbo jurídico, fora do comércio." Seria por essa razão que, "[o] credor fiduciário não pode usar, fruir ou dispor do bem, tendo um mero crédito abstrato e insuscetível de ser resgatado na vigência do contrato, enquanto o devedor fiduciante pode usar e fruir, mas não pode dispor sem a anuência do credor. Daí dizer que a alienação fiduciária não tem as características de propriedade resolúvel previstas no Código Civil." Mesmo entre aqueles que caracterizam a propriedade fiduciária como propriedade resolúvel existem divergência. Por exemplo, A. WALD (*Da Alienação Fiduciária*, in *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara* (*RDMPEG*) 7 (1969), p. 45.): "Caracteriza-se a alienação fiduciária pelo fato de constituir, em favor da instituição financeira, uma propriedade resolúvel e onerada com encargo." Posição reputada como "manifestamente inexata" por J. C. MOREIRA ALVES (*Da Alienação* cit. (nota 130), p. 160).

[423] Observe-se que a lei nº 9514/1997, corretamente, fez a ressalva acerca da aplicação das regras do Código Civil (art. 33): "Aplicam-se à propriedade fiduciária, *no que couber*, as disposições dos arts. 647 e 648 do Código Civil" (sem grifos no original), que correspondem aos atuais arts. 1.359 e 1.360 do Código de 2002.

[424] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 163-164.

> *sobre a coisa que foi objeto da alienação fiduciária em garantia. Vencida a dívida, e paga, não se resolve a propriedade fiduciária, mas além de ela continuar resolúvel – e tanto é isso verdade que, se houver a purgação da mora, o domínio pleno da coisa retorna, ipso iure, ao alienante, o que só se explica pela resolução da propriedade fiduciária –, seu conteúdo se altera, de sorte que o credor pode entrar na posse plena da coisa, e tem o ônus de vendê-la para pagar-se e devolver, ao alienante, o saldo, se houver; e, aí, ocorre nova singularidade: o credor, que não é proprietário pleno, transmite ao terceiro comprador propriedade plena, não obstante o princípio de que ninguém pode transferir a outrem mais direito do que tem (nemo ad alium plus iuris transferre postest quam ipse habet).*

Portanto, há, de fato, a transmissão da propriedade, mas limitada de acordo com o escopo para que foi realizada – garantia. Assim, a depender da implementação, ou não, da *condictio iuris*, é que se verificará o destino da propriedade fiduciária, que, enquanto pendente, manter-se-á limitada. Mas nem por isso deixa de ser uma propriedade.

Argumenta-se também que a propriedade fiduciária não poderia ser uma verdadeira propriedade porque não tenderia a perpetuidade. E, pelo fato de não poder ficar com a coisa no caso de inadimplemento, a propriedade fiduciária seria mais um direito de vender do que essencialmente de uma propriedade. Todavia, essa vedação não decorre do direito em si, mas de sua finalidade. Explica-se pelo impedimento ao enriquecimento sem causa, oriundo de um pacto comissório indireto, sempre vedado no direito brasileiro.[425] Contudo, o fato de o credor poder ficar com o imóvel no caso de insucesso do segundo leilão deixa claro o caráter perpétuo do direito, fato inexistente na hipoteca, onde eventual aquisição pelo credor se dá por adjudicação.

Resumindo, há essencialmente dois principais motivos que levam a considerar a propriedade fiduciária como verdadeira propriedade, embora limitada, e, portanto, considerar que a constituição do direito real de garantia ocorre por meio de transmissão. Em primeiro lugar, a distinção entre propriedade e posse, direta e indireta, típica nos sistemas romanistas, que permite que a coisa, ainda que alheia, ficar em poder de outrem – no caso, do fiduciante.

[425] "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.", conforme art. 1.365 do Código Civil.

Em segundo lugar, a perpetuidade da propriedade, que, apesar de existente, não opera de plano, dada a sua finalidade imediata – garantia. Mas que, em caso de insucesso do leilão, mostra sua verdadeira característica de perpetuidade em sua plenitude.

Decorre daí que a "propriedade fiduciária não é direito essencialmente distinto do domínio. Apenas o é do ponto de vista funcional, isto é, do ponto de vista do papel que desempenha, quer no sistema jurídico, quer na economia. Sua função, ao invés de ser a de gozo é a de garantia."[426]

Feitas essas considerações, pode-se dizer que a essência do direito de propriedade – que se vislumbra também na propriedade fiduciária – reside no poder de dispor da coisa. Afinal, é bem possível que o uso de determinada coisa possa ser feito por pessoa diferente do proprietário, seja a que título for. Mas, a disposição de coisa por quem não é proprietário é, socialmente, reprovável e, por isso, juridicamente impossível.[427]

Portanto, conclui-se que o caráter dispositivo da alienação fiduciária decorre de uma verdadeira transmissão – e não de uma criação ou modificação (*stricto sensu*) de outro direito.

[426] L. CAMARGO PENTEADO, *Direito* cit. (nota 192), p. 554.

[427] A faculdade de disposição é elemento de validade para o negócio jurídico dispositivo (H. KRONKE, *Il trasferimento* cit. (nota 207), p. 110). Ressalte-se que não se está falando, aqui, do contrato obrigatório, que pode, com efeito, ser realizado por alguém que não seja dono. Refere-se ao acordo de transmissão, negócio jurídico de Direito das Coisas, pois, nesse, o poder de disposição é elemento de validade. O Código Civil "estabelece a exigência da titularidade do poder de disposição (poder de alienar), não como pressuposto do negócio obrigacional, mas sim do pagamento" (C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 58).

CAPÍTULO 5: A NATUREZA CAUSAL DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

5.1 Introdução

Tratar da questão causal na alienação fiduciária em garantia – assim como nos demais institutos do direito – significa saber se ela é um negócio jurídico causal ou abstrato. Para tanto, indispensável que se determine o elemento diferenciador dessas duas categorias. Ou seja, é preciso que se determine o conteúdo do conceito de causa para que se possa saber, em seguida, se a alienação fiduciária em garantia é causal ou abstrata.[428]

O tema da causa é de considerável complexidade e importantes juristas nele se aventuraram[429] despertando, desde os tempos romanos,[430] questões intrincadas acerca da validade e da eficácia dos negócios jurídicos, e, consequentemente, de seus efeitos.

Vários problemas giram em torno da causalidade e da abstração. Doutrinadores nem sempre têm consciência da questão polissêmica da causa, e continuam a confundir um problema ou aspecto da questão causal com o outro, ao elaborarem críticas acerca odo tema.[431] Por isso é preciso primeiramente clarificar alguns conceitos sobre a causa.

5.2 Multiplicidade do conceito de causa

A causa, embora costume ser tratada no âmbito dos contratos, não se relaciona exclusivamente a eles, mas alcança institutos mais genéricos incluídos na categoria de negócio

[428] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 89

[429] E. g., H. CAPITANT (*De la cause des obligations*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1927) elaborou obra específica sobre o tema. Também na França, Planiol, Laurent, Huc, Baudry-Lacantinerie, Barde, Cornil, Giorgio Giorgi abordaram o tema (A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* cit. (nota 300), p. 152). Na Itália também o tema vem sendo desenvolvido já há bastante tempo (E. BETTI, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2002, p. 170-181; G. DEIANA, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*", in *Rivista di Diritto Civile* (*RDC*) 30 (1938), p. 1 e ss; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale* (*NRDC*) 1 (1947), p. 13-21).

[430] F. RANIERI, *Brevi Note* cit. (nota 200), p. 322.

[431] A. MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enciclopedia Giuridica Trecanni* (*EGT*) 6 1998, p. 2.

jurídico.[432] Ao se falar em causa, inevitavelmente, se refere, também, às obrigações (causa da obrigação), às prestações (causa da prestação) e às transferências patrimoniais.[433] Existem, portanto, diversas espécies de causa.[434]

A doutrina denominada clássica relacionou o conceito de causa com o de atribuição patrimonial. Embora críticas tenham sido feitas, elas não tratam de negar que a causa se expresse na atribuição patrimonial, mas apenas afirmam que o conceito de causa é mais amplo.[435]

Os conceitos de causa, assim, dizem respeito, essencialmente, à obrigação e ao negócio jurídico patrimonial, embora existam autores que também se refiram à causa em outros negócios, como os do direito de família.[436]

---

[432] Como se pode notar da simples comparação entre os seguintes dispositivos do *Codice Civile* italiano e do *Code Civil* francês, que referem, respectivamente, à causa do contrato e à causa da obrigação:

Art. 1325 *Codice Civile*: "*I requisiti del contratto sono: (...) 2) la causa*" (Os requisitos dos contrato são: (...) 2) a causa).

Art. 1131 *Code Civil*: *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* (A obrigação sem causa, ou feita por uma causa falsa, ou por causa ilícita, não pode surtir efeito).

No entanto, deve-se notar que colocar a causa, concomitantemente, como função e elemento constitutivo cria uma "insuperável" contradição de colocar a função como parte do negócio, tornando-a um fim em si mesmo. Portanto, tem razão aqueles que afirmam serem coisas diferentes o elemento constitutivo típico (também chamado de elemento categorial inderrogável) e a função prático-social (considera por alguns como verdadeira causa). Cf. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* cit. (nota 300), p. 153-154.

[433] A. MAJO, *Causa* cit. (nota 431), p. 1; G. DEIANA, *Alcuni chiarimenti* cit. (nota 429), p. 1-5; Marcel Planiol, Trataité Élémentaire de Droit Civil, t. II, 9ª ed., Paris, Librairie Génerale de Droit & Jurisprudence, 1923, p. 354-355 . Isso pode ser notado já no título da obra de H. CAPITANT (*De la cause* cit. (nota 429)), em que, no subtítulo já se indica "*Contrats, Engagements unilatéraux, Legs*" (Contratos, Atos unilaterias e legados). O. GOMES (*Alienação fiduciária* cit. (nota 169), p. 66, nota de rodapé) apenas alerta que existe diferença entre a causa do contrato e da atribuição patrimonial, não faz menção à causa da obrigação. Fala-se também em título, como sinônimo de causa, como fazem V. F. KUMPEL – C. MODINA FERRARI (*Tratado Notarial e Registral* cit. (nota 209), p. 181)): "[o] título é a causa que justifica a mutação da situação jurídico real, ou seja, o fundamento jurídico da mutação dominial. Abarca todas as razões no que toca às aquisições, modificações, transferências, resguardo ou extinção de um *ius in re*." É preciso, no entanto, diferenciar título material, que seria causa, do título formal, que é o instrumento que materializa o título material e o ser por meio de um negócio jurídico particular, escritural, administrativo ou mesmo uma decisão judicial.

[434] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 89. Trata-se, em verdade, de um dos conceitos mais ambíguos e polissêmicos do direito privado. Segundo A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial*, Tese (Titularidade), Faculdade de Direito da USP., São Paulo, 1986, p. 121-129), A causa pode ser admitida no seguinte sentido: causa-fato jurídico (*causa efficiens*), causa-motivo (causa impulsiva, se subjetiva, ou causa-justa causa, se objetiva), causa da juridicidade (*civilis* ou *naturalis*) causa da atribuição patrimonial e causa do negócio jurídico (*causa finalis*).

[435] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 49.

[436] Cf. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* cit. (nota 300), p. 153, nota de rodapé nº 228. Sobre o tema, D. BESSONE (*Do contrato* cit. (nota 143), p. 19), expõe a visão de Scutto, que nega, peremptoriamente, a possibilidade de haver causa no negócio jurídico de natureza não patrimonial.

No que diz respeito à obrigação, a referência à causa adquire um significado pouco técnico, podendo-se entender, com tal referência, o "título" ou a "fonte" da qual a obrigação nasce.[437]

Por causa da prestação ou da modificação patrimonial entendem-se as justificativas de natureza econômica material que fundamentam os movimentos de bens ou serviços entre sujeitos.

Distingue-se também a causa em final e pressuposta. Seriam essas espécies da causa entendida como função do negócio jurídico.[438]

A distinção mais comum, todavia, é aquela advinda do confronto entre o direito francês e o direito italiano, entre causa em sentido objetivo e causa em sentido subjetivo.[439] Isso não quer dizer que exista uma dicotomia incontornável. Há, por assim dizer, um espectro, no qual de um lado predomina o subjetivismo e, de outro, objetivismo.

Para os fins deste trabalho, causa será utilizada em sentido objetivo. Importa destacar, no entanto, que, atualmente, destacam-se dois significados próximos de causa em sentido objetivo, sustentados por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO[440] e J. C. MOREIRA ALVES.[441]

O primeiro deles, coloca a causa como a função prático-social, ou econômico-social do negócio jurídico.[442] O segundo, apoiado em lições de G. DEIANA,[443] coloca a causa como a razão da atribuição patrimonial, que, como se verá mais à frente, refere-se ao fundamento econômico-jurídico justificador de tal atribuição.

Trata-se de conceitos conexos, mas o primeiro, por tratar da questão "prático-social" tem alcance mais abrangente, podendo existir nas questões de direito de família e sucessões onde

---

[437] A. MAJO, *Causa* cit. (nota 431), p. 1; esse significado de causa, assim como o que liga a causa ao motivo (causa-motivo), é sumariamente afastado por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Negócio jurídico* cit. (nota 300), p. 153).

[438] A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* cit. (nota 300), p. 154; no mesmo sentido, O. GOMES (*Alienação fiduciária* cit. (nota 169), p. 66) quando, ao se referir, aos negócios de garantia, diz: "Tal é a função econômico-social desses negócios jurídicos. Tal a sua causa."

[439] C. V. COUTO E SILVA, *Teoria da causa no Direito Privado*, in V. M. JACOB DE FRADERA (org.), *O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014, p. 61-64.

[440] *Negócio jurídico* cit. (nota 300), p. 153.

[441] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 89-90.

[442] A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* cit. (nota 300), p. 153.

[443] *Alcuni chiarimenti* cit. (nota 429), p. 1 e ss.

não há, necessariamente, interesse patrimonial. Destaca-se, todavia, que, em ambos os casos, a função a que se referem – causa – é o fim imediato que as partes buscam ao firmar o negócio jurídico.[444]

Nesse sentido, nota-se que há forte ligação entre causa e patrimônio. Tendo em vista que as transações patrimoniais de bens contribuem para a maior distribuição da riqueza em qualquer ordem social, tais movimentos, devem ser resguardados e estimulados e, portanto, não podem responder a critérios arbitrários ou ser fruto do acaso, devem, assim, encontrar justificativa em causas específicas ou razões econômico-materiais. Nesse sentido, a causa pode merecer o título de "justa".[445]

5.3 Origem da questão causal

A questão da causa, como modernamente conhecida, está relacionada aos conceitos e construções jurídicas romanas. Existem, basicamente, duas abordagens que tratam da origem da causa. Embora ambas tenham forte esteio nas fontes,[446] a primeira delas decorre de uma

[444] A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, trad. es. de Tito Ravá, *Derecho Civil – Teoría general del derecho civil alemán – Los Hechos Jurídicos*, vol. III, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 57; C. V. COUTO E SILVA, Teoria da causa cit. (nota 439), p. 57.

[445] A. MAJO, *Causa* cit. (nota 431), p. 1. Nesse sentido, tanto o direito italiano (art. 2041 *Codice Civile*) como o brasileiro (art. 884, *caput* CC), exigem uma "justa causa" (*giusta causa*) para justificar o aumento do patrimônio de uma pessoa:

Art. 2041 Codice Civile: "*Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale.*"

Art. 884 Código Civil: "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários."

[446] As fontes romanas são riquíssimas na questão da causa, mas a elas não foi dado tratamento sistemático. No Digesto são várias as passagens que fazem referência a causa. Todavia, trata-se, até hoje, de um tema bastante tormentoso. Nas fontes podemos ver, entre outras, as seguintes passagens acerca do tema.

Paulo é autor da passagem mais conhecida dos juristas atuais acerca da causa na transmissão do direito de propriedade (31 *ad ed.*, D. 41, 1, 31, pr.: "*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*" (A simples entrega nunca transfere a propriedade, mas apenas se uma compra ou outra justa causa a preceder, por conta da qual a entrega for feita). Sobre o tema, cf. também J. L. BARTON, *Solutio and Traditio*, in J. W. CAIRNS – O. F. ROBINSON, *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Oxford, Hart, 2004, p. 15-16).

Outras situações também se destacam por exigir uma causa justificante para produção de efeitos. Tratando da possiblidade de usucapir determinada coisa, Paulo (2 *man.*, D. 41, 3, D. 41, 3, 48: "*Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. Aliud, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. Diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse nec ne: sufficit enim me putare tuum esse, cum solvis: in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur: nec potest pro*

emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus" (Se eu entregar a você pensando que estou em dívida, a usucapião se seguirá apenas se você também achar que é devido. É o contrário se penso que sou responsável em razão de uma venda e, portanto, entrego, pois aqui, a menos que haja uma venda precedente, não pode haver usucapião como comprador [pro emptore usucapio]. A razão da diversidade é esta, que em outras causas se busca o prazo de pagamento, nem importa se eu sei que a coisa é alheia ou não quando eu estipular, pois basta que eu pense que é sua quando você pagar. Numa compra, no entanto, são considerados tanto o tempo do contrato como o tempo da sua execução, nem quem não comprou pode adquirir por usucapião como comprador, nem coamo pagamento, como nos outros contratos). Tradução feita com base em J. L. BARTON, *Solutio and Traditio*, in J. W. CAIRNS – O. F. ROBINSON, *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Oxford, Hart, 2004, p. 17 e I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo* cit. (nota 394), p. 349) acredita que a vontade de entregar como forma de *solutio* – isto é, como forma de perfazer a compra e venda – é que viabiliza a posse *ad usucapionem*. E essa posição, argumentam alguns juristas, parece ter sido uma descoberta desse jurisconsulto, porquanto, em outro trecho do Digesto, os compiladores o completam com pensamento de Ulpiano (16 *ad ed.*, D. 6, 2, 3,1) e do próprio autor (19 *ad ed.*, D. 6, 2, 4) sobre a questão da ação Publiciana.

Pompônio (22 ad Sab., D. 41, 10, 3: "*Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam. Et ita Neratius scripsit idque verum puto*" (Você me entregou um escravo que erroneamente pensou que me devia por estipulação. Se eu soubesse que nada me era devido, não o adquiro por usucapião, mas se não o conheço é a melhor visão que o farei [adquirirei por usucapião], pela própria entrega, porque uma causa que acredito ser verdadeira, é suficiente para produzir o efeito de que eu possua o que foi entregue a mim como meu, e assim Nerácio escreveu e eu acho que esta é a verdadeira visão). Tradução feita com base em J. L. BARTON, *Solutio and Traditio*, in J. W. CAIRNS – O. F. ROBINSON, *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Oxford, Hart, 2004, p. 17) também aborda a questão da causa ao discutir a possibilidade de usucapião de escravos e admite justa a causa mesmo sendo putativa. É preciso notar, no entanto, que a discussão feita pelo enfoque do autor não diz respeito à causa da obrigação assumida. Pode-se notar pela leitura do texto de Pompônio que o autor discute a viabilidade de alguém adquirir no caso de um pagamento indevido, sendo possível, mesmo, que nenhuma causa exista.

Ulpiano (16 *ad ed.*, D. 6, 2, 3), por sua vez, refere-se à causa ao tratar da legitimidade para a ação Publiciana. Nesse caso, fala em uma iustissima causa, por parte daquele que recebe algo a título de dote e chega a legitimar aquele que, mesmo por causa falsa, tenha recebido algo pela entrega noxa. Tratando da usucapião, Ulpiano (16 *ad ed.*, D. 41, 3, 10, pr.: "*Si aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis. Et optinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectandum*" (Se uma coisa alheia tiver sido comprada de boa-fé, se pergunta: em que momento deve ser considerada a boa-fé do adquirente: no começo da compra ou da entrega da coisa? E prevaleceu a opinião de Sabino e de Cássio que determinavam que ser o começo da entrega o termo adequado. Tradução feita com base em I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo* cit. (nota 394), p. 339)) questiona se, no caso de aquisição de boa-fé por compra e venda de coisa de terceiro, se o prazo de usucapião correria do contrato ou da entrega, dizendo o jurisconsulto que a opinião de Sabino e Cássio prevaleceram e de que o início da entrega deve ser considerado para o fluxo do prazo.

Também Juliano (44 dig., D. 41, 4, 7, 4) discute a questão da causa. A relação entre a obrigação assumida e a aquisição da coisa fica clara quando afirma "[a]quele que comprou a terra de outro de boa fé e perdeu a posse dela, e posteriormente a obteve em um momento em que sabe que a coisa é de outro, não adquirirá longo tempore, pois o início de sua segunda posse não estará livre de vícios, nem se assemelha a quem, no momento da compra, pensa que a propriedade é do vendedor, mas sabe que é de outrem quando é entregue, pois uma vez que a posse foi perdida, devemos olhar para o início da posse que foi recuperado novamente" ("*Qui bona fide alienum fundum emit et possessionem eius amisit, deinde eo tempore adprehendisset quo scit rem alienam esse, non capiet longo tempore, quia initium secundae possessionis vitium non carebit, nec similis est ei qui emptionis quidem tempore putat fundum vendentis esse, sed cum traditur sciat alienum esse. Cum enim semel amissa fuerit possessio, initium rursus reciperatae possessionis spectari oportet*". Tradução feita com base em I. L. GARCIA DEL CORRAL, Cuerpo cit. (nota 394), p. 353).

Gaio (I. 2, 19-20: "*Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius hunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. Itaque, si tibi uestem uel aurnm uel argentum tradidero, siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim*" (Pois as *res nec*

comparação entre dois fragmentos do digesto e a outra possui um caráter mais dogmático. Tratam-se, respectivamente, i) da comparação entre o posicionamento de Juliano e Ulpiano acerca da *traditio* e ii) a relação entre causa e *condictio*.

Sob um primeiro aspecto, o problema da causa está intimamente relacionado às divergências presentes nas fontes romanas.[447] Nesse direito pode-se dizer que tende a prevalecer a noção de que a *iusta causa traditionis* era requisito para a transferência da propriedade. A questão, em princípio, não reside na presença, ou não, no negócio jurídico, de uma causa que justifique a transferência, mas em seu conteúdo. Isto é, saber no que consistia a *iusta causa* para a transferência de propriedade.[448]

---

mancipi são alienadas de pleno direito por simples entrega (*traditio*), desde que sejam corpóreas e sejam entregues com essa finalidade. E, desse modo, se eu te entregar uma roupa, ou ouro, ou prata, quer a título de venda, quer a título de doação, quer por qualquer outra causa, essa coisa passa imediatamente a ser tua, desde que eu seja proprietário dela). Tradução de D. R. M. RODRIGUES, *Institutas* cit. (nota 23), p. 100-101) apresenta também considerações acerca da causa da transmissão. Embora tratando de outro tema – diferença entre *res mancipi* e *nec mancipi* – afirma que as *res nec mancipi* tornam-se propriedade plena de outrem, mediante mera entrega, desde que corpóreos e, portanto, admitam sua entrega. Observa-se, aqui, um dos grandes problemas quanto à causa. Isso porque, ao passo que Gaio afirma ser desnecessário saber se o título a que se deveu a transmissão (causa das partes se obrigarem) ainda assim é impossível a transmissão de propriedade de coisa alheia (a non domino), o que equivale a dizer que ainda é necessária a existência de uma relação entre a propriedade do *tradens* (alienante) e a possibilidade de transmissão da coisa. Ou seja, a transmissão não é totalmente autônoma dos demais negócios jurídicos. É preciso ter em mente, no entanto, que Gaio escrevia para iniciantes, de quem não se poderia esperar que entendessem termos da lei que não lhes foram explicados, mas, mesmo assim, ao que parece, ele entende não ser necessário tentar buscar uma definição *causa traditionis* (J. L. BARTON, *Solutio and Traditio*, in J. W. CAIRNS – O. F. ROBINSON, *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Oxford, Hart, 2004, p. 18-24).

Também em outros ramos do direito, que não o direito das obrigações e das coisas, relacionam-se com a causa no Digesto. Nota-se sua influência em Marcelo (7 *dig.*, D. 23, 3, 59, 2), ao tratar do direito de família, que diz que se um homem livre se casasse com uma *ancilla* que ele acreditasse ser também livre e uma terceira pessoa contribuísse com uma quantia a título de dote, ele estaria na mesma posição como se tivesse dado um dote para uma mulher livre e o casamento não tivesse acontecido. Portanto, ele poderia recuperar seu dinheiro pela *condictio*, salvo se o tivesse pretendido como um presente para a mulher, caso em que seu tutor poderia recuperá-lo por *condictio*. Uma *causa dotis* putativa não era suficiente para levar à usucapião – isto é, não era uma causa *usucapionis* – mas era tão boa *causa traditionis* como uma verdadeira *causa dotis*. No direito romano, é natural que a causa da transferência apareça no contexto da *traditio* e da *solutio*, especialmente no caso de usucapião e da ação Publiciana, pois para que a *solutio* se consumasse ou para que se pudesse lançar mão da *actio*, era necessário se ter conhecimento acerca da natureza da posse do adquirente. Isto é, questões que dizem respeito à causa e à boa-fé de sua aquisição (J. L. BARTON, *Solutio and Traditio*, in J. W. CAIRNS – O. F. ROBINSON, *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Oxford, Hart, 2004, p. 15-29).

[447] P. L. W. VAN VLIET, *Iusta causa traditionis and its history in European Private Law*, in European Review of Private Law (ERPL) 11-3 (2003), p. 343-347.

[448] V. F. KÜMPEL, *Sistemas de Transmissão* cit. (nota 210), p. 72. No mesmo sentido, C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 46: "Embora seja discutidíssimo o problema da *iusta causa traditionis* no direito romano clássico, parece, entretanto, que a vinculação ao negócio antecedente era exigida para a transferência de domínio".

A confusão acerca da causa de um negócio jurídico pode parecer, concretamente, algo difícil de acontecer, uma vez que o ato em que as partes se obrigam, mesmo no caso de contrato entre ausentes costuma ser documentado. No entanto, situações existem – e talvez no passado existissem até em maior número, dados os valores de outrora – nas quais há *dissensus in causis* expresso.

Por exemplo, uma pessoa que precisa de dinheiro pode pedi-lo, a um amigo ou familiar a título de empréstimo, mas aquele que concorda em fazê-lo, o faz a título de liberalidade (doação). De fato, não é incomum uma pessoa que se veja obrigada a pedir ajuda financeira a outrem para salvar seu orgulho dizer que tudo o que ela necessita é de um empréstimo que, em curto período, será reembolsado no momento em que ela se livrar das dificuldades por que está passando. E, vê-se que, por parte do devedor, existe um *animus* de firmar um mútuo. Todavia, sabendo da situação e desejando o bem-estar da contraparte o "credor", no entanto, para não abalar a autoestima, aceita firmar o contrato, não se importando no caso de eventual inadimplemento. Verifica-se um caso de dissenso expresso em relação à causa. Situação parecida pode acontecer nas transferências de propriedade entre ausentes, quando uma das partes transfere a título de doação e a outra recebe a título de empréstimo.

Ao lado dos vários exemplos da importância da causa no direito romano, dois deles, dado a sua importância são considerados como a origem dicotômica entre negócios causais e abstratos e, por isso, merecem destaque. Trata-se da antinomia registrada nas fontes romanas entre Juliano e Ulpiano[449] acerca da *traditio*.

No caso, ambos comentam o seguinte caso: determinada pessoa transfere dinheiro para outra como forma de presente. A outra parte aceita o bem, mas não como presente, mas como um empréstimo. Sendo assim, embora tenha concordância quanto à transmissão da propriedade, tal fato não se estende ao motivo pelo qual a transferência se deu.

Segundo Juliano, a *iusta causa* residiria na vontade de transmitir a coisa, concretizada na identificação inequívoca da coisa a ser transferida. Assim, diz, "[c]onsentindo no que diz

[449] Os dois jurisconsultos romanos viveram em épocas muito próximas. Juliano (ou *Publius Salvius Iulianus*, em latim) viveu no século II d.C. e Ulpiano (ou *Domitius Ulpianus*) entre o século II e III d.C. (B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Manual* cit. (nota 393), p. 182, 221). Todavia, é bem claro que o escrito deste último é posterior ao de Juliano, já que faz referência ao posicionamento dele, como se verá mais à frente.

respeito à <identidade da> coisa entregue, porém divergindo quanto à causa <da entrega>, não vejo razão pela qual a tradição deva ser ineficaz, como no caso em que eu acredite que eu esteja obrigado a te entregar um terreno em razão de um testamento, e tu julgues que te deva <essa entrega> por causa de uma estipulação. Pois, da mesma forma, se eu te entregar uma soma em dinheiro a título de doação, e tu a receberes como se se tratasse de um empréstimo, verifica-se que a propriedade se transfere em teu favor, sem que o nosso dissenso acerca da causa de dar e de receber seja um obstáculo".[450]

O importante a ser considerado, para Juliano, é a vontade das partes de transferirem a coisa. Isto é, o interesse de transmitir independentemente do motivo declarado pelas partes como fundamento da transmissão. A pedra de toque para ele seria a vontade transferir a coisa associada à identificação dela mesma. Portanto, para Juliano, atendidas essas condições, haveria uma justa causa para a transmissão.

Para Ulpiano, contudo, a causa desempenha papel fundamental acerca da transferência da coisa. Para ele, havendo dissenso em relação à sua causa, ou seja, do acordo contido no negócio jurídico obrigacional, a propriedade não poderia ser transferida.

Comentando sobre o caso, escreve o jurisconsulto romano, "[s]e eu entregar dinheiro como doador, e tu o receberes como se fosse um empréstimo, Juliano escreve que não se trata de doação, porém não diz se houve um empréstimo. Da minha parte, penso que tampouco houve empréstimo e, ainda, que <a propriedade d>o dinheiro não se transfere àquele que o recebe com pretensão divergente. Por esse motivo, se <as moedas entregues> tiverem sido consumidas, entende-se que se responde pela ação de enriquecimento sem causa, podendo <o alienante> também valer-se da exceção de dolo, porque as moedas foram consumidas de acordo com a vontade de quem as entregou)".[451]

---

[450] 13 *ad dig.*, D. 41, 1, 36: "*Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*". Tradução de V. F. KÜMPEL, *Sistemas de Transmissão* cit. (nota 210), p. 72, nota de rodapé nº 275.

[451] 7 *ad. disp.*, D. 12, 1, 18, pr: "*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti*". Tradução de V. F. KÜMPEL,

Ulpiano se mostra um grande defensor de uma coerência entre a formação do negócio jurídico e seu adimplemento (*traditio*). Ou seja, de que o adimplemento da obrigação e a obrigação em si tem uma relação que, juridicamente, não pode ser dissociada.[452]

Tais posições sugerem haver duas teorias acerca da natureza do ato de transmissão. Uma, sustentada por Juliano, que o considera como independente de uma causa que o justifique (abstrato) e, outra, defendida por Ulpiano, que o trata como ato jurídico que dela depende (causal). A questão, no entanto, remanesce até os dias atuais, tendo em vista a inexistência de um consenso acerca do tema.

De fato, é preciso destacar que os romanos desconheciam qualquer teoria consistente acerca da transmissão da propriedade.[453] Portanto, é extremamente complexo dizer a razão de tal contradição. A elaboração do Digesto[454] visava um corpo de normas coerente por ordem de Justiniano,[455] pois a compilação romana nasceu como produto de um estado jurídico de

Sistemas de Transmissão cit. (nota 210), p. 73, nota de rodapé nº 276. Para uma análise mais aprofundada do fragmento, cf. J. L. BARTON, *Solutio* cit. (nota 446), p. 26-27.

[452] E parece concordar com Celso, 31 *ad Sab.*, D. 41, 3, 27: "*Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit*" (Celso em seu trigésimo quarto livro diz que se enganam aqueles que pensaram que qualquer homem pode adquirir algo de que obteve posse de boa-fé por usucapião pro suo, e que é irrelevante se ele comprou ou não, ou se foi dado a ele ou não, desde que pensasse que o tinha comprado ou que tinha sido dado, nem a usucapião como legado, nem como presente, nem como dote é válida se não houver dádiva, dote ou legado). Tradução feita com base em I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo* cit. (nota 394), p. 342).

[453] P. L. W. VAN VLIET, *Iusta causa* cit. (nota 447), p. 344.

[454] O Digesto (*Digesta*), ou Pandectas (*Pandectae*), é parte componente do *Corpus Iuris Civilis*, uma das mais antigas coleções de leis romanas. O Digesto foi publicado em 533 d.C. sob a direção do questor imperial Triboniano. Ele – na verdade, uma comissão de juristas – compilou os escritos dos grandes juristas romanos, como Ulpiano, juntamente com os editos. Constituiu ao mesmo tempo a lei atual da época e um ponto de inflexão no Direito Romano. A partir de então, a jurisprudência, às vezes contraditória, do passado foi subsumida em um sistema jurídico ordenado. (B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Manual* cit. (nota 393), p. 19-20); Y. LASSARD – A. KOPTEV, *The Roman Law Library*, disponível in https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm, [13/08/2021]. Sobre a importância do Digesto, cf., B. B. QUEIROZ DE MORAES, *O Texto Ilustre: Corpus Iuris Civilis*, in *Contraditor*, 04/02/2022, disponível in https://www.contraditor.com/o-texto-ilustre-corpus-iuris-civilis/#_ftn1 [18/02/2022].

[455] Constituição *Tanta Circa*, §15.

"confusão total".[456] Nesse sentido, apesar de tratar-se de uma obra, em tese, compilatória, ajustes de ordem material foram realizados para manter a coerência do sistema.[457]

Há várias teorias que buscam explicar tal divergência. Especula-se que os romanos não estavam interessados em dogmática e teorias de construção abstrata. Assim como que Juliano e Ulpiano poderiam simplesmente possuir opiniões diferentes sobre o assunto. Ou mesmo que a visão dominante tenha mudado na época de Ulpiano. Afinal, ele era de uma geração posterior.[458] Dada a multiplicidade de possibilidades, todas de difícil aferição, pode-se dizer que tentativas de reconciliar essas declarações conflitantes nas fontes romanas seriam, no mínimo, extremamente trabalhosas.

Apesar disso, é forte também o argumento de que o trecho de Juliano é interpolado.[459] Segundo P. L. W. VAN VLIET,[460] são robustas as suspeitas da doutrina romanista de que esse trecho tenha sido interpolado, havendo quem afirmasse que o fragmento tratava, a bem da

---

[456] B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Manual* cit. (nota 393), p. 19. O estado de coisas existente naquele tempo fica claro no §1 da Constituição *Deo actore*: "*Cum itaque nihil tam studiosum in omnibus rebus inuenitur quam legum auctoritas, quae et diuinas et humanas res bene disponit et omnem iniquitatem expellit, repperimus autem omnem legum tramitem, qui ab urbe Roma condita et Romuleis descendit temporibus, ita esse confusum, ut in infinitum extendatur et nullius humanae naturae capacitate concludatur: primum nobis fuit studium a sacratissimis retro principibus initium sumere et eorum constitutiones emendare et uiae dilucidae tradere, quatenus in unum codicem congregatae et omni superuacua similitudine et iniquissima discordia absolutae uniuersis hominibus promptum suae sinceritatis praebeant praesidium.*"(E, pois, entre todas as coisas, não se achando nada tão digno de consideração como a autoridade das leis, a qual regula acertadamente as coisas divinas e humanas e expele toda iniquidade, reconhecemos que toda série de leis, promulgadas desde a fundação da cidade de Roma e os tempos de Rômulo, era de tal sorte confusa e tão infinitamente extensa, que não podia mais ser compreendida pela inteligência humana; por esta razão, aplicamo-nos, em primeiro lugar, a corrigir as constituições dos príncipes nossos antecessores e a torná-las claras, de modo a, reunidas em um código, expurgadas de todas as semelhanças supérfluas e contradições prejudiciais, oferecerem, pela sua pureza, pronto auxílio a todos os homens). Tradução de M. CUNHA LOPES E VASCONCELOS *et al.*, *Digesto* cit. (nota 145), p. 38.

[457] Por exemplo, a extinção da separação de coisas em *res mancipi* e *nec mancipi* havia se tornada obsoleta. Por essa razão, foi abolida por Justiniano em 531 d.C., apenas alguns anos antes da publicação do Digesto. C. 7, 31, 1, 5: "*Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis*" (porque verdadeiramente também é inadequado que as coisas sejam divididas em *mancipi* e *nec mancipi* e com razão deve abolir-se tal divisão, a fim de que para todas as coisas e lugares haja análoga disposição, restando suprimidas tais ambiguidades e diferenças inúteis). Tradução feita com base em I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano – Código – Segunda Parte*, t. V, Barcelona, Molinas, 1892, p. 223-224.

[458] Cf. nota de rodapé nº 449. Isso também é sugerido por J. L. BARTON, *Solutio* cit. (nota 446), p. 29.

[459] Interpolações são modificações, substituições e supressões feitas no Digesto a fim de que o texto se adaptasse às exigências de sua elaboração. Cf. Constituição *Deo Auctore* §8º. Existem, inclusive, índices que buscam mapear todas essas interpolações. Por exemplo, L. MITTEIS, *Index interpolationum – quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur*, Weimar, Böhlaus Nachfolger, 1929-1935.

[460] *Iusta causa* cit. (nota 447), p. 344.

verdade, de um bem imóvel Itálico,[461] *res mancipi*, alienado sem as solenidades da *mancipatio*, que era um ato abstrato.[462]

Em suma, a mentalidade jurídica romana sempre foi muito apegada às formas. Apenas com exigências de ordem prática, no período pós-clássico tardio, é que se passou a admitir a transferência da propriedade das coisas por formas mais simples, como a simples entrega (*traditio*).[463]

Embora a *traditio* sempre tivesse existido, era utilizada apenas para transferência de propriedade de bens de valor menos elevado e de menor importância para uma sociedade eminentemente agrícola. Atualmente, a simples entrega da coisa, assim como antigamente, não era apta a transmitir a propriedade da coisa, modificando, exclusivamente, a situação de fato.[464]

Por essas razões, parte da doutrina prefere não focar a discussão do tema na antinomia criada pelas posições de Ulpiano e Juliano. O local mais seguro, segundo ela, para se afirmar acerca da causa seria a opinião de Paulo,[465] cujo texto é o mais objetivo e seguro em que se pode confiar, além de tratar expressa e diretamente, do tema.[466]

Embora no direito romano clássico o conceito fundamental para determinar juridicamente uma obrigação fosse o de *actio*, porquanto a obrigação não nascia da simples vontade das partes, mas especialmente porque existia uma *actio iuris civilis* para a hipótese, pode-se notar, especialmente, em razão de passagens tratando da *condictio*, de uma considerável autonomia das vontades de contrair a obrigação e aquela destinada a solvê-la. Inicia-se aí um outro ponto de vistas acerca da discussão sobre a causa das obrigações.[467]

---

[461] A propriedade das terras itálicas não passava por *traditio*, pois era *res mancipi*, e as terras provinciais não podiam ser possuídas de forma alguma, mas a transmissão da posse de qualquer uma delas tinha efeitos legais, mas o dissenso *in corpore* a tornaria ineficaz. A questão, portanto, seria se, de fato, haveria *dissensos in causis*, ou apenas impossibilidade, inerente à coisa, para ser adquirida (J. L. BARTON, *Solutio* cit. (nota 446), p. 27).

[462] P. L. W. VAN VLIET, *Iusta causa* cit. (nota 447), p. 344-346.

[463] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota 56), p. 435-441.

[464] Do ponto de vista da estrutura, a tradição consiste na entrega material da coisa, e é, antes de mais nada, uma forma de transferência de posse. Presentes certos requisitos, além da posse, o titular adquire a propriedade da coisa (M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota 56), p. 435).

[465] 31 *ad ed.*, D. 41, 1, 31, pr.

[466] J. L. BARTON, *Solutio* cit. (nota 446), p. 29.

[467] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 45-46.

"A teoria atual da causa, como fundamento ou base do ato jurídico, é o resultado da generalização de regras isoladas do direito romano, atinentes à *traditio*. Por outra parte, a causa concebida como fim, ou função, do negócio jurídico é o produto do exame do conceito de causa no direito das *condictiones*".[468]

De grande valia para a teoria da causa em sentido moderno é a *condictio data causa, causa non secuta*. Essa *condictio* também se denomina *ob rem*, em oposição à *ob causam*, ou seja, daquela que se refere a algo que já ocorreu. O seu grande valor se deve ao fato de diferenciar finalidade de motivo, que para os juristas romanos era irrelevante.[469]

Os juristas romanos diferenciavam com clareza a *datio*[470] *ob rem* (fim) da *datio ob causam* (base). Pompônio[471] e Paulo[472] deixam clara essa divisão entre finalidade e *causa praeterita*.[473] O conceito, todavia, passou ainda no direito clássico, a ter abrangência maior, de

[468] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 44. Como afirma F. RANIERI (*Brevi Note* cit. (nota 200), p. 322), "*come è noto la questione della natura causale od astratta della traditio, si risolve nel problema del significato e del contenuto che le fonti romane attribuiscono ad uno dei suoi requisiti: la* iusta causa traditionis" (como é notório, a questão da natureza causal ou abstrata da tradição se encerra no problema do significado e do conteúdo que as fontes romandas atribuem a um dos seus requisitos: a *iusta causa traditionis*).

[469] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 46.

[470] *Datio* é o simples ato de dar. Aplica-se a todos os significados de *dare* (*datio tutoris, bonorum possessionis, iudicis, pignoris, etc.*) (A. BERGER, *Encyclopedic* cit. (nota 7), p. 424).

[471] 6 *ad Quintum Mucium*, D. 12, 6, 52: "*Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit*" (Damos ou por uma causa ou por uma coisa; por uma causa passada, por exemplo, quando dou por que recebi de ti alguma coisa, ou por que alguma coisa foi feita por ti, de sorte que, ainda quando seja falsa causa, não pode ter lugar a repetição do dinheiro. Dá-se, porém, por uma coisa, a fim de que alguma causa se realize e, não se realizando ela, competirá a repetição). Tradução de M. CUNHA LOPES E VASCONCELOS *et al.*, Digesto cit. (nota 74), p. 54.

[472] 10 ad Sab., D. 12, 5, 1, pr: "*Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque. §1. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. §2. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest:*" (Tudo quanto se dá, ou se dá por uma coisa ou por uma causa. Quando por uma coisa, essa pode ser torpe ou decente; sendo torpe, a torpeza pode ser de quem dá e não de quem recebe ou somente de quem recebe e não de quem dá, ou de ambos. §1. Dando-se por uma coisa decente, pode-se repetir o que se deu somente no caso da coisa não se ter realizado. §2. Se a causa foi torpe da parte de quem recebe, poder-se-á repetir o que se houver dado, ainda quando a causa se realize:). Tradução de M. CUNHA LOPES E VASCONCELOS *et al.*, Digesto cit. (nota 74), p. 40-41. Para um exemplo do que pode ser considerado torpeza para Paulo, cf. nota de rodapé nº 474.

[473] Expressão utilizada por Otto Lenel (*Die Lehre von der Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis* (*AcP*) 74 (1889), p. 228-229).

forma a fazer com que os juristas posteriores à época de Diocleciano usassem indistintamente as expressões.[474]

Seguiu-se então uma tentativa de sistematização no direito medieval. Foi nesse período que surgiu a relação de causa com o *animus donandi*, graças ao trabalho de Bártolo e o conceito de causa *finalis* e impulsiva,[475] assim como a de causa putativa, idealizado por Acúrcio.[476] Embora os autores da época assumissem – equivocadamente – que o Digesto era um corpo completo e perfeitamente concordante, na sua difícil missão de buscar harmonização nas suas diferentes passagens, procuraram elucidar os pressupostos necessários à existência dos atos jurídicos sob o império de conceito que fosse comum a todos eles. Para tanto, os juristas medievais adotaram a teoria da "vestimenta", que os separava segundo o aspecto ou a forma com que se apresentavam. Na busca de unidade, trabalhando sobre pressupostos tão heterogêneos, essa teoria teria a virtude, ao menos, de dar aspecto sistemático à matéria. Apesar dessa sistematização, foi a superação do pacto nu, que não era acionável, que deu ensejo à unitariedade da causa. Desse modo, concedendo-se a toda e qualquer convenção, independentemente da forma, eficácia jurídica, foi possível identificar elementos em comum. E tal superação ocorreu através dos canonistas.[477]

---

[474] Como se pode notar nos seguintes trechos de Paulo: 5 *ad Plaut.*, 12, 5, 9, pr.: "*Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, condictione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est*" (Se te emprestar umas roupas para as usares e, depois, tiver de dar o seu valor para as reaver, achasse respondido que, com certeza, poderei intentar ação de repetição (*condictio*), para reaver o que te houver dado; de fato, conquanto o dinheiro fosse dado por uma causa que se realizou, houve, todavia, torpeza da tua parte em recebê-lo); 17 *ad Plaut.*, D. 12, 6, 65, 3: "*Sed agere per condictionem propter condicionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum, possum, ut repetam quod dedi, quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta*" (Mas se der alguma coisa para preenchimento da condição de um legado ou de uma herança, quer o legado não me tenha sido deixado, quer seja tirado, poderei, por meio da ação de repetição (condictio), reaver o que houver dado; com efeito, não dei isso com a intenção de contratar, mas por que a causa pela qual dei não se realizou). Tradução de M. CUNHA LOPES E VASCONCELOS *et al.*, Digesto cit. (nota 74), p. 56. Sobre a causa no direito romano, cf. J. C. MOREIRA ALVES, Direito Romano cit. (nota 57), p. 251-257; M. TALAMANCA, Istituzioni cit. (nota 56), p. 209-216; M. MARRONE, Istituzioni cit. (nota 18), p. 156-162.

[475] C. V. COUTO E SILVA, *Teoria da causa* cit. (nota 439), p. 57.

[476] *Gl. Iusta causa ad* D. 41, 1, 31, pr., afirma o autor, "*Iusta causa. Vera vel putativa: alioquin, [i]. si dicas ex putativa causa non transferri dominium, totus titulus De condictione indebiti repugnaret, qui titulus habet locum quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa*" (Justa causa. Verdadeira ou putativa. Pelo contrário, isto é, se for dito que a causa putativa não é apta a transferir a propriedade, todo o título da *condictio indebiti* iria de encontro a essa posição, cujo título aplica-se onde a propriedade de uma coisa é transferida sob uma causa putativa). Tradução feita com base em J. L. BARTON, *Solutio* cit. (nota 446), p. 15.

[477] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 47-48.

Por fim, para que houvesse a unificação do conceito fosse completa, era necessário que houvesse compatibilização da causa na *condictio* e na *traditio*. Explica C. V. COUTO E SILVA[478] que "as mesmas discussões que, com relação à *condictio*, se travaram no direito romano, foram repetidas, embora com outros termos, pelos glosadores. A *condictio ob causam* (motivo) passou a ter equivalente, na Idade Média, no conceito de causa impulsiva, que não dava margem à repetição. Finalmente, com Acúrcio e a sua teoria a respeito da *stipulatio* e das obrigações literais, nas quais a causa é uma obrigação antecedente, começa, em verdade, a unificação dos conceitos de causa na *traditio* e na *condictio*, muito embora somente mais tarde essa unificação viesse a se completar".

O direito moderno reelaborou a teoria da causa, partindo dos conceitos elaborados no direito romano e medieval. Surge, modernamente, duas linhas de pensamento, a objetiva e a subjetiva, que se relacionam, respectivamente, com a *iusta causa traditionis* e a *condictio ob causam*. Os dois conceitos, no entanto, vinculam-se através da função objetiva do negócio jurídico, que ensejou um liame entre os dois atos jurídicos, o precedente e o subsequente – o obrigar-se e o dar.

No direito romano o conceito de causa não está ligado, como na teoria atual da causa, ao fundamento do negócio jurídico. Naquele direito, a causa relacionava-se à *condictio* e à *traditio*. Na *mancipatio* e na *in iure cessio*, embora também fossem formas de transmissão da propriedade, que, atualmente, são considerados atos abstratos e evidenciam uma separação bastante rígida dos planos do direito das obrigações e do Direito das Coisas, "a ideia de causa permaneceu na sombra."[479]

Embora seja mais conhecida por estar relacionada ao locupletamento sem causa (*condictio indebiti*), a *condictio* no direito romano[480] referia-se, inicialmente, à possibilidade de exigir certa *res* ou *certa pecúnia*. Não existia, em princípio, qualquer *condictio* que sancionasse

[478] *A obrigação* cit. (nota 85), p. 48.

[479] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 45.

[480] Introduzida em data incerta pela Lei Silia, a *condictio* foi criada por apresentar um procedimento mais simples e rápido do que o da *actio sacramenti*. Visava, inicialmente, a cobrança de crédito de dinheiro (*certa pecunia*), e, mais tarde, foi estendida, pela Lei Calpurnia, para sancionar prestações de coisa certa que não dinheiro (*de omni certa re*). J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 13), p. 200-201; A. GUARINO, *Diritto Privato* cit. (nota 75), p. 164. Acerca da relação das *condictiones* e o enriquecimento sem causa, cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 251-256.

o deslocamento patrimonial sem causa. A *condictio* também era empregada quando havia algum defeito na causa dos negócios jurídicos de transmissão abstratos.[481]

No direito romano clássico vigorava o princípio de que, na fórmula da ação, se deveria mencionar seu fundamento. A *condictio*, segundo Gaio,[482] no entanto, excepcionava a regra.

A repetição a que se visava com a *condictio* não derivava de um contrato, como foi notado pelo jurisconsulto romano,[483] mas da entrega da coisa, à semelhança do que ocorre com o mútuo.

Outros jurisconsultos, como Celso,[484] atestam o mesmo fato. Ou seja, apontam a diferença da obrigação que nasce da manifestação de vontade (contrato) e aquela que nasce mesmo sem ela, surgindo da entrega da coisa.

---

[481] M. MARRONE, *Istituzioni* cit. (nota 18), p. 161.

[482] I. 4, 17b: "*Per condictionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORUM X MILIA DARE OPORRTERE. ID POSTULO AIAS AN NEGES. Aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, IN DIEM TRICENSIMUM TIBI IUDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO. Deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant. Condicere autem denuntiare est prisca língua*" (Por intimação perante o magistrado (*per conditionem*) demandava-se deste modo: "digo que tu me deves dar dez mil sestércios; peço que o afirmes ou negues". A parte contrária dizia que não era devido, e o autor dizia: "Já que tu o negas, intimo-te <a comparecer> no trigésimo dia para que seja nomeado um juiz". Em seguida, no trigésimo dia, deviam comparecer para que ele fosse nomeado um juiz. Pois *condicere* na língua antiga quer dizer "intimar, notificar, anunciar solenemente"). Tradução de D. R. M. RODRIGUES, *Institutas* cit. (nota 23), p. 244.

Segundo Gaio (I. 4, 18), "*Condicere*, em linguagem primitiva, significa notificar. Assim, essa ação foi apropriadamente chamada de *condictio*; pois o autor notificou seu oponente para comparecer no trigésimo dia para apontar um *iudex*. Mas, na terminologia moderna, uma *condictionem* é uma ação *in personam* na qual afirmamos que algo deve ser entregue a nós - uma utilização imprópria, uma vez que, atualmente, nenhuma notificação é dada a nós". (*Condicere autem denuntiare est prisca língua. itaque haec quidem actio proprie condictio uocabatur; nam actor aduersario denuntiabat ut ad accipiendum iudicem die xxx adesset. nunc uero non proprie condictionem dicimus actionem in personam <esse qua> intendimus DARI NOBIS OPORTERE; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.*). Traduções feita com base em F. ZULUETA, *The Institutes* cit. (nota 93), p. 241.

J. C. MOREIRA ALVES (*Direito Romano* cit. (nota 13), p. 200-201) traduz a palavra *denuntiare* como "citar".

[483] I. 3, 91. Cf. notas de rodapé nº 298 e 299.

[484] 5 ad dig., D. 12, 1, 32: "*Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est*" (Se pedires dinheiro emprestado a mim e a Tício, e se, encarregando eu um meu devedor de te dar esse dinheiro, tu tenhas, por meio de estipulação, contraído uma obrigação para com ele, pensando ser ele devedor de Tício, ficarás obrigado para comigo? Não posso afirmar se, verdadeiramente, nenhum negócio contrataste comigo. Entretanto, é mais seguro que te consideres como obrigado para comigo, não por haver-te emprestado o dinheiro (pois o contrato de empréstimo somente pode ter lugar entre as partes que a ele dão o seu consentimento), mas por ser de conformidade com a justiça e a equidade que me restituas o meu dinheiro que passou às tuas mãos). Tradução de M. CUNHA LOPES E VASCONCELOS *et al.*, Digesto cit. (nota 74), p. 18.

Tendo em vista a divisão dicotômica das obrigações em *ex contractu* e *ex delicto* de Gaio,[485] torna-se difícil harmonizar tal situações, já que existiria obrigação que não derivaria de acordo ou de ilícito. Pois, no mútuo, "além da entrega", por ser um contrato real, "exigia-se, ainda, elemento volitivo, que se expressava no *contrahere*. Se a vontade fosse completamente indiferente, nenhuma razão haveria para contrapor, ao *contrahere*, o *distrahere*. Nessa ordem de ideias, haveria, então, outra fonte *ex re*, não conumerada por Gaio, no trecho aludido."[486]

Portanto, conclui-se que para que a entrega da coisa (*traditio*) pudesse produzir os efeitos de transmissão da propriedade das coisas *nec mancipi*, era necessário que houvesse um elemento qualificador da entrega, uma causa que a qualificasse, distinguindo os efeitos verificados no comodato, na locação ou no depósito, onde essa entrega também ocorria, mas apenas com a transmissão da posse. Segundo C. V. COUTO E SILVA,[487] deriva daí o desenvolvimento dos diversos tipos de causa, como a *solvendi*, a *credendi* e a *donandi*.

5.4 Teorias que fundamentam a causalidade

A questão da causa não é tratada, historicamente, de maneira coesa. No Digesto, a despeito das diretrizes fixadas por Justiniano,[488] verifica-se que esse tema em específico, não é tratado de maneira sistematizada. Pelo contrário, a exigência de *iusta causa* como elemento necessário para produção de efeitos dos negócios jurídicos apresenta-se num quadro altamente fragmentado e, segundo P. L. W. VAN VLIET,[489] até mesmo inconsistente. Os diferentes textos que compõem o Digesto, além de enfrentarem os problemas da interpolação, ao tratar da causa eram desconexos, e mesmo ambíguos. Portanto, não surpreende que os ordenamentos que tomaram como base o direito romano enfrentem questões altamente controversas no que diz respeito ao tema.

---

[485] I. 3, 88: "*Nunc transeamus ad obligationes. quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto*" (Passemos agora às obrigações. Estas são divididas em duas espécies principais: pois toda obrigação surge de contrato ou de delito). Tradução feita com base em de F. ZULUETA, The Institutes cit. (nota 93), p. 179.

[486] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 45.

[487] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 45.

[488] Cf. as diretrizes na Constituição *Deo auctore* em M. CUNHA LOPES E VASCONCELOS *et al.*, *Digesto* cit. (nota 145), p. 38-41.

[489] *Iusta causa* cit. (nota 447), p. 360.

No período que vai da redescoberta do Digesto até o início do século XIX, podem-se encontrar fragmentos que, analisados sistematicamente, dão origem, essencialmente, a duas teorias que fundamentam transferência dos direitos no quesito da causa. São elas, a teoria da *causa vera* e a da abstração. Nesse período não é possível identificar qualquer opinião majoritária sobre qualquer uma delas.[490]

Segundo a teoria da *causa vera*, é necessário que haja um fundamento legal válido para que os efeitos reais sejam produzidos. Quando, por exemplo, uma coisa é transferida com base no contrato de venda, que na realidade nunca existiu, a propriedade não é transferida. Tal contrato, que existe apenas na mente das partes, é frequentemente chamado de contrato putativo (causa putativa), em contraste com o real ou válido fundamento legal (*causa vera*). Desse modo, a propriedade não pode ser transferida quando o contrato é inexistente ou nulo.[491] Essa teoria ramifica-se em duas espécies, a teoria objetiva, do direito italiano e a subjetiva, do direito francês. Em ambos os casos a "causa deve ser lícita como condição de validade" do próprio negócio.[492]

Já para a teoria da abstração, considera-se que a transferência da propriedade deve ocorrer a despeito de qualquer vício de vontade, nulidade ou mesmo da inexistência do contrato. Nesse sentido afirma-se que a vontade de transferir a propriedade assume relevância tal que pode ser abstraída de qualquer *causa traditionis* que lhe seja subjacente.[493]

5.5 Transmissão, forma e causa

Existem declarações e manifestações de vontade, cujo fim é intrínseco ao próprio conteúdo. Nesses casos, é fácil identificar o fim imediato buscado pelas partes na realização do

[490] L. P. W. VAN VLIET, *Transfer of movables* cit. (nota 301), p. 185. O autor cita também a chamada teoria do *animus dominii transferendi*, mas que, se bem analisada, é uma teoria da abstração mitigada. Segundo essa teoria, a propriedade pode ser transferida a despeito do consenso ser nulo ou putativo, dado que exista um verdadeiro consenso entre as partes acerca da transmissão da propriedade. Nesse sentido, existindo um contrato de compra e venda, esse não é completamente desprovido de relevância jurídica, servindo como indício da vontade das partes, mas, ao mesmo tempo, não é uma condição indispensável para transmissão da propriedade.

[491] L. P. W. VAN VLIET, *Transfer of movables* cit. (nota 301), p. 172.

[492] D. GOGLIANO, *A função social do contrato (causa e motivo)*, in Revista da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo (RFDUSP) 99 (2004), p. 178.

[493] Segundo L. P. W. VAN VLIET (*Transfer of movables* cit. (nota 301), p. 172), essa é teoria que fundamenta o direito alemão.

negócio. É dizer, sua causa. No exemplo de F. C. PONTES DE MIRANDA,[494] "o casar-se com B é fim intrínseco da declaração de vontade de casar. Adotar a C por filho é fim intrínseco do negócio jurídico de adoção". No entanto, quando se passa ao plano dos direitos patrimoniais, "é menos fixado o fim." A finalidade, nesse caso, não reside no próprio conteúdo. É dizer, o fim é, em certo sentido, extrínseco a ele.

Assim, por exemplo, quando alguém transfere a propriedade de certa coisa, não reside na transmissão em si a finalidade imediata que as partes buscam. Ela apenas pode ser encontrada no negócio jurídico subjacente que justifica a transmissão. Portanto, nesses casos, "[o] meio único para o fim inserir-se no suporte fáctico é inserir-se no conteúdo da declaração ou manifestação de vontade."[495]

Esse fenômeno pode ser observado com clareza no contrato de *fiducia* romana, que inspirou o negócio fiduciário moderno e a alienação fiduciária do direito brasileiro. Acerca do contrato de *fiducia*, a doutrina prevalente,[496] considera que ele era um negócio complexo, realizado em dois momentos diferentes, um dispositivo e um obrigatório, mas contextual e teleologicamente coligados.

Tratava-se, portanto, de uma *fattispecie* dúplice, formada por um ato formal com efeitos reais (abstrato) e outro com efeitos obrigatórios. Aquele realizado por meio da *mancipatio* ou *in iure cessio* e este por meio de um *pactum*, convenção juridicamente separada e de forma livre, cujo conteúdo era apenas a obrigação de restituir o bem transmitido.[497]

Tratando-se do negócio dispositivo (acordo para a transmissão da propriedade), para a transmissão da propriedade, regra geral, exige-se uma causa que a legitime. Ou seja, um elemento que justifica a produção de efeitos reais ao mesmo tempo que assegura a seriedade do acordo.[498]

No caso da fidúcia, no entanto, o ato dispositivo de transmissão apenas poderia ser realizado por uma das duas formas de transmissão da propriedade que, embora fossem modos

[494] *Tratado* cit. (nota 90), p. 166.
[495] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 166.
[496] Por todos, cf. P. LAMBRINI, *Le cause* cit. (nota 102), p. 211, nota de rodapé nº 1.
[497] M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nota 56), p. 552-553.
[498] P. LAMBRINI, *Le cause* cit. (nota 102), p. 211.

derivados de aquisição,[499] dado o seu rigorismo formal,[500] não deixavam transparecer o fundamento da transmissão – isto é, a sua causa.[501]

Nesses casos, considerava-se como suficiente para a produção dos efeitos reais, a forma da transmissão, pois acreditava-se que existiria uma equivalência entre a vontade das partes e a forma, sendo esta simples exteriorização daquela. Daí alguns autores dizerem que a causa do ato de alienação residiria no formalismo.[502]

Ocorre que, especialmente quando o caso era realizado por meio da *mancipatio*, nem sempre o ato era abstraído de uma causa. De fato, é pertinente o questionamento: dada a multiplicidade de causas que podem fundamentar uma transferência, como proceder para se determinar a causa (fim imediato)? Por outras palavras, como distinguir uma *mancipatio* para fins de compra e venda de uma *mancipatio* para fins de dote?[503]

Eram as *nuncupationes*,[504] segundo P. LAMBRINI,[505] o elemento que possibilitava reconstituir a vontade concreta das partes. Elas definiam a declaração que o *mancipio dans*

---

[499] J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 13), p. 304-307.

[500] Essa questão é bem desenvolvida por R. JACQUELIN, *De la Fiducie* cit. (nota 18), p. 8-11.

[501] A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 10ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra S.A., 1968., 175-176.

[502] P. LAMBRINI, *Le cause* cit. (nota 102), p. 211-212: "*Tali negozi erano capaci come tali di trasmettere la proprietà, indipendentemente dalla presenza espressa di una causa che giustificasse il trasferimento; proprio per questo motivo essi, e non la traditio, potevano tollerare la funzione fiduciaria, malgrado il fatto che la proprietà del fiduciario potesse essere funzionalizzata e limitata. L'alienazione non veniva travolta da questi limiti precisamente perché le pesanti formalità richieste erano sufficienti a giustificare la serietà dell'atto: 'è proprio il carattere formale ed astratto della mancipatio e in iure cessio che consentono di connettere questi atti con un patto che rivela una intenzione contraddittoria con l'effetto ... di trasferimento definitivo ed irreversibile della proprietà*'" (Tais negócios eram capazes, como tais, de transmitir a propriedade, independentemente da presença expressa de causa justificadora da transferência; justamente por isso, eles, e não a traditio, podiam tolerar a função fiduciária, ainda que a propriedade do fiduciário pudesse ser funcionalizada e limitada. A alienação não foi superada por esses limites justamente porque as pesadas formalidades exigidas foram suficientes para justificar a gravidade do ato: uma intenção contraditória com o efeito... de transferência definitiva e irreversível da propriedade).

[503] O questionamento é relevante especialmente se levar-se em conta o fato de que o formalismo tinha como finalidade, justamente, que o ato entre as partes servia para tornar inconteste a vontade das partes (R. JACQUELIN, *De la Fiducie* cit. (nota 18), p. 8-11).

[504] O significado técnico-jurídico de *nuncupativo* é retirado da seguinte passagem da Lei das XII Tábuas (VI, 1): "*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*". Embora a tradução do texto seja relativamente fácil (quando alguém realiza um *nexum* ou uma *mancipatio*, como a <sua> língua pronuncia, que assim seja <entre as partes>, a interpretação é bastante discutida (V. ARANGIO-RUIZ, *Nuncupazione*, in *Enciclopedia Italiana* (1935), disponível in https://www.treccani.it/enciclopedia/nuncupazione_%28Enciclopedia-Italiana%29/ [15/10/2021]).

[505] *Le cause* cit. (nota 102), p. 211-212, nota de rodapé nº 5. F. SCHULZ (*Classical* cit. (nota 124), p. 116) explica que a *coemptio* era uma *mancipatio* pela qual a esposa era vendida (ou vendia-se a si mesma) para seu marido *nummo uno*. Por uma cláusula expressa na *nuncupatio*, era dito expressamente que a esposa era vendida

poderia fazer durante o ritual da *mancipatio*, em relação aos efeitos que o ato devia produzir e à função atribuída para isso. Era possível, assim, que a abstração do ato pudesse ser superada pela vontade das partes.

Com efeito, substanciosa doutrina[506] afirma que a abstração que caracteriza a *mancipatio* tinha uma única importância, a de determinar fora de dúvida o efeito constitutivo que dele dependia. A causa do ato consumado também era um elemento relevante, não desprovido de importância concreta: desempenhava seu próprio papel e, portanto, contribuía para a disciplina geral da situação jurídica em que o ato estava inserido.[507]

Portanto, existia a possibilidade de as partes explicitarem a causa pela qual se realizava a *mancipatio* e, quando o faziam, isso desencadeava importantes consequências jurídicas.[508] Seria possível extrair – ou pelo menos clarificar – do negócio o seu fundamento. Assim, por meio do preço pago[509] ou por expressões contidas nos instrumentos,[510] seria viável averiguar-se por qual razão o negócio fora realizado.

---

matrimonii causa e não como uma escrava, e o efeito disso era que a esposa estava agora *in manu* e não *in mancipatio*.

[506] A. CORBINO, *Atti formali e rilievo della causa. Considerazioni minime sulla mancipatio del filius familias*, in J. Hallbeek *et al.* (eds.), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of B. Sirks*, Göttingen, V&R, 2014, 142-143.

[507] Essa tese confirma a tese de R. JACQUELIN (*De la Fiducie* cit. (nota 18), p. 8-11), segundo a qual o rigorismo da forma servia apenas para tornar incontestável a sua realização. Ou seja, tinha um caráter muito mais probatório do que propriamente constitutivo. Considerando que a causa, embora latente, era parte relevante do negócio realizado. A. CORBINO, *Atti formali* cit. (nota 506), p. 143) parece adotar posição intermediária: "*Siamo di fronte ad um modo di funzionare delle cose che non può essere ridotto allo schema dell'astrazione, né essere spiegato immaginando una irrilevanza giuridica della volontà negoziale in conseguenza della forma*" (Estamos diante de um modo de funcionamento das coisas que não se reduz ao esquema da abstração, nem se explica imaginando uma irrelevância jurídica da vontade de negociar como consequência da forma).

[508] P. LAMBRINI, *Le cause* cit. (nota 102), p. 213; A. CORBINO, *Atti formali* cit. (nota 506), p. 142-143.

[509] Por exemplo, a transmissão por meio da *mancipatio* quando realizada no âmbito de um contrato de fiducia para fins de garantia, era feita por um valor simbólico, *nummo uno* (G. MESSINA, *Scritti Giuridici* cit. (nota 75), p. 107; J. P. DUNAND, *Le transfert fiduciaire* cit. (nota 64), p. 111), o que realmente faz bastante sentido, uma vez que não faria sentido que houvesse uma equivalência entre preço e coisa, pois a garantia está atrelada a um contrato de execução continuada.

[510] Por exemplo, a expressão *emit mancipioque accepit* que aparece em algumas tabuletas de cera, provavelmente, devem referir-se à razão econômico-social pela qual a *mancipatio* foi realizada; o esclarecimento da causa era particularmente necessário no caso de doação, pois a ela se aplicavam regras especiais. Em vários documentos epigráficos observa-se a indicação *donationis causa* como base da *mancipatio* (P. LAMBRINI, *Le cause* cit. (nota 102), p. 214).

Esse contraste entre forma e substância, que procurou na *nuncupatio* sua solução é bem explicada por R. VON JHERING.[511] Segundo ele, mesmo a jurisprudência antiga, via problemas acerca do fundamento da transmissão. A formalidade, elemento necessário para garantir a indiscutibilidade do ato dispositivo, embora mera aparência, precisava inexoravelmente existir. Ademais, o objetivo do ato não poderia contradizer os fatos externos de maneira drástica, um certo "decoro" tinha que ser constantemente observado. Como qualquer ficção jurídica, esta deveria ser minimamente capaz de criar uma "ilusão".

Desse modo, não se poderia designar o ato de transmissão apenas como mero ato *aparente*. Era necessário que ele transmitisse a seriedade que as partes afirmavam. Todavia, estava ele adstrito a formalidades cujas raízes eram imemoráveis.[512]

Mas, explica, quando a *mancipatio*, a *coemptio*, a *in jure cessio* eram realizadas apenas *fiduciae causa*, a aceitação não devia, como em outros casos, ser entendida como aceitação definitiva da propriedade da coisa ou da pessoa, ou seja, de tê-la e mantê-la, permanentemente, mas de ter de restitui-la, assim como acordado (separadamente) entre as partes.[513]

Esse acordo não era considerado como parte do ato transmissivo, pois desmentia o seu próprio propósito.[514] Todavia, o bom senso recusava que houvesse uma aquisição definitiva, em que foi acordado que a coisa deveria ser restituída.[515] Nessa ordem de ideias, era preciso que extraísse, resgatasse, "se inserisse" a causa por outros meios quando a forma por si só não permitisse.

Quando, por ocasião da extinção dos modos de transmissão típicos do *ius civile*,[516] a *traditio* tomou o lugar da *mancipaitio* e da *in iure cessio*, foi natural o desaparecimento da *fiducia*, porquanto desapareceu o obstáculo decorrente da forma. Dessa maneira, as convenções das partes, na medida em que eram juridicamente possíveis, tomaram lugar no próprio ato, não

[511] *Geist Des Römischen Rechts* cit. (nota 58), p. 213-215.
[512] R. VON JHERING, *Geist Des Römischen Rechts* cit. (nota 58), p. 213.
[513] R. VON JHERING, *Geist Des Römischen Rechts* cit. (nota 58), p. 213.
[514] Explica-se, portanto, a razão de, inicialmente, a *fiducia* ser tutelada apenas por uma *bonae fidei actio*. (R. VON JHERING, *Geist Des Römischen Rechts* cit. (nota 58), p. 214).
[515] Mesmo atualmente, o fato de haver uma contradição no acordo de vontades pode caracterizar o ato como simulado (art. 167, Código Civil) ou mesmo como submetido à condição contraditória (art. 123, III, Código Civil), sendo, no primeiro caso, nulo e, no segundo, invalidando o negócio que lhe é subordinado.
[516] C. LONGO, *Corso di Diritto Romano* cit. (nota 31), p.163.

constituindo mais um pacto adjeto com ele, mas eram parte integrante de seu conteúdo.[517] Em outras palavras, houve uma inserção da causa justificadora da transmissão no modo de transmissão,[518] que se pode chamar, por oposição ao termo "extrinsicação", de "intrinsecação" da causa.[519]

5.6 A transmissão abstrata

Foi Savigny o primeiro a defender a transmissão como um verdadeiro contrato, cuja existência e validade independeria de uma causa anterior. Ou seja, um acordo no qual a vontade de transmitir é considerada abstraída – daí a nomenclatura – da vontade subjacente (anterior) de contratar, residindo essencialmente, no consenso de transferir.[520]

Essa tese teve grande sucesso entre os romanistas alemães do século XIX. A noção de um contrato de entrega com efeitos reais e de natureza abstrata adquiriu uma posição central no quadro das definições elaboradas pelos juristas pandectistas e foi cristalizado definitivamente nos dispositivos do BGB.[521]

Segundo F. C. SAVIGNY,[522] a percepção de que existe apenas um tipo de contrato é equivocada. E isso porque, em outras áreas do direito, como no Direito das Coisas, o contrato encontra aplicações não menos importantes. Assim, quando se pensa na compra e venda de uma

[517] R. VON JHERING, *Geist Des Römischen Rechts* cit. (nota 58), p. p. 213.

[518] Como diz P. MARRA (*Fiduciae Causa* cit. (nota 19), p. 285), a *traditio* produz um efeito propriamente jurídico – a transmissão da propriedade – apenas quando seja acompanhada de uma *iusta causa traditionis* que é elemento essencial para definição dos efeitos deste ato.

[519] Mesmo na atualidade, a causa dos negócios jurídicos não aparece com a clareza que seria desejável. É por essa razão que as teorias anticausalistas, como defendida por C. BEVILÁQUA (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, 6ª ed., Rio de Janeiro, Alves, 1940, p. 338) surgiram, embora consideráveis parecerem aduzam estar essa corrente em fraco declínio (A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* cit. (nota 300), p. 152-153, nota de rodapé nº 226).

[520] F. RANIERI, *Brevi Note* cit. (nota 200), p. 315-316. O conceito de abstração veio acompanhado do conceito de contrato de Direito das Coisas (*dinglicher Vertrag*), aplicado na lei alemã até os dias atuais. Ambos foram introduzidos por Friedrich Carl von Savigny e seus seguidores nas primeiras décadas do século XIX (P. L. W. VAN VLIET, *Iusta causa* cit. (nota 447), p. 342).

[521] Cf., e.g. §§ 873 e 929 do BGB. Essa sempre foi a posição prevalente da doutrina alemã, desde o início do século XX. Nesse sentido, diz-se que, ambos os parágrafos têm uma característica especial. A transação básica não importa para nenhum dos dois. Se ela é válida ou não, não tem influência no acordo de transmissão, pois, sua natureza – do acordo – é abstrata. Assim, os efeitos materiais devem ser considerados, apenas, com base neste contrato abstrato. A discordância sobre a causa não torna o contrato real ineficaz (W. TRAPP, *Der dingliche Vertrag* cit. (nota 211), p. 11).

[522] F. C. VON SAVIGNY (*System* cit. (nota 200), p. 409-410.

casa, normalmente se pensa no contrato obrigatório. Todavia, olvida-se que a tradição que segue é também um contrato, e um bastante diferente da anterior, apenas tornada necessária por ela. E, para atestar a veracidade de sua tese, exemplifica o caso em que existe a tradição – contrato, segundo ele – sem obrigação prévia, como seria o caso das doações a um mendigo, que consubstancia um verdadeiro acordo (contrato) sem qualquer obrigação (prévia), mero dar e receber fundamentados na mesma intenção, onde inexiste obrigação anterior.[523]

No direito alemão, a causa do negócio jurídico não é integrante do acordo de transmissão (acordo real). Ela é um elemento "implícito", "subterrâneo", que servia apenas *a posteriori* de justificação da atribuição patrimonial.[524]

O acordo real é um contrato abstrato que atua desconectado da causa. E os efeitos que produz independem da existência ou da validade daquela. A nulidade do contrato subjacente, causada pela inexistência ou ilicitude da causa apenas pode fundamentar uma ação pessoal que objetiva evitar o enriquecimento sem causa.[525]

Embora muitos afirmem[526] que a ideia subjacente à da abstração da causa fosse a segurança jurídica do tráfego, deve-se ressaltar que há quem defenda que a razão pela qual o autor elaborou sua teoria não foi econômico-jurídica. Em verdade, estudos que abordam a formação histórica desse tipo de ato afirmam que Savigny teria sido movido por razões exclusivamente teóricas. De fato, como demonstra F. RANIERI,[527] alguns autores afirmam mesmo tratar-se de "descoberta", e não de invenção.

Seja como for, após a pesquisa de Felgentraeger, atualmente é relativamente aceito que o pai da escola histórica chegou à formulação da noção de negócio de transmissão abstrata, por meio de uma interpretação errônea das fontes romanas. "Seria precisamente com base em um mal-entendido seu na reconstrução do pensamento dos juristas romanos sobre a função da

[523] Aliás, como observa F. RANIERI (*Brevi Note* cit. (nota 200), p. 315-316), esse argumento é usado recorrentemente pelo autor, especialmente quando afirma, em obra posterior (*Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, vol. II, Berlin, Veit und Comp., 1853, p. 257), ao afirmar que "a propriedade é transferida por vontade unânime de ambas as partes, consubstanciando um verdadeiro contrato, não obrigatório, mas de Direito das Coisas."

[524] M. JARDIM, *O Sistema Registal* cit. (nota 190), p. 384-386.

[525] M. JARDIM, *O Sistema Registal* cit. (nota 190), p. 394-395.

[526] Como defende C. MASSIMO BIANCA (*Riflessioni* cit. (nota 213), p. 79-80.

[527] *Brevi Note* cit. (nota 200), p. 317.

traditio na compra de bens móveis, que teria se enraizado primeiro nas pandectas e, depois, nas regras do BGB, a concepção de que a propriedade de um bem é adquirida por meio de um ato de entrega, que funciona como um negócio jurídico real e abstrato".[528]

5.7 Crítica ao sistema de transmissão abstrata

Da mesma forma que os que defendem o sistema causalista, Savigny e os defensores da sistemática abstrata não desprezam a importância do consenso para a transmissão da propriedade. Todavia, valorizam mais a vontade de transmitir em si – isoladamente considerada – do que o fundamento primeiro que ampara essa transmissão. Assim, no sistema em que a abstração é a regra, a transferência da propriedade é válida mesmo quando existe algum vício de vontade, como é o caso dos contratos firmados sob a influência de dolo ou coação.

O principal argumento dos autores que advogam em prol da abstração é que o próprio ordenamento jurídico causal permite a transmissão da propriedade quando há vícios acerca da vontade subjacente, como no caso da existência de erro quanto ao objeto.[529] Nesse caso, o negócio continua a existir e produzir efeitos e pode, de fato, tornar-se imutável se não desconstituído. A circunstância de o declarante ser confrontado com a possibilidade de escolher entre diversas possibilidades e ser capaz de rejeitar qualquer uma delas, justificaria abstratamente a transmissão, qualquer que fosse a vantagem hipotética, mesmo que com base no erro.[530]

Contudo, a crítica feita ao sistema de transmissão abstrata reside, justamente, no mesmo argumento. Pois não há um verdadeiro consenso entre as partes acerca do fundamento da transmissão. Se houvesse, as partes certamente não fariam o negócio. Ou seja, pode não existir,

---

[528] F. RANIERI, *Brevi Note* cit. (nota 200), p. 318.

[529] A. TROMBETTA, *Il contratto* cit. (nota 200), p. 275: "Com efeito, podemos argumentar que, para Savigny, o erro não exclui nem a existência da vontade nem as suas consequências, pois "indevidamente" se acredita que a representação errônea determinou a vontade. De fato, era possível ao declarante a escolha entre determinações opostas; portanto, qualquer que fosse a vantagem hipotética com base no erro, ele ainda era, abstratamente, capaz de rejeitá-la. Sua liberdade de vontade permanece inalterada: 'pela influência dessa representação errônea' – escreve Savigny – 'a existência de uma livre declaração de vontade não é de forma alguma impedida'."

[530] *System des heutigen römischen rechts*, 1840, trad. it. de Vittorio Scialoja, *Sistema del Diritto Romano Atuale*, vol. III, Torino, UTET, 1891, p. 444.

em alguns casos, verdadeiro consenso acerca do fundamento da transmissão, legítimo a permitir a transferência da propriedade sobre a coisa, o qual levaria as partes a não realizaram a transação se conhecessem adequadamente a realidade. E, mesmo que o sistema valide a transmissão da propriedade nos casos de erro, dolo, coação, etc., apenas o faz excepcionalmente, pois existe uma causa aparentemente verdadeira (putativa) a justificá-la, mas que, se a situação real fosse conhecida pelas partes, não ocorreria.

Por essas razões, muitos consideram que o sistema abstrato de transferência da propriedade possui inconsistências insanáveis. Como bem explica P. L. W. VAN VLIET,[531] a teoria da abstração está longe de ser consistente nesse ponto: o prejudicado, é verdade, tem o poder de rescindir o contrato, mas a rescisão não afeta a transferência com base neste contrato. A transferência é considerada um ato jurídico neutro, não influenciado por quaisquer possíveis vícios da vontade das partes".

Dessa forma, ao invés de prestigiar a verdadeira vontade das partes, na verdade, a desconsidera. Em suma, ao fazer esse juízo de valor, Savigny e seus apoiadores parecem desconsiderar o próprio fundamento de sua teoria, a vontade livre e consciente.

Bem-vistas a coisas, pode-se afirmar que o princípio da abstração rompe, artificialmente, a ligação que existe entre dois atos que são, economicamente e psicologicamente, inseparáveis, constitutivas de uma única transação. Toda transmissão tem um fundamento último, seja a compra e venda, a doação, o empréstimo, etc. Afigura-se desaconselhável que tais razões jurídicas sejam abstraídas. Afinal, se uma das partes não consente com o contrato obrigacional em questão, na verdade ela, automaticamente, não consentiria, também, com a transmissão que dela deriva.

A crítica feita a esse sistema continua atualmente. Diz-se que ideia de estabelecer um acordo independente ao lado daquele contido na relação obrigacional, serve apenas para complicar uma relação já bastante clara do ponto de vista jurídico. Não haveria razão para existência de dois acordos, de forma que, ambos os acordos poderiam reunir-se em um só contrato – obrigacional-translativo – cumulativo de efeitos reais e obrigacionais,

[531] *Transfer of movables* cit. (nota 301), p. 204.

consubstanciados, respectivamente, nas obrigações de entregar a coisa, pagar o preço e de transferir o do domínio da coisa.[532]

Ademais, a possibilidade de considerar válido um negócio jurídico que persegue fim ilícito ou imoral, ou que prejudique terceiros hipossuficientes, advogam contra a ideia de abstração. No entanto, isso não deve contar em seu desfavor, na medida em que, no sistema que admite a abstração da causa, não implica "que alterações jurídico-reais realizadas sem causa jurídica devam ser toleradas", mas que a saída adota pelo sistema é outra, a do enriquecimento sem causa.[533]

Em que pese o princípio da separação rígida dos planos obrigacional e real desempenhe um papel de suma importância no direito alemão,[534] é possível que a estrutura idealizada possa ser repensada. Embora tenha funcionado de maneira estável até os dias atuais, afinal o BGB vige a mais de cem anos, verdade é que as ambições de união, nos mais diferentes níveis, dos países europeus, exigem que se tenha uma uniformidade mínima no âmbito jurídico, não sendo

[532] Sob esse aspecto, ressalta a teoria de D. BESSONE (*Da Compra e venda* cit. (nota 251), p. 80), que, como visto, trata da compra e venda como contrato com ambos os efeitos, obrigatório e real. Na doutrina alemã, K. LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, Munchen, C.H. Beck, 1986, p. 23) defende posição próxima dessa, ao considerar possível a unitariedade da declaração, admitindo que haja uma declaração implícita ou codeclarada. Todavia, nessa sistemática proposta haveria uma quebra de paradigma com o sistema vigente no direito alemão, uma vez que isso implicaria numa separação relativa – e não mais absoluta – entre os planos do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas (C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 52).

[533] V. F. KÜMPEL, *Sistemas de transmissão da propriedade imobiliária - Parte V*, in Migalhas, 28/09/2021, disponível in https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/352241/sistemas-de-transmissao-da-propriedade-imobiliaria--parte-v [14/12/2021].

[534] H. KRONKE, *Il trasferimento* cit. (nota 207), p. 108.

exceção o direito patrimonial.[535] De qualquer forma, pode-se notar que a discussão ainda será longa.[536]

Em suma, tratando-se da causalidade e da abstração das transmissões, parecem pertinentes as ponderações de R. JHERING,[537] ao afirmar que nada no universo procede de si mesmo (*causa sui*). De fato, todo acontecimento no mundo resulta de uma modificação que lhe é anterior e necessária. Portanto, essa "lei" denominada causalidade está sempre presente na vida do ser humano, não só no mundo dos fatos como também em projeção jurídica, não podendo ser simplesmente desconsiderada.

5.8 A causa *fiduciae*

O negócio jurídico fiduciário, que os tradutores italianos, no início do século XX,[538] caracterizaram como "quase desconhecido" ou "quase ignorado" pela doutrina do direito civil italiano e francês, é uma figura dogmática desenvolvida pela moderna ciência jurídica alemã.

Nas últimas décadas do século XIX a pandectista alemã definiu uma nova espécie de negócio jurídico, o "negócio fiduciário" (*fiduziarische Geschäfte*), indicando a sua característica

[535] Importantes juristas no período anterior a 1800 parecem ter optado por alguma solução intermediária. As teorias por eles propostas se encaixam em uma teoria que o autor chama de *teoria do animus*. Embora seja muito improvável que tal teoria jamais tenha sido atual, a teoria do animus pode ser um meio-termo útil para a legislação futura para preencher a lacuna entre os sistemas de transferência causal e abstrato. Em tal teoria, todos os defeitos da vontade são tratados igualmente. A rescisão do contrato por defeito de vontade também anula a transferência, aproximando-se da teoria causal. Usando a terminologia alemã, diz o autor que em relação aos defeitos de vontade deve sempre haver *Fehleridentität*, identidade do defeito. Na teoria do animus, a propriedade só passa se houver uma vontade genuína de fazer a transferência. Um contrato válido não é necessário, no entanto, aproximando-se da teoria abstrata. Quando, por exemplo, o contrato é nulo por ilegalidade, a propriedade passa para o adquirente porque existe uma verdadeira vontade de fazer a transferência. De um ponto de vista sistemático, diz que a teoria do *animus* é certamente mais consistente do que a teoria abstrata. (L. P. W. VAN VLIET, *Transfer of movables* cit. (nota 301), p. 205).

[536] Sobre o tema, cf. W. FABER – B. LURGER (Eds.), *Rules* cit. (nota 346); M. JARDIM, *A Euro-Hipoteca* cit. (nota 346), p. 743 e ss.; A. STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, que se mantem fiel ao sistema de transmissão abstrata.

[537] *Zweck in Recht*, trad. es. de Leonardo Rodríguez, Madrid, Rodrigues Serra, 1968, p. 7.

[538] Cf. C. GRASSETTI, Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni (RDCDGO), 34-1 (1936), p. 345-378; N. LIPARI, Il negozio fiduciario, Milano, Giuffrè, 1964; L. CARIOTA-FERRARA, I negozi fiduciari cit. (nota 418). Para demais trabalhos italianos, cf. F. TREGGIARI, Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni transmorte, in S. MAZZARESE – A. SASSI (a cura di), Diritto Privato – Studi in onore di Antonio Palazzo, vol. II, Palazzo, UTET, 2009, p. 885-886, nota de rodapé nº 4.

na desproporção entre o fim perseguido pelas partes e os meios jurídicos utilizados para o atingir.[539]

Sob esse aspecto, esse negócio foi estruturado tomando como pressuposto o sistema de transmissão alemão, que, ao lado de adotar uma separação rígida entre os planos da obrigação e do adimplemento, o faz de maneira a tornar as convenções de cada plano independente entre si (abstração), o que gerou grande controvérsia nos países que exigem uma justa causa que fundamente a transmissão, os assim chamados causalistas.[540]

Apesar da controvérsia acerca da admissibilidade dessa espécie jurídica,[541] em se tratando de alienação fiduciária em garantia, não há que se falar em uma *causa fiduciae*, que se trata, na lição de J. C. MOREIRA ALVES,[542] de verdadeira causa atípica.[543]

A circunstância de a alienação fiduciária em garantia ser um contrato típico é suficiente para afastar a possibilidade de ter, como elemento causal, uma causa atípica, própria dos negócios fiduciários, negócios atípicos por excelência. O qualificador "fiduciária" na alienação fiduciária em garantia é uma reminiscência de seu predecessor – o negócio fiduciário – que apenas pode ser justificado por razões históricas, mas não de conteúdo.[544]

---

[539] F. TREGGIARI, *Negozio fiduciario* cit. (nota 538), p. 885.

[540] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 28.

[541] E. g., N. LIPARI (*Il negozio* cit. (nota 538), p. 244) afirma que, "[u]ma vez identificados os componentes de fato do comportamento, é então uma questão de voltar ao sistema para compreender sua disciplina, sem ser enganado neste processo pela tipificação abstrata de um sistema construtivo específico compatível com um modelo arbitrário de sistema legal ou a projeção histórica do sistema romano ou germânico. Nesse sentido, a formulação do problema técnico-formal do negócio fiduciário pretende fugir às alternativas tradicionais, que, mesmo nas formulações mais recentes, se reduzem à possibilidade de configurar ou não uma *causa fiduciae* autônoma em nosso sistema"; C. GRASSETTI, *Del negozio* cit. (nota 538), p. 345-378), admite a existência da *causa fiduciae* ainda que atípica: "De negócio fiduciário se pode falar, em nosso sistema, como negócio causal, do qual é característica uma *causa fiduciae* atípica"; Na obra de L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi* cit. (nota 538), cf. o capítulo *Se i negozi fiduciari possono ammetersi nel diritto italiano* (Se se pode admitir o negócio fiduciário no direito italiano).

[542] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 85.

[543] Embora seja atípica a causa, a atribuição patrimonial deve obedecer aos mesmos princípios e regras que os negócios jurídicos com causa típica. Por exemplo, se for o caso de negócio sobre imóveis, há de se exigir o registro (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 183).

[544] A "fidúcia regulada em lei apaga-se de certo modo a si-mesma. Apenas alude a que, nas origens do instituto, ela esteve; não está mais. A confiança, que é ato de *con-fidare* (latim popular, em vez de *fidere*) é entre declarantes ou manifestantes de vontade, um dos quais confia (espera) que o outro se conduza como ele deseja, e pois, tem fé (fidúcia)". Assim, "se a lei transforma esse material de confiança, criado no terreno deixado à autonomia das vontades, e o faz conteúdo de regras jurídicas cogentes, a fidúcia passa a ser elemento puramente histórico do instituto, salvo no ato mesmo de se escolher a categoria. Foi o que se passou com os testamenteiros e outros administradores de patrimônio alheio." (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 179).

A adoção de uma estrutura única,[545] na qual o ato de transmissão está ligado ao negócio jurídico subjacente, impede que a alienação fiduciária se enquadre entre os negócios jurídico propriamente fiduciários. Aproxima-se ela mais dos negócios fiduciários do tipo germânico, nos quais, a existência de uma propriedade resolúvel,[546] pode, também, descaracterizá-los como propriamente fiduciário.[547]

O. GOMES, por analisar esse negócio jurídico no contexto dos propriamente fiduciários, não descarta, de plano, a discussão acerca da *causa fiduciae* como justificadora da alienação fiduciária. Enquanto autores como J. C. MOREIRA ALVES [548] estudam a figura típica descrita em lei, O. GOMES estuda a alienação fiduciária, por assim dizer, *lato sensu*. Por isso, o que chama de alienação fiduciária seria, na verdade, negócio fiduciário. Daí dizer o autor que o "problema da causa da alienação fiduciária é saber se tem causa típica"[549] – ou seja, a alegada *causa fiduciae*, que absorve a dos negócios que nela se fundem.

Embora no Brasil a causa não seja prevista como elemento do negócio jurídico, adota-se a teoria objetiva da causa, segundo a qual é a lei que prevê a função econômico-social do negócio jurídico. Desse modo, nos negócios jurídicos típicos, a função é prevista no esquema da relação jurídica e prevista, abstratamente, na lei. Desse modo, é, em princípio,[550] impossível que as partes atribuam função diversa ao contrato, alcançando, por esse modo, resultado para o qual seja inadequada. Em outras palavras, devem coincidir "os dois aspectos da relação negocial, de sorte que a significação econômico-social se concretize no instrumento jurídico oferecido para expressá-la.[551]

---

[545] O negócio jurídico fiduciário, como elaborado pela doutrina alemã, tem estrutura dualista. Isto é, é formado por dois negócios jurídicos diferentes, um dispositivo e um obrigacional. J. C. MOREIRA ALVES (*Da Alienação* cit. (nota 130), p. 27) sobre o tema afirma: "Cristalizava-se, assim, a concepção de negócio fiduciário a que, mais tarde, se denominou dualista, por decorrer, como *alterum genus*, da união de dois negócios jurídicos de natureza diversa."

[546] G. MESSINA, *Scritti Giuridici* cit. (nota 75), p. 156-157.

[547] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 30-31.

[548] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 85-90.

[549] *Alienação fiduciária* cit. (nota 169), p. 65, nota de rodapé.

[550] Diz-se *em princípio*, porque a outros negócios jurídicos são admitidos e tutelados se não ofenderem a lei, a ordem pública ou os bons costumes, isto é, se o defeito técnico não conduz a uma incoerência entre o ordenamento jurídico e a finalidade das partes.

[551] O. GOMES, *Alienação fiduciária* cit. (nota 169), p. 65.

Nessa ordem de ideias, tratando-se dos negócios translativos, é fácil notar que não foram eles delineados pelo sistema jurídico para garantir.[552] O credor, para garantir seu crédito tem, inicialmente, de servir-se dos instrumentos jurídicos adequados disponíveis, ou seja, a fiança, o penhor, a anticrese, ou a hipoteca. Não pode alienar para garantir uma dívida, pois essa "não era sua função econômico-social."[553]

Exigências do cotidiano, no entanto, fizeram com que fosse necessário o uso do negócio fiduciário,[554] surgindo, naturalmente, questões sobre a sua admissibilidade e sua validade, em especial por dúvidas relacionadas à sua causa.[555] Em suma, pode-se dizer que a *causa fiduciae*

[552] Refere-se aqui aos negócios jurídicos modernos, uma vez que o contrato de *fiducia cum creditore*, ou seja, transmissão da propriedade para garantia é reputado como uma das formas mais antigas de garantia (G. GROSSO, *Fiducia* cit. (nota 8), p. 385-386). Todavia, não há fundamentalmente diferença entre o negócio jurídico moderno e o contrato de *fiducia*, porquanto este era uma forma de mitigar os efeitos perenes e perpétuos dos negócios translativos. Ou seja, também naquele tempo, o negócio translativo não fora idealizado para transmitir.

[553] A afirmação é de O. GOMES (*Alienação fiduciária* cit. (nota 169), p. 66), mas parece imprecisa. Se observarmos para as fontes – especialmente à estrutura dada a esse acordo pela lei – a admissão da retrovenda, com a aposição do pacto adjeto de resgate na compra e venda, observa-se que a propriedade poderia ser transferida como uma forma de garantir, especialmente porque não há, em princípio, nenhuma função econômico-social para tal acordo. Há, por assim dizer, uma autonomia funcional nesse tipo de pacto (A. CIATTI, *L'autonomia «funzionale» del riscatto nella compravendita*, in *Rassegna di Diritto Civile* (*RDC*) 2 (2012), p. 382-384). Há quem diga (A. Reali, *La Fiducia a Scopo di Garanzia, La Vendita con Patto di Riscatto e Il Divieto del Patto Commissorio – (Cambiamenti di prospettiva, ratio degli articoli 1963 e 2744 e.e. e analisi di nuove fattispecie operative)*, in A. GAMBARO – U. MORELLO, *Trattato dei Riritti Reali – Diritti Reali di Garanzia*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2014, p. 588), inclusive, que é indubitável que na venda com pacto de resgate há, naturalmente, do ponto de vista econômico, uma função creditícia para o vendedor e de garantia para o comprador de forma que 'se apresenta muito mais como uma operação financeira'". Especialmente em razão da facilidade em retomar o domínio e, presumivelmente, a posse, a retrovenda seria uma forma bastante ágil para garantir um empréstimo. É preciso notar, no entanto, que *resgate* e *retrovenda*, dogmaticamente, se diferenciam. Enquanto esta é o pacto adjeto ao contrato de compra e venda pelo qual o comprador promete vender o ao vendedor a coisa comprada, pelo pacto de resgate o vendedor se reserva do direito de, mediante ato unilateral, com eficácia *erga omnes*, reaver o bem vendido. Tendo isso em vista, pode-se dizer que o direito brasileiro chama, impropriamente, o *pacto de resgate* de *retrovenda* (O. GOMES, *Contratos* cit. (nota 149), p. 305-306). Sobre o tema, cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Retrovenda*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987; W. FERREIRA – T. LESSA, *Pacto de retrovenda e o direito de resgate*, São Paulo, São Paulo, 1935.

[554] O. GOMES (*Alienação fiduciária* cit. (nota 169), p. 66) fala em *alienação fiduciária em garantia*, mas pode-se notar, pelo contexto que se trata de um negócio atípico, não podendo tratar-se, portanto, da alienação fiduciária em garantia prevista na lei. J. C. MOREIRA ALVES (*Da Alienação* cit. (nota 130), p. 6), por exemplo, cita que o nos centros mais progressistas do País houve uma larga aplicação da compra e venda com escopo de garantia, que pode ser configurado como negócio fiduciário (D. RUBINO, *El negocio juridico indirecto*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, p. 169-172).

[555] Eventualmente, o negócio fiduciário foi admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se pode verificar dos seguintes julgados: STF, RE, 71.616/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 11/12/1973, Aud. de Publ. 07/08/1974; STF, RE, 82.447/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 08/06/1976, Aud. de Publ. 15/09/1976. Mas, mesmo com sua admissão, não foi suprida a necessidade da formulação de novas garantias reais disciplinadas pela lei, e que, consequentemente, pudessem ser utilizadas para a proteção do crédito sem os percalços que se levantavam contra ele (J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 9).

corresponde à causa do pacto de *fiducia* do direito romano. Trata-se de uma causa que qualifica a transmissão da propriedade, que passa a ser fiduciária.[556] Essa qualificação, por sua vez, caracteriza-se "na promessa do fiduciário de ter a *res fiduciaria* nas condições pactuadas e restituí-la ao fiduciante, por ter recebido a atribuição patrimonial para esse fim."[557]

A importância na determinação da causa do negócio jurídico reside no fato de que é por meio dela que se pode fiscalizar o exercício da autonomia privada. Isto é, se deve ou não ser tutelado. Nesse sentido, se o contrato não possui causa não podendo, por consequência, produzir efeito.

Em resumo, no que se refere à questão da relação entre a causa da alienação fiduciária em garantia e a *causa fiduciae*, parece ter razão J. C. MOREIRA ALVES, porquanto a *causa fiduciae* é derivada de uma situação em que o ordenamento jurídico, dada a ausência de formas reputadas adequadas para os fins buscado pelas partes, as força a firmarem negócios que, finalística e formalmente não se coadunam. Assim, a despeito da forma, é possível que às regulamentações do negócio por elas firmado sejam inadequadas. À semelhança do que ocorria com os acordos de vontade do direito romano que não eram propriamente contratos e não dispunham de uma *actio* para constranger o devedor ao adimplemento, atualmente, possível falta de previsão de um instrumento que se adeque melhor à vontade das partes, as obriga a utilizar um instrumento existente, mas com finalidade – ou causa – diferente e não prevista. Nessa ordem de ideias, parece claro que o fato de ser a alienação fiduciária em garantia um negócio jurídico típico, afasta a possibilidade de ter como causa a *causa fiduciae*, que, ainda que existente, é eminentemente atípica.

[556] P. LAMBRINI, *Le cause* cit. (nota 102), p. 218.

[557] O. GOMES (*Alienação fiduciária* cit. (nota 169), p. 68. No direito comum, atribuições patrimoniais desse tipo costumavam-se designar *datio ob causam futuram*. Elas se apresentavam quando, por qualquer motivo, faltava uma promessa vestida de eficácia jurídica para efetuar a prestação ou a contraprestação, de forma que a troca de prestações que procuravam as partes, não podia realizar-se por meio de um contrato bilateral (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 66).

5.9 A atribuição patrimonial

Ao se analisar o problema da causa de um determinado contrato, a questão se reduz a saber se é um negócio jurídico causal ou abstrato. Para tanto, é necessário que antes se tenha em conta o conceito de causa como elemento diferenciador dessas duas categorias. Em estudo acerca da causa dos negócios jurídicos, G. DEIANA[558] destaca que, cientificamente, o que melhor diferencia o negócio jurídico causal do abstrato é a causa da atribuição patrimonial. Por isso a necessidade de se conhecer o conceito de atribuição patrimonial, para em seguida determinar sua causa e, mais especificamente, a da alienação fiduciária em garantia.

A causa do negócio jurídico pode ser conceituada ou i) como o fundamento econômico-jurídico justificador da atribuição patrimonial – vantagem de conteúdo econômico perseguida por uma ou por ambas as partes –, cujo negócio jurídico é intermediário dos benefícios, ou ii) o como o escopo que se quer atingir com essa atribuição. Sendo assim, os negócios jurídicos causais seriam aqueles em que a atribuição é válida apenas se aquele que faz a atribuição atinge o escopo desejado, enquanto os abstraídos de causa – ou abstratos – a atribuição é válida mesmo que o fim não seja alcançado. No primeiro caso, portanto, o direito leva em conta a causa, enquanto, no segundo, os efeitos da validade da atribuição são independentes dela.[559]

Uma das funções do negócio jurídico é realizar modificações entre duas massas patrimoniais. Sob esse aspecto, muitos negócios podem ser entendidos como atribuições patrimoniais, dando lugar a um conceito independente. Entende-se por atribuição patrimonial todo negócio em virtude do qual uma pessoa proporciona a outra um benefício patrimonial. Esse benefício pode consistir em que i) o patrimônio do beneficiário resulta maior do que antes do negócio, que pode ser produzida pela incorporação de novos direitos, ou pelo fato de que certos direitos, que já estavam no patrimônio do beneficiário, adquirem um valor maior por atividade de outrem, e, finalmente, pela extinção de uma obrigação que gravava o seu patrimônio ou ii) evita-se uma diminuição patrimonial, oferecendo-se garantias para a satisfação de um crédito.

[558] *Alcuni chiarimenti* cit. (nota 429), p. 1 e ss. O estudo do autor é elogiado por importantes escritores como J. C. MOREIRA ALVES (*Da Alienação* cit. (nota 130), p. 89) e T. ASCARELLI (*Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo, Saraiva, 1943, p. 84-85, nota de rodapé nº 2).

[559] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 89-90.

Afirma-se, no primeiro caso, em analogia às espécies de danos, em *lucrum emergens* e, no segundo, em *damnum cessans*. Não existe atribuição patrimonial quando aquilo que se proporciona não possui qualidade de benefício patrimonial, seja porque é despido de valor econômico, seja porque o gozo implica em uma situação, única e exclusivamente, de fato.[560]

O conceito de atribuição patrimonial tem suas raízes no direito romano e é fácil verificá-la na dissonância entre Juliano[561] e Ulpiano[562] acerca da necessidade de concordância sobre o fundamento da transmissão da propriedade.[563]

Foi Otto Lenel quem, examinando a *condictio ob rem*, primeiro definiu a causa do ato jurídico ao afirmar que "juridicamente relevante é somente o fim da prestação que for fundamental para a sua natureza econômica."[564] A atribuição patrimonial pode realizar-se, fundamentalmente, de duas maneiras: i) por negócios dispositivos, ou a ele assemelhados em seus efeitos ou ii) por meio da constituição de obrigação.

Toda operação translativa – seja da propriedade, de créditos, ou de outros direitos – constitui uma atribuição patrimonial. Também as operações constitutivas, como a constituição de usufruto ou de um direito de garantia configuram atribuição patrimonial. A renúncia também pode se caracterizar como uma atribuição patrimonial em favor do titular do direito originário ou de um direito criado de forma constitutiva, na medida em que um terceiro recebe um benefício de ordem econômica.

Nesse sentido a remissão é uma atribuição patrimonial a favor do devedor, a renúncia de uma exceção, o é em favor do credor. Também os atos semelhantes, em seus efeitos, aos atos dispositivos. Nesse sentido a confusão, a comistão e a adjunção, ou a introdução de coisas em imóvel alheio que aumentem seu valor, podem consequentemente servir de garantia para

[560] A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 45-46. Atribuição patrimonial se efetuar por meio do patrimônio do agente ou da sua capacidade de trabalho (que não integra seu patrimônio), física ou espiritual. A atribuição se produz por meio do patrimônio quando implica numa redução do patrimônio e pressupõe a existência de um elemento patrimonial – por exemplo,

[561] D. 41, 1, 36

[562] D. 12, 1, 18, pr.

[563] P. L. W. VAN VLIET, *Iusta causa* cit. (nota 447), p. 343; V. F. KÜMPEL, *Sistemas de Transmissão* cit. (nota 210), p. 72-74.

[564] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 46.

obrigações mais vultosas. Nessa classe de atos encontra-se também a abstenção, quando, por exemplo, não se interrompe a aquisição de outrem por usucapião.[565]

Pode haver também atribuição patrimonial quando alguém se obriga em face de outrem. O crédito – a promessa feita por uma das partes – se considera como valor patrimonial, uma vez que gera uma expectativa garantida pelo direito, de maneira que sua criação possui, por si mesma, um valor econômico e, portanto, patrimonial.[566] Nessa classe se insere a maior parte dos negócios jurídicos, uma vez que a transferência e a constituição de um direito, como negócio jurídico do Direito das Coisas, operam-se, como consequência lógica do negócio jurídico obrigacional.

Intimamente ligada à ideia de atribuição patrimonial está a de prestação.[567] A prestação é a forma pela qual se realiza a atribuição. É por meio dela que o credor consegue a atribuição, que, em termos de valor, já estava incluída no seu patrimônio em razão do crédito que dispunha em face do devedor. Todavia é importante notar que não é apta a produzir isoladamente um incremento patrimonial do credor, apenas modifica seu aspecto ativo, uma vez que o pagamento sub-roga-se no lugar do crédito que lhe dava suporte.[568]

Em face do exposto, em princípio, a atribuição requer uma vontade dirigida a proporcionar um benefício patrimonial. No entanto, existem também casos em que a atribuição pode ser involuntária.

---

[565] A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 46-48. O autor cita também que a atribuição patrimonial pode dar-se pelo fato de que, sem renunciar a um elemento ativo de seu patrimônio, uma pessoa proporciona a outrem um benefício, como no caso de permissão de uso ou prestação de serviço de valor econômico no qual o valor do trabalho empregado seja inferior ao do benefício recebido. Mas essa classificação parece aproximar-se daquela de operações jurídicas aqui discutidas.

[566] A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 48-49.

[567] Prestação é um comportamento, atividade humana, que pode ser positiva ou negativa do devedor, consistente na entrega de uma coisa (*dare*) ou na prática de um ato (*facere*) ou numa omissão (*non facere*) (C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil – Teoria geral de direito civil*, vol. I, 30ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 58). Os códigos civis, à exemplo do brasileiro, não costumam a definir. Neste, sua existência se manifesta mais em sua estrutura, enquanto o alemão ela se refere de forma mais assertiva: §241 (1) *Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen* (Em virtude de uma obrigação o credor tem o direito de exigir a prestação do devedor. A prestação também pode consistir numa abstenção).

[568] Embora possa ser argumentado que não existe, no pagamento, qualquer benefício econômico, uma vez que a sub-rogação nada mais é do que a substituição de um crédito por uma prestação, operação na qual o valor líquido econômico é, em princípio, zero, a prestação que se efetua em comprimento do crédito pode ser considerada como um atribuição patrimonial, porque a prestação pode representar para o credor um benefício maior que a esperança que ele tinha ao ver seu crédito satisfeito (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 49).

Por conclusão, vale notar que a ideia de atribuição patrimonial pode ser compreendida tomando por base a ideia de balanço patrimonial. Quando uma pessoa – por exemplo, um vendedor – assume uma obrigação comutativa, não há alteração líquida imediata do patrimônio líquido. Há, sim, um aumento do ativo (crédito), acompanhado por um aumento equivalente do passivo (obrigação). Se a obrigação assumida exigir uma prestação dispositiva, é nesse momento propriamente dito que pode haver um "desequilíbrio" entre as massas patrimoniais, porque, nesse momento, registra-se uma diminuição (ou aumento) imediata do ativo daquele que dispôs (ou recebeu) da coisa ou do direito, enquanto a outra massa patrimonial estará, em princípio inalterada – o objeto da prestação se sub-rogará no lugar do crédito.

5.10 A causa da atribuição patrimonial

O resultado imediato e necessário de toda a atribuição patrimonial é, portanto, produzir um benefício para o seu destinatário. Esta não se realiza sem qualquer razão, mas para alcançar um fim que, por sua vez, pode ser desejado como meio para alcançar outro fim ulterior. A finalidade buscada pelo agente constitui, ao mesmo tempo, o motivo que induz a realizar um negócio. A regra geral, no que diz respeito a causa do negócio jurídico, nessa cadeia de fins e motivos, é a de que tem relevância jurídica apenas o fim que se busca imediatamente antes da atribuição. É este que determina o caráter jurídico da atribuição, ou seja, o conjunto de normas a que a atribuição resta submetida.[569]

Se esse fim não é alcançado, a solução – validade ou invalidade – dependerá da opção do legislador em relação aos seus efeitos. É dizer, a atribuição patrimonial poderá ser nula, ensejada pela nulidade do negócio jurídico, ou continuar válida, nascendo, neste caso, para o prejudicado, um crédito destinado a anular seus efeitos por meio da devolução do obtido injustamente, com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa.[570]

[569] A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 57.
[570] A. MAJO, *Causa* cit. (nota 431), p. 1.

No mundo jurídico, a razão pela qual a atribuição patrimonial é realizada, denomina-se *causa*.[571] A causa, com já foi frisado, tem origem no direito romano e no direito comum, que buscou diferenciar a finalidade jurídica dos motivos de fato que fundamentaram no negócio.

O tema mais importante, no entanto, ao tratar da causa, diz respeito a sua determinação. Antes de mais nada, é preciso diferenciar a causa – razão jurídica – dos motivos de fato que levaram as partes a realizar um negócio. Os motivos de fato que levaram as partes a firmarem um acordo podem ser muito variados, sem que isso implique na modificação do caráter jurídico da atribuição patrimonial – que é determinado pela causa. Assim, para o direito, se a obrigação foi firmada porque o credor acreditava na honestidade do devedor, ou mesmo se o devedor cumpriu o acordado por medo das consequências (legais) do descumprimento, ou ainda, se a compra e venda foi concluída por que o comprador precisava da coisa ou por que queria fazer um favor ao vendedor, tais circunstâncias não importam, *prima facie*, para os desdobramentos jurídicos.[572]

Nos ordenamentos jurídicos em que existe uma separação rígida entre o plano do direito obrigações e o plano do Direito das Coisas, há preponderância maior na manutenção da validade dos atos, conferindo à causa um efeito menos intenso, porque neles valoriza-se mais a vontade presente no ato dispositivo do que a obrigação assumida de transferir. Por isso, costuma-se dizer que a imoralidade dos motivos ou o erro, sobre a circunstância que motivou o negócio, não influem na validade do negócio.[573]

---

[571] É comum, no entanto, a lei empregar diversas expressões com o mesmo significado. Na Alemanha, por exemplo, fala-se em "razão jurídica da prestação", ou mesmo em "resultado que se procura com a prestação segundo o conteúdo do negócio" (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 58). No Brasil, verifica-se também o mesmo fenômeno. O Código Civil utiliza o termo causa tanto como elemento gerador da obrigação, como resultado que as partes procuram no acordo de vontades. Isso fica claro, por exemplo, no tratamento dispensado à compensação (art. 373): "A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto: I - se provier de esbulho, furto ou roubo; II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos; III - se uma for de coisa não suscetível de penhora."

[572] Sobre os motivos no negócio jurídico, cf. G. DEIANA, *Motivi nel diritto privato*, Torino, *Giuridico Della R Universita*, 1939.

[573] A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 60. O autor afirma ainda que o desfecho não seria diferente nos casos em que tenha sido comunicado à outra parte o motivo ou que ela o conheça de outra maneira. A solução, segundo ele, seria diferente apenas se as partes tivessem acordado que a validade do negócio dependeria da condição de que certa expectativa fosse atingida ou de que existisse em certas circunstâncias, ou seja, tivessem feito um negócio condicional ou de um pressuposto (*condictio in praesens vel praeteritum relata*).

Já nos ordenamentos em que a separação é menos rígida, a causa desempenha um papel fundamental na dinâmica dos atos jurídicos. Nos sistemas que adotaram o sistema de transmissão francês, predominantemente causalista, a causa é elemento do negócio jurídico. Isso significa que, a despeito de uma modificação na situação de fato, a situação de direito não se modifica, a menos que exista uma causa que a justifique.[574]

Feitas essas considerações, é essencial salientar, novamente, que a determinação da causa é feita tomando-se por base as relações jurídicas existente entre as partes, e não pelo fim econômico da prestação, que pode ser – e muito comumente é – genérico.[575] Portanto, quando alguém entrega uma soma de dinheiro a outrem, pode ser que esse ato sirva como i) satisfação de um crédito que aquele possuía, ii) como forma de constituição de um mútuo, iii) como doação, ou iv) por qualquer outra causa que resulta das relações entre o credor e devedor. Portanto, é necessário se verificar quais são as possíveis causas de atribuição patrimonial.

Existem basicamente três espécies de causa: a *solvendi*, a *credendi* e a *donandi*.[576] Quando um negócio jurídico é realizado *solvendi causa*, a atribuição patrimonial se realiza para

---

[574] P. G. MONATERI, *Causalità e astrattezza del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Atlante di Diritto Privato Comparato*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 2003, p. 89). O exemplo dado pelo autor deixa bem claro o funcionamento de cada um dos sistemas: "Para melhor esclarecer a diferença entre os sistemas causal e abstrato, consideremos as hipóteses a) de uma venda nula seguida da entrega de um determinado bem móvel, feita com a intenção comum de transferir a propriedade; e b) de um acordo de transferência da propriedade de um bem imóvel acompanhada da inscrição da convenção no registo predial, mas não assistida nem por *animus donandi* nem por contrato de compra e venda (sinalagmático).

Na Alemanha, verifica-se que, devido ao carácter abstrato do contrato de transferência propriamente dito, o contrato de transferência acompanhado da entrega dá origem a essa transferência. Na França e nos demais países causalistas, o acordo de transferência, mesmo que acompanhado da entrega, não assistido por *animus donandi*, ou por contrato sinalagmático válido, não dá origem à transferência. Da mesma forma, mesmo o simples contrato de transferência de um imóvel, ainda que transcrito, não é capaz de realizar a transferência na França e nos demais países causalistas, enquanto o é na Alemanha. Isso significa que na França, na verdade, o acordo sozinho não é capaz de operar os efeitos jurídicos de que estamos falando, e que algo mais é necessário do que o acordo o objeto e a forma, e que esse algo mais se chama causa. Esse elemento não é realmente necessário na Alemanha, onde o simples acordo abstrato pode ser juridicamente eficaz."

[575] Por exemplo, diversas podem ser as causas da atribuição patrimonial quando alguém que a realiza para compensar um dano. Se o objetivo era reparar o dano alheio, trata-se de *causa solvendi*; trata-se, por outro lado, de *causa donandi* se a parte realiza uma atribuição patrimonial sem levar em consideração a obrigação de reparar, como no caso em que alguém faz doação a fim de que outras pessoas reconstruam suas casas destruídas por um evento natural.

[576] C. SAHB BATISTA LOPES, *A causa do negócio jurídico e a causa da atribuição patrimonial*, disponível in http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6bb604663d5d74f1#:~:text=Na%20compra%20e%20venda%2C%20portanto,paga%20o%20pre%C3%A7o%20causa%20solvendi. [07/12/2021] (= C. A. CASTRO FIÚZA, O. L. RODRIGUES JÚNIOR, F. COSTA CARVALHO NETO (orgs.), *XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB – Direito Civil*, vol. 1, Florianópolis, Conpedi, 2014, p. 52-73); F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 143-

dar cumprimento a uma obrigação do próprio agente (ou de terceiros). Costuma estar presente nos negócios jurídicos bilaterais onerosos. Ela só virá a existir, por óbvio, se efetivamente a obrigação já existia ou vier a existir. Mesmo nos casos em que a causa é elemento do negócio jurídico obrigacional, a atribuição pode ser realizada cronologicamente, antes ao negócio obrigacional. A *causa solvendi* reside em um fato *logicamente* anterior, em um *prius*, mas que não é necessariamente cronologicamente anterior.

No que diz respeito ao objeto da prestação, a regra geral é que o objeto da atribuição seja idêntico ao da obrigação.[577] Contudo, é possível também que se preste *solvendi causa* um objeto diferente do acordado, quando houver aceitação pelo credor (*datio in solutum*).[578]

Muito se aproxima da *causa solvendi* à prestação de uma garantia, na medida em que pressupõe a existência de uma relação creditícia. Contudo, sobre esse tipo de negócio jurídico maiores detalhamento serão feitos à frente, afinal, o objetivo último dessa dissertação reside na determinação de se a alienação fiduciária é um ato causal ou abstrato.

A *causa solvendi*, como dito, pressupõe a existência de uma obrigação a cargo de quem realiza atribuição. Normalmente essa obrigação corresponde a uma pretensão do credor, mas também existem obrigações em que isto não ocorre, como é o caso das obrigações naturais, ou então naquelas que derivam de contratos de jogo ou aposta. Mesmo naquelas obrigações desprovidas de pretensão é possível que a prestação seja efetuada *solvendi causa*, como é o caso da obrigação prescrita.[579]

A causa da atribuição patrimonial também pode consistir na circunstância de que aquele que a realiza, o faz como equivalente a um sacrifício patrimonial seu. É dizer, de forma que aquele que se obriga ou aliena, busca, com sua atribuição, conseguir um outro direito ao benefício para si. Costuma se chamar de *causa credendi*. No entanto, para que não se confunda

146; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 61-72. Este último, no entanto, alerta que essas três causas não são as únicas, mas as mais importantes. Sendo assim, ainda que essa tricotomia seja objetada, pode ser tomada como fundamental. Nesse mesmo sentido F. C. PONTES DE MIRANDA, (*Tratado* cit. (nota 90), p. 138) que "a *causa credendi*, a *causa solvendi* e a *causa donandi* são tão cheias de "jecto", de dado experiencial, quanto os números um, dois, três, a casa, o parque, a estrela".

[577] "O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa", conforme art. 313 do Código Civil.

[578] "O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida", conforme art. 356 do Código Civil.

[579] A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 62-63.

exclusivamente com direitos obrigacionais – crédito – a designação mais conveniente é a de *causa adquirendi*.[580]

Os negócios jurídicos que podem ser realizados por *causa adquirendi* tem, basicamente, três finalidades: a devolução de coisa, a compensação e a contraprestação, sendo essa última a mais comum. Nesse último caso, há uma dependência e equivalência entre o decréscimo patrimonial e o direito, pretensão, ação ou exceção. Obriga-se para, em troca, receber a promessa (obrigação) da outra parte, estabelecida em acordo de vontades. Desse modo, as partes trocam entre si direitos ou outros valores, de forma que, em geral, os negócio de atribuição patrimonial dessa espécie se efetuam por contrato bilateral. Portanto, a questão essencial desse tipo de atribuição é que a obrigação de uma das partes tem por fundamento a aquisição de um crédito contra a outra.[581]

Por fim, a atribuição patrimonial pode ocorrer sem que se procure o cumprimento de uma obrigação nem aquisição de um benefício. Nesses casos, a finalidade exclusiva daquele que pratica atribuição é um incremento patrimonial em favor do destinatário, inexistindo qualquer tipo de compensação ou adimplemento da obrigação. Realiza-se, nestes casos, a atribuição *donandi causa*.[582]

Sob esse aspecto, a *causa donandi* pressupõe que não haja um crédito a favor de alguém nem haja solução de dívidas. Como diz Pontes de Miranda,[583] "[s]ó um dá, sem outra causa que a de inserir bem de vida no patrimônio de outrem. A unilateralidade do sacrifício, através do tempo, faz ressaltar que só se quis o enriquecimento de outrem, o que permite que se defina de modo negativo a *causa donandi*."

---

[580] A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 62-63. Segundo o autor, fala-se também, em *causa constituendi*.

[581] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 143. Quando da atribuição patrimonial dos objetos cujo intercâmbio constitui o fim do contrato, verifica-se a *causa solvendi*, porquanto essa ocorre quando do cumprimento das obrigações recíprocas das partes. Deve-se ressaltar, no entanto, que a diferença entre o *obrigar-se* e *solver*, não se manifesta de maneira clara quando as obrigações se cumprirem em ato contínuo à conclusão do contrato, de forma que pode parecer que existiria apenas um intercâmbio de atos dispositivos (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 65). No entanto, assim como no ordenamento alemão, onde há uma clara separação entre obrigação e adimplemento, no Brasil, não se pode considerar que exista apenas um ato jurídico, mas, dois, com duas respectivas causas.

[582] C. BATISTA LOPES, *A causa* cit. (nota 576); A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 67.

[583] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 143.

É de ressaltar-se que, por essa definição, a *causa donandi* passa a confundir-se com a própria vontade do doador. Como explica P. G. MONATERI,[584] "nos contratos unilaterais gratuitos, diz-se que o *animus donandi* toma o lugar da contraprestação que não existe." Por essa razão, objeta-se que "a intenção de fazer uma doação é uma modalidade de consentimento, mas não outro elemento que se agrega ao consentimento e que se denomina causa: é a forma de expressar a vontade da parte que se obriga." Sendo assim, sob esse aspecto, a *causa donandi* careceria de autonomia dogmática, tratando-se de um elemento – vontade – que sempre foi considerado como elemento do negócio jurídico.[585] [586]

Em suma, as causas mais importantes presente nos negócios jurídicos são a *causa credendi*, a *causa solvendi* e a *causa donandi*. Tendo isso em vista, é preciso, agora, determinar se a causa dos negócios jurídicos de garantia e, consequentemente, da alienação fiduciária se enquadra em alguma delas.

5.11 A causa da atribuição patrimonial nos negócios jurídicos de garantia

Observou-se que as principais causas de atribuição patrimonial são a *causa solvendi*, a *causa credendi* e a *causa donandi*. Para determinação da causa nos negócios jurídicos de garantia é preciso verificar se ela se encaixa em algum desses modelos ou se, ao contrário, existiria uma causa de garantia autônoma, *sui generis*.

Nesse sentido, a primeira questão que surge é a de saber onde reside a causa do negócio jurídico de garantia. Dois são os lugares que ela pode ser encontrada: na vontade das partes ou na lei. O tema é tormentoso e sobre ele, parte da doutrina afasta taxativamente a possibilidade de a causa ser convencional, enquanto outra, admitindo que, embora na maioria dos casos, a

[584] *Causalità e astrattezza* cit. (nota 574), p. 92.

[585] C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições* cit. (nota 567), p. 410-411.

[586] Deve-se lembrar que as causas de atribuição mencionadas, podem apresentar-se conjuntamente na mesma atribuição com diversas combinações. Assim, por exemplo, quando alguém transfere um imóvel a outrem a título de compra e venda, mas por um preço inferior ao verdadeiro. Observa-se, nesse caso, que a atribuição realizada é, apenas em parte, relacionada ao crédito obtido pelo transferente. Aquilo que superar o valor do crédito atribuído ao vendedor, deve ser considerado como atribuído por *causa donandi*. O tema da causa na doação é complexo e justificaria uma pesquisa própria.

causa se desprenda da vontade do autor da atribuição patrimonial, argumenta, que, em outros, há possibilidade de ela ser estabelecida por ato de vontade, unilateralmente.[587]

Dizer que, nos sistemas causalistas, a causa é determinada pela lei, pois é ela que determina a finalidade da atribuição patrimonial, não parece preciso. Na verdade, o que ocorre é que as partes apenas firmam negócio jurídico típico, regulamentado pela lei, para atingir um objetivo por elas previamente desejado. O que confere legitimidade ao ato jurídico não é a lei, mas a autonomia da vontade das partes, atuando em conformidade com a lei – isto é, na medida em que pratica atos lícitos. São elas, as partes, portanto, que determinam qual a finalidade da atribuição feita. Por exemplo, se a atribuição é feita como condição do pagamento ou da transferência da coisa (compra e venda), se como condição das transferências recíprocas de coisas (permuta), se com a intenção de que seja devolvida (empréstimo), etc.

Mesmo se não há um negócio formalmente previsto no ordenamento, nem por isso deixa de existir a causa, porque essa é da essência dos negócios. Se a forma adotada pelas partes em relação a atribuição patrimonial é apenas aparente – como no caso de se fazer uma compra e venda com valor irrisório – ela se funda na causa em que as partes realmente quiseram – nesse caso, *donandi causa*. Portanto, tem razão F. C. PONTES DE MIRANDA ao afirmar que "há sempre causa na atribuição, se a lei não permitiu, ou não estabeleceu, ela mesma, a abstração."[588]

Por fim, vale ressaltar que a admissão pela lei da celebração de negócio jurídicos atípicos,[589] confirma essa ideia, porque, nesses casos, não há como a lei fixar a causa do negócio.

Especialmente nos negócios jurídicos de garantia, cujas formas primitivas não foram idealizadas especificamente para eles[590] – e, portanto, a eles não se adaptaram inicialmente – a determinação da causa merece atenção redobrada.

---

[587] Nesse sentido, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 72-73.

[588] *Tratado* cit. (nota 90), p. 139.

[589] "É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código", conforme art. 425 do Código Civil.

[590] Por exemplo, J. C. MOREIRA ALVES (*Direito Romano* cit. (nota 13), p. 350) afirma que a *fiducia cum creditore* foi a mais antiga forma de garantia. Mas esse tipo de contrato não passava de um acordo de vontades que atenuava uma transmissão abstrata, que, formalmente, caracterizava-se como uma venda, ainda que fictícia (*mancipatio*).

Nesses negócios, a atribuição patrimonial possui aparentemente mais de uma causa. Nos negócios de garantia, relaciona-se ela com o crédito no qual se fundamenta – seu pressuposto – e, portanto, poderia se cogitar de uma causa *adquirendi*. Mas, o fato de poder se dada gratuita ou onerosamente, pode fazer surgir o questionamento de se tratar de uma atribuição *donandi causa* também. E, por fim, por assegurar eventual inadimplemento do devedor, pode-se também cogitar de uma *causa solvendi*, ainda que antecipada, porque não cumprida a obrigação por parte do devedor, a garantia sub-rogar-se-á no lugar da prestação.

Nesse sentido, parece claro que não se trata, propriamente, de uma causa exclusivamente *solvendi*, *credendi* ou *donandi*. Pois, não há, necessariamente, a intenção de extinguir uma dívida (*causa solvendi*) ou nem uma contraprestação direta (*causa credendi*) ou simples doação (*causa donandi*).

Na garantia, há uma causa jurídica semelhante, mas não idêntica, à *causa solvendi*. A garantia consiste ou em um novo devedor que se obriga junto ao antigo (garantia pessoal), ou em uma coisa, que pode ser do devedor ou de terceiros (garantia real). No primeiro caso é o patrimônio do garante que responde pela dívida garantida. No segundo, o credor terá à sua disposição, além da responsabilidade patrimonial geral, um objeto determinado sobre o qual tem direito real, ou apenas a coisa dada em garantia, a depender daquele que está garantindo, se é o devedor da garantia original ou terceiro.[591]

Na constituição de uma garantia é inegável que existe uma atribuição patrimonial. Isso porque o credor adquire um direito que antes não lhe correspondia e que representa um benefício patrimonial. Todavia, resta uma dúvida: o seu patrimônio aumenta ou não? Dada a sua finalidade, parece adequado dizer que não. O direito de garantia, dado seu caráter acessório, não pode ser maior do que o crédito garantido. Assim, a "atribuição principal" (crédito principal) e a "acessória" (garantia) se fundiriam num só elemento dentro do patrimônio do credor.[592]

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que a constituição de garantia apresenta uma causa própria, diferente das três espécies de causa tradicionais. Embora, frequentemente, a garantia exija, como pressuposto lógico, uma obrigação a ser garantida, nela não há qualquer

[591] A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 157-158.
[592] A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 157-158.

vontade dirigida à extinção da dívida, mas a satisfazer o credor, ainda que contra a vontade do devedor. Ademais, ela pode ser concedida onerosa ou gratuitamente. Por essa razão, pode-se afirmar que a prestação de garantia possui uma espécie própria de causa. O fato de a atribuição patrimonial ter por finalidade assegurar o credor contra o perigo de que a prestação não ocorra, torna a causa única, principalmente nesses tipos de negócio.

5.12 A causa no direito brasileiro

Feitas essas considerações acerca das espécies de causa, o último passo para se determinar a natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia – se causal ou abstrata – é interpretá-la à luz do direito brasileiro. Assim, analisadas as regras que incidem sobre esse negócio jurídico, constatando-se que o registro do título que lhe deu origem independe de título que lhe dê causa, verificar-se-á tratar-se de negócio jurídico abstrato. Se assim não for, tratar-se-á de negócio jurídico causal, cuja causa é, justamente, aquela discutida nos tópicos anterior.[593]

A regra geral do direito moderno é a de que não existe transmissão de propriedade sem uma causa que a justifique.[594] Ou seja, ela existe sempre, independente da sistemática de transmissão. Apenas em certos casos os ordenamentos jurídicos, por motivos diversos,[595] pode-se desconsiderar a causa que justifica a transmissão, impedindo a sua verificação. Ou seja, abstrair a transmissão do negócio subjacente.

Apesar de, a rigor, a classificação dos negócios jurídicos entre causais ou abstratos parecer simples, já que, em princípio, tratar-se-ia de uma simples dicotomia, tal determinação, além de admitir gradação,[596] é apenas o último passo de uma análise pouco trivial.

---

[593] Cf. os capítulos "A atribuição patrimonial", "A causa da atribuição patrimonial" e "A causa da atribuição patrimonial nos negócios jurídicos de garantia".

[594] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 49.

[595] Por exemplo, para tutelar o tráfego jurídico.

[596] Quando se fala em gradação, refere-se à uma espécie de ato jurídico, porquanto o acordo concreto só pode ser causal ou abstrato. Por exemplo, é possível que um determinado ordenamento exija um negócio jurídico subjacente que justifique a transmissão de propriedade, uma justa causa. Todavia, em alguns casos, ainda que exista algum vício que o anule, a transmissão continue válida. No ordenamento brasileiro, há casos em que a tradição, ainda que não realizada pelo proprietário, pode produzir efeitos, como no caso do art. 1.268, *caput* do Código Civil: "Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público,

Se a discussão acerca da causa do negócio jurídico, dada sua extrema dificuldade, já tomou "contornos indecifráveis"[597] em razão da imensidão de trabalhos que discorreram sobre as construções dogmáticas na Europa, no Brasil, a tarefa não é mais fácil. Isso porque, o sistema de transmissão brasileiro – sustentáculo para definição da causalidade ou abstração do sistema – não segue nem o modelo francês, cuja propriedade se transfere pelo título e nem o alemão, que considera existir dois contratos – um obrigacional e um de Direito das Coisas –, cuja causa é abstraída.[598]

Tratando da causalidade, dois grandes problemas surgem, como pressupostos da classificação dos negócios jurídicos. São eles, i) a influência da separação entre planos do direito – no caso, direito das obrigações e Direito das Coisas – e a determinação da natureza da relação entre os atos jurídicos que ocorre em cada um dos deles[599] e ii) o conteúdo do conceito de causa.

Sobre esse último tema já se discutiu em tópico próprio, abordando a questão da multiplicidade de conceitos de causa. Sob esse aspecto, observou-se que a causa da transmissão é o fim jurídico imediato a que visam as partes e ocorre principalmente por *causa solvendi*, *causa credendi* e *causa donandi*.

A separação entre planos – do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas – não significa, necessariamente, a desconexão entre ambos.[600] Isto é, não significa que toda

em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono."

[597] I. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 287.

[598] Nesse sentido, já apontava L. RODRIGUES PEREIRA (*Direito das Coisas*, vol. I, Brasília, Senado Federal, 2004, p. 169-170), que aproxima o sistema brasileiro ao austríaco e ao chileno.

[599] Ou seja, da relação que existe entre o negócio jurídico travado no âmbito do direito das obrigações (obrigação) e aquele realizado no âmbito do Direito das Coisas (adimplemento).

[600] Diferentemente do que ocorre com a questão da transferência da propriedade, na qual, na prática, há uma equivalência entre os sistemas consensuais e de tradição – onde existe uma mitigação conceitual que permite quase que uma equiparação entre os dois sistemas –, a linha divisória entre sistemas causais e abstratos não possui atenuação. A harmonia do sistema, embora admita certos graus de abstração/causalidade, repousa na escolha entre um sistema causal ou abstrato (L. P. W. VAN VLIET, *Transfer of movables* cit. (nota 301), p. 204).

À primeira vista, pode parecer que existe uma relação indissociável entre um sistema de transmissão consensual e um sistema causal. De fato, dado que a transmissão da propriedade ocorre no mesmo momento do contrato obrigacional, existe uma tendência em acreditar num vínculo inseparável entre ambos. As transmissões, já foi dito, se separam causais e abstratos. Com mais propriedade, assim com afirma D. BESSONE (*Do contrato* cit. (nota 143), p. 113), não é propriamente o contrato que é causal ou abstrato, mas a promessa, que pode consistir "no reconhecimento unilateral de uma dívida, sem revelação da causa debendi."

Todavia, a separação de planos de Direito Obrigacional e Direito das Coisas não implica, necessariamente, causalidade ou abstração. É equivocada a ideia de que todos os contratos de Direito das Coisas seriam abstratos (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 223). Dizer que um sistema consensual é obrigatoriamente causal

transmissão de propriedade é abstrata.[601] O que torna o acordo de transmissão causal ou abstrato é a regra jurídica que incide sobre este e faz a eficácia real depender da causa. É dizer, se do negócio jurídico causal se puder observar a tradição ou registro através do acordo de transmissão, ou, para usar a terminologia de F. C. PONTES DE MIRANDA, se o acordo de transmissão é como que "transparente" ao negócio jurídico causal, então o acordo de transmissão é concreto. E isso equivale a dizer que "se o negócio jurídico causal o traspassa, é porque as regras jurídicas concernentes à tradição" – ou ao registro – "como um dos modos de aquisição da propriedade móvel" – ou imóvel – "permitem que se veja, da tradição, através ainda do acordo, a causa mesma do negócio jurídico básico".[602]

Portanto, nada impede que a separação entre os planos do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas seja considerada de modo relativo, de forma que o negócio jurídico dispositivo assuma caráter causal, fazendo com que dependa do negócio jurídico antecedente de direito das obrigações.

está longe de ser correto. Isso porque, a pedra de toque para definição de ato causal ou abstrato é a existência de acordos diferentes, que constituem, de um lado, a obrigação de transferir e, por outro, a transmissão da propriedade. Desse modo, sabendo que, mesmo nos sistemas em que a transmissão ocorre pelo consentimento, existem duas manifestações de vontade – uma de obrigar-se e uma de transmitir – sendo que esta última é presumida, nota-se que mesmo num sistema onde a transmissão se dá pelo simples consenso, é possível que essa seja abstrata. Em outras palavras, "num sistema consensual, é verdade, o acordo real pode coincidir com o contrato que obriga à transferência, mas deve ser visto como um elemento distinto". Sendo assim, "se o próprio contrato transmitisse a propriedade, a transferência seria inevitavelmente causal. No entanto, não é o contrato que transfere a propriedade, mas o acordo que dispõe sobre a transferência (acordo real)". Isto posto, resta claro que a transferência pode ser abstrata ou causal, seja o sistema de transmissão consensual ou tradicional (L. P. W. VAN VLIET, *Transfer of movables* cit. (nota 301), p. 204).

Dada a existência do acordo (acordo real), mesmo em sistemas consensuais, o momento em que a propriedade é transferida pouco importa para definição de sua relação com o acordo obrigacional.

Embora referindo-se ao direito alemão, M. PIETREK (*Konsens* cit. (nota 210), p. 29-30.) destaca que, o princípio da separação não se confunde com o princípio da abstração. Enquanto este é dispensável – especialmente por ser uma construção predominantemente jurídica – aquele é indispensável, porquanto, a aquisição por meio de um ato dispositivo é vital para que a transferência possa ocorrer. Em suma, não é o plano de atuação do contrato – no Direito das Coisas ou no Direito das Obrigações – que determinará sua causalidade. O acordo de transmissão pode ser causal ou abstrato, como defende F. C. Pontes de Miranda na propriedade imobiliária, mesmo sendo de direitos das coisas.

[601] Daí a afirmação de F. C. PONTES DE MIRANDA (*Tratado* cit. (nota 90), p. 223) que adverte: "tem-se, preliminarmente, de limpar o pensamento jurídico de afirmações apressadas como essa: 'Todo negócio pertencente ao Direito das Coisas é abstrato', pois há negócios jurídicos de Direito das Coisas que não no são".

[602] *Tratado* cit. (nota 90), p. 225. No mesmo sentido, C. V. COUTO E SILVA (*A obrigação* cit. (nota 85), p. 49) ao afirmar que a causa se determina "em razão de dispositivo do ordenamento jurídico" que a torna "irrelevante".

Nessa ordem de ideias, é preciso, então, observar nas fontes jurídicas as regras que se aplicam à transmissão de propriedade e, assim, definir se o sistema adotado no Brasil é causalista ou não. Em outras palavras, se, no sistema brasileiro, é possível que se veja, através do acordo de transmissão, a causa mesma do negócio jurídico básico.

A verificação sobre a causa no direito brasileiro deve ser feita com base na forma que o legislador lida com atos viciados, afinal, se não houver vício, não há que se discutir a reparação do prejudicado. Assim, três são as regras que devem ser analisadas para tanto, nomeadamente, aquelas do art. 1.268, "que contém regra que, pela hermenêutica integradora, e se aplica a todo o sistema de transferência da propriedade",[603] do art. 307 e dos arts. 884 e 886.

Segundo o art. 884 do Código Civil, que trata do enriquecimento sem causa:

> *"Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários."*

Tendo o ordenamento brasileiro adotado tal regra, há quem argumente que "a acolhida pelo direito pátrio da figura do enriquecimento sem causa expressa com vigor a necessidade de que em toda a modificação de direitos existe uma causa, sem o que nenhuma pretensão teria o empobrecido."[604]

Em verdade, como visto, a regra geral é de que todo negócio jurídico é causal, sendo a abstração exceção à regra. Por isso, o simples fato de ordenamento jurídico brasileiro admitir o enriquecimento sem causa, não parece suficiente para caracterizá-lo como causal. E isso porque, qualquer enriquecimento sem causa, ou seja, qualquer atribuição patrimonial que seja feita sem uma causa existente, ainda que a causa diga respeito ao consenso em relação à transmissão, é contra o direito mesmo. É necessário, sempre, que exista uma razão que fundamente o acréscimo patrimonial. Se essa razão não existe, os sistemas jurídicos ou i) devolvem a coisa em espécie àquele que a perdeu, invalidando o negócio de transmissão (sistemas causais) ou ii) concede crédito ao prejudicado, mas mantendo incólume a transmissão de propriedade (sistemas abstratos).

---

[603] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 90.
[604] C. V. COUTO E SILVA, *Teoria da causa* cit. (nota 439), p. 64.

Por essa razão, melhor ilustra a natureza do sistema brasileiro o disposto no art. 886 do Código Civil, segundo o qual:

> *"[n]ão caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido."*

Embora esse dispositivo sozinho não confirme se o sistema é causal ou abstrato, o fato de permitir a criação de um crédito – e, consequentemente, a manutenção da validade do ato jurídico que ocasionou o enriquecimento – apenas de maneira subsidiária, dá fortes indícios de que o sistema é, de fato, causal.

E, realmente, o sistema de transmissão imobiliário adotado no Brasil é, tradicionalmente, causal. Assim demonstraram, por maneiras diversas SORIANO NETO[605] e C. V. COUTO E SILVA, embora nomes de peso, como F. C. PONTES DE MIRANDA,[606] não o tenham assim se posicionado.

Na esteira dos ensinamentos do professor gaúcho, a causalidade decorre da conjugação do disposto nos artigos 1.268 e 307 do Código Civil, equivalentes aos artigos 622 e 933 do Código Civil anterior. Ao impedir a produção de eficácia real,[607] impedindo a transmissão da propriedade pelo não proprietário, ou seja, ao impedir a assim chamada alienação a *non domino*, o disposto no art. 1.268 contém regra que, por hermenêutica integradora, se aplica a todo o sistema de transferência da propriedade,[608] fazendo com que a transferência de propriedade dependa de uma causa que a justifique.

Verifica-se, portanto, a razão dos defensores da teoria da causalidade considerarem o ato como causal. É que, ao sancionar com a ineficácia a transmissão a *non domino*, prestigiando a

---

[605] *Publicidade Material do Registro de Immobiliario (Efeitos da Transcripção)*, Recife, Tribuna, 1940.

[606] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 90), p. 169, 171 e 225. Segundo ele, a transmissão da propriedade imobiliária é sempre abstrata. Sobre os negócios para disposição ou de disposição, afirma que "o acordo de transmissão da propriedade imobiliária, os negócios jurídicos pelos quais se constituem, extinguem ou traspassam direitos reais, a cessão de crédito, a remissão de dívida, a assunção de dívida, a promessa abstrata de dívida, o reconhecimento de dívida, os títulos ao portador e outros negócios jurídicos obrigacionais são negócios jurídicos abstratos. Também são abstratos os negócios jurídicos cambiários. Não se pode descer à causa, porque o suporte fáctico não a teve, nem na tem. Pode A discutir se houve compra-e-venda, ou não, entre ele e B, que pensou em troca; não se pode discutir se o ato de transmissão do bem imóvel (ou a tradição do móvel) teve causa (ainda se proibida ou imoral). Nem se o título ao portador, ou cambiário, teve causa (ainda se proibida ou imoral)". Embora faça a ressalva de que o acordo de transmissão da propriedade mobiliária seja causal.

[607] O código antigo falava em validade do pagamento. Atualmente, no entanto, essa falha, que já havia sido apontada pela doutrina, como por exemplo por C. V. COUTO E SILVA (*A obrigação* cit. (nota 85), p. 56), foi emendada.

[608] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 90.

segurança jurídica estática – ou seja, o verdadeiro proprietário – em detrimento da segurança jurídica dinâmica – ou seja, o tráfego jurídico – a lei não o teria considerado abstrato, porque, se assim fosse, a transmissão seria válida e eficaz, independentemente de se tratar de uma transmissão que não é feita pelo verdadeiro dono.

SORIANO NETO,[609] em obra altamente considerada pela doutrina,[610] discorre acerca da interpretação e do alcance do art. 859[611] do Código Civil anterior, que, para muitos,[612] foi copiado do BGB sem a devida compreensão do seu alcance. Em sua obra, o autor destaca a importância da publicidade imobiliária, considerada um dos problemas fundamentais do Direito Civil. Também destaca o problema social subjacente à discussão entre causalidade e abstração: a segurança jurídica do proprietário e a segurança jurídica do comércio, que exige proteção em relação aos adquirentes. Aponta a existência de dois modelos publicitários o alemão e o francês, que contrapõe duas ideias fundamentalmente antagônicas, a primeira de que o registro apresenta um valor absoluto e a segunda de que se trata de uma simples forma de publicidade para um ato que já ocorreu.

Essencialmente, argumenta o autor, a abstração advinda do BGB decorre da conjugação dos parágrafos 891, 892 e 893, dos quais, apenas o primeiro foi incorporado ao direito brasileiro. Nesse sentido, o direito brasileiro teria admitido apenas a presunção jurídica *iuris tantum* advinda da publicidade registral.[613] Dessa forma, conclui que nada do que ocorre no sistema alemão acontece no direito brasileiro, em que a transcrição se baseia no sistema causal, dependente do ato que lhe dá origem.

Em suma, no que diz respeito à comparação com o sistema alemão, o autor afirma que o direito brasileiro não acolheu os princípios fundamentais que o caracterizam e distinguem do francês. Especialmente no que diz respeito à causalidade, apesar de ter admitido o princípio da legitimidade – que confere a presunção do registro – este o foi "não na forma do consentimento

[609] *Publicidade Material* cit. (nota 605).

[610] Cf. as referências em E. CHAMOUN, *Exposição de motivos do esboço do anteprojeto do código civil – Direito das coisas*, in *Revista Brasileira de Direito Civil* (*RBDCivil*) 20 (2019), p. 227; M. M. Serpa Lopes (Tratado cit. (nota 309), p. 61 e ss.; I. JACOPETTI DO LAGO, A Lei 13.097 de 2015 e sua contribuição para a governança fundiária, in Revista de Direito Imobiliário (RDI) 81 (2016), p. 155-184.

[611] "Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu."

[612] Cf. M. M. Serpa Lopes, *Tratado* cit. (nota 309), p. 59.

[613] *Publicidade Material* cit. (nota 605), p. 170-173.

material do direito alemão – negócio jurídico-real abstrato –, mas na do consentimento causal – negócio jurídico-obrigacional-causal."[614]

Por isso, a eficácia do registro fica na dependência da existência pressupostos jurídico-materiais, quais sejam, negócio jurídico válido, em conformidade com as regras disciplinadoras dos negócios jurídicos, e possibilidade de disposição do alienante, condição essencial de todo negócio real.

Tal posicionamento foi adotado pelos Tribunais Superiores[615] e manteve-se intacto com a entrada em vigor do atual Código Civil. Inclusive, as lições de Soriano Neto são citadas textualmente pelo idealizador do livro de Direito das Coisas em sua exposição de motivos.[616]

Por essas razões, pode-se concluir, com J. C. MOREIRA ALVES,[617] que o contrato de alienação fiduciária em garantia, como caso particular de transmissão da propriedade é um contrato causal. Ela é, como são em geral todos os negócios dispositivos no direito brasileiro, causal. Isso decorre, essencialmente, do fato de o ordenamento jurídico brasileiro, tradicionalmente, não permitir a abstração da causa.

---

[614] *Publicidade Material* cit. (nota 605), p. 200.

[615] Para uma lista dos julgados que cristalizaram essa ideia, ocorrido nas décadas de 1940 até 1960, cf. C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 54, nota de rodapé nº 102. No mesmo sentido, E. CHAMOUN, *Exposição de motivos* cit. (nota 610), p. 227.

[616] E. CHAMOUN, *Exposição de motivos* cit. (nota 610), p. 227. Em sentido contrário, M. BERNARDES DE MELLO – M. EHRHARDT JR. (*Panorama atual* cit. (nota 202), p. 225) ao afirmarem que o acordo de transmissão da propriedade seria abstrato.

O atual Código Civil reuniu num único lugar dispositivos que, apesar de tratarem do mesmo assunto, encontravam-se separados. Os antigos arts. 531, 534, 859 e 860, que tratavam do registro de imóveis, estavam separados em tópicos diferentes. Enquanto os dois primeiros estavam localizados no Título II do Livro II da Parte Especial, que trata da propriedade, os dois último estavam localizados na Seção VI do Título III da Partes Especial, que trata, a primeira do Registro de Imóveis e, a segunda, dos direitos reais sobre coisas alheias. Localizada no título que trata dos direitos reais em coisa alheia, a seção que trata do registro de imóveis era, claramente heterotópica.

A exposição de motivos acerca do Direito das Coisas mostra com clareza cristalina qual foi a inspiração do legislador quanto aos efeitos e à causalidade do registro. Nesse aspecto, não se procurou qualquer tipo de inovação. Nas palavras de E. CHAMOUN (*Exposição de motivos* cit. (nota 610), p. 227), foram "mantidos os princípios do registro atributivo da propriedade imobiliária e o da presunção relativa, inclusive diante do terceiro adquirente de boa-fé, a título oneroso", o que deixa clara o caráter causal da transmissão.

Seguindo numa esteira refratária às inovações, foram rejeitados o princípio da eficácia material, ou da fé pública, do direito alemão, e prestigiada a tese de Virgílio Sá Pereira e Soriano Neto, que a jurisprudência dos nossos tribunais consagrou.

[617] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 90.

Ainda que o ordenamento brasileiro não considere a causa como elemento do negócio jurídico, como o fazem, com a clareza, o francês e o italiano, a conjugação dos artigos que dizem respeito ao enriquecimento sem causa e à eficácia do ato dispositivo do Código Civil, impedem que se desconsidere a causa na transmissão imobiliária.

Com efeito, essa era a situação consolidada até o advento da lei nº 13.097/2015, que surgiu como conversão da Medida Provisória nº 656/2014 e traz em seu bojo "regras concernentes ao Direito registral (arts. 53 a 62), embora a mais aparentemente importante delas (a do art. 54) não se destine a repercutir diretamente na *praxis* do registro, antes mais incidindo no âmbito de seus feitos primeiramente substantivos."[618]

Dispõe o art. 54 da referida lei

> *Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:*
>
> *I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;*
>
> *II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;*
>
> *III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e*
>
> *IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.*
>
> *Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº*

[618] R. HENRY MARQUE DIP – N. ANDRIGHI, *Apontamentos acerca dos registros públicos – Lei 13.097/2015*, in *CORI-MG*, s.d., disponível in https://corimg.org/files/obra/20150327-artigo-nancy-desembargador-1.pdf?x88437 [20/12/2021].

11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Verifica-se, então, que os atos não inscritos no registro não poderão, posteriormente, ser opostos ao terceiro adquirente de boa-fé. Isto é, a introdução dessa lei modificou o regime jurídico acerca da presunção emanada do registro. Assim, mesmo que seja detectado defeito em transmissão anterior, o terceiro de boa-fé estará protegido, surgindo para o prejudicado – primeiro alienante – um crédito contra o segundo alienante (que alienou ao terceiro de boa-fé), mas não poderá reivindicar a coisa.

Nota0se, portanto, na relação derivada (segunda alienação), apesar de despida de uma justa causa, já que o segundo alienante não teria a coisa para dela dispor, a transmissão continuaria válida, ficando, assim, abstraída de uma causa. Emerge então a questão de se saber se o direito brasileiro incorporou o princípio da fé pública,[619] abstraindo a causa da transmissão da propriedade.

Há quem argumente[620] que a lei vem apenas explicitar um princípio que já estava presente no ordenamento brasileiro, qual seja, o da inoponibilidade dos atos não inscritos. Com isso, não traria qualquer inovação, apenas reforçaria o princípio da legitimidade. Apenas casuisticamente abstrairia algumas transmissões, continuando a regra da causalidade.

Advoga nesse sentido o fato de que as modificações introduzidas possuem alcance limitado, não se tratando de uma reforma do sistema de transmissão como um todo.[621] Com efeito, a novidade recairia na "explicitude legal dos efeitos substantivos", ainda que limitados. Os efeitos a que a lei alude são os derivados da falta de inscrição de alguns títulos referidos em seu corpo. Por isso, parece arriscado dizer que se trata da introdução de um novo princípio geral.

[619] Princípio da fé pública é aquele que faz valer o conteúdo do registro como íntegro e exato em benefício daquele que, por nele acreditar, adquire por negócio jurídico (M. V. ALVES DE SOUSA JARDIM, *Efeitos Substantivos do Registro Predial – Terceiros para Efeitos de Registro*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 191), cujo efeito é tornar saneadora a inscrição, liquidando, por assim, dizer a propriedade (A. CARVALHO, *Registro* cit. (nota 225), p. 161). Cf. V. F. KÜMPEL, *Sistemas de Transmissão* cit. (nota 210), p. 301-302, que considera, acertadamente, a fé pública não como um princípio, mas como efeito da inscrição.

[620] R. HENRY MARQUE DIP – N. ANDRIGHI, *Apontamentos* cit. (nota 618).

[621] R. HENRY MARQUE DIP – N. ANDRIGHI, *Apontamentos* cit. (nota 618).

Fosse o caso de introdução de um novo princípio material, seria desejável que ocorresse no âmbito do Código Civil,[622] seja por sua relevância, seja pela centralidade desse diploma, que diz respeito às questões mais importantes de direito material. E isso porque, é no Código Civil que devem estar concentradas as questões materiais que que dizem respeito à transmissão da propriedade.[623]

Por outro lado, estudos recentes[624] defendem a introdução do princípio da fé pública registral, o que não só teria tornado algumas inscrições saneadoras relativamente ao terceiro de boa-fé, como teria introduzido um novo princípio de aplicação geral.

Seja como for, dado o ineditismo do tema a questão ainda se mostra tormentosa. Também a forma como esta norma foi incluída no ordenamento brasileiro, como mostrado, dificulta sua interpretação.

Em suma, a pergunta que precisa ser imediatamente respondida é: a alienação fiduciária, como negócio jurídico dispositivo, nessa nova conformação, continua a ser causal ou abstrata? Assim, poder-se-á responder à questão mediata: o que ocorreria se um imóvel fosse dado em alienação fiduciária e, posteriormente, caso se descobrisse que o garante (devedor original ou terceiro) não era seu verdadeiro proprietário?

Ao que tudo indica, não existindo nenhuma advertência inscrita na matrícula do bem, a transmissão será válida, ainda que se ateste a existência de vício que diga respeito à transmissão de mais direitos do que o transmitente tem. Desse modo, a alienação em garantia será válida, a despeito do vício existente.

É preciso ressaltar, todavia, que as exceções constantes do parágrafo único, do art. 54 da lei nº 13.097/2015, complicam, consideravelmente, a questão. Pois, ao admitir situações nos quais apesar de válida, a transmissão não produzirá efeito, criaria exceções da exceção.

---

[622] Sobre a centralidade do Código Civil, cf. B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Parte Geral: Código Civil: Gênese, Difusão e Conveniência de uma Ideia*, São Paulo, YK, 2018, p. 25.

[623] Cf., e.g., os arts. 1226 e 1227 do Código Civil.

[624] Nesse sentido, I. JACOPETTI DO LAGO, *A Lei 13.097* cit. (nota 610); M. DEMBINSKI KERN, *A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral?*, in *Revista de Direito Imobiliário* (*RDI*) 78 (2015), p. 15-58; L. BRANDELLI, *Registro de Imóveis – Eficácia Material*, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 230-252.

Inclusive, os casos em que tais exceções podem ocorrer não são, numericamente, desprezíveis, sendo que o número de "exceções", no caso concreto, pode até superar os da regra geral.

Conclui-se, portanto, que, tradicionalmente, a alienação fiduciária como negócio jurídico dispositivo, era negócio jurídico causal. E isso decorre da combinação dos arts. 1.268 e 307 do Código Civil, que condicionam a produção de efeitos reais à titularidade do direito.[625] A eventual troca de paradigma, que, agora, com a introdução do art. 54 da lie nº 13.097/2015, dá mais valor à situação registral do que a situação extra registral, pode conferir uma nova natureza aos negócios jurídicos dispositivos e consequentemente à alienação fiduciária em garantia, que passaria a ser abstrata, independendo a verdadeira titularidade do bem a ser dado em garantia. Todavia, nesse momento parece prematura qualquer conclusão acerca do tema. Se faz necessário que se aguarde a posição dos Tribunais Superiores, até que um entendimento pacífico sobre o tema seja alcançado.

5.13 O art. 30, parágrafo único da lei nº 9.514/1997

Nos capítulos anteriores observou-se que não existe um negócio jurídico desprovido causa. Aduziu-se também que, em alguns ordenamentos, a causa da transmissão reside, propriamente, na vontade de transmitir a coisa, preferindo-se dar maior importância ao enriquecimento injustificado do que a recuperação da coisa *in natura*.[626]

Especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se notar uma preferência pela adoção do conceito de causa, muito embora, a causa, diferentemente dos sistemas francês e italiano, não esteja prevista expressamente como elemento do negócio jurídico.

[625] Que é corolário do princípio "*Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*" (Não se pode transmitir mais direitos do que se tem).

[626] A. MAJO, *Causa* cit. (nota 431), p. 1. Mesmo a construção do negócio jurídico abstrato, alegadamente desprovido de uma causa, exige um fundamento causa que justifique a entrega da coisa, que é, justamente, a vontade das partes em transmitir a propriedade da coisa. Nesses casos, o esvaziamento do conceito de causa, entendido em seu sentido objetivo, faz nascer, naturalmente, o conceito de causa como o indício da vontade dos contraentes (F. RANIERI, *Brevi Note* cit. (nota 200), p. 315-338).

Isto posto, surge a questão de saber se, nas situações reguladas no parágrafo único do art. 30 da lei nº 9.514/1997, cuja redação é dada pela lei nº 13.465/2017, a transmissão de propriedade fiduciária teria sua causa abstraída.

De acordo com o referido dispositivo legal,

> *"[n]as operações de financiamento imobiliário, inclusive nas operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977, de 7 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."*

Observa-se duas considerações importantes feitas pela lei. A primeira, diz respeito ao âmbito de aplicação do dispositivo, que fica restrito aos casos de financiamento habitacional. A segunda, mais interessante, está relacionada à validade do negócio jurídico, independentemente de "controvérsias sobre as estipulações contratuais ou os requisitos procedimentais de cobrança e leilão".

Sobre a primeira vale comentar apenas que não é possível a interpretação extensiva para os casos em que a garantia é firmada fora dos casos de financiamento imobiliário. Embora a lei nº 10.931/2004 tenha, por meio de seu art. 51, incluído a alienação fiduciária como modalidade geral de garantia real, o parágrafo único do art. 30 foi introduzido pela lei nº 13.465/2017, posterior àquela e, portanto, já levando em consideração que a alienação fiduciária poderia ser realizada para garantir qualquer tipo de obrigação.

Assim optando que apenas os financiamentos imobiliários fossem alcançados pelo dispositivo, o legislador não deu margem para que se possa aplicá-lo a outros casos, como por exemplo, a garantia de crédito rotativo.

No entanto, mais interessante é a questão que diz respeito à validade do contrato, independentemente da regularidade de cláusulas contratuais e do procedimento de consolidação da propriedade.

Como bem apontou F. C. PONTES DE MIRANDA,[627] a causalidade, ou não, do acordo de transmissão depende das normas que incidem sobre ele e fazem a eficácia real depender da causa. Sob esse aspecto, já foi discutido o fato de, no direito brasileiro, tanto a transmissão mobiliária, quanto a imobiliária, serem causais.

Cabe analisar, aqui, se, em razão da norma constante do parágrafo único do art. 30, a transmissão seria abstraída de causa.

Em primeiro lugar, é preciso descartar eventual conjectura de que tal dispositivo tenha alterado o sistema causalista de transmissão da propriedade no ordenamento brasileiro com um todo. De fato, o alcance limitado da norma – exclusiva para questões de financiamento habitacional – e a especialidade da lei não teriam o condão de alterar toda a sistemática estruturada e construída ao longo de muitos anos no seio do Código Civil,[628] mesmo porque, com a restrição do objeto, não poderia alcançar todos os negócios jurídicos.

Com efeito, o sistema de transmissão deve ser estudado tendo por base a norma central do sistema, que, no caso, é o Código Civil. Decorre de seu caráter centralizador[629] e sistemático o fato de ser nele localizada as questões atinentes à transmissão da propriedade.[630]

---

[627] *Tratado* cit. (nota 90), p. 225. Embora tenha se referido, no caso, apenas aos bens móveis, em verdade, pode-se estender o mesmo raciocínio para os bens imóveis, uma vez que, em ambos os casos, o fundamento é o mesmo. Importantes juristas, inclusive, como M. M. Serpa Lopes (*Tratado* cit. (nota 309), p. 83) são refratários à classificação de bens em *móveis* e *imóveis*: "Já frisamos o nenhum prestígio da distinção entre bens móveis e imóveis."

[628] Essa discussão, no entanto, tomou a atenção de importantes jurisconsultos, como J. C. MOREIRA ALVES (*Da Alienação* cit. (nota 130), p. 58-76) e O. GOMES (*Alguns problemas* cit. (nota 422), p. 453-456), que elaboraram pareceres específicos sobre o assunto. Pois, a nova redação dada ao art. 66 pelo Decreto-Lei nº 911 – hoje revogado – estatuía que "a alienação fiduciária em garantia [de bens móveis] transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem", o que ia de encontro ao disposto no Código Civil então vigente, segundo o qual, "o domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição." O. GOMES entende que a leitura dos dois diplomas revela que a regra geral do Código Civil não foi excepcionada, pois ao falar sobre a *tradição efetiva*, a lei teria dispensado apenas sua materialidade, mas não a "tradição simbólica", "implícita, em face dos termos da lei e realizada pelo constituto possessório". Tal posição, no entanto, é equivocada, porquanto, seria o equivalente ao estado anterior ao direito francês ao conceber a transmissão da propriedade com o simples acordo de vontades, onde a cláusula *constituti* era presumida. Como mostra J. C. MOREIRA ALVES (*Da Alienação* cit. (nota 130), p. 69), não há, em verdade, que se falar em constituto possessório presumido por determinação legal, quando a lei não o presume expressamente.

[629] Nem todo sistema jurídico, no entanto, tem um Código Civil como centro de referência do seu direito privado (B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Parte Geral* cit. (nota 622), p. 11). Naqueles que o tem, todavia, é nele que se deve procurar as questões centrais do direito privado, pois do ponto de vista político, a codificação atende a essa finalidade.

[630] Observada a estrutura do Código Civil brasileiro, assim como seu conteúdo, pode-se dizer que são, grosso modo, três os temas centrais tratados no direito civil: propriedade, contratos (negócios jurídicos) e família.

Isto posto, pode-se dizer que a transmissão da propriedade, analisada sob a ótica de ser o Código Civil o centro do sistema jurídico privado, continua a ser causal. No entanto, não deixa de ser intrigante o fato de que, mesmo existindo problemas relacionados ao contrato de alienação fiduciária em garantia, ou no procedimento de purgação da mora, que levariam, inexoravelmente, à anulação da consolidação da propriedade no patrimônio do credor, a transmissão da propriedade (e sua consolidação) continuariam válidas.

A característica principal da abstração do contrato de transmissão da propriedade é que a "nulidade e a anulação do negócio jurídico causal são sem consequências para ele, salvo se, pela interpretação, se concebeu como dependente daquele",[631] ou seja, se foi colocado como condição do negócio subjacente.

Por essa razão – ou seja, pelo fato de que a transferência continua válida, mesmo no caso de problemas no fundamento do negócio subjacente, ocasionando, assim, a validade independentemente do escopo do negócio – pode-se dizer que a transmissão da propriedade fiduciária, nesses casos é abstrata.

Relembrando as lições de J. C. MOREIRA ALVES,[632] que, fulcradas no escólio de G. DEIANA,[633] segundo as quais, cientificamente, o fator que melhor diferencia o negócio jurídico causal do abstrato é a causa da atribuição patrimonial, a qual se pode e conceituar, i) ou como o fundamento econômico-jurídico justificador da atribuição patrimonial (isto é, da vantagem de conteúdo econômico que é perseguida por uma ou por ambas as partes) que se faz por intermédio do negócio jurídico, ii) ou o escopo que se quer atingir com essa atribuição, parecer ser claro que a conclusão não poderia ser outra. Isto é, a transmissão é abstrata. Afinal, a atribuição patrimonial continua a ser válida não só se o devedor-fiduciante deixa de adimplir sua obrigação – ocasião que o escopo de garantia é verificado – como no caso em que adimple a obrigação e a finalidade imediata – garantia – deixa de ser alcançada.

Observa-se, portanto, que nos casos regulamentados pelo parágrafo único do art. 30 da lei nº 9.514/1997, a atribuição patrimonial – a transmissão da propriedade resolúvel – é válida

[631] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 217), p. 430
[632] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 89-90.
[633] *Alcuni chiarimenti* cit. (nota 429), p. 1-12.

também quando o escopo para a qual foi realizada não seja atingido. Isso equivale a dizer que os efeitos da validade da atribuição prescindem da observação da finalidade para a qual foi constituída,[634] não restando dúvida sobre sua abstração.

Embora seja incomum no direito brasileiro a abstração da causa no caso de transmissão imobiliária, especialmente em razão da forte adesão às considerações de Virgílio Sá Pereira e Soriano Neto esposadas por E. CHAMOUN na exposição de motivos para edição do Novo Código Civil,[635] não se deve estranhar tal circunstância, uma vez que o princípio da abstração já está presente no direito brasileiro há bastante tempo, sendo um dos princípios basilares no que diz respeito aos títulos de crédito.[636]

Por fim, não se deve estranhar também o fato de que em apenas um caso – exigência de notificação do devedor fiduciante – a consolidação da propriedade deixa de ser válida, pois a abstração na transmissão é suscetível de graus.[637]

5.14 Conclusão

Não vigora no sistema brasileiro, como regra geral, como no sistema alemão, o princípio de abstração em que o acordo obrigacional independe do acordo translativo que modifica a relação jurídico-real do bem. No Brasil, o contrato de Direito das Coisas, consubstanciado no acordo de transmissão e no registro do título de aquisição de imóvel é causal e tem gerado, tradicionalmente, apenas a presunção *iuris tantum* de propriedade. O que é o mesmo que dizer

[634] G. DEIANA, *Alcuni chiarimenti* cit. (nota 429), p. 143.

[635] Cf. *Exposição de motivos* cit. (nota 610), p. 227.

[636] Também no direito imobiliário brasileiro pode-se verificar um outro tipo de abstração. O Registro Torrens, de inspiração australiana, embora tenha sua vigência contestada, é apresentada por muitos como gerador de títulos abstratos (C. V. COUTO E SILVA, *Teoria da causa* cit. (nota 439), p. 69). Ou seja, constitui o seu produto indestrutível expressão de verdade jurídica. Realizada essa espécie de registro, a máxima de direito, segundo a qual, ninguém pode transmitir mais direito do que tem, deixa de fazer sentido.

À semelhança do que ocorre com os títulos de crédito, o título Torrens torna, em regra, invulnerável o proprietário inscrito em face do verdadeiro *dominus*.

[637] C. V. COUTO E SILVA, *Teoria da causa* cit. (nota 439), p. 69. Caso semelhante ocorre no caso do Registro Torrens, em que, apesar de o *caput* do art. 75 do Decreto nº 451-B, dispor que, "Nenhuma acção de reivindicação será recebivel contra o proprietario de immovel matriculado", seus parágrafos atenuam a abstração da aquisição, dando azo à averiguação da causa da transmissão. Ou seja, o conteúdo abstrato do título não é absoluto, em certos casos, ainda assim, é possível a indagação da causa.

que, inválido o título, inválido será o registro, ficando desfeita, assim, a aparência de transferência de propriedade.[638]

Os sistemas de transmissão separam-se em consensualista e de tradição, também denominados francês e germânico.[639] Desse contexto não foge o Brasil. Mas, a despeito de ser fortemente influenciado pelo direito alemão,[640] no qual ambos adotam o sistema de tradição, de outro, sofreu forte influência do direito francês e italiano ao adotar um modelo causalista.[641]

A doutrina anticausalita, defendida por M. PLANIOL[642] e admitida por C. BEVILÁQUA[643] no Brasil, sofreu grandes críticas da doutrina nacional,[644] que afirma seu sucesso decorrer mais de dificuldade em se fixar o conceito da causa e seu papel jurídico do que a qualquer consistência lógica.

No Código Civil Brasileiro não se faz referência à causa como no Código Civil Francês (*Code Civil*) ou no Código Civil Italiano (*Codice Civile*). Neles, a causa, sendo elemento do negócio jurídico, ou seja, pressuposta, atua, segundo as lições de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO,[645] como verdadeiro elemento categorial ou de validade do negócio jurídico.

---

[638] V. H. TEJERINA VELÁZQUEZ, Propriedade imobiliária e mobiliária – Sistemas de Transmissão, Curitiba, Jaruá, 2012, p. 41.

[639] A verdade, no entanto, é que cada ordenamento jurídico possui peculiaridades que o tornam único e que, assim sendo, não se pode, *a priori* igualar dois sistemas sem se analisar, cuidadosamente, suas particularidades. De fato, a separação entre sistema de transmissão francês e germânico é genérica. Dentro dessa divisão também existem subdivisões. No primeiro caso destacam-se o francês, o belga, o holandês, e o italiano. No segundo caso, o alemão, o austríaco, o suíço e o australiano (V. F. KÜMPEL – C. MODINA FERRARI, *Tratado Notarial e Registral* cit. (nota 209), p. 173). Acerca da peculiaridade dos sistemas de transmissão, cf. a divisão feita por V. F. KÜMPEL, *Sistemas de Transmissão* cit. (nota 210).

[640] Por exemplo, na atualidade, a adoção do conceito de negócio jurídico, que é considerado como conceito central naquele ordenamento, estando esse fundamento expressamente descrito nos Motivos para o Código Civil Alemão (C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 49). Estruturalmente, também pode-se notar forte influência do direito alemão, dada a existência de uma parte geral e uma parte especial. Por fim, mesmo antes da publicação do Código Civil Alemão, a influência alemã já era sentida nos trabalhos de Augusto Teixeira de Freitas por obra dos trabalhos de Savigny (C. V. COUTO E SILVA, *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, in *Revista de Informação Legislativa* (*RIL*) 97 (1988), p. 168.)

[641] Por exemplo, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *L'influence* cit. (nota 208), p. 195-206.

[642] *Tratatié Élémentaire de Droit Civil*, t. II, 9ª ed., Paris, Librairie Génerale de Droit & Jurisprudence, 1923, p. 355: "*La théorie de la cause, telle que la doctrine française l'a construite, a un double défaut: elle est fausse, au moins dans deux cas sur trois; ele est inutile*" (A teoria da causa, tal qual a doutrina francesa a estruturou apresenta dois problemas: i) ela é falsa, ao menos em dois de três casos; ii) ela é inútil).

[643] C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, 6ª ed., Rio de Janeiro, Alves, 1940, p. 338: "Como bem diz Planiol, a noção da causa é perfeitamente inútil para a theoria dos actos jurídicos."

[644] A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* cit. (nota 300), p. 152, nota de rodapé nº 226.

[645] *Negócio jurídico* cit. (nota 300), p. 44.

Os requisitos de validade do negócio jurídico segundo o Código Civil Brasileiro estão dispostos no art. 104 do Código Civil e são, essencialmente, três: "agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei." É fácil verificar que, em princípio, a causa não é requisito de validade do negócio jurídico. O que leva parte da doutrina a inclinar-se pela teoria anticausalista.[646]

Nesse sentido, em consonância com as lições de A. MAJO,[647] ao afirmar que alguns sistemas jurídicos, como o alemão, não remetem a causa nem ao negócio nem ao contrato, preferindo, mais empiricamente, reconhecer a sua relevância no que se refere à proteção fornecida contra enriquecimentos injustificados, argumentam que a referência do Código ao enriquecimento sem causa seria um indício de possível abstração da causa no direito brasileiro, sendo o disposto nos artigos 884 e seguintes uma mera "concessão pontual à causalidade."

Pode-se dizer que, atualmente, a tese anticausalista é pouco aceita no Brasil. Decorre daí que a teoria mais aceita é a de que a causa desempenha papel relevante no ordenamento brasileiro.

Em que pese a dificuldade acerca do tema, especialmente no que diz respeito à multiplicidade do conceito de causa, pode-se afirmar com segurança que, o sistema brasileiro é, tradicionalmente, causal, exigindo uma causa que justifique a transmissão da coisa. E isso decorre da conjugação das normas que incidem sobre a validade e eficácia da transmissão. Nesse contexto, pode-se dizer que a alienação fiduciária, salvo pequenas exceções, era um negócio jurídico causal, afinal sua validade dependia da adequação entre a finalidade imediata e a atribuição patrimonial realizada. Todavia, a introdução, ou não, do princípio da fé pública pela lei nº 13097/2018, tornou consideravelmente complexa a determinação da causa nos negócios jurídicos imobiliários. Portanto, é difícil, nesse momento de ineditismo, afirmar se os negócios dispositivos, nos quais a alienação fiduciária está incluída, seriam causais ou abstratos. Ao que tudo indica, no entanto, a despeito da forma criticável de inclusão do princípio no ordenamento, parece que as transmissões passaram a ser abstratas.

[646] E.g., C. BEVILÁQUA, *Código Civil* cit. (nota 643) p. 336-338; C. SAHB BATISTA LOPES, *A causa* cit. (nota 576), p. 52.

[647] *Causa* cit. (nota 431), p. 1.

CAPÍTULO 6: A NATUREZA ACESSÓRIA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

6.1 Introdução

Assim como na Itália,[648] no Brasil, a doutrina moderna não costuma abordar o conceito de acessório – ou de obrigação acessória – de forma específica por meio de verbetes enciclopédicos ou monografias especializadas. Trata-a, em geral, de uma maneira sistemática, contextualizada em outros tópicos.[649]

O conceito de acessoriedade foi desenvolvido, predominantemente, na ciência jurídica continental e diz respeito, entre outros, ao vínculo entre o direito de garantia e a obrigação (direito pessoal) por ele garantido.[650] Ressalta-se, portanto, a importância do conhecimento dos princípios de *civil law* para o estudo do instituto.

Sobre esse aspecto, pode-se afirmar que o princípio da acessoriedade remonta ao direito romano (clássico) das garantias pessoais e reais.[651] É de Ulpiano[652] o fragmento que, com mais assertividade, enuncia a regra geral da relação acessória:

> *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora, praeterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur (Em todos as espécies de liberação, liberam-se também os acessórios, por exemplo, os que prometeram por outro, as hipotecas e penhores; ressalvado que, havendo*

[648] V. CALZAVARA, *Accessorietà e Autonomia delle Garanzie Personali nel Diritto Romano*, Tese (Dottorado) – Università degli Studi di Padova, Padova, 2017, pp. 13-18.

[649] A advertência também é válida no ordenamento escocês, como afirma A. STEVEN (*Accessoriness and Security over Land*, in *Edinburgh Law Review* (*ELR*) 13-3 (2009), p. 388): "The idea may at first sight seem to be a simple one, but in reality the picture is more complicated. As can be seen from the terminology, the subject has been little researched in Scotland. The word "accessory" is familiar, but "accessoriness" is hardly a term that trips off the tongue." (A ideia pode parecer simples à primeira vista, mas na realidade o quadro é mais complicado. Como pode ser visto pela terminologia, o assunto tem sido pouco pesquisado na Escócia. A palavra "acessório" é familiar, mas "acessoriedade" dificilmente é um termo empregado)

[650] L. P. W. VAN VLIET, *The German Grundschuld*, in *The Edinburgh Law Review* (*ELR*) 16-2 (2012), p. 148.

[651] A. STEVEN, *Accessoriness* cit. (nota 649), p. 389.

[652] 2 *reg.*, D. 46, 3, 43.

confusão entre o credor e os que prometeram por outro, não se livra o réu).[653]

Boa doutrina, no entanto, alerta que se tratava mais de um princípio flexível do que uma ideia rígida.[654] De fato, o princípio da acessoriedade é uma evolução das relações jurídicas aplicadas aos fatos subjacentes. Nesse sentido, vale lembrar que a forma mais antiga de garantia,[655] a *fiducia cum creditore*, era, em princípio, despida de qualquer acessoriedade. Tratava-se, isso sim, de uma obrigação autônoma, de caráter pessoal, na medida em que a forma de transmissão, a *manciaptio* ou a *in iure cessio*, e o pacto fiduciário de devolução da coisa eram desconectados. Ou seja, a transmissão da coisa, embora feito em garantia, juridicamente, em razão da sua forma, era desconectada de uma causa. O direito transmitido, a propriedade, não estava na dependência de qualquer outro. Em suma, a transmissão do direito era feita de forma definitiva, independentemente de outra obrigação que visasse garantir.

De acordo com M. KASER,[656] a dependência de existência de uma dívida a ser garantida havia se desenvolvido já no período da república. E, no mesmo período, se buscou aliviar a responsabilidade dos garantes, especialmente entre co-garantia.

Tal como concebida, a acessoriedade não é uma categoria de significado unívoco. Pois, se, acessoriedade implica, sempre, numa condição de subordinação e dependência na qual se encontra uma coisa ou um direito em relação à outra, também pode, nesse contexto, assumir significado específico.[657] Assim, por exemplo, em relação às coisas, acessoriedade diz respeito à coisa que não tem "relevância primária", como é o caso da adjunção e da comistão, onde se

[653] Tradução feita com base em I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo* cit. (nota 394), p. 605-606.

[654] R. ZIMMERMANN (*The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, Juta, 1990, p. 121) adverte que: "[q]ualquer discussão sobre a natureza acessória dos contratos de garantia romano envolve imediatamente o perigo de sobrepor conceitos e padrões de pensamentos modernos ao sistema jurídico histórico. A garantia, no direito moderno, é um contrato "acessório", que indica, no presente contexto, a dependência, em maior ou menor grau, da obrigação do fiador em relação ao devedor principal. Tanto o termo quanto a ideia, de fato, remontam ao direito romano, mas seria, é claro, a-histórico esperar que as fontes romanas se conformassem, por exemplo, à rígida conceituação do BGB."

[655] Esse é o entedimento da doutrina dominante (J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 13), p. 350, nota de rodapé nº 5).

[656] *Romisches Privatrecht*, trad. en. de Rolf Dannenbring, *Roman Private Law*, 4ª ed., Pretoria, University of South Africa, 1984, p. 278.

[657] V. CALZAVARA, *Accessorietà* cit. (nota 648), p. 13.

conclui *contrario sensu* do *caput* do art. 1.272.[658] Por outro lado, tratando-se de direitos, a acessoriedade diz respeito à relação existente entre o direito e a coisa – ou entre o direito e outro direito – de qual é consequência.[659]

Seja como for, o que mais importa em relação à acessoriedade são seus efeitos. No direito italiano, em regra, tem-se os seguintes efeitos:[660] i) onde a obrigação principal não é válida, também não o é a acessória[661]; ii) também o conteúdo da obrigação acessória não pode exceder o devido na obrigação principal e a execução não pode ser acordada em termos mais onerosos.[662] Mas, não se deve confundir com isso o efeito de que a garantia se estende, salvo convenção em contrário, a todos os acessórios da dívida principal, além das despesas com a citação ao fiador da ação movida contra o devedor principal.[663] Pois, o fiador pode opor ao credor as exceções que pertencem ao devedor principal, mesmo as pessoais, como a compensação da dívida que o credor tem para com o devedor principal, exceto as decorrentes de invalidez,[664] contudo, esse último efeito decorre da causalidade e não propriamente da acessoriedade.

Dessa forma, no direito brasileiro não há essencialmente diferença em relação aos efeitos, eles são os mesmos.[665]

---

[658] "As coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou adjuntadas sem o consentimento deles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração."

[659] V. CALZAVARA, *Accessorietà* cit. (nota 648), p. 14.

[660] P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7ª ed., Napoli, ESI, 2011, p. 416. Embora o autor esteja se referindo à fiança, a conclusão acerca da alienação fiduciária é a mesma, porquanto esses efeitos decorem do caráter acessório da mesma.

[661] Art. 1939 Codice Civile: "*La fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale, salvo che sia prestata per un'obbligazione assunta da un incapace*" (A fiança não é válida se não for a obrigação principal, salvo se for prestada por obrigação assumida por um incapaz).

[662] Art. 1941 Codice Civile: "La fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose" (A fiança não pode exceder aquilo que è devido pelo devedor, nem pode ser prestada sob condições mais onerosas).

[663] Art. 1942 Codice Civile: "Salvo patto contrario, la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale, nonché alle spese per la denunzia al fideiussore della causa promossa contro il debitore principale e alle spese successive" (Salvo convenção em contrário, a fiança se estende a todos os acessórios da dívida principal, bem como às despesas de comunicação ao fiador da ação movida contra o devedor principal e às despesas subsequentes).

[664] Art. 1945 Codice Civile: "Il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità" (O fiador pode opor ao credor todas as exceções que sejam oponíveis ao devedor principal, exceto a decorrente da incapacidade).

[665] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 168-169) destaca os seguintes efeitos: a) o valor da garantia é o mesmo do direito que ela garante; b) a extinção do crédito cuja satisfação assegura, extingui também a garantia, não sendo, todavia, verdadeira recíproca; c) salvo disposição em contrário ou hipótese em que a garantia

6.2 Origem dos direitos acessórios modernos

Os direitos reais de garantia tradicionais apresentam semelhanças não apenas nas legislações dentro dos sistemas de direito continental, como também entre estes e os da *common law*. Em razão de contingências e necessidades advindas da economia moderna, surgem naturalmente, em diversos países, modificações no princípio da acessoriedade da garantia ao crédito e da sua indivisibilidade. Tais modificações, consubstanciam-se, principalmente quando alguns códigos e legislações admitem as chamadas dívidas imobiliárias, as hipotecas pré-constituídas, não vinculadas a nenhuma relação creditícia que lhe servir de suporte, ou ainda, modificações que dizem respeito a sua execução, admitindo-se a possibilidade de ser efetivada extrajudicialmente, com o que se busca evitar as delongas de um processo de execução hipotecário típico.[666]

Tradicionalmente, por uma questão de equidade, tanto no sistema romano[667] como na maioria das legislações modernas não se conferiu a faculdade ao credor de garantia real de adquirir a propriedade do bem dado em garantia. Trata-se da impossibilidade de convenção de pacto comissório. Excepcionalmente, no direito medieval e na *common law*, consagrou-se a possibilidade de o devedor hipotecário tornar-se titular do domínio se a dívida não fosse adimplida em seu vencimento. É o que se convencionou chamar de *hipoteca de coisa*. O

se tem é extinto, com a sessão do crédito principal, transmite-se, igualmente, a garantia real; e d) as exceções oponíveis ao direito de crédito se opõem também à garantia, mas o mesmo não se verifica em caso contrário.

[666] C. V. COUTO E SILVA, *A hipoteca* cit. (nota 373), p. 131.

[667] No direito romano, é comum se considerar que, originalmente, a *lex comissoria*, um dos principais pactos adjetos ao contrato de compra e venda, atuava como condição suspensiva do negócio jurídico (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações - Extinção das Obrigações*, t. XXV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 411). Utilizava-se a seguinte fórmula para sua constituição: *si ad diem pecúnia soluta non sit, ut fundus inemptus sit* (se, no prazo, não for pago o preço, que o imóvel seja tido como não comprado). Posteriormente, passou a atribuir ao vendedor a faculdade de rescindir a venda se o comprador não efetuasse o pagamento no instante devido. Assim, a venda era pura mas compacto resolutos sob condição suspensiva (J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 57), p. 192). A questão acerca da produção de efeitos transmissivos diz respeito à possibilidade de percepção dos frutos, afinal, pertencem eles ao proprietário. Nesse sentido, cf. as ponderações de Nerácio (5 *memb.*, D. 18, 3, 5). Esse problema se manifestou também no direito medieval: "Facultava-se, na hipoteca, a ambos os figurantes do vínculo convencionar que os frutos e demais utilidades compensariam o uso do dinheiro dado em empréstimo, seja simplesmente para abater os juros – hipótese em que poderia haver suspeita de usura – ou o principal." (C. V. COUTO E SILVA, *A hipoteca* cit. (nota 373), p. 132).

desenvolvimento dos institutos voltados à garantia, no entanto, mostra paulatina migração da hipoteca sobre a coisa para a hipoteca sobre o valor do bem gravado.[668]

Curiosamente, a construção inicial da hipoteca, no direito medieval, era a de alienação em garantia, muitas vezes em forma de venda com pacto de retrovenda com o escopo de garantia de um empréstimo. Isto é, transmissão da propriedade sob condição resolutiva do adimplemento da dívida, embora se pudesse fazer o pacto sob condição suspensiva. A vantagem, no caso, era do devedor, que poderia se manter na posse da coisa e consequentemente usá-la e fruí-la, porquanto, nessa época, dado que a posse do bem em garantia passava ao credor, a garantia – hipoteca – era muito semelhante ao penhor.

Levando-se em conta a hipoteca de coisa, era comum a situação em que o direito do credor de adquirir o bem gravado quando o devedor não adimplia sua obrigação prejudicava a este. Pois, o imóvel, em regra, possuía valor superior ao do crédito. Assim, a fim de evitar esse inconveniente, a hipoteca evoluiu no sentido de possibilitar ao credor ao invés de ficar com a coisa, vender o bem gravado, em geral judicialmente, mas devendo devolver a quantia que excedesse o crédito, que se denominava *hyperocha*.

Dessa maneira, a hipoteca deixou de recair sobre a coisa, passando a recair sobre o valor do imóvel onerado e conferia não mais o direito de ficar com ela, mas a pretensão de vender judicialmente o bem e, com isso, solver a dívida. Essa transformação ocorreu porque em algumas cidades medievais o fato de a coisa permanecer na posse do devedor, enfraquecia a garantia, na medida em que o credor não podia dela fruir – em outras palavras, deixara ela de ter feição de anticrese. Tendo o devedor a posse imediata, o principal direito do credor, agora, era o de excutir o imóvel onerado. Reside aí a possibilidade de que o imóvel seja hipotecado mais de uma vez, já que "o credor não detinha a posse imediata e revelava-se o princípio das 'parcelas de valor' da propriedade, de modo que, se o primeiro gravame não abrangesse a totalidade do valor do imóvel, podia o resíduo ser novamente onerado e assim até a exaustão."[669]

[668] C. V. COUTO E SILVA, *A hipoteca* cit. (nota 373), p. 132.
[669] C. V. COUTO E SILVA, *A hipoteca* cit. (nota 373), p. 132.

6.3 Objeto da acessoriedade

Embora possa parecer elementar, é preciso destacar qual é o objeto da acessoriedade. Da mesma forma que ocorre com os contratos de hipoteca, penhor e anticrese, direitos reais de garantia, a alienação fiduciária é contrato acessório daquele que decorre o crédito que a propriedade fiduciária visa a garantir. Destaca-se, então, que, num primeiro momento, a relação de acessoriedade ocorre entre dois contratos, a saber: o principal e o de alienação fiduciária em garantia.[670] Com o registro do contrato e, consequentemente, com a constituição da propriedade fiduciária – que é também acessória – as relações entre principal e acessório, que até então se verificam entre a contratos, passam a estabelecer-se entre o contrato principal e a propriedade fiduciária.[671]

A propriedade fiduciária em garantia, assim como os demais direitos reais de garantia, é direito acessório por natureza, uma vez que se destina a assegurar a satisfação de um crédito, logicamente anterior, que é principal. Ela não existe sobre si mesma. Por essa razão, segundo J. C. MOREIRA ALVES,[672] aplicam-se a ela, por analogia, as lições de H. Shott sobre o penhor: "O penhor deve assegurar a realização do direito de crédito. Por isso, não tem o penhor sua finalidade em si mesmo, mas está fora de si e, em verdade, no escopo da obrigação garantida. Com outras palavras: ambas as finalidades, a da obrigação e a do penhor, são idênticas."

A distinção entre alienação fiduciária e propriedade fiduciária é indispensável para o estudo sistemático da alienação fiduciária em garantia. Apesar disso, é comum ver na doutrina nacional autores que não fazem com a necessária nitidez tal distinção. Com isso, tem-se a impressão de que a modalidade de garantia real positivada no ordenamento jurídico brasileiro seria a alienação fiduciária em garantia. Reside aí, segundo J. C. MOREIRA ALVES,[673] o nascedouro de erros inadmissíveis. Pois, a alienação fiduciária não é modalidade de garantia real, assim como não são os contratos de penhor e hipoteca. Na verdade, esses são os acordos

[670] Que, topologicamente, em geral, manifesta-se como uma ou algumas cláusulas do contrato principal.

[671] M. C. CICCO, *Alienazione fiduciaria in garanzia – il modello brasiliano*, Napoli, Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 1996, p. 56; J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 90-91.

[672] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 168.

[673] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 45.

de vontade que dão origem aos direitos reais de garantia de penhor e hipoteca, sendo de fato espécies de garantia real.

A compreensão dos institutos pressupõe a distinção de duas figuras jurídicas a que a lei[674] alude: a alienação fiduciária em garantia e a propriedade fiduciária. A primeira é apenas o contrato que serve de título à constituição da segunda. Esta, de fato, garantia real criada, inicialmente, para o mercado de capitais, em nosso direito, pela lei nº 4728/1965 cujo objeto e âmbito de incidência foram ampliados pela lei nº 9514/1997 – para os bens imóveis e não exclusiva de um sistema financeiro SFI – e, finalmente, disciplinado como instituto ordinário no Código Civil de 2002.[675]

Fazendo-se um paralelo com a compra venda, pode-se notar, com maior clareza a natureza contratual da alienação fiduciária em garantia. Segundo lição de O. GOMES,[676] "afirma-se que essa transmissão [a transmissão fiduciária] resulta de venda, mas se objeta que este negócio jurídico se destina a transferência plena e definitiva da propriedade, sendo inadmissível empregá-lo para outro fim. Quem se serve da venda para garantir instaura uma antinomia entre a causa e o efeito do negócio".

Por essa razão, segundo ele, evitou-se a expressão venda em garantia. Preferiu-se nomeá-la alienação fiduciária. A preferência por essa expressão em vez de "venda para garantia", já indica inclinação por uma das soluções do problema da natureza dessa espécie jurídica. Admitiu o legislador a configuração de um contrato autônomo translativo da propriedade, para garantia de uma relação obrigacional.[677]

Nessa ordem de ideias, ocorre com a alienação fiduciária aquilo que ocorre com a as demais modalidades de garantia no sistema jurídico brasileiro. De um lado há o contrato que serve de título para a garantia (como, por exemplo, o contrato de penhor, o contrato de hipoteca, o contrato de anticrese, etc.), e, de outro, a garantia real cujo título é um desses contratos (o penhor, a hipoteca, a anticrese, a propriedade fiduciária).

[674] Lei nº 4728/1965, Lei nº 9514/1997 e o Código Civil de 2002.
[675] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 46.
[676] *Alienação fiduciária* cit. (nota 169), p. 74.
[677] O. GOMES, *Alienação fiduciária* cit. (nota 169), p. 74 e nota de rodapé.

Portanto, tratando-se o registro de elemento constitutivo da garantia, inexistindo este, não existirá a garantia, e a acessoriedade remanescerá entre a obrigação principal e a alienação fiduciária (contrato).

6.4 Acessoriedade e causalidade

A causalidade do negócio jurídico dispositivo, isto é, a relação existente entre o negócio jurídico de Direito das Coisas e de Direito das Obrigações também não tem aptidão para torná-lo mero negócio acessório.[678]

Em Roma, assim como ocorreu nos direitos grego e germânico, a gênese dos institutos acessórios repousa, "presumivelmente", na pura *thing-liability* ou *Sachhaftung*, que podem ser traduzidas como "responsabilidade sobre a coisa", no sentido de independer de uma obrigação principal. Não se exigia, portanto, a existência de dívida pela qual o devedor era pessoalmente responsável e pela qual o credor recebia uma coisa a título de garantia, mas era feita a transmissão da propriedade resgatável.

Assim, especula-se que a principal forma de garantia, a *fiducia* da coisa, era feita em troca de um preço em dinheiro de tal forma que o pagamento do preço servia para conceder crédito sem que o destinatário do mútuo incorresse em responsabilidade pessoal. Tratava-se, portanto, de um direito do devedor de resgatar a coisa em troca do reembolso da quantia. Ou seja, uma espécie de reserva do direito de recompra que dava origem à obrigação do adquirente de remancipar a coisa quando da restituição do valor pago (no máximo, acrescido de um montante fixo a título de juros).[679]

Observa-se, por outro lado, no *pignus* um processo similar, com a exceção de que o processo de entrega e resgate era feito de maneira informal e tinha por objeto uma *res nec mancipi*. Foi nessa espécie de garantia que surgiu o princípio segundo o qual se exige a existência de uma dívida a ser garantida para que o direito que a garanta tenha existência e validade (acessório da dívida). Segundo M. KASER,[680] essa diferença ocorre de acordo com o

[678] C. V. COUTO E SILVA, *A obrigação* cit. (nota 85), p. 59.
[679] M. KASER, *Romisches Privatrecht* cit. (nota 656), p. 154-155.
[680] Cf. *Romisches Privatrecht* cit. (nota 656), p. 155.

princípio da execução que dispõe que o objeto do penhor, se não fosse resgatado, passava para a propriedade do credor em pagamento da dívida, exigindo uma causa para sua transmissão. E, posteriormente, com a supressão da *mancipatio*, todos as transmissões passaram a exigir uma causa para transmissão.

As garantias abstratas não requerem um crédito subjacente ou mesmo uma dívida futura para que o direito real seja criado.[681] A ideia é que o titular da garantia tem o direito de receber uma fração de determinado imóvel. É por um acordo subsequente das partes que se faz a imputação da garantia, necessário para criar o liame entre ela e o crédito. Se essa dívida for quitada posteriormente, a garantia não se extingue, contudo fica disponível para ser usada para garantir outra dívida devida, mesmo que de outro credor. Uma vantagem para esse credor é obter a mesma prioridade que o credor original.[682]

Com relação ao tema, portanto, deve-se frisar que acessoriedade de causalidade são temas distintos. Uma garantia é considerada autônoma ou abstrata se é possível ser constituída validamente mesmo que a obrigação principal seja inválida. Consequentemente, o garante não tem qualquer tipo de defesa que diga respeito à relação obrigatória garantida. Por outro lado, ela é causal quando exige uma causa subjacente que justifique a produção de efeitos reais (transmissão ou produção de outros efeitos, como a sequela).[683]

---

[681] A. STEVEN, *Accessoriness* cit. (nota 649), p. 389.

[682] As propostas para um título uniforme de garantia de bens imóveis na Europa – uma *Eurohipoteca* – recomendam que este seja um direito abstrato e não acessório. Nesse sentido, Monica Jardim (M. JARDIM, *A Euro-Hipoteca* cit (nota 346), p. 744-747) afirma, com precisão, a dificuldade de unificação dos direitos europeus como forma de criar um direito real de garantia único: "Em face do exposto e perante as dificuldades práticas de aplicação do princípio do reconhecimento mútuo em matéria de crédito garantido através de uma garantia real imobiliária, bem como da utópica – pelo menos a curto e a médio prazo – unificação dos diversos direitos nacionais em matéria de garantia reais imobiliárias, compreende-se o esforço que tem sido desenvolvido no sentido de criar um direito real de garantia imobiliária, comum a toda a Europa, que facilite o mercado de crédito hipotecário transnacional. Um direito real de garantia pan-europeu, transnacional, abstracto e não causal, não acessório em face da obrigação garantida, que surja como um *plus*, ao lado das garantias imobiliárias existentes em cada um dos Estados-Membros, cujo emprego seja facultativo, que possa inclusive servir para garantir contratos de mútuo estritamente nacionais e que seja regulado (incluindo o correspondente registo) pela lei do Estado-Membro onde se situe o imóvel (*lex rei sitae*)."

[683] V. CALZAVARA, *Accessorietà* cit. (nota 648), p. 18.

6.5 Alienação fiduciária em garantia constituída por terceiro

No que diz respeito à questão subjetiva da garantia, isto é, sobre quem as dá, podem elas ser constituídas de duas maneiras: por meio de um pacto acessório firmado entre o devedor e o credor original; ou entre um terceiro e o credor. No primeiro caso, a obrigação acessória apenas pode constituir numa garantia real, afinal, o patrimônio do devedor, como um todo, já responde por aquela obrigação.[684] No segundo caso, pela mesma razão, pode consubstanciar-se numa promessa (garantia pessoal) ou na transmissão – ou constituição – de um direito real sobre coisa (garantia real),[685] mas, em ambos os casos, a finalidade é a mesma, diminuir a chance de inadimplemento do devedor.[686]

A admissão de garantia real em proveito do devedor por terceiro, tem origem no direito romano.[687] O direito brasileiro a pressupõe, como se pode notar na redação do art. 1.427 do Código Civil.[688]

O terceiro que presta garantia real por dívida alheia, não assume obrigação tão extensa quanto o próprio devedor. O terceiro, não compromete seu patrimônio como um todo, mas apenas a coisa que deu em garantia. Por isso existem algumas regras especiais, sendo a mais evidente delas aquela supra referida.

---

[684] "O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei", conforme o art. 789 do Código de Processo Civil. Trata-se de norma de direito material e, portanto, heterotópica, mas que, de fato, tem conexão com o tema tratado no Livro II da Parte Especial desse documento – Do Processo de Execução. No mesmo sentido, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 158.

[685] C. R. GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas*, vol. 5, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 599.

[686] A. STEVEN, *Accessoriness* cit. (nota 649), p. 387-388; C. R. GONÇALVES, *Direito Civil* cit. (nota 685), p. 599. Cf. Gai. I. 3, 14, 4, que destaca que a garantia é dada no interesse de ambas as partes e não somente no do credor. A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil* cit. (nota 444), p. 157, nota de rodapé nº 2) estende a função da garantia também como remédio também para a má vontade no adimplemento da prestação: "O direito de garantia defende o credor contra o perigo de que o devedor não consiga pagar e, em certa medida, também contra a sua má vontade, pois permite que a satisfação do credor ocorra sem benefício do devedor. Em vez disso, a pena convencional só defende o credor no sentido de exercer pressão sobre a vontade do devedor."

[687] C. BEVILÁQUA, *Direito das Coisas*, vol. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, s.d., p. 36; Cf. as considerações de Marciano (sing *ad form. hyp.*,D. 20, 1, 5, 2): "*Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena*" (Qualquer um pode dar em hipoteca para garantir dívida, sua ou alheia).

[688] "Salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalorize."

No caso de garantia constituída por terceiro, verifica-se uma atribuição patrimonial semelhante àquela que o devedor poderia fazer, dispondo de coisa sua para garantir a dívida. A existência de uma terceira pessoa, no entanto, torna a relação mais complexa.[689] A questão central acerca desse tema é o alcance que deve se dar ao princípio *acessorium sequitur principale* em face desses novos personagens.

Se o contrato de garantia for celebrado entre o credor e terceiro que não o devedor (garantia dada por terceiro), o referido princípio não se aplicará da mesma forma que é aplicável quando a garantia é dada pelo devedor da obrigação principal. Assim, poderá subsistir o contrato acessório (garantia) apesar de eventual vício da obrigação principal.[690]

A razão disso reside em que se considera exagerada a interpretação que é dada ao princípio incialmente aplicado aos contratos acessórios. Segundo R. DEMOGUE,[691] a teoria do caráter acessório de certos contratos foi levada "longe demais", negligenciando a necessidade de segurança. Segundo ele, deve-se ao direito alemão o entendimento de que o contrato acessório sempre segue a sorte do principal, princípio esse que atingiu seu ápice nesse direito e, no Código suíço, foi objeto de mitigação. Sob esse aspecto, argumenta que outros princípios devem também influir na sorte do contrato em relação ao principal. Sendo assim, na constituição de direito real de garantia por terceiro deve-se atentar, predominantemente, para questões atinentes ao erro substancial sobre a coisa e questões de ordem pública.

Portanto, embora segundo a definição do Código Civil,[692] o contrato de garantia real inclua-se entre os acessórios, já que sua existência supõe a do principal, quando esta garantia é constituída por terceiro, este assemelha-se mais a um coobrigado com responsabilidade limitada – limitada ao valor da coisa dada em garantia – do que um devedor cuja sorte está inexoravelmente ligada à da obrigação principal.

---

[689] R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général – Sources des Obligations*, vol. I, t. II, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 913; L. CAMARGO PENTEADO, *Direito* cit. (nota 192), p. 545.

[690] Isso pode ocorrer, por exemplo, se o devedor principal for incapaz. Nesse caso, "estará ele desobrigado, mas o mesmo não sucederá com o terceiro garante, cuja garantia subsistirá, porquanto não lhe aproveitará a exceção pessoal do devedor incapaz." Nesse sentido, M. C. CICCO, *Alienazione fiduciaria* cit. (nota 671), p. 56-57.

[691] *Traité* cit. (nota 689), p. 912-913.

[692] "Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal", conforme art. 92.

6.6 Exceções ao princípio da acessoriedade

Em algumas circunstâncias, pode parecer haver exceções ao princípio da acessoriedade. À semelhança do que ocorre com a hipoteca, em que, embora o direito real seja acessório, no caso da alienação fiduciária, é possível que ela seja constituída antes que a obrigação principal exista.[693] Por essa razão, há quem diga, como mostra J. C. MOREIRA ALVES,[694] que a obrigação principal não seria condição de existência da garantia, daí excepcionar o princípio da acessoriedade.

Todavia, não há falar em exceção ao princípio da acessoriedade. De fato, embora se admita a constituição dos direitos reais de garantia, entre eles, a propriedade fiduciária, para garantir crédito subordinado a condição suspensiva, apenas quando esta ocorrer e o crédito surgir é que se constituirá, efetivamente, a garantia. Antes disso, não há garantia. Pensar no contrário seria absurdo, na medida em que seria impossível aferir a causa da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do devedor como resultado do inadimplemento do devedor. Portanto, até a constituição do crédito (obrigação principal), haverá, apenas, direito expectativo.[695]

Também no caso de novação de obrigações, onde, aparentemente, seria possível a manutenção da garantia antiga para garantir a obrigação nova,[696] não há falar em violação ao princípio da acessoriedade. Em verdade, a interpretação que deve ser dada à seguinte expressão, "sempre que não houver estipulação em contrário" é a de que o dispositivo legal atua no sentido

[693] "A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido", conforme art. 1.487 do Código Civil.

[694] *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 169, nota de rodapé nº 276. Contrariamente, entendendo que se trata de exceção ao princípio da acessoriedade, A. STEVEN, *Accessoriness* cit. (nota 649), p. 389-390.

[695] A expectativa decorre da possibilidade de os direitos não nascerem instantaneamente. Neste caso, "há fatos diferentes, ou reiterados, que vem uns após outros, ou um após outro; de modo que cada um deles, acontecendo, é passo para a aquisição do direito, porém não ainda a aquisição." O termo expectativa é equívoco. Nem toda expectativa significa que alguém já tem direito expectativo ou pretensão expectativa. O que determina diferencia a mera expectativa do direito expectativo é a probabilidade do direito ou "grau de expectação" (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Eficácia Jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações*, t. V, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 343-344); M. C. CICCO, *Alienazione fiduciaria* cit. (nota 671), p. 57.

[696] "Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário."

de que novas garantias são constituídas, e não aproveitadas as antigas, como se poderia cogitar. Afinal, "[o]s acessórios e as garantias da dívida extinguem-se com a novação. Trata-se de decorrência da regra de que o acessório segue o principal. Assim, se a dívida originária se extingue por força da novação, o mesmo deve ocorrer em relação a seus acessórios, aí compreendida a própria garantia".[697]

Cabe também comentar acerca da chamada garantia guarda-chuva, que recebe esse nome em razão de autorizar a garantia fiduciária nas operações bancárias de abertura de crédito com limite de valor, conhecida no pelas expressões *contrato umbrela*. Essencialmente, a ideia subjacente desse tipo de contrato é que uma coisa – um imóvel – visa a garantir uma obrigação – contrato de abertura de crédito – que, por sua vez, servirá de instrumento para aquisição de outros bens ou serviços.

A expressão "operação financeira derivada" utilizada pela lei[698] designa cada mútuo celebrado no prazo estabelecido no contrato-mãe, até o limite de crédito ali fixado.[699] Haveria, portanto, indiretamente, a garantia de diversas obrigações por meio da mesma coisa. Todavia, essa não parece a melhor interpretação. A obrigação garantida é o contrato de abertura de crédito. Reside aí, portanto, a obrigação principal a ser garantida, da qual a alienação fiduciária é, de fato, acessória.

---

[697] H. CHARAF BDINE JR., *Comentários ao Livro I – Do Direito das Obrigações*, in C. PELUSO, *Código Civil Comentado*, 11ª ed., Barueri, Manole, 2018, p. 341. Em sentido contrário, A. FRAGA, *Direitos Reais de Garantia (Penhor, Anticrese e Hipoteca)*, São Paulo, Saraiva, 1933, pág. 421. Sobre essa tese, J. C. MOREIRA ALVES (*Da Alienação* cit. (nota 130), p. 170-171) afirma que: "a tese de Afonso Fraga só seria correta se o direito brasileiro tivesse seguido a concepção que Liebe defendia para o direito romano, segundo a qual a *novatio* não implicava (como sucede no direito moderno, inclusive no nosso) substituição (ou seja, não se criava obrigação nova para se extinguir a obrigação precedente), mas, sim, transformação (isto é, a obrigação anterior se - extinguia porque, sob a forma da *stipulatio*, seu conteúdo patrimonial se transferia para a obrigação nova)." A. STEVEN (*Accessoriness* cit. (nota 649), p. 388) defende que o princípio também era excepcionado no direito romano.

Sobre a novação, cf. a obra monográfica de J. SORIANO DE SOUZA NETO, *Da novação*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1937; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 667), p. 127-177.

[698] Art. 4º A abertura de limite de crédito, no âmbito desta Lei, será celebrada por instrumento público ou particular, com pessoa física ou pessoa jurídica, e tratará das condições para celebração das operações financeiras derivadas, pelas quais o credor fará os desembolsos do crédito ao tomador, observados o valor máximo previsto no contrato principal e seu prazo de vigência.

Parágrafo único. O instrumento de abertura de limite de crédito referido neste artigo deverá conter os seguintes requisitos essenciais: (...) III - a forma de celebração das operações financeiras derivadas;

[699] M. NAMEN CHALHUB – A. C. C. DANTZGER, *Lei 13.476/2017 preencheu importante lacuna ao regular "garantia guarda-chuva"*, in IRIB, 01-11-2017, disponível em https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/lei-13-476-2017-preencheu-importante-lacuna-ao-regular-garantia-guarda-chuva [11-02-2022].

6.7 Garantias não acessórias

Modernamente, os direitos reais de garantia tradicionais, a hipoteca e o penhor, pressupõem uma dívida a ser garantida. Reside no desapossamento da coisa a diferença principal entre esses dois institutos.[700] Pode o devedor na hipoteca extrair seus frutos, e, no direito continental, por força da tradição do direito romano, não pode perder o bem em face de cláusulas comissórias, segundo as quais podia o credor tornar-se proprietário por força do inadimplemento. Esses direitos pressupõem uma obrigação principal, cuja sorte determina a da garantia. O mesmo ocorre com a alienação fiduciária em garantia, que são essencialmente direitos acessórios.

O princípio da acessoriedade é reconhecido pelos códigos civis de diversas jurisdições de *civil law* no direito europeu, como na França, na Itália, na Holanda e na Espanha, tanto em relação às garantias pessoais, como às reais. Mas foi o trabalho conceitual dos pandectistas alemães no século XIX que levou a uma abordagem mais rigorosa e dogmática, como se pode notar em diversas passagens no BGB,[701] cujo maior exemplo, referido como "axioma fundamental" por C. V. COUTO E SILVA, reside no §1153:

> *(1) Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über (Com a transferência do crédito, transfere-se a hipoteca para o novo credor);*
>
> *(2) Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden (O crédito não pode ser transferido sem a hipoteca; e a hipoteca não pode ser transferida sem o crédito).*

[700] No direito romano, pode-se dizer, a proximidade entre os institutos era enorme, chegando mesmo a confundirem-se. Cf. Mar *lib. sing ad formulam hypothecariam*, D. 20, 1, 5, 1): "*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*" (Entre o penhor e a hipoteca apenas o nome os diferencia). É preciso ressaltar, todavia, que a palavra grega *hyphoteca* não aparece nos clássicos, salvo, e ainda escassamente, nos da última época e não supõe a igualdade com a instituição grega de mesmo nome. Atribui-se a Gaio e Marciano os comentários *ad formulam hyphotecariam*, e é provável que usaram esse termo para designar a garantia sem o desapossamento seja próprio das províncias orientais. Justiniano utiliza mais frequentemente a expressão *pignus hypothecave*, que aparece interpolada em textos clássicos (A. D'ORS, *Derecho Privado* cit. (nota 501), p. 503, nota de rodapé nº 1).

[701] A. STEVEN, *Accessoriness* cit. (nota 649), p. 389.

Isso não quer dizer, no entanto, que o direito alemão, no que diz respeito às garantias tenha, como fez o francês e o italiano,[702] adotado exclusivamente direitos reais de garantias típicos acessórios. É nesse direito que se encontram, por excelência, as garantias não acessórias.

Mitigando o princípio da acessoriedade, em alguns lugares permitiu-se a emissão de cédulas hipotecárias, destinadas a circulação, e não totalmente acessórias a um crédito. Consistiam elas não apenas em formas de garantia, como cooperavam para a capitalização do proprietário do imóvel.[703] Outros lugares, foram ainda mais além e, praticamente, desvincularam a garantia da obrigação principal, tornando-a – a garantia – uma obrigação autônoma. Chama-se tal sistema de abstrato ou não-acessório. E os instrumentos mais conhecidos no direito europeu são a *Grundschuld* alemã e a *Schuldbrief* suíça,[704] que serviu de inspiração para o modelo original para a eurohipoteca.[705]

O BGB alemão distingue duas figuras: a da hipoteca e a da dívida imobiliária (*Grundschuld*). Ambas são gravames, que recaem sobre imóveis que ficam afetados ao pagamento de uma dívida. No entanto, a hipoteca é um direito acessório, enquanto a dívida imobiliária não possui esse caráter.[706]

A aplicação do Código Civil francês na Renânia, atual região da Alemanha, por meio do *Rheinisches Civilgesetzbuch*, até a entrada em vigor do BGB, causava profundos problemas ao crédito imobiliário, porquanto na sistemática francesa a hipoteca era estritamente acessória, enfraquecendo a posição de eventuais credores. A situação era ainda mais agravada em razão

[702] O sistema italiano de hipotecas não permite a transferência da garantia separadamente da transferência do crédito garantido. A aplicação rígida do princípio acessório, portanto, nega à hipoteca a possibilidade de circular autonomamente no mercado e, portanto, reduz o seu valor (A. CHIANALE, *Ipoteca*, in A. GAMBARO – U. MORELLO, *Trattato dei Riritti Reali – Diritti Reali di Garanzia*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2014, p. 311). "A hipoteca nos sistemas romanísticos, de que são exemplo o Código Civil francês (arts. 2.144 e segs.), o português de 1967 (arts. 686 e segs.) e o italiano (Código Civil, arts. 2.808 e segs.), é estritamente acessória" (C. V. COUTO E SILVA, *A hipoteca* cit. (nota 373), p. 146).

[703] C. V. COUTO E SILVA, *A hipoteca* cit. (nota 373), p. 138.

[704] A. STEVEN, *Accessoriness* cit. (nota 649), p. 390. Conceitos similares também foram introduzidos em alguns países do leste europeu, como a Estônia, a Hungria e a Eslovênia.

[705] L. P. W. VAN VLIET, *The German Grundschuld* cit. (nota 650), p. 148. Sobre o tema, cf. M. JARDIM, *A Euro-Hipoteca* cit (nota 346), p. 743 e ss.

[706] P. ARMINJON – B. B. NOLDE – M. WOLFF, *Traité* cit. (nota 233), p. 343. A doutrina alemã que faz essa separação é numerosa, mas, na verdade, numa perspectiva comparativa, essa observação não seria precisa, porquanto, como se verá à frente, apenas a *Sicherungshypothek* pode ser considerada predominantemente acessória; a *Verkehrshypothek*, outra espécie de hipoteca, por sua vez, possui caráter fortemente não-acessório" (L. P. W. VAN VLIET, *The German Grundschuld* cit. (nota 650), p. 148).

da admissão, pelo direito franco de hipoteca gerais sem especificação, ou seja, sobre todo um patrimônio.[707]

Um século antes, no final do século XVIII havia uma grande demanda por crédito na parte oriental da Alemanha, em parte como resultado da Guerra dos Sete Anos.[708] Não por acaso, em 1872, foi introduzida a lei imobiliária alemã, que surge acompanhada de leis que dispunham acerca da aquisição do domínio e da divisão de bens imóveis, que, entre outras coisas, organizou os registros públicos daquele país.

No entanto, mais importante é a lei citada que criou duas classes de hipotecas: a ordinária ou, em espanhol, *libraria* (*Buchhypothek*) e a territorial ou cedular (*Grundschuld*), também chamada de dívida imobiliária. Esta última não tendo caráter acessório, pois não dependia de nenhuma obrigação preexistente. Podia ela ser documentada em cédula e negociada com a cláusula "a ordem".

O direito germânico atual diferencia três tipos de garantias: as hipotecas, que podem ser de tráfico (*Verkehrshypothek*) ou em garantia (*Sícherungshypothek*), a dívida imobiliária (*Grundschuld*) e as dívidas imobiliárias de renda, sendo que esta última tem escassa aplicação prática.[709] A distinção fundamental entre a hipoteca e a dívida imobiliária é que esta não possui, em princípio, nenhuma vinculação com alguma relação creditícia.

A aplicação da regra de acessoriedade de forma estrita no direito alemão, como se mostrou, criou dificuldades no tráfego jurídico. Mas a questão encontrou ainda outros desafios. Como explicar-se a acessoriedade em face do princípio da fé pública[710] e da abstração que existe entre o acordo de Direito das Obrigações e de Direito das Coisas? Ou seja, como explicar o

[707] C. V. COUTO E SILVA, *A hipoteca* cit. (nota 373), p. 138.

[708] L. P. W. VAN VLIET, *The German Grundschuld* cit. (nota 650), p. 148.

[709] O. GOMES, *Direitos Reais*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 952. Sobre as rendas imobiliárias de renda, adiciona o autor: "Além da dívida imobiliária, o direito alemão admite, no seu sistema hipotecário, a renda imobiliária, que garante, não determinado capital, mas prestações periódicas. Constitui, no entanto, subespécie da dívida imobiliária, de uso escasso."

[710] Sobre o princípio da fé pública no direito alemão, cf. M. V. ALVES DE SOUSA JARDIM, *Efeitos Substantivos* cit. (nota 619), p. 191-196; V. F. KÜMPEL, *Sistemas de Transmissão* cit. (nota 210), p. 223-231. No Brasil, cf. I. JACOPETTI DO LAGO, *A Lei 13.097* cit. (nota 610), p. 155-184; M. DEMBINSKI KERN, *A Lei 13.097/15* cit. (nota 624), p. 155-184.

princípio da acessoriedade em face do axioma da constitutividade da inscrição do gravame no registro e a fé pública dele resultante?

Conforme aduz C. V. COUTO E SILVA,[711] "a constitutividade do registro e a abstração do acordo de constituição do ônus real dificultam a vinculação da garantia com qualquer realidade exterior ao albo imobiliário. Para harmonizar o princípio da acessoriedade com a natureza do sistema de registros públicos", de maneira que "adotou o BGB, como regra, a hipoteca de tráfico, e não a em garantia", compatibilizando-a com o sistema de constituição de ônus reais nos seguintes termos: "os princípios dos §§ 891 até 899 vigoram para a hipoteca também em face dos créditos e das exceções, que cabem ao proprietário, nos termos do§ 1.137."[712]

Como a hipoteca de tráfego é destina a circular, emite-se, sobre ela, uma cédula hipotecária e o credor torna-se titular do direito real. Quando o devedor transfere a cédula, pode-se convencionar que o credor receberá diretamente do próprio registro de imóveis, presumindo-se, entretanto, se o credor estiver na posse da cédula, que a recebeu por tradição do devedor.[713] Verifica-se nesse tipo de hipoteca forte caráter de abstração, na medida em que permite a aquisição da garantia por terceiro, ainda que extinto o crédito, o que leva a doutrina a classificá-la como "largamente não-acessória."[714]

A forma mais utilizada de garantia no sistema alemão é, no entanto, a *Grundschuld*. A certeza de pagamento, tendo em vista a forte autonomia da obrigação aliada à garantia real, confere um grau baixíssimo de possibilidade de inadimplemento. O. GOMES,[715] sob a rubrica "Direitos de Garantia Substantivos", após apontar que o direito alemão reconhece figuras típicas de garantira real que não são acessórias de uma dívida, afirma que tais direitos são regulamente chamados de hipoteca substantiva ou abstrata, já que, apesar de lhe faltar o caráter de acessoriedade, regem-se pelos mesmos princípios aplicados à hipoteca comum, ainda que com algumas exceções. Escorado em lições de Justus Wilhelm Hedemann, aduz o autor baiano que

[711] *A hipoteca* cit. (nota 666), p. 139.
[712] §1138 do BGB.
[713] §1117 do BGB.
[714] L. P. W. VAN VLIET, *The German Grundschuld* cit. (nota 650), p. 149.
[715] *Direitos Reais* cit. (nota 709), p. 351.

"a dívida imobiliária, em vez de ser mera garantia, constitui parte do valor do prédio, separado e independente do domínio."[716]

Pode ser difícil para o jurista brasileiro, acostumado à acessoriedade inerente aos direitos de garantia, conceber a existência de algum valor que seja, concomitantemente, parte do valor do prédio e autônomo a este.[717] Todavia, a intelecção se torna fácil com o exemplo de Martin Wolff, citado por O. GOMES.[718] Segundo o autor, deve-se pensar não em credor e devedor, mas em adquirente e alienante. Assim, "o proprietário de um prédio rural", que precisar de recursos, "em vez de tomar um empréstimo de 1.000 marcos e gravar o prédio com uma hipoteca, pode *vender* por 1.000 marcos uma dívida imobiliária sobre o prédio, que importe 1.000 marcos". E aí reside o fundamento elucidativo do exemplo, já que, nesse caso, "quem dá o dinheiro não é mutuante, mas adquirente a título oneroso de um direito sobre o imóvel; o proprietário não é devedor, mas pode, para evitar, mediante o pagamento de 1.000 marcos, que o prédio se transforme em dinheiro por via de execução em que promova a sua venda judicial". Trata-se de figura que se aproxima, contudo não se confunde com a hipoteca constituída em cédula de crédito.

Em suma, as formas de garantia não-acessórias foram introduzidas no BGB no início do século passado como forma de incentivar financiamentos. Seus principais atributos eram a facilidade de circulação do crédito e a certeza do pagamento, uma vez que a abstração da causa o tornava indiscutível.

A autonomia da garantia em relação à obrigação principal gerava fragilidades que, até o início do século XXI, mais especificamente até a chamada crise do *subprime* de 2008, não haviam sido sentidas. O mau uso dessas garantias – investidores que compraram carteiras de créditos imobiliários podiam fazer valer as garantias por uma quantia maior do que os créditos

[716] *Direitos Reais* cit. (nota 709), p. 352.

[717] Todavia, não se pode perder de vista que, no direito brasileiro, os direitos de garantia são causais apenas no que diz respeito aos direitos reais. A possibilidade de se firmar contratos atípicos abre espaço – embora com menor segurança do que se fosse previsto como contrato típico – para a criação de garantias autônomas. E, de fato, esse tipo de contrato é utilizado na prática do dia a dia. Sobre o tema, cf. E. H. DA FONSECA MENDES, *A garantia autônoma no direito brasileiro*, in G. SAMPAIO DA CRUZ GUEDES – M. CELINA BODIN DE MORAES – R. MELO VENCELAU MEIRELES (coords.), *Direito das Garantias*, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 105-122; L. M. GALBETTI – R. VANZELLA, *Contratos de garantia e garantias autônomas*, in *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro* (*RDMIEF*), 157 (2011), p. 44-69.

[718] *Direitos Reais* cit. (nota 709), p. 352, nota de rodapé nº 11.

devidos pelos mutuários – levou, então, o legislador alemão a alterar a legislação pertinente, mitigando o caráter abstrato a *Grundschuld*, um direito que até então era predominantemente abstrato. Realmente, é curioso que o legislador alemão tenha adotado um instrumento jurídico com tal fraqueza, mas surpreende mais que esse problema não tenha aparecido antes ao longo dos mais de cem anos de vigência do BGB.

De fato, conferindo-se autonomia à determinada convenção surgem empecilhos que não existem nas obrigações eminentemente acessórias. V. CALZAVARA[719] destaca, entre outros: a transmutação do instituto que passa a ser uma outra obrigação, perdendo o caráter de garantia e indenização; a extrema assimetria entre os poderes do credor e do devedor, porquanto para cobrança da dívida basta que aquele alegue o descumprimento do devedor, o que impacta nas defesas do devedor; e, finalmente, a discrepância entre o conteúdo da dívida originária – assumido na obrigação principal – e aquele a ser pago, já que o credor poderá cobrar – ainda que de forma fraudulenta – o valor integral do crédito constante da dívida derivada.

6.8 Conclusão

Vistos os princípios que norteiam o tema, pode-se afirmar que a acessoriedade não deve ser considerada como uma noção jurídica rígida, admitindo flexibilização. De um lado, existem os ordenamentos que reforçam a ideia de acessoriedade, impedindo que direitos reais de garantia admitam autonomia. Nesses ordenamentos, dos quais o francês e o italiano são os mais destacados, verifica-se uma maior rigidez do princípio na constituição dos direitos de garantia. E, por isso, existe uma relação tão forte entre o principal e o acessório.

Em outros ordenamentos, com o alemão e o suíço, admitem-se garantias desvinculadas da obrigação principal. Especificamente no que diz respeito ao direito alemão, a abstração da causa, advinda do princípio da fé pública registral, facilita a ideia de direito de garantia autônomo, apesar de, como visto, questões de cunho econômico também influenciarem substancialmente na formação da garantia autônoma, uma vez que apresenta maior segurança para o credor.

[719] *Accessorietà* cit. (nota 648), p. 18.

O sistema brasileiro de garantias não admite as garantias autônomas, que não são acessórias e possuem exigibilidade por si só. Porém essa afirmação só é verdadeira no âmbito dos direitos reais. É possível que, por meio de contratos atípicos, seja realizada, conforme demonstrado.

Quanto à alienação fiduciária em garantia e a propriedade fiduciária em garantia – que dizem respeito à direitos reais – aplicam-se, pois, a elas "o princípio segundo o qual o acessório segue o principal, o que, aliás, sucede com todos os denominados direitos acessórios auxiliares, que são justamente os que reforçam o direito principal."[720], não se podendo esquecer, todavia, que o vínculo de acessoriedade ocorre, primeiro, entre a obrigação principal e a alienação fiduciária – contrato – e, posteriormente, com o registro do contrato e com a consequente constituição da propriedade fiduciária em garantia – direito real – é que surge o direito real acessório.

Em suma, pode-se dizer que a alienação fiduciária em garantia é um negócio jurídico acessório, submetendo-se, assim como os demais negócios jurídicos de garantia, a um regime jurídico no qual a obrigação principal determina sua sorte. Trata-se de verdadeiro negócio jurídico acessório, cujas eventuais exceções apenas podem ser verificadas na constituição do gravame por terceiro.

[720] J. C. MOREIRA ALVES, *Da Alienação* cit. (nota 130), p. 169.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(*apenas das obras consultadas*)

ALABISO, Aldo, *Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, 1966.

ALVES CANUTO, Maria Elza, *Alienação Fiduciária de bem Móvel – Responsabilidade do Avalista*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

ALVES DE SOUSA JARDIM, Mónica Vanderleia, *Efeitos Substantivos do Registro Predial – Terceiros para Efeitos de Registro*, Coimbra, Almedina, 2013. (Cf., infra, JARDIM, Mónica)

ARAGÃO, José Maria, *Sistema Financeiro da Habitação – Uma análise sócio-jurídica da gênese, desenvolvimento e crise do Sistema*, Curitiba, Jaruá, 1999.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Nuncupazione*, in *Enciclopedia Italiana* (1935), disponível in https://www.treccani.it/enciclopedia/nuncupazione_%28Enciclopedia-Italiana%29/ [15/10/2021]).

ARAÚJO, Marcelo de, *Hugo Grotius: Contractualism, and the Concept of Private Property: An Institutionalist Interpretation*, in *History of Philosophy Quarterly* (*HPQ*) 26-4 (2009), p. 353-371.

ARGIROFFI, Carlo, *Causa e contratto nella prospettiva storico comparatistica*, s.l., Giappichelli, 2017.

ARMINJON, Pierre – NOLDE, Boris Baron – WOLFF, Martin, *Traité de Droit Comparé*, tomo II, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

ARRUDA ALVIM, Thereza – LAIZO CLÁPIS, Alexandre (coords.), *Comentários ao Código Civil brasileiro – Do Direito das Coisas*, vol. XI, tomo I, Rio de Janeiro, GEN/Forense, 2009. p. 185-186.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de, *Alienação Fiduciária de Bem Imóvel – O contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características*, in *Revista de Direito Privado* (*RDPriv*) 1-2 (2000), p. 147-176.

ASCARELLI, Tullio, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo, Saraiva, 1943.

ASCOLI, Alfredo, *Le origini dell'ipoteca e l'interdito Salviano*, Livorno, Giusti, 1889.

BARTON, J. L., *Causa Promissionis Again*, in *Tijdschrift vOOR Rechtsgeschiedenis* 34 (1966), p. 41-73.

BARTON, J. L., *Solutio and Traditio*, in CAIRNS, John W. – ROBINSON, Olivia F., *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Oxford, Hart, 2004, p. 15-29.

BECK DA SILVA, Luis Augusto, *Alienação Fiduciária em Garantia*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

BELLOCCI, Nicla, *La struttura della fiducia, II, Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1983, p. 23-64.

BERNARDES DE MELLO, MARCOS – EHRHARDT JR., MARCOS, *PANORAMA ATUAL PELO ATUALIZADOR (§ 281.B)*, IN PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI, *TRATADO DE DIREITO PRIVADO – PARTE GERAL – NEGÓCIOS JURÍDICOS*, T. III, SÃO PAULO, REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012.

BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, vol. 43-2, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.

BESSONE, Darcy, *Da Compra e venda – Promessa e Reserva de Domínio*, Belo Horizonte, Álvares 1960.

BESSONE, Darcy, *Do contrato – Teoria geral*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987.

BETTI, Emilio, *Teoria Generale del Negozio Giurididco*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, 6ª ed., Rio de Janeiro, Alves, 1940.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. III, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1930.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Coisas*, vol. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, s.d.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Theoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Alves, 1929.

BIERMANN, Johannes, *Traditio Ficta – Ein Beitrag Zum Heutigen Zivilrecht Auf Geschichtlicher Grundlage*, Stuttgart, Enke, 1981.

BRANDELLI, Leonardo, *Registro de Imóveis – Eficácia Material*, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

BRUNS, Carl Georg – MOMMSEN, Theodor – GRADENWITZ, Otto, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, 7ª ed., Tübingen, Siebeck, 1909.

BUENO DELGADO, Juan Antonio, *El Bronce de Bonanza*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá* (*AFDUA*) 2004, p. 154-165.

BUENO DELGADO, Juan Antonio, *Tabula Baetica - A Simple Model of Form or a Real Document?*, in *Ius Romanum* 326 (2019), p. 326-339.

BÜLOW, Oscar von, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Archiv für die civilistische Praxis* (*AcP*) 62-1 (1879), p. 1-96.

BUZAID, Alfredo, *Alienação fiduciária em garantia (Histórico)*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito* (*ESD*) 6 (1977), p. 64-87.

CALABRESI, Guido, – MELAMED, A. Douglas, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review* (*HLR*) 85-6 (1972), p. 1089-1128.

CALZAVARA, Valerio, *Accessorietà e Autonomia delle Garanzie Personali nel Diritto Romano*, Tese (Dottorado) – Università degli Studi di Padova, Padova, 2017.

CAMARGO, Cândido, *Da alienação fiduciária em garantia e fundos contábeis de natureza financeira face à Lei de Mercado de Capitais*, in *Arquivos do Ministério da Justiça* (*AMJ*) 25-2 (1967).

CAMARGO PENTEADO, Luciano de, *Direito das Coisas*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2014.

CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1927.

CARIOTA-FERRARA, Luigi, *I negozi fiduciari – Trasferimento, Cessione e Girata a Scopo di Mandato e di Garanzia. Processo fiduciario*, Padova, CEDAM, 1933.

CARVALHO, Afrânio de, *Registro de Imóveis*, 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

CARÚS GUEDES, Jefferson – RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, *Panorama atual pelo atualizador (§1.598)*, in Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas – Ações Imobiliárias – Perda da propriedade imobiliária*, t. XIV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 229-231.

CAVALCANTI, José Paulo, *O Penhor Chamado Alienação Fiduciária em Garantia*, Recife, Companhia editora de Pernambuco, 1989.

CIATTI, Alessandro, *L'autonomia «funzionale» del riscatto nella compravendita*, in *Rassegna di Diritto Civile* (*RDC*) 2 (2012), p. 377-390.

CICCO, Maria Cristina de, *Alienazione fiduciaria in garanzia – il modello brasiliano*, Napoli, Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 1996.

CHARAF BDINE JR., Hamid, *Comentários ao Livro I – Do Direito das Obrigações*, in PELUSO, Cesar, *Código Civil Comentado*, 11ª ed., Barueri, Manole, 2018.

CHAMOUN, Ebert, *Exposição de motivos do esboço do anteprojeto do código civil – Direito das coisas*, in *Revista Brasileira de Direito Civil* (*RBDCivil*) 20 (2019), p. 225-239.

CHAMOUN, Ebert, *Instituições de Direito Romano*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Revista Forense, 1957.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano – ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil – Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*, vol. IV, 7ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017.

CHIANALE, A., *Ipoteca*, in GAMBARO, Antonio – MORELLO, Umberto, *Trattato dei Riritti Reali – Diritti Reali di Garanzia*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder, *O Indispensável Direito Econômico*, in *Revista dos Tribunais* (*RT*) 923 (2012), p. 37-53.

CORBINO, Alessandro, *Atti formali e rilievo della causa. Considerazioni minime sulla mancipatio del filius familias*, in HALLBEEK, Jan *et al.* (eds.), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of B. Sirks*, Göttingen, V&R, 2014, 142-143.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do, *A hipoteca no Direito Comparado*, in JACOB DE FRADERA, Vera Maria (org.), *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014, p. 131-168.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do, *Negócios jurídicos e negócios jurídicos de disposição*, in JACOB DE FRADERA, Vera Maria (org.), *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014, p. 71-85.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do, *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, in *Revista de Informação Legislativa* (*RIL*) 97 (1988), p. 163-180.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do, *Teoria da causa no Direito Privado*, in JACOB DE FRADERA, Vera Maria (org.), *O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014, p. 61-64.

CUNHA GONÇALVES, Aderbal da, *Da propriedade resolúvel (sua projeção na alienação fiduciária em garantia)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

CUNHA LOPES E VASCONCELOS, Manoel da, *et al.*, *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano – Livros 1-4*, vol. I, São Paulo, YK, 2017.

CUNHA LOPES E VASCONCELOS, Manoel da, *et al.*, *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano – Livros 12-19*, vol. III, São Paulo, YK, 2018.

DEMBINSKI KERN, Marinho, *A Lei 13.097/15 adotou o princípio da fé pública registral?*, in *Revista de Direito Imobiliário* (*RDI*) 78 (2015), p. 15-58.

DEIANA, Giommaria, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Rivista di Diritto Civile* (*RDC*) 30 (1938), p. 1 e ss.

DEIANA, Giommaria, *Motivi nel diritto privato*, Torino, *Giuridico Della R Universita*, 1939.

DEMOGUE, René, *Traité des Obligations en Général – Sources des Obligations*, vol. I, t. II, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923.

D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Universidad de Navarra S.A., 1968., 175-176.

DOMINGOS FAIARDO VANZELLA, Rafael, Numerus Clausus *dos Direitos Reais e Autonomia nos Contratos de Disposição*, Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

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

DUNAND, Jean-Philippe, *Le transfert fiduciaire: "donner pour reprendre", Mancipio dare ut remancipetur: analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000.

ESMEIN, A., *Études sur les contrats dans le trés-ancien droit français*, in *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger* (*NRHDFE*) 6 (1882), pp. 35-75.

FABER, Wolfgang – LURGER, Brigitta (eds.), *Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Munich, Sellier, 2008.

FALCONE, Giuseppe, *La formula "ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione" e la nozione di "vir bonus"*, in *Fundamina – A Journal of Legal History* (*FJLH*) 20-1 (2014), p. 258-274.

FAVA, Pasquale (a cura di), *Il Contratto – Trattato teorico-pratico – Aggiornato al d.l. 24/1/2012, n.1, conv. in l. 24/3/2012, n.27 (d.l. liberalizzazioni) e alla proposta di regolamento europeo dell'11/10/2011.*, Milano, Giuffrè, 2012.

FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1921.

FERREIRA, Waldemar – LESSA, Thomaz, *Pacto de retrovenda e o direito de resgate*, São Paulo, São Paulo, 1935.

FIÚZA, César, *Alienação Fiduciária em Garantia (de acordo com a lei nº 9514/97)*, Rio de Janeiro, AIDE, 2000.

FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts– Das Rechtsgeschäft*, vol. 2, 4ª ed., Berlin Heidelberg, Springer, 1992.

FONSECA MENDES, Eduardo Heitor da, *A garantia autônoma no direito brasileiro*, in SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela – CELINA BODIN DE MORAES, Maria – MELO VENCELAU MEIRELES, Rose (coords.), *Direito das Garantias*, São Paulo, Saraiva, 2017.

FORSTER, Nestor José, *Alienação fiduciária em garantia*, 2ª ed., Porto Alegre, Sulina, 1970

FRAGA, Afonso, *Direitos Reais de Garantia (Penhor, Anticrese e Hipoteca)*, São Paulo, Saraiva, 1933.

FREZZA, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni – Le garanzie reali*, vol. II, Padova, CEDAM, 1963.

FUNAIOLI, Carlo Alberto, *La tradizione*, Padova, CEDAM, 1942.

GALBETTI, Luiz Mario – VANZELLA, Rafael, *Contratos de garantia e garantias autônomas*, in *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro* (*RDMIEF*), 157 (2011), p. 44-69.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra, 2002.

GAMBARO, Antonio – SACCO, Rodolfo, *Trattato di diritto comparato - Sistemi giuridici comparati*, 3ª ed., Torino, UTET, 2008.

GARCIA DEL CORRAL, Idelfonso L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano – Digesto – Primera parte*, t. III, Barcelona, Kriegel Hermann y Osenbrüggen, 1897.

GARCIA DEL CORRAL, Idelfonso L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano – Código – Segunda Parte*, t. V, Barcelona, Molinas, 1892.

GEIB, Otto, *Actio fiduciae und Realvertrag*, in *ZSS* 8-1 (1887), p. 112-154.

GOGLIANO, Daisy, *A função social do contrato (causa e motivo)*, in *Revista da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo* (*RFDUSP*) 99 (2004), p. 153-198.

GOMES, Orlando, *Alienação fiduciária em garantia*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

GOMES, Orlando, *Alguns problemas da alienação fiduciária em garantia*, in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* (*ROAB*) 20 (1976), p. 449-464.

GOMES, Orlando, *Contratos*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978.

GOMES, Orlando, *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

GOMES, Orlando, *Direitos Reais*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980

GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas*, vol. 5, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

GRASSETTI, Cesare, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (*RDCDGO*), 34-1 (1936), p. 345-378.

GROSSO, Giuseppe, *Fiducia (diritto romano)*, in *ED* 17 (1968), p. 384-388.

GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1963.

HENRY MARQUE DIP, Ricardo – ANDRIGHI, Nancy, *Apontamentos acerca dos registros públicos – Lei 13.097/2015*, in *CORI-MG*, s.d., disponível in https://corimg.org/files/obra/20150327-artigo-nancy-desembargador-1.pdf?x88437 [20/12/2021].

HENRY MARQUES DIP, Ricardo, *Registros sobre Registros #142 – Comentários e Glosas*, 26/06/2019, disponível in https://www.youtube.com/watch?v=U4sId-K3Imc [29/11/2021].

IADECOLA, Arturo, *Gli Effetti e l'opponibilità del Contratto*, in FAVA, Pasquale (a cura di), *Il Contratto – Trattato teorico-pratico - Aggiornato al d.l. 24/1/2012, n.1, conv. in l. 24/3/2012, n.27 (d.l. liberalizzazioni) e alla proposta di regolamento europeo dell'11/10/2011*., Milano, Giuffrè, 2012.

IMBROISI, Margaret, *Herculano – Outra vítima do Vesúvio – Itália*, s.l., 2021, disponível in https://www.historiadasartes.com/sala-dos-professores/herculano-outra-vitima-do-vesuvio-italia/ [13/02/2021].

HERZEN, Nicolas, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris, Rousseau, 1899.

JACOPETTI DO LAGO, Ivan, *A Lei 13.097 de 2015 e sua contribuição para a governança fundiária*, in *Revista de Direito Imobiliário* (*RDI*) 81 (2016), p. 155-184.

JACOPETTI DO LAGO, Ivan, *A segurança jurídica gerada pelo registro e o s tribunais: análise da experiência brasileira recente na execução extrajudicial da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis*, in *Revista de Direito Imobiliário* (*RDI*) 87 (2019), p 455-475.

JAKOBS, H. H., *Gibt es den dinglichen Vertrag?: Ein Epitheton zu, Wissenschaft und Gesetzgebung' (1983)*, in *ZSS* 119-1 (2002), pp. 269-325.

JACQUELIN, René, *De la Fiducie*, Paris, Giard, 1891.

JARDIM, Mónica, *A Euro-Hipoteca e os Diversos Sistemas Registais Europeus*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (*BFDUC*) 85 (2009), p. 743-764.

JARDIM, Mónica, *No modelo francês, o registro é mais fraco*, s.l., s.d.., disponível in https://www.irib.org.br/obras/no-modelo-frances-o-registro-e-mais-fraco [06/01/2022] (= *Revista do SFI* (*RSFI*) 21 (2005), p. 32-33).

JARDIM, Mónica, *O Sistema Registal Germânico*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (*BFDUC*) 381 (2002), p. 381-438.

JHERING, Rudolf von, *Geist Des Römischen Rechts – Auf Den Verschiedenen Stufen Seiner Entwicklungt*, trad. fr. de O. de Meulenaere, *Le Spirit du Droit Romain – Dans les diverses phases de son développement*, 2ª ed., t. III, Paris, Maresq, 1880.

JHERING, Rudolf von, *Geist Des Römischen Rechts – Auf Den Verschiedenen Stufen Seiner Entwicklungt*, trad. fr. de O. de Meulenaere, *Le Spirit du Droit Romain – Dans les diverses phases de son développement*, 2ª ed., t. IV, Paris, Maresq, 1880.

JHERING, Rudolf von, *Zweck in Recht*, trad. es. de Leonardo Rodríguez, Madrid, Rodrigues Serra, 1968

JOAQUIM RIBAS, Antonio, *Da posse e das acções possessórias*, Rio de Janeiro, Laemmert, 1883.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *L'influence du droit français sur le droit brésilien*, in *Revista Da Faculdade de Direito* (*RFDUSP*) 89 (1994), p. 202.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial*, Tese (Titularidade), Faculdade de Direito da USP., São Paulo, 1986.

KANO, Osamu, *Pour l'histoire d'un symbole juridique: la festuca dans le haut Moyen Âge*, in *Bulletin de la Société Nationale des Antiquaires de France* (*BSNAF*) 2010 (2015), p. 159-176.

KASER, Max, *Die Anfänge der manumissio und das fiduziarisch gebundene Eigentum*, in ZSS 61 (1941), p. 153-186.

KASER, Max, *Romisches Privatrecht*, trad. en. de Rolf Dannenbring, *Roman Private Law*, 4ª ed., Pretoria, University of South Africa, 1984.

KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

KRAUSE, Hermann, *Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, Archiv für die civilistische Praxis* (*AcP*) 145-3 (1939), p. 312-326.

KRONKE, Herbert, *Il trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in GALGANO, Francesco (a cura di), *Atlante di Diritto Privato Comparato*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 2003.

KÜMPEL, Vitor Frederico – MODINA FERRARI, Carla, *Tratado Notarial e Registral – Ofício de Registro de Imóveis*, vol. 5, t. I, São Paulo, YK, 2020.

KÜMPEL, Vitor Frederico – MODINA FERRARI, Carla, *Tratado Notarial e Registral – Ofício de Registro de Imóveis*, vol. 5, t. II, São Paulo, YK, 2020.

KÜMPEL, Vitor Frederico, *Sistemas de transmissão da propriedade imobiliária - Parte V*, in Migalhas, 28/09/2021, disponível in https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/352241/sistemas-de-transmissao-da-propriedade-imobiliaria--parte-v [14/12/2021]

KÜMPEL, Vitor Frederico, *Sistema de Transmissão Imobiliária - Sob Ótica do Registro*, São Paulo, YK, 2021.

LAUBADÈRE, Andre de, *Droit public économique*, 1979, trad. port. de Maria Teresa Costa, *Direito Público Económico*, Coimbra, Almedina, 1985.

LAMBRINI, Paola, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi Urbinati di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche* (*SUSGPE*) 66 (2015), p. 35-49.

LAMBRINI, Paola, *Le cause del negozio fiduciario*, in PIRO, Isabella (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, vol. IV, Roma, Libellula, 2016, p. 211-221.

LAMBRINI, Paola, *Lineamenti storico-dogmatici della 'fiducia cum creditore'*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2003, p. 257-273.

LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Munchen, C.H. Beck, 1986.

LASSARD, Y. – KOPTEV, A., *The Roman Law Library*, disponível in https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm [13/08/2021].

LEVY, Ernst, *Reflections on the First "Reception" of Roman Law in Germanic States*, in *The American Historical Review* (*TAHR*) 48-1 (1942), p. 20-29.

LENT, Friedrich, *Sachenrecht*, 8ª ed., Berlin, Beck'sche, 1960.

LIMA REIS, Mayara de, *O pacto comissório do Direito Romano*, Tese (Dissertação de Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014.

LIPARI, Nicolò, *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1964.

LO RÉ POUSADA, Estevan, *A Recepção do Direito Romano nas Universidades – Glosadores e Comentadores*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* (*RFDUSP*) 106/107 (2011/2012), p. 109-117.

LONGO, Carlo, *Corso di Diritto Romano – La fiducia*, Milano, Giuffrè, 1933.

LOPES MEIRELLES, Helly, *Direito Administrativo Brasileiro*, 40ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.

LOUREIRO, Francisco Eduardo, *Comentários ao Livro III – Do Direito das Coisas*, in PELUSO, Peluso, *Código Civil Comentado*, 11ª ed., Barueri, Manole, 2018.

LOUREIRO, José Eduardo, *Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel*, in *Revista do Advogado* (*RA*) 63 (2001), p. 86-95.

MAJO, Adolfo di, *Causa del negozio giuridico*, in *Enciclopedia Giuridica Trecanni* (*EGT*) 6 (1998), p. 1-12.

SILVEIRA MARCHI, Eduardo Cesar, *Direito de Laje – Da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil*, São Paulo, YK, 2018.

SILVEIRA MARCHI, Eduardo Cesar, *Guia de Metodologia Jurídica (Tesses, monografias, artigos)*, 3ª ed., São Paulo, YK, 2017.

MARRA, Paolo, *Fiduciae Causa*, Milano, CEDAM, 2018.

MARRONE, Matteo, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Palermo, Palumbo, 2006.

MASSIMO BIANCA, Cesare, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, 1972, trad. es. de Mario Gastón Fernandez Cruz, *Reflexiones sobre el Principio del Consenso Traslativo*, in THEMIS Revista de Derecho 38 (1998), p. 73-80.

MENEZES DE CORDEIRO, António, *Da boa-fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2015.

MESSINA, Giuseppe, *Scritti Giuridici – Negozi Fiduciari*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1948.

MESSINEO, Francesco, *Dottrina generale del contrato*, 2ª ed., Milano Giuffrè, 1946.

MOJA, A., *Il trust a scopo di garanzia*, in GAMBARO, Antonio – MORELLO, Umberto, *Trattato dei Diritti Reali – Diritti Reali di Garanzia*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2014, p. 601-675.

MONATERI, Pier Giuseppe, *Causalità e astrattezza del contratto*, in GALGANO, Francesco (a cura di), *Atlante di Diritto Privato Comparato*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 2003, p. 89-97.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *L'esprit des lois*, trad. port. de Cristina Murachco, *O espírito das leis*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000.

MORAIS CRUZ, Matheus, *O que foi Herculano? Aspectos Históricos e Arqueológicos da Cidade Romana*, s.l., s.d., disponível in http://www.larp.mae.usp.br/o-ultimo-banquete-em-herculano/o-que-foi-herculano/ [03/11/2021].

MOREIRA ALVES, José Carlos, *A "Gewere" – Um instituto do antigo direito germânico*, in *Revista Da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo* (*RFDUSP*) 63 (1968), p. 193-228.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, vol. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, vol. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Retrovenda*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

MOUSOURAKIS, George, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, New York, Springer, 2015.

NAMEN CHALHUB, Melhim, *Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato*, in *Revista de Direito Imobiliário* (*RDI*) 63 (2007), p. 82-111.

NAMEN CHALHUB, Melhim – DANTZGER, Afranio C. C., *Lei 13.476/2017 preencheu importante lacuna ao regular "garantia guarda-chuva"*, in IRIB, 01-11-2017, disponível em https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/lei-13-476-2017-preencheu-importante-lacuna-ao-regular-garantia-guarda-chuva [11-02-2022].

NAVARRO MARTORELL, Mariano, *Propried Fiduciaria – La fiducia histórica - Los modernos negocios fiduciarios - La propriedad fiduciaria*, Barcelona, Bosh, 1950.

OPTIZ, Oswaldo – OPTIZ, Silvia, *Alienação fiduciária em garantia*, 4ª ed., Porto Alegre, Síntese, s.d.

OLCESE, Tomas, *A posse de ano e dia*, in *Contraditor*, São Paulo, 2021, disponível em *https://www.contraditor.com/a-posse-de-ano-e-dia/* [24/08/2021].

OLCESE, Tomas, *A propriedade fiduciária de base romanística e o trust inglês: perspectivas comparatísticas*, in *Revista Jurídica da Faculdade 7 Setembro* (*RJurFA7*) 12-1 (2015), p. 45-68.

OLIVEIRA ERHARDT, Manoel de, *A execução hipotecária por agente financeiro (Lei nº 5.741/71 e Decreto-Lei nº 70/66)*, in GUERRA, Alexandre – BENACCHIO, Marcelo (coords.), *Direito Imobiliário Brasileiro – Novas Fronteiras Na Legalidade Constitucional*, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 1063-1075.

ORLANDI NETO, Narciso, *A Hipoteca Judiciária no Código de Processo Civil*, in DIP, Ricardo (org.), *Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 13-34.

ORLANDI NETO, Narciso, *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis (Breve Ensaio), in Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – Jubileu de Prata 1972-1997 – Trabalhos Jurídicos*, São Paulo, Oliveira Mendes, 1997.

PAU PEDRÓN, Antonio, *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (*RCDI*) 551 (1982), p. 951-1026.

PAULA LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de, *Direito das Cousas*, vol. I, Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, 1908.

PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, 7ª ed., Napoli, ESI, 2011.

PETROCELLI DE ÁVILA RIBEIRO, Moacyr, *Alienação fiduciária de bens imóveis*, in Gentil de Almeida Pedroso, Alberto (coord.), *Direito Imobiliário*, vol. X, t. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.

PIETREK, Marieta, *Konsens über Tradition? Eine Studie zur Eigentumsübertragung in Brasilien, Deutschland und Portugal*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

PLANIOL, Marcel, *Trataité Élémentaire de Droit Civil*, t. II, 9ª ed., Paris, Librairie Génerale de Droit & Jurisprudence, 1923.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Negócios Jurídicos*, t. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Eficácia Jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações*, t. V, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas – Propriedade – Aquisição da propriedade imobiliária*, t. XI, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas – Direitos Reais de Garantia*, t. XX, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas – Penhor - Anticrese*, t. XXI, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações - Extinção das Obrigações*, t. XXV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

PROUDHON, Pierre Joseph, *Qu'est-ce que la propriété? Recherche sur le principe du droit et du gouvernement*, 1840, trad. ing. de B. R. Tucker, *What is property? An inquiry into the principle of right and of government*, London, Costable and Company, 1970.

PUGLIATTI, Salvatore, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale* (*NRDC*) 1 (1947), p. 13-21.

QUEIROZ DE MORAES, Bernardo Bissoto, *Parte Geral – Código Civil – Gênese, Difusão e Conveniência de uma Ideia*, São Paulo, YK, 2018.

QUEIROZ DE MORAES, Bernardo Bissoto, *Manual de introdução ao Digesto*, São Paulo, YK, 2017.

QUEIROZ DE MORAES, Bernardo Bissoto, *O Texto Ilustre: Corpus Iuris Civilis*, in *Contraditor*, 04/02/2022, disponível in https://www.contraditor.com/o-texto-ilustre-corpus-iuris-civilis/#_ftn1 [18/02/2022].

RANIERI, Filippo, *Brevi Note Sull'Origine Della Nozione Di Negozio Reale Ed Astratto*, in *Tijdschrift vOOR Rechtsgeschiedenis* 38 (1970), p. 315-342.

REALE, Miguel – REALE JÚNIOR, Miguel – AMARAL DUTRA, Pedro Alberto do, *O Sistema Financeiro da Habitação: estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do Estado*, in VVAA, *A Atividade de Crédito Imobiliário e Poupança – Alguns Aspectos Jurídicos*, São Paulo, ABECIP, 1994.

REALI, A., *La Fiducia a Scopo di Garanzia, La Vendita con Patto di Riscatto e Il Divieto del Patto Commissorio – (Cambiamenti di prospettiva, ratio degli articoli 1963 e 2744 e.e. e analisi di nuove fattispecie operative)*, in GAMBARO, Antonio – MORELLO, Umberto, *Trattato dei Riritti Reali – Diritti Reali di Garanzia*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2014, p. 517-600.

RESTIFFE NETO, Paulo – RESTIFFE, Paulo Sérgio, *Propriedade fiduciária*, São Paulo, Malheiros, 2004.

RIBAS, Antônio Joaquim, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro, Garnier, 1880.

RICCOBONO, Salvatore, *Traditio ficta*, in ZSS 33 (1913), p. 259-303.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins, *Institutas de Gaio – Gai institutionum commentarii IV*, São Paulo, YK, 2020.

RODRIGUES PEREIRA, Lafayette, *Direito das Coisas*, vol. I, Brasília, Senado Federal, 2004.

ROPPO, Enzo, *Il contratto*, 1947, trad. port. de Ana Coimbra – M. Januário C. Gomes, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 2009.

RUBINO, Domenico, *El negocio juridico indirecto*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953.

RUDDEN, Bernard, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, in *Oxford Essays In Jurisprudence* (*OEJ*) 3 (1987), p. 239-261.

SAHB BATISTA LOPES, Christian, *A causa do negócio jurídico e a causa da atribuição patrimonial*, disponível in http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6bb604663d5d74f1#:~:text=Na%20compra%20e%20venda%2C%20portanto,paga%20o%20pre%C3%A7o%20causa%20solvendi. [07/12/2021] (=in CASTRO FIÚZA, César Augusto de, RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz, COSTA CARVALHO NETO, Frederico da (orgs.), *XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB – Direito Civil*, vol. 1, Florianópolis, Conpedi, 2014, p. 52-73).

SALTER, John, *Hugo Grotius: Property and Consent*, in *Political Theory* (*PT*) 29-4 (2001), p. 537-555.

SANTANA DE MELO, Marcelo Augusto, *Teoria geral do registro de imóveis – Estrutura e Função*, Porto Alegre, Fabris, 2016.

SANTOS AMARAL NETO, Francisco dos, *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*, in TEPEDINO, Gustavo – FACHIN, Luiz Edson (orgs.), *Coleção Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*, vol. V, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen rechts*, vol. III, Berlin, Veit und Comp, 1840.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen rechts*, 1840, trad. it. de Vittorio Scialoja, *Sistema del Diritto Romano Atuale*, vol. III, Torino, UTET, 1891.

SCHMIDT, Jan Peter, *Juridical Act*, in Basedow, Jürgen *et. al.*, *The Max Plank Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, Oxford, Oxford University, 2012, p.

SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford, Oxford University, 1961.

SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, trad. in. de Marguerite Wolf, *Principles of Roman Law*, Oxford, Oxford University, 1936, p. 1016-1020.

SCHÜTZER DEL NERO, João Alberto, *Notas sobre a Transmissão do Direito de Propriedade na Antevéspera da Primeira Codificação Civil Brasileira*, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo* (*RDCC*), 28 (2021), p. 79-144.

SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Tratado dos Registros Públicos*, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962.

SILVA PEREIRA, Caio Mario da, *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil – Teoria geral de direito civil*, vol. I, 30ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

SILVA PEREIRA, Caio Mario da, *Instituições de Direito Civil – Contratos*, vol. III, 1ª ed. eletrônica, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

SILVA PEREIRA, Caio Mario da, *Instituições de Direito Civil – Direitos Reais*, vol. IV, 25ª ed., 2017.

SKWARCZYŃSKI, P., *The Origin of the Name "Pacta Conventa" in 1573*, in *The Slavonic and East European Review* (*TSEER*) 37 (1959), p. 469, 475.

SMITH, Henry E. – MERRILL, Thomas W., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, in *Yale Law Journal* (*YLJ*) 110-1 (2000), p. 1-70.

SORIANO DE SOUZA NETO, José, *Da novação*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1937.

SORIANO NETO, *Publicidade Material do Registro de Immobiliario (Efeitos da Transcripção)*, Recife, Tribuna, 1940.

SOUZA LIMA, Otto de, *Negócio Fiduciário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1962.

STEVEN, A., *Accessoriness and Security over Land*, in *Edinburgh Law Review* (*ELR*) 13-3 (2009), p. 387-426.

STUART MILLS, John, *Principles of Political Economy*, New York, Appleton, 1885

SUMNER LOBINGIER, Charles, *The Reception of the Roman Law in Germany*, in *Michigan Law Review* (*MLR*), 14 (1916), p. 562-569.

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das Leis Civis*, vol. I, Brasília, Senado Federal, 2003.

TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo, *Propriedade imobiliária e mobiliária – Sistemas de Transmissão*, Curitiba, Jaruá, 2012.

TEPEDINO, Gustavo, *Abuso do direito potestativo*, in *Revista Brasileira de Direito Civil* (*RBDCivil*) 25-3 (2020), p. 13-15.

THEIR, Andreas, *Feudal Law*, in BASEDOW, Jürgen *et. al.*, *The Max Plank Encyclopedia of European Private Law*, vol. I, Oxford, Oxford University, 2012, p. 686-687.

TRAPP, Willy, *Der dingliche Vertrag und seine Stellung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Leipzig, Roske, 1909.

TREGGIARI, Ferdinando, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni transmorte*, in MAZZARESE, Silvio – SASSI, Andrea (a cura di), *Diritto Privato – Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. II, Palazzo, UTET, 2009.

TROMBETTA, Angela, *Il contratto e la traditio nel "sistema" di Savigny*, in *Il Foro Italiano* (*FI*) 104 (1981), p. 269/270-281/282.

ULHÔA COELHO, Fábio Curso de Direito Civil – Contratos, vol. III, 1ª ed. eletrônica, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

VAN VLIET, Lars Peter Wunibald, *Iusta causa traditionis and its history in European Private Law*, in European Review of Private Law (ERPL) 11-3 (2003), p. 342-378.

VAN VLIET, Lars Peter Wunibald, *The German Grundschuld*, in *The Edinburgh Law Review* (*ELR*) 16-2 (2012), p. 147-177.

VAN VLIET, Lars Peter Wunibald, *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2000.

VILAÇA AZEVEDO, Álvaro, *Curso de direito civil – Contratos típicos e atípicos*, vol. IV, São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro, *Negócio Fiduciário*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito* (*ESD*) 54 (1977), p. 155-169.

VON TUHR, Andreas, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, trad. es. de Tito Ravá, *Derecho Civil – Teoría general del derecho civil alemán – Los Hechos Jurídicos*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2005.

VON TUHR, Andreas, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, trad. es. de Tito Ravá, Derecho Civil – Teoría general del derecho civil alemán – Los Hechos Jurídicos*, vol. III, Madrid, Marcial Pons, 2005.

WALD, Arnoldo, *Da Alienação Fiduciária*, in *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara* (*RDMPEG*) 7 (1969), p 44-53.

WATSON, Alan, *The origins of fiducia*, in *ZSS* 79-1 (1962), 329 e ss.

WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. es. de Francisco Fernández Jardón, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Madrid, Aguilar, 1957.

ZIOLKOWSKI, Theodore, *The Mirror of Justice – Literary Reflections of Legal Crises*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford, Clarendon, 2001.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, Juta, 1990.

ZULUETA, Francis de, *The Institutes of Gaius – Text with critical notes and translation*, vol. I, Oxford, Oxford University, 1958.