

**NATÁLIA SÓLLER**

**Alienação fiduciária em garantia: análise da propriedade fiduciária, do negócio fiduciário, da propriedade resolúvel, do patrimônio de afetação, do elemento de fidúcia e de seus antecedentes no direito romano**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Dárcio Roberto Martins Rodrigues

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2023**

**NATÁLIA SÓLLER**

**Alienação fiduciária em garantia: análise da propriedade fiduciária, do negócio fiduciário, da propriedade resolúvel, do patrimônio de afetação, do elemento de fidúcia e de seus antecedentes no direito romano**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de Concentração de Direito Romano, sob a orientação do Professor Doutor Dárcio Roberto Martins Rodrigues.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2023**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação Serviço de Biblioteca e Documentação Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

---

Sóller, Natália Alienação fiduciária em garantia: análise da propriedade fiduciária, do negócio fiduciário, da propriedade resolúvel, do patrimônio de afetação, do elemento de fidúcia e de seus antecedentes no direito romano; Natália Sóller ; orientador Dárcio Roberto Martins Rodrigues -- São Paulo, 2023.

111

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito. 2. Direito Romano. 3. Direito - Alienação fiduciária em garantia. I. Martins Rodrigues, Dárcio Roberto , orient. II. Título.

---

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: SÓLLER, Natália

Título: Alienação fiduciária em garantia: análise da propriedade fiduciária, do negócio fiduciário, da propriedade resolúvel, do patrimônio de afetação, do elemento de fidúcia e de seus antecedentes no direito romano

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo para a Obtenção do título de Mestre em Direito  
Área de Concentração: Direito Romano

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, prof. Dr. Dácio Roberto Martins Rodrigues, que me proporcionou a oportunidade de desenvolver esta dissertação e me auxiliou em todas as etapas.

Ao prof. Dr. Vitor Frederico Kümpel, pelo incentivo e apoio para trilhar a área acadêmica.

A todos os professores do Departamento de Direito Romano da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, pelo igual suporte.

Ao meu marido, que me deu todo apoio e incentivo para a realização do trabalho.

À minha família e aos meus amigos, que me auxiliaram nesta trajetória.

## RESUMO

SÓLLER, N. Alienação fiduciária em garantia: análise da propriedade fiduciária, do negócio fiduciário, da propriedade resolúvel, do patrimônio de afetação, do elemento de fidúcia e de seus antecedentes no direito romano. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Romano – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023).

Resumo: O presente trabalho propõe a correlacionar a alienação fiduciária em garantia brasileira com institutos jurídicos correlatos da propriedade fiduciária, do negócio fiduciário, da propriedade resolúvel e do patrimônio de afetação, a fim de sanar as confusões terminológicas encontradas na doutrina e legislação acerca dessas figuras. Em pesquisa acadêmica aprofundada, identificou-se que esses institutos se confundem e os efeitos práticos de cada um deles não são claros. Propõe-se também o estudo da *fiducia* do Direito Romano, que é apontado como origem histórica da alienação fiduciária em garantia, com o objetivo de se validar ou não tal afirmativa. A *fiducia* romana, no Brasil, tende a ser estudada somente a partir de suas subespécies de *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*, porém será apontada a estrutura do instituto romano para a realização do cotejo com o Direito atual. Por fim, apresentar-se-á a proposta de histórico, conceito, natureza jurídica e efeitos da alienação fiduciária em garantia, confirmando ou refutando sua correlação com os demais institutos mencionados.

Palavras-chave: alienação fiduciária em garantia; fidúcia; *fiducia*; propriedade fiduciária; negócio fiduciário; propriedade resolúvel; patrimônio de afetação.

## ABSTRACT

SÓLLER, N. Fiduciary alienation in guarantee: an essay about fiduciary property, fiduciary business, resolvable property, escrow assets, the element of trust and it's historical origen in Roman Law. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Romano – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023).

Abstract: The present essay proposes to correlate Brazilian “fiduciary alienation in guarantee” with related legal institutes of “fiduciary property”, “fiduciary business”, “resolvable property” and escrow assets, in order to remedy the terminological problems found in the doctrine and legislation about these figures. In-depth academic research, it was identified that these institutes are confused with one another and the practical effects of each of them are not clear. It also proposes the study of the *fiducia* of Roman Law, which is pointed out as the historical origin of fiduciary alienation in guarantee, with the finality of validating or not such affirmative. The Roman *fiducia*, in Brazil, tends to be studied only from its subspecies of *fiducia cum amico* and *fiducia cum creditore*, however, the structure of the Roman institute will be analyzed to carry out the comparison with the current Law. Finally, will be presented a proposal of the historical origin, concept, legal nature and effects of fiduciary alienation in guarantee, confirming or refuting its correlation with the other mentioned institutes.

Key-words: fiduciary alienation in guarantee; trust; *fiducia*; fiduciary property, fiduciary business; resolvable property; escrow assets.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	10
2	ANTECEDENTES DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO DIREITO ROMANO.....	18
2.1	CONCEITO E FONTES PRINCIPAIS .....	19
2.2	CARACTERÍSTICAS E REGRAS DA <i>FIDUCIA DE RES</i> .....	29
3	ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	37
3.1	HISTÓRICO LEGISLATIVO NO BRASIL .....	37
3.2	CONCEITO INICIAL DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	39
3.3	EFEITOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA .....	41
	3.3.1 Alienação fiduciária em garantia de bens móveis.....	41
	3.3.2 Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.....	42
	3.3.3 Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais	44
3.4	ANÁLISE DOS INSTITUTOS CORRELATOS .....	46
	3.4.1 Propriedade resolúvel.....	46
	3.4.2 Propriedade fiduciária .....	48
	3.4.3 Negócio Fiduciário.....	49
	3.4.4 Patrimônio de afetação .....	61
	3.4.5 <i>Trust</i> (direito inglês).....	69
4	A NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	73
4.1	COMPARAÇÕES ENTRE OS INSTITUTOS .....	73
	4.1.1 Propriedade resolúvel e alienação fiduciária em garantia.....	73
	4.1.2 Propriedade resolúvel e propriedade fiduciária .....	77
	4.1.3 Propriedade resolúvel e negócio fiduciário.....	79
	4.1.4 Alienação fiduciária em garantia e propriedade fiduciária .....	80
	4.1.5 Alienação fiduciária em garantia e negócio fiduciário .....	85



4.1.6	Alienação fiduciária em garantia e patrimônio de afetação.....	86
4.2	COMPARAÇÕES COM O DIREITO ROMANO.....	89
4.3	UTILIDADE DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO BRASIL.....	94
4.4	ELEMENTO FIDUCIÁRIO.....	95
5	CONCLUSÃO.....	100
6	REFERÊNCIAS.....	105

# 1 INTRODUÇÃO

No estudo geral do instituto da alienação fiduciária em garantia (AFG), verifica-se uma dificuldade muito grande em sua conceituação e enquadramento de sua natureza jurídica. Trata-se, em linhas gerais, de um negócio jurídico em que o fiduciário disponibiliza ao fiduciante um crédito para a compra de bem; o crédito, com os devidos juros e correções, deverá ser devolvido ao fiduciário em parcelas, conforme definição entre as partes; o bem, por sua vez, é adquirido, à vista, sob o gravame da alienação fiduciária em garantia, servindo como a própria garantia do crédito, de modo que sua titularidade plena é condicionada ao término desse negócio – pelo adimplemento das parcelas pelo fiduciante, que se tornará titular pleno após a quitação, ou por seu inadimplemento, consolidando-se a propriedade, nesse caso, em favor do fiduciário.

Porém, tanto a doutrina tradicional de Direito Civil quanto as obras mais específicas sobre alienação fiduciária em garantia não apresentam uma definição clara e objetiva: por vezes, a AFG é chamada propriedade fiduciária ou negócio fiduciário e sua natureza jurídica também se confunde entre propriedade resolúvel, espécie de negócio fiduciário ou patrimônio de afetação<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Embora o mais adequado para a pesquisa acadêmica e melhor fluidez de texto para o leitor seja a elaboração de paráfrase dos textos e legislações ora citados, nesta Introdução, é necessário abrir espaço em nota de rodapé para apresentar a íntegra do texto original consultado, visto que se pretende demonstrar a confusão terminológica e de enquadramento existente. Não ficaria claro indicar por meio de paráfrases os problemas entre os institutos a serem estudados e, por isso, optou-se por transcrever, neste capítulo, os conceitos adotados pela doutrina e pela legislação. A saber.

C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. 4, 25ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 379: “Conceito. Inscrevendo-se como “direito real de garantia”, cuja conceituação genérica vem estabelecida acima, pode-se definir a **propriedade fiduciária**, como a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida” (grifo nosso); No mesmo sentido, o autor: *Alienação fiduciária em garantia (doutrina)*, in R. LIMONGI FRANÇA, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 6, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 55 – “De sua conceituação legal, resulta que é um negócio jurídico de disposição condicional subordinado a uma condição resolutiva, porque a **propriedade fiduciária** cessa em favor do alienante, uma vez verificado o implemento de uma condição resolutiva, não exige nova declaração de vontade do adquirente ou alienante, nem requer a realização de qualquer novo ato” (grifo nosso);

C. C. FARIAS – N. ROSENVALD, *Curso de Direito Civil*, vol. 5, 13ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 528: “A propriedade fiduciária adentrou o rol de direitos reais do art. 1.225 do Código Civil de 2002. Em princípio, da leitura do dispositivo não encontramos referência a ele. Porém, sobeja implícita no inciso I, **como uma espécie de propriedade resolúvel**. Antes do advento do Código Civil, era tratado como alienação fiduciária, expressão que agora só se reserva ao tipo contratual, mas não ao direito real de garantia que se forma posteriormente pelo registro. Aliás, não podemos negar o fato de **a propriedade fiduciária** ser verdadeiro direito real de garantia, assim como hipoteca e penhor. Contudo, tratando-se de uma nova roupagem de direito de propriedade, preferimos estudar esse modelo jurídico ao lado das demais formas diferenciadas de propriedade, como a **propriedade resolúvel**, aparente e superficiária” (grifo nosso);

S. S. VENOSA, *Direito Civil*, vol. 4, 17ª ed., São Paulo, Atlas, 2017, p. 373: Note-se que o contrato de alienação fiduciária, tal como os contratos que instituem penhor ou hipoteca, **é instrumento para a constituição da propriedade fiduciária**, modalidade de garantia real, criada pelo art. 66 da Lei no 4.728/65 e pela Lei no 9.514/97, e agora contemplada também no Código Civil (arts. 1.361 a 1.368). Desse modo, existem nesses diplomas legais dois institutos jurídicos: o contrato de alienação fiduciária e a garantia fiduciária propriamente dita, decorrente do primeiro. Tanto da dicção do art. 66 da Lei no 4.728/65, quanto do art. 22 da Lei no 9.514/97, bem como agora com maior razão na forma do art. 1.361 do novel Código Civil, conclui-se que o credor adquire a da coisa alienada. O devedor fiduciário permanece com a posse direta do bem de molde que o usufrua. [...] Nesse aspecto se situa a **particularidade fiduciária do negócio**. O bem é transferido para fins de garantia. Sob esse aspecto, não se confunde com os direitos reais de garantia do Código, penhor, hipoteca e anticrese, porque nestes existe direito real limitado, enquanto na alienação fiduciária opera-se a transferência do bem. Quem aliena não grava. O devedor fiduciante aliena o bem ao credor. No penhor e na hipoteca, o credor tem direito real sobre a coisa alheia, enquanto na garantia fiduciária possui direito real sobre a própria coisa” (grifo nosso);

CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*, vol. 4, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 489: O art. 1.361, caput, do Código Civil conceitua a propriedade fiduciária nestes termos: ‘Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor’. Constitui-se mediante negócio jurídico de disposição condicional. **Subordinado a uma condição resolutiva, porque a propriedade fiduciária cessa em favor do alienante**, uma vez verificado o implemento da condição resolutiva, não exige nova declaração de vontade do adquirente ou do alienante, nem requer a realização de qualquer novo ato. O alienante, que transferiu fiduciariamente a propriedade, readquire-a pelo só pagamento da dívida” (grifo nosso);

MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 4, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 639: “É um negócio jurídico subordinado a uma **condição resolutiva, uma vez que a propriedade fiduciária cessa em favor do alienante**, com o implemento dessa condição, ou seja, com a solução do débito garantido, de modo que o alienante que transferiu a propriedade fiduciariamente readquire-a com o pagamento da dívida” (grifo nosso);

A. RIZZARDO, *Direito das Coisas*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 482: “**O negócio fiduciário resume-se propriamente na alienação fiduciária em garantia**. Em ambas as figuras há elementos comuns. O devedor aliena a coisa sob a condição suspensiva de retorno ipso jure do domínio, mediante o pagamento da dívida assim garantida. O credor, de outro lado, investe-se temporariamente no domínio da coisa alienada em garantia fiduciária, **sob condição resolutiva**” (grifo nosso);

J. C. MOREIRA ALVES, *Da alienação fiduciária em garantia*, São Paulo, Saraiva, 1973, p. 82: “Assim, é de concluir-se que o contrato de alienação fiduciária em garantia, quanto à sua natureza jurídica, é contrato de direito das coisas, mas dele não nasce, independentemente de um modo de aquisição, o direito real, que é **a propriedade fiduciária**” (grifo nosso);

ORLANDO GOMES, *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, pp. 18-19: “Em sentido lato, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, **obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação**, ou lhe seja pedida a restituição. [...] Ao direito do fiduciário sobre os bens adquiridos **aplicam-se as regras da propriedade resolúvel** inscritas nos arts. 647 e 648 do Código Civil, mas a consolidação da propriedade requer pronunciamento judicial em sentença que reconheça o implemento da condição resolutiva” (grifo nosso);

A. C. GONÇALVES, *Da propriedade resolúvel (sua projeção na alienação fiduciária em garantia)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 254: “Na alienação fiduciária em garantia, a propriedade é transmitida, só retornando ao patrimônio do transmitente quando saldada a dívida, ou, em sua falta, passe por venda a terceiros. [...] No nosso sistema jurídico, o negócio fiduciário se apresenta sob uma dupla fisionomia: a feição atípica e a típica. [...] Nas suas formas tipificadas, revela-se, entre nós, **o negócio fiduciário nas espécies da cessão fiduciária em garantia, na alienação fiduciária em garantia** e no direito sucessório e no fideicomisso” (grifo nosso);

P. RESTIFFE NETO – P. S. RESTIFFE, *Propriedade Fiduciária Imóvel*, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 46: “O pacto adjeto de alienação fiduciária não é contrato de compra e venda, mas sim o **negócio jurídico típico e inteligente gerador exclusivo da espécie de propriedade fiduciária afetada** ao credor, pelo qual o devedor ou terceiro,

A partir dos conceitos doutrinados elencados, é possível observar as inúmeras divergências. Muitos utilizam a expressão “propriedade fiduciária” para falar da própria alienação fiduciária ou afirmam que a propriedade fiduciária é decorrente da instituição de uma

---

chamado “fiduciante”, contrata, na forma dos arts. 22 e 23 da Lei 9.514, de 20.11.1997, **a transferência resolúvel** (por remissões aos dispositivos codificados da propriedade resolúvel, contidas no art. 33) da coisa imóvel ou de direitos reais, de que de titular, para o credor que assume a posição de proprietário fiduciário, com o escopo de garantia do pagamento da dívida que lhe dá causa” (grifo nosso);

M. TERRA, *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia*, Porto Alegre, safE, 1998, p. 20: “A alienação fiduciária em garantia é, nos termos do art. 22, o ‘negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel da coisa imóvel’. **O contrato, agora típico ou nominado, se chama ‘alienação fiduciária’, ao passo que a garantia é a ‘propriedade fiduciária’**” (grifo nosso);

M. P. A. RIBEIRO, *Alienação Fiduciária em Garantia*, in A. G. A. PEDROSO, *Direito Imobiliário*, vol. X, Tomo I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 104-105 – “entende-se como correta a compreensão de que se tratará de direito real limitado em que o devedor fiduciante, mantendo-se na posse direta do imóvel, **transmite a propriedade resolúvel** e a posse indireta ao credor fiduciário, para a garantia de seu débito, resolvendo-se aludido direito com o pagamento da dívida garantida e o seu conseqüente retorno ao domínio pleno da coisa. [...] Também como já se viu a **propriedade fiduciária é espécie de negócio fiduciário**” (grifo nosso);

A. C. C. DANTZGER, *Alienação fiduciária de bens imóveis: lei nº 9.514/1997: aplicação prática e suas consequências*, 4ª ed., Salvador, JusPODIVM, 2018, p. 46: “A alienação fiduciária em garantia se dá pela celebração de um contrato acessório, de garantia, como o próprio nome diz, típico, formal, oneroso, bilateral ou sinalagmático e comutativo. Esse contrato é o título aquisitivo da **propriedade fiduciária**, de tal modo que, para fins de terminologia técnica da matéria, a **“alienação fiduciária” não é a garantia, propriamente dita, mas é tão somente o contrato por intermédio do qual será obtida a garantia, que é a “propriedade fiduciária”** [...]” (grifo nosso);

F. H. V. LIMA, *Da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel*, 4ª ed., Curitiba, Juará, 2011, p. 59: “Sendo assim, o art. 22, da Lei 9.514/97 explicita ser a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel aquele negócio jurídico pelo qual o devedor, assim chamado de fiduciante, com a finalidade de prestar garantia de uma obrigação principal, contratada a transferência, para o credor, **que assim se constitui fiduciário, de um bem imóvel, em propriedade resolúvel**” (grifo nosso);

A. L. CLÁPIS, *A Propriedade Fiduciária Imobiliária – Aspectos gerais e registrários*, Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 39: “A celebração do contrato de alienação fiduciária em garantia **faz surgir a propriedade fiduciária** em favor do credor e mantém o devedor na posse direta da coisa, durante o tempo de duração da obrigação principal” (grifo nosso).

M. D. OLIVA, *Do negócio fiduciário à fidúcia*, São Paulo, Atlas, 2014, p. 113: “A propriedade dos bens, desse modo, é transmitida ao fiduciário, que deve gerir o patrimônio separado em atenção à finalidade de garantia, sendo os credores os beneficiários desse **patrimônio afetado**. Conforme os credores são satisfeitos, seu direito acessório de garantia automaticamente se extingue, permanecendo como beneficiários apenas os credores cujo crédito ainda subsiste” (grifo nosso);

M. N. CHALHUB, *Alienação Fiduciária em Garantia – Negócio fiduciário*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017, p.161: “**Propriedade fiduciária** é uma propriedade limitada pelas restrições que sofre em seu conteúdo, considerada a finalidade para a qual é constituída, tendo duração limitada, enquanto perdurar o escopo do negócio. Por esse modo, o titular de determinado bem transmite a propriedade ao credor **sob condição resolúvel**, com a exclusiva finalidade de garantia, uma vez cumprida a obrigação garantida, resolve-se a propriedade do credor, retornando a plena propriedade ao patrimônio do antigo titular” (grifo nosso);

V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado Notarial e Registral*, vol. 5, t. 2, São Paulo, YK, 2020, p. 1775: “Não obstante o conceito legal, parece mais adequado considerar que a alienação fiduciária é um direito real em que o devedor afeta o bem dado em garantia em favor do credor, que terá o direito de consolidar para si a propriedade plena, se inadimplida a dívida ou, caso cumpridas todas as prestações do débito, far-se-á a **desafetação** do bem em favor do devedor, que se tornará proprietário pleno sem qualquer restrição sobre a coisa” (grifo nosso).

AFG. Nessa linha, também se afirma que a propriedade fiduciária ou a alienação fiduciária em garantia é uma espécie de negócio fiduciário, ou, até mesmo, a positivação no negócio fiduciário no Direito Brasileiro.

Quanto à natureza jurídica, boa parte aduz que o bem objeto da AFG é uma propriedade resolúvel, seguindo o enquadramento legislativo, mas também há posicionamentos no sentido de que se trata, na verdade, de um patrimônio de afetação.

Não fica claro, portanto, se a propriedade fiduciária e a AFG são a mesma coisa ou se uma é consequência da outra; se a AFG é uma espécie de negócio fiduciário; se o bem objeto do contrato de AFG é uma propriedade resolúvel ou se é um patrimônio de afetação. Parece existir um elemento fiduciário comum a todos esses institutos, porém, tampouco ele é tratado com clareza ou analisado com maior profundidade para identificação das semelhanças e divergências entre todas as figuras.

Os conceitos legais também não solucionam a confusão terminológica e a dificuldade de enquadramento da natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia. Na verdade, apenas contribuem para as dúvidas que são levantadas.

Pela legislação especial – art. 22 da Lei n.º 9.514/1997<sup>2</sup> – a alienação fiduciária é conceituada como um negócio jurídico pelo qual o devedor fiduciante contrata com o credor fiduciário a transferência da propriedade resolúvel ao último com o escopo de garantia. Essa garantia refere-se à dívida assumida pelo devedor para a aquisição do próprio bem objeto do contrato.

O Código Civil, ainda, no art. 1.368-B do Código Civil<sup>3</sup>, define a alienação fiduciária em garantia como um negócio jurídico realizado entre devedor fiduciante e credor fiduciário que institui um direito real de aquisição ao primeiro sobre um bem móvel ou imóvel.

Conforme observado, no art. 22 da primeira lei apontada, a alienação fiduciária em garantia é categorizada como um contrato que gera uma propriedade resolúvel em favor do credor, que poderá tomar o bem financiado para si em caso de inadimplemento da dívida por

---

<sup>2</sup> Art. 22 da Lei n.º 9.514/1997: “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, **da propriedade resolúvel de coisa imóvel**” (grifo nosso).

<sup>3</sup> Art. 1.368-B do Código Civil: “A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere **direito real de aquisição ao fiduciante**, seu cessionário ou sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014).

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

parte do devedor. O Código Civil, por outro lado, trata a da alienação fiduciária em garantia dentro do capítulo sobre a propriedade fiduciária, que, nos termos do art. 1.361<sup>4</sup>, é uma espécie de propriedade resolúvel sobre coisa móvel.

A própria legislação torna confusa a topografia do instituto, pois o coloca dentro do capítulo sobre a propriedade fiduciária que, por sua vez, segundo o texto do Código Civil, é uma espécie de propriedade resolúvel exclusiva para bens móveis.

Parece que a doutrina, quando menciona a AFG como sinônimo de propriedade fiduciária, toma como base essa topografia. Porém, o próprio art. 1.368-A menciona “espécies de propriedade fiduciária”<sup>5</sup>, dando a entender que ela não se restringe à AFG, sem contar, como dito, que o Código, num primeiro momento, restringe o conceito de propriedade fiduciária aos bens móveis.

Quando se fala, por outro lado, que a AFG gera uma propriedade fiduciária, poder-se-ia entender que se trata de uma das espécies mencionadas no próprio art. 1.368-A, mas novamente se depararia com a restrição legal da propriedade fiduciária a bens móveis, enquanto a AFG é plenamente aplicável a imóveis.

Em ambas as hipóteses, a AFG ainda está enquadrada como espécie de propriedade resolúvel. Porém, existe também a corrente que defende que o bem objeto da AFG torna-se um patrimônio afetado, o que desconstitui o seu enquadramento nessa topografia legal dentro das categorias de propriedade resolúvel e propriedade fiduciária.

Ademais, para a comparação feita entre AFG e negócio fiduciário, inexistente o respaldo legislativo, visto que o negócio fiduciário não é positivado no Direito Brasileiro. Daí, surgem mais questionamentos: seria de fato a AFG o negócio fiduciário incorporado no ordenamento? Ou seria a previsão da propriedade fiduciária uma decorrência da realização do negócio fiduciário? O negócio fiduciário se restringe ao escopo de garantia? Quais são essas espécies de propriedade fiduciária aduzidas no art. 1.368-A do CC?

E, ainda, caso se adote o posicionamento de que a AFG é, na verdade, um patrimônio de afetação, poderia ela, ainda assim, se caracterizar como um negócio fiduciário? A propriedade fiduciária prevista no CC seria, na verdade, um patrimônio de afetação e não propriedade resolúvel, já que ela é tão associada na doutrina como a própria AFG?

---

<sup>4</sup> Art. 1.361 do Código Civil: “**Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível** que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor” (grifo nosso).

<sup>5</sup> Art. 1.368-A do Código Civil: “As **demais espécies de propriedade fiduciária** ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)” (grifo nosso).

São inúmeros os questionamentos que surgem pela ausência de uma definição clara e objetiva de todos esses institutos. Tanto a legislação quanto a doutrina fazem algumas confusões terminológicas, as quais se pretende sanar neste trabalho. Ademais, por vezes se repete na lei e na doutrina a expressão “fiduciário” para nomear ou caracterizar algumas figuras, mas o que seria esse elemento de fato dentro do Ordenamento brasileiro?

A alienação fiduciária em garantia é um contrato extremamente utilizado no Brasil, cada vez mais comum para os cidadãos que adquirem um bem de valor mais elevado e necessitam de suporte de uma instituição financeira; trata-se, portanto, de um instituto de grande relevância jurídica, social e econômica no país e sua natureza jurídica pode impactar diretamente nos efeitos decorrentes desse contrato.

Além disso, a análise do negócio fiduciário e do patrimônio de afetação também é necessária, a fim de se identificar a presença desses institutos e, conseqüentemente, de seus efeitos no Direito Brasileiro, no que tange a formação desses contratos com um elemento fiduciário.

Mais importante ainda, é, na verdade, a identificação de todos os efeitos e desse elemento fiduciário dentro do Ordenamento jurídico pátrio, na medida em que os institutos ora abordados têm um histórico oriundo de outros países ou de outras épocas do Direito ocidental, tais como o Direito Romano.

Grande parte dos institutos jurídicos adotados do Brasil vêm, naturalmente, com uma bagagem histórica. O país foi uma colônia europeia por muitos anos, herdando a vigência das Ordenações Filipinas até a Consolidação das Leis Civis Brasileiras, de forma que a legislação atual tem como base a *civil law* e utiliza muitos institutos de origem romana.

Além disso, é extremamente comum a “importação” de categorias jurídicas até hoje, conforme se evolui a economia e a dinamicidade jurídica da sociedade. É natural, e quase inevitável, que se busque institutos já utilizados e funcionais em outros países antes de se criar algo totalmente inédito juridicamente.

Boa parte dos manuais de Direito Civil brasileiro apresenta como origem da alienação fiduciária em garantia o instituto da *fiducia* do Direito Romano<sup>6</sup>. Como será amplamente explanado no presente trabalho, a concepção de *fidúcia* foi incorporada no Brasil a partir do negócio jurídico de *fiducia* romano, embasado na ideia de confiança, o qual poderia ter como uma de suas finalidades a garantia.

---

<sup>6</sup> Vide Capítulo 1.

Mas questiona-se se, muito embora a origem terminológica da expressão tenha forte respaldo no Direito Romano, a ideia de fidúcia no Ordenamento brasileiro realmente se assemelha a essa origem histórica. Assim, no capítulo introdutório, far-se-á um estudo da *fiducia* para, mais à frente, desenvolver o paralelo entre tal instituto e o do Direito atual, a fim de verificar se, de fato, a *fiducia* pode ser colocada como antecedente direto da alienação fiduciária em garantia brasileira.

O que deve ficar claro, contudo, é que todos os institutos adotados num país são adaptados para o sistema jurídico ali adotado. Muito embora se encontrem semelhanças na base geral e nos regramentos de determinada categoria, é imprescindível que o seu estudo tenha como recorte o sistema jurídico de seu país respectivo.

Por exemplo, no Direito Português, o contrato de compra e venda tem regras extremamente semelhantes às do Brasil (arts. 874º e ss. do Código Civil Português), porém, para que se efetive a transmissão de um bem imóvel, basta que o contrato<sup>7</sup> seja “celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado”<sup>8</sup>. Diferentemente, no Brasil, para que se efetive a transmissão de um bem imóvel, é necessário o registro do contrato no Registro de imóveis (art. 1.245, CC) e ele obrigatoriamente será realizado por escritura pública quando o valor do bem superar 30 salários mínimos (art. 108, CC).

Esse exemplo visa demonstrar justamente que, por mais semelhante que seja o contrato de compra e venda em inúmeros países, todo o contexto de sua operacionalização e efeitos devem ser observados dentro do Ordenamento em que ele é analisado e dentro das categorias existentes naquele sistema. Não é possível se importar integralmente um instituto entre os países quando essas elementares bases não correspondem entre si.

Assim, propõe-se neste trabalho o estudo da alienação fiduciária e de suas figuras correlatas – negócio fiduciário, propriedade fiduciária, propriedade resolúvel e patrimônio de afetação e o elemento fiduciário – dentro do Direito Brasileiro. É claro que para uma pesquisa acadêmica não se pode deixar de utilizar os estudos realizados internacionalmente e o direito comparado para aprofundamento científico, porém, o estudo desenvolvido e as conclusões atingidas terão como pressuposto o ordenamento jurídico pátrio. O estudo histórico seguirá a

---

<sup>7</sup> M. V. A. S. JARDIM, *Efeitos Substantivos do Registro Predial – Terceiros para Efeitos de Registro*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 475, explica que tal efeito se dá por vigorar em Portugal o sistema do título para a transmissão da propriedade imobiliária.

<sup>8</sup> Para artigos de legislação estrangeira, optou-se também pela transcrição do texto em nota de rodapé, visto que o acesso é mais difícil ao leitor.

Art. 875 do Código Civil Português: “Sem prejuízo do disposto em lei especial, o contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado”.



mesma linha, na medida em que se utilizará o Direito Romano e a figura da *fiducia* para verificar a existência ou não de um paralelo entre ela e a alienação fiduciária em garantia, bem como entre demais institutos.

Pretende-se apresentar, após o desenvolvimento da pesquisa, a conceituação e categorização adequadas da alienação fiduciária em garantia, traçados os devidos paralelos com as figuras afins, para ser possível a análise de seus verdadeiros efeitos dentro do Ordenamento nacional.

## 2 ANTECEDENTES DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO DIREITO ROMANO

Como analisado na Introdução, boa parte dos manuais de Direito Civil brasileiro e obras específicas sobre o tema (também brasileiras) apresentam como origem da alienação fiduciária em garantia ou do negócio fiduciário o instituto da *fiducia* do Direito Romano<sup>9</sup>. Essa comparação ocorre, pois a doutrina civilista brasileira afirma que existiam duas espécies de *fiducia* no Direito Romano.

A primeira, chamada *fiducia cum amico contracta*, tinha uma função de depósito, na medida em que se tratava de um contrato pelo qual o devedor transferia a propriedade de um bem a um “amico”, que seria seu titular durante determinado período e, quando solicitado, ele realizaria a retransmissão desse bem ao devedor. Esse tipo de *fiducia* parece se aproximar do contrato de depósito do direito atual, destacando-se a exceção com relação à realização da transmissão e retransmissão da propriedade do bem (o que não ocorre no depósito do direito brasileiro).

Na segunda espécie, *fiducia cum creditore pignoris iure*, o devedor transferia a propriedade quiritária de um bem ao credor, por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, com o objetivo de garantir uma dívida entre eles. Acordava-se, ainda, por um *pactum fiduciae*, que, uma vez quitada a dívida, o fiduciário estava obrigado a retransmitir a propriedade ao fiduciante. Essa espécie é a que se assemelha, segundo a doutrina, à alienação fiduciária em garantia atual, na medida em que o bem objeto do contrato serve como uma garantia da dívida existente entre as partes.

A *fiducia*, portanto, para a doutrina civilista brasileira, era, em linhas gerais, um contrato que visava a entrega de um objeto ou dar uma garantia ao credor sobre uma dívida

---

<sup>9</sup> A. VILLAÇA AZEVEDO, *Negócio fiduciário*, in R. LIMONGI FRANÇA, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 54, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 156; O. S. LIMA, *Negócio Fiduciário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1962, pp. 3 e ss.; indicam a *fiducia* como origem do negócio fiduciário; A. BUZUID, *Alienação fiduciária em garantia (histórico)*, in R. LIMONGI FRANÇA, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 6, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 67-71; M. P. A. RIBEIRO, *Alienação* cit., pp. 88-92; M. TERRA, *Alienação* cit., p. 22; CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Direito* cit., p. 490; MARIA HELENA DINIZ, *Curso* cit., indicam a *fiducia* como origem da alienação fiduciária em garantia; A. C. GONÇALVES, *Da propriedade* cit., p. 231; A. L. CLÁPIS, *A Propriedade* cit., pp. 60 e ss.; M. N. CHALHUB, *Alienação* cit., pp. 31-33; G. G. FELICIANO, *Tratado de alienação fiduciária em garantia – Das bases romanas à Lei n. 9.514*, São Paulo, LTr, 1999, pp. 11 e ss. e p. 116. afirmam que a *fiducia* é a origem tanto da alienação fiduciária em garantia quanto do negócio fiduciário.

existente, por meio da transferência da propriedade de um bem do devedor, a qual o fiduciário se comprometia em retransmitir após o cumprimento da obrigação acordada entre as partes.

Porém, aprofundando-se no estudo da *fiducia* com base nos estudos romanísticos realizados internacionalmente, verifica-se que existem outros detalhes e características desse instituto.

Portanto, neste capítulo introdutório, far-se-á um estudo da *fiducia* para, mais à frente, desenvolver o paralelo entre tal instituto e o do Direito atual, a fim de verificar se, de fato, a *fiducia* pode ser colocada como antecedente direto da alienação fiduciária em garantia.

## 2.1 CONCEITO E FONTES PRINCIPAIS

O conceito de *fiducia* aparece em muitos manuais de Direito Romano diretamente relacionado à alienação de uma *res*, por meio de *mancipatio* ou *in iure cessio*, para o cumprimento de uma finalidade específica, definida em um pacto, e, uma vez efetivada essa obrigação, o bem era retransmitido ao proprietário inicial<sup>10</sup>.

Nesse sentido, C. LONGO, em estudo específico sobre o tema, apresenta a definição de *fiducia* como um negócio jurídico pelo qual uma das partes transmite a outra um bem, mediante *mancipatio* ou *in iure cessio*, e, com o cumprimento de uma convenção estipulada entre elas, esta última se obriga a restituir a coisa ao transferente<sup>11</sup>. Essa convenção era estabelecida no *pactum fiduciae*, um pacto aposto pelas partes juntamente à entrega da coisa e definia quais

---

<sup>10</sup> J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018., p. 528; P. BONFANTE, *Diritto Romano*, 2ª ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1900, p. 381; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, trad. esp. de Jose Santa Cruz Teijeiro, *Derecho Romano Privado*, 5ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1968, p. 139; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 553; A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 2ª ed., Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1963, p. 402; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Palermo, Palumbo, 2006, p. 450; A. ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, Livorno, Libraio-editore, 1887, p. 1; S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. 1, Firenze, G. Barbera Editore, 1906, p. 424; 7. A. BERGER, *Fiducia*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1968, p. 471; P. F. GIRARD, *Droit Romain*, 5ª ed., Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 436; W. W. BUCKLAND, *Manual of Roman Private Law*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University, 1939, pp. 260-261; F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile pátrio*, 3ª ed., Firenze, Giuseppe Pellas, 1881, pp. 186-187; R. SOHM, *The Institutes: A textbook of the history and system of roman private law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1907, pp. 60-61; R. W. LEAGE, *Roman private law founded on the 'Institutes' of Gaius and Justinian*, 2ª ed., London, Maxmillan and Co., 1930, pp. 190-191; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, pp. 403-404.

<sup>11</sup> C. LONGO, *Corso di diritto romano – La fiducia*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 7.

eram as condições a serem cumpridas pelas partes para que a se efetivasse a retransmissão do bem<sup>12</sup>.

Assim, o fiduciante realizava a transferência de uma propriedade quiritária ao fiduciário, por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, com a expectativa de que, uma vez satisfeita a obrigação entre eles convencionada, receberia a retransmissão desse bem. A obrigação entre fiduciante e fiduciário era aposta num *pactum*, no qual se estabeleciam os ônus das partes e cujo adimplemento ensejava a transferência do mesmo bem pelo fiduciário ao fiduciante, para que retornasse a seu patrimônio.

As fontes sobre a *fiducia* romana são fragmentadas<sup>13</sup>, inexistindo um único texto que concentre todos os regramentos sobre ela. Além disso, o instituto foi suprimido das fontes pós-clássicas – em razão do desuso da *mancipatio* e da *in iure cessio* –, o que dificultou aos juristas o acesso às suas normas, de forma que a doutrina romanista teve que reunir vários textos fragmentados para poder extrair as regras de funcionamento prático do contrato de *fiducia*.

A. WATSON remete a primeira aparição da *fiducia* à comédia de Plautus, escrita por volta do século III a. C. Embora se trate de uma fonte não jurídica (o texto de uma peça de comédia), Plautus menciona em sua obra a *fiducia* e o *pignus* com uma conotação de forma de segurança real, que provavelmente eram familiares à sua audiência. Explica o autor que, caso não houvesse a ideia de segurança jurídica atrelada aos institutos da *fiducia* e do *pignus*, a passagem não teria sentido e seria tediosa<sup>14</sup>.

A despeito de o texto de Plautus ser extralegal e não apresentar qualquer característica da *fiducia* em si, além de atribuir à mesma uma conotação de segurança real jurídica, a obra vale para demonstrar que a *fiducia* é um negócio jurídico romano bastante antigo, criado, provavelmente, ainda no período arcaico<sup>15</sup>.

Os primeiros textos efetivamente jurídicos utilizados como fonte da *fiducia* parte da doutrina especializada são os textos de Cícero, do século I a. C., e a Fórmula Baética, produzida por volta dos séculos I e II d. C.. Cícero não tratava propriamente da estrutura da *fiducia*, mas

---

<sup>12</sup> J. C. MOREIRA ALVES, *Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro* in Y. CAHALI (coord.), *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 23.

<sup>13</sup> C. LONGO, *Corso cit.*, p. 8.

<sup>14</sup> A. WATSON, *The origins of fiducia*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 79, nº. 1, Berlim, 1962, p. 330.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*.

sim de sua tutela, tendo grande relevância para os estudos acerca da *actio fiduciae* e a reconstrução da fórmula proposta pelo jurista O. Lenel<sup>16</sup>.

A Fórmula Baética trata-se de uma tábua de bronze, descoberta em 1867 perto do Rio Gualquivir, na Espanha, esculpida entre os séculos I e II d. C., na qual estava inscrito uma fórmula para a realização de uma *fiducia* ainda não efetivada, mas que seria utilizada como modelo para a realização do negócio<sup>17-18</sup>. Dessa fórmula extrai-se a seguinte situação: L. Baianus transferiu a Dama, um escravo de L. Titus, por meio de duas *mancipatio* distintas realizadas *fidei fiduciae causa*, pelo preço fictício de um sestércio (moeda romana antiga), o *fundus Baianus* e o escravo Mida<sup>19</sup>.

A Fórmula Baética deixou claro que, nesse tipo de acordo, a *fides* tem um sentido próprio, remetendo ao crédito cobrado da parte devedora, e neste caso, se deposita a confiança em que o beneficiário irá se desfazer da coisa e que o credor irá recebe-la (sua propriedade) até o crédito se extinguir<sup>20</sup>.

Outra fonte relevante foram as tábuas conhecidas como Tabuletas de Pompeia, foram descobertas próximas à Pompeia, na Itália, em 1887 e em 1959, que remetem a negócios de *fiducia* concretos elaborados em torno de 61 d. C.<sup>21</sup>. A primeira leva dessas tábuas estava bastante incompleta e/ou ilegível, porém foi possível identificar que ela se referia a um acordo realizado com o *pactum fiduciae*, assim como o modelo da Fórmula Baética<sup>22</sup>. A segunda leva, embora também estivesse bem fragmentada, continha mais elementos, os quais permitiram aos juristas uma compreensão geral do funcionamento do instituto<sup>23</sup>.

P. MARRA menciona, ainda, a descoberta das Tábuas Herculanas, encontradas em Ercolano, na Itália, as quais também continham um negócio concreto de *fiducia*, mas, devido a

<sup>16</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio Fiduciario nel Diritto Romano Classico*, Modena, Mucchi Editore, 2012, pp. 22 e ss; N. BELLOCI, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*, I. Le Nuncupationes, Napoli, Eugenio Jovene, 1979, pp. 89 e ss.

<sup>17</sup> C. LONGO, *Corso cit.*, p. 10. A título de complementação, importante indicar que houve dúvidas na doutrina quanto a esse documento ser, de fato, um mero formulário, que serviria como exemplo para a fórmula real, ou se ele já era efetivamente uma *fiducia* realizada por cidadãos romanos. Segundo C. LONGO, F. BERTOLDI e P. MARRA., predomina a posição de que se trata mesmo de um modelo formulário e não de um documento real (C. LONGO, *Corso cit.*, p. 10; F. BERTOLDI, *Il Negozio cit.*, p. 62; P. MARRA, *Fiduciae Causa*, Milano, CEDAM, 2018, pp. 101-103).

<sup>18</sup> A Fórmula Baética está disponível para consulta em: [https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Negotia/Bonanza\\_CIL.htm](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Negotia/Bonanza_CIL.htm) [23-04-2023].

<sup>19</sup> P. MARRA, *Fiduciae cit.*, pp. 101-102.

<sup>20</sup> P. MARRA, *Fiduciae cit.*, p. 105.

<sup>21</sup> C. LONGO, *Corso cit.*, pp. 12-13 e P. MARRA, *Fiduciae cit.*, p. 113.

<sup>22</sup> C. LONGO, *Corso cit.*, pp. 12-13.

<sup>23</sup> P. MARRA, *Fiduciae cit.*, pp. 113 e ss.

sua mutilação, não permitiram a extração de muitos detalhes sobre o instituto, como ocorreu com as Tabuletas de Pompeia<sup>24</sup>.

Contudo, a fonte mais presente na doutrina acerca da *fiducia* é as *Institutas* de Gaio (2, 59 e 2, 60), por conta, sem dúvidas, de sua relevância para o direito romano. A saber:

Gai, 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, soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem

<Igualmente por outras causas, além dessa, pode-se conscientemente usucapir coisa de outrem: porque quem tiver transferido uma coisa a outrem, a título de *fiducia*, por meio de *mancipatio* ou de *in iure cessio*, pode usucapir — em um ano, sendo bem móvel, ou em dois anos, se for bem imóvel. Essa espécie de usucapião é chamada *usureceptio*, porque aquilo que já tivemos como nosso recuperamos por usucapião><sup>25</sup>.

Gai, 2, 60: 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 competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit

<Mas a *fiducia* se contrai ou com um credor pignoratício ou com um amigo, para que coisas nossas estejam mais seguras com ele. Se a *fiducia* fora contraída com um amigo, sem dúvida, cabe, de qualquer modo, a *usureceptio*. Se, na verdade, foi contraída com um credor, tendo sido pago o valor, a *usureceptio* cabe de qualquer modo; não tendo, no entanto, sido pago, só cabe se o devedor não tiver alugado a coisa do credor, nem tiver pedido para possuí-la a título precário: nesse caso, cabe a usucapião lucrativa<sup>26</sup>>

<sup>24</sup> P. MARRA, *Fiduciae* cit., pp. 108-113.

<sup>25</sup> Versão baseada na tradução de D. R. M. RODRIGUES, *Institutas de Gaio*, São Paulo, YK, 2020, p. 109.

<sup>26</sup> Versão baseada na tradução de D. R. M. RODRIGUES, *Institutas* cit., p. 109.

Com base nesses fragmentos das Institutas de Gaio, muitos manuais de direito romano dividem a *fiducia* em duas espécies (as mencionadas pela fonte)<sup>27</sup>: *fiducia cum amico contracta* e *fiducia cum creditore pignoris iure*. Pela interpretação do texto de Gaio, a primeira tinha uma função de depósito, enquanto a segunda, de garantia.

Por essa doutrina, atribui-se à *fiducia cum amico contracta* uma função semelhante à de depósito, tratando-se de um negócio pelo qual o devedor transferia a propriedade de um bem, por meio de uma *mancipatio* ou uma *in iure cessio*, a um *amico*, que seria seu titular durante determinado período e, quando solicitado, ele realizaria a retransmissão desse bem ao devedor.

A *fiducia cum creditore pignoris iure*, por sua vez, tinha uma função de garantia. O devedor (chamado fiduciante) transferia a propriedade ao credor (chamado fiduciário), igualmente por meio de uma *mancipatio* ou uma *in iure cessio*, como garantia de um débito; quando o valor fosse adimplido pelo fiduciante, o fiduciário deveria devolver o bem dado em garantia, por meio de uma nova transmissão da propriedade.

Em ambas, era aposto o *pactum*, que determinava a obrigação existente entre as partes: no caso da *fiducia cum amico*, a obrigação do fiduciário de retransmitir o bem quando findo o período de “depósito”, e, na *fiducia cum creditore*, a obrigação de pagamento do débito pelo fiduciante e a devolução do bem por nova transmissão de propriedade pelo fiduciário.

Contudo, é imprescindível mencionar que alguma doutrina mais especializada<sup>28</sup> não concorda com a análise da *fiducia* nesse formato bipartido restrito. Embora Gaio mencione tão somente duas modalidades em suas Institutas, ele não limita que a *fiducia* seja constituída somente na forma *cum amico* e *cum creditore*. Na verdade, os fragmentos indicam que essas espécies seriam institutos passíveis de *usureceptio* ou *usucapio lucrativa*, sem, em nenhum momento, afirmar que se tratam das únicas modalidades de *fiducia* admitidas no direito romano<sup>29</sup>.

Em análise mais aprofundada, tal doutrina afirma que, de fato, a *fiducia cum creditore* tinha como objetivo dar uma garantia ao fiduciário, visto que o fiduciante assumia para com ele um débito. Já acerca da *fiducia cum amico*, afirma-se que ela tinha, na verdade, objetivos

<sup>27</sup> J. C. MOREIRA ALVES, *Direito* cit., p. 528; P. BONFANTE, *Diritto* cit. p. 381; M. KASER, *Das römische* cit., p. 139; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. p. 553; A. GUARINO, *Diritto* cit., p. 402; M. MARRONE, *Istituzioni* cit., p. 450; A. ASCOLI, *Le origini* cit., p. 1; S. PEROZZI, *Istituzioni* cit., p. 424; 7; P. F. GIRARD, *Droit* cit., p. 436; F. SERAFINI, *Istituzioni* cit., pp. 186-187; R. W. LEAGE, *Roman* cit., pp. 190-191.

<sup>28</sup> P. MARRA, *Fiduciae* cit., pp. 147 e ss.; F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., pp. 21 e ss., N. BELLOCCI, *La struttura* cit., pp. 11 e ss.; G. MESSINA, *Scritti Giuridici – Negozi Fiduciari*, Milano, Fiufre, 1948, pp. 106 e ss.

<sup>29</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit. pp. 113-114.

diversos, dentre os quais depósito, comodato, representação processual, doação por morte, doação por interposta pessoa e manumissão<sup>30</sup>.

Assim, não existiam tão somente duas formas de *fiducia*; a *fiducia cum amico* poderia assumir várias finalidades, sendo a função de depósito apenas uma delas. Nesse sentido, ainda que se permanecesse com a classificação bipartida para a nomenclatura da *fiducia* (*cum creditore* e *cum amico*), a finalidade de sua utilização era bem mais ampla<sup>31</sup>.

Em crítica, F. BERTOLDI expõe, ainda, que o texto de Gaio induz à interpretação de que existia uma unidade do instituto *fiducia*, ou seja, que ela seria um gênero, do qual a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore* eram espécies. Isso ocorreria em vista de ambas as modalidades terem a mesma forma de constituição, pela transferência da propriedade por meio da *mancipatio* ou *in iure cessio* e a aposição de um *pactum* entre as partes<sup>32</sup>.

O autor explica que, de fato, o modo de constituição é o mesmo, porém, a essência das modalidades é completamente diversa em seu escopo e seus efeitos. A ausência de unidade estrutural fica clara na formalização do *pactum*: na *fiducia cum creditore*, ele servia para reafirmar a garantia, a obrigação de pagamento de um crédito pelo fiduciante e a de retransmissão do bem pelo fiduciário após o adimplemento; já na *fiducia cum amico*, os fins eram diversos, tais como o depósito, a *donatio mortis causa*, a *manumissio*, a *mancipatio familiae*, entre outros<sup>33</sup>.

Percebe-se, nessa linha, que a *fiducia cum creditore* constituía-se como um escopo de garantia real no interesse do fiduciário, presente, conseqüentemente, a subordinação da obrigação de restituição limitada ao pagamento do débito, e que, ao contrário, na *fiducia cum amico*, o interesse maior é do fiduciante, espelhado pela obrigação de restituição<sup>34</sup>.

Nesse mesmo sentido, G. MESSINA também reconhece que, predominantemente, a *fiducia cum amico* se dava no interesse do fiduciante, mas faz um contraponto explicando que as Institutas de Gaio não sugerem que isso seria uma regra, podendo se constituir entre as partes uma relação análoga a de um comodato, sendo a transferência da propriedade realizada com o objetivo de o fiduciário a utilizar<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit. p. 16; N. BELLOCCI, *La struttura* cit., pp. 15-17; P. MARRA, *Fiduciae* cit., pp. 143 e ss.; A. BURDESE, *Fiducia*, in A. AZARA – E. EULA (coords.), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, Torino, UTET, 1961, p. 295.; G. GROSSO, *Fiducia* in F. CALASSO – C. MORTATI – S. PUGLIATTI (coords.), *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 386.

<sup>31</sup> W. W. BUCKLAND, *Manual* cit., pp. 261.

<sup>32</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., pp. 15-17.

<sup>33</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>35</sup> G. MESSINA, *Scritti* cit., p. 125.



Alguns autores, ainda, indicam a *fiducia manumissionis causa* como uma figura autônoma, ou seja, indicando uma outra classificação para a *fiducia*. Tal espécie era utilizada para a situação em que o fiduciante transferia um escravo ao fiduciário sob a condição de que ele seria manumitido, com o objetivo de vincula-lo ao novo dono (fiduciário) ou facilitar a manumissão<sup>36</sup>.

P. MARRA explica que se tratava de uma categoria de *fiducia* diversa da *fiducia cum amico*, pois, nesta última, existia uma obrigação de retransmissão da coisa, o que é incompatível com a própria manumissão, a qual geraria a liberdade do escravo e a consequente impossibilidade de retransmiti-lo<sup>37</sup>.

Com relação à análise da *fiducia manumissionis causa*, importante destacar, na verdade, que essa doutrina trabalha o conceito da *fiduciae causa*, que, justamente, amplia a interpretação do negócio de *fiducia* no Direito Romano. Diferentemente do que se propõe nos manuais tradicionais (como mencionado acima)<sup>38</sup>, a *fiducia* não era aplicada somente para a transmissão da *res* e a constituição da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*; a *fiduciae causa* era utilizada em outros campos do Direito Romano, tais como a manumissão de escravos – ora mencionada – e o direito de família.

Segundo F. BERTOLDI – fundamentando seu pensamento em D. 17, 1, 21, 1 – , a *mancipatio* do escravo com o objetivo de manumissão é um negócio realizado *fiduciae causa*, na medida em que a transmissão do escravo por seu proprietário se dá estabelecendo-se ao adquirente a obrigação de manumiti-lo. Tal obrigação era sancionada por um pacto, igualmente às espécies tradicionais de *fiducia* (*cum amico e cum creditore*), instituindo-se, portanto, a transferência do escravo com uma finalidade específica de realização de manumissão, tutelada, inclusive, pela *actio fiduciae*<sup>39</sup>.

A *fiduciae causa*, no campo do direito de família, pode ser identificada na *adoptio*, na *emancipatio* e na *coemptio*.

A *adoptio* era realizada com o objetivo de gerar a *emancipatio* de um *filiusfamilias*. O pai transferia seu filho a um terceiro por meio de uma *mancipatio* e o adotante, por sua vez, procedia uma *manumissio vindicta* e o filho voltava para a subordinação do pai; esse ciclo era repetido, realizando-se a segunda *mancipatio* e a segunda *manumissio*. Após a terceira

<sup>36</sup> A. BERGER, *Fiducia* cit. p. 472; MARRA, *Fiduciae* cit., pp. 247-248.

<sup>37</sup> P. MARRA, *Fiduciae* cit., p. 249.

<sup>38</sup> Vide a primeira nota deste capítulo.

<sup>39</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., p. 135.

*mancipatio* o pai perdia definitivamente a *patria potestas* e, quando o adotante efetivada a última *manumissio*, o filho era emancipado<sup>40</sup>.

Segundo F. BERTOLDI, Gaio parece pressupor o uso de um certo mecanismo de *fiducia* no contexto do ato formal da *adoptio*, realizada em conjunto com um adotante “de confiança”, para a efetivação da *emancipatio*, que tinha um duplo objetivo: tirar uma pessoa *alieni iuris* de sua família e, ao mesmo tempo, torná-lo *sui iuris*<sup>41</sup>.

Nesse mesmo sentido, P. MARRA entende que a *fiduciae causa* na *adoptio* e *emancipatio* operava para que as partes pudessem alcançar certos resultados legais, por meio de uma concatenação de atos embasados na *fiducia*<sup>42</sup>.

A *coemptio fiduciae causa*, ainda, tinha como escopo a modificação da capacidade de uma mulher. Tratava-se de uma convenção realizada para um propósito particular, observado em um pacto adjunto. O objetivo desses atos eram a mudança de tutela, o direito de testar e a liberação do *sacramentum*<sup>43</sup>.

O procedimento utilizado foi dividido em três partes: a *coemptio fiduciae causa*, ou seja, a conclusão de uma *coemptio* com uma *manus* fictícia que continha uma cláusula de transferência em benefício de terceiros ou de libertação em benefício da mulher; a *remancipatio fiduciae causa*, que consistia na *datio* da mulher, com uma cláusula fiduciária de libertação; e, por fim, a libertação em *si*<sup>44</sup>.

Verifica-se, portanto, que a *fiduciae causa* era utilizada em diversos institutos de direito romano, não se restringindo apenas às situações de transferência de *res*, tradicionalmente mencionadas pela doutrina. Na *manumissio fiduciae causa*, bem como na *adoptio*, *emancipatio* e *coemptio* do direito de família, poderia ser utilizada uma *fiduciae causa* para que as partes atingissem uma finalidade específica, baseando os atos jurídicos realizados na *fiducia*, ou seja, na confiança depositada na outra parte de a transmissão que era efetivada em seu benefício seria sucedida de outros atos que dariam cumprimento à finalidade almejada pelas partes.

Em melhores termos, a aplicação de uma *fiduciae causa* a um negócio jurídico ensejava que as partes tinham em um pacto um escopo pré-determinado para que o objeto da transmissão efetuada atingisse outros objetivos legais, além dos decorrentes da própria transmissão em *si*. As partes confiavam, por meio de aposição de pacto obrigacional, que ambas praticariam todos

---

<sup>40</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., p. 125.

<sup>41</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., p. 125 e ss.

<sup>42</sup> P. MARRA, *Fiduciae* cit., 95.

<sup>43</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., p. 130.

<sup>44</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., p. 131.

os atos posteriores à transmissão necessários para que a finalidade do negócio fosse alcançada, cumprindo com o compromisso assumido em confiança (*fiduciae causa*)<sup>45</sup>. Estruturalmente, portanto, existia um ato formal de transmissão ligado a um acordo de confiança<sup>46</sup>.

Levantou-se, contudo, na doutrina, o questionamento acerca da obrigatoriedade de inserção expressa da *fiduciae causa* no ato de transferência, ou seja, se bastaria a formalização da cláusula fiduciária no pacto aposto ao ato ou era necessária sua menção expressa na formalidade da *mancipatio*. Essa discussão tem como um de seus fortes apoios a verificação da cláusula fiduciária em algumas das fontes da *fiducia*, a exemplo da Fórmula Baética<sup>47</sup>.

Não se identifica uma resposta definitiva na doutrina. P. MARRA defende que, o fato de as testemunhas da *mancipatio fiduciae causa* poderem verificar a natureza fiduciária do ato, não significa necessariamente que a modificação da *mancipatio* era obrigatória, na medida em que a cláusula podia ter sido levada a seu conhecimento de outra forma<sup>48</sup>.

N. BELLOCCI também destaca que, na época das XII Tábuas, quando da origem da *fiducia*, a estrutura da *mancipatio* já tinha suas regras de formalidade, dentre as quais não seria possível inserir uma cláusula nuncupativa (cláusula fiduciária)<sup>49</sup>. Na época republicana, verifica-se que a fórmula da *mancipatio* já havia sido transformada pelas *leges in mancipio dictae* em transações abstratas, ficando excluído, portanto, que a cláusula pudesse ser incluída na fórmula de *mancipatio* para indicar a sua finalidade fiduciária<sup>50</sup>.

G. MESSINA, por outro lado, afirma que a solenidade para a transmissão do bem era realizada com uma recordação explícita de que aquela aquisição estava sendo realizada *fidi fiduciae causa* e garantia uma certa publicidade ao negócio<sup>51</sup>.

R. SOHM, no mesmo sentido, aduz que a *mancipatio fiduciae causa*, ou seja, a *fiducia*, era uma *mancipatio* qualificada, com o efeito de impor um dever ao adquirente. O autor não identifica qualquer razão para que a obrigação de *fiducia* não fosse estabelecida na fórmula usada da *mancipatio*. Afirmava, portanto, que a existência de um dever fiduciário era estabelecida pelo próprio ato solene, mas que o pacto continuava sendo extremamente necessário porque inserir todos os detalhes obrigacionais na fórmula nuncupativa era impraticável<sup>52</sup>.

---

<sup>45</sup> P. MARRA, *Fiduciae* cit. p. 287.

<sup>46</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>47</sup> N. BELLOCCI, *La struttura* cit., p. 121 e P. MARRA, *Fiduciae* cit., p. 103.

<sup>48</sup> P. MARRA, *Fiduciae* cit., p. 287.

<sup>49</sup> N. BELLOCCI, *La struttura* cit., p. 121.

<sup>50</sup> N. BELLOCCI, *La struttura* cit., p.156.

<sup>51</sup> G. MESSINA, *Scritti* cit., pp. 110-112.

<sup>52</sup> R. SOHM, *The Institutes* cit., pp. 60-61.

Não se sabe, portanto, se nos negócios *fiduciae causa* era obrigatória a inserção expressa dessa finalidade na formalização do ato de transferência. Contudo, é certa a estrutura fundamental da constituição da *fiducia* por meio do ato formal da transmissão com a aposição da obrigação entre as partes pelo pacto.

R. SOHM ainda conclui que a *fiducia* desenvolveu uma transação "abstrata", na medida em que serviu como um método de transferência de propriedade para finalidades específicas, ou seja, a transferência da propriedade não se dava de maneira comum com o escopo simples de transmissão de patrimônio, mas sim com um objetivo diverso pré-constituído<sup>53</sup>.

Quanto às demais regras e características do instituto, a disciplina foi se tornando mais padronizada para o que foi mais utilizado na prática, qual seja a *fiducia de res*<sup>54</sup>; por isso se identifica maior base sobre o regramento da *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore* – e é por isso também que elas são as figuras tratadas na doutrina tradicional quando se fala de *fiducia*, sem a menção, na maioria das vezes, das demais possibilidades de negócios *fiduciae causa*.

No mais, viu-se que, na evolução do Direito Romano, com a extinção da *macipatio* e da *in iure cessio* como forma de transmissão da propriedade – que foram substituídas pela *traditio* – a *fiducia*, naturalmente, caiu em desuso<sup>55</sup>. A *fiducia cum creditore* foi substituída por outras formas de garantia menos rígidas, que não exigiam a transferência da propriedade como requisito essencial, tais como a *datio pignoris* e a *conventio pignoris*<sup>56</sup> e a *fiducia cum amico* foi substituída por figuras como o depósito e o comodato<sup>57</sup>.

F. SCHULZ explica que o Direito Romano, com relação às garantias, evoluiu de acordo com as necessidades econômicas de cada período: no direito arcaico, a ideia de confiança era muito forte para os negócios jurídicos, pela própria tradição e formalidade características da época, ou seja, depositava-se na parte contrária a forte expectativa de que as obrigações pactuadas seriam cumpridas<sup>58</sup>. Isso era peculiar à própria *fiducia*, que se formava pela confiança de que se daria cumprimento às obrigações acordadas para que o ato de transmissão atingisse uma finalidade específica.

Com o crescimento do Império Romano, a necessidade de dinamicidade econômica era cada vez maior, tendo sido necessária a criação de meios mais ágeis para a circulação de bens,

---

<sup>53</sup> R. SOHM, *The Institutes* cit., p. 63.

<sup>54</sup> P. MARRA, *Fiduciae* cit., p. 287.

<sup>55</sup> J. C. MOREIRA ALVES, *Da fidúcia* cit. p. 24.

<sup>56</sup> A. GUARINO, *Diritto* cit., p. 402.

<sup>57</sup> M. MARRONE, *Istituzioni* cit., p. 451.

<sup>58</sup> F. SCHULZ, *Classical* cit., pp. 403-407.

como a *traditio*, que era bem menos formal que a *mancipatio* e a *in iure cessio*), e as próprias espécies de garantia que substituíram a *fiducia*. O autor cita, por exemplo, que uma das desvantagens da *fiducia* para interesses econômicos é que ela não podia ser dada em garantia sucessivamente, como ocorria com a hipoteca<sup>59</sup>.

Assim, no que tange às garantias e os contratos reais, a *fiducia* deu lugar para institutos com objetivos semelhantes, mas mais flexíveis, como o penhor, a hipoteca, o depósito e comodato.

Há entendimento, inclusive, de que muitos fragmentos relativos ao penhor, depósito e demais institutos que “substituíram” a *fiducia* sofreram interpolações, ou seja, referiam-se originariamente à *fiducia* e foram interpolados para fazerem menção aos institutos que permaneceram no período Pós-Clássico<sup>60</sup>.

## 2.2 CARACTERÍSTICAS E REGRAS DA *FIDUCIA DE RES*

Como foi observado no Capítulo anterior, a *fiducia* no Direito Romano tinha utilização ampla, sendo aplicada não só às coisas, mas também ao Direito de Família e casos com o objetivo de manumissão de escravos. Trata-se, contudo, de um instituto arcaico, cujas fontes são esparsas; ao longo da evolução do Direito Romano, seus regramentos e disciplina foram se tornando mais padronizados para as hipóteses de *fiducia* que permaneceram com maior aplicação prática foi mais utilizado na prática, qual seja a *fiducia de res*.

Assim, neste item, trabalhar-se-ão as características e regras aplicáveis à *fiducia cum amico* e *cum creditore*, que foram as espécies que mais se desenvolveram durante o Período Clássico e, conseqüentemente, foram as mais estudadas pela doutrina. Além disso, como já exposto, o presente trabalho visa traçar um paralelo entre a alienação fiduciária em garantia do Direito Brasileiro e a *fiducia cum creditore* (que é tida como sua origem histórica), sendo assim necessário dar o enfoque da análise a esta última.

A *fiducia* era um negócio real, uma vez que consistia na transmissão do domínio de um bem pelo fiduciante ao fiduciário<sup>61</sup>. Alguns autores afirmam, ainda, que a *fiducia* consistia, não

---

<sup>59</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>60</sup> T. OLCESE, *A propriedade fiduciária de base romanística e o trust inglês: perspectivas comparatísticas*, in *RJurFA7*, vol. 12, n.º 1, jan./jun., 2015, Fortaleza, pp. 50-51; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon, 1996, p. 227; A. BURDESE, *Lex Comissoria e Ius Vendendi nella Fiducia e nel Pignus*, Editore Giappichelli, Torino, 1949, pp. 13 e ss.; C. LONGO, *Corso cit.*, p. 14.

<sup>61</sup> C. LONGO, *Corso cit.*, p. 18.

só num mero negócio, mas num contrato real<sup>62</sup>, porque sua consecução dependia da transferência da coisa do fiduciante ao fiduciário. Não se sabe, contudo, se essa sempre foi a sua natureza jurídica.

Como explica A. BURDESE, não há provas textuais de que a *fiducia* era listada como um contrato pelo Direito Romano, porém, é certo que, a *fiducia* usada no contexto de relações patrimoniais, foi o instituto que precedeu os contratos de depósito, comodato e penhor<sup>63</sup>.

Tratando-se de um instituto arcaico, deve-se considerar que a *fiducia* foi sofrendo alterações ao longo do tempo, e, gradualmente, assumiu em sua estrutura jurídica elementos que o aproximaram do contrato real<sup>64</sup>.

O objeto da *fiducia* era sempre uma *res mancipi*<sup>65</sup> de domínio quiritário, justamente porque o contrato dependia da realização da *mancipatio* ou da *in iure cessio* para seu aperfeiçoamento. Esse requisito também indica que apenas cidadãos romanos poderiam realizar esse tipo de contrato sobre sua propriedade quiritária<sup>66</sup>.

O fiduciante só poderia realizar a *fiducia* com um único fiduciário, uma vez que ocorria a transmissão do bem. Não era possível também uma transmissão condicional visto que isso era incompatível com a *mancipatio* e a *in iure cessio*<sup>67</sup>.

F. BERTOLDI explica, ainda, que se tratava de uma “*venditio imaginária*”, na medida em que o fiduciante recebia, como a *mancipatio*, um “preço simbólico (*nummo uno*)”<sup>68</sup>, ou seja, o fiduciário, adquirente da propriedade, não realizava o pagamento do valor real do bem, tendo-se para a transmissão um preço simbólico que servia apenas para a efetivação dessa transferência da propriedade.

Nesse mesmo sentido, C. LONGO, afirma que o preço era meramente figurativo, “*nummus unus*”, já que a venda, era, na verdade, um negócio abstrato, pois a causa aparente – qual seja a intenção de venda e compra – era fictícia, enquanto a causa real pela qual o ato se realizava não era revelada neste negócio<sup>69</sup>.

---

<sup>62</sup> C. LONGO, *Corso cit.*, p. 17; M. TALAMANCA, *Istituzioni cit.*, p. 552; M. MARRONE, *Istituzioni cit.*, p. 451; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito cit.*, p. 528. Para os dois últimos, tratava-se, ainda, de um contrato real, bilateral imperfeito, na medida em que a obrigação de restituição pelo fiduciário era apenas eventual.

<sup>63</sup> A. BURDESE, *Fiducia cit.*, p. 296.

<sup>64</sup> G. MESSINA, *Scritti cit.*, p. 120.

<sup>65</sup> P. BONFANTE, *Diritto cit.*, p. 381; M. KASER, *Das römische cit.*, p. 139.

<sup>66</sup> C. LONGO, *Corso cit.*, pp. 23-24.

<sup>67</sup> M. KASER, *Das römische cit.*, p. 139.

<sup>68</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio cit.*, pp. 209-210.

<sup>69</sup> C. LONGO, *Corso cit.*, p. 6.

A *fiducia* poderia ocorrer também sem a transmissão da posse, ou seja, muito embora a propriedade se transmitisse ao fiduciário, o fiduciante poderia permanecer em sua posse<sup>70</sup>.

Os elementos essenciais da *fiducia* eram a entrega do bem e o acordo de vontades. A entrega, como visto, deveria ocorrer pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*. O acordo de vontades era celebrado pelo *pactum fiduciae*; era por meio desse pacto, aposto ao negócio de transmissão, que as partes estabeleciam as obrigações a serem cumpridas pelo fiduciante e acordavam que, uma vez cumpridas, o fiduciário deveria retornar a propriedade do bem dado ao devedor, por uma nova *mancipatio* ou *in iure cessio*.

Os efeitos da *fiducia*, portanto, eram a transferência da propriedade de um bem quiritário pelo fiduciante ao fiduciário e a assunção, por parte do fiduciário, da obrigação de retransmissão da coisa; essa obrigação podia ter escopos variados, conforme acordado entre as partes<sup>71</sup>. A obrigação de restituição era da própria coisa, não seria restituído outro bem<sup>72</sup>.

O *pactum fiduciae*, diferentemente do ato de transferência do bem, transferência do bem, servia para vincular as partes ao cumprimento das demais obrigações da *fiducia*. À parte da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, que consistiam num ato real, gerando a transmissão da propriedade, o pacto firmado entre as partes gerava uma relação obrigacional entre elas, a qual tinha como objetivo a garantia do cumprimento das condições ali estabelecidas e a retransmissão do bem ao final do negócio jurídico<sup>73</sup>.

Segundo J. C. MOREIRA ALVES, O *pactum fiduciae* servia como um “pacto resolutivo sob condição suspensiva do ato translativo dessa propriedade”, de forma que os deveres estabelecidos entre as partes eram obrigacionais e seu cumprimento implicava na condição de retransmissão da propriedade. O jurista aduz, por fim, que a constituição dessa obrigação entre as partes importava que o fiduciário remanescesse como proprietário do bem objeto do contrato até a sua retransmissão<sup>74</sup>.

Discute-se a tutela da *fiducia* em dois momentos do Direito Romano: durante o período das *legis actio* e ao longo da utilização do processo formulário.

---

<sup>70</sup> G. MESSINA, *Scritti cit.*, pp. 110-112.

<sup>71</sup> A. BURDESE, *Fiducia cit.*, p. 295.

<sup>72</sup> N. BELLOCI, *La struttura cit.*, p. 14.

<sup>73</sup> J. C. MOREIRA ALVES, *Da fidúcia cit.*, p. 23.

<sup>74</sup> *Idem, ibidem*. Nesse mesmo sentido, M. KASER, *Das römische cit.*, p. 140 e T. OLCESE, *A propriedade cit.*, p. 49.

No primeiro período, não se identificava uma ação direta para a tutela da *fiducia* prevista na Lei das XII Tábuas, na medida em que ela se constituía por um pacto que, como tal, não era suficiente para gerar uma obrigação e uma ação<sup>75</sup>.

A doutrina não é unânime, contudo, acerca da proteção adotada efetivamente nesse período, já que era ausente a previsão expressa nas fontes. A título de exposição de alguns dos diversos pontos elencados pela doutrina especializada, tomou-se como base as discussões de C. LONGO<sup>76</sup> sobre o tema.

C. LONGO, inicialmente, explana o posicionamento de autores que defendiam a existência de uma proteção à fiducia por *legis actio* quando da presença da cláusula de fiducia no negócio de transmissão.

Segundo ele, P. Oertmann acreditava que, para existir uma proteção legal à fiducia, o pacto deveria ser inserido no próprio ritual da *mancipatio*, oralmente, assim, pelos preceitos das XII Tábuas que sancionavam os acordos inseridos na *mancipatio*, o pacto da *fides* adquiriria eficácia obrigatória. Assim, com base nessa disposição legal, a fiducia teria sido protegida por uma *legis actio*.

Porém, essa tese foi confrontada quando da descoberta da Fórmula Baética e das Tabuletas Pompenianas, nas quais se verificava que o *pacto fiduciae* não estava inserido no ritual da *mancipatio*, mas sim tinha o caráter de um pacto ligado ao ato formal, mas desvinculado do mesmo.

Assim, P. Oertmann modificou sua tese, propondo que, na verdade, o que era necessário estar inserido na oralidade da *mancipatio* seria uma cláusula com a menção expressa da causa da prática do ato, e não o pacto por completo. Essa menção teria sido suficiente para que a jurisprudência republicana considerasse sancionada e tornasse a *fiducia* obrigatória. Nesse formato, o pacto formulado entre as partes era considerado implícito pela cláusula e assim estava protegido pela *legis actio*.

Complementarmente, para igualmente justificar a tutela da fiducia no caso de utilização da *in iure cessio* em vez da *mancipatio*, o autor L. Pernice afirmou que a *causa fiduciae* deveria ser sempre mencionada na oralidade desses atos e, com base nisso, a jurisprudência teria criado uma *legis actio* protetiva do *pactum fiduciae* baseada no dever de preservar a *fides*, a qual

---

<sup>75</sup> C. LONGO, *Corso cit.*, p. 19.

<sup>76</sup> P. OERTMANN, *Die Fiducia im Römischen Privatrecht*, Berlim, Verlag Von J. Guttentag, 1890; L. PERNICE, Bd. I.; O. LENEL, *Das Edictum perpetuum (ein Versuch zu dessen Wiederherstellung)*, Leipzig, Tauchnitz, 1883, op. cit. in C. LONGO, *Corso cit.*, p. 19 e ss.



resultou da cláusula inserida e formalmente no reconhecimento genérico que a lei fez desses dois atos formais.

O. Lenel, por sua vez, afirmou que a ação não foi criada pela jurisprudência, mas sim introduzida pelo pretor como *legis actio in factum*, ou seja, como uma ação baseada, não no reconhecimento do *pactum fiduciae* pelo direito, mas no simples fato de o acordo ter ocorrido, a o que o pretor achou justo conceder proteção *praeter legem*.

Após a explanação das discussões, em seu posicionamento final, C. LONGO refuta a tese de todos os autores mencionados. Para ele, tanto o pensamento de P. Oertmann quanto de L. Pernice pressupunha a obrigatoriedade da inclusão da cláusula nos atos de *mancipatio* e *in iure cessio* e a criação de uma *legis actio* pela jurisprudência, sem ter uma base legal para afirmar que isso de fato ocorria, tratando-se, portanto, de especulações.

Com relação ao argumento de O. Lenel, afirma que também não há provas de que o pretor de fato criou uma ação *praeter legem* à fiducia, tampouco de ele podia fazê-lo. Nesse sentido, cita que Gaio, Inst. 4, 11 atesta que na época das *legis actiones* não existiam ações puramente peremptórias (ações de fato), do que se extrai que o pretor não poderia ter criado uma ação de fato para a *fiducia*.

C. LONGO conclui, assim, que a existência de uma *legis actio* para o a *fiducia* não foi solidamente confirmada, portanto, pode-se presumir que o seu cumprimento era atrelado ao costume e à boa-fé das partes (assim como ocorreu por muito tempo com o fideicomisso)<sup>77</sup>. Caso as partes quisessem tornar o acordo vinculativo, teriam que o fazer na forma de *stipulatio*. O máximo que se podia admitir era que, esgotada a finalidade fiduciária, por exemplo, com o pagamento pelo fiduciante, a coisa passava a ser considerada retida pelo fiduciário *sine causa*, podendo o devedor reavê-la com uma ação extracontratual fundada no enriquecimento sem causa. Essa proteção, contudo, era considerada imperfeita, pois não permitia qualquer outra reivindicação além da restituição da coisa.

De fato, inexistiu unanimidade na doutrina quanto à proteção da *fiducia* durante o período da *legis actio*. F. BERTOLDI, por exemplo, por outro lado, baseia sua argumentação na análise dos fragmentos de Cícero. Em *pro Caecina*, 3, 7, (68 ou 69 a. C.) o jurista demonstra que a *fiducia* era protegida da mesma forma que a sociedade e o mandato. Nesse mesmo sentido, em

---

<sup>77</sup> No mesmo sentido, afirma J. C. MOREIRA ALVES, *Direito* cit., p. 528, que, durante o período pré-clássico, inclusive, era tão somente a relação obrigacional estabelecida pelo *pactum fiduciae* que resguardava a retransmissão do bem ao devedor após a quitação da dívida, inexistindo uma ação correspondente para que o fiduciante pudesse efetivá-lo, cabendo a ele somente confiar que o credor realizaria a retransmissão. Era pela fides que o credor se comprometia a adquirir a coisa como verdadeiro fiduciário, conservando-a até a quitação da dívida.

*pro Roscio*, 6, 17 (76 a. C.), Cícero teria colocado a *fiducia* no mesmo nível de tutela da sociedade. F. BERTOLDI afirma, que, mesmo sem Cícero não especificar diretamente como a *fiducia* era protegida, a análise sugere mecanismos de proteção similares aos usados na sociedade.

O que fica claro das discussões apresentadas por C. LONGO e por F. BERTOLDI é que alguma proteção era dada à *fiducia*<sup>78</sup>, fosse ela por *legis actio*, por criações jurisprudenciais, por comparação à sociedade, ou, pelo menos, para a restituição do bem por enriquecimento sem causa ou outros meios.

Contudo, verifica-se com mais certeza a existência da tutela durante o período formulário, no tempo de Quinto Múcio Cévola<sup>79</sup>. Grande parte da doutrina aponta, baseando-se em Cícero e Gaio<sup>80</sup>, que se tratava de uma tutela processual específica por meio da *actio in ius* de boa-fé<sup>81</sup>.

Foram duas as espécies de *actio fiduciae* admitidas: a *actio fiduciae directa*, pela qual o fiduciante poderia exigir do fiduciário a restituição do bem dado em garantia ou que ele lhe desse o fim determinado no pacto; e a *actio fiduciae contraria*, pela qual fiduciário poderia exigir do fiduciante o cumprimento das obrigações pactuadas<sup>82</sup> e as despesas que ele realizou na coisa<sup>83</sup>. Caso o fiduciário não pudesse realizar a retransmissão do bem, retransmitisse a coisa deteriorada ou não agisse com probidade na venda do bem para a satisfação da dívida, ele responderia por *dolus*<sup>84</sup> na *actio fiduciae*.

Ainda com relação à satisfação da dívida, destaca-se que, inicialmente, era permitido o pacto comissório, ou seja<sup>85</sup>, o credor poderia reter o bem para si quando o devedor deixasse de adimplir a dívida, contudo, muitas vezes, o valor do bem superava valor da dívida garantida, de

<sup>78</sup> Nesse sentido, F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., p. 25, nota 19, apresenta uma lista extensa de autores que defendem as várias posições quanto à tutela da *fiducia*: por *legis actio sacramenti*; por *conditionem*; por *iudicis arbitrive postulationem*; e por uma *legis actio fiduciae*. M. TALAMANCA, também nesse sentido, explica que, em sua origem, a *actio fiduciae* era considerada um *iudicium honorarium*, em razão de não se tratar de uma *legis actio*. Contudo, no fim da República, momento em que as *actiones civiles* e *praetoriaes* poderiam ser propostas no interior do processo formulário, a *actio fiduciae* foi incluída como *iudicia bonae fidei* e, quase que no mesmo tempo, foi concedida também a *actio fiduciae contraria* (*Istituzioni* cit., p. 553. No mesmo sentido M. MARRONE, *Istituzioni* cit., p. 450).

<sup>79</sup> C. LONGO, *Corso* cit., p. 30; F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., pp. 26-27; M. KASER, *Das römische* cit., p. 140.

<sup>80</sup> Cic, *De Off.*, 3. 17, 70; *Nat. Deor.*, 3. 30, 74; *Gai* 4, 62.

<sup>81</sup> G. GROSSO, *Fiducia* cit., p. 387; F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., 29-30; N. BELLOCCI, *La struttura* cit., pp. 41-42; C. LONGO, *Corso* cit., pp. 31-32; A. BURDESE, *Fiducia* cit.; p. 296; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito* cit., p. 528; R. SOHM, *The Institutes* cit., p. 62.

<sup>82</sup> M. MARRONE, *Istituzioni* cit., p. 450; P. BONFANTE, *Diritto* cit. p. 381; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 553.

<sup>83</sup> M. KASER, *Das römische* cit., p. 140.

<sup>84</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>85</sup> A. BURDESE, *Lex Commissoria* cit., p. 13-14.

forma que o fiduciário acabava remanescendo com mais do que o devido pela obrigação com a retenção do bem para si.

Deu-se, então, a possibilidade de as partes convencionarem um pacto de venda<sup>86</sup>, o qual determinava que, quando o fiduciante inadimplisse a obrigação, o fiduciário poderia vender o bem e utilizar o valor da venda para a satisfação de seu crédito e restituísse o remanescente ao último<sup>87</sup>. Caso não se encontrasse um comprador para o bem, o fiduciário poderia ser autorizado por ato imperial a tomar a mesma como satisfação da dívida<sup>88</sup>.

O fiduciário poderia vender a coisa sem assumir com o comprador a obrigação de garantia pelos vícios do bem e, em contrapartida, ele seria vendido por um preço mais baixo<sup>89</sup>. Além disso, caso o valor da venda não fosse suficiente para o pagamento da dívida do fiduciante, subsistiria a dívida do valor em aberto. Caso o valor da venda excedesse o da dívida, o supérfluo seria dado ao fiduciante<sup>90</sup>.

Por fim, importante retomar as discussões trazidas por Gaio, em suas Institutas, 2, 59 e 2, 60, acerca da *fiducia* e a possibilidade de *usureceptio* e usucapião lucrativa.

Conforme a tradução já realizada no item anterior, em Gai 2, 59 afirma-se que aquele que tiver transferido um bem por meio de *macipatio* ou *in iure cessio* num negócio de fidúcia, poderá se utilizar da *usureceptio* para reavê-lo. O prazo para essa prescrição seria de um ano, em caso de bem móvel, ou de dois anos, em caso de bem imóvel.

Em continuação, em Gai, 2, 60, aduz-se que, no caso de *fiducia cum amico*, sempre caberia a *usureceptio*, enquanto na *fiducia cum creditore*, somente incidiria essa modalidade de usucapião quando a dívida já houvesse sido paga. No entanto, se a dívida ainda não estivesse adimplida e apenas se o fiduciante não tivesse alugado a coisa do credor, nem a possuísse a título precário, caberia a usucapião lucrativa.

Percebe-se que a *usureceptio* gerava a confirmação da perda da propriedade por parte do fiduciante e de sua reaquisição por parte do fiduciário<sup>91</sup>, era um meio de o proprietário original conseguir reaver seu bem por meio de usucapião, com a passagem do tempo.

Alguns autores entendem que a admissão das formas de usucapião nos casos de *fiducia* ocorreu provavelmente porque, num primeiro momento, o instituto não tinha uma tutela jurídica

---

<sup>86</sup> A. BURDESE, *Lex Commissoria* cit., p. 25.

<sup>87</sup> D. 13, 7, 6.

<sup>88</sup> D. 13, 7, 24 pr.

<sup>89</sup> M. KASER, *Das römische* cit., p. 140.

<sup>90</sup> M. MARRONE, *Istituzioni* cit., p. 450.

<sup>91</sup> P. MARRA, *Fiduciae* cit., p. 169.

para a recuperação do bem<sup>92</sup> – conforme analisado acima com relação à incerteza da tutela legal antes do tempo de Quinto Múcio.

Assim, a *fiducia* poderia ter permanecido por muito tempo sem sanção legal e o cumprimento dos deveres dela decorrentes, dentre os quais a retransmissão do bem após o cumprimento da finalidade, dependeriam do valor ético moral de fides<sup>93</sup>. Por isso, a admissão da usucapião no caso de *fiducia* seria uma maneira de proteger o fiduciário para possibilitar que ele conseguisse readquirir o bem, mesmo com a negativa do fiduciante em proceder a sua retransmissão.

Nesse sentido, inclusive, identifica-se que a *usureceptio* era forma de usucapião típica do período precedente ao das XII Tábuas<sup>94</sup>, que provavelmente foi instituída na época anterior à proteção legal da *fiducia* por uma *actio*.

Com relação à aplicação da usucapião lucrativa à *fiducia cum creditore*, cuja dívida não fosse adimplida, apenas quando inexistisse a precariedade, percebe-se que Gaio respeitou as regras da própria usucapião<sup>95</sup>. Mas se ocorresse a extinção do débito, também se extinguia a locação e a precariedade<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., p. 118; P. MARRA, *Fiduciae* cit., p. 7.

<sup>93</sup> P. MARRA, *Fiduciae* cit., p. 7.

<sup>94</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., p. 118.

<sup>95</sup> F. ZULUETA, *The Institutes of Gaius – Commentary*, Part II, Oxford, Clarendon Press, 1953, p. 73.

<sup>96</sup> F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., p. 60.

### **3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO DIREITO BRASILEIRO**

#### **3.1 HISTÓRICO LEGISLATIVO NO BRASIL**

A primeira aparição da alienação fiduciária em garantia no Brasil se deu na Lei n.º 4728/1965 – Lei do Mercado de Capitais, a qual não conceituou o instituto, mas definiu, em seu art. 66, *caput*, que, na alienação fiduciária em garantia de bens móveis, o credor tinha o domínio do bem objeto do contrato até que o devedor quitasse a dívida.

O §2º aduzia expressamente que o instrumento da alienação fiduciária, por si só, transferia o domínio do bem alienado para o adquirente, que seria a figura do credor fiduciário – aquele que dispõe do capital para adquirir o bem de um terceiro em benefício do devedor. O devedor, por sua vez, teria a posse do bem em nome do adquirente, nos termos do contrato entre eles firmado e com as mesmas responsabilidades de um depositário. Contudo, caso o devedor ainda não tivesse a posse do bem na data da efetivação do instrumento de alienação fiduciária, o domínio apenas seria transferido ao adquirente quando o devedor entrasse em sua posse (§3º). A cópia do instrumento de alienação fiduciária em garantia, particular ou público, deveria ser arquivada no Registro de Títulos e Documentos para gerar oponibilidade a terceiros (§1º).

Caso o devedor inadimplisse a obrigação contratada, o adquirente poderia vender a coisa a terceiros e utilizar o valor da venda para o pagamento de seu crédito e outras despesas decorrentes da cobrança da dívida, repassando ao devedor eventual saldo remanescente (§5º), já sendo proibido, portanto, o pacto comissório (§7º). Se o valor da venda não fosse suficiente para cobrir a dívida e as despesas, o devedor permanecia pessoalmente obrigado pelo restante do crédito (§6º). Aquele que comprasse o bem vendido pelo adquirente poderia reivindicá-lo do próprio devedor ou de terceiros que o possuíssem (§8º).

Segundo o §9º, à alienação fiduciária em garantia, eram aplicadas subsidiariamente algumas disposições do Código Civil de 1916, no que diz respeito à exoneração da garantia (art. 758), ao vencimento da dívida (arts. 762 e 763) e à sua resolução (art. 802).

O texto original da Lei do Mercado de Capitais sofreu alterações pelo Decreto n.º 911/1969, o qual trouxe um conceito para a alienação fiduciária em garantia e fez algumas poucas mudanças em sua regulamentação, tais como vedar a aplicação do art. 1.279 do CC/1916

à alienação fiduciária, sobre as despesas do depósito, e determinar que a alienação fiduciária de veículo automotor deveria constar do certificado de registro do Código Nacional de Trânsito.

Em decorrência das modificações pelo referido Decreto, o art. 66, *caput*, passou a prever que 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; o devedor torna-se possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. Assim, a lei passou a classificar a propriedade transferida no contrato de alienação fiduciária como uma propriedade resolúvel e o fiduciante como um possuidor direto e depositário.

Em 1997, foi promulgada a Lei n.º 9.514, que dispõe sobre a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis – o art. 22 igualmente classificou a propriedade transferida nesse contrato como resolúvel. Nesse momento, portanto, foi expressamente permitida a alienação fiduciária de imóveis e houve uma cisão no tratamento procedimental da execução do contrato para bens móveis e imóveis. Assim, o Decreto n.º 911/1969 e a Lei do Mercado de Capitais regulamentavam a alienação fiduciária de bens móveis, enquanto a Lei n.º 9.514/1997 dispunha sobre a alienação fiduciária de bens imóveis.

Em 2001, a Medida Provisória n.º 2.160-25 incluiu na Lei do Mercado de Capitais o art. 66-A, para definir o regramento sobre a alienação fiduciária em garantia de coisa fungível<sup>97</sup>.

Em 2004, a Lei n.º 10.931, contudo, revogou os arts. 66 e 66-A da Lei do Mercado de Capitais e incluiu nela uma nova seção para tratar apenas da Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais. O restante do procedimento da alienação fiduciária em garantia, antes previsto nos artigos que foram revogados, foi deslocado, com algumas alterações, para o Decreto n.º 911/1969 (o qual foi, justamente, modificado com inserções pela Lei n.º 10.931/2004).

Assim, pode-se observar que, atualmente, a alienação fiduciária em garantia é regulamentada, essencialmente, por três leis: a Lei n.º 9.514/1997, para bens imóveis; o Decreto n.º 911/1969 e a Lei do Mercado de Capitais, para alienações fiduciária em âmbito do Mercado

---

<sup>97</sup> Salvo disposição em contrário pelo contrato entre as partes, essa modalidade de alienação fiduciária transfere ao credor a posse direta e indireta do bem. Ela valerá contra terceiros nos seguintes casos: bens móveis e títulos ao portador, desde a tradição; bens móveis sujeitos a registro, títulos nominativos e ações, desde a inscrição, anotação ou averbação, na forma legal; de créditos, desde a notificação ao devedor. Na hipótese de inadimplemento ou mora por parte do devedor, o credor poderia vender o bem a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial (salvo disposição expressa no contrato), devendo utilizar o preço da venda para o pagamento de seus créditos e despesas, entregando ao devedor o saldo remanescente.

Financeiro e de Capitais. Logicamente, todas elas sofreram alterações e inclusões<sup>98</sup> ao longo dos anos, porém todas permanecem vigentes e ditam o procedimento de constituição da garantia e de sua execução, cada qual em seu âmbito. Existem, ainda, algumas outras legislações esparsas para outras subespécies de AFG, tal como a de aeronaves (Lei n.º 7.565/1986, arts. 148 e ss.), mas que utilizam a base geral da estrutura proposta por essas três leis principais.

Ademais, importante destacar que o Código Civil de 2002 possui um capítulo específico sobre a *propriedade fiduciária*. O CC/2002, inclusive, traz um conceito de propriedade fiduciária, definindo-a como “a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor” (art. 1.361, *caput*). Veja-se que o capítulo não se refere diretamente ao instituto da alienação fiduciária em garantia, mas sim à propriedade fiduciária e, dentro de suas disposições, faz uma menção ao contrato de AFG. Esse mesmo capítulo, é subsequente ao que trata da propriedade resolúvel.

Segundo o referido Código, a propriedade fiduciária constitui-se com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, no Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de veículos, na repartição competente para o licenciamento; e, com a constituição da propriedade fiduciária, ocorre o desdobramento da posse e o devedor se torna possuidor direto da coisa.

Mais à frente, no art. 1.368-B, *caput* (incluído no CC pela Lei n.º 13.043/2014), ainda dentro do capítulo sobre a propriedade fiduciária, o Código dispõe sobre a alienação fiduciária em garantia, afirmando que esse contrato, firmado sobre bem móvel ou imóvel, confere direito real de aquisição ao fiduciante, a seu cessionário ou sucessor. O parágrafo único, na sequência, dispõe que o credor fiduciário que se consolidar na propriedade do bem ou adquiri-la de forma plena por adjudicação, dação ou outro meio, passa a responder pelo pagamento dos tributos, despesas e encargos da coisa, a partir da data em que for imitado em sua posse.

### 3.2 CONCEITO INICIAL DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Como foi apresentado na Introdução, no estudo geral da alienação fiduciária em garantia (AFG), tem-se uma dificuldade muito grande de conceituação e enquadramento da natureza jurídica desse instituto. Tanto a doutrina tradicional de Direito Civil quanto as obras mais específicas sobre alienação fiduciária em garantia não apresentam uma definição clara e

---

<sup>98</sup> Cita-se, a título exemplificativo, algumas leis que promoveram essas inclusões e modificações: Lei n.º 6.071, de 1974; Lei n.º 12.810, de 2013; Lei n.º 13.043, de 2014; Lei n.º 13.465, de 2017.

objetiva: por vezes, a AFG é chamada propriedade fiduciária ou negócio fiduciário e sua natureza jurídica também se confunde entre propriedade resolúvel, espécie de negócio fiduciário ou patrimônio de afetação<sup>99</sup>.

Muitos utilizam a expressão “propriedade fiduciária” para falar da própria alienação fiduciária ou afirmam que a propriedade fiduciária é decorrente da instituição de uma AFG. Nessa linha, também se afirma que a propriedade fiduciária ou a alienação fiduciária em garantia é uma espécie de negócio fiduciário, ou, até mesmo, a positivação no negócio fiduciário no Direito Brasileiro.

Pelo conceito legal, nos termos do art. 22 da Lei n.º 9.514/1997, a alienação fiduciária é um negócio jurídico pelo qual o devedor fiduciante contrata com o credor fiduciário a transferência da propriedade resolúvel ao último com o escopo de garantia. Essa garantia refere-se à dívida assumida pelo devedor para a aquisição do próprio bem objeto do contrato.

Em melhores termos, o credor disponibiliza um crédito ao devedor para que ele adquira um bem de um terceiro externo à relação contratual. Como garantia desse crédito, o devedor transfere a propriedade resolúvel desse bem adquirido ao credor até que a dívida seja quitada.

O Código Civil, ainda, no art. 1.368-B do Código Civil, define a alienação fiduciária em garantia como um negócio jurídico realizado entre devedor fiduciante e credor fiduciário que institui um direito real de aquisição ao primeiro sobre um bem móvel ou imóvel.

Veja-se que a transferência que ocorre é tão somente da nua propriedade, pois, com a constituição da alienação fiduciária em garantia, dá-se o desdobramento da posse: o devedor fiduciante passa a ser possuidor direto e o credor fiduciário, o possuidor indireto (art. 23 da Lei n.º 9.514/1997).

Isso ocorre, justamente, porque o credor não tem qualquer interesse em permanecer com a propriedade ou posse do bem, tendo a alienação fiduciária em garantia uma função de garantir o cumprimento das prestações da dívida por parte do devedor, que é o verdadeiro interessado em ter a posse e a propriedade do imóvel<sup>100</sup>.

Ainda conforme o art. 1.368-B do Código Civil, o contrato de alienação fiduciária em garantia não produz efeitos tão somente na esfera obrigacional, mas gera também um direito real, oponível contra terceiros. Assim, quando a garantia recair sobre um bem imóvel, é obrigatório o registro do contrato no Registro de Imóveis para sua existência (art. 1.227 do Código Civil e art. 167, I, 35 da Lei n.º 6.015/1973).

---

<sup>99</sup> Ver nota de rodapé 1.

<sup>100</sup> A. L. CLÁPIS, *A Propriedade* cit., p. 62.



Pela previsão legal, fica clara a essência da alienação fiduciária em garantia; porém, propor-se-á, no Capítulo final, a tentativa de conceituação desse instituto após todo o estudo desenvolvido ao longo deste trabalho.

### 3.3 EFEITOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Neste item, analisar-se-á o procedimento legal para o cumprimento do contrato de alienação fiduciária em garantia. O texto legal não será estudado de forma exaustiva, pois o objetivo proposto é o entendimento do funcionamento geral do instituto e, principalmente, de seus efeitos para que se extraia as situações jurídicas existentes durante o procedimento.

#### 3.3.1 Alienação fiduciária em garantia de bens móveis

O Decreto-Lei n.º 911/1969, sobre a alienação fiduciária de bens móveis, prevê que, diante da existência de parcelas em atraso, o credor fiduciário deverá notificar o devedor, por carta registrada com Aviso de Recebimento, para constituí-lo em mora e fazer considerar vencidas antecipadamente todas as parcelas futuras do contrato (art. 2º, *caput*, § 2º e 3º). O crédito devido ao fiduciário abrange, além da dívida em si, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convencionados pelas partes (art. 2º, §1º).

Comprovada a mora, o credor poderá requerer liminarmente a busca e apreensão do bem alienado (3º, *caput*), e, a partir da execução da medida, o devedor fiduciante terá o prazo de 5 dias para quitar a dívida total em aberto (parcelas vencidas, vincendas e encargos). Caso o devedor realize o pagamento, o bem ser-lhe-á devolvido livre de ônus (art. 3º, §2º); caso contrário, a propriedade consolidar-se-á em favor do credor (art. 3º, §1º). Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado, o credor poderá requerer a conversão do pedido de Busca e Apreensão em ação executiva (art. 4º).

Tendo sido realizada a consolidação da propriedade em favor do fiduciário, as repartições competentes, quando for o caso, deverão expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da garantia (art. 3º, §1º).

O credor poderá vender o bem a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa

em contrário prevista no contrato. O valor da venda servirá para pagamento de seu crédito e o eventual valor remanescente será entregue ao fiduciante (art. 2º, *caput*).

Veja-se que a venda do bem por parte do credor é obrigatória, na medida que o seu crédito deve ser pago com o valor oriundo dessa venda, conforme o texto legal. Percebe-se, assim, que a propriedade adquirida pelo credor no caso de inadimplemento não é plena, na medida em que ele ainda está vinculado à realização da venda para obter a quitação da dívida. Assim, a relação jurídica entre as partes apenas irá se extinguir após a venda do bem<sup>101</sup>, e não meramente com a transferência da propriedade na consolidação.

No caso de adimplemento das parcelas, pelo contrário, a propriedade se consolida em favor do devedor, de forma plena. Tratando-se de bem móvel, o cumprimento total do contrato é suficiente para transmitir a propriedade plena para o devedor, cabendo a ele apenas promover a alteração dos certificados de registro com a apresentação do termo de quitação para fins de regularização do bem.

### **3.3.2 Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis**

A Lei n.º 9.514/1997 regulamenta alienação fiduciária de bens imóveis. Para se constituir tal direito, é inicialmente necessário o ato de registro no Registro de Imóveis; é com sua instituição no Registro que se dá o desdobramento de posse – o fiduciante passa a ter sua posse direta e o fiduciário, sua posse indireta (art. 23).

Na hipótese de não pagamento das parcelas pelo devedor – no todo ou em parte –, o credor deverá solicitar sua intimação pelo Registro de Imóveis, para constituí-lo em mora e conceder o prazo de 15 dias para o pagamento da dívida, considerando as parcelas vencidas, vincendas e encargos. Caso o devedor realize o pagamento, convalescerá o contrato de alienação fiduciária; caso contrário, o oficial registrador promoverá a averbação da consolidação da propriedade em favor do credor (art. 26). Consolidada a propriedade, o fiduciário promoverá, no prazo de 30 dias, leilão público para alienar o bem (art. 27, *caput*).

De forma, resumida, portanto, tanto o Decreto-Lei n.º 911/1969 quanto a Lei n.º 9.514/1997 dispõem que, uma vez configurada a mora do devedor fiduciante, decorrente do não pagamento do valor em aberto, após a notificação, no prazo legal, a propriedade consolidar-se-

---

<sup>101</sup> V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado cit.*, vol. 5, t. 2., p. 1844.

á em favor do credor fiduciário e este será obrigado a realizar a venda do bem para satisfazer o crédito com os valores dela provenientes<sup>102</sup>.

Pelo contrário, caso o fiduciante cumpra as obrigações previstas no contrato, adimplindo todas as parcelas, ele terá o direito à propriedade do bem livre de ônus. Para os bens imóveis, o término do cumprimento já é suficiente para desconstituir o gravame; para os bens móveis, é necessário apresentar o termo de quitação ao registrador imobiliário para a realização do cancelamento da alienação fiduciária em garantia (art. 25).

Observa-se, assim, que o contrato de alienação fiduciária de bens móveis e imóveis (ou seja, a maioria das AFGs) funciona da seguinte forma<sup>103</sup>: quando do não pagamento das parcelas da alienação fiduciária em garantia: i) notificação/intimação do devedor para constituirlo em mora; iii) abertura de prazo para a quitação da dívida (purgação da mora), cabendo ao devedor o pagamento das parcelas vencidas, vincendas e encargos; iv) configuração do inadimplemento do devedor e consolidação da propriedade em favor do credor.

Decorrido o prazo para o pagamento da dívida, portanto, a legislação determina que a propriedade do bem alienado fiduciariamente consolida-se no patrimônio do credor, passando a pertencer a ele, sem que o devedor tenha quaisquer direitos remanescentes sobre o mesmo, exceto aqueles relacionados à preferência na aquisição do bem (que será vendido, em regra, em leilão).

Ocorrida a consolidação da propriedade, no caso de bem imóvel, o credor deverá realizar o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* (ITBI) e eventual laudêmio e, assim, será realizada a averbação da consolidação na matrícula (art. 27, §7º). Uma vez averbada a consolidação da propriedade, o fiduciário terá o prazo de 30 dias para promover o leilão para a alienação do imóvel.

A promoção do leilão é obrigatória; não pode o credor permanecer com a titularidade do bem, mesmo quando ele se consolida em sua propriedade. Assemelha-se à situação do bem móvel: a propriedade adquirida pelo credor no caso de inadimplemento não é plena, na medida em que ele ainda está vinculado à realização dos leilões para obter a quitação da dívida e, assim, a relação jurídica entre as partes apenas irá se extinguir após a venda do bem.

---

<sup>102</sup> Como se sabe, é vedada a instituição do pacto comissório, contudo, a Lei nº 9.514/1997 permite, em seu art. 26, §8º, que o fiduciante possa, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida. Não se trata de pacto comissório, porém é uma possibilidade legal de se permitir que, em vez de o fiduciário ter que realizar a venda do bem, ele possa ficar com o direito do fiduciário, dispensando-se a venda.

<sup>103</sup> V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado* cit., vol. 5. t. 2. pp. 1837 e ss.

Caso ocorra o adimplemento das parcelas, o devedor pagará o ITBI e prenotar no Registro de Imóveis o termo de quitação do contrato. Qualificado positivamente, o registrador averbará o cancelamento da alienação fiduciária em garantia pelo pagamento e a propriedade se consolidará em favor do devedor.

Tal consolidação em favor do devedor, ao contrário da em favor do credor, se dá de forma plena, não tendo mais o fiduciante qualquer encargo e obrigação, como a de realização do leilão na situação oposta.

### **3.3.3 Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais**

Como visto, em 2004, a Lei n.º 10.931 revogou os arts. 66 e 66-A da Lei do Mercado de Capitais e incluiu nela uma nova seção para tratar apenas da Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais. O restante do procedimento da alienação fiduciária em garantia, antes previsto nos artigos que foram revogados, foi deslocado, com algumas alterações, para o Decreto n.º 911/1969.

Passou-se, neste momento, a coexistirem a alienação fiduciária em garantia própria das relações civis (acima analisadas) e a alienação fiduciária em garantia específica do mercado financeiro e de capitais.

Segundo o art. 66-B da Lei n.º 4.728/1965, celebra-se um contrato específico de alienação fiduciária quando o objeto e/ou a garantia se derem no âmbito do mercado financeiro e de capitais ou de créditos fiscais e previdenciários. Nesse caso, além dos requisitos definidos no Código Civil, o contrato obrigatoriamente conterà a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

O §3º do artigo admite, ainda, a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito. Nesses casos, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor e, diante do inadimplemento da obrigação garantida, a venda a terceiros independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial. O preço da venda é aplicado no pagamento do crédito e despesas decorrentes da realização da garantia, entregando-se ao devedor o saldo remanescente, se houver.

Os demais parágrafos, por fim, dispõem sobre a aplicação dos arts. 18 a 20 da Lei n.º 9.514/1997 (sobre AFG de bem imóvel) à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito e dos arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 do CC (sobre penhor, hipoteca e anticrese) à AFG no âmbito do mercado de capitais, compondo-se, portanto, um

regime jurídico misto entre as regras da própria Lei do Mercado de Capitais, da Lei nº 9.514/1997 e das regras dos direitos reais de garantia do Código Civil.

A principal diferença entre a AFG nas relações civis e nas relações do mercado financeiro e de capitais é, sem dúvidas, com relação ao objeto do contrato: na primeira, o direito negociado é o de propriedade sobre um bem móvel e imóvel, enquanto, na segunda, admite-se também que se negociem direitos sobre coisas móveis ou títulos de crédito.

Além disso, tratando-se de AFG de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito, tanto a posse indireta quanto a direta se concentram no credor, sem haver a cisão como na AFG das relações civis. E, no caso de inadimplemento, não existe necessidade de medidas específicas para se promover a venda do bem dado como garantia, podendo ser efetivada uma venda direta, sem leilões ou busca e apreensão.

A AFG no âmbito do mercado financeiro e de capitais tem como finalidade precípua a composição de patrimônio dos Fundos de Investimento Imobiliários<sup>104</sup>, os quais, nos termos do art. 6º da Lei n.º 8.668/1993, são constituídos pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora, em caráter fiduciário.

A realização de uma alienação fiduciária em garantia para fins de composição de patrimônio de Fundos de Investimentos tem como objetivo possibilitar que pessoas sem grande capital monetário consigam investir no mercado imobiliário<sup>105</sup>; assim, elas poderiam utilizar não só dinheiro propriamente dito ou imóveis, mas também seus direitos sobre bens e títulos de crédito, compatibilizando-se a transferência de tais direitos para o patrimônio especial do fundo via alienação fiduciária em garantia.

Destaca-se que o patrimônio constituído para os Fundos de Investimentos Imobiliários são, por disposição expressa da referida Lei, patrimônio de afetação, não se comunicando com o patrimônio da instituição administradora do Fundo. Tanto que, na Lei do Mercado Financeiro e de Capitais, diferentemente da Lei n.º 9.514/1997 e do Decreto n.º 911/1969 (sobre AFG nas relações civis), não há nem menção de que a o bem alienado fiduciariamente constitui propriedade resolúvel, visto que a legislação sobre os Fundos de Investimento Imobiliários já é expressa sobre a afetação desses bens que compõem os fundos.

---

<sup>104</sup> M. N. CHALHUB, *Alienação cit.*, p. 121.

<sup>105</sup> L. C. R. OLIVEIRA, *A natureza jurídica dos fundos de investimentos imobiliários no ordenamento jurídico brasileiro*, in *Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*, vol. 2, n.º 9, s. 1., 2020, p. 275.

### 3.4 ANÁLISE DOS INSTITUTOS CORRELATOS

A partir da análise do histórico legislativo sobre a alienação fiduciária em garantia no Brasil, é possível verificar que os conceitos que de propriedade resolúvel, propriedade fiduciária, e alienação fiduciária em garantia se repetem inúmeras vezes.

O Código Civil contempla os três institutos no Título III – Da propriedade. Reserva-se, dentro desse título, o Capítulo VIII para a Propriedade Resolúvel (arts. 1.359 e 1.360, e o Capítulo IX para a Propriedade Fiduciária (arts. 1.361 a 1.368-B). A alienação fiduciária em garantia, por sua vez, foi disposta dentro do Capítulo IX, especificamente no art. 1.368-B, o qual foi inserido no Código Civil somente em 2014 pela Lei n.º 13.043.

A topografia do Código Civil, portanto, distingue as três figuras, porém, não fica claro na legislação específica sobre a AFG (a Lei n.º 9.514/1997, para bens imóveis; o Decreto n.º 911/1969, para bens móveis, e a Lei do Mercado de Capitais, para alienações fiduciária em âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais) o que é o que; na verdade, a legislação específica constantemente chama a própria alienação fiduciária em garantia de propriedade fiduciária.

Ademais das figuras legais da propriedade resolúvel, propriedade fiduciária, e alienação fiduciária em garantia, quando da análise da doutrina, também se verifica uma ligação direta com os institutos de negócio fiduciária e patrimônio de afetação.

Portanto, neste capítulo, far-se-á um estudo de todas essas figuras correlatas para verificar-se se elas se confundem ou não com a própria alienação fiduciária em garantia ou se tratam de sua natureza jurídica.

#### 3.4.1 Propriedade resolúvel

A propriedade resolúvel aparece na legislação sobre a alienação fiduciária em garantia como a natureza da propriedade que é transferida nessa espécie contratual. Como visto, tanto o Decreto n.º 911/1969 quanto a Lei n.º 9.514/1997 dispuseram que alienação fiduciária em garantia transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel do bem (móvel ou imóvel).

A propriedade resolúvel, prevista nos arts. 1.359 e 1360 do Código Civil, é aquela que está sujeita à extinção por uma condição resolutiva consignada no próprio título de sua constituição ou em determinação legal<sup>106</sup>. Em outros termos, é a situação em que o titular do

---

<sup>106</sup> C. BEVILÁQUA, *Direito das Coisas*, vol. 1, 1ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1941, p. 264; e ORLANDO GOMES, *Direitos Reais*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 267.

bem perde sua propriedade em favor de seu titular anterior ou de um terceiro, em razão do implemento de uma condição que fora estabelecida pelas partes no momento da transferência da propriedade (no título) ou que estiver prevista na lei.

Como se extrai do Código Civil, a resolubilidade pode decorrer do implemento de uma condição previamente estabelecida ou por causa superveniente. A primeira hipótese é aquela em que as partes ou a lei estabelecem a condição ou o termo que, uma vez implementado, irá gerar a resolução da propriedade de um determinado titular em favor de um terceiro. São exemplos de propriedade resolúvel por condição ou termo a doação com cláusula de reversão, a venda com pacto de retrovenda e o fideicomisso.

Nesse caso, portanto, as partes já têm ciência da resolubilidade da propriedade e de qual é a condição ou termo que acarretará a resolução. Como se trata de uma causa antecedente de propriedade resolúvel, é necessário, inclusive, no caso de bens imóveis, que essa condição conste, por ato de averbação, na matrícula do imóvel para que os terceiros que venham a adquiri-la tenham saibam que aquela propriedade poderá ser extinta em razão do implemento da condição<sup>107</sup>.

Resolvida a propriedade por essa causa, também serão resolvidos todos os direitos reais que foram instituídos pelo proprietário em detrimento do qual se operou a resolução, podendo, inclusive, o novo titular do bem reivindicá-lo de qualquer pessoa que o detenha ou possua (art. 1.359, CC). Assim, o titular beneficiado pela resolução poderá reivindicar a propriedade na situação em que ela se encontrava quando foi estabelecida a condição.

Nos termos do Enunciado nº 509 da V Jornada de Direito Civil da CJF, essa resolução, quando prevista no título aquisitivo, opera *ex tunc* e *erga omnes*. Assim, a retransmissão da propriedade decorrente da causa antecedente de resolução deve se dar sobre o bem nas mesmas condições em que ele se encontrava quando da instituição da condição resolutiva e tem efeitos perante todos, inclusive os terceiros adquirentes da propriedade ou de direitos sobre a coisa enquanto não se operou a resolução.

Enquanto não ocorrer a condição resolutiva, o beneficiário dessa condição (que se tornará proprietário com seu implemento) é apenas titular de direito eventual, não tendo ingerência sobre a titularidade da coisa; assim, ele não pode questionar o proprietário resolúvel sobre a transmissão ou constituição de gravames sobre o bem. Porém, uma vez implementada a condição, o proprietário beneficiado receberá a propriedade plena, sem limitações<sup>108</sup> e *ex*

---

<sup>107</sup> V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado cit.*, vol. 5, t. 1, p. 848.

<sup>108</sup> C. C. FARIAS – N. ROSENVALD, *Curso cit.*, p. 518.

*nunc*, desconstituindo-se, portanto, todos os ônus reais que tenham sido instituídos pelo proprietário anterior ou pelos titulares que o sucederam.

Já a segunda hipótese de resolução, por causa superveniente, as partes não têm conhecimento sobre a resolubilidade, uma vez que ela se opera em razão de previsão legal. Nesse caso, uma vez implementada a condição prevista em lei, o titular beneficiado terá direito ao bem da forma que ele se encontra no momento da ocorrência da condição.

Todos os direitos constituídos sobre a coisa pelo proprietário que perdeu a coisa são válidos. Inclusive, caso um terceiro tenha adquirido o bem antes do implemento da resolução, ele será considerado proprietário perfeito e, ao titular beneficiado, restará apenas o direito de ação para reaver o valor da coisa (art. 1.360). São exemplos de propriedade resolúvel por causa superveniente a exclusão de herdeiro por indignidade e a petição de herança.

### **3.4.2 Propriedade fiduciária**

A propriedade fiduciária no Brasil é prevista no Código Civil. Nos termos do art. 1.361, trata-se de uma espécie de propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com objetivo de garantia, transfere ao credor. O contrato que estabelece a propriedade fiduciária deverá ingressar no Registro de Títulos e Documentos, cujo registro tem efeito constitutivo (1º) e gera o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa (§2º).

Enquanto perdurar o contrato, o devedor pode usar a coisa segundo a sua destinação, desde que empregue guarda e diligência e a entregue ao credor caso a dívida não seja paga (art. 1.363). Ocorrendo o inadimplemento, o credor deverá vender a coisa a terceiro e utilizar o pagamento para quitar seu crédito e demais despesas de cobrança, e entregar o saldo remanescente ao devedor (art. 1.364), sendo vedado o pacto comissório (art. 1.365).

Caso o produto não baste para o pagamento, o devedor permanece obrigado pelo restante (art. 1.366). O terceiro que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária (art. 1.368).

O Código também determina que demais espécies de propriedade fiduciária submetem-se às regras das leis especiais, somente se aplicando as disposições do Código Civil naquilo que não for incompatível com a legislação específica (art. 1.368-A). Ainda, a propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposições acerca da Propriedade em Geral do Código Civil (Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial), mas não se equipara à regra do art. 1.231 de que a propriedade se presume plena e exclusiva até prova em contrário (art. 1.367).



O art. 1.361 restringe a propriedade fiduciária a bens móveis infungíveis, porém, na sequência, o art. 1.367, inserido pela Lei n.º 13.043/2014 aduz expressamente que a “propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis” sujeita-se às disposições acerca da Propriedade em Geral do Código Civil. Frisa-se, ainda, que o art. 1.368-B, que dispõe especificamente sobre a alienação fiduciária em garantia de móvel ou imóvel, foi inserido pela mesma Lei n.º 13.043/2014 no capítulo, podendo-se entender que a alteração pretendia englobar a propriedade fiduciária.

Pode-se, portanto, por interpretação lógica do texto legal, concluir que, a despeito do texto original ter restringido a utilização da propriedade fiduciária aos bens móveis infungíveis, a Lei n.º 13.043/2014 ampliou sua aplicação aos bens imóveis. Nessa linha de pensamento, seria ainda necessário interpretar que o registro do contrato permanece no Registro de Títulos e Documentos quando o objeto for um bem móvel e deve ser efetuado no Registro de Imóveis quando a propriedade fiduciária se der sobre um bem imóvel (art. 1.245, CC).

Na doutrina, como já explanado, a propriedade fiduciária é frequentemente mencionada como a própria alienação fiduciária em garantia, sem grandes considerações acerca do texto legal do capítulo próprio do Código Civil.

### 3.4.3 Negócio Fiduciário

#### 3.4.3.1 Conceito

Na doutrina italiana, C. GRASSETTI afirma que o negócio fiduciário é uma manifestação de vontade pela qual se atribui a titularidade de um direito ao fiduciário, mas com o interesse preservado do fiduciante. A transmissão da titularidade é plena, de forma que quem recebe a titularidade do direito também recebe, necessariamente, o poder de dele dispor de forma real *erga omnes*; contudo, ao mesmo tempo, o fiduciário assume uma obrigatoriedade quanto ao destino ou utilização da entidade patrimonial, não devendo dispor ou utilizar o bem contra a finalidade<sup>109</sup>.

Na mesma linha, G. MESSINA explica que, no negócio fiduciário, há uma vinculação da parte que recebe um ativo para que lhe empregue uma finalidade estabelecida<sup>110</sup>. N. LIPARI

---

<sup>109</sup> C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e dela sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. XXXIV, Parte 1, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936, pp. 363-364.

<sup>110</sup> G. MESSINA, *Scritti cit.*, p. 1.

complementa que existe uma manifestação de vontade seriamente dirigida, para que o fiduciário transfira ao fiduciante uma posição legal de titularidade, excedendo o escopo do resultado prático pretendido, e, assim, o fiduciante deverá usar sua posição dentro de limites específicos de tempo ou conteúdo, apenas na medida necessária para satisfazer a vontade acordada<sup>111</sup>.

No direito português, A. G. K. JELEMBI afirma que se trata de um negócio em que o fiduciante analisa se o fiduciário tem qualidades e elementos necessários que assegurem a contratação em concreto, ou seja, que façam-lhe crer que seus interesses estarão protegidos<sup>112</sup>. Assim, a fidúcia se caracterizaria pela análise que o fiduciante faz sobre as qualidades do fiduciário para verificar se ele tem condições de guardar o bem que será transferido no negócio e de realizar a retransmissão do mesmo após o cumprimento de todas as obrigações contratadas.

Verifica-se, assim, que para o autor português, na fidúcia, existe uma análise relacionada ao crédito, preocupando-se o fiduciário com as características do fiduciante e sua aptidão para quitar a dívida.

No Brasil, M. CHALHUB o define como um negócio jurídico pelo qual o fiduciante transfere a titularidade de um bem ou direito ao fiduciário, obrigando-se, este último, a dar ao bem ou direito uma determinada destinação e, cumprido esse encargo, deve retransmiti-lo ao fiduciante ou a um terceiro indicado no pacto fiduciário<sup>113</sup>.

Trata-se, portanto, de um negócio em que as partes acordam obrigações entre si e o fiduciante realiza a transmissão de um bem ou direito ao fiduciário sabendo que, uma vez efetivada sua destinação, esse bem ou direito retornará a seu patrimônio ou a de um terceiro que ele tenha indicado. Vê-se que o conceito adotado no Brasil se assemelha ao da doutrina italiana.

Nesse sentido, o autor aduz, ainda, que a característica essencial do negócio fiduciário é, justamente, a fidúcia, a confiança de que o fiduciário, que recebeu um “poder jurídico formalmente ilimitado sobre a coisa” – ou seja, sua propriedade –, apenas a utilizará para a consecução finalidade que foi definida na contratação<sup>114</sup>.

Segundo M. OLIVA, o negócio fiduciário é um negócio indireto, no qual as partes realizam um contrato típico para alcançar uma finalidade diversa daquela original desse contrato ou pretendem realizar uma transmissão de titularidade do bem para fins fiduciários<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> N. LIPARI, *Il Negozio Fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 4-5.

<sup>112</sup> A. G. K. JELEMBI, *O Negócio Fiduciário – Caracterização, Constituição e Efeitos*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 46.

<sup>113</sup> M. N. CHALHUB, *Alienação* cit., p. 46. No mesmo sentido, O. S. LIMA, *Negócio* cit., p. 243.

<sup>114</sup> M. N. CHALHUB, *Alienação* cit., p. 50.

<sup>115</sup> M. D. OLIVA, *Do negócio* cit., p. 9.

A autora aduz, ainda, que o que caracteriza o negócio fiduciário, portanto, é a transmissão da propriedade – que ela nomeia de “titularidade fiduciária” – para o cumprimento de determinada finalidade<sup>116</sup>.

F. C. PONTES DE MIRANDA ao trabalhar o negócio fiduciário, explica que nele se unem o “elemento outorgativo de titularidade” e o “elemento negocial de vinculação do fiduciário”; o elemento outorgativo seria a transmissão do direito e o elemento vinculativo do fiduciário seria qualquer dívida ou obrigação<sup>117</sup>.

Segundo o autor, todos os direitos reais, bem como o direito de posse, podem ser outorgados em fidúcia, e não só a transmissão da propriedade em si; cita, como exemplo, um usufruto, que pode ser instituído em fidúcia. Explica, ainda, que, enquanto a titularidade do direito é oponível *erga omnes*, visto que houve a transmissão, a relação obrigacional entre fiduciante e fiduciário é *inter partes*<sup>118</sup>.

Por meio do negócio fiduciário, portanto, ocorre a transmissão de um bem ao fiduciário para que ele se utilize do bem ou direito transmitido de uma forma específica para atingir objetivos determinados pelo fiduciante; assim, o fiduciário precisa realizar as ações necessárias para cumprir com a função estipulada pelo fiduciante e, após um período estipulado ou mediante o implemento de uma condição, deve retransferir a propriedade ao fiduciante<sup>119</sup>.

#### 3.4.3.2 *Negócio fiduciário e negócio indireto*

O negócio jurídico fiduciário é, às vezes, mencionado em conjunto com o negócio jurídico indireto<sup>120</sup>, o qual consiste num negócio realizado para uma finalidade diversa daquela natural dele advinda. Entender-se-ia, nesse sentido, que o negócio fiduciário seria um negócio indireto, na medida em que é realizada uma compra e venda com o objetivo de se constituir uma garantia, ou seja, o escopo é a garantia e não o objeto natural da compra e venda, qual seja a aquisição de um bem pelo pagamento de um preço.

Porém, pode-se argumentar que, no negócio fiduciário, a transmissão da propriedade compõe o próprio objetivo do negócio, visto que a transferência é feita para cumprimento de

---

<sup>116</sup> M. D. OLIVA, *Do negócio* cit., p. 17.

<sup>117</sup> F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. LII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1966, pp. 340.

<sup>118</sup> F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit., vol. LII, p. 341.

<sup>119</sup> F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit., vol. LII, p. 12.

<sup>120</sup> J. C. MOREIRA ALVES, *Da alienação* cit., pp. 4-6; M. D. OLIVA, *Do negócio* cit., pp. 11 e ss.

uma finalidade específica. É importante, para o raciocínio aqui desenvolvido, compreender que o negócio (pelo conceito já apresentado) pode ter diversas finalidades, e não só a de garantia.

Nessa linha, M. OLIVA, afirma que a transferência da propriedade pode permitir que o fiduciário consiga ter uma gestão ampla do patrimônio para cumprir com sua finalidade, caso se trate de um objetivo de gerenciamento<sup>121</sup>.

Ainda nesse exemplo, observa-se que o mandato poderia restringir a administração do bem objetivada pelas partes, tornando necessária a transmissão. Assim, a transferência é “integralmente desejada e necessária” para o acordo fiduciário<sup>122</sup>.

Em vista disso, já se questionou, inclusive, se o negócio fiduciário se confundiria com um negócio simulado, mas, diante do entendimento de que não existe qualquer intenção das partes de fraudar o objetivo do negócio perante terceiros, mas apenas de dar cumprimento a um acordo obrigacional com a realização da transferência da propriedade, a doutrina deu por superada a discussão<sup>123</sup>.

#### 3.4.3.3 *Forma do negócio fiduciário no Direito Brasileiro*

O negócio fiduciário no Direito Brasileiro é desenvolvido por meio de uma relação no âmbito do Direito Obrigacional e outra no Direito Real. Para melhor explanação, retomam-se os conceitos de obrigações e direitos reais.

A obrigação consiste numa relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre um sujeito ativo (credor) e um sujeito passivo (devedor), cujo objeto é uma prestação, tendo o credor o direito de exigir o adimplemento por parte do devedor, que responderá com seu patrimônio<sup>124</sup>.

Nos termos do Código Civil, o objeto da obrigação deve sempre ser lícito, possível e determinável e consistirá numa prestação de dar, fazer ou não fazer (arts. 233 a 251). A partes da relação obrigacional são sempre determinadas, existindo uma indicação certa de um sujeito

---

<sup>121</sup> M. D. OLIVA, *Do negócio* cit., p. 14.

<sup>122</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>123</sup> A. VILLAÇA AZEVEDO, *Negócio fiduciário* cit., p. 165; O. S. LIMA, *Negócio* cit., p. 289 e ss.; A. BUZUID, *Alienação* cit., p. 75; A. C. GONÇALVES, *Da propriedade* cit., pp. 247-248; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 182; A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, (*Parecer*) *Negócio fiduciário. Frustração da fidúcia pela alienação indevida do bem transmitido. Oponibilidade ao terceiro adquirente dos efeitos da fidúcia germânica e de procuração em causa própria outorgada ao fiduciante*, in A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 112.

<sup>124</sup> Nesse sentido WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, vol. 5, 32ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 22 e C. BEVILÁQUA, *Direito das Obrigações*, 1ª ed., Bahia, Livraria Magalhães, 1896, p. 5.

ativo e um sujeito passivo; a obrigação, justamente, constitui o vínculo jurídico entre esses sujeitos, fazendo com que o credor tenha o direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação à qual se vinculou pela existência da relação obrigacional<sup>125</sup>. Uma vez adimplida a obrigação, o vínculo é finalizado, por isso, seu caráter transitório.

O Direito Obrigacional, portanto, consiste na tutela das relações jurídicas obrigacionais, que são formadas entre pessoas determinadas para o cumprimento de uma prestação, seja por determinação legal, contrato ou outras fontes admitidas no Direito.

O Direito Obrigacional, na relação jurídica formada, tem caráter transitório e extingue-se com o cumprimento da prestação estabelecida entre sujeito ativo e passivo pré-determinados. Os efeitos do campo obrigacional, portanto, são *inter partes*, ou seja, tem plena validade e eficácia entre esses sujeitos pré-estabelecidos na obrigação, não vinculando a universalidade da sociedade. Tanto é verdade que o direito do credor só pode ser executado em face do devedor (e outros responsáveis por aquela obrigação<sup>126</sup>), e não vincula pessoas alheias àquela relação jurídica.

Já o Direito Real, com base na teoria personalista – melhor acatada no Direito Brasileiro –, é aquele que constitui uma relação jurídica entre o titular de um bem e um sujeito passivo indeterminado que se obriga a respeitar o direito de propriedade.

Em melhores termos, no campo das coisas, o direito de propriedade do sujeito ativo sobre um bem se opõe *erga omnes* a uma generalidade de sujeitos passivos, ou seja, todas as pessoas da sociedade que devem respeitar a existência desse direito, abstendo-se de viola-lo. Assim, o sujeito passivo, a princípio, é indeterminado e universal, ou seja, oponível contra todos, sendo toda a sociedade obrigada a respeitar o direito de propriedade que o sujeito ativo tem sobre o bem. O sujeito passivo apenas se torna determinado quando uma pessoa viola o direito de propriedade, já que deverá responder por não o ter respeitado.

Perfeitamente, nesse sentido, L. C. PENTEADO também explica que o Direito Real, portanto, “estuda as normas jurídicas que dispõem sobre situações jurídicas que desencadeiam direitos que têm por objeto coisas”, sendo o objeto desse ramo, portanto, juntamente, “os direitos subjetivos incidentes sobre coisas”<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. 2, 29ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017, pp. 24 e ss.

<sup>126</sup> A exemplo de seguradoras, obrigadas por contrato de seguro; fiadores, no caso de aluguel; entre outras possibilidades permitidas por lei. O que deve ficar claro é que a obrigação vincula apenas quem tem envolvimento naquela relação de direito obrigacional, e não uma universalidade.

<sup>127</sup> L. C. PENTEADO, *Direito das Coisas*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 24.

O Direito Real, portanto, tutela os direitos do titular sobre seu bem, criando uma relação jurídica entre ele e uma universalidade de sujeitos passivos que devem respeitá-lo. O Direito Obrigacional, de forma diversa, tutela a relação jurídica estabelecida entre sujeitos pré-determinados para o cumprimento de uma prestação. Assim, traça-se, os paralelos entre o Direito Obrigacional e o Direito Real.

Enquanto no Direito Obrigacional o vínculo jurídico se dá entre pessoas determinadas e o objeto é uma prestação, no Direito Real, inexistente um sujeito passivo pré-determinado, o objeto da relação é o bem pertencente ao sujeito ativo e existe um dever de abstenção por parte do sujeito passivo<sup>128</sup>.

Assim, verifica-se que, no Direito Obrigacional, desde sua constituição, as partes da relação jurídica são pré-determinadas, enquanto, no Direito Real, existe, inicialmente, uma universalidade de sujeitos passivos que devem respeitá-lo o direito de propriedade, tornando-se determinado o sujeito apenas quando ele o viola<sup>129</sup>.

A obrigação, como dito, produz efeitos *inter partes*, ou seja, entre os sujeitos determinados daquela relação jurídica estabelecida. Já um direito real produz efeitos *erga omnes*, visto que o direito de propriedade é oponível contra todos (universalidade de sujeitos passivos), gerando um dever de abstenção de violação desse direito.

Por fim, verifica-se que a obrigação é de caráter transitório, pois, uma vez adimplida a prestação, finda-se a relação jurídica estabelecida entre sujeito ativo e passivo. O direito real, por outro lado, continua produzindo efeitos perante a universalidade de direitos passivos enquanto perdurar o direito de propriedade do sujeito ativo.

Feito este recorte, passa-se à aplicação do Direito Obrigacional e do Direito Real no que tange à transmissão da propriedade.

A propriedade adquire-se por modos taxativos elencados no Código Civil; a aquisição da propriedade móvel pode ocorrer por usucapião, ocupação, especificação, confusão, comistão, adunção, achado de tesouro e tradição (arts. 1.260 e ss.). A de bens imóveis, por sua vez, ocorre por usucapião, sucessão, acessão ou registro de título no Registro de Imóveis (arts. 1.238 e ss).

---

<sup>128</sup> L. C. PENTEADO, *Direito* cit., pp. 21 e ss.; V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado* cit., vol. 5, t. 1, pp. 7 e ss.; ORLANDO GOMES, *Direitos* cit., pp. 12 e ss.; C. C. FARIAS – N. ROSENVALD, *Curso* cit., p. 48; A. RIZZARDO, *Direito* cit., p. 39.

<sup>129</sup> ORLANDO GOMES, *Direitos* cit., p. 17.

Esses modos podem ser classificados em originários e derivados, sob o aspecto do “encadeamento das relações jurídicas entre os titulares do bem”<sup>130</sup>. São modos originários a ocupação, a usucapião e a acessão, na medida em que, nesses modos, não existe qualquer relação entre proprietário anterior e posterior da coisa, não tendo eles, inclusive, nenhum vínculo obrigacional por conta dessa transmissão.

Já os demais modos são derivados, pois existe uma relação de causalidade entre o titular anterior e o posterior. Na aquisição derivada de propriedade, portanto, existe uma sucessão de fatos com relevância jurídica, criando-se um vínculo entre titular anterior e posterior para a transmissão do bem. advém de negócios jurídicos com a causalidade. Na transmissão derivada, inclusive, a propriedade se transfere com os mesmos atributos que já possuía<sup>131</sup>, tais como direitos reais e cláusulas de resolução.

Verifica-se que, na transferência derivada, existe a chamada causalidade, princípio característico do sistema de transmissão de propriedade adotado no Brasil (título e modo), pelo qual se estabelece que existe um negócio obrigacional entre as partes que enseja o real para ocorrer a transferência da propriedade<sup>132</sup>.

Assim, nos modos de transmissão derivados, as partes formalizam um negócio obrigacional que ensejará o ato de transmissão do bem, por exemplo, numa compra e venda, as partes formalizam um contrato entre elas definindo todos os direitos e deveres em âmbito obrigacional, como o pagamento do preço e prazos, e esse contrato é o que baseia a realização do ato de transmissão, qual seja a tradição (bens móveis) ou o registro do contrato no Registro de Imóveis (bens imóveis).

O campo do Direito Obrigacional e o do Direito Real, portanto, estão diretamente ligados, pois é o direito de propriedade do titular que faz com que ele possa dispor do seu bem, disposição essa que ocorre pela formação de uma relação obrigacional, entre sujeitos definidos, para que esse vínculo pessoal gere o ato de transmissão da propriedade. A relação de direito obrigacional produz efeitos *inter partes*, pois o contrato formalizado entre as partes gera direitos e deveres entre elas – por exemplo, a execução de uma compra e venda apenas é realizada entre comprador e vendedor (ou com terceiros relacionados ao contrato, como já explicado) –

---

<sup>130</sup> V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado* cit., vol. 5, t. 1, p. 157.

<sup>131</sup> ORLANDO GOMES, *Direitos* cit., p. 156.

<sup>132</sup> V. F. KÜMPEL, *Sistemas de transmissão da propriedade imobiliária sob a ótica do registro*, São Paulo, YK, 2020, pp. 258-259, p. 22; F. E. S. MEDINA, *Compra e Venda de Coisa Incerta no Direito Civil Brasileiro – uma análise do dever do devedor no Código Civil de 2002*, Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 114.

enquanto o direito real, agora atribuído ao novo titular, é oponível *erga omnes* e vale contra toda a sociedade.

Importam, neste trabalho, justamente, os modos derivados de transmissão da propriedade, mais especificamente o da tradição (bens móveis) e registro (bens imóveis) – pelos quais se opera a constituição de uma propriedade resolúvel por causa antecedente, o negócio fiduciário e a alienação fiduciária em garantia – em que há a causalidade e vínculo entre as partes por um negócio obrigacional que enseja a ocorrência da transmissão da coisa.

Para que se constitua o negócio fiduciário é necessária a transmissão da propriedade. Tal transmissão é obrigatoriamente derivada, visto que existe uma relação entre o primeiro proprietário (fiduciante) e o novo (fiduciário).

No caso de bem móvel, a o negócio fiduciário se realiza com maior facilidade, visto que a transmissão da coisa se dá pela tradição. É possível que, no contrato que determinar as obrigações entre as partes, já haja a previsão da transferência da propriedade do bem, que será efetivada com a realização da tradição.

O negócio fiduciário, no campo obrigacional, pode se constituir por um contrato atípico. Contratos típicos são aqueles elencados na lei, com efeitos e forma definidos; os contratos atípicos, por sua vez, não estão especificamente regulados. Eles “formam-se de elementos originais ou resultam da fusão de elementos próprios de outros contratos”, podem ser originais, descaracterizados dos contratos típicos, ou por eliminação de elementos dos contratos típicos, podem ainda ser mistos, resultando de combinações de vários contratos<sup>133</sup>. Eles estão subordinados às regras gerais de contratos.

No caso dos bens móveis, portanto, é possível que mesmo o contrato obrigacional atípico seja suficiente para regular a relação entre as partes e transferir a propriedade do bem; a transmissão geralmente estará prevista por um formato tradicional de transferência de propriedade já previsto em lei (dificilmente as partes conseguirão criar um meio ainda não existente), a exemplo da doação ou da compra e venda, e as demais obrigações entre fiduciante e fiduciário poderão ser típicas ou atípicas – no último caso, tratar-se-á da fusão de um contrato típico já existente de transferência de propriedade com as outras regras estabelecidas entre as partes para a relação obrigacional.

Contudo, para os bens imóveis, a questão é mais complexa. Nos termos do art. 1.245 do Código Civil, a propriedade imóvel transfere-se pelo registro do título no Registro de Imóveis,

---

<sup>133</sup> ORLANDO GOMES, *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 119 e ss.



ou seja, é necessária a apresentação de um título (contrato obrigacional) para qualificação e registro.

Os atos de registro, aptos para a transferência da propriedade imóvel, estão elencados no art. 167, I, da Lei n.º 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos). Trata-se de rol taxativo<sup>134</sup>, assim, apenas poderão ingressar na matrícula imobiliária para a transmissão da propriedade títulos referentes a tipos contratuais ali elencados.

Desse modo, para que as partes formem o negócio fiduciário com transferência de bem imóvel, deverão obrigatoriamente, para essa transferência, formalizar um contrato típico, que seja reconhecido como título apto para registro constante no rol do art. 167, I da Lei dos Registros Públicos. Os contratos atípicos para transmissão de propriedade são qualificados negativamente pelo oficial de registro, na medida em que estão adstritos ao princípio da legalidade<sup>135</sup> e deverão verificar se o título segue a previsão do art. 167, I.

Para a relação obrigacional, será possível que as partes realizem um outro contrato – atípico, se for o caso – para definir os direitos e deveres das partes para o cumprimento da finalidade do negócio. Em melhores termos, a transmissão do bem imóvel obrigatoriamente ocorrerá por meio típico, previsto no art. 167, I da Lei dos Registros Públicos, e a relação obrigacional poderá ser regulamentada à parte.

Veja-se que, ainda com essa cisão em dois instrumentos, permanece existindo uma causalidade para a transmissão do bem, pois será feito um contrato entre as partes com regulamentação dos deveres inerentes àquela transferência.

#### 3.4.3.4 Execução no negócio fiduciário

Existem dois aspectos importantes para se verificar quanto à execução no negócio fiduciário: a possibilidade de execução do bem por dívidas do fiduciário e a execução do negócio fiduciário em si para a restituição do bem após cumprida a finalidade acordada entre as partes.

Para a primeira hipótese, mais uma vez volta-se à análise do negócio fiduciário sob a ótica do Direito Obrigacional e do Direito Real. Em consonância com o que foi explanado anteriormente, A. C. GONÇALVES, afirma existir no negócio fiduciário um acordo de vontades para que ocorra a transferência da propriedade, a qual investirá o fiduciário como proprietário

---

<sup>134</sup> V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado cit.*, vol. 5, t. 1, p. 158.

<sup>135</sup> V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado cit.*, vol. 5, t. 1, p. 227.

do bem perante terceiros (*erga omnes*); coexiste com esse elemento real de transmissão do bem, a relação obrigacional entre as partes, a qual irá limitar o fiduciário a dar a destinação ao bem que foi convencionada por elas e o obrigará a retransferir a coisa quando essa finalidade for cumprida<sup>136</sup>.

Assim, resta nítido que a transferência do bem se dá sem restrições ao fiduciário no que tange o direito real de propriedade. A coisa passa a integrar o patrimônio do fiduciário sem restrições perante terceiros, visto que o direito real se transfere *erga omnes*, e não importa para esses terceiros a existência de uma relação obrigacional entre as partes para definir a destinação desse bem<sup>137</sup>.

Caso haja qualquer dívida do fiduciante, o bem poderá ser normalmente executado pelo credor. A relação obrigacional do fiduciante e do fiduciário não atinge as relações do fiduciário com terceiros, na medida em que o contrato entre eles realizado tem eficácia meramente *inter partes*. Paralelamente, o bem transmitido integra plenamente o patrimônio do fiduciário com efeitos *erga omnes*, sendo um bem plenamente executável para terceiros<sup>138</sup>.

Inclusive, como inexistente qualquer cláusula constituída sobre o bem e a propriedade se transmitiu de forma plena, em caso de falência do fiduciante, quando o negócio obrigacional tiver sido cumprido entre as partes – ou seja, tenha sido efetivada a finalidade do negócio fiduciário – o fiduciante concorrerá como mero credor quirografário<sup>139</sup>.

Ainda, em análise a esse segundo aspecto da execução (retransmissão do bem ao fiduciante quando cumprida a finalidade do negócio fiduciário), destaca-se, justamente, que existe plena possibilidade de cobrança. Embora exista essa desvinculação entre a propriedade – que foi transmitida de forma plena com efeitos *erga omnes* – e o negócio obrigacional existente entre as partes, essa relação obrigacional é plenamente válida e eficaz entre o fiduciante e o fiduciário.

Embora os terceiros não se subordinem às condições do negócio fiduciário, o fiduciário, ainda que tenha recebido o bem de forma plena, deve respeitar o acordo realizado com o fiduciante no campo obrigacional, que produz efeitos *inter partes*, vinculando os contratantes. Portanto, uma vez cumprida a destinação do bem, o fiduciante poderá executar o fiduciário, caso o último não queira realizar a retransmissão da coisa.

---

<sup>136</sup> A. C. GONÇALVES, *Da propriedade* cit., pp. 249-250.

<sup>137</sup> M. D. OLIVA, *Do negócio* cit., p. 28.

<sup>138</sup> F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., tomo III, pp. 181-182.

<sup>139</sup> O. S. LIMA, *Negócio* cit., p. 213; M. D. OLIVA, *Do negócio* cit., p. 32.

### 3.4.3.5 Cláusulas de retrovenda e de inalienabilidade no negócio fiduciário

Discute-se sobre a possibilidade de oposição de cláusulas de retrovenda ou de inalienabilidade no bem objeto do negócio fiduciário.

Inicialmente, quanto à retrovenda, menciona-se que ela já foi chamada mais antigamente de “venda fiduciária”<sup>140</sup>, existindo uma colocação de que a retrovenda seria uma espécie de negócio fiduciário, visto que se inseria a cláusula justamente para que o proprietário original pudesse ter devolvido seu bem após a realização do objetivo do negócio.

Contudo, predomina na doutrina civilista brasileira o entendimento de que o pacto de retrovenda e o negócio fiduciário não se confundem<sup>141</sup>, pois, na retrovenda, a propriedade se transfere com uma condição resolutiva obrigatória, aplica-se apenas a imóveis e o primeiro proprietário tem um prazo máximo para reaver o bem.

De fato, a essência do negócio fiduciário e da retrovenda não se confundem, em razão, justamente, dos pontos acima listados. A retrovenda pode ser utilizada com o objetivo de garantia<sup>142</sup>, assemelhando-se, nesse caso, a um dos escopos do negócio fiduciário, mas, ainda assim, não se misturam<sup>143</sup>.

A retrovenda é uma cláusula adjeta ao contrato de compra e venda para que o vendedor se reserve o direito de readquirir o bem imóvel no prazo máximo de 3 anos, pelo mesmo preço, somado às despesas do comprador (art. 505 do Código Civil). Existe, portanto, uma vinculação da retrovenda ao contrato de compra e venda e a inserção de uma cláusula resolutiva na matrícula imobiliária<sup>144</sup>.

O negócio fiduciário, por outro lado, não está obrigatoriamente vinculado a uma compra e venda de um bem imóvel; é possível, nessa espécie, alienar coisas móveis e por outros meios, que não a compra e venda. Além disso, a oposição da cláusula de retrovenda na matrícula, desde logo, caracteriza a retrovenda como uma espécie de propriedade resolúvel, o que não ocorre com o negócio fiduciário, que não exige a obrigatoriedade de uma cláusula na transferência.

---

<sup>140</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das Leis Cíveis*, vol. I, Brasília, Ed. fac-sim, 2003, p. 358, nota 51; O. S. LIMA, *Negócio cit.*, p. 168.

<sup>141</sup> A. VILLAÇA AZEVEDO, *Negócio fiduciário cit.*, p. 156; A. C. GONÇALVES, *Da propriedade cit.*, p. 251; O. S. LIMA, *Negócio cit.*, p. 170.

<sup>142</sup> O. S. LIMA, *Negócio cit.*, p. 170; J. C. MOREIRA ALVES, *A retrovenda*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 5.

<sup>143</sup> Em pensamento contrário, M. D. OLIVA, *Do negócio cit.*, p. 50, afirma que a retrovenda com escopo de garantia é negócio fiduciário, sob o fundamento de que o adquirente passa a titularizar um domínio resolúvel com finalidade de garantia de seu crédito.

<sup>144</sup> V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado cit.*, vol. 5, t. 1, p. 868.

O prazo de três anos e a obrigação de pagamento também são pontos de bastante discrepância. O negócio fiduciário visa possibilitar que as partes definam obrigações entre si obrigações para a consecução de uma finalidade específica, mediante a alienação de um bem, sem se vincular a um tipo contratual previamente estabelecido (como analisado sobre a possibilidade de formação de contratos atípicos). Limitar as partes ao prazo de 3 anos e à responsabilidade pelo pagamento do mesmo preço e despesas do comprador parece fugir da finalidade do próprio negócio fiduciário.

Verifica-se, portanto, que a retrovenda é uma figura autônoma, já prevista no ordenamento com suas regras próprias, não se caracterizando como uma espécie de negócio fiduciário, ainda que seu escopo seja a garantia. Importante lembrar, inclusive, que o negócio fiduciário não só tem objetivo de garantia, podendo assumir diversos escopos.

Na sequência, M. D. OLIVA defende a possibilidade de inserção de cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade no bem objeto do negócio fiduciário, a fim de resguardar a perda do bem pelo fiduciante em eventual execução.

O objetivo da cláusula de inalienabilidade é limitar o direito de propriedade (essencialmente o de disposição), com o objetivo de preservar o patrimônio de quem está recebendo o bem por ato de liberalidade<sup>145</sup>. Logicamente, sua inserção no negócio fiduciário tem como finalidade, justamente, preservar o bem que foi transmitido ao fiduciário, para garantir que o fiduciante possa readquiri-lo após o cumprimento do negócio.

Não se vislumbra impedimentos legais para que se insira uma cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade ou impenhorabilidade no bem do negócio fiduciário, desde que sejam respeitadas as regras legais de possibilidade de oposição dessas cláusulas.

Como dito, no negócio fiduciário, as partes são livres para definir as regras para a consecução da finalidade do negócio, desde que não se infrinjam as disposições legais. Embora a propriedade de fato se transmita sem restrições no negócio fiduciário, nada impede que as partes, no negócio obrigacional que enseja a transmissão do bem, definam uma cláusula de inalienabilidade, que é permitida no ordenamento brasileiro.

Justamente, no negócio fiduciário, as partes se utilizam de figuras típicas no ordenamento para dar cumprimento a uma finalidade diversa estabelecida *inter partes*. Desde que não se infrinja a lei, não parece haver qualquer impedimento para que acordem a oposição de tal cláusula quando a transferência do bem imóvel se der por ato de liberalidade.

---

<sup>145</sup> C. A. D. MALUF, *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*, 5ª ed., São Paulo, YK, 2018, p. 11.

Claramente, nesse caso, o negócio fiduciário não poderia ter escopo de garantia, uma vez que a transferência deve ocorrer de modo gratuito, ou seja, sem a concessão de crédito pelo fiduciário ao fiduciante. Mas, tratando-se, por exemplo, de um negócio fiduciário com a finalidade de gestão, sendo a propriedade transferida por uma doação, não há vedação legal e a aposição da cláusula de fato pode gerar uma proteção do bem.

### 3.4.4 Patrimônio de afetação

#### 3.4.4.1 Conceito

O patrimônio de afetação, ou patrimônio separado, é um instituto já consolidado no direito italiano. A noção de patrimônio separado verifica-se como um “complexo de bens e de direitos ou de obrigações jurídicas, ativas e passivas, destinadas a um escopo particularmente determinado”<sup>146</sup>. Assim, configura-se um regime jurídico diverso para o patrimônio separado e para os demais bens do titular, a fim de que ocorra efetivamente uma alteração jurídica daqueles bens para que se configure a segregação<sup>147</sup>.

É reconhecido o patrimônio separado na própria legislação italiana, por exemplo, no dote ou fundo patrimonial (art. 167 do Código Civil italiano<sup>148</sup>), na constituição de um

---

<sup>146</sup> A. PINO, *Il Patrimonio Separato*, Padova, Cedam, 1950, p. 7 (tradução nossa).

<sup>147</sup> A. PINO, *Il Patrimonio* cit., p. 22.

<sup>148</sup> Novamente, optou-se pela apresentação do texto legislativo estrangeiro em nota de rodapé, por seu acesso ser mais difícil ao leitor:

Art. 167 do Código Civil Italiano:

“((Costituzione del fondo patrimoniale.))

((Ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia.

La costituzione del fondo patrimoniale per atto tra vivi, effettuata dal terzo, si perfeziona con l'accettazione dei coniugi.

L'accettazione può essere fatta con atto pubblico posteriore.

La costituzione può essere fatta anche durante il matrimonio.

I titoli di credito devono essere vincolati rendendoli nominativi con annotazione del vincolo o in altro modo idoneo))”.

patrimônio com destinação específica para as sociedades por ações (art. 2447-bis do Código Civil Italiano<sup>149</sup>)<sup>150</sup>.

No Brasil, a ideia de patrimônio separado é semelhante. Patrimônio refere-se ao conjunto de bens e direitos, reais e obrigacionais, de uma pessoa, que possuem valor econômico<sup>151</sup>. Dessa forma, diz-se que o patrimônio engloba o tanto o ativo quanto o passivo dos bens e direitos efetivos pertencentes a um titular, compreendendo também suas dívidas, sem a participação, no entanto, de direitos pessoais de cunho não pecuniário<sup>152</sup>.

O patrimônio, em melhor explicação, é a soma de todos os bens móveis e imóveis e direitos de um sujeito, direitos esses existentes tanto no campo real quanto no obrigacional, sempre que possuírem importância econômica. Em razão desse viés econômico, para a aferição do patrimônio de uma pessoa, são computadas também suas dívidas, ou seja, seu passivo, e não são englobados os direitos pessoais não pecuniários.

O patrimônio de afetação, por sua vez, não deixa de ser um patrimônio em sentido lato, na medida em que ele também se caracteriza com um conjunto de bens, direitos e obrigações com valor econômico. A diferença está, justamente, em sua afetação.

Segundo A. RIZZARDO, afetar é “ligar um patrimônio a um empreendimento, a uma obrigação, a um compromisso” até que se finde o motivo para o qual ele foi instituído<sup>153</sup>. Afetar, portanto, é dar uma finalidade ao patrimônio, restando ele segregado dos demais bens, direitos e obrigações de seu titular, para que, justamente, cumpra a função que lhe foi estipulada.

Uma vez afetado um patrimônio, o exercício dos direitos de propriedade sobre ele também estará vinculado à finalidade da afetação<sup>154</sup>, ou seja, aqueles que tiverem direitos sobre o patrimônio afetado apenas poderão exercê-los de forma a cumprir com as obrigações

<sup>149</sup> Art. 2447-bis do Código Civil Italiano:

“(( Patrimoni destinati ad uno specifico affare).

((La società puo': a) costituire uno o piu' patrimoni ciascuno dei quali destinatoin via esclusiva ad uno specifico affare; b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi.

Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali. ))”.

<sup>150</sup> P. GALLO, *Il negozio di destizazione*, in G. D. TORRE, *Studi in onere di Giovanni Giacobbe*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2010, p. 1099.

<sup>151</sup> C. BEVILÁQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Campinas, Red Livros, 2001, pp. 235-236; S. S. VENOSA, *Direito Civil*, vol. 1, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 306.

<sup>152</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>153</sup> A. RIZZARDO, *Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 95.

<sup>154</sup> A. RIZZARDO, *Condomínio cit.*, p. 95.

decorrentes da função determinada a esse patrimônio. Em um exemplo simples, apenas a título de melhor entendimento, um patrimônio de afetação destinado à consecução de um empreendimento imobiliário não poderá ser utilizado para o pagamento de uma dívida totalmente alheia à construção, tal como a decorrente de uma pintura de paredes da sede da incorporadora.

Nesse mesmo sentido, C. M. SILVA PEREIRA afirma, ainda, que afetar o patrimônio seria imobilizá-lo “em função de uma finalidade”<sup>155</sup>. O autor explica que se trata de uma “espécie de divisão” do patrimônio, por meio de um encargo atribuído a determinados bens e direitos; esse encargo seria, justamente, a utilização do patrimônio apenas para o cumprimento de uma finalidade determinada<sup>156</sup>.

C. E. E. OLIVEIRA aduz, ainda, que o patrimônio de afetação se trata “de regime jurídico incidente sobre um conjunto de bens de uma pessoa para destiná-lo prioritariamente à satisfação de determinada obrigação”; a separação patrimonial, portanto, constitui sobre a universalidade afetada um regime jurídico próprio, com a incidência de regras características da finalidade para a qual foi segregada<sup>157</sup>.

Dessa forma, pode-se verificar que o patrimônio de afetação consiste num conjunto de bens e direitos que é apartado do patrimônio geral de um titular, sendo destinado exclusivamente à consecução de uma finalidade específica, de forma que qualquer exercício de direitos sobre ele deverá ser voltado, justamente ao cumprimento de seu fim<sup>158</sup>. Reveste-se, portanto, o patrimônio de afetação da obrigatoriedade de que essa universalidade cumpra com regras próprias (regime jurídico) da finalidade para a qual foi instituída.

M. D. OLIVA, ressalta, ainda, que o patrimônio de afetação “tem como inexorável consequência o esmorecimento da importância do sujeito de direito”, uma vez que o interesse central dessa instituição passa a ser a consecução da finalidade do patrimônio, desvinculando-o dos interesses do sujeito titular. Assim, o critério de análise deixa de ser a da titularidade do sujeito para dar lugar ao escopo definido para aquela universalidade de bens e direitos afetada; nas palavras da autora, “cuida-se dessa forma de núcleos funcionalmente organizados de modo autônomo tendo em vista determinada atividade”<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, 24ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 333.

<sup>156</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>157</sup> C. E. E. OLIVEIRA, *Patrimônio de afetação, regime fiduciário e escrow account*, in *Migalhas*, 16-06-2021, disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/347127/patrimonio-de-afetacao-regime-fiduciario-e-escrow-account> [19-05-2023].

<sup>158</sup> M. N. CHALHUB, *Alienação cit.*, p. 75.

<sup>159</sup> M. D. OLIVA, *Patrimônio separado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 221.

### 3.4.4.2 Hipóteses de patrimônio de afetação no Brasil

O patrimônio de afetação aparece na doutrina muito ligado às incorporações imobiliárias<sup>160</sup>. Alguns autores, inclusive, já o definem como um patrimônio destinado ao cumprimento das obrigações oriundas do contrato de alienação de imóvel em construção<sup>161</sup>. Isso ocorre porque, muito embora existam outras espécies de segregação patrimonial no Brasil, a inserção do patrimônio de afetação na Lei n.º 4.591/64, pela Lei n.º 10.931/2004, gerou uma grande repercussão jurídica e financeira, que impactou diretamente o mercado imobiliário – em consequência, o reflexo no dia a dia dos cidadãos, que compram os imóveis, foi direto.

Foi com essa modificação legislativa que a atenção doutrinária ao patrimônio de afetação começou a ganhar relevo e, por isso, muitas vezes a figura encontra-se diretamente relacionada ao contexto da incorporação imobiliária. Outro ponto de destaque é que tal legislação foi uma das primeiras que utilizou efetivamente o termo “patrimônio de afetação” de forma expressa, podendo fazer parecer que o instituto ainda não existia no Brasil.

De fato, o patrimônio de afetação nas incorporações tem enorme utilização prática, principalmente após as alterações promovidas pela Lei n.º 13.786/2018, que incentivou a segregação patrimonial a fim de evitar o distrato exacerbado dos compromissos de compra e venda das unidades imobiliárias ao longo da construção e a consequente falência das incorporadoras<sup>162</sup>. Porém, a segregação patrimonial existe outros ramos do direito, constituindo-se para o cumprimento de finalidades diversas da consecução do contrato na incorporação imobiliária.

Veja-se que o objetivo aqui não é trabalhar cada situação em suas especificidades, mas apenas fazer um apanhado de algumas hipóteses de patrimônio de afetação, a fim de demonstrar que sua utilização já ocorre no Direito brasileiro.

---

<sup>160</sup> A. RIZZARDO, *Condomínio* cit., pp. 94 e ss.; C. M. SILVA PEREIRA, *Condomínio e Incorporações*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, pp. 175 e ss.; M. N. CHALHUB, *Incorporação Imobiliária*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017, pp. 76 e ss.; A. M. ROCHA, *O regime de afetação patrimonial na incorporação imobiliária* in R. H. M. DIP – S. JACOMINO (orgs.), *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, vol. IV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 517 e ss.

<sup>161</sup> Nesse sentido, M. N. CHALHUB, *Incorporação* cit., p. 76. O. J. PLÁCIDO SILVA, *Vocabulário Jurídico*, 32ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 2682.

<sup>162</sup> V. F. KÜMPEL – N. SÓLLER, *Derrubada de vetos da MP 1.085 - Parte I*, in *Migalhas*, 27-01-2023, disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/380620/derrubada-de-vetos-da-mp-1-085--parte-i> [19-05-2023].



O primeiro exemplo é o bem de família voluntário. Trata-se de uma proteção que pode ser instituída sobre o único imóvel de uma família, que é destinado à sua residência ou sobre móveis cuja renda apenas possa ser utilizada na conservação desse imóvel e à subsistência da entidade familiar<sup>163</sup>.

O bem de família voluntário é regulamentado pelos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil, os quais permitem a destinação de parte do patrimônio familiar como bem de família, desde que respeitados os limites e exigências legais. Como se vê, o texto legal é expresso em permitir que haja uma separação do patrimônio familiar para que ele se destine a um fim específico – no caso, a subsistência familiar ou sua residência –, ou seja, constitua um patrimônio de afetação<sup>164</sup>.

Outro exemplo de patrimônio de afetação é dado por M. A. ROCHA, indicando como afetados os patrimônios especiais por imposição legal<sup>165</sup>. Segundo o autor, são afetados os bens declarados impenhoráveis por lei, que não podem ser utilizados para responder por dívidas gerais do seu titular, pois já estão destinados a outra função. São hipóteses apresentadas pelo jurista os imóveis financiados por SFH, os bens objeto de penhor ou hipoteca cédular registrados e os bens gravados com cláusula de impenhorabilidade, exceto quando a dívida decorrer da conservação ou utilização da coisa.

Na legislação, também se podem verificar algumas hipóteses previstas expressamente. A Lei n.º 8.668/1993, sobre a constituição e o regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro), define os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio de sua administradora (art. 7º)<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> A. A. PIRES NETO, *Bem de família (voluntário)*, 2ª ed., São Paulo, IRIB, 2014, p. 9.

<sup>164</sup> A. A. PIRES NETO, *Bem cit.*, p. 10; V. F. KÜMPPEL – C. M. FERRARI, *Tratado cit.*, vol. 5, t. 2, p. 2793.

<sup>165</sup> M. A. ROCHA, *Patrimônio de afetação: uma visão crítica do regime de afetação na incorporação imobiliária*, sem editora, sem local, 2016, p. 28-29.

<sup>166</sup> Pode-se verificar situação semelhante de patrimônio separado em Portugal, o qual é estabelecido para o funcionamento das transmissões de crédito em operações de valores mobiliários, regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 453/99: “O presente decreto-lei estabelece o regime jurídico das operações de transmissão de créditos com vista à subsequente emissão, pelas entidades adquirentes, de valores mobiliários destinados ao financiamento das referidas operações. Regula-se igualmente a constituição e a actividade das duas únicas entidades que poderão proceder à titularização de créditos: os fundos de titularização de créditos e as sociedades de titularização de créditos. O primeiro dos veículos de titularização mencionados, considerando a natureza de património autónomo que reveste, implica o estabelecimento de regras especiais de funcionamento das respectivas sociedades gestoras”. Aqui, igualmente optou-se pela cópia do texto em rodapé por se tratar de legislação estrangeira com acesso mais difícil ao leitor.

O Código de Processo Penal, no art. 533, prevê também a hipótese de afetação de bens ou direitos da pessoa executada para pagamento de alimentos em decorrência da prática de ato ilícito. Esse patrimônio de afetação é constituído automaticamente e se extingue apenas após o término da obrigação alimentar<sup>167</sup>.

A Lei n.º 11.079/2004, sobre normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, institui o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), que tem por finalidade “prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei” (art. 16).

O patrimônio desse Fundo é formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, com a integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua própria administração.

Nos termos do art. 21 da Lei, é facultada a constituição de patrimônio de afetação com os bens e direitos da FGP, a fim de que eles fiquem vinculados somente à garantia para a qual foi constituído. Essa afetação evita que o patrimônio definido como garantia seja objeto de penhora, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP. A instituição dessa segregação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente.

A Lei n.º 10.2014/2001, sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro, também define uma hipótese de patrimônio de afetação.

Nos termos do art. 2º, o sistema de pagamentos de que trata essa lei, compreende as entidades, os sistemas e os procedimentos relacionados com a transferência de fundos e de outros ativos financeiros, ou com o processamento, a compensação e a liquidação de pagamentos em qualquer de suas formas. Segundo o art. 5º, as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação responsáveis por um ou mais ambientes sistemicamente importantes deverão formar patrimônio especial, integrado pelos bens e direitos necessários a garantir exclusivamente o cumprimento das obrigações existentes em cada um dos sistemas que estiverem operando.

---

<sup>167</sup> N. NERY JR. – R. M. A. NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, 17ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, p. 1338.

Os bens e direitos que integrarem a afetação não se comunicam com o patrimônio geral ou outros patrimônios especiais da mesma câmara ou prestador de serviços de compensação e de liquidação, assim, não podem ser utilizados para o cumprimento de qualquer obrigação da câmara ou prestador de serviços de compensação e de liquidação em sistema estranho àquele ao qual se vinculam (1º). Para a constituição da afetação, os bens serão objeto de averbação ou registro, na forma da lei ou do regulamento (§2º).

Ainda mais recente, foi criado o patrimônio rural de afetação pela Lei n.º 13.987/2020, cujo art. 7º dispõe que “o proprietário de imóvel rural, pessoa natural ou jurídica, poderá submeter seu imóvel rural ou fração dele ao regime de afetação”. O objetivo desse regime é fazer com que o imóvel rural sirva de garantia às emissões de Cédula de Produto Rural (CPR) ou Cédula Imobiliária Rural (CIR).

Interessante destacar que o patrimônio rural em afetação constitui um direito real sobre o bem e se submete, subsidiariamente, às regras da alienação fiduciária de imóvel (Lei n.º 9.514/1997 e Código Civil). Sua instituição depende de também de registro no Registro de Imóveis (art. 9º).

#### 3.4.4.3 Características

Diante da breve análise das hipóteses de patrimônio de afetação no Direito Brasileiro, é possível identificar algumas características comuns a todas elas, também verificadas pela doutrina.

Como primeira característica do patrimônio de afetação, destaca-se sua *autonomia funcional*. Como explanado na conceituação do patrimônio de afetação, ele consiste na segregação de parte dos bens e direitos de um titular do restante de seu patrimônio para a consecução de uma finalidade determinada, e passa a ter ativo e passivo próprios (que não se misturam com os outros do mesmo titular). Daí dizer que o patrimônio de afetação possui uma autonomia funcional.

A autonomia funcional visa, justamente, possibilitar que o patrimônio de afetação cumpra a destinação que lhe foi atribuída, tendo independência operacional em relação aos demais bens e obrigações do titular<sup>168</sup>. Em melhor explicação, o patrimônio de afetação pode (e deve) ser manejado conforme a sua destinação, sendo independente operacionalmente do restante dos bens e obrigações de seu titular.

---

<sup>168</sup> C. M. SILVA PEREIRA, *Condomínio* cit., p. 248.

Indica-se também como característica *não criação de personalidade própria*. É plenamente possível que um titular tenha patrimônios segregados para o cumprimento de finalidades específicas sem que esses bens e direitos deixem de pertencer a ele adquirindo personalidade própria<sup>169</sup>. Dessa forma, uma vez criado o patrimônio de afetação, não há a criação de uma entidade apartada, permanecendo esse conjunto com destinação específica em nome de seu titular originário. Na incorporação imobiliária, por exemplo, embora o patrimônio de afetação somente possa ser utilizado para a consecução da obra específica para a qual foi instituído, ele continua pertencendo ao incorporador.

Outra característica do patrimônio de afetação é sua *temporiedade*. Tratando-se de um patrimônio constituído para cumprir uma destinação específica, uma vez finda essa destinação, não há mais a necessidade de sua existência<sup>170</sup>. Assim, findo o objetivo daquela segregação patrimonial, a afetação é retirada dos bens e os valores apurados como lucro retornam ao patrimônio geral do titular<sup>171</sup>.

Constata-se no patrimônio de afetação a *incomunicabilidade* em relação ao patrimônio geral. A ideia do patrimônio de afetação é que ele esteja segregado do patrimônio total do seu titular, a fim de cumprir uma função específica que lhe foi determinada. Para que isso se concretize, é indispensável que se estabeleça a incomunicabilidade do patrimônio de afetação com os demais bens e direitos de seu titular.

A incomunicabilidade, portanto, visa, justamente, evitar que o patrimônio de afetação seja alvo dos riscos de outras atividades desenvolvidas por seu titular<sup>172</sup>. No caso da incorporação imobiliária, por exemplo, a execução do patrimônio de afetação está restrita às dívidas da própria obra, não se comunicando com outras obrigações do incorporador alheias à sua destinação<sup>173</sup>.

Destaca-se que o patrimônio de afetação é, ainda, *impenhorável* em relação às dívidas gerais do titular. Ora, estando o patrimônio de afetação reservado à consecução de sua finalidade e sendo incomunicável com o restante dos bens do seu titular, ele não poderia ser penhorado para responder por dívidas oriundas de outras atividades<sup>174</sup>.

---

<sup>169</sup> A. RIZZARDO, *Condomínio* cit., p. 95.

<sup>170</sup> C. M. SILVA PEREIRA, *Condomínio* cit., p. 248.

<sup>171</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>172</sup> M. N. CHALHUB, *Incorporação* cit., p. 89.

<sup>173</sup> A. M. ROCHA, *O regime* cit., p. 517.

<sup>174</sup> T. G. TONIATTI – J. F. L. BENÍTEZ, *O patrimônio de afetação e a limitação de responsabilidade do Código de Processo Civil*, in *Percursos*, Curitiba, vol. 4, n.º 23, 2017, pp. 80-116. Pela lógica jurídica, na verdade, o patrimônio de afetação somente poderia ser penhorado para responder por outras dívidas quando finda a consecução de sua finalidade, com o consequente retorno dos lucros ao patrimônio geral do incorporador.

Por fim, aduz-se que o patrimônio de afetação é *taxativo*, ou seja, depende de disposição legal para sua instituição. Uma vez que a afetação é oponível não só ao titular, mas também a terceiros, é a lei que estabelece o regime jurídico adequado para as situações em que se permite a segregação<sup>175</sup>. Ademais, o legislador, a princípio, não deu liberdade ao particular para sua instituição sem respaldo legal.

### 3.4.5 *Trust* (direito inglês)

Abre-se este tópico, ao final dos institutos correlatos, para apresentar o *trust*, figura do direito inglês, na qual se pode encontrar alguma semelhança com a alienação fiduciária em garantia brasileira.

Segundo T. OLCESE, o *trust* é uma relação jurídica entre *trustee* e *beneficiary*, para que o primeiro administre um bem ou um conjunto de bens, mediante atribuição de uma titularidade formal pelo segundo, que é titular dos direitos reais sobre tais bens<sup>176</sup>. São diversas as suas finalidades atualmente no direito inglês, tais como investimento, fundo de pensão, divisão de terras, garantia para empréstimos, etc<sup>177</sup>.

Nesse tipo de negócio jurídico, ocorre a chamada *dual ownership*, característica da *common law*, de modo que o direito de propriedade é atribuído ao *trustee* e ao *beneficiary*, contudo, no *trust*, o patrimônio pessoal do *trustee* não se confunde com o dos bens administrados<sup>178</sup>.

F. W. MAITLAND explica que o *trust* está tanto no direito real quanto no obrigacional. Muito embora a formação da relação jurídica seja com uma pessoa específica (*trustee*), o seu direito passa a ser equivalente ao de domínio no que se refere à oponibilidade contra todos<sup>179</sup>.

Os *trusts* podem ser criados, no direito inglês, pela vontade das partes, expressa ou tácita, ou por previsão legal<sup>180</sup>. Os direitos do *trustee* são geralmente regulamentados no instrumento que o criou, no qual é definido o que ele pode fazer quais são seus limites<sup>181</sup>.

---

Inclusive, uma penhora que recaísse sobre um patrimônio ainda afetado não poderia ser executada, sendo inútil ao processo civil caso o incorporador possua outros bens não afetados que possam responder pelas dívidas.

<sup>175</sup> M. D. OLIVA, *Patrimônio* cit., p. 125.

<sup>176</sup> T. OLCESE, *Formação histórica da real property law inglesa – tenures, estates, equity & trusts*, São Paulo, YK, 2016, p. 119.

<sup>177</sup> R. EDWARDS – N. STOCKWELL, *Trusts and Equity*, 9ª ed., Harlow, Pearson Longman, 2009, pp. 64 e ss.

<sup>178</sup> T. OLCESE, *Formação* cit., p. 119.

<sup>179</sup> F. W. MAITLAND, *Equity: the forms of action at common law*, Cambridge, University of Cambridge Press, 1910, pp. 23-24.

<sup>180</sup> F. W. MAITLAND, *Equity* cit., p. 53.

<sup>181</sup> F. W. MAITLAND, *Equity* cit., p. 98.

Destaca-se que o *trustee* fica obrigado a usar os direitos sobre a propriedade com uma determinada finalidade ou cumprimento de uma obrigação<sup>182</sup>. Ele pode, a depender, alienar bens do *trust*, porém o valor arrecadado se reverte em favor do *beneficiary*<sup>183</sup>

F. W. MAITLAND também ensina que a origem do *trust* é do uso (*ad opus*)<sup>184</sup>, um negócio oriundo da época Medieval para possibilitar a utilização de terra por uma outra pessoa, que não era seu proprietário. No mesmo sentido, G. W. KEENTON afirma que o *trust* moderno tem origem no costume medieval de dar à terra formas diversas formas de uso<sup>185</sup>.

Era comum na época Medieval que os donos de terras fizessem acordos para que sua propriedade fosse utilizada por terceiros, para várias finalidades, tais como a formação dos chamados “tenants”<sup>186</sup>, para que elas fossem cuidadas durante uma possível ausência do seu titular<sup>187</sup>, ou até mesmo, para compensar dívidas<sup>188</sup>. Ao longo dos séculos XIV e XV, com o alargamento da utilização o uso, o Chancellor passou, inclusive, a atribuir cada vez mais proteção às partes que formulavam esse tipo de negócio<sup>189</sup>, sob o fundamento de que surgiam, justamente, pelo acordo e promessa entabulado entre elas<sup>190</sup>.

Importante destacar que o conceito de propriedade na *common law* é diferente da propriedade tal qual se conhece nos sistemas romanísticos (como o brasileiro). A “real property law” inglesa teve sua formação no contexto medieval do feudalismo, no qual existiam várias relações jurídica sobre uma mesma coisa, diferentemente da ideia de domínio em que existe um titular total e exclusivo sobre o bem<sup>191</sup>.

T. OLCESE explica que o termo “property”, em sentido subjetivo, refere-se aos direitos reais sobre um bem, e, em sentido objetivo, abarca o complexo de direitos pessoais que compõem o patrimônio de alguém, tal como um direito de crédito<sup>192</sup>.

---

<sup>182</sup> F. W. MAITLAND, *Equity* cit., p. 45.

<sup>183</sup> T. OLCESE, *Formação* cit., p. 119.

<sup>184</sup> O autor ressalta que o termo “use” – traduzido aqui como “uso” – se refere à expressão em latim “ad opus”, e não à expressão “usus”. Segundo o autor, extrai-se do Domesday Book que, no século XIII, o “uso” (*ad opus*) era comumente utilizada para se dar terra “on behalf of” – em nome de alguém ou para alguém – *Equity* cit., pp. 24 e ss.

<sup>185</sup> G. W. KEENTON, *The Law of Trusts*, 4ª ed., London, Isaac Pitman & Sons, Ltd., 1947, p. 15.

<sup>186</sup> F. W. MAITLAND, *Equity* cit., p. 25. Apenas para explanação, o “tenant” é uma figura da common law, sem uma correspondência direta no Direito Brasileiro, e que pode ser brevemente explicada como uma espécie de inquilino com poderes específicos sobre aquela terra e que tinha a obrigação de honrar com o acordado – Nesse sentido, T. OLCESE, *A propriedade* cit., p. 53.

<sup>187</sup> R. EDWARDS – N. STOCKWELL, *Trusts* cit., p. 6.

<sup>188</sup> R. EDWARDS – N. STOCKWELL, *Trusts* cit., p. 7.

<sup>189</sup> R. EDWARDS – N. STOCKWELL, *Trusts* cit., p. 6.

<sup>190</sup> F. W. MAITLAND, *Equity* cit., p. 29.

<sup>191</sup> T. OLCESE, *Formação* cit., pp. 19-21.

<sup>192</sup> T. OLCESE, *Formação* cit., p. 21, nota 43.

Embora o *trust* não seja adotado no sistema brasileiro, visto que esse instituto tem uma estrutura diversa totalmente baseada na *common law*, é possível verificar alguns momentos de semelhança com a alienação fiduciária no Brasil. Logicamente, esses valores, para cada instituto, tem sua aplicação prática em conformidade com o ordenamento em que se insere, não podendo ser incorporado em outro sistema sem a devida adequação.

O ponto em que se destaca a maior convergência é o elemento fiduciário existente tanto no *trust* quanto na AFG<sup>193</sup>. Ambos os institutos têm um fundamento em algum grau de confiança<sup>194</sup> entre as partes: no caso do *trust*, o *beneficiary* deposita a confiança no *trustee* para a administração de seu patrimônio e, no caso da AFG, o fiduciante deposita a confiança no fiduciário que lhe garantirá um crédito.

Outro ponto comum é a ideia da segurança jurídica pelo resguardo do patrimônio<sup>195</sup>. Como visto, no *trust*, o bem transferido não se comunica com o patrimônio do *trustee*, assim como na AFG não há execução do bem por dívidas das partes, se não a da própria alienação fiduciária. Como se verá no próximo capítulo, isso advém da afetação criada pelo contrato de AFG.

Nessa linha, T. OLCESE propõe a verificação de um núcleo de características que deveriam estar presentes para que um *trust* fosse compatível num sistema de base romanística: (i) um *trustee* com posição fiduciária para agir no interesse de terceiro; (ii) a separação entre o patrimônio do *trust* e o patrimônio pessoal do *trustee*; (iii) uma operação para assegurar que produtos da venda dos bens do *trust* ou outros bens que o substituam continuem compondo o próprio *trust*; (iv) que a atividade do *trustee* seja desenvolvida mediante profissionalização<sup>196</sup>.

Dentro dessa linha de adequação do *trust* dentro de um sistema romanístico, seria possível verificar o funcionamento de uma alienação fiduciária em garantia: existe uma restrição à utilização do bem objeto da AFG, na medida em que ambas as partes devem respeitar os limites de sua utilização, permanecendo a posse essencialmente, inclusive, com o fiduciante; a incomunicabilidade do bem objeto da AFG para a execução de dívidas do fiduciante e fiduciário, podendo ele ser executado tão somente para a consecução da própria alienação; quando executado nos termos do contrato, o crédito remanescente é sub-rogado para o adimplemento da dívida e, eventual saldo excedente é devolvido ao fiduciante; os fiduciários

---

<sup>193</sup> T. OLCESE, *A propriedade* cit., p. 62.

<sup>194</sup> Esse elemento fiduciário será melhor analisado em tópico próprio.

<sup>195</sup> T. OLCESE, *A propriedade* cit., p. 63.

<sup>196</sup> T. OLCESE, *Formação* cit., p. 121.

são, em praticamente todos os casos, instituições de crédito especializadas nessa prática do mercado.

Diante de tais considerações, fica clara a possibilidade de se estabelecer o paralelo entre a alienação fiduciária em garantia brasileira e o *trust*, instituto característico do Direito Inglês. Como se ressaltou, muito embora não seja possível verificar uma incorporação direta desse negócio estrangeiro no ordenamento nacional, visto que os sistemas jurídicos nos quais se originaram são diversos, algumas das características fundamentais de ambos os institutos são compatíveis.



## 4 A NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Após analisados os institutos correlatos à alienação fiduciária em garantia, será possível traçar devidamente as diferenças e as semelhanças entre todas as figuras apresentadas. Além disso, poder-se-á, finalmente, identificar a correlação entre a *fiducia* do Direito Romano e as figuras presentes no Direito Brasileiro atual.

### 4.1 COMPARAÇÕES ENTRE OS INSTITUTOS

#### 4.1.1 Propriedade resolúvel e alienação fiduciária em garantia

Como observado no Capítulo anterior e na Introdução, a própria lei dispõe que a alienação fiduciária em garantia se trata de uma propriedade resolúvel, sendo essa a natureza jurídica mais indicada pela doutrina. Porém, verificam-se facilmente inúmeros pontos que distinguem essas figuras, a saber:

*i) Ato registral praticado na matrícula imobiliária*

Desde logo, descarta-se a caracterização da alienação fiduciária em garantia como hipótese de propriedade resolúvel superveniente, na medida em que as partes têm ciência dos termos contratuais da alienação desde seu início. É nítido que, quando a legislação e a doutrina definem a alienação fiduciária em garantia como uma espécie de propriedade resolúvel, estão indicando uma situação de causa antecedente.

Como explanado, a propriedade resolúvel por causa antecedente de bens imóveis deve ser averbada na matrícula imobiliária para proteção dos terceiros que tenham algum interesse sobre o bem. Importante destacar, contudo, que para a alienação fiduciária em garantia a lei prevê ato de registro na matrícula (art. 167, I, 35 da Lei n.º 6.015/1973).

A Lei dos Registros Públicos vigente dispõe dois atos a serem praticados no Registro de Imóveis: ato de registro em sentido estrito ou ato de averbação. O registro é destinado

essencialmente às situações translativas de domínio ou oneração da coisa<sup>197</sup>; a averbação, por sua vez, não se relaciona à constituição de direitos sobre o bem, mas sim às alterações de elementos do imóvel, dos titulares ou aos cancelamentos de direitos anteriormente constituídos<sup>198</sup>. Além disso, o rol de atos de registro é taxativo, enquanto o de atos de averbação é exemplificativo.

Vê-se, portanto, que, no âmbito do Registro de Imóveis, na propriedade resolúvel não existe qualquer oneração ou alienação dos direitos reais sobre o bem imóvel, mas sim uma publicidade de que a propriedade daquele bem poderá sofrer uma resolução futura. Em melhores termos, a constituição da propriedade resolúvel não implica a constituição imediata de ônus sobre o bem, tampouco de uma alienação. Na matrícula, inclusive, não há qualquer alteração dos titulares dos direitos, mas apenas a averbação da resolubilidade.

Na alienação fiduciária em garantia, ao contrário, existe a prática de um ato de registro para alterar efetivamente os titulares do imóvel. O bem, que antes pertencia a um terceiro, é transferido para o credor fiduciário (geralmente a instituição financeira) e o devedor fiduciante, com o ônus real da garantia.

ii) *Transmissão do bem a terceiros*

Outro ponto que merece atenção é transmissão ou oneração do bem durante a vigência da cláusula resolutiva ou da alienação fiduciária em garantia. Como já apontado, na propriedade resolúvel o titular tem o bem de forma plena, enquanto existe uma mera expectativa de direito sobre o bem para o beneficiário da cláusula. Assim, o titular pode onera-lo e o alienar livremente, sem qualquer ingerência do beneficiário futuro.

Na alienação fiduciária em garantia, ao contrário, não é possível fazer uma transferência do bem onerado, mas apenas ceder as posições contratuais (arts. 28 e 29 da Lei n.º 9.514/1997). No caso de cessão por parte do credor fiduciário, o cessionário assume todos os direitos e obrigações inerentes à garantia; na hipótese de cessão por parte do devedor fiduciante, também ocorre a transmissão de todos os direitos e obrigações para o cessionário, contudo é obrigatória a anuência expressa do credor fiduciante, visto que ele é quem recebe o pagamento das parcelas.

Analisou-se também que a transmissão da propriedade resolúvel por força do implemento da condição convencionada de forma antecedente se dá de forma *ex tunc*,

---

<sup>197</sup> E. S. C. SARMENTO FILHO, *Direito Registral Imobiliário*, vol. II, Curitiba, Juará, 2018, p. 138.

<sup>198</sup> M. E. C. SANTOS, *Fundamentos Teóricos e Práticos das Funções Notarial e Registral Imobiliária*, Porto Alegre, Norton Editor, 2005, p. 101.

recebendo o beneficiário o bem nas condições que ele se encontrava no momento da instituição da condição, ou seja, todas as alienações e onerações feitas nesse ínterim serão resolvidas.

Isso não ocorre, contudo, na alienação fiduciária em garantia; caso tenham ocorrido cessões (por parte do credor ou do devedor), elas não serão resolvidas se ocorrer a consolidação da propriedade em favor do credor por falta do pagamento ou pelo adimplemento total. Em melhor explicação, caso a propriedade se consolide em favor do credor ou a garantia se finde com o pagamento total do devedor, as cessões realizadas por qualquer uma das partes não se resolvem, pois a propriedade plena é adquirida *ex nunc*, ou seja, como ela se encontra no momento do termo da garantia.

### *iii) Constituição de propriedade plena*

Destaca-se, nesse mesmo sentido, que na propriedade resolúvel, ambos os proprietários (o anterior e o posterior à condição) têm a propriedade plena do bem enquanto detêm sua titularidade. Já na alienação fiduciária em garantia, como visto, o credor fiduciário fica obrigado a realizar a venda do bem, ainda que a propriedade tenha se consolidado em seu favor.

Assim, verifica-se que na alienação fiduciária em garantia existe uma limitação para a aquisição da propriedade pelo credor, visto que, em nenhum momento da vigência da garantia ele adquire a sua propriedade plena. Tampouco o devedor fiduciário adquire a propriedade durante o momento da vigência do contrato, tendo tão somente o direito real de aquisição do bem após o pagamento.

Na propriedade resolúvel, existe a propriedade plena do titular mesmo durante a vigência da condição ou do prazo que ensejará a resolução. Já na alienação fiduciária em garantia, nenhuma das partes têm a propriedade plena do bem enquanto perdurar o pagamento das parcelas do crédito.

### *iv) Incidência do ITBI*

Ainda, observa-se a diferenciação quanto à incidência do ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis). Caso ocorra a venda de um bem onerado com a cláusula de resolubilidade, haverá normalmente a incidência do imposto de transmissão, visto que essa transferência se dá de forma plena, adquirindo o comprador efetivamente a propriedade do bem.

Já no caso da cessão na alienação fiduciária em garantia, não existe uma transferência da propriedade, mas tão somente uma cessão dos direitos e obrigações da garantia. A transferência somente será efetivada (aos cessionários) quando ocorrer o adimplemento ou o inadimplemento, momento em que a propriedade se consolidará em favor do credor ou do devedor e ocorrerá a mutação jurídica da transmissão<sup>199</sup>.

v) *Relação de crédito e garantia*

Por fim, outro ponto de extrema relevância é a existência de uma obrigação de crédito e garantia entre o fiduciante e o fiduciário na alienação fiduciária em garantia, o que inexistente na propriedade resolúvel. Nas hipóteses de propriedade resolúvel por causa antecedente, a resolução se dá por “implemento da condição ou pelo advento do termo” (art. 1.359 do CC), e não por uma relação obrigacional criada entre os titulares. Tanto é verdade que, quando a lei ou a doutrina tratam da propriedade resolúvel, não se utilizam dos termos “credor” e “devedor” como ocorre na alienação fiduciária em garantia.

Logicamente, a instituição de uma condição ou termo advém de uma relação obrigacional, porém não há a formação de uma relação obrigacional de crédito entre as partes que seja o fundamento para a transmissão do bem no instituto da propriedade resolúvel, ela, como dito, na verdade, é transferida por conta de implemento de condição ou termo. Já na alienação fiduciária em garantia, a relação entre as partes pressupõe um crédito e a garantia.

Feitas tais distinções, verifica-se, então, que a alienação fiduciária em garantia não constitui uma propriedade resolúvel; muito embora a lei o preveja de forma expressa, tratam-se de institutos diversos.

A propriedade resolúvel é uma cláusula aquela que está sujeita à extinção por uma condição resolutiva consignada no próprio título de sua constituição ou em determinação legal. O titular do bem perde sua propriedade plena em favor de seu titular anterior ou de um terceiro, em razão do implemento de uma condição que fora estabelecida pelas partes no momento da transferência da propriedade (no título) ou que estiver prevista na lei. A alienação fiduciária em garantia, por sua vez, é um contrato com o objetivo de garantia, que gera um direito real de aquisição sobre o bem em favor do fiduciante e que não transfere a propriedade plena ao

---

<sup>199</sup> V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado* cit., vol. 5, t. 2, p. 1860.

fiduciário para que, após a garantia, ela se resolva. Ademais, esse cenário desencadeia todos os efeitos distintos entre os dois institutos que foram elencados.

#### **4.1.2 Propriedade resolúvel e propriedade fiduciária**

Com relação ao conceito legislativo, o art. 1.361 define que a propriedade fiduciária é uma espécie de propriedade resolúvel que o devedor (fiduciante), com objetivo de garantia, transfere ao credor (fiduciário). Extrai-se desse texto que a propriedade fiduciária, portanto, configuraria uma causa antecedente de propriedade resolúvel, em que a propriedade se transfere ao credor fiduciário com o objetivo de garantir uma obrigação e se resolve em favor do devedor fiduciante quando essa for adimplida.

Contudo, podemos desde logo verificar alguns pontos extremamente divergentes entre a propriedade resolúvel e a fiduciária. A saber.

##### *i) Desdobramento de posse*

O primeiro é, justamente, o desdobramento da posse: na propriedade resolúvel não ocorre o desdobramento da posse automaticamente como na fiduciária; nesta última, o devedor tem direito, pela lei, a permanecer com a posse direta do bem, transferindo ao credor apenas a sua titularidade. Na propriedade resolúvel, tanto a posse indireta quanto a direta são transferidas em conjunto com a propriedade, podendo o titular decidir cedê-la ou não.

##### *ii) Aplicação do art. 1.231, CC*

Nessa mesma linha, analisa-se a aplicação do art. 1.231 aos institutos. O dispositivo localiza-se, como visto, no Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial do Código, “Da Propriedade em Geral”, aplicando-se, portanto, a todo o Título III, exceto disposição expressa em contrário. Aduz o artigo: “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”<sup>200</sup>.

---

<sup>200</sup> Abre-se esta nota explicar brevemente o que significa a plenitude e a exclusividade da propriedade. Propriedade plena é aquela em que todos os seus “direitos elementares”, quais sejam direito de gozo, fruição e disposição estão reunidos em seu titular. A exclusividade refere-se a ideia de que duas ou mais pessoas não podem titularizar ao mesmo tempo e por inteiro o mesmo bem (C. BEVILÁQUA, *Direito das Coisas* cit., pp. 43 e 138).

Não há restrição legal à aplicação do referido artigo à propriedade resolúvel (arts. 1.359 e 1.360). Ademais, conforme analisado no item anterior desta dissertação, a propriedade resolúvel é transmitida de forma plena a seu beneficiário, sem que ele tenha que cumprir qualquer encargo e podendo dela dispor livremente. De fato, ela é plena e exclusiva daquele que a titulariza, ainda que exista uma condição que enseje sua resolução; segundo C. BEVILÁQUA, o limite refere-se à duração do direito e não a seus elementos constitutivos<sup>201</sup>

O Código Civil, contudo, exclui expressamente a aplicação do art. 1.231 à propriedade fiduciária (art. 1.367). Essa restrição é justa, pois, embora a propriedade fiduciária seja exclusiva – não há mais de um titular ao mesmo tempo sobre ela por inteiro –, ela não é plena; de acordo com o já mencionado art. 1.361, §1º, ocorre automaticamente o desdobro da posse, mantendo-se a posse direta com o devedor fiduciante. Sendo esse desdobro obrigatório por lei, verifica-se que o credor fiduciário não tem a propriedade plena do bem, pois perde o poder de gozo total ao ter restringida sua posse.

### iii) *Relação de crédito e garantia*

Como já foi apontado ao tratar das diferenças entre a propriedade resolúvel e a alienação fiduciária em garantia, não existe uma obrigação de crédito e garantia entre os titulares na primeira.

A propriedade fiduciária prevista no Código Civil, por outro lado, assim como a alienação fiduciária em garantia, pressupõe a existência de um crédito entre devedor fiduciante e credor fiduciário que enseja a transferência do bem com o escopo de garantia.

Importante destacar, ainda, que a redação original do art. 1.367 previa: aplica-se à propriedade fiduciária, no que couber, o disposto nos arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.427 e 1.436. Tais dispositivos pertencem ao Título X do Livro III, sobre os direitos reais de garantia (do Penhor, da Hipoteca e da Anticrese). Ou seja, o legislador, ao prever o instituto da propriedade fiduciária no Código Civil, a relacionou diretamente à existência da garantia entre as partes.

Verifica-se, portanto, que, embora a propriedade fiduciária seja classificada pelo texto legal como uma propriedade resolúvel, elas também não se confundem<sup>202</sup>. Além disso, analisar-se-á mais à frente a propriedade fiduciária proposta pelo Código Civil.

---

<sup>201</sup> C. BEVILÁQUA, *Direito das Coisas* cit., p. 138.

<sup>202</sup> Em pensamento semelhante, F. H. V. LIMA, *Da alienação* cit., p. 84.

### 4.1.3 Propriedade resolúvel e negócio fiduciário

Viu-se no capítulo anterior que o negócio fiduciário é aquele em que as partes acordam obrigações entre si e o fiduciante realiza a transmissão de um bem ou direito ao fiduciário sabendo que, uma vez efetivada sua destinação, esse bem ou direito retornará a seu patrimônio ou a de um terceiro que ele tenha indicado.

Por meio do negócio fiduciário, portanto, ocorre a transmissão de um bem ao fiduciário para que ele se utilize do bem ou direito transmitido de uma forma específica para atingir objetivos determinados pelo fiduciante; assim, o fiduciário precisa realizar as ações necessárias para cumprir com a função estipulada pelo fiduciante e, após um período estipulado ou mediante o implemento de uma condição, deve retransferir a propriedade ao fiduciante.

Não há uma confusão conceitual entre propriedade resolúvel e negócio fiduciário (como havia com relação à propriedade fiduciária e à alienação fiduciária em garantia); porém, a discussão que se coloca na doutrina é acerca da utilização da propriedade resolúvel nos negócios fiduciários, a fim de que se preserve o bem transmitido fiduciariamente.

A. L. CLÁPIS entende, ao conceituar negócio fiduciário, que a propriedade resolúvel já é presumida quando da constituição do contrato<sup>203</sup>. Não parece, contudo, haver de fato essa instituição automática da resolubilidade.

Não existe previsão legislativa expressa no Brasil sobre o negócio fiduciário, contudo, como já analisado, ele é plenamente admitido, uma vez que o Ordenamento autoriza a formação de contratos atípicos, desde que não haja infração à lei. Assim, sem um regramento próprio, é difícil presumir a condição de resolubilidade automática no negócio que não está regulamentado.

M. D. OLIVA, por sua vez, entende que a instituição de uma condição resolutiva expressa no negócio fiduciário – tais como falência, divórcio ou morte do fiduciário e alienação do bem – seria uma maneira de resguardá-lo, a fim de impedir que o fiduciário aliene o bem de forma contrária à finalidade acordada na fidúcia. Assim, em suas palavras, “a propriedade resolúvel, no caso do negócio jurídico fiduciário, reforça a função do ajuste ao permitir que a utilidade econômica do bem não seja desvirtuada de sua finalidade”<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> A. L. CLÁPIS, *A Propriedade* cit., p. 59.

<sup>204</sup> M. D. OLIVA, *Do negócio* cit., p. 40.

O art. 1.359 do Código Civil, ao dispor sobre a resolução da propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo não apresenta restrições à inserção da condição pelas partes. Pelo contrário, a intenção do Código Civil é deixar em aberto quais seriam as condições e termos para que as partes as regulamentem. Como já visto, inclusive, a condição resolutiva é consignada no próprio título de sua constituição ou em determinação legal<sup>205</sup>.

Juntando-se a liberdade da condição resolutiva com a igual liberdade do negócio fiduciário, de fato parece plenamente adequado que as partes se utilizem da propriedade resolúvel na constituição dos negócios fiduciários, a fim de preservar o bem alienado, bem como facilitar a execução da retransmissão do bem.

Para os bens imóveis, principalmente, a inserção da cláusula de resolubilidade na matrícula imobiliária faria com que aquela condição fosse oponível *erga omnes*. Embora o contrato de direito obrigacional realizado no negócio fiduciário permanecesse no âmbito dos efeitos *inter partes*, seria possível ao fiduciante reaver o seu imóvel, caso o fiduciário o alienasse indevidamente a terceiros, sem resguarda-lo para os objetivos definidos no contrato.

Seria uma saída, inclusive, para que o negócio fiduciário tivesse maior utilização prática, sem gerar insegurança quanto à re aquisição do bem por parte do fiduciário.

#### **4.1.4 Alienação fiduciária em garantia e propriedade fiduciária**

Como foi observado no início deste trabalho, a alienação fiduciária em garantia e a propriedade fiduciária possuem previsões legais diferentes, localizando-se a primeira dentro do capítulo sobre a segunda. Porém, na doutrina, o termo “propriedade fiduciária” é constantemente utilizado para se referir à própria alienação fiduciária em garantia.

J. C. MOREIRA ALVES parece ser o único que de fato explicou a distinção terminológica adotada em sua obra sobre o tema. Para ele, a alienação fiduciária em garantia é o contrato realizado entre as partes que gera a propriedade fiduciária sobre o bem objeto desse contrato<sup>206</sup>.

Importante destacar, contudo, que a última edição de sua obra foi publicada em 1987, ou seja, anteriormente ao Código Civil de 2002, atualmente vigente. Sua distinção, portanto, levou em conta a inexistência dessa topografia do Código Civil, a qual ainda não existia.

---

<sup>205</sup> C. BEVILÁQUA, *Direito das Coisas* cit., vol. 1, p. 264; e ORLANDO GOMES, *Direitos* cit., p. 267.

<sup>206</sup> J. C. MOREIRA ALVES, *Da alienação* cit., p. 46. Em pensamento semelhante, F. H. V. LIMA, *Da alienação* cit., p. 62.



Levando-se isso em consideração, é plenamente compreensível que outros autores que publicaram obras anteriores ao Código Civil de 2002 tenham utilizado o mesmo critério terminológico (ainda que não o expliquem de forma expressa como J. C. Moreira Alves).

Em consequência, é muito provável que os autores modernos tenham permanecido com essa prática, visto, justamente, que a doutrina tende a sempre indicar a própria alienação fiduciária em garantia como propriedade fiduciária.

Ainda, com relação ao capítulo exclusivo para a propriedade fiduciária no Código Civil, necessário entender seu contexto legislativo, retomando-se brevemente o histórico da Alienação Fiduciária em Garantia no Brasil e os responsáveis pelo Anteprojeto.

Em 1965, pela Lei n.º 4.728 (Lei do Mercado de Capitais), instituiu-se no Ordenamento a Alienação Fiduciária em Garantia, pela primeira vez, sobre bens móveis. Poucos anos depois, referida lei foi modificada pelo Decreto-Lei n.º 911/1969, que manteve a AFG somente para bens móveis. Apenas em 1997, foi promulgada a Lei n.º 9.514/1997, que regulamentou a alienação fiduciária sobre bens imóveis.

Em 1972, quando foi publicado o Anteprojeto do Código Civil para o recebimento de sugestões, vigorava, portanto, sobre a Alienação Fiduciária em garantia, o art. 66 da Lei n.º 4.728/1965, com as alterações do Decreto-Lei n.º 911/1969, com a seguinte redação<sup>207</sup>:

"Art. 66. 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 tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal."

§ 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 conterà, 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**, os comissões cuja cobrança fôr permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;

---

<sup>207</sup> Embora não seja adequado à pesquisa acadêmica a colocação de texto legislativo no texto do trabalho, faz-se necessária uma exceção para tornar claro o cotejo da Lei n.º 4.728/1965 com o Código Civil de 2002, apontando-se as diversas réplicas das disposições legislativas com os grifos. Com a íntegra do texto, é fácil visualizar a reprodução legislativa realizada no Código Civil e, assim, se verificar a essência terminológica da propriedade fiduciária.

d) **a descrição do bem objeto** da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.

§ 2º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não fôr proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior.

§ 3º Se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 4º **No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário pode vender a coisa a terceiros e aplicar preço da venda no pagamento do seu crédito** e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.

§ 5º **Se o preço da venda da coisa não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas**, na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.

§ 6º É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não fôr paga no seu vencimento” (grifo nosso).

O texto original do Anteprojeto nada dispunha sobre a propriedade fiduciária, e foi o jurista J. C. Moreira Alves que apresentou o texto da propriedade fiduciária, que foi acolhido pela Comissão Elaboradora e Revisora do Anteprojeto supervisionada por Miguel Reale<sup>208</sup>.

Como indicado, J. C. Moreira Alves, à época, já era autor de uma das obras mais relevantes sobre alienação fiduciária em garantia e possuía vasto conhecimento na matéria. Dessa forma, sua proposta foi uma adaptação da previsão legal já existente sobre o contrato de AFG na Lei n.º 4.728/1965 para o Código Civil. Houve, inclusive, um debate acerca da topografia para a colocação do instituto – dentro do título da propriedade ou junto aos direitos reais de garantia – tendo o jurista defendido a primeira posição, por conta de estar visando o instituto da AFG<sup>209</sup>.

Percebe-se, então, que o texto promulgado do Código de 2002 é extremamente semelhante às disposições acerca da AFG sobre bens móveis, tendo-se alterado, à época, apenas a forma de apresentação das disposições, mantendo-se o conteúdo praticamente em sua integralidade:

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

<sup>208</sup> J. C. MOREIRA ALVES, *Da alienação* cit., p. 264.

<sup>209</sup> J. C. MOREIRA ALVES, *Da alienação* cit., p. 265.

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

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

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

Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterà:

- 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.

Art. 1.363. Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário:

- I - a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza;
- II - a entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento.

Art. 1.364. **Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito** e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.

Art. 1.365. 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.

Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.

Art. 1.366. **Quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante.**” (grifo nosso).

Assim, resta claro que o capítulo de propriedade fiduciária foi uma adaptação do art. 66 da Lei n.º 4.728/1965, com as alterações do Decreto-Lei n.º 911/1969, vigentes na década de 1970, sobre alienação fiduciária de bens móveis, para que o instituto fosse inserido no Código Civil.

O problema, contudo, foi gerado, na medida em que, quando o Código Civil foi promulgado (somente em 2002), já existia a regulamentação da alienação fiduciária de bens imóveis, inaugurada pela Lei n.º 9.514/1997. Assim, o capítulo de propriedade fiduciária definindo expressamente que esse tipo de propriedade serve para “coisa móvel infungível” deixou de fazer sentido com a legislação especial. Além de não abarcar a AFG sobre imóveis,

desconsiderou as demais espécies de AFG previstas em legislações especiais, tais como a do mercado de capitais (Lei n.º 4.728/1965) e de aeronaves (Lei n.º 7.565/1986, arts. 148 e ss.).

As modificações posteriores no capítulo, evidentemente, tentaram remediar a situação, tendo o art. 1.368-A, incluído pela Lei n.º 10.391/2004, previsto que demais espécies de propriedade fiduciária submetem-se à disciplina de leis especiais, e o art. 1.367 e 1.368-B, alterados pela Lei n.º 13.043/2014, contemplado os efeitos gerados pela constituição de uma alienação fiduciária em garantia.

Conclui-se que a propriedade fiduciária prevista no Código Civil nada mais é do que a própria alienação fiduciária em garantia; a verdadeira intenção do legislador, auxiliado pelo jurista J. C. Moreira Alves durante a revisão do Anteprojeto do Código, era a de inserir a alienação fiduciária em garantia sobre bens móveis, já prevista anteriormente em legislação especial.

Não há que se falar, portanto, em propriedade fiduciária para situações diversas do contrato de alienação fiduciária em garantia, pelo menos não no sentido contemplado pelo Código Civil.

Contudo, deve-se considerar que as disposições gerais sobre a propriedade fiduciária do Código – dos primeiros artigos do capítulo – servem especificamente para a alienação fiduciária em garantia de bens móveis, enquanto às demais modalidades deve-se aplicar a legislação especial.

Nesse sentido, não seria incorreta a utilização do termo “propriedade fiduciária” para se referir à alienação fiduciária, como já ocorre comumente na doutrina. Por outro lado, não seria adequada a concepção da existência de uma propriedade fiduciária com outro viés que não o do próprio instituto da AFG, por exemplo, não é possível se falar de propriedade fiduciária em âmbito de negócios fiduciários, fundos de investimentos, etc.

Assim, a propriedade fiduciária prevista no Código Civil é a inclusão do próprio instituto da alienação fiduciária dentro do Código Civil, que, no entanto, restou mal engendrada por conta das modificações nas leis especiais realizadas entre o Anteprojeto e a efetiva promulgação do Código.

Poder-se-ia sugerir, por fim, que o Capítulo de Propriedade Fiduciária do Código Civil fosse reorganizado, por meio de proposta de alteração legislativa, para contemplar as regras gerais aplicáveis a qualquer categoria de alienação fiduciária em garantia, deixando vigente o dispositivo (atual art. 1.368-A) que define a aplicação das leis especiais para cada uma das subespécies e AFG.

#### 4.1.5 Alienação fiduciária em garantia e negócio fiduciário

Outro problema frequentemente encontrado na doutrina – como já explanado – é a confusão entre a alienação fiduciária em garantia e o negócio fiduciário. Extrai-se do desenvolvimento deste trabalho que existe uma ideia muito interligada desses institutos, como se o negócio fiduciário fosse de fato a origem da alienação fiduciária em garantia.

Verificam-se dois posicionamentos: a primeira corrente entende que a AFG é uma espécie de negócio fiduciário do Ordenamento brasileiro; a segunda, afirma que se tratam de institutos autônomos.

Para os autores que afirmam ser a AFG uma espécie de negócio fiduciário, segue-se o entendimento de que o negócio fiduciário é uma categoria geral na qual o fiduciante transfere a propriedade de um bem ao fiduciário para fins de cumprimento de uma finalidade específica, que seria, no caso, a garantia do crédito; entendem que o fato de a AFG ter um regramento mais específico, com leis próprias, não a desnaturaliza como espécie do negócio fiduciário<sup>210</sup>.

Para a segunda corrente, a alienação fiduciária em garantia e o negócio fiduciário não se confundem. A AFG no Ordenamento brasileiro é um tipo de contrato com características próprias e disciplina autônoma, não havendo, assim, porque ser enquadrada como uma espécie de negócio fiduciário<sup>211</sup>.

A última posição parece mais adequada. Além de a AFG possuir um regramento autônomo no sistema brasileiro – enquanto o negócio fiduciário não é nem regulamentado na lei –, deve-se observar que o maior objetivo do negócio fiduciário é viabilizar que as partes se utilizem de figuras jurídicas para atingir finalidades diferentes das naturais, pela falta de uma regra no sistema que se adeque às suas necessidades.

O negócio fiduciário somente existe quando as partes não conseguem se utilizar de uma figura já existente no Ordenamento jurídico, criando regras próprias e atípicas a fim de atingir um objetivo específico. Uma vez criado um instituto jurídico para a consecução daquela finalidade, não há o menor sentido em se falar no negócio fiduciário, visto que a lei já traz uma solução expressa para a necessidade das partes.

---

<sup>210</sup> Nesse sentido, M. D. OLIVA, *Do negócio* cit., p. 18; A. C. GONÇALVES, *Da propriedade* cit., p. 250; A. C. C. DANTZGER, *Alienação* cit., pp. 35-37.

<sup>211</sup> A. C. GONÇALVES, *Da propriedade* cit., p. 259, trocando sua opinião inicial; J. C. MOREIRA ALVES, *Da alienação* cit., p. 32; ORLANDO GOMES, *Alienação* cit., p. 62; A. L. CLÁPIS, *A Propriedade* cit., p. 62; M. N. CHALHUB, *Alienação* cit., p. 114.

O que parece ocorrer, na verdade, é que o negócio fiduciário tinha muitas vezes como escopo a garantia de um crédito com a transmissão do bem ao credor enquanto pendente o adimplemento da dívida – tanto é verdade, que já se explanou neste trabalho que se deve tomar cuidado para não aduzir que o negócio fiduciário se limita à garantia de créditos, mas serve para qualquer finalidade almejada pelas partes. Assim, associou-se – erroneamente – a alienação fiduciária em garantia ao negócio fiduciário, visto que na AFG o objetivo é a garantia de um crédito pelo próprio bem.

Contudo, fica claro que a AFG no Brasil constitui uma figura autônoma, com uma disciplina própria, não se constituindo como negócio fiduciário, justamente porque seus efeitos já são bem definidos pela lei.

#### **4.1.6 Alienação fiduciária em garantia e patrimônio de afetação**

Estudou-se em item próprio que o patrimônio de afetação consiste num conjunto de bens e direitos que é apartado do patrimônio geral de um titular, sendo destinado exclusivamente à consecução de uma finalidade específica, de forma que qualquer exercício de direitos sobre ele deverá ser voltado, justamente ao cumprimento de seu fim<sup>212</sup>. Reveste-se, portanto, da obrigatoriedade de que essa universalidade cumpra com regras próprias da finalidade para a qual foi instituída.

Suas principais características são a autonomia funcional, que visa possibilitar que o patrimônio de afetação cumpra a destinação que lhe foi atribuída, devendo ser manejado conforme a sua destinação, sendo independente operacionalmente do restante dos bens e obrigações de seu titular; a não criação de personalidade própria para esse conjunto com destinação específica; a temporariedade, visto que, uma vez finda sua destinação, não há mais a necessidade de sua existência; a incomunicabilidade em relação ao patrimônio geral de seu titular, a qual visa evitar que seja alvo dos riscos de outras atividades desenvolvidas por ele; no mesmo sentido, a impenhorabilidade em relação às dívidas gerais do titular; e a taxatividade, dependendo de disposição legal para sua instituição.

A alienação fiduciária em garantia, por sua vez, é um negócio jurídico em que o fiduciário disponibiliza ao fiduciante um crédito para a compra de bem; o crédito, com os devidos juros e correções, deverá ser devolvido ao fiduciário em parcelas, conforme definição entre as partes; o bem, por sua vez, é adquirido, à vista, sob o gravame da alienação fiduciária

---

<sup>212</sup> M. N. CHALHUB, *Alienação cit.*, p. 75.

em garantia, servindo como a própria garantia do crédito, de modo que sua titularidade plena é condicionada ao término desse negócio – pelo adimplemento das parcelas pelo fiduciante, que se tornará titular pleno após a quitação, ou por seu inadimplemento, consolidando-se a propriedade, nesse caso, em favor do fiduciário.

Se o fiduciante quita todas as parcelas devidas, ele se tornará o titular definitivo da propriedade, desconstituindo-se o gravame existente sobre o bem e não restando qualquer direito ao fiduciário.

Diante da existência de parcelas em atraso, contudo, o credor fiduciário deverá notificar o devedor, para constituí-lo em mora e fazer considerar vencidas antecipadamente todas as parcelas futuras do contrato. Comprovada a mora, inicia-se o prazo legal para o fiduciante quitar a dívida total em aberto (parcelas vencidas, vincendas e encargos). Caso o devedor realize o pagamento, o bem ser-lhe-á devolvido livre de ônus, caso contrário, a propriedade consolidar-se-á em favor do fiduciário.

Tendo sido realizada a consolidação da propriedade em favor do fiduciário, ele deverá vender o bem a terceiros (geralmente em leilão) e o valor da venda servirá para pagamento de seu crédito e o eventual valor remanescente será entregue ao fiduciante.

Diante disso, parece bastante adequado afirmar que a alienação fiduciária tem natureza de patrimônio de afetação. A saber.

O bem alienado fiduciariamente não pertence de forma plena nem ao fiduciante e nem ao fiduciário; ambos têm limites com relação à utilização do bem e seus direitos sobre ele. O fiduciante geralmente torna-se possuidor direto, mas está obrigado a quitar as parcelas devidas pelo crédito, sob pena de ser constituído em mora, consolidar-se a propriedade em favor do fiduciário e ter o bem vendido para o pagamento da dívida. O fiduciário, por sua vez, em regra, não tem posse sobre o bem nem qualquer direito a seu uso, devendo aguardar a quitação acordada em contrato e, mesmo após a consolidação da propriedade no caso de inadimplemento, ele não pode tomar o bem para si, devendo vendê-lo (geralmente em leilão) para receber o restante do crédito devido.

Além disso, nenhuma das partes poderá alienar o bem com o gravame de alienação fiduciária em garantia, tendo direito somente a ceder sua posição (de fiduciante e fiduciário) e desde que cumpra os requisitos previstos em lei. Da mesma forma, o bem não poderá ser penhorado por dívidas das partes, cabendo a penhora somente dos direitos das partes, visto que a coisa está gravada especificamente para servir de garantia ao crédito no contrato de alienação fiduciária.

O bem adquirido em alienação fiduciária em garantia, embora esteja em nome inicialmente do fiduciário – para, após, ser transmitido ao fiduciante com a quitação –, fica segregado de seu patrimônio, jamais pertencendo a ele de forma plena desvinculada de outras obrigações, visto que, mesmo com a consolidação da propriedade diante do inadimplemento, o fiduciário ainda está obrigado a realizar sua venda. Assim, o bem tem a finalidade precípua de servir como garantia daquela relação contratada e apenas se desvincula do gravame quando o crédito é quitado pelo fiduciante ou quando ele é vendido a um terceiro pelo fiduciário.

Ademais, estão presentes todas as características elencadas: a autonomia funcional, sendo o bem independente operacionalmente do restante dos bens e obrigações de seu titular, servindo como garantia daquele contrato de alienação fiduciária específico e não podendo, por vedação legal, ser dado em garantia de outras obrigações; a não criação de personalidade própria, sendo a titularidade pertencente ao fiduciário, porém não de forma plena; a temporariedade, visto que, findo o contrato e cumpridas as obrigações das partes, não há mais o gravame; a incomunicabilidade e impenhorabilidade em relação ao patrimônio geral dos titulares, não podendo ser o bem executado por qualquer outra dívida, se não a da própria alienação fiduciária em garantia; e a taxatividade, pois é criada por um contrato com previsão legal.

Parte da doutrina e jurisprudência concorda com tal posicionamento, sob o argumento, justamente de que o bem alienado fiduciariamente em garantia é segregado, afetado, para o cumprimento específico das obrigações contratadas entre as partes<sup>213</sup>.

Assim, reforça-se a demonstração de que o bem alienado fiduciariamente não se trata de uma propriedade resolúvel (com cláusula de resolubilidade em favor do fiduciário diante do inadimplemento do fiduciante), mas sim de um patrimônio de afetação, na medida em que aquele bem é afetado especificamente para o cumprimento do contrato. As partes devem seguir as obrigações estipuladas contratualmente, não tendo propriedade plena do bem como ocorreria

---

<sup>213</sup> M. P. A. RIBEIRO, *Alienação* cit., pp. 115; P. RESTIFFE NETO – P. S. RESTIFFE, *Propriedade* cit., p. 67; M. N. CHALHUB, *Alienação* cit., pp. 122 e ss.; V. F. KÜMPEL – C. M. FERRARI, *Tratado* cit., vol. 5, t. 2, p. 1781. Em âmbito jurisprudencial, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo também já afirmou sobre a formação de patrimônio de afetação no contrato de alienação fiduciária em garantia: “[...] O terceiro fenômeno diz respeito ao patrimônio de afetação. A propriedade transferida ao credor fiduciário é estranha. O direito de propriedade deixa claro que a pessoa pode usar, fruir, dispor e reivindicar [...]. **Ele não pode usar, dispor nem fruir dela, portanto, embora ele tenha formalmente a propriedade, trata-se de uma propriedade de afetação, de uma propriedade por destinação própria, ou seja, é uma garantia para o adimplemento da obrigação.** A propriedade serve apenas para essa finalidade, razão pela qual o credor fiduciário não possui os direitos fundamentais do dono” CSMSP, Apel. Cív. nº 580-6/8, Rel. Gilberto Passos de Freitas, j. 19/04/2007 (grifo nosso).



numa situação de propriedade resolúvel, e aquele bem somente pode ser utilizado para o cumprimento da garantia contratada.

#### 4.2 COMPARAÇÕES COM O DIREITO ROMANO

Como analisado no início deste trabalho, boa parte dos manuais de Direito Civil brasileiro e obras específicas sobre o tema (também brasileiras) apresentam como origem da alienação fiduciária em garantia ou do negócio fiduciário o instituto da *fiducia* do Direito Romano<sup>214</sup>. Ao longo da pesquisa, foi possível analisar mais a fundo se verdadeiramente existe essa correlação. Retoma-se os pontos estudados acerca da *fiducia*.

A *fiducia* no Direito Romano tratava-se de um negócio jurídico pelo qual uma das partes transmitia a outra um bem, mediante *mancipatio* ou *in iure cessio*, e, com o cumprimento de uma convenção estipulada entre elas, esta última se obriga a restituir a coisa ao transferente<sup>215</sup>. Essa convenção era estabelecida no *pactum fiduciae*, um pacto aposto pelas partes juntamente à entrega da coisa e definia quais eram as condições a serem cumpridas pelas partes para que a se efetivasse a retransmissão do bem<sup>216</sup>.

Os elementos essenciais da *fiducia* eram a entrega do bem e o acordo de vontades. A entrega deveria ocorrer pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*. O acordo de vontades era celebrado pelo *pactum fiduciae*; era por meio desse pacto, aposto ao negócio de transmissão, que as partes estabeleciam as obrigações a serem cumpridas pelo fiduciante e acordavam que, uma vez cumpridas, o fiduciário deveria retornar a propriedade do bem dado ao devedor, por uma nova *mancipatio* ou *in iure cessio*.

Os efeitos da *fiducia*, portanto, eram a transferência da propriedade de um bem quiritário pelo fiduciante ao fiduciário e a assunção, por parte do fiduciário, da obrigação de retransmissão da coisa; essa obrigação podia ter escopos variados, conforme acordado entre as partes<sup>217</sup>.

A *fiducia* não se restringia às situações de transferência de *res*, tradicionalmente mencionadas pela doutrina, tampouco para a finalidade de garantia. Por exemplo, na *manumissio fiduciae causa*, bem como na *adoptio*, *emancipatio* e *coemptio* do direito de família, poderia ser utilizada uma *fiduciae causa* para que as partes atingissem uma finalidade específica, baseando os atos jurídicos realizados na *fiducia*, ou seja, na confiança depositada na

---

<sup>214</sup> Vide nota 9 do presente trabalho.

<sup>215</sup> C. LONGO, *Curso cit.*, p. 7.

<sup>216</sup> J. C. MOREIRA ALVES, *Da fidúcia cit.*, p. 23.

<sup>217</sup> A. BURDESE, *Fiducia cit.*, p. 295.

outra parte de a transmissão que era efetivada em seu benefício seria sucedida de outros atos que dariam cumprimento à finalidade almejada pelas partes.

A aplicação de uma *fiduciae causa* a um negócio jurídico ensejava que as partes tivessem em um pacto um escopo pré-determinado para que o objeto da transmissão efetuada atingisse outros objetivos legais, além dos decorrentes da própria transmissão em si. As partes confiavam, por meio de aposição de pacto obrigacional, que ambas praticariam todos os atos posteriores à transmissão necessários para que a finalidade do negócio fosse alcançada, cumprindo com o compromisso assumido em confiança (*fiduciae causa*)<sup>218</sup>. Estruturalmente, portanto, existia um ato formal de transmissão ligado a um acordo de confiança.

Pois bem. Resta nítido após a pesquisa realizada que a *fiducia*, na verdade, assemelhasse muito mais ao negócio fiduciário do Direito Brasileiro do que à alienação fiduciária em garantia.

Inicia-se ressaltando que o cotejo constante da doutrina atual entre *fiducia* e AFG ocorre principalmente porque o instituto do Direito Romano costuma ser analisado sob a ótica da classificação extraída das Institutas de Gaio. Tem-se a ideia de que, no Direito Romano, a *fiducia* se restringia ao escopo do depósito (*fiducia cum amico*) ou de garantia (*fiducia cum creditore*).

De fato, como estudado, a *fiducia cum creditore*, com objetivo de garantia, foi a que mais se desenvolveu ao longo do Período Clássico, tendo sido melhor estudada e ganhado regramento mais robusto. Porém, a *fiducia* surgiu a fim de servir para objetivos diversos estabelecidos pelas partes no Direito Pré-Clássico, até mesmo no âmbito do direito de família e manumissão de escravos.

Os seus objetivos eram diversos e, em nenhum momento, a *fiducia* se restringiu ao escopo de garantia. A alienação fiduciária em garantia, por outro lado, teve sua origem – como implícito no próprio nome do instituto – já com o objetivo da garantia. Observa-se, portanto, que os objetivos para a criação do instituto da *fiducia* e da AFG foram distintos e apenas uma das espécies de *fiducia* coincide com o escopo de garantia característico da AFG.

Além disso, ainda que se tomasse como base apenas a *fiducia cum creditore* para ser a origem romana da AFG, a operacionalização prática dos institutos também não coincide. A *fiducia cum creditore* gerava a garantia por meio da transferência plena da propriedade ao fiduciário, com a aposição do *pactum fiduciae* entre as partes.

---

<sup>218</sup> P. MARRA, *Fiduciae* cit. p. 287.

O *pactum fiduciae*, diferentemente do ato de transferência do bem, transferência do bem, servia para vincular as partes ao cumprimento das demais obrigações da *fiducia*. À parte da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, que consistiam num ato real, gerando a transmissão da propriedade, o pacto firmado entre as partes gerava uma relação obrigacional entre elas, a qual tinha como objetivo a garantia do cumprimento das condições ali estabelecidas e a retransmissão do bem ao final do negócio jurídico<sup>219</sup>.

Percebe-se, portanto, que havia uma desvinculação do direito real e do obrigacional, o que não ocorre na alienação fiduciária em garantia dentro do sistema de transmissão da propriedade brasileiro.

Na AFG, o objeto da transmissão é obrigatoriamente o da própria garantia, de forma que o acordo obrigacional entre as partes é diretamente ligado ao campo do direito real, na medida em que enseja a própria transferência do bem. Como analisado, no sistema de título e modo, é o acordo obrigacional (título) que gera a transmissão da propriedade (modo), ou seja, é o contrato de AFG que leva à transferência do direito real.

Já no Direito Romano, não era o *pactum fiduciae* que gerava a transmissão do bem, mas sim a *mancipatio* ou a *in iure cessio*, pelas quais se dava a formalidade da transferência. O pacto era aposto ao negócio, no campo obrigacional, porém sem vincular o objeto da transferência, mas apenas as obrigações das partes. Em melhor explicação, na AFG, o acordo obrigacional só é formado com a transmissão do bem e vice-versa, já na *fiducia*, eles eram independentes.

Muito embora a *fiducia* tivesse uma proteção legal para que o fiduciante pudesse reaver o bem após o cumprimento da obrigação, o funcionamento era muito diverso da execução da AFG. No instituto brasileiro, o término do pagamento leva à consolidação da propriedade plena para o fiduciante.

Além disso, foi bem observado ao longo da presente pesquisa que a AFG nunca gera a transferência plena da propriedade do fiduciante ao fiduciário, na medida em que os direitos deles são limitados pelo próprio instituto. Já na *fiducia*, a transmissão se dava de forma plena ao fiduciário, uma vez realizada a formalidade da *mancipatio* ou *in iure cessio*.

A partir disso, percebe-se que, na verdade, a *fiducia* muito mais se assemelha ao atual negócio fiduciária no Direito Brasileiro, e não à alienação fiduciária em garantia. Inclusive, considerando-se que na doutrina nacional já existe a confusão entre o negócio fiduciário e a AFG, é natural também ter ocorrido a confusão entre a *fiducia* e a AFG.

---

<sup>219</sup> J. C. MOREIRA ALVES, *Da fidúcia* cit., p. 23.

O negócio fiduciário trata-se de um negócio em que as partes acordam obrigações entre si e o fiduciante realiza a transmissão de um bem ou direito ao fiduciário sabendo que, uma vez efetivada sua destinação, esse bem ou direito retornará a seu patrimônio. Sua estrutura é bastante semelhante à da *fiducia*, com a existência de um ato formal de transmissão e um acordo de confiança entre as partes.

Como analisado, o negócio fiduciário é composto pela transmissão do bem efetivada por um contrato típico ou atípico e com a disposição de uma relação obrigacional entre as partes que não se vincula diretamente à transferência do bem.

O que deve ficar muito claro é que, na alienação fiduciária em garantia, o instituto e a transmissão da propriedade não existem se não ocorrerem de forma interligada<sup>220</sup>. Já na *fiducia* e no negócio fiduciário, embora o campo real e o obrigacional estejam interligados pela finalidade dada ao negócio, eles se constituem de forma desvinculada.

Além disso, deixou-se bastante claro nesta pesquisa que o negócio fiduciário é muito associado ao escopo de garantia, porém a ela não se restringe, assim como ocorria na *fiducia*.

O que parece ter ocorrido, portanto, na doutrina civilista brasileira, é a confusão da definição e estruturação desses institutos que levou a um entendimento equivocado de que suas origens eram comuns.

Vê-se, então, que assim como se confundiu o negócio fiduciário e a alienação fiduciária em garantia, também se confundiu sua origem histórica, ligando-a à *fiducia*, que é, na verdade, muito mais semelhante ao negócio fiduciário. Uma vez definidas as diferenças entre negócio fiduciário e alienação fiduciária em garantia, e apresento um estudo mais detalhado da *fiducia*, é possível visualizar que não há uma semelhança histórica entre a última e a AFG. Por outro lado, parece que os objetivos e estrutura da AFG pode ser muito melhor relacionada ao *trust*, do Direito Inglês.

Conforme apresentado em capítulo, próprio, encontram-se pontos de convergência entre o *trust* e a AFG; o ponto em que se destaca a maior semelhança é o elemento fiduciário existente neles. Ambos os institutos têm um fundamento em algum grau de confiança<sup>221</sup> entre as partes: no caso do *trust*, o *beneficiary* deposita a confiança no *trustee* para a administração de seu patrimônio e, no caso da AFG, o fiduciante deposita a confiança no fiduciário que lhe garantirá um crédito.

Outro ponto comum é a ideia da segurança jurídica pelo resguardo do patrimônio. Como visto, no *trust*, o bem transferido não se comunica com o patrimônio do *trustee*, assim como na

---

<sup>220</sup> Em pensamento semelhante, F. H. V. LIMA, *Da alienação cit.*, pp. 64-65.

<sup>221</sup> Esse elemento fiduciário será melhor analisado no item a seguir.

AFG não há execução do bem por dívidas das partes, se não a da própria alienação fiduciária. Como se verá no próximo capítulo, isso advém da afetação criada pelo contrato de AFG.

No mais, seguindo-se a proposta de T. OLCESE<sup>222</sup> acerca dos elementos necessários para a adequação do *trust* dentro de um sistema romanístico, foi possível verificar o funcionamento de uma alienação fiduciária em garantia: existe uma restrição à utilização do bem objeto da AFG, na medida em que ambas as partes devem respeitar os limites de sua utilização, permanecendo a posse essencialmente, inclusive, com o fiduciante; a incomunicabilidade do bem objeto da AFG para a execução de dívidas do fiduciante e fiduciário, podendo ele ser executado tão somente para a consecução da própria alienação; quando executado nos termos do contrato, o crédito remanescente é sub-rogado para o adimplemento da dívida e, eventual saldo excedente é devolvido ao fiduciante; os fiduciários são, em praticamente todos os casos, instituições de crédito especializadas nessa prática do mercado.

É difícil afirmar que o *trust* é, entretanto, a origem histórica da alienação fiduciária em garantia. Embora existam os pontos de grande semelhança, ainda seria praticamente impossível encaixar a estrutura de funcionamento de um instituto oriundo da *common law* a um país de base romanística.

Contudo, o que é muito provável é que o respaldo estrutural seja ligado ao *trust* para instituir a alienação fiduciária em garantia no Ordenamento brasileiro. Embora muito se fale da origem da AFG na *fiducia romana* e no negócio fiduciário, sua estrutura possui características muito mais próximas do objetivo de um *trust*, no que diz respeito à separação do patrimônio e sua incomunicabilidade durante sua administração. A *fiducia romana* e o negócio fiduciário, por sua vez, ainda que dotados de um elemento de fidúcia, nunca tiveram qualquer resquício da presença da separação patrimonial.

Assim, percebe-se que a alienação fiduciária em garantia brasileira não se originou com a *fiducia romana*, mas foi, na verdade, criada com uma estrutura própria dentro do Ordenamento Brasileiro, e herdou algumas características aproximadas do *trust*, proveniente do direito medieval inglês.

Trata-se de um instituto bastante próprio do ordenamento nacional que foi construído a partir da evolução da ideia de fidúcia no Brasil – devendo a fidúcia, aqui, ter a interpretação correta proposta nos itens seguintes –, com objetivo de garantia, o que justifica a correlação feita com o instituto do direito romano e o negócio fiduciário; mas com uma estrutura objetivada

---

<sup>222</sup> T. OLCESE, *Formação* cit., p. 121.

para a segregação patrimonial e proteção desse bem enquanto perdurar o adimplemento da dívida.

#### 4.3 UTILIDADE DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO BRASIL

Uma vez estabelecido que a alienação fiduciária em garantia não tem correlação com o negócio fiduciário, pouco se encontram hipóteses de utilização prática deste último contrato. Ademais, embora o negócio fiduciário não seja proibido, também não há previsão legal de sua utilização no Código Civil ou outra lei esparsa<sup>223</sup>. Questiona-se, a partir de então, se tal negócio tem utilidade no Brasil.

Pois bem. O fundamento para a diferença entre a alienação fiduciária em garantia e o negócio fiduciário – entendendo-se que aquela não se trata de espécie desse – é de que o maior objetivo do negócio fiduciário é viabilizar que as partes se utilizem de figuras jurídicas para atingir finalidades diferentes das naturais, pela falta de uma regra no sistema que se adeque às suas necessidades. Assim, uma vez existente uma previsão específica no sistema para um determinado contrato ou negócio entre as partes, ele já não poderia mais ser chamado de negócio fiduciário.

Porém, parece desmedido simplesmente abolir o negócio fiduciário e sua utilização. Ainda que ele venha a ser substituído por outros tipos contratuais, pode ser ele, justamente que inaugure, na prática, o negócio almejado. Abolir a utilização do negócio fiduciário faria com que as partes perdessem a possibilidade de “montar” um contrato, acompanhado de uma transmissão de propriedade, para um fim bastante específico que queiram definir.

É lógico que, no dia a dia, muitos institutos já respaldam as vontades das partes, não sendo necessário um negócio autônomo, porém, a sociedade e o direito são extremamente dinâmicos e com certeza novos tipos contratuais ainda surgirão com o passar dos anos.

É o caso, por exemplo, do contrato de compromisso de compra e venda, tipicamente brasileiro, que foi criado por conta da expansão das incorporadoras e venda de imóveis. Na década de 1930, o Brasil havia acabado de aderir ao sistema do título e modo para a transmissão da propriedade imobiliária (conforme art. 530 Código Civil de 1916) e não se encontrava nos tipos contratuais já existentes a segurança necessária para a compra de um bem com parcelamento do valor<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Conforme analisado no item 3.4.3 do presente trabalho.

<sup>224</sup> V. F. KÜMPEL, *Sistemas cit.*, pp. 258-259.

Da mesma forma, o contrato de alienação fiduciária em garantia apenas adentrou o ordenamento brasileiro na década de 1960, a fim de suprimir uma necessidade de “empréstimos” para a aquisição de bens, geralmente viabilizados por instituições financeiras, dando a elas uma garantia pelo próprio bem adquirido. Tal garantia se fez necessária porque, muitas vezes, os fiduciantes não tinham outros bens para serem objeto de hipoteca, penhor ou anticrese (direitos reais de garantia que já vinham previstos no Código Civil)<sup>225</sup>.

Assim, novos tipos contratuais sempre existirão e serão criados conforme a necessidade da sociedade e seu desenvolvimento. Por isso, não haveria por que se falar da não utilidade do negócio fiduciário.

Nesse sentido, O. S. LIMA explica que a finalidade de um negócio fiduciário é acompanhar a elasticidade da evolução social, que cada vez menos admite figuras típicas fechadas<sup>226</sup>, conforme o desenvolvimento das necessidades dos particulares.

O que parece necessário, contudo, é uma adaptação do negócio fiduciário para que ele sirva melhor às partes. Como discorrido em tópico próprio acerca do tema, é plenamente possível a utilização de cláusulas de resolubilidade e inalienabilidade nos bens transmitidos dentro de um negócio fiduciário. Isso gera uma segurança de retorno do bem ao fiduciante, estimulando que a pessoa queira efetivamente transferir seu patrimônio para uma finalidade específica necessária.

Assim, não se restringe a possibilidade de utilização do negócio fiduciário, caso ele seja necessário, e se garante uma segurança jurídica para que ele possa ser colocado em prática sem prejuízo aos particulares.

#### 4.4 ELEMENTO FIDUCIÁRIO

Discorreu-se ao longo do presente trabalho acerca do “elemento fiduciário” presente nos institutos ora analisados. Tanto a doutrina quanto a própria legislação brasileira apresentam a nomenclatura “fiduciário” e mencionam a suposta ideia de confiança relacionada às figuras da alienação fiduciária em garantia, negócio fiduciário, patrimônio de afetação, etc.

Pouco se encontra na doutrina sobre uma tratativa específica para esse elemento de fídúcia. Porém, para iniciar o estudo desenvolvido neste item, é possível tomar como base a

---

<sup>225</sup> Nesse sentido, O. S. LIMA afirma que a *fiducia* é amplamente utilizada como garantia, pois espécies como penhor e hipoteca tiveram sua eficácia reduzida e, possibilitar um bem ainda a ser adquirido como garantia, facilita o crédito e conseqüentemente a as relações econômicas – *Negócio cit.*, pp. 190-193.

<sup>226</sup> O. S. LIMA, *Negócio cit.*, p. 178. No mesmo sentido, N. LIPARI, *Il Negozio cit.*, p. 10-11.

nomenclatura “figuras de natureza fiduciária” que é proposta por M. N. CHALHUB<sup>227</sup>. Segundo o autor, consistem em institutos que geram a propriedade fiduciária, prevista no Código Civil e em legislações esparsas; ele elenca como hipóteses de figuras de natureza fiduciária:

- i) AFG em âmbito do mercado de capitais (Lei n.º 4.728/1965, art. 66-B);
- ii) Titularidade de ações de sociedades por ações (Lei n.º 6.404/1976);
- iii) AFG de aeronaves (Lei n.º 7.565/1986, arts. 148 e ss);
- iv) Titularidade de bens das carteiras dos fundos de investimento imobiliário (Lei n.º 8.668/1993);
- v) Cédula de Produto Rural – CPR (Lei n.º 8.929/1994);
- vi) Titularidade de créditos provenientes da comercialização de imóveis (Lei n.º 4.864/1965 e Lei n.º 9.514/1997);
- vii) AFG de imóveis em geral, para fins de garantia (Lei n.º 9.514/1997);
- viii) Certificado de Recebíveis Imobiliários - CRI (Lei n.º 9.514/1997);
- ix) Titularidade dos imóveis destinados ao Programa de Arrendamento Residencial (Lei n.º 10.188/2001);
- x) AFG de móveis em geral, para fins de garantia (arts. 1.361 e ss. do Código Civil)
- xi) Titularidade de créditos para fins de securitização de créditos vinculados à atividade agropecuária (arts. 38 a 41 da Lei n.º 11.076/2004 – que foram revogados pela Lei n.º 14.430/2022);
- xii) Quotas de fundo de investimento para garantia de locação de imóveis (art. 88 da Lei n.º 11.196/2005).

O autor, afirma, ainda, dentro do mesmo capítulo, que todas essas figuras de natureza fiduciária formam, atualmente, “patrimônios autônomos, separados dos patrimônios das partes envolvidas”, ou seja, patrimônios de afetação. Embora alocadas como propriedade fiduciária pelo direito civil, todas essas figuras estariam vinculadas a um objetivo específico, que vincula fiduciante e fiduciário, estando eles restritos ao escopo definido em contrato<sup>228</sup>.

Como se observou ao longo do trabalho, de fato, muitas dessas situações, principalmente as hipóteses de alienação fiduciária em garantia propriamente ditas, são comumente chamadas de “propriedade fiduciária”<sup>229</sup>. Outras delas, como também analisado, tratam-se de situações de constituição de patrimônio de afetação<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> M. N. CHALHUB, *Alienação* cit., p. 122.

<sup>228</sup> M. N. CHALHUB, *Alienação* cit., pp. 124-125

<sup>229</sup> Vide Introdução e Capítulo 3.

<sup>230</sup> Vide item sobre o patrimônio de afetação no Capítulo 3.



O autor M. N. CHALHUB, em sua obra, defende que os institutos de natureza fiduciária constituem sempre um patrimônio de afetação. Concorde-se com o autor – como apontado nos itens anteriores – no sentido de que, de fato, os contratos de alienação fiduciária em garantia tornam o bem alienado fiduciariamente um patrimônio separado, contudo, necessária a melhor análise sobre o que seriam todas essas figuras de natureza fiduciária.

Fidúcia é definida no português como “confiança”<sup>231</sup>. Contudo, ficou claro ao longo do desenvolvimento desta dissertação, que, no Brasil, os negócios chamados de “fiduciários” – tanto o negócio fiduciário propriamente dito quanto a alienação fiduciária em garantia ou a propriedade fiduciária – não estão ligados à ideia de “confiança” induzida pela terminologia da fidúcia; a “fidúcia”, na verdade, é muito mais relacionada à ideia da garantia (no Ordenamento nacional).

Iniciando-se pelo negócio fiduciário, já foi analisado que ele consiste num negócio em que as partes acordam obrigações entre si e o fiduciante realiza a transmissão de um bem ou direito ao fiduciário sabendo que, uma vez efetivada sua destinação, esse bem ou direito retornará a seu patrimônio. Sua estrutura é bastante semelhante à da *fiducia* romana, com a existência de um ato formal de transmissão e um acordo de confiança entre as partes.

Destacou-se que, tanto na *fiducia* romana quanto no negócio fiduciário a realização da transmissão da propriedade é feita para cumprimento de uma finalidade específica; dentre essas finalidades, a que mais se destacou foi a de garantia. Por isso, como visto, gerou-se a falsa ideia de que a alienação fiduciária em garantia é uma espécie de negócio fiduciário regulamentada por legislação especial no Brasil.

Nesse contexto, a correlação feita entre a palavra “fidúcia” – presente na expressão “negócio fiduciário” e “alienação fiduciária em garantia” – e a ideia de garantia já é evidente. Veja-se que a relação é criada pelas próprias terminologias, na medida em que se confundiu uma das utilizações práticas do negócio fiduciário (para garantia) como sua finalidade própria.

A partir disso, a colocação da nomenclatura do instituto ora estudado nesta dissertação como “alienação fiduciária em garantia” apenas reafirmou a correlação tendenciosa entre “fidúcia” e “garantia”. Crê-se que – após todo o estudo realizado no trabalho – a ideia adotada é a seguinte: como seria realizada uma transmissão (alienação) a uma pessoa, geralmente instituição financeira, em quem se confia como credor (fidúcia), para fins de garantia desse mesmo crédito (garantia), a adoção do nome “alienação fiduciária em garantia” seria adequado.

---

<sup>231</sup> *Fidúcia*, in *Dicionário Houaiss*, disponível em [https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol\\_www/v6-1/html/index.php#1](https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#1) [17-07-2023]; *Fidúcia*, in *Dicionário Priberam*, disponível em <https://dicionario.priberam.org/fid%C3%BAcia> [21-07-2023].

E não se discorda de sua adequação. Na verdade, existe uma confiança entre fiduciante e fiduciário, porém não se trata de uma confiança interna entre as partes<sup>232</sup> que se conhecem para fazer um negócio (como ocorria na *fiducia* romana), mas sim de uma confiança no fornecimento de crédito e no trabalho desenvolvido pelo fiduciário.

Muito embora a lei não limite que o fiduciário seja apenas instituições bancárias ou de crédito, especializadas nesse tipo de serviço, na prática, a AFG é realizada apenas com essas instituições. Não se trata de uma confiança entre particulares própria da ideia de confiar diretamente em alguém, mas sim da crença de que aquela instituição possui recursos e a estrutura necessária para figurar no “empréstimo” de um crédito ao fiduciante ou na gestão de seu patrimônio.

Deve-se, portanto, visualizar a “fidúcia” em âmbito jurídico nesses dois sentidos: o primeiro, da confiança entre particulares, oriundo do Direito Romano Arcaico, em que as relações interpessoais baseavam diretamente o negócio jurídico dentro de uma sociedade ainda iniciando seu desenvolvimento; e o segundo, ligado à ideia de confiar na instituição credora por sua atividade no mercado e sua estrutura para desenvolver negócios ligados a crédito, finanças e administrações de patrimônio.

Na última concepção, que é a verdadeiramente adotada atualmente, faz-se necessária ainda, para ambas as partes, a “garantia” do crédito e do cumprimento da obrigação. Uma vez que o fiduciário é quase sempre uma instituição especializada em crédito, ela precisa de algo que assegure a devolução do valor pelo fiduciário, para ter como continuar seu negócio sem risco de insolvência. Assim, na alienação fiduciária em garantia, adota-se a confiança na instituição credora utilizando-se o próprio bem adquirido com esse crédito como garantia do pagamento pelo fiduciante.

A evolução da concepção de “confiança” é natural dentro de qualquer sistema. Foi analisado que, no próprio Direito Romano, com o crescimento do Império, a necessidade de dinamicidade econômica gerou a substituição da *fiducia* por outros meios de garantia mais ágeis para a circulação de bens, como a *traditio* (que era bem menos formal que a *mancipatio* e a *in iure cessio*). Na própria evolução do Direito Romano, portanto, não foi possível prevalecer o

---

<sup>232</sup> Nesse sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA explica que a fidúcia regulamentada pela lei passa a sumir em si mesma; embora ela exista nas origens do instituto e de fato estivesse presente à época, com a evolução do direito, ela deixa de estar. Segundo o autor, a confiança é “ato de *con-fidare* entre declarantes ou manifestantes de vontade”, em que um deles “confia (espera)” que o outro se porte como desejado no início do contrato, existindo assim “fé (fiducia)”; na medida em que a lei transforma essa confiança, submetendo o instituto a regras cogentes, a fidúcia passa a ser “elemento puramente histórico do instituto”, exemplificando com os casos dos testamentários e outros administradores de patrimônio alheio – *Tratado de Direito Privado*, vol. III, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 118.

fator da confiança (*fiducia*) tal como proposto em sua forma inicial, tendo-se substituído o instituto por novos meios mais adequados às verdadeiras necessidades das partes.

Verifica-se, então, que o elemento fiduciário dentro do Ordenamento brasileiro, por sua própria evolução, é ligado à ideia de uma relação na qual existe uma circulação de crédito/patrimônio e uma garantia do cumprimento da obrigação por ambas as partes.

Parece prático, nesse sentido, utilizar a terminologia “fidúcia” de acordo com a nomenclatura oficial dos institutos – como é o caso da alienação fiduciária em garantia e do negócio fiduciário – ou de maneira convencional para outros negócios que tragam a mesma ideia – como é o caso dos fundos de investimento e créditos para fins de securitização – como é o proposto pelo autor M. N. Chalhub.

O que se deve tomar cuidado é para não se chamar as figuras de “natureza fiduciária” de “propriedade fiduciária”, pois – como já explanado – a última se trata da alienação fiduciária em garantia, e não das outras possíveis categorias de negócios jurídicos correlacionados à ideia de fidúcia que se acaba de analisar.

Por fim, retomando-se a proposta do autor no sentido de que todos os institutos de natureza fiduciária constituem um patrimônio de afetação, é possível verificar, por hora, que todos as hipóteses que foram por ele elencadas como figuras de natureza fiduciária, de fato constituem, segundo a lei e a doutrina, situações de segregação patrimonial. Porém, seria necessário um estudo mais aprofundado do patrimônio de afetação para verificar se ele, de fato, é diretamente vinculado à ideia de fidúcia em qualquer hipótese – estudo este que precisaria ser melhor desenvolvido em pesquisa própria e não foi objeto da presente dissertação.

E conclui-se, enfim, que o elemento fiduciário nos institutos nacionais deve ser vinculado às relações com circulação de crédito/patrimônio, com a constituição recíproca de uma garantia do cumprimento da obrigação por ambas as partes. Para o fiduciário, a garantia estará na confiança depositada no tipo de serviço desenvolvido pelo fiduciário, que atua com profissionalismo para fornecimento de créditos e gestão de patrimônio em geral; e, para o fiduciário, a garantia estará nos bens e direitos que serão vinculados àquele negócio para a satisfação do crédito e serviços fornecidos, no caso de inadimplemento por parte do fiduciante.

No caso da alienação fiduciária em garantia, em específico, o fiduciário fornece um crédito para a aquisição de um bem, o qual será afetado para a garantia do pagamento das parcelas pelo fiduciante. Assim, existe a confiança no fornecimento do crédito e na existência da garantia pelo bem afetado especificamente ao cumprimento daquela relação jurídica formalizada entre as partes.

## 5 CONCLUSÃO

Após a ampla análise da alienação fiduciária em garantia desenvolvida no presente trabalho, faz-se possível propor histórico, conceito, natureza jurídica e efeitos adequados, considerando as terminologias e comparações com os demais institutos estudados, bem como seu regime jurídico e considerações doutrinárias.

Historicamente, verificou-se que a alienação fiduciária em garantia se trata de um instituto bastante próprio do ordenamento nacional que foi construído a partir da evolução da ideia de fidúcia no Brasil com objetivo de garantia, mas com uma estrutura objetivada para a segregação patrimonial e proteção desse bem enquanto perdurar o adimplemento da dívida.

O instituto não tem como origem a *fiducia* romana, tendo sido, na verdade, criada com uma estrutura própria dentro do Ordenamento Brasileiro, e herdado algumas características aproximadas do *trust*, proveniente do direito medieval inglês, no que tange à constituição da afetação patrimonial em sua constituição.

Conceitualmente, a alienação fiduciária em garantia consiste num negócio jurídico em que o fiduciário disponibiliza ao fiduciante um crédito para a compra de um bem, o qual ficará afetado para a finalidade de servir como a própria garantia da restituição dos valores pelo fiduciante ao fiduciário, de forma parcelada. A titularidade plena do bem é condicionada ao término desse negócio – pelo adimplemento das parcelas pelo fiduciante, que se tornará titular pleno após a quitação, ou por seu inadimplemento, consolidando-se a propriedade, nesse caso, em favor do fiduciário.

O bem alienado fiduciariamente pode ser chamado de propriedade fiduciária, consoante o Código Civil. O objeto desse contrato – ou a propriedade fiduciária – pode ser constituído por bens móveis ou imóveis ou outros tipos de direito, tais como créditos fiscais e previdenciários, títulos de crédito, conforme disposição expressa da legislação especial (a exemplo da AFG em âmbito do mercado de capitais ou da AFG de aeronaves, previstas nas Lei n.º 4.728/1965 e n.º Lei 7.565/1986).

A constituição de uma alienação fiduciária em garantia sobre bens móveis ou imóveis gera ao fiduciante um direito real de aquisição, mediante o pagamento do crédito devido ao fiduciário (art. 1.368-B do Código Civil).

Verifica-se, assim, que a natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia é, essencialmente, de patrimônio de afetação, na medida em que ela torna o bem alienado fiduciariamente afetado à finalidade de garantia do próprio contrato.

O bem alienado fiduciariamente não pertence de forma plena nem ao fiduciante e nem ao fiduciário; ambos têm limites com relação à utilização do bem e seus direitos sobre ele, a depender da lei específica para cada tipo de AFG. Em todos os casos, o fiduciante está obrigado a quitar as parcelas devidas pelo crédito, sob pena de se consolidar a propriedade em favor do fiduciário; o fiduciário, por sua vez, deve aguardar a quitação acordada em contrato e, mesmo a com a consolidação da propriedade no caso de inadimplemento, ele não pode tomar o bem para si, devendo vendê-lo para receber o restante do crédito devido. Dessa forma, a titularidade plena do bem sem separação patrimonial, ou de seu crédito sub-rogado na venda, ocorrerá apenas com o término do contrato.

Além disso, nenhuma das partes poderá alienar o bem com o gravame de alienação fiduciária em garantia, tendo direito somente a ceder sua posição (de fiduciante e fiduciário) e desde que cumpra os requisitos previstos em lei. Da mesma forma, o bem não poderá ser penhorado por dívidas das partes, cabendo a penhora somente dos direitos das partes, visto que a coisa está gravada especificamente para servir de garantia ao crédito no contrato de alienação fiduciária.

Ademais estão presentes todas as características elencadas do patrimônio de afetação: a autonomia funcional, sendo o bem independente operacionalmente do restante dos bens e obrigações de seu titular, servindo como garantia daquele contrato de alienação fiduciária específico e não podendo, por vedação legal, ser dado em garantia de outras obrigações; a não criação de personalidade própria, sendo a titularidade pertencente ao fiduciário, porém não de forma plena; a temporariedade, visto que, findo o contrato e cumpridas as obrigações das partes, não há mais o gravame; a incomunicabilidade e impenhorabilidade em relação ao patrimônio geral dos titulares, não podendo ser o bem executado por qualquer outra dívida, se não a da própria alienação fiduciária em garantia; e a taxatividade, pois é criada por um contrato com previsão legal.

Importe frisar, nesse sentido que, apesar da disposição legal expressa, a alienação fiduciária em garantia não constitui uma propriedade resolúvel, e sim o patrimônio afetado.

A propriedade resolúvel é uma cláusula que está sujeita à extinção por uma condição resolutiva consignada no próprio título de sua constituição ou em determinação legal. O titular do bem perde sua propriedade plena em favor de seu titular anterior ou de um terceiro, em razão do implemento de uma condição que fora estabelecida pelas partes no momento da transferência da propriedade (no título) ou que estiver prevista na lei. A alienação fiduciária em garantia, por sua vez, é um contrato com o objetivo de garantia, no qual não ocorre a transferência da propriedade plena ao fiduciário para que, após a garantia, ela se resolva.

Ademais, a diferenças entre os institutos quanto ao ato registral praticado na matrícula imobiliária e à incidência do ITBI, em caso de bens imóveis, quanto à transmissão do bem a terceiros, e quanto à relação de crédito e garantia, ora estudados neste trabalho<sup>233</sup>.

Ficou claro, ainda, que a alienação fiduciária em garantia não se trata de uma espécie de negócio fiduciário. O que parece ocorrer, na verdade, é que o negócio fiduciário tinha muitas vezes como escopo a garantia de um crédito com a transmissão do bem ao credor enquanto pendente o adimplemento da dívida, assim, associou-se – erroneamente – a alienação fiduciária em garantia ao negócio fiduciário, visto que na AFG o objetivo é a garantia de um crédito pelo próprio bem. Contudo, a AFG no Brasil constitui uma figura autônoma, com uma disciplina própria, não se constituindo como negócio fiduciário, justamente porque seus efeitos já são bem definidos pela lei.

Quanto aos efeitos da alienação fiduciária em garantia, verificou-se que eles são gerados tanto no campo obrigacional como no real. No âmbito das obrigações, as partes realizam um contrato para instituir a AFG, definindo nesse instrumento toda a relação de disponibilização do crédito pelo fiduciante e forma de pagamento pelo fiduciário, além dos demais efeitos decorrentes do acordo.

No âmbito real, ocorre efetivamente uma alienação do bem, ou seja, a transferência da propriedade de um titular anterior ao fiduciante – com as devidas limitações já estudadas – que poderá ser adquirida pelo fiduciário mediante pagamento; no caso de AFG sobre bens móveis ou imóveis, inclusive, o fiduciário tem direito real de aquisição da coisa, por disposição expressa do art. 1.368-B do Código Civil.

Os efeitos reais, ainda, são confirmados pela necessidade de registro do contrato, no RTD, na hipótese de bens móveis (art. 1.361 do Código Civil), e, no caso de bens imóveis, no Registro de Imóveis, para que ocorra a efetiva transmissão da propriedade, nos termos do art. 1.245 do Código Civil<sup>234</sup>.

Quanto a seu regime jurídico, verificou-se que a alienação fiduciária em garantia tem um capítulo próprio no Código Civil (Propriedade Fiduciária), e diversas previsões em leis esparsas.

---

<sup>233</sup> Vide item 4.1.1 deste trabalho.

<sup>234</sup> Nesse sentido, a jurisprudência do STJ já confirmou a necessidade do registro do contrato de alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis: “Quanto, porém, à propriedade fiduciária de bem imóvel, regida pela Lei 9.514/97, verifica-se que a garantia somente se constitui com o registro do contrato que lhe serve de título no registro imobiliário do local onde o bem se situa [...] Dessa maneira, sem o registro do contrato no competente Registro de Imóveis, há simples crédito, situado no âmbito obrigacional, sem qualquer garantia real nem propriedade resolúvel transferida ao credor.” STJ, REsp nº. 1.976.082/DF, Rel. Min Nancy Andrighi, j. 09/08/2022.

Contudo, o capítulo de propriedade fiduciária foi uma adaptação do art. 66 da Lei n.º 4.728/1965, com as alterações do Decreto-Lei n.º 911/1969, vigentes na década de 1970, sobre alienação fiduciária de bens móveis, para que o instituto fosse inserido no Código Civil. Como visto, o problema foi gerado, na medida em que o anteprojeto tomou por base a única previsão existente à época acerca da alienação fiduciária de bens móveis e, quando o Código Civil foi promulgado (somente em 2002), já existia a regulamentação da alienação fiduciária de bens imóveis, inaugurada pela Lei n.º 9.514/1997 e de algumas outras espécies. Assim, o capítulo de propriedade fiduciária definindo expressamente que esse tipo de propriedade serve para “coisa móvel infungível” deixou de fazer sentido com a legislação especial. Além de não abarcar a AFG sobre imóveis, desconsiderou as demais espécies de AFG previstas em legislações especiais, tais como a do mercado de capitais (Lei n.º 4.728/1965) e de aeronaves (Lei n.º 7.565/1986, arts. 148 e ss.).

Contudo, deve-se considerar que as disposições gerais sobre a propriedade fiduciária do Código – dos primeiros artigos do capítulo – servem especificamente para a alienação fiduciária em garantia de bens móveis, enquanto às demais modalidades deve-se aplicar a legislação especial.

Sugeriu-se, então, que o Capítulo de Propriedade Fiduciária do Código Civil fosse reorganizado, por meio de proposta de alteração legislativa, para contemplar as regras gerais aplicáveis a qualquer categoria de alienação fiduciária em garantia, deixando vigente o dispositivo (atual art. 1.368-A) que define a aplicação das leis especiais para cada uma das subespécies e AFG.

Além disso, nessa revisão legislativa, propõe-se a adequação do conceito e natureza jurídica do instituto, na medida em que a alienação fiduciária em garantia não consiste em propriedade resolúvel, mas sim em hipótese de patrimônio de afetação.

Importante frisar, ainda, a conclusão desenvolvida acerca do conceito da chamada “propriedade fiduciária”, título do Código que trata acerca do instituto da AFG. Verificou-se que, por decorrência da revisão do Anteprojeto realizada pelo jurista J. C. Moreira Alves, não é incorreta a utilização do termo “propriedade fiduciária” para se referir à alienação fiduciária, como já ocorre comumente na doutrina. Por outro lado, não se verificou adequada a concepção da existência de uma propriedade fiduciária com outro viés que não o do próprio instituto da AFG, por exemplo, não é possível se falar de propriedade fiduciária em âmbito de negócios fiduciários, fundos de investimentos, etc, na medida em que a intenção do legislador era unicamente direcionada para a alienação fiduciária em garantia.

Por fim, concluiu-se neste trabalho acerca do “elemento fiduciário” presente na própria nomenclatura da alienação fiduciária em garantia e em outros institutos.

Fez-se a análise da “fidúcia” em dois sentidos: o primeiro, da confiança entre particulares, oriundo do Direito Romano Arcaico, em que as relações interpessoais baseavam diretamente o negócio jurídico dentro de uma sociedade ainda iniciando seu desenvolvimento; e o segundo, ligado à ideia de confiar na instituição credora por sua atividade no mercado e sua estrutura para desenvolver negócios ligados a crédito, finanças e administrações de patrimônio.

Explicou-se que a última concepção é a verdadeiramente adotada atualmente, e que ela está, no ordenamento brasileiro, também diretamente ligada à necessidade da “garantia” do crédito e do cumprimento da obrigação. Verificou-se, então, que o “elemento fiduciário”, no Brasil, é atinente às figuras ligadas a ideia de uma relação na qual existe uma circulação de crédito/patrimônio e uma garantia do cumprimento da obrigação por ambas as partes.

Assim, o elemento fiduciário nos institutos nacionais deve ser vinculado às relações com circulação de crédito/patrimônio, com a constituição recíproca de uma garantia do cumprimento da obrigação por ambas as partes. Para o fiduciário, a garantia estará na confiança depositada no tipo de serviço desenvolvido pelo fiduciário, que atua com profissionalismo para fornecimento de créditos e gestão de patrimônio em geral; e, para o fiduciante, a garantia estará nos bens e direitos que serão vinculados àquele negócio para a satisfação do crédito e serviços fornecidos, no caso de inadimplemento por parte do fiduciante.

Por fim, propôs-se um estudo mais aprofundado, para continuidade do trabalho acadêmico, acerca do patrimônio de afetação, a fim de verificar sua correlação com o elemento fiduciário e realizar um desenvolvimento mais detalhado sobre tal instituto.



## 6 REFERÊNCIAS

ASCOLI, Alfredo, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, Livorno, Libraio-editore, 1887.

BELLOCI, Nicca, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*, I. Le Nuncupationes, Napoli, Eugenio Jovene, 1979.

BERGER, Adolf, *Fiducia*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1968.

BERTOLDI, Frederica, *Il Negozio Fiduciario nel Diritto Romano Classico*, Modena, Mucchi Editore, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Coisas*, vol. 1, 1ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1941.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Obrigações*, 1ª ed., Bahia, Livraria Magalhães, 1896.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Teoria Geral do Direito Civil*, Campinas, Red Livros, 2001.

BONFANTE, Pietro, *Diritto Romano*, 2ª ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1900.

BUCKLAND, William Warwick, *Manual of Roman Private Law*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University, 1939.

BURDESE, Alberto, *Fiducia*, in AZARA, Antonio – EULA, Ernesto (coords.), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, Torino, UTET, 1961, pp. 294-296.

BURDESE, Alberto, *Lex Commissoria e Ius Vendendi nella Fiducia e nel Pignus*, Editore Giappichelli, Torino, 1949.

BUZUID, Alfredo, *Alienação fiduciária em garantia (histórico)*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 6, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 64-87.

CHALHUB, Melhim Namem, *Alienação Fiduciária em Garantia – Negócio fiduciário*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

CHALHUB, Melhim Namen, *Incorporação Imobiliária*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

CLÁPIS, Alexandre Laizo, *A Propriedade Fiduciária Imobiliária – Aspectos gerais e registrários*, Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo, *Alienação fiduciária de bens imóveis: lei nº 9.514/1997: aplicação prática e suas consequências*, 4ª ed., Salvador, JusPODIVM, 2018.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 4, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

EDWARDS, Richard – STOCKWELL, Nigel, *Trusts and Equity*, 9ª ed., Harlow, Pearson Longman, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de – ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil*, vol. 5, 13ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães, *Tratado de alienação fiduciária em garantia – Das bases romanas à Lei n. 9.514*, São Paulo, LTr, 1999.

GALLO, Paolo, *Il negozio di destituzione*, in TORRE, Giuseppe Dalla, *Studi in onere di Giovanni Giacobbe*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 1096-1126.

GIRARD, Paul Frédéric, *Droit Romain*, 5ª ed., Paris, Arthur Rousseau, 1911.

GOMES, Orlando, *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

GOMES, Orlando, *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

GOMES, Orlando, *Direitos Reais*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *Da propriedade resolúvel (sua projeção na alienação fiduciária em garantia)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, vol. 4, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

GRASSETTI, Cesare, *Del negozio fiduciario e dela sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. XXXIV, Parte 1, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936, pp. 345-378.

GROSSO, Giuseppe, *Fiducia* in CALASSO, Francesco – MORTATI, Costantino – PUGLIATTI, Salvatore (coords.), *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 384-388.

GUARINO, Antonio, *Diritto privato romano*, 12ª ed., Napoli, Jovene, 2001.

JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa, *Efeitos Substantivos do Registro Predial – Terceiros para Efeitos de Registro*, Coimbra, Almedina, 2013.

JELEMBI, Armindo Gideão Kunjiquisse, *O Negócio Fiduciário – Caracterização, Constituição e Efeitos*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, (*Parecer*) *Negócio fiduciário. Frustração da fidúcia pela alienação indevida do bem transmitido. Oponibilidade ao terceiro adquirente dos efeitos da fidúcia germânica e de procuração em causa própria outorgada ao fiduciante*, in JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 107-119.

KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, trad. esp. de Jose Santa Cruz Teijeiro, *Derecho Romano Privado*, 5ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1968.

KEENTON, George W., *The Law of Trusts*, 4ª ed., London, Isaac Pitman & Sons, Ltd., 1947.

KÜMPEL, Vitor Frederico – FERRARI, Carla Modina, *Tratado Notarial e Registral*, vol. 5, t. 1 e 2, São Paulo, YK, 2020.

KÜMPEL, Vitor Frederico – SÓLLER, Natália, *Derrubada de vetos da MP 1.085 - Parte I*, in *Migalhas*, 27-01-2023, disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/380620/derrubada-de-vetos-da-mp-1-085--parte-i> [19-05-2023].

KÜMPEL, Vitor Frederico, *Sistemas de transmissão da propriedade imobiliária sob a ótica do registro*, São Paulo, YK, 2020.

LEAGE, Richard William, *Roman private law founded on the 'Institutes' of Gaius and Justinian*, 2ª ed., London, Maxmillan and Co., 1930.

LENEL, Otto, *Das Edictum perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellun*, Leipzig, Tauchnitz, 1883, 1907.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de, *Da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel*, 4ª ed., Curitiba, Juará, 2011.

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

LIPARI, Nicolò, *Il Negozio Fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1971.

LONGO, Carlo, *Corso di diritto romano – La fiducia*, Milano, Giuffrè, 1946.

MAITLAND, Frederic William, *Equity: the forms of action at common law*, Cambridge, University of Cambridge Press, 1910.

MALUF, Carlos Alberto Dabus, *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*, 5ª ed., São Paulo, YK, 2018

MARRA, Paolo, *Fiduciae Causa*, Milano, CEDAM, 2018.

- MARRONE, Matteo, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Palermo, Palumbo, 2006.
- MEDINA, Francisco Elmidio Sabadin dos Santos Talaveira, *Compra e Venda de Coisa Incerta no Direito Civil Brasileiro – Uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002*, Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2018.
- MESSINA, Giuseppe, *Scritti Giuridici – Negozi Fiduciari*, Milano, Fiufre, 1948.
- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, vol. 5, 32ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, *A retrovenda*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Da alienação fiduciária em garantia*, São Paulo, Saraiva, 1973.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro* in CAHALI, Yuseff (coord.), *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 23-45.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018.
- NERY JR., Nelson – NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado*, 17ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.
- OLCESE, Tomás, *A propriedade fiduciária de base romanística e o trust inglês: perspectivas comparatísticas*, in *RJurFA7*, vol. 12, n.º 1, jan./jun., 2015, Fortaleza, pp. 45-60.
- OLCESE, Tomás, *Formação histórica da real property law inglesa – tenures, estates, equity & trusts*, São Paulo, YK, 2016.
- OLIVA, Milena Donato, *Do negócio fiduciário à fidúcia*, São Paulo, Atlas, 2014.
- OLIVA, Milena Donato, *Patrimônio separado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de, Patrimônio de afetação, regime fiduciário e escrow account, in *Migalhas*, 16-06-2021, disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/347127/patrimonio-de-afetacao-regime-fiduciario-e-escrow-account> [19-05-2023].
- OLIVEIRA, Lucas Corte Real de, *A natureza jurídica dos fundos de investimentos imobiliários no ordenamento jurídico brasileiro*, in *Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*, vol. 2, n.º 9, s. 1., 2020, pp. 273-322.
- PENTEADO, Luciano de Camargo, *Direito das Coisas*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

- PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. 1, Firenze, G. Barbera Editore, 1906.
- PINO, Augusto, *Il Patrimonio Separato*, Padova, Cedam, 1950.
- PIRES NETO, Ari Álvares, *Bem de família (voluntário)*, 2ª ed., São Paulo, IRIB, 2014.
- PLÁCIDO SILVA, Oscar Joseph, *Vocabulário Jurídico*, 32ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, vol. LII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1966.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, vol. III, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, vol. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- RESTIFFE NETO, Paulo – RESTIFFE, Paulo Sérgio, *Propriedade Fiduciária Imóvel*, São Paulo, Malheiros, 2009.
- RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila, *Alienação Fiduciária em Garantia*, in PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida, *Direito Imobiliário*, vol. X, Tomo I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.
- RIZZARDO, Arnaldo, *Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo, *Direito das Coisas*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.
- ROCHA, Mauro Antônio, *O regime de afetação patrimonial na incorporação imobiliária* in DIP, Ricardo Henry Marques – JACOMINO, Sérgio (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, vol. 4, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 513-527.
- ROCHA, Mauro Antônio, *Patrimônio de afetação: uma visão crítica do regime de afetação na incorporação imobiliária*, sem editora, sem local, 2016.
- RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins, *Institutas de Gaius*, São Paulo, YK, 2020.
- SANTOS, Marcia Elisa Comassetto dos, *Fundamentos Teóricos e Práticos das Funções Notarial e Registral Imobiliária*, Porto Alegre, Norton Editor, 2005.
- SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira, *Direito Registral Imobiliário*, vol. II, Curitiba, Juará, 2018.
- SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.

SERAFINI, Filippo, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile pátrio*, 3ª ed., Firenze, Giuseppe Pellas, 1881.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Condomínio e Incorporações*, 11ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Incorporação Imobiliária*, in DIP, Ricardo Henry Marques – JACOMINO, Sérgio (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, vol. 4, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 243-256.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, vol. 2, 29ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, vol. 4, 25ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, 24ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

SILVA PEREIRA, Caio Mário, Caio Mário da, *Alienação fiduciária em garantia (doutrina)*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 6, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 53-64.

SOHM, Rudolph, *The Institutes: A textbook of the history and system of roman private law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1907.

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das Leis Civis*, vol. I, Brasília, Ed. fac-sim, 2003.

TERRA, Marcelo, *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia*, Porto Alegre, safE, 1998.

TONIATTI, Thiago Guimarães – BENÍTEZ, José Farias Leandro, *O patrimônio de afetação e a limitação de responsabilidade do Código de Processo Civil*, in *Percurso*, Curitiba, vol. 4, n.º 23, 2017, pp. 80-116.

VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes, *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, vols. 1 a 3, São Paulo, YK, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil*, vol. 1, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil*, vol. 4, 17ª ed., São Paulo, Atlas, 2017.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro, *Negócio fiduciário*, in LIMONGI FRANÇA, Rubens, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 54, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 155-169.

WATSON, Alan, *The origins of fiducia*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 79, n.º 1, Berlin, 1962, pp. 329-334.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon, 1996.

ZULUETA, Francis, *The Institutes of Gaius – Commentary*, Part II, Oxford, Clarendon Press, 1953.