

DA FIDUCIA CUM CREDITORE AO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

ALOÍSIO SURGIK

*Professor Titular de Direito Romano,
Universidade Católica, Curitiba-Paraná-Brasil*

1 Introdução

Poucos conceitos romanos têm sofrido tanta deturpação ao longo dos séculos como o conceito de *fiducia*.

Em geral, o que ocorre é que as grandes construções doutrinárias criadas pelos jurisconsultos clássicos romanos conservam-se até hoje em sua essência.

Assim, no campo processual, por exemplo, podemos afirmar que o que de melhor ainda temos como figuras ágeis e eficientes, tais como as medidas liminares, as medidas cautelares e, em geral, a maioria dos procedimentos de caráter urgente, são típicas do direito romano clássico, criadas que foram pela admirável atividade pretoriana.

Isso se explica porque, ao invés de dar prioridade absoluta ao texto abstrato da lei, como ocorre atualmente, a experiência judiciária romana, pelo contrário, dava maior importância à avaliação do critério do justo, em cada caso concreto.

Desta forma, ao contrário do que ocorre na atualidade, encarava-se então o direito antes pelo aspecto processual do que pelo lado material.

Entre os conceitos, entretanto, principalmente no âmbito do direito civil, alguns sofreram graves deteriorações, como é o caso da *fiducia*, que passaremos a examinar.

2 O Conceito Romano de *Fiducia*

A começar pelas acepções mais elementares registradas pelos dicionários, entre os diversos significados da palavra *fidúcia*, podemos destacar: confiança, segurança, firmeza, certeza, ousadia, audácia, afoiteza, ânimo, denodo, arrojo, (...) boa-fé, pontualidade, exatidão (no cumprimento de um dever), etc.¹

Como valor jurídico, a *fiducia* parece ter preexistido à época da Lei das XII Tábuas, embora, nesse tempo, fosse ela um “pacto de efeito moral, baseado na consciência e na lealdade do fiduciário, sem força obrigatória”, segundo Villaça.²

Sob o título *De domínio et possessione* (“Do domínio e da posse”), a tábua sexta refere-se à *fiducia*, indiretamente, ao dispor: “Se alguém empenha a sua coisa ou transfere o domínio de uma coisa, em presença de testemunhas, seja assim por direito”.³

Além de se encontrar na Lei das XII Tábuas, vemos também a *fiducia* nas Institutas de Gaio,⁴ bem como em

¹ SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português*, oitava edição. Livraria Garnier, Rio de Janeiro/Paris, 1924, p. 485.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. “*Fiducia*”, in **Enciclopédia Saraiva do Direito**, vol. 37. Editora Saraiva, São Paulo, 1979, p. 192.

³ “*Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*” (XII Tab. 6, 1).

⁴ G. 1, 114, 115, 115a, 115b, 118, 119, 140, 166a, 172, 194; 2, 59-60; 3, 201; 4, 182.

outras fontes, entendida como uma “convenção pela qual uma das partes (fiduciário), recebendo da outra (fiduciante) uma coisa, na forma da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, assumia a obrigação de usá-la para um fim determinado, e, em regra, pelo menos, restituí-la ao cabo desse fim”.⁵

Pela *fiducia*, transferia-se o domínio da coisa ou direito ao fiduciário, sendo certo que a não-restituição por parte do fiduciário resolvia-se em perdas e danos, precisamente porque o fiduciante, ao transmitir o bem fiduciado, perdia seu domínio, não tendo assim ação reivindicatória para fazê-lo voltar ao seu patrimônio.

Tratava-se, pois, de uma confiança profunda que o alienante (fiduciante) depositava na pessoa do adquirente (fiduciário), uma vez que a *fiducia*, nestas circunstâncias, tinha efeito meramente moral, não tendo então, o fiduciante, direito de ação para promover a execução do *pactum fiduciae* (pacto de fidejussão que obrigava o fiduciário a restituir), o que só veio a surgir no período do direito romano clássico com a *actio fiduciae*.

Portanto, o não-cumprimento dessa obrigação acarretava, quando muito, a indenização dos prejuízos, fosse qual fosse a espécie de *fiducia* na denominação de Gaio.

Confirma-o Biondi, ao ensinar que, inicialmente, a *fiducia* importava somente uma obrigação moral e sua execução era uma questão de mera confiança. Posteriormente, teve sanção jurídica com a introdução da *actio fiduciae*, fundada no *pactum fiduciae*, exercitável pelo fiduciante contra o fiduciário.⁶

⁵ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, 4. ed. Milano, Villardi, p. 413.

⁶ BIONDO BIONDI. *Istituzioni di diritto romano*, 3. ed. Milano Giuffrè, 1956, p. 458.

3 Espécies

Voltando a Gaio, o conceito de *fiducia* compreendia duas espécies: a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*.

A *fiducia cum amico*, conforme a própria expressão literal esclarece, era contraída com um amigo (*contrahitur cum amico*), enquanto a *fiducia cum creditore* era contraída com um credor pelo direito de penhor (*contrahitur cum creditore pignoris iure*), ou seja, como uma forma de garantia real ao credor.

Ocorria a primeira quando, por exemplo, alguém, pretendendo ausentar-se por algum tempo, e para evitar que seu patrimônio corresse qualquer risco, transferia a um amigo o domínio de algum de seus bens móveis ou imóveis (ou todo o patrimônio), sob o compromisso de obter sua recuperação, tão logo retornasse.

Ocorria a segunda, quando alguém (devedor) transferia a outrem (seu credor) um objeto para garantir o pagamento de seu débito, pactuando a *fiducia*, de tal forma que, uma vez efetuado o pagamento da dívida, o credor obrigava-se a restituir ao devedor o bem que constituía objeto da *fiducia*.

Em ambos os casos, ocorria a transferência pela forma da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, isto é, transferia-se o domínio da coisa fiduciada.

É evidente que tal transferência supunha, em ambos os casos, uma forte confiança por parte do fiduciante, considerando-se que o fiduciário passava a dispor totalmente da coisa fiduciada (com o título de domínio), devendo, entretanto, devolve-la, tão logo efetuado o pagamento da dívida, no caso da *fiducia cum creditore*, ou ao simples pedido do fiduciante, no caso da *fiducia cum amico*.

Consistia, pois, a *fiducia*, basicamente, no fato de que o adquirente de uma coisa se comprometia a restituí-la ao alienante, em data previamente determinada ou por ocasião da realização de certa condição ou termo.

É importante ressaltar, como bem esclarece Villaça, que “o não cumprimento dessa obrigação de restituir, por parte do fiduciário, resolvia-se em perdas e danos, pois o fiduciante, quando transmitia o bem fiduciado, perdia sua propriedade, não tendo, desse modo, ação reivindicatória para obtê-lo de volta a seu patrimônio”.⁷

Os autores em geral concordam que a *fiducia* foi uma prática amplamente difundida na experiência romana, podendo-se afirmar que foi vital para toda a época clássica, tendo sobrevivido na época pós-clássica, até a compilação de Justiniano, como também, após o século V, nas regiões ocidentais do Império.⁸

Caio Mário da Silva Pereira ressaltava o fato de que a *fiducia cum amico* não tinha finalidade de garantia. Era simplesmente um contrato de confiança, como se costuma dizer,⁹ que permitia a uma pessoa acautelar seus bens contra circunstâncias aleatórias (ausência prolongada, viagem, risco de perecer na guerra, perdas decorrentes de eventos políticos, etc.). Efetivava-se a alienação pelo alienante a um amigo, com a ressalva de lhe ser restituída a coisa alienada após o perigo.

No caso da *fiducia cum creditore* (ou *fiducia pignoris causa cum creditore*), insiste o mesmo autor, o devedor

⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ob. cit., p. 195.

⁸ Cfr. CARRELLI, Edoardo. **Nuovo Digesto Italiano**, 1938, v. V, p. 1131 e 1132.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Alienação fiduciária em garantia”, in **Enciclopédia Saraiva do Direito**, vol. 6, 1978, p. 54.

transferia por venda bens de seu patrimônio ao credor, com a ressalva de que os recuperasse dentro de certo tempo, ou, sob determinada condição, efetuasse o pagamento da dívida. Com tais características, explica o respeitável civilista, aproximava-se da retrovenda – *pactum de retro emendo* –, de que se distinguiu, entretanto, pelo fato de não vir ostensiva a faculdade de recompra. Para fazer valer o seu direito, em princípio, o fiduciante não contava senão com uma sanção moral (*fides, fiducia*), sendo que só mais tarde foi provido de ação específica (*actio fiduciae contraria*), contra o fiduciário, por envolver acusação de uma quebra do dever moral de sua parte. Não teve acolhida no Código francês de 1804, nem no BGB de 1896, e, conseqüentemente, nem nos códigos filiados à corrente napoleônica e alemã, embora os sistemas do *Common Law* tenham desenvolvido o instituto do *trust*.¹⁰

4 Alienação Fiduciária em Garantia

A partir, principalmente, do século XIX, intensificou-se a criação de novas garantias reais para a proteção do crédito, além das já existentes nos sistemas jurídicos de origem romana (hipoteca, penhor e anticrese), que passaram a ser consideradas insatisfatórias a uma sociedade capitalista industrializada.

No Brasil, atendendo-se a essa aspiração de novas garantias reais, especialmente para satisfazer às exigências do mercado de capitais, foi criada pelo artigo 66 da

¹⁰ Idem, ibidem.

Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, a *alienação fiduciária em garantia*, correspondente ao “*trust receipt*”, amplamente difundido nos países anglo-saxões, pelo qual o devedor transfere fiduciariamente o domínio da coisa, para esta servir como garantia.

Explicando que, em tese, a alienação fiduciária proporcionava garantia eficaz ao credor, porque, transferindo-lhe a propriedade resolúvel da coisa móvel, que era do devedor, ficava o credor salvo de credores cujo privilégio se antepunha até às garantias reais disciplinadas no Código Civil, Moreira Alves esclarece:

*Introduzida a alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro, desde logo teve ela ampla utilização na tutela do crédito direto ao consumidor, concedido pelas instituições financeiras, abrindo-se, assim, perspectiva de aquisição a uma larga faixa de pessoas que, até então, não a tinha, e possibilitando, em contrapartida, o escoamento da produção industrial, especialmente no campo dos automóveis e dos eletrodomésticos.*¹¹

Porém, surgiu logo um problema com relação à execução dessa garantia real representada pela propriedade fiduciária, pelo fato de que a coisa, embora alienada fiduciariamente, permanecia na posse do vendedor, conforme disposição do parágrafo 2º do artigo 66 da Lei nº 4.728: “O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do

¹¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**, 3ª edição. Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 13.

adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário”.

Argumenta Moreira Alves¹² que a imprecisão da linguagem empregada nesse dispositivo (“... continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente...”) levantou dúvidas quanto ao meio judicial a ser empregado pelo credor quando o devedor, não tendo efetuado o pagamento da dívida, se recusasse a entregar-lhe a coisa para vender (seria o devedor simples detentor, ou, como ocorria com o art. 99 do CPC de 1939, haveria o desdobramento da posse, ficando o credor com a posse indireta?).

O problema, pois, estava na escolha do meio judicial a ser utilizado pelo credor.

Considerando-se que o próprio artigo 66 da Lei nº 4.728, em seu parágrafo 8º, previa a hipótese da reivindicação (“O proprietário fiduciário, ou aquele que comprar a coisa, poderá reivindicá-la de devedor ou de terceiro...”), restaria a ação reivindicatória. Porém, não sendo esse o meio eficaz de o credor satisfazer-se em prazo breve para recuperar sem mais delongas o valor mutuado, obviamente, não foi do agrado dos banqueiros.

Assim, após divergências de opiniões quanto à ação a ser usada para a obtenção, rapidamente, da execução da propriedade fiduciária (ação de reintegração de posse, imissão na posse, etc.), não faltou, até mesmo quem defendesse a ação de depósito,¹³ combatida, entretanto, em diversas decisões judiciais,¹⁴ cujos prolatores entendiam

¹² Idem, p. 14.

¹³ Cf. BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a Alienação Fiduciária em Garantia**, ed. da Associação das Empresas de Investimentos, Crédito e Financiamento, São Paulo, 1969, nº 42, p. 57 e 58.

¹⁴ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Ob. cit., p.16.

que a Lei de Mercado de Capitais não transformara o devedor em verdadeiro depositário, e, portanto, legitimado para ser réu em ação de depósito, e passível de prisão civil. Em face de tais controvérsias, intensificou-se a pressão por parte, principalmente, das associações de entidades financeiras, para que se criasse nova lei a disciplinar convenientemente esse aspecto processual.

Foi assim que “veio ao encontro dessa exigência o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969”.¹⁵

5 Aspectos Críticos em Torno do Decreto-lei N. 911/69

As modificações introduzidas pelo Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, relativamente à alienação fiduciária em garantia, sobretudo no terreno do direito processual, vieram certamente atender às exigências de maiores garantias às operações feitas pelas instituições financeiras, assegurando-lhes rápido andamento processual.

De fato, tendo em vista que a alienação fiduciária em garantia, Introduzida no direito brasileiro pelo artigo 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965 (lei do mercado de capitais), não vinha atendendo suficientemente aos interesses financeiros, foram introduzidas pelo referido Decreto-lei 911 alterações profundas, procurando corrigir certas “falhas”.

Eis o que dispõe o referido Decreto-lei:

“Art. 1º. O artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa ter a seguinte redação:

¹⁵ Idem, p. 19.

‘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 todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal’.

Assim, alterando a redação do citado artigo 66 da Lei 4.728/65, o Decreto-lei 911 veio dirimir a questão da posse. “Afastou, portanto, qualquer dúvida quanto ao desdobramento da posse, ao declarar que o credor se torna possuidor indireto da coisa alienada fiduciariamente, ficando o devedor com a posse direta. Acrescentou o adjetivo *efetiva* como qualificativo de *tradição* (‘... independentemente da tradição EFETIVA do bem...’), para caracterizar a existência de tradição ficta. E estabeleceu, de modo inequívoco, que o fiduciante (o devedor) é depositário (depósito legal), com todas as responsabilidades e encargos que lhe cabem de acordo com a lei civil e penal”.¹⁶

Neste sentido, assim dispõe o artigo 4º :

“Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá intentar ação de depósito, na forma prevista no Título XII, Livro IV, do Código de Processo Civil”.

Todavia, é necessário atentar especialmente para o disposto no art. 1º, § 4º e 5º. :

“No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário pode vender a coisa a terceiros e

¹⁶ Idem, p. 21.

aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver. Se o preço da coisa não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado”.

Porém, o que mais chama a atenção, pela perplexidade que realmente causa, é o disposto no art. 2º deste Decreto-lei 911:

“No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver”.

Além do mais, o Decreto-lei nº 911 introduziu no processo civil brasileiro, ação de busca e apreensão, com rito sumaríssimo e defesa limitada, como bem observa Moreira Alves,¹⁷ e que “constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior” (art. 2º, parágrafo 6º). Admitiu, ainda, expressamente (acabando com a controvérsia existente), a possibilidade de o credor intentar contra o devedor ação de depósito “se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor” (art. 4º); dispôs, ainda, no artigo 5º, que “se o credor preferir recorrer à ação executiva ou, se for o caso, ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da

¹⁷ Idem, p. 23.

ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução”. Estabeleceu, enfim, no tocante ao processo, em caso de falência do devedor, o direito do credor ou proprietário fiduciário de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente, e, efetivada essa restituição, o credor ou proprietário fiduciário poder vender a coisa na forma do art. 2º do mesmo decreto-lei.

Como se isso não bastasse, posteriormente, a Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, e a Lei nº 6.071, de 03 de julho de 1974, que precederam à adaptação da legislação existente ao novo Código de Processo Civil, alteraram, em seus artigos 15 e 4º, respectivamente, a redação do parágrafo 5º do artigo 3º, assim como a do artigo 4º e do parágrafo único do artigo 5º, todos do Decreto-lei 911, passando a ter o seguinte teor:

“Art. 3º

§ 5º. A sentença, de que cabe apelação, apenas, no efeito devolutivo, não impedirá a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente e consolidará a propriedade e a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário. Preferida pelo credor a venda judicial, aplicar-se-á o disposto nos artigos 1.113 a 1.119 do Código de Processo Civil.

“Art. 4º. Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.

“Art. 5º

Parágrafo único. Não se aplica à alienação fiduciária o disposto nos incisos VI e VIII do art. 649 do Código de Processo Civil”.

Dessas modificações, como bem comenta José Carlos Moreira Alves, apenas a introduzida na parte inicial do art. 4º. do Decreto-lei nº. 911 (“..., o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, ...”, ao invés de “o credor poderá intentar ação de depósito, ...”) não se situa no simples terreno da adaptação.¹⁸

Diante de todas essas modificações, é chegado o momento de indagarmos: onde fica, neste caso, o princípio constitucional da isonomia, que supõe, no mínimo, tratamento de igualdade proporcional, entre o credor e o devedor na defesa dos seus respectivos direitos?

É de se questionar também: que tipo de negócio jurídico nasce daí, contrariando frontalmente o próprio significado de *fiducia*, enquanto a entendemos no sentido de confiança?

Independentemente da teorização, hoje tão em voga, até em torno do negócio jurídico, há que se admitir, recuando ao próprio direito romano, que mesmo as sociedades primitivas, quer as que existiram, quer as que persistem ainda hoje, à margem da chamada civilização, apresentam, em sua vida social, determinados *modelos de comportamento*, como diz Junqueira de Azevedo, que são atitudes *jurídicas*.¹⁹ Também a troca é praticada até mesmo pelas tribos selvagens, quer entre si, quer com civilizados, sem qualquer sinal de Estado e, no entanto, embora falte um ordenamento superior, as tratativas são conduzidas com muita correção.²⁰

¹⁸ Idem, p. 24.

¹⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo, 1986, p. 4.

²⁰ Idem, p. 7.

Vale aqui lembrar a seguinte passagem de Heródoto:

*Os cartagineses dizem que, para lá das Colunas de Hércules, há um país habitado onde eles vão comerciar. Quando chegam, tiram as mercadorias dos navios e as alinham ao longo da margem; retornam em seguida, aos seus barcos, de onde fazem muita fumaça. Os naturais da região, percebendo a fumaça, vêm à beira-mar e, depois de deixar ouro, como preço pelas mercadorias, afastam-se. Os cartagineses saem, então, dos navios, examinam a quantidade de ouro trazida e, se ela lhes parece corresponder ao preço das mercadorias, tomam-na e partem. Mas se o valor não é suficiente, voltam aos barcos, de onde esperam tranqüilamente novas ofertas. Os outros voltam em seguida e acrescentam algum ouro mais, até que os cartagineses se dêem por satisfeitos. Eles não enganam nunca uns aos outros. Os cartagineses não põem a mão no ouro, salvo se for como preço das mercadorias, e os naturais do país não levam nunca as mercadorias antes que os cartagineses tenham levado o ouro.*²¹

Como se vê, independentemente da atuação do poder do Estado, é possível a sociedade humana conviver pacificamente, sem se estabelecer discriminação ou tratamento desigual entre os mais fortes e os mais fracos.

Entendendo-se o negócio jurídico como fruto da outorga de poder que o Estado faz ao particular, *a verdade está de pernas para o ar*, como diz Junqueira de Azevedo: “não é mais o fato social que precede o estatal; nesse ‘direito puro’, o Estado é que vem antes e autoriza o fato social! A pirâmide de normas infra e supra-ordenadas somente pode explicar o direito público e o chamado Estado moder-

²¹ HERÓDOTO, 4, 196, citado por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, ob., cit., p. 5.

no, mas não, o direito privado e a sociedade”. Neste sentido Kelsen: “Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, *confere aos indivíduos* que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial”.²²

Quanto ao negócio da alienação fiduciária em garantia, que não conserva hoje qualquer vinculação com o verdadeiro sentido da *fiducia* romana, chega até mesmo a distanciar-se das leis “bárbaras”, considerando-se que os reis visigodos, por exemplo, proibiam a qualquer credor pignoratício a livre tomada de bens do devedor.²³

Rosa Mentxaka Elexpe, catedrática de Direito Romano da Universidade do País Vasco, analisa profundamente alguns textos, por exemplo: a) o Edito de Teodorico, segundo o qual se negava ao credor a possibilidade de tomar posse dos bens do devedor sem a permissão judicial correspondente, estabelecendo-se pena em quádruplo na hipótese de posse violenta dos bens, pena que se reduzia ao simples valor dos bens arrebatados, se fosse interposta ação depois de haver transcorrido um ano; b) a Lei Romana dos Borgúndios, que parece reproduzir o critério adotado pelos juristas clássicos, no sentido da não admissão por parte do credor da tomada de bens gravados, sem autorização judicial.²⁴

²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 2ª. Ed. Coimbra, Armênio Amado, 1962, p. 125.

²³ ELEXPE, Rosa Mentxaka. “Algunas consideraciones sobre los derechos reales de garantía en *Lex Visigothorum* 5, 6, 1-4”, in **Estudios jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge**. Asociación Iberoamericana. Salamanca, 2002. Vol. II, p. 708.

²⁴ Idem, p. 709. Eis os textos: “*Capiendorum pro suo arbitrio pignorum unucuique licentiam denegamos: ita ut, si probabile fuerit, hoc agendi*

6 A Alienação Fiduciária: Desfiguração da *Fiducia*

Por mais que se imagine a alienação fiduciária em garantia como figura sucedânea da *fiducia* romana, é impossível vislumbrar qualquer semelhança, se colocarmos em confronto nesta comparação o referido Decreto-lei 911.

Na visão de Moreira Alves sobre a filiação histórica da alienação fiduciária em garantia, os idealizadores desta figura se inspiraram no direito anglo-saxônico (o *trust receipt*), muito utilizado na prática bancária dos países de origem inglesa, principalmente no comércio de exportação e de importação, tendo sido Regelsberger quem, em 1880, escrevendo sobre a cessão de crédito, chamou a atenção dos estudiosos para uma figura jurídica que ele, com base na *fiducia* romana, denominou *negócio fiduciário* (fiduziarische Geschäft).²⁵

Segundo o respeitável romanista, fundamentado em R. von Ihering, a história do direito ensina que muitos negócios originariamente fiduciários perderam essa qualidade no curso do tempo, quando se vinculou a posição do

iudicis praestet auctoritas” (**Edictum Theodorici Regis**, 123). “*Creditor si debitori suo res sibi non obligatas violenter rapiat, intra annum criminis admissi conventus, sub poena quadrupli praesumpta restituat: post annum vero in simplum debet exsolvere* (**Edictum Theodorici Regis**, 124). “*Debitor solutionem differens potest ad satisfactionem pignerum usurpatione compelli; quod tamen sine licentia iudicis fieri non licebit, secundum Ermogeniani constitutionem sub titulo: De Pigneribus. Diocleciani et Maximiniani ad Viventium, Ernennium et Antigonum, vel aliam ad Septimum datam*” (**Lex Romana Burgundiorum**, 14, 1).

²⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. Ob. cit., p. 25. Cfr. REGELSBERGER, F. “Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession”, in **Archiv für die civilistische Praxis**, LXIII, 1880, p. 157 ss.

fiduciário ao correspondente escopo final do negócio.²⁶ Portanto – conclui –, “já para Regelsberger, na fase inicial da construção da moderna teoria do negócio fiduciário, este se desfigurava quando, de alguma forma, se vinculasse a posição do fiduciário ao escopo a que se visava com o negócio, porquanto, nesse caso, desapareceria a desproporção entre o fim e o meio”.²⁷

Porém, ainda no dizer de Moreira Alves,²⁸ foi Goltz quem, oito anos mais tarde, trabalhando sobre a concepção de Regelsberger, deixou bem claro que o negócio fiduciário, em sua estrutura íntima, resulta da conjugação de dois contratos: *contrato real positivo*, em virtude do qual se dá a transferência normal do direito de propriedade ou do direito de crédito; e *contrato obrigatório negativo*, pelo qual nasce para o fiduciário a obrigação de, após utilizar-se de certa forma do direito que lhe foi transmitido, o restituir ao fiduciante ou o retransferir a terceiro.

Observando que essa teoria, que reduz, estruturalmente, o negócio fiduciário a uma combinação de dois negócios jurídicos, já foi combatida em 1936 e que a característica do negócio fiduciário, segundo Regelsberger, se encontra na desproporção entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico por elas empregado, por ter como base a *fiducia cum creditore*, não levando na devida conta as hipóteses em que se configurava a *fiducia cum amico*, Moreira Alves sustenta que “em nenhuma delas, os efeitos

²⁶ Idem, p. 26.

²⁷ Idem, ibidem.

²⁸ Idem, p. 27. Cfr. GOLTZ, F. **Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besond ers Berücksichtigung des Wechsel-und Konkurs-Rechts**, § 7, p. 12.

reais são mais amplos do que aqueles que seriam suficientes para obter os escopos práticos visados pelas partes. A única incongruência que existe em qualquer negócio fiduciário é a que se acha na circunstância de que nele se confere ao fiduciário uma atribuição patrimonial (em geral a titularidade de um direito) que é definitiva, quando mais cômputo com o intento econômico visado seria que essa atribuição patrimonial, embora plena, fosse apenas provisória”. De fato, segundo Grasseti, o que verdadeiramente caracteriza o negócio fiduciário é “o poder de abuso, que corresponde à existência de uma simples confiança pessoal no adquirente de que este não fará uso do poder jurídico a ele transmitido que esteja em contraste com as finalidades econômicas para as quais lhe foi transferido aquele poder”.²⁹

7 Alienação Fiduciária e Responsabilidade Criminal

Aos aspectos críticos no âmbito civil, anteriormente apontados, em torno do Decreto-lei 911/69, cabe ainda questionar a responsabilidade criminal, levando-se em conta que os erros de conduta relacionados com a alienação fiduciária em garantia não determinam somente a responsabilidade civil da parte que os comete, porém, nos termos do mesmo decreto-lei, tanto o fiduciante como o fiduciário, podem praticar ações delituosas, sujeitando-se, conseqüentemente, a sanções penais.

²⁹ Idem, p. 28. Cfr. GRASSETTI, C. “Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico”, in **Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale nelle Obbligazioni**, vol. XXXIV, Parte Prima, 1936, p. 355.

Neste sentido, observa Orlando Gomes: “O fiduciante pratica *estelionato* se alienar em garantia coisa que, para o mesmo fim, alienara fiduciariamente. Comete, por outro lado, o crime de *apropriação indébita* se tomar para si a coisa de que tem a posse como depositário”.³⁰

Efetivamente, a responsabilidade por estes delitos encontra-se expressamente indicada no referido diploma legal. De acordo com a redação dada ao *caput* do art. 66 da Lei 4.728 pelo Decreto-lei 911, ele é depositário da coisa que alienou, “com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”. No entendimento do referido autor, a sujeição à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal, está estabelecida no mesmo artigo, § 6º.

Quanto ao fiduciário, embora não haja menção expressa de sua responsabilidade criminal, admite-se até que, na hipótese de abusar da situação fiduciária, incorreria no crime de *apropriação indébita*, que somente se configuraria, entretanto, na *fiducia cum amico*, segundo Orlando Gomes.³¹ Admitem também alguns autores que pode cometer *estelionato*, se, para obter vantagem ilícita, para si, em prejuízo do fiduciante, o induz em erro, mediante qualquer meio fraudulento, “hipótese que só se torna viável quando se faz passar por fiduciário, não consistindo, pois, num abuso praticado pelo que se encontra, verdadeiramente, nessa posição”.³²

³⁰ GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. RT – Editora Revista dos Tribunais Ltda. S. Paulo, 1970, p. 151.

³¹ Idem, p. 152.

³² Idem, ibidem.

Sobre o *estelionato* que o fiduciante cometeria ao alienar, ou dar em garantia, a coisa que transferiu, em propriedade, ao fiduciário, Orlando Gomes faz menção à “feliz expressão” de Roberto Lira, para quem o *estelionato* se apresenta como *espécie-padrão* do gênero *fraude*. Sem o emprego de meio fraudulento, especificamente idôneo a provocar o erro, não se configura. O artifício ou ardil é imprescindível para que o fiduciante induza alguém a comprar um bem pertencente a outrem.

Na esteira deste raciocínio, sustenta Orlando Gomes: “Não é fácil o uso de meio fraudulento quando o bem alienado fiduciariamente está sujeito a matrícula, como os veículos automotores, pois do licenciamento consta a declaração de que foi dado em garantia mediante alienação fiduciária”.³³

Admitindo que o estelionato pode caracterizar-se numa segunda alienação fiduciária em garantia, dado que, também nessa hipótese o alienante estaria dispondo de coisa pertencente à financeira, com a qual celebrou o primeiro contrato, o mestre insiste em sustentar que a aplicação da lei penal, no caso, só se daria desde que a coisa fosse vendida “nas condições em que se integram os elementos subjetivos e objetivos do estelionato”. E conclui:

“Não há crime na alienação da expectativa, isto é, do direito eventual do fiduciante de voltar a ser proprietário da coisa ao se verificar a condição resolutiva. Nesta hipótese, dispõe de direito próprio. Alienando-o, o fiduciante não usa de meio fraudulento, nem está induzindo em erro o adquirente. Ao contrário disso,

³³ Idem, p. 153.

realiza negócio jurídico que, no seu conteúdo, exclui propósito translativo de propriedade”.³⁴

A hipótese da apropriação indébita só ocorreria se o fiduciante-devedor passasse a conduzir-se como proprietário da coisa alienada ao fiduciário, não constituindo, porém, apropriação indébita, o inadimplemento das obrigações civis oriundas do contrato, como, por exemplo, não guardar a coisa com a diligência devida.

De resto, conclui o mestre: “Conquanto a lei imponha ao fiduciante os encargos e as responsabilidades do depositário, não se estabelece um depósito necessário”.³⁵

Quanto à possibilidade de o fiduciário também cometer o estelionato, tal possibilidade só existiria se o mesmo induzisse alguém em erro, por meio fraudulento, para obter vantagem ilícita, como seria o caso de efetuar a alienação fiduciária para um financiamento que não pudesse proporcionar, ou, intencionalmente, não pretendesse ministrar.

A hipótese é remota, no entender de Orlando Gomes, não somente porque as financeiras são rigorosamente fiscalizadas pelas autoridades monetárias, mas também porque estão proibidos os negócios de financiamento nos quais o fornecimento do numerário fique na dependência da colocação, no mercado de capitais, dos títulos aceitos pela financiadora.

Assim, o fiduciário não pode, a rigor, cometer o crime de apropriação indébita, pois adquire a propriedade da coisa somente para fim de garantia, ficando obrigado a

³⁴ Idem, *ibidem*.

³⁵ Idem, p. 155.

reverter a coisa ao patrimônio do fiduciante tão-logo se verifique a condição resolutiva. É de se indagar, com o respeitável mestre, se a recusa de restituí-la constitui o delito de apropriação indébita. Ao que ele responde:

“A recusa não passa, em verdade, de *inadimplemento* de obrigação contratualmente assumida, devendo ser resolvida na área do Direito Civil, até porque, no sistema da lei, a reversão se opera automaticamente, podendo o fiduciante reivindicar a coisa (...). O fiduciário é titular de uma *propriedade resolúvel*, não estando proibido de aliena-la nos limites, evidentemente, que lhe correspondem, eis que ninguém pode transmitir mais direito do que tem”.³⁶

8 A Alienação Fiduciária Perante os Tribunais Brasileiros

A alienação fiduciária em garantia tem suscitado muitas polêmicas nos tribunais brasileiros, não obstante uma das mais cruciais objeções, ou seja, a de que o bem já pertencente ao devedor, por ocasião do contrato, não poderia ser objeto de alienação fiduciária, estar suplantada pela Súmula nº 28 do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

“O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

Digno de menção é um acórdão da lavra do Juiz Ruy Cunha Sobrinho, do Tribunal de Alçada do Estado do

³⁶ Idem, pp. 156-157.

Paraná, como Relator de uma apelação cível em que o primeiro grau havia determinado a extinção da ação de busca e apreensão promovida pelo apelante contra a apelada, com base no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, considerando a impossibilidade jurídica do pedido aduzido, eis que o bem dado em alienação fiduciária já integrava o patrimônio do devedor.³⁷

O digno Magistrado concorda com a opinião do Ministro Athos Carneiro, do Superior Tribunal de Justiça, que assim se expressou:

*São conhecidas minhas restrições ao instituto da alienação fiduciária, ressuscitada dos socavões da história a **fiducia cum creditore** para assegurar às instituições financeiras superlativas garantias, além das muitas já utilizáveis, no direito brasileiro, de ordem pessoal e de ordem real (Resp. 7.943-RS).*³⁸

Louvando-se nesta opinião, o referido Juiz pondera:

*O Decreto-Lei 911/69, como se sabe, é fruto da época mais feroz da Ditadura Militar que assolou o país por 20 anos, e foi outorgado por uma Junta Militar que deu um golpe dentro do golpe, impedindo que assumisse o Vice-Presidente da República Pedro Aleixo, somente porque ele, em momento de extrema coragem, se recusou a assinar o AI-5, que deu início aos ‘anos de chumbo’, e, portanto (a trinca militar), não tinha nenhuma legitimidade para estar no poder, mas saiu a legislar, desbragadamente, em favor dos poderosos.*³⁹

³⁷ Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, Apelação Cível nº 179446-5, p. 87.

³⁸ Idem, ibidem.

³⁹ Idem, ibidem.

Fulmina ainda o digno Magistrado:

Monitorado pelos banqueiros que se refastelavam no poder, época em que as liberdades individuais inexistiam e o Congresso estava fechado pelos tanques do General Nini, o referido decreto ainda se encontra em vigor por esquecimento ou inapetência dos nossos legisladores, mais preocupados que se encontram com suas pendências paroquiais.

É alguma coisa assim como se as leis editadas por Hitler ainda estivessem a vigorar na Alemanha de hoje.⁴⁰

Manifestando ostensivamente seu inconformismo com tal situação, indaga o citado Relator:

Porque estamos a obedecer a uma lei que foi editada por um Governo ilegítimo e com o legislativo fechado, é uma pergunta boa de se fazer, se, agora, já voltamos, felizmente, à Democracia.

Foi, talvez, pensando em tal tipo de leis, que Otto Von Bismark sentenciou: Se o povo soubesse como são feitas as salsichas e as leis, não comeria uma e não obedeceria a outra.

Deve o juiz aplicar uma lei, mesmo sabendo que ela foi produto da Ditadura (quando o país retornou à Democracia), sabendo ser ela um aleijão jurídico?

Não tenho a menor dúvida em responder que não, e cito G. Radbruch, E. Schmidt e H. Weizel, em 'Derecho Injusto y Derecho Nulo', Agulha, 1971, Madri, p. 60: una ley que atenta contra los fundamentos de lo justo no es Derecho y carece de fuerza de obligar.⁴¹

⁴⁰ Idem, pp. 87-88.

⁴¹ Idem, p. 88.

Entretanto, depois de desencadear todos estes argumentos, o citado Magistrado, para perplexidade nossa, com todo o respeito, sucumbe à orientação superior, mantendo o entendimento de acordo com a referida Súmula nº 28:

*Rendo-me, entretanto, ao entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, retratado na redação da Súmula nº 28.*⁴²

9 A Alienação Fiduciária e o Novo Código Civil Brasileiro

Lamentavelmente, o que é mais grave, a nosso ver, é o fato de o novo Código Civil brasileiro, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003, incorporar de certa maneira em seu texto a alienação fiduciária, dedicando, ao Título DA PROPRIEDADE, o Capítulo IX, DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, que, entre outros dispositivos, estabelece:

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

§ 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.

⁴² Idem, p. 89.

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

(...)

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.

(...)

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.”

Remetendo, além do mais, ao Título referente ao penhor, à hipoteca e à anticrese, dispõe ainda o novo código:

Art. 1.367. Aplica-se à propriedade fiduciária, no que couber,, o disposto nos arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.427 e 1.436.

Como se vê, em atenção aos interesses do poder econômico e em evidente violação ao princípio da isonomia, nossa legislação civil, nesta questão, insiste em manter de certa forma o retrocesso ao regime ditatorial militar.

10 Conclusão

1. O sentido da *fiducia* romana, mais do que outros conceitos, sofreu profunda deterioração ao longo dos séculos.

2. Como valor jurídico, a *fiducia* parece ter preexistido à Lei das XII Tábuas, ainda que predominantemente como valor moral.

3. Conforme Gaio, a *fiducia* compreendia duas espécies: a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*. A primeira, contraída com um amigo, consistia na profunda confiança em deixar aos cuidados do amigo, mediante transferência do domínio, bens sujeitos a riscos por ocasião de longa ausência e outras circunstâncias; a segunda, contraída com um credor, concretizava-se pelo direito de penhor.

4. Com a intensificação da criação de novas formas de garantias para o crédito, principalmente a partir do século XIX, o Brasil, por influência do mercado de capitais, introduziu em sua legislação a alienação fiduciária em garantia pelo Decreto-Lei N. 911/69.

5. Um dos aspectos mais críticos do Decreto-Lei N. 911/69 é a introdução, no processo civil brasileiro, de rito sumaríssimo e defesa limitada, autorizando ao credor, em processo autônomo e independente, ação de busca e apreensão e ação de depósito contra o devedor, com todas as consequências penais.

6. A alienação fiduciária em garantia, tal como foi introduzida na legislação brasileira, constitui flagrante desfiguração da *fiducia* romana, inspirada que foi na figura anglo-saxônica do *trust receipt*.

7. A responsabilidade penal decorrente da alienação fiduciária em garantia é inaceitável perante os princípios do Direito Penal.

8. A alienação fiduciária em garantia tem suscitado muitas polêmicas nos tribunais brasileiros, não obstante

a matéria já ter sido sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor.

9. O novo Código Civil brasileiro acabou por incorporar de certa forma em seu texto a alienação fiduciária em garantia, dedicando um capítulo especial à propriedade fiduciária.

10. Urge, pois, extirpar tal figura da nossa legislação, até porque, ao desfigurar o conceito romano de *fiducia*, constitui verdadeira afronta ao Direito Romano.

(Trabalho sustentado durante o V Congresso Internacional e VIII Ibero-americano de Direito Romano, na cidade de Fortaleza – Ceará, em agosto de 2002).