

PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

FIDUCIARY PROPERTY IN THE NEW CIVIL CODE

Angela Patricio Muller Romiti*

RESUMO: Cuida o presente estudo da Propriedade Fiduciária no novo Código Civil. Com efeito, não se trata de uma abordagem normativa hodiernamente dada ao tema, mas sim de uma retomada às fontes histórico-culturais da fidúcia, tendo como base o vínculo da confiança encontrado desde seu nascimento, na antiga Roma, até os dias atuais. De sua evolução ao seu desaparecimento nas Compilações de Justiniano, até seu ressurgimento, revitalização – com novos contornos - e incorporação no Código de Reale, a harmonia perfeita entre a gênese fiduciária - galgada na confiança e boa-fé humana – e o diploma civil.

Palavras-chave: Propriedade fiduciária. Gênese. Evolução do instituto. Direito Comparado. Novo Código Civil.

ABSTRACT: The present work refers to the study of Fiduciary Property in the new Civil Code. Indeed, this is not about a today's normative approach given to the subject, but a return to the fiduciary's historical and cultural origins, based on the bond of reliability found from its birth in ancient Rome until today. From its evolution to its Extinction in Justinian's compilations. Its resurgence, revitalization - with new outlines - and incorporation in the Reale's Code, the perfect harmony within the fiduciary genesis - Carved on trust and good human faith - and the civil diploma.

Keywords: Fiduciary Property. Genesis. The Institute Evolution. Comparative Law. The New Civil Code.

* Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Advogada e Professora na Faculdade de Praia Grande (FPG/SP) e na Universidade Católica de Santos (UNISANTOS/SP).

INTRODUÇÃO

Os mecanismos de financiamento desempenham papel de fundamental importância na circulação de riquezas, dinamização dos negócios e, conseqüentemente na economia de um país.

Para garantir a obtenção de crédito - motivando investidores - sem contudo onerar excessivamente o consumidor-devedor, as garantias reais surgiram como meio assecuratório de minimização de perdas.

Assim, em socorro aos reclamos do mercado creditício, surgiram as garantias reais clássicas (hipoteca, anticrese e penhor) que reinaram - por anos - como absolutas, mas atendiam, tão somente, aos fins de uma sociedade essencialmente agrária.

Com o desenvolvimento da indústria, tais garantias se mostraram insuficientes a sua finalidade, posto que o bem, embora gravado, permanecia na esfera patrimonial do devedor, dependendo de longos processos judiciais nos casos de inadimplemento.

É neste quadro fático e para atendimento das relações creditícias que surge na década de 60, a alienação fiduciária em garantia, regida pelo art. 66 da lei 4728, de 14 de julho de 1965.

Destarte, adaptando a antiquíssima *fiducia cum creditore*, aliando-se a transferência da propriedade ao credor - própria do instituo romano - com o desmembramento da posse, foi dado um largo passo e importante avanço rumo ao estímulo de crédito e aceleração da economia.

Com a elaboração do Anteprojeto do Código Civil e ao lado da propriedade clássica, a propriedade fiduciária foi naturalmente incorporada pelo *codex*, posto sua natureza privada.

Este é o tema do presente trabalho: a Propriedade Fiduciária no novo Código Civil (arts. 1361 a 1368)

FIDÚCIA – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

“Fidúcia” tem origem no latim “*fiducia, fiduciae*”. Ingressou na língua pátria, todavia, por via do francês *fiduciaire*.

Derivada do verbo “*fidere*” (*fidio-fidis, fisis sum, fidere*), significa confiança, pontualidade, segurança¹. Na acepção lata, significa *gesto confiante, confiança*.²

Assim, negócio jurídico fiduciário é aquele celebrado, sob pressuposto da confiança, lealdade *inter partes*.

Desta sorte, é a *fides* elemento medular a esta espécie de negócio jurídico: “com base na confiança, o fiduciante transfere ao fiduciário a propriedade ou a titularidade do direito, esperando que, ao final com exaurimento da finalidade, se opere a devolução da coisa ou do direito.”³

Com efeito, assenta-se o ajuste na *cosi detta* confiança depositada pelo fiduciante no fiduciário: aquele a quem se fez a transmissão, embora proprietário, está obrigado a exercer o seu direito de acordo com a finalidade da fidúcia, restituindo o bem da vida que se transmitiu, operados os efeitos expectados.

Compulsada a doutrina, constata-se lição de Chalhub pela qual fidúcia encerra uma idéia de convenção pela qual uma das partes, fiduciário, recebendo da outra (fiduciante) a propriedade de um bem, assume a obrigação de dar-lhe determinada destinação e, em regra, de restituí-lo uma vez alcançado o objetivo enunciado na convenção.⁴

Para José Carlos Moreira Alves, é contrato pelo qual alguém (o fiduciário) recebe de outrem (o fiduciante) a propriedade de coisa infungível, mediante a *mancipatio* ou a *in jure cessio*, obrigando-se, de acordo com o estabelecido num *pactum* oposto ao ato de entrega, a restituí-la ao fiduciante, ou dar-lhe determinada destinação. Trata-se de contrato real, bilateral, perfeito, de boa-fé.”⁵

¹ João de Freitas Guimarães, Vocabulário Etimológico do Direito. Editora da Universidade Santa Cecília dos Bandeirantes, p. 133

² Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p.1338

³ Arruda Alvim e Thereza Alvim, coordenadores. Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XII, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 215

⁴ Melhim Namem Chalhub, Negócio Fiduciário, 4ª edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar. 2009

⁵ José Carlos Moreira Alves. Direito Romano. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. III, p. 143.

Note-se que - ao lado da confiança - a *boa-fé* é trazida, por Moreira Alves, como elemento integrador da fidúcia: uma vez transmitida a propriedade, resta ao fiduciante - tão somente - acreditar na confiança e *boa-fé* do fiduciário.

Nesse diapasão, sob equação, o negócio fiduciário: A transmite a C, para que C transmita a B; A transmite a B, para que B administre; A cede a C crédito contra B, para que o cobre de B.⁶

Outrossim, observa-se que o fator *confiança* permanece vivo e intrínseco aos negócios fiduciários: o transferente confia na lealdade e honestidade da outra parte em se servir da propriedade ou do direito solenemente transferido, apenas a destinação internamente convencionada, cumprindo a seguir a obrigação de retransmitir.⁷

Por outro lado, não se confunde negócio fiduciário com aquele simulado, já que na simulação existem dois negócios jurídicos: um *simulado* e outro *dissimulado*, em concerto para enganar terceiros ou fraudar a lei, enquanto no negócio fiduciário se busca alcançar outra finalidade, não vedada pelo sistema.

Nas palavras de Pontes de Miranda “sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é a alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário”⁸

A aparência não corresponde a vontade de fato querida. O fiduciário não se locupletará do direito aparentemente conferido apenas por sua honestidade e lealdade, a seu exclusivo alvedrio.⁹

Posto isto, é a confiança característica inerente à fidúcia.

DA FIDÚCIA NO DIREITO ROMANO

De há muito a sociedade percebeu a necessidade da circulação de riquezas, sendo a garantia real instrumento ágil e seguro para a captação de crédito, com gênese no Direito Romano.

Os primeiros sinais do negócio jurídico fiduciário, sob prisma de garantia remontam à antiga Roma¹⁰. São encontrados, sobretudo, nas *Institutas*, de Gaio, nas *Sentenças*, de Paulo, bem como nas obras de Cícero. Concebia-se-lhe como venda fictícia, temporária, pela qual o fiduciário, recebia do fiduciante a propriedade do bem, obrigando-se a restituí-lo uma vez atingida certa finalidade, convencionada mediante o *pactum fiduciae*.

Restiffe Neto nos ensina que a fidúcia foi referida, pela primeira vez, no assento da Tábua Sexta que tem por título *De dominio et possessione*, e estabelece que “se alguém empenha suas coisa ou vende em presença de testemunhas o que prometeu tem força de lei” (*quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*).¹¹

Chalhub cita que Gaio define fidúcia como uma *mancipatio* pactuada com a obrigação do adquirente *remancipare*, indicando que a mesma se fazia pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*.¹²

Assim, o Direito Romano regulamentava dois tipos de negócio fiduciário: a *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*.

A primeira (*fiducia cum amico*), não tinha propriamente finalidade de garantia de crédito, mas intuito de preservação de bens: assim, o fiduciante alienava certo bem ao fiduciário que deveria restituí-lo ao cessassem os motivos justificadores do ajuste, tais como um fato político, guerra ou viagem.

Lucia Dal Ponte constata que a *fiducia cum amico* caracterizava-se como um contrato baseado unicamente na confiança, isto é, não servia para garantir negócio. Nessa modalidade havia a transferência da

⁶ Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.116

⁷ Paulo Restiffe Neto, Garantia Fiduciária, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 12

⁸ Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo III, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 115/116

⁹ Paulo Restiffe Neto, Garantia Fiduciária, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 6

¹⁰ José Carlos Moreira Alves, em Direito Romano, cita que alguns autores acreditam ser a *pignus* a garantia real mais antiga encontrada no direito romano.

¹¹ Paulo Restiffe Neto, Garantia Fiduciária, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 2.

¹² Chalhub, Ob. cit., p. 10

propriedade de um bem do fiduciante para um amigo (fiduciário). Este pacto ocorria em razão de situações excepcionais, tais como: longas viagens, risco de morrer na guerra, perdas por circunstâncias políticas, entre outras eventualidades, com o término destes acontecimentos, surgia a obrigação, para o amigo, de restituir o bem que lhe fora confiado. Desta forma, a *fiducia cum amico* realizava “a transferência de bens a uma pessoa, com o objetivo de resguardá-los dos azares da fortuna adversa que ameace o proprietário, assumindo o fiduciário o compromisso de efetuar a sua remanicipação.”¹³

Na segunda (*fiducia cum creditore*), havia cunho assecuratório, destinando-se a garantia do credor: o devedor vendia a propriedade ao credor sob a condição de recuperá-la, dentro do prazo convencionado, se o devedor resgatasse a dívida.

Nas lições de Moreira Alves “a *fiducia cum creditore* era o negócio jurídico pelo qual o devedor, ao transferir a propriedade (por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*) de uma coisa infungível ao credor, visando garantir-lhe o cumprimento de uma obrigação, convencionava com este, por um pacto (denominado *pactum fiduciae*), a restituição da coisa, quando extinta a relação obrigacional.”¹⁴

RESTIFFE NETTO acrescenta, ainda, uma terceira espécie de negócio jurídico fiduciário romano, chamado “*fiducia remancipationis causa*” pelo qual o *paterfamilias* vende um filho a outro *paterfamilias*, com a obrigação assumida por este de libertá-lo em seguida, de forma tal que se obtenha o fim visado, que é a emancipação do filho.¹⁵

Sem embargo e com exceção da terceira modalidade de fidúcia (*fiducia remancipationis causa*), todas tinham por traço característico a efetiva transferência da propriedade, sob a condição de que, satisfeita a finalidade, fosse restituído o bem.

Assim, a fidúcia - sob o prisma da garantia - tinha dupla função no Direito Romano: primeiro, como instrumento de depósito, com a entrega da coisa a pessoa de confiança; segundo, como constituição de uma garantia em favor do credor, mediante a transmissão da propriedade.

De tal *divisio*, remanescem no direito atual o negócio jurídico fiduciário e a propriedade fiduciária, conforme será explicitado mais adiante.

O fiduciário, como proprietário pleno, tinha então o exercício de todos os poderes inerentes à propriedade, remanescendo apenas com obrigação de restituição da coisa.

A responsabilidade do fiduciário estava sujeita apenas a ação pessoal, razão pela qual ficava o devedor-fiduciante sujeito a riscos.

Foi somente no fim da República que surgiram duas ações a tutelar especificamente os direitos de fiduciante e fiduciário: a *actio fiduciae directa*, em que o fiduciante poderia cobrar a restituição da coisa ou o cumprimento da destinação convencionada e a *actio fiduciae contraria*, para as hipóteses de descumprimento, pelo fiduciante, das obrigações pactuadas.

A fidúcia era celebrada em ato solene (*mancipatio* ou *in iure cessio*) e *pactum conventum*.

Teve ampla aplicação no período clássico, sendo pouco utilizada no pós-clássico, crendo-se pelo seu desaparecimento nas Compilações de Justiniano.

O PENHOR DA PROPRIEDADE NO DIREITO GERMÂNICO

O direito germânico, nitidamente influenciado pelo direito romano, também conheceu a fidúcia, todavia com traços característicos.

O penhor, como garantia, exercia para os germânicos, a função econômica desempenhada pela fidúcia para o povo romano.

O devedor transferia ao credor a propriedade de certo bem, na *carta venditionis*, mas simultaneamente, celebrava com ele um pacto adjeto, a *contracarta*, tornando condicional aquela transmissão.

¹³ Lucia dal Pont, Função do Registrador da Alienação Fiduciária de Imóveis. Campinas: Russel, 2009, p.13

¹⁴ José Carlos Moreira Alves. Direito Romano, v. 1, 6ª edição revista e acrescentada, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 436

¹⁵ Restiffe Neto, o. cit. p. 2

Ensina CHALHUB que na estrutura do direito germânico, no que interessa às considerações sobre a evolução da fidúcia e dos institutos afins, sobreleva a figura de intermediários denominados *manufidelis* e *salmann*.

O *manufidelis* era pessoa de confiança, a quem competia, em cumprimento a atribuições a ele conferidas, transmitir bens a um beneficiário ou praticar atos de liberalidade visando doações *pro anima*.

O *salmann* era um intermediário através do qual se fazia a transmissão de um bem do proprietário para o adquirente/beneficiário.

Anota Messina que, no antigo direito medieval germânico, o *salmann* recebia seus poderes do alienante, obrigando-se de forma solene, a transmitir os bens ao terceiro destinatário, enquanto no novo direito medieval germânico o *salmann* passara a ser fiduciário do adquirente, e não do alienante, de modo que os poderes por ele recebidos não o eram para transmitir o bem ao destinatário, mas para adquirir o bem para este, ou com este intervindo para reforçar o direito do adquirente. O *salmann* recebia efetivamente a propriedade e passava a exercer sobre ela direito real enquanto não transmitisse a propriedade ao destinatário determinado, sendo certo que esse direito real era limitado pela finalidade que determinava a intervenção do *salmann*. Desse modo, o disponente e seus herdeiros tinham o direito de retomar a coisa do poder de terceiros, em caso de infidelidade do *salmann*, dispondo de um direito real de reversão.¹⁶

Assim, enquanto no direito romano o fiduciário recebia um ilimitado poder sobre a coisa, no direito germânico o poder jurídico do fiduciário é limitado pela propriedade resolúvel, sendo considerada ineficaz eventual alienação por parte do fiduciário.

RESTIFFE NETTO coloca que na fidúcia de construção germânica, o fiduciário investia-se de direitos circunscritos aos fins colimados pelos contratantes, subordinados à realização da condição resolutiva em segurança do fiduciante, a impedir abuso no poder de disponibilidade, em razão mesmo da

limitação do direito real conferido ao primeiro.¹⁷

Com efeito, ambos os institutos tem como traço característico a garantia dada pela efetiva transmissão da propriedade.

A FIDÚCIA NO DIREITO INGLÊS

O *mortgage* no antigo direito inglês

A transmissão da propriedade com escopo de garantia também é traço característico do *mortgage*, instituto com origem no antigo direito inglês.

Diferentemente do penhor no direito germânico, a propriedade transmitida originalmente no direito inglês não era resolúvel, mas sim plena e ilimitada, guardando grandes semelhanças com a *fiducia cum creditore*, do direito romano.

Com a evolução do instituto, o *mortgage* clássico tomou novos contornos, como registrou Otto de Souza Lima evidenciando que ultrapassada a primeira fase, passou o Chanceler, como representante do Rei e como *fountain of justice*, a intervir na relação negocial, expedindo um *writ* contendo uma *vocatio in ius* para que o fiduciário comparecesse perante ele. Comparecendo o réu e reconhecida como fundada, não *in ius* ou *at law*, mas *in equity*, isto é, segundo os imperativos da consciência a pretensão do autor, impunha o Chanceler a ele um determinado modo de comportamento ou de praticar determinado ato, sob pena de prisão. Intervinha, assim, a *equity* para modificar uma situação definitiva decorrente da *common law*, e isto porque, sob o ponto de vista da *equity*, seria iníquo que o *mortgator*, por não ter cumprido prestação no dia fixado no ato constitutivo, perdesse irremediavelmente a *res*, cujo valor era consideravelmente maior que o montante do débito.¹⁸

Trata-se de uma espécie de purgação da mora, denominada *equity of redemption*, no qual, mesmo vencido o prazo, o devedor poderia ter o direito de restituição da coisa se, dentro de um prazo razoável, pagasse a dívida, mais juros e reparação pela mora a que deu causa.

¹⁷ RESTIFFE, ob. cit. p. 4

¹⁸ CHALHUB, Melhim Namem, ob. cit. p. 16

¹⁶ CHALHUB, Melhim Namem, ob. cit. p. 15

O instituto da *equity of redemption* servia tanto ao devedor quanto ao credor que, diante da inércia de seu exercício, poderia perder irremediavelmente a propriedade.

Para evitar o processo, era possível, a previsão de cláusula autorizando a venda da coisa e aplicação de seu produto no caso de inadimplemento.

Com a evolução do instituto do *mortgage*, houve nítido distanciamento de suas raízes romanas (*fidúcia cum creditore*), passando a assemelhar-se mais ao penhor germânico.

O trust

Origem

Antigamente denominado *uses*, o *trust* nasceu na Inglaterra, na Idade Média, configurando-se pela entrega de certos bens a uma pessoa para que delas faça uso conforme encargo determinado que lhe tenha sido cometido, repousando esse conceito na confiança depositada naquele que recebe os bens.¹⁹

Trust, assim como *fidúcia*, significa confiança.

O *settlor* (instituidor), transmite a propriedade ao *trustee* (aquele em cuja a confiança foi depositada), que assume a obrigação de administrá-la em favor do *cestui que trust* (beneficiário), aquele em favor de quem o *trust* foi instituído.

Arminjon, Nolde & Wolf observam que o que distinguia o direito inglês do direito germânico era que legalmente, in Law, o *feoffee to use* inglês exercia o direito de propriedade sem restrições e que o beneficiário não tinha nenhum direito real ou pessoal contra aquele em quem pôs a confiança. Foi após o início do século XV que os chanceleres intervieram, constringendo o *feoffee*, em nome da moral e da equidade, a cumprir os encargos que lhe foram impostos.²⁰

Somente a partir da Idade Média é que a Corte de Chancelaria começa, coercitivamente, a forçar o fiduciante à

restituição da coisa ao fiduciário, sob pena de prisão, até ulterior reconhecimento da obrigação e devolução da *res*.

Assim, o *trust* é um negócio em que uma pessoa (fiduciante) transfere seus direitos a outra (fiduciário) para que esta os administre segundo as condições previstas no contrato, em proveito do próprio fiduciante ou de terceiro beneficiário, obrigando-se a restituí-la ao fiduciante ou ao beneficiário, uma vez implementada a condição convencionada.²¹

Concepção moderna

Muito se discute sobre a utilidade e possibilidade de adaptação do *trust* aos países de tradição legislativa romana.

A versatilidade do instituto é seu principal atrativo, tendo motivado vários estudos sobre a possibilidade de implantação em diversos países.

No entanto as diferenças estruturais de ambos os sistemas (*common law* e *civil law*), constituem obstáculo quase que intransponível para sua aplicação tal e qual se apresenta no modelo anglo-americano.

Sua fórmula engenhosa permite a consecução dos mais variados negócios, mediante uma dinâmica que contempla uma transmissão triangular, em que o *settlor* destaca um bem de seu patrimônio e o transmite ao *trustee*, que, recebendo-o, não pode desfrutar das utilidades econômicas deste bem, mas se obriga a transmiti-lo, e efetivamente o transmitirá, ao *cestui que trust* ou beneficiário, este, sim o titular dos frutos dos bens objeto de *trust*.²²

A característica fundamental é a dicotomia do direito de propriedade: uma propriedade formal (*legal tittle*), que seria uma propriedade relativa e limitada ao fim de sua constituição e outra propriedade de fruição.

Há uma segregação patrimonial, com a criação de um patrimônio de afetação, não se misturando ao patrimônio do *settlor* ou do *trustee*.

Instituído o *trust*, desaparece a figura do *settlor*, restando apenas sua vontade

¹⁹ Ob. cit., p. 18.

²⁰ Ob. cit., p. 18

²¹ Ob. cit., p. 19

²² Ob. cit., p. 24

manifesta no ato de instituição do *trust*.

Atualmente, a constituição do *trust* encontra-se consolidada no contexto da jurisprudência como negócio pelo qual uma pessoa destaca de seu patrimônio certos bens e transmite a outra pessoa sua propriedade formal (*legal tittle*), obrigando-se esta última (*trustee*) a administrá-la em favor de uma terceira pessoa (*cestui que trust* ou beneficiário), que terá a propriedade de fruição ou econômica, sobre o bem do *trust*.²³

Permanece a idéia da confiança, sendo esta controlada pela Corte que fixa os padrões de fidelidade que devam ser observados pelo *trustee*.

A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

A Propriedade Fiduciária no Anteprojeto do Código Civil

Transcorridas décadas de práticas dos negócios jurídicos fiduciários *inominados* – baseados única e exclusivamente na confiança – sem qualquer regulamentação específica que lhes garantissem eficácia e segurança, o instituto da propriedade fiduciária foi introduzido no direito positivo brasileiro através da Cessão Fiduciária de Crédito (Lei de estímulo à Indústria e Construção Civil) e Alienação Fiduciária em garantia (Lei de Mercados de Capitais e legislação de incentivo à expansão industrial).

Com a elaboração do anteprojeto do novel código civil, natural foi sua assimilação pelo diploma de direito privado.

Registra Restiffe Netto que o Anteprojeto do Código Civil, elaborado pela insigne Comissão de Juristas encabeçada pelo Prof. Miguel Reale, no Livro de Direito das Coisas, inscreveu o Capítulo Da Propriedade Fiduciária, como “solução normativa”, resultante da contribuição emprestada pelo Prof. José Carlos Moreira Alves, eminente Procurador-Geral da República, a completar “o quadro da propriedade”, como acentua a Exposição de Motivos (suplemento do DOU n. 149, de 7.8.1972). Figura adequadamente logo em seguida ao seu antecedente lógico, a

propriedade resolúvel (Capítulo IX).²⁴

Continua o autor analisando que em essência, a transferência da propriedade fiduciária, com escopo de garantia, constante no Anteprojeto, equivale-se à alienação fiduciária em garantia regulada pela Lei de Mercados e Capitais.

Entretanto, isso será analisado mais adiante quando tratarmos das diferenças entre a propriedade fiduciária contida no novel diploma civil e a alienação fiduciária em garantia, regulada pela lei especial.

O que importa saber – por ora – é através desta incorporação, cristalizou-se no código civil uma nova modalidade de direito real de garantia, galgada no instituto da propriedade.

Características da Propriedade Fiduciária

A propriedade fiduciária é uma propriedade limitada em seu conteúdo e duração, posto que resolúvel.

Chalhub afirma que a propriedade fiduciária é uma propriedade limitada pelas limitações que sofre em seu conteúdo, em virtude da finalidade para a qual é constituída, tendo duração limitada, enquanto perdurar o escopo para a qual foi constituída.²⁵

Cariota-Ferrara sustenta que a propriedade fiduciária é um direito real especial, já que o fiduciário é proprietário pleno como qualquer outro.

Navarro Martorell, discorda quanto a sua especialidade, limitação ou mesmo divisão concluindo pela plenitude da propriedade do fiduciário, seja perante terceiros, seja frente ao próprio fiduciante.

Para Moreira Alves a limitação que lhe é imposta é para atendimento do escopo de garantia, pois enquanto este escopo perdura a lei atua como elemento de compressão sobre o conteúdo do domínio atribuído ao credor; deixando de ser necessária cessa a pressão e automaticamente a propriedade volta à sua plenitude anterior.²⁶

Com efeito, para determinados fins,

²⁴ Restiffe Netto, o. cit. p. 22

²⁵ Chalhub, ob. cit. p.101

²⁶ Alves, José Carlos Moreira Alves. Alienação Fiduciária em garantia. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.123.

²³ Ob. cit., p. 24

como, por exemplo, o de garantia, admite-se sejam reduzidos os atributos inerentes à propriedade até o limite de um conteúdo mínimo do direito subjetivo do proprietário, num processo em que esse conteúdo vai se expandindo ou vai se comprimindo, sem que, entretanto, o domínio perca sua natureza essencial; esse processo não fraciona o domínio, apenas comprime, reduzindo-o até um limite mínimo considerado suficiente pelo ordenamento jurídico para que a propriedade conserve seu conteúdo essencial.²⁷

Pontes de Miranda sustenta que a fidúcia não restringe a posição jurídica do fiduciário, porque tudo se passa, quanto a ela, no plano da relação jurídica pessoal.

Continua o renomado jurista dizendo que o fiduciário é proprietário perante todos, inclusive o fiduciante; e nisso o negócio jurídico fiduciário distingue-se do negócio jurídico simulado.²⁸

No entanto e em que pese a posição do renomado autor, não se pode dizer que a propriedade do fiduciário é uma propriedade propriamente dita.

Porquanto, é resolúvel, conforme expressa disposição no art. 1361 do Código Civil.

Posto que essencialmente transitória, diverge da natureza da propriedade clássica, como um direito real, que é essencialmente perpétuo.

Diz-se que é condenada a extinção, em razão do vencimento do prazo ou da implementação de certa condição.

Seu conteúdo é limitado, vale dizer, seus poderes dominiais somente poderão ser exercidos em consonância com a finalidade instituída no *pactum fiduciae*.

Ao proprietário é conferido o domínio, na medida suficiente para que lhe garanta, cumprindo as finalidades estabelecidas no pacto.

Aliás sua limitação é tamanha que nos casos de inadimplemento não pode sequer ficar com coisa, sendo obrigado a alienação e aplicação do produto para saldar a dívida (art.

1364, CC).

Note-se que a transmissão da propriedade ao fiduciário em nada acresce seu patrimônio, sendo somente uma garantia dada em função de negócio subjacente.

Não há, ainda, contraprestação pecuniária pela transmissão. Assim, não se pode dizer que a transmissão fiduciária dá-se a título oneroso.

Por outro lado, igualmente errôneo dizer que se trate de uma transmissão gratuita, pois não é doação.

Na realidade, é tão somente intermédio para a consecução do negócio jurídico principal.

Por outro lado, a propriedade fiduciária difere dos negócios jurídicos de natureza fiduciária: a primeira é um direito real e o segundo uma relação contratual.

Em suma: a propriedade fiduciária é uma propriedade resolúvel, pois restrita aos fins de seu ato constitutivo, e temporária, uma vez implementadas as condições de sua constituição.

Sobre a propriedade resolúvel observa Demongue que quando uma pessoa aliena sob condição, cria, de logo, um direito real em favor do adquirente, e que, nascendo imediatamente, só terá ou produzirá efeitos no dia da realização da condição. Ao alienante não fica senão uma propriedade temporária, enquanto da outra parte uma oportunidade de conservar a propriedade definitiva, se a condição não se completa.²⁹

Vale dizer que o fiduciante tem direito de restituição automática, desde que implementada a condição resolutiva, visto seu efeito é retroativo.

É certo, por conseguinte, que não há novo negócio para retransmissão, mas somente uma cessação dos efeitos do negócio celebrado, retornando-se ao *statu quo ante*.

Sob o enfoque registrário, implementada a condição, desnecessário novo registro de transmissão, mas tão somente o cancelamento do registro da propriedade resolúvel e dos atos dela resultantes, retornando as coisas como eram antes do

²⁷ Chalhub, ob. cit. p. 103

²⁸ Pontes de Miranda, ob. cit., p. 120

²⁹ Ob. cit. p. 110

negócio fiduciário.

Posto isto, é a propriedade fiduciária limitada e temporária, posto que resolúvel, com escopo de garantia.

A Propriedade Fiduciária no Código Civil Brasileiro (arts. 1361 a 1368)

A propriedade fiduciária regulamentada pelo Código Civil tem objeto determinado, ou seja, os bens móveis.

Inserida na Parte Especial do Código Civil, localiza-se no livro de Direito das Coisas em seu Título III, Capítulo IX, arts. 1361 a 1368.

Conservada a estrutura básica da Lei n. 4728/65 e do Decreto 911/69 – origens da matéria – introduziu alterações relevantes, dentre elas a possibilidade de utilização do instituto para qualquer negócio jurídico.

Assim, ampliou-se o leque que antes era restrito aos financiamentos concedidos por instituições financeiras e algumas esparsas hipóteses previstas em lei especial.

Acrescenta-se às modificações de relevância a possibilidade de sub-rogação de terceiro interessado ou não.

Todavia, embora se tenha dado um grande passo, o fato é que o legislador perdeu a oportunidade de sistematizar toda a matéria, deixando de lado as demais espécies de titularidade fiduciária.

Poder-se-ia atribuir esta omissão ao fato do Anteprojeto do Código Civil datar da década de 70, por conseguinte, todas as figuras fiduciárias emergentes sequer existiam.

Todavia, não se trata de escusa, haja vista que deveria o legislador ter atualizado este relevante tema.

No mais, perdida a oportunidade de reger de maneira sistematizada a segregação patrimonial.

Destarte, a propriedade fiduciária regrada nos artigos 1361 a 1368 do diploma civil relaciona-se apenas às coisas móveis infungíveis, com escopo de garantia.

Comparações entre a Propriedade Fiduciária do Código Civil e a Alienação Fiduciária em Garantia

A alienação fiduciária é espécie de contrato por meio do qual a propriedade fiduciária se constitui.

Instrumento de constituição de propriedade fiduciária é, em verdade, o *nomen iuris* do negócio jurídico.

Inicialmente inserida no art. 66, da Lei 4.728/65 (Lei de Mercados e Capitais), visou suprir a insuficiência das garantias reais clássicas - que já não cumpriam de maneira satisfatória seu escopo - proporcionando uma maior circulação de crédito e aquecimento do mercado financeiro.

Alterada a redação do artigo 66, primeiramente, pelo Decreto-lei n. 911/69, a matéria posteriormente foi inserida no Código Civil, revogando-se suas disposições, com exceção da parte processual.

Em 2004 a Lei 10.931, derogou os arts. 66 e 66^a da lei 4728/65, introduzindo o art. 66 B, com características especiais para a constituição de propriedade fiduciária em garantia no âmbito de mercado financeiro e capitais.

Além disso, o §3º deste artigo instituiu a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre bens móveis, bem como sobre títulos de crédito em geral.

De toda sorte, temos no direito pátrio duas espécies de propriedade fiduciária de bens móveis em garantia: uma geral, regida pelo Código Civil, e outro para a garantia de créditos do mercado capital e financeiro.

Em suma: a alienação fiduciária é tão somente o negócio jurídico viabilizador da constituição da propriedade fiduciária.

CONCLUSÃO

Diante da necessidade do surgimento de garantia real eficiente, do ponto de vista de agilidade de recuperação do crédito, e segura, nasceu a alienação fiduciária em garantia.

Sob contornos modernos, importou-se do Direito Romano a figura da *fiducia cum creditore*, dando-lhe contornos atuais e eficientes.

Consequentemente, foi possível um “barateamento” dos encargos relacionados ao empréstimo, expandindo, no todo, o sistema financeiro nacional e a própria economia pátria.

Primeiramente disciplinada pelo art. 66, da Lei 4.728/65 (Lei de Mercados e Capitais), tendo posterior alteração de redação dada pelo Decreto-lei n. 911/69, a matéria hoje, no que tange aos negócios jurídicos em geral, está disciplinada pelo Código Civil em seus artigos 1361 ao 1368.

Com objeto determinado, ou seja, os bens móveis infungíveis, com escopo de garantia, o diploma civilista buscou ampliar as possibilidades de constituição da propriedade fiduciária até então limitadas pela Lei 4.728/65.

Traz o *codex* a conceituação de propriedade fiduciária, logo no primeiro artigo do capítulo IX, do Título III, de seu Livro III.

Assim, dispõe que é propriedade fiduciária aquela propriedade resolúvel, de coisa móvel infungível, com o escopo de garantia.

Difere-se a propriedade fiduciária de sua matriz em razão da restrição imposta pelo seu ato constitutivo. Sua transferência ao patrimônio do fiduciário é feita na exata medida da necessidade para consecução de seu fim: a garantia.

A temporariedade é outro traço marcante de distinção, posto que a perenidade da propriedade é característica desta espécie de direito.

Destarte, sua duração é condicionada ao implemento da condição imposta no pacto: adimplida a obrigação, transfere-se automaticamente ao patrimônio do fiduciante.

Outrossim se é certo que a propriedade fiduciária não é uma propriedade propriamente dita, na exata acepção do termo, não menos certo é que a alienação fiduciária nada mais é do que o negócio jurídico por meio do qual esta espécie heterônoma de propriedade é constituída.

Embora o legislador tenha pecado pela não sistematização de todas as espécies de titularidade fiduciária, o fato é que demos importante avanço ampliando o leque de utilização.

Sem embargo, é a propriedade

fiduciária importante instrumento de garantia real a possibilitar o crescimento econômico deste país.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. XII, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. III.

_____. *Direito Romano*, v. 1, 6ª edição revista e acrescentada, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ALVES, José Carlos Moreira. *Alienação Fiduciária em garantia*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*, 4ª edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

GUIMARÃES, João de Freitas *Vocabulário Etimológico do Direito*. Editora da Universidade Santa Cecília dos Bandeirantes.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Geral*, Tomo III, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

PONT, Lucia dal. *Função do Registrador da Alienação Fiduciária de Imóveis*. Campinas: Russel, 2009.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia Fiduciária*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

Artigo recebido em: 03.01.2012.

Avaliado em: 14.12.2012.

Aceito para publicação em: 23.04.2013.