

Capítulo I

NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

SUMÁRIO: 8. *A natureza contratual da alienação fiduciária em garantia.* 9. *A alienação fiduciária em garantia e a constituição da propriedade fiduciária.* 10 *A eficácia constitutiva do registro.* 11. *A causa na alienação fiduciária em garantia.* 12. *O caráter acessório da alienação fiduciária em garantia.*

8. *A natureza contratual da alienação fiduciária em garantia.* — Determinar a natureza jurídica de um instituto é estabelecer o seu enquadramento dentro de uma das categorias dogmáticas admitidas no sistema jurídico de um país.

Examinando-se a estrutura da alienação fiduciária em garantia, quer no teor original do art. 66 da Lei n.º 4.728, quer na nova redação que a esse dispositivo deu o art. 1.º do Decreto-lei n.º 911, verifica-se, de imediato, que se trata de negócio jurídico bilateral, que visa a transferir a propriedade de coisa móvel com fins de garantia (*propriedade fiduciária*).

Com efeito — e restringindo-nos ao texto atual do referido art. 66 que, nesse ponto, não alterou a concepção que se encontra na Lei n.º 4.728 —, depois de esse dispositivo legal, no *caput*, acentuar 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, 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”,

dispõe, em seu § 1.º:

“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, as comissões cuja cobrança for permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;
- d) a descrição do bem, objeto da alienação fiduciária, e os elementos indispensáveis à sua identificação.”

Embora nem a Lei n.º 4.728 nem o Decreto-lei n.º 911 usem da expressão *contrato* para caracterizar a alienação fiduciária em garantia, não há dúvida de que estamos diante de negócio jurídico bilateral, análogo aos que visam à constituição dos direitos reais de garantia, e que são denominados *contratos* pelo Código Civil, como se vê no art. 761, cuja parte inicial reza: “Os contratos de penhor, anticrese e hipoteca declararão, sob pena de não valerem contra terceiros:

Os *contratos de penhor, anticrese e hipoteca* não são *contratos obrigatórios*,⁹⁰ pois não criam, modificam ou extinguem obrigações. São negócios jurídicos que não se situam no campo do direito obrigacional, mas, sim, no do direito das coisas.

⁹⁰ A expressão *contrato obrigatório* pode ser empregada — como acentua, entre outros, Waechter — em dois sentidos: em *sentido amplo*, para abranger os contratos que criam, modificam ou extinguem obrigações; e em *sentido estrito*, para abarcar, apenas, os que criam ou modificam obrigações, sendo, então, denominados *contratos liberatórios* os que extinguem obrigações (WAECHTER, *Pandekten*, vol. II, § 184, pág. 343).

Há autores — como Darcy Bessone — que, ao invés de *contrato obrigatório em sentido amplo*, dizem *contrato obrigacional* (DARCY BESSONE, *Do Contrato*, n.º 26, pág. 66).

Correspondem eles à *Einigung* do direito alemão, a qual, segundo a doutrina ali dominante,⁹¹ é um *dinglicher Vertrag*, expressão que Lacerda de Almeida⁹² traduziu por *contrato de direito das coisas*, uma vez que são acordos de vontade que produzem efeitos reais.

A alienação fiduciária em garantia, ao contrário do que sucede com os contratos de penhor, anticrese e hipoteca, não visa à constituição de direitos reais limitados, mas à transferência do direito de propriedade limitado pelo escopo de garantia. Apesar disso, apresenta-se ela, em nosso sistema jurídico, também como contrato de direito das coisas.

O direito civil brasileiro, quanto à transmissão dos direitos reais, não se cingiu a seguir a distinção, que se funda no direito romano e vem dos autores medievais, entre o título (contrato obrigatório) e o modo de aquisição (como a *traditio*), nem tampouco se subordinou ao modelo do Código Civil Alemão, que apresenta, no tocante à transferência da propriedade, a tricotomia: contrato obrigatório (que gera a obrigação de transmitir o domínio), contrato de direito das coisas (a *Einigung*, acordo de vontade para que se cumpra essa obrigação mediante

⁹¹ Vide, a propósito, TRAPP, *Der dingliche Vertrag und seine Stellung im System des bürgerlichen Gesetzbuches*, § 2.º, pág. 5, e § 10, págs. 45 e segs.

⁹² É certo que, no texto (pág. 163), Lacerda de Almeida emprega, para designar a idéia do *dinglicher Vertrag*, a expressão *contrato real*, ao acentuar que é ele “um contrato, não destinado como os contratos na sua aplicação mais comezinha e ordinária a criar, modificar ou extinguir obrigações, não parte constitutiva do ‘Direito das Obrigações’, mas *contrato real*, que tem por objeto transferir cousas ou direito referentes às cousas; da esfera portanto do ‘Direito das Cousas’ (F. P. LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Cousas*, J. Ribeiro dos Santos — Livreiro Editor, vol. I, § 23, pág. 163, nota 9).

Entretanto, na citada nota 9, a págs. 163, declara que a expressão *dinglicher Vertrag* é “melhor vertida talvez por *contrato do Direito das Cousas*”.

E, realmente, essa denominação é melhor do que *contrato real*, expressão que, as mais das vezes, é empregada no sentido de contrato que, para formar-se, depende da entrega da coisa (assim, entre outros, o mútuo, o comodato, que são contratos obrigatórios).

a tradição ou a transcrição) e modo de aquisição (a tradição ou transcrição).⁹³ Em nosso sistema jurídico, no que diz respeito à transmissão do domínio, aparentemente só distinguimos duas figuras — o contrato obrigatório (como, por exemplo, a compra e venda, a doação) e o modo de aquisição (a tradição e a transcrição, conforme se trate de coisas móveis ou imóveis) —, mas, na realidade, entre elas existe a figura do acordo de vontade das partes do contrato obrigatório para o adimplemento da obrigação (que é a transmissão da propriedade), acordo esse que se perfaz com a tradição ou com a transcrição. Essa figura intermediária não aparece, no direito brasileiro, com a evidência com que se manifesta no direito germânico, pois, aqui, não há uma *Einigung* materialmente distinta do contrato obrigatório, em se tratando de transferência do domínio, e *Einigung* que é um negócio jurídico bilateral abstrato do direito das coisas, em contraposição ao contrato obrigatório, que é negócio jurídico bilateral causal do direito das obri-

⁹³ É certo, porém, que os autores alemães discutem sobre se o acordo de vontade (*Einigung*) e a transcrição (*Eintragung*) constituem juntos o contrato de direito das coisas (*dinglicher Vertrag*), ou se apenas o acordo de vontade (*Einigung*) representa esse contrato. Cf. LENT. *Sachenrecht*, § 12, VI, págs. 39-40).

A propósito do *dinglicher Vertrag*, vide KOHLER, "Der dingliche Vertrag", in *Gesammelte Abhandlungen*, págs. 1 e segs.; TRAPP, *Der dinglicher Vertrag und seine Stellung im System des bürgerlichen Gesetzbuches*; e MEUMANN, *Der dingliche Vertrag*, Druck von Wilhelm Hecker, Grafenhalnichen, 1905. Em português, consulte-se, pela clareza e síntese, DARCY BESSONE, op. cit., n.º 26, págs. 66 e segs.

Note-se, finalmente, que *dinglicher Vertrag* pode também ser vertido para nosso idioma por *contrato com efeitos reais*, tradução literal, aliás, da rubrica do art. 1.376 do Código Civil italiano de 1942, onde se lê: "Contratto con effetti reali. — Nel contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato."

gações.⁹⁴ Em nosso sistema jurídico, embora — como se verifica dos termos do art. 933 do Código Civil — o acordo de vontade para criar a obrigação de transmitir a propriedade se distinga do necessário ao adimplemento dessa obrigação,⁹⁵ este

⁹⁴ Não há, pois, no direito brasileiro, a nítida distinção feita pelo BGB, no que diz respeito à transferência do domínio, entre o *schuldrechtliches (obligatorisches) Verpflichtungsgeschäft* e o *sachenrechtliches (dingliches) Erfüllungsgeschäft*, ou, em outras palavras, entre, por exemplo, o contrato de compra e venda e o acordo de transmissão da propriedade.

Por isso mesmo, DARCY BESSONE, ao invés de distinguir esses dois negócios jurídicos, os confunde na compra-e-venda, que, no Brasil, para ele, é um contrato *real-obrigacional*.

Em outras palavras, defende ele a tese de que o sistema jurídico brasileiro, no particular, não seguindo o francês (do *contrato translativo do domínio*) nem o alemão (em que há dois contratos: um obrigatório e outro com eficácia real — a *Einigung* — que é abstrato e se transcreve no registro público), realizou obra eclética, reunindo os dois acordos de vontade exigidos no direito alemão em um contrato apenas, *contrato obrigatório-translativo*, que, no dizer daquele civilista, é “cumulativo de efeitos obrigatórios e reais, sem que a fusão conduzi-se integralmente ao sistema franco-italiano da transferência da propriedade só pelo contrato. Reduzidos a uma única convenção, a passagem do domínio imobiliário se subordinaria, não obstante, à transcrição do título no Registro de Imóveis. Aconteceria, então, que o título conteria também o acordo translativo, ou seja, o acordo (*real*, quanto aos seus efeitos) *sobre a própria translação do domínio*” (DARCY BESSONE, *Promessa de Compra e Venda de Imóveis*, Estabelecimentos Gráficos Santa Maria S.A., Belo Horizonte, 1952, n.º 15, pág. 57).

⁹⁵ Com efeito, é graças a essa distinção que se pode explicar, logicamente, a natureza jurídica da compra e venda com reserva de domínio, na qual o que está sob condição não é a tradição da coisa móvel (a tradição, como ato jurídico em sentido estrito que é, não pode ser condicionada), mas o acordo de vontade para a transferência do domínio que está insito no acordo em que se traduz o contrato obrigatório de compra e venda. A propósito, merecem transcrição estas palavras de Couto e Silva: “A seu turno, admitindo-se que o poder de disposição seja necessário para a eficácia do pagamento (art. 933), deve-se concluir, também, com rigor inflexível de lógica, que o condicionamento do ato dispositivo só se pode situar no plano em que ele se realiza, ou seja, no do direito das coisas. Sendo o poder de disposição requisito do pagamento, o condicionamento do ato opera, obviamente, sobre o adimplemento. No direito alemão, é incondicionável, sob reserva de domínio,

se considera implícito naquele, ou, em outras palavras, a vontade de obrigar-se e a de cumprir a obrigação estão co-declaradas no contrato obrigatório, não se distinguindo, portanto, materialmente. Ademais, e ainda à diferença do direito germânico, o acordo de vontade do direito das coisas, no sistema brasileiro, é, na opinião quase unânime dos autores,⁹⁶ causal, quer a transmissão diga respeito a coisa móvel (o que decorre do art. 622 do Código Civil), quer a coisa imóvel.

Em se tratando dos contratos de penhor, anticrese e hipoteca (e igualmente de alienação fiduciária em garantia), ressalta, mais nitidamente, a distinção entre esses dois diferentes acordos de vontade, porquanto, nesses casos, não há a vontade de obrigar-se, mas apenas a de constituir o direito real de garantia, como salienta, com precisão, Couto e Silva: "Mas, a vontade de adimplir como decorrência lógica da vontade criadora de direitos e obrigações, somente existe naqueles casos em que o cumprimento de dever seja, a sua vez, negócio jurídico. Esta afirmativa parece óbvia, mas convém ter sempre presente que existem outros negócios dispositivos, inclusive de direito das coisas, que não se constituem em adimplemento de uma obrigação. Nos de garantia, quando alguém diz que "dá em hipoteca determinado imóvel para garantir mútuo anteriormente realizado", cuida-se de negócio de direito das coisas, negócio esse que não é decorrência lógica do mútuo,

⁹⁶ Vide, *infra*, o n.º 11, *in fine*.

a transmissão da propriedade imóvel. No direito brasileiro, também a reserva de domínio é aplicável, somente, às coisas móveis. Mas, como a tradição é ato real e como tal incondicionável, surge a questão de saber qual o ato que sofre a condição de reserva de domínio. Se não for a compra-e-venda, porque para esta o poder de disposição não se constitui em requisito; se não for a tradição, porque esta é incondicional. Temos de concluir, de modo indesejável, que a *conditio* se insere num negócio jurídico situado entre a compra-e-venda (obrigacional) e a tradição (direito das coisas), entre o *titulus* e o *modus acquirendi*, enfim, no negócio dispositivo a que alude o art. 933 do Código Civil. A causalidade desse negócio jurídico também não lhe dará a categoria de mero negócio auxiliar" (C. COUTO E SILVA, *A Obrigação como Processo*, Ed. Meridional, "EMMA", Porto Alegre, 1964, págs. 68-69).

porque existem empréstimos sem garantia real, e o acordo de constituição do ônus é negócio jurídico no plano dos direitos reais. E aí se faz imprescindível a vontade dirigida à constituição do gravame. Essa, por sua vez, não se poderá considerar como implícita no mútuo.”⁹⁷

Por isso mesmo, celebrado um *contrato de hipoteca* — do qual não surge qualquer obrigação entre as partes —, ele se perfaz com sua transcrição no Registro de Imóveis que pode ser requerida por qualquer interessado, e não apenas pelo credor, pois, como esclarece Couto e Silva,⁹⁸ “a transcrição é ato de direito público, não integrado pela vontade dos particulares”.

Dessas considerações resulta que, seguindo a nomenclatura adotada pelo Código Civil, se pode caracterizar, à semelhança do que sucede com o penhor, a hipoteca e a anticrese, enquanto negócios jurídicos bilaterais, a alienação fiduciária em garantia como *contrato*, mas contrato que não é obrigatório, situando-se, ao contrário,⁹⁹ no plano do direito das coisas. E

⁹⁷ C. COUTO E SILVA, op. cit., pág. 59.

Sobre o *contrato de penhor*, escreve Pontes de Miranda: “No direito romano, havia contrato real de penhor (L. 1, § 6.º, D., *de obligationibus et actionibus*, 44,7). Não há, porém, pelo menos hoje, o *contractus pignoratiticius* de que se falava no direito comum. Há o acordo para a constituição, que é de direito das coisas, e perfaz, com a entrega da posse, relação de penhor (direito real); as pretensões e obrigações que se irradiam provêm da relação jurídica real de penhor” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. XX, § 2.562, 1, pág. 397).

⁹⁸ *Idem*, *ibidem*, pág. 67.

⁹⁹ Com efeito, a alienação fiduciária em garantia tem seu tipo devidamente estabelecido na lei, que lhe dá o *nomen iuris*.

Como salienta Messineo, o contrato somente é considerado tecnicamente nominado quando a lei lhe dá disciplina própria, e não apenas quando lhe confere uma denominação, sem estruturar seu tipo. Neste caso, tais contratos “sono innominati, in senso tecnico, e non già nominati, sebbene abbiano un nome nella legge”; e conclui ele com este esclarecimento: “Portanto, è contratto innominato quello che, anche se menzionato dalla legge, è sprovvisto di disciplina particolare: a meno che la menzione del contratto sia fatta dalla legge in luogo tale, che se ne possa indurre, per via di rimando, la disciplina giuridica (es., 1869, che assimila alla rendita perpetua il contratto, con cui si

esse contrato — que é nominado — se enquadra entre os negócios jurídicos a que a dogmática moderna dá a denominação de *negócios jurídicos dispositivos*.

9. *A alienação fiduciária em garantia e a constituição de propriedade fiduciária.* — Fixada, assim, a natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia, é mister que se enfrente outra questão: a de saber se, em face da legislação que criou esse instituto jurídico, o simples acordo de vontade em que ele se consubstancia é bastante para fazer nascer a garantia real que é a *propriedade fiduciária*, ou se, ao invés, é necessário, para isso, que ele se perfaça por um ato (tradição, ou registro), à semelhança do que ocorre com os contratos de penhor, anticrese e hipoteca, em nosso direito.

Esse problema decorre do teor do art. 66 da Lei n.º 4.728, em suas duas redações.

Reza o art. 66, § 2.º, da Lei n.º 4.728, em seu texto originário:

“O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário.”

Já na redação atual que lhe foi dada pelo Decreto-lei n.º 911, esse princípio se encontra no *caput* do art. 66, nos seguintes termos:

“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.”

costituísse un'annua prestazione perpetua)” (MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto*. 3.ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1946, pág. 214).

Portanto, originariamente, nesse artigo se declarava que o *instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição*, e, na redação subsequente, se estabeleceu 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*.

Ter-se-ia, no caso, abandonado o sistema seguido pelo nosso Código Civil em matéria de aquisição do domínio — no qual, à semelhança do romano e do germânico, se distinguem o acordo de vontade e o ato pelo qual ele se perfaz (assim, a tradição) —, para se observar o sistema francês, em que o acordo de vontade, por si só, independentemente da tradição, para as coisas móveis, transfere o direito de propriedade?

Para que melhor se elucidem os termos dessa questão, é mister que se faça o confronto do sistema brasileiro (que se origina do romano, com influência do direito alemão) com o francês de aquisição da propriedade.

Consoante o Código Civil Brasileiro, os direitos reais não nascem do simples acordo de vontade (a *Einigung* germânica, que, em nosso sistema, no tocante à transferência do domínio, está insita no acordo de vontade em que se consubstancia o contrato obrigatório, e que, no concernente aos direitos reais de garantia, é o próprio contrato que visa a sua constituição, como o de penhor, o de anticrese e o de hipoteca), mas dependem de que esse acordo se perfaça pela tradição ou pela transcrição, conforme se trate, respectivamente, de coisa móvel ou imóvel. O que implica dizer que, nesse sistema, o acordo de vontade, por si só, não produz efeitos reais; estes surgem com a realização de um daqueles dois atos tradicionalmente denominados *modos de aquisição da propriedade*. Portanto, no concernente às coisas móveis, com a tradição efetuada após o acordo de vontade, transmite-se não apenas a posse da coisa, mas também o direito de propriedade sobre ela.

O mesmo não ocorre no sistema francês, cuja origem, aliás, se prende também ao direito romano, pois, se no período clássico, para que a propriedade se transferisse, se exigia a tradição

coisa da coisa, na época de Justiniano¹⁰⁰ admitia-se, para esse efeito a tradição *solo animo*, nas modalidades que, posteriormente, os autores medievais e renascentistas agrupariam na categoria da *traditio ficta*.¹⁰¹ Entre elas se destacava o *constitutum possessorium*, que, já no tempo do pós-glosador já era inserido nos contratos notariais como cláusula de *constitutum*.¹⁰² E ainda que essa cláusula não fosse aposta ao contrato, autores havia, como Bartolomeu Socino, que presumiam a sua omissão por erro do notário, tendo-a, assim, por existente.¹⁰³ Era o constituto possessório presumido, ou melhor, *constitutum*. No antigo direito francês, embora se continuasse a entender que a tradição era necessária para a transferência dos direitos reais, na prática era ela substituída — como se *constitutum* — por cláusulas contratuais que valiam como

¹⁰⁰ Para o propósito, RICCOBONO, "Traditio Ficta", in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 1913, pág. 259 e segs.

¹⁰¹ Para a formação das modalidades de *traditio ficta*, na doutrina medieval e renascentista (inclusive a distinção que alguns juristas fizeram entre a *traditio ficta* e a *traditio symbolica*), vide LUIZ PINTO, "Corpus" e "animus" na posse em direito real, *Jornal do Commercio*, de Rodrigues & Cia., Rio de Janeiro, 1912 e segs., págs. 30 e segs.

¹⁰² I. S. "Diritti reali e diritti di obbligazione", in *La Formazione del Diritto Privato nel Diritto Comune*, Cedam, Casa Editrice, Milano, Padova, 1937, n.º 10, pág. 47.

¹⁰³ Para a utilização do constituto possessório na Idade Média, vide *Tratado de Direito*, Paulo de Castro, Mariano e outros, vide *Tratado de Direito*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1891, pág. 100.

¹⁰⁴ Bartolomeu Socino estas palavras: "Non improbabilliter constitutum in instrumentis emptionis et venditionis sit compositum. Si illae apponere clausulam constituti, licet non apponatur, praesumitur ex errore omissa, nec talis error in instrumentis pro apposita" (BARTOLOMEU SOCINO apud *Tratado de Direito Privato Italiano*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1912, pág. 100).

¹⁰⁵ *Tratado de Direito Elementaire de Droit Civil*, 4.ª ed., Librairie de Jurisprudence, vol. I, Paris, 1906, n.º 2593,

constituto possessório, a saber: cláusula de precário, de retenção de usufruto, de depósito, para citar algumas. Chegou-se até a criar figura nova, a cláusula de *dessaisine saisine*, que tornou inútil a tradição, pois, nela, o vendedor declarava que transferira a posse da coisa ao comprador, que confirmava a assertiva, pouco importando que, na realidade, não tivesse havido a entrega efetiva. Por outro lado, no século XVII, os jusnaturalistas, a partir de Hugo Grócio,¹⁰⁵ afirmavam que, segundo o direito natural, a tradição não era necessária para a transferência da propriedade, para a qual — não fora a lei civil — bastaria o simples consentimento das partes, como em certos casos (assim, na doação com reserva de usufruto) os próprios juristas — desde os romanos — o reconheciam. Como observa Planiol,¹⁰⁶ os jusnaturalistas “pensavam que se a tradição, ato material, é necessária para transferir a *posse*, que é um fato, a propriedade, que é uma *qualidade puramente moral*, podia muito bem passar de uma pessoa a outra por uma simples convenção”. E Nani¹⁰⁷ salienta: “E houve leis que explicitamente confirmaram a doutrina dos autores. Assim, entre nós, os RR.CC. de 1770 prescreveram (Liv. V, Tít. XVI, § 82) que o constituto possessório se terá sempre por aposto a todos os contratos e disposições de última vontade que se

¹⁰⁵ As passagens, a propósito, de Grócio, Pufendorf, Tomásio e Wolfio se encontram transcritas em KOHLER, “Vertrag und Uebergabe”. In *Zwölf Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch, erster Theil*, Carl Heymanns, Verlag, Berlim, 1900, págs. 310 a 312.

¹⁰⁶ “Pensalent que si la tradition, acte matériel, est necessaire pour transférer la *possession*, qui est un fait, la propriété, qui est une *qualité purement morale*, pouvait très bien passer d'une personne a une autre par une simple convention” (M. PLANIOL, op. cit., vol. I, n.º 2.594, págs. 826-827).

¹⁰⁷ “E vi furono leggi che esplicitamente confermarono la dottrina degli autori. Così presso di noi le RR.CC. del 1770 prescrivono (liv. V, tit. XVI, § 8.º) che il constituto possessori si avrà sempre per apposto a tutti i contratti e disposizioni di ultima volontà che si faranno per publico instrumento o per scrittura privata ed avrà la stessa forza come si vi fosse espresso. Lo si considerava quindi come una parte integrale del contratto, perchè tendeva a trasferire col possesso il dominio della cosa alienata” (E. NANI, op. cit., § 80, pág. 471).

fizerem por instrumento público ou por escritura particular e terá a mesma força como se fosse expresso neles. Ele se considerava, na verdade, como parte integrante do contrato, porque tendia a transferir com a posse o domínio da coisa alienada.”

Não foi necessário, portanto, que Domat¹⁰⁸ desse passo arrojado para, em face do que se praticava na França e na Itália, bem como do que a doutrina jusnaturalista defendia, afirmar, no final do século XVII, que a venda, por si só, transferia o direito de propriedade. Aliás, antes dele, no início desse mesmo século, o praxista Loisel¹⁰⁹ já havia enunciado esta regra: “L'on n'a pas plutot vendu la chose qu'on n'y plus rien.” Apesar da resistência de Pothier,¹¹⁰ aferrado à distinção romana entre título e modo de aquisição, vingou no Código Civil Francês a tese de que o simples consentimento é suficiente para transferir o domínio. E daí passou para outros códigos.¹¹¹

Por conseguinte, na França, a propriedade se transfere pelo acordo de vontade; a posse é que se transfere pela tradição efetiva ou ficta (mediante constituto possessório expresso ou tácito), podendo, ainda — segundo ponderável corrente de opinião¹¹² —, ocorrer, por força da lei, como consequência necessária da transferência da propriedade.

¹⁰⁸ J. DOMAT, “Lois civiles dans leur ordre naturel”, in *Oeuvres Completes de J. Domat*, Parte I, Liv. I, Tít. II, Seção 2, n.º 8.

¹⁰⁹ A. LOISEL, *Les Institutes Coutumieres de Loisel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1935, vol. VI, Liv. III, Tít. IV, n.º 392.

¹¹⁰ R. POTHIER, “Traité du droit de domaine de propriété”, in *Oeuvres de Pothier*, Ed. M. Bugnet, vol. IX, págs. 186-187.

¹¹¹ A propósito, vide KOHLER, op. cit., págs. 304 e segs.

O Código Civil Italiano de 1942 (art. 1.376) segue, também, essa orientação.

¹¹² A esse respeito, cf. LEONARDO COVIELLO, “Natura del possesso dell'alienante prima della consegna”, in *Studi di Diritto Romano, di Diritto Moderno e de Storia del Diritto*, publicati in onore di Vittorio Scialoja, vol. I, págs. 317 e segs.; e V. POLACCO, “Del Possesso”, in *Corso di Lezione di Diritto Civile*, Libreria della Sapienza di A. Impaolesi, Roma, (anno accademico, 1924-1925, págs. 101 e segs.).

No direito brasileiro, pelo sistema adotado pelo Código Civil e que remonta ao direito romano, para que haja a aquisição da propriedade é preciso que se conjuguem título e modo de aquisição. E a tradição, em nosso direito, tanto é modo de aquisição da propriedade quanto da posse. Em ambos os casos, admite-se a tradição efetiva ou ficta, esta aludida expressamente no Código pela referência ao constituto possessório.

Fixadas essas noções, retornemos à questão formulada inicialmente: com as declarações — que se lêem no art. 66, § 2.º, da Lei n.º 4.728, em seu teor originário, e no *caput* desse mesmo artigo na redação que lhe deu o Decreto-lei n.º 911 — de que

“o instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição”

e

“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”,

abandonou-se o sistema do Código Civil, em matéria de aquisição de propriedade, e se seguiu o sistema francês, pelo qual é o contrato que, independentemente da tradição, transfere o domínio?

Note-se que as fórmulas empregadas nas duas redações desse dispositivo apresentam bastante semelhança com o texto da alínea 2.ª do art. 1.138 do Código Civil francês — dispositivo que, nessa matéria, é de importância capital, no entender de Planiol¹¹³ — que reza que a obrigação “rend le créancier propriétaire... , encore que la tradition n'en ait point été faite”.

¹¹³ PLANIOL. op. cit., vol. I, n.º 2.590, pág. 824.

Os autores que estudaram o referido art. 66 — assim, entre outros, Pontes de Miranda,¹¹⁴ Alfredo Buzaid¹¹⁵ e Orlando Gomes¹¹⁶ —, não obstante a declaração de que “o instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada independentemente da sua tradição”, se manifestaram no sentido de que o sistema tradicional do nosso direito, no tocante à distinção entre o título e o modo de aquisição dos direitos reais, continuava intangível com a alienação fiduciária em garantia, pois esta seria, apenas, o título para a constituição da propriedade fiduciária, sendo seu modo de constituição o *constitutum possessorium*, uma das modalidades de *traditio ficta*. Alfredo Buzaid, após observar que se trata, em verdade, “de alienação do domínio sem entrega da coisa ao adquirente”, e de aproximar a alienação fiduciária em garantia do *penhor sem entrega da coisa empenhada*, finaliza sua análise com estas palavras: “A situação jurídica que acaba de ser descrita configura o chamado *constituto possessorio*, segundo o qual o possuidor *pro suo* passa a ser um possuidor *pro alieno*, tudo como já ensinava Celso: D. 41, 2, 18: *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere*.”¹¹⁷

Mas, em face dos termos do art. 66 da Lei n.º 4.728, em suas duas redações, poder-se-á pretender que ocorra o cons-

¹¹⁴ PONTES DE MIRANDA, op. cit., LII, § 5.485, 5, págs. 358 e segs.

¹¹⁵ ALFREDO BUZAI, *Ensaio sobre a Alienação Fiduciária em Garantia*, Ed. da Associação das Empresas de Investimentos, Crédito e Financiamento, São Paulo, 1969, n.º 32, pág. 46.

¹¹⁶ ORLANDO GOMES, *Alienação Fiduciária em Garantia*, 1.ª ed. n.º 61, pág. 73.

¹¹⁷ ALFREDO BUZAI, op. cit., n.º 32, pág. 46. Como se vê do texto transcrito, é improcedente a crítica que Orlando Gomes faz a Alfredo Buzaid, ao escrever: “Dispondo que o devedor continua a possuir a coisa em nome do adquirente, segundo as condições do contrato (art. 66, § 2.º), sustentam alguns (5) [nota essa em que é citado Alfredo Buzaid] que a transferência do domínio se opera independentemente da tradição da coisa. O engano é manifesto” (ORLANDO GOMES, op. cit., págs. 71-72).

O que Alfredo Buzaid acentua em seu trabalho é que a transferência do domínio, no caso, ocorre sem a *entrega* (ou seja, a tradição efetiva, real) da coisa ao adquirente, mas, sim, por meio do *constitutum possessorium*.

tituto possessório que, então, seria o modo de aquisição da propriedade fiduciária pelo credor?

Em rigor, só há que se falar em *constitutum possessorium* quando as partes a ele se refiram expressamente no contrato, ou, pelo menos, quando, embora não expresso, decorra implícito do teor das cláusulas que formam o conteúdo do contrato. Em outras palavras, há duas espécies de *constitutum possessorium*: o *expresso* e o *tácito*. Nesse sentido, Randa, após ter afirmado que "... ein besonderer Fall des Besitzerwerbes durch Repräsentanten ist das sogenannte *constitutum possessorium*, nämlich (ausdrückliche oder stillschweigende) Willenserklärung des Besitzers einer Sache, nunmehr dieselbe nicht mehr im eigenen Namen, sondern in Namen eines bestimmten Dritten besitzen zu wollen" ("um importante caso de aquisição de posse por intermédio de representante é o denominado *constitutum possessorium*, a saber, a declaração de vontade (expressa ou tácita) do possuidor de uma coisa de que, de agora em diante, não mais quer possuí-la em nome próprio, mas em nome de um terceiro"),¹¹⁸ acentua, em nota,¹¹⁹ que o constituto possessório só ocorre se a vontade do então possuidor de possuir em nome de terceiro se exterioriza inequivocamente por palavras, sinais ou atos concludentes. O que, aliás, já ensinava, no século XVI, com bastante precisão, Donelo: "Constituit autem quis se nostro nomine possidere aut verbis aut re aliqua et facta. Verbis, si dicat, se id constituere. Re et facta, si ejus rei quam mihi dominus idemque possessor traditam vult, usum sibi ex aliqua justa causa retineat, dum aut retineat

¹¹⁸ A. RANDA, *Der Besitz nach österreichischen Rechte*, 4.^a ed., Druck und Verlag von Brakopf im Hartee, Leipzig, 1895, § 20, pág. 555.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, § 20, pág. 556, nota 19a. Vide, também, Pontes de Miranda, onde — à pág. 206 — se lêem estas esclarecedoras palavras de acórdão de 2.12.1949, da 6.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Não é essencial que a escritura de venda estipule de modo expresso a cláusula *constituti*, bastando que ela resulte clara dos termos do contrato. Quem adquire a posse do imóvel e autoriza o alienante a nele permanecer transfere-lhe essa posse a título precário, pela cláusula *constituti*, implícita" (PONTES DE MIRANDA, op. cit., vol. X, § 1.091, págs. 200 e segs.).

sibi usufructum aut rem a me conducit vel precario accipit” (“Alguém usa do constituto quando, por palavras, ou por alguma coisa e fato, possui em nosso nome. Por palavras, diz-se *se id constituere*. Por coisa e fato, se o uso da coisa dele que a mim, como dono e possuidor, quer entregue, a si, por alguma justa causa, retenha, assim como ou retenha para si o usufruto, ou alugue de mim a coisa ou a receba em precário”).¹²⁰

É certo, porém, que já no tempo dos pós-glosadores — como se vê em Biermann¹²¹ — alguns admitiam que, nos contratos de alienação, em que não houvesse constituto possessório expresso nem tampouco tácito, era possível subentendê-lo (constituto possessório subentendido), uma vez que, sendo comum a aposição da cláusula *constituti* ao contrato, se presumia ter sido sua omissão fruto de lapso do notário, tendo-se por existente o constituto. Outros pós-glosadores¹²² eram de opinião de que se deveria subentender a cláusula *constituti* quando, no final das cláusulas avençadas, se usava um “etc.,” expressão que indicava que as partes contratantes quiseram apor àquele contrato todas as cláusulas de estilo, ainda que não mencionadas. E no antigo direito francês, como vimos atrás, os costumes acolheram a primeira dessas duas teses dos pós-glosadores, tendo sido esse constituto possessório subentendido passo decisivo para a adoção, posteriormente, da regra segundo a qual o simples consentimento transfere o domínio.

No direito brasileiro, porém, sempre foi pacífico, antes do Código Civil e depois dele, o princípio de que o constituto possessório não se presume, não havendo, portanto, margem para uma terceira espécie: a do constituto possessório presumido (que é o que já os pós-glosadores subentendiam existir num contrato).¹²³

¹²⁰ DONELO, *apud* BIERMANN, op. cit., pág. 195.

¹²¹ *Idem, ibidem*, págs. 107 e segs.

¹²² *Idem, ibidem*, pág. 109.

¹²³ Note-se que só se admitiu o constituto possessório presumido em épocas e em países em que ele era objeto de cláusula de estilo nos instrumentos notariais, motivo por que a sua não-aposição a uma escritura se poderia presumir que tivesse decorrido de lapso do notário.

Clóvis Beviláqua, comentando o art. 494 do Código Civil, é, a respeito, incisivo: “A cláusula *constituti* não se presume: deve ser expressa ou resultar, necessariamente, de cláusula expressa, como quando o vendedor conserva o prédio em seu poder a título de aluguel.”¹²⁴ Doutrina que vinha do direito anterior, como se vê, entre outros, em Ribas.¹²⁵ E, na Europa, foi defendida por eminentes tratadistas, como Savigny,¹²⁶ Randa¹²⁷ e Roth,¹²⁸ além de ter sido acolhida pelos Tribunais dos Estados Alemães, no século XIX, como se lê nesta passagem — uma dentre várias outras — de Beirmann: “In einer Entscheidung des Hofgerichts Wiesbadem vom Jahren 1855 heisst es, das *constitutum possessorium* werde nicht vermutet, es setze vielmehr entweder einen ausdrücklich abgeschlossenen Vertrag oder solche Handlungen voraus, aus welchen mit Notwendigkeit folge, dass der Verkäufer nach Abschluss des

¹²⁴ CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 3.^a ed., Livraria Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1930, vol. III, pág. 21.

¹²⁵ Segundo Ribas “o *constitutum* nunca se presume. Ou emana de uma convenção expressa, ou de atos ou fatos de que é consequência necessária” (A. J. RIBAS, *Da Posse e das Ações Possessórias*, H. Laemmert & Cia. — Livrários Editores, Rio de Janeiro, 1883, pág. 141).

¹²⁶ F. K. VON SAVIGNY, *Traité de la Possession en Droit Romain*, trad. Staedler, 2.^a ed., A. Durand e Pedone Lauriel Librairies-Éditeurs, Paris, 1870, § 27, pág. 304.

¹²⁷ RANDA, op. cit., § 20, pág. 556, nota 19a.

¹²⁸ ROTH, *System des deutschen Privatrechts*, vol. III, § 227, págs. 83-84.

É o que, aliás, resulta inequivocamente destas palavras de TIRAQUELO: “Ego certe sum in ea opinione, ut si alicubi esset consuetudo ponendi *constitutum* in omnibus instrumentis, si forte esset *omissum* in uno quopiam, videretur fuisse *omissum* errore aut oblivione notarii atque ita censendum esse tanquam si *appositum* fuisset” (Eu certamente sou de opinião de que, se, onde fosse costume colocar o *constitutum* em todos os instrumentos, tivesse por acaso sido omitido em um, pareceria ter sido omitido por erro ou esquecimento do notário, devendo ser considerado, assim, como se tivesse sido aposto) (*Idem, ibidem*, pág. 197).

Não obstante isso, autores havia — como Alciato, Faber e Mântica — que combatiam esse entendimento (*Idem, ibidem*, págs. 197-198).

Kaufes die Sache nicht mehr in eigenem Namen, sonder auf den Namen des Käufers besitzen wolle" ("Numa decisão da Corte de Wiesbaden, em 1855, se diz que o *constitutum possessorium* não é presumido; ao contrário, pressupõe ou uma cláusula celebrada expressamente, ou ato do qual decorra necessariamente que o vendedor, depois da conclusão da venda, não mais queira possuir a coisa em nome próprio, mas em nome do comprador").¹²⁹

Ademais Bufnoir, referindo-se ao art. 1.138 do Código Civil Francês, é categórico no afirmar:

"Aujourd'hui il n'y a pas de constitut possessoire sous-entendu".¹³⁰

Foi, certamente, por tudo isso que Orlando Gomes¹³¹ procurou enfrentar a questão, estudando-a — embora haja publicado a primeira edição de seu livro depois do advento do Decreto-lei n.º 911 — à luz apenas do § 2.º do art. 66 da Lei n.º 4.728, em sua redação originária. Para atacar a tese de que a Lei do Mercado de Capitais havia se desviado do sistema romano de transferência dos direitos reais, apresenta Orlando Gomes os três seguintes argumentos:

a) é inconcebível que, em lei especial como o é o n.º 4.728, se tenha aberto, sem maior razão, brecha no sistema tradicional de nosso direito que recusa aos contratos efeito translativo de direito real;

b) na alienação fiduciária em garantia, há *traditio ficta*, que pode ser — e, no caso, o é — presumida por determinação legal; e

c) não fosse a existência desse constituto possessório presumido pela lei, fiduciário e fiduciante não poderiam ser, respectivamente, possuidor direto e indireto.

¹²⁹ BIERMANN, op. cit., pág. 373. Biermann cita outras decisões judiciais nas págs. 374, 375 e 377.

¹³⁰ "Hoje não há constituto possessório subentendido" (C. BUFNOIR, *Propriété et Contrat*, 2.ª ed., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1924, pág. 213).

¹³¹ ORLANDO GOMES, op. cit., 1.ª ed., n.º 61, págs. 71-73.

Recorre, assim, Orlando Gomes à tese do constituto possessório (modalidade de *traditio ficta*) presumido por *determinação legal*, para enquadrar a transferência da propriedade fiduciária no sistema do Código Civil Brasileiro.

Essa tese de constituto possessório presumido por determinação da lei encontra precedente na interpretação que Pfersche e Horten deram ao § 429 do Código Civil Austríaco (ABBG), ao entenderem que, ali, a transferência da propriedade decorria da “*gesetliche Vermuthung eines constitutum possessorium*” (“presunção legal de um constituto possessório”).¹³² Interpretação que não logrou êxito, repudiada que foi por autores como Unger¹³³ e Randa.¹³⁴ Este¹³⁵ entendia que, no § 429 do ABBG, se encontrava um novo caso de *traditio ficta*, em que, por força da lei, sem que houvesse tradição simbólica nem os pressupostos de aquisição da posse por meio de representação (de que o exemplo mais notável é o constituto possessório), a posse se transferia do alienante para o adquirente. É caso — utilizando-se a expressão de Randa¹³⁶ — de *Erwerb des Besitzes auf gesetzliche Bestimmung* (“aquisição de posse por determinação legal”).

Com efeito, não há, em verdade, que se falar em constituto possessório presumido por determinação legal, quando a lei não o presume expressamente.¹³⁷ Essa questão já foi am-

¹³² Cf. A. RANDA, op. cit., § 11, pág. 453.

Em nota ao texto onde dá essa interpretação ao § 429 do ABBG, pondera Pfersche que a exceção representada por esse parágrafo consistiria apenas em que a transmissão da posse ocorreria na forma normal do constituto por força da lei, sem que a prova da correspondente direção da vontade das partes fosse exigível (PFERSCHÉ, *Österreichisches Sachenrecht*, § 31, pág. 143, nota 18).

¹³³ J. UNGER, “Handeln auf fremde Gefahr”, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. XXXIII, pág. 343, nota 110.

¹³⁴ A. RANDA, op. cit., § 11, pág. 453.

¹³⁵ *Idem, ibidem*, § 11, pág. 451.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, § 20, pág. 565.

¹³⁷ É esse princípio assente no direito moderno. Encontra-se expresso no art. 1.350 do Código Civil Francês e no Código Civil Italiano de 1865. No Brasil, o Regulamento 737, de 1850, no art. 185 conceituava as presunções *iuris et de iure* como:

plamente examinada por autores franceses e italianos, em virtude de o sistema de transferência do domínio acolhido na França e na Itália (o de que o contrato transmite o direito de propriedade) fazer surgir problema que não ocorre nas legislações que seguem, no particular, o direito romano: se o alienante não entregar a coisa imediatamente após a celebração do contrato em virtude do qual a propriedade dela se transferiu ao adquirente, mas continuar com a coisa em seu poder, é ele possuidor legítimo dela ou simples detentor?¹³⁸ Essa hipótese, obviamente, só se verifica no caso de não haver, no contrato, o constituto possessório, que daria ao alienante a posição de mero detentor da coisa. E, quanto à solução desse problema, divergem os autores franceses e italianos. A maioria se inclina pela tese de que o alienante tem a *possessio ad usucapionem*,

¹³⁸ Essa questão é largamente estudada por LEONARDO COVIELLO, onde há ampla indicação bibliográfica a respeito (op. cit., págs. 317 e segs.). Cf., também, C. A. FUNAIOLI, *La Tradizione*, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1942, n.º 68, págs. 280 e segs.

“...os fatos ou atos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como a coisa julgada”, e, no art. 186, com referência às presunções *iuris tantum*, preceituava: “Presunção legal condicional é o fato ou ato que a lei expressamente estabelece como verdade enquanto não há prova em contrário...”.

Portanto, modernamente, não mais se admite — como ocorria no tempo de Pothier — que se estabeleçam presunções legais por simples ilação tirada de texto de lei, porque, como acentua BONNIER, “un pareil système offrait trop d'inconvénients pour qu'il fût possible, dans une législation qui tend à prévenir toute arbitraire, de laisser à la jurisprudence et à la doctrine le pouvoir d'établir des présomptions légales” (*Traité des preuves en droit civil et en droit criminel*, n.º 837, pág. 674).

É certo que Bonnier entende que as presunções *iuris tantum* podem resultar do conjunto das disposições da lei, mas — como observa LESSONA — esta opinião é isolada (*Idem, ibidem*, n.º 837, pág. 675; LESSONA, “Acesso giudiziale, intervento istruttorio, presunzioni”, in *Teoria delle Prove nel Diritto Civile Italiano*, n.º 78, pág. 131).

A propósito da necessidade de a presunção legal vir expressa na lei, vide, ainda, RAMPONI, *La Teoria Generale delle Presunzioni nel Diritto Civile Italiano*, pág. 139; C. BEVILÁQUA, op. cit., vol. I, pág. 421.

e um de seus argumentos é justamente o de que o alienante não pode ser mero detentor, pois, para isso, seria necessário um pacto que qualificasse a causa de sua detenção, o que não sucede, sendo, por outro lado, inadmissível *presumir-se* constituto possessório por determinação legal, porquanto, como acentua Polacco: “Presunções legais não ocorrem se não houver um especial texto de lei que as estabeleça (arts. 1.349 e 1.350), e aqui, ao invés, se quereria presumir o constituto possessório no silêncio da lei, que em nenhum lugar alude a ele.”¹³⁹ Daí a razão por que Coviello¹⁴⁰ (no que é seguido por Polacco) — em seu ataque a essa corrente majoritária, defensor que é da tese de que o alienante, na hipótese, é mero detentor — não pôde deixar de reconhecer a procedência da afirmação contida no brocardo *nulla praesumptio sine lege* (não há presunção sem lei), e teve de fundamentar seu parecer na figura do *constitutum ex lege*: “Não dizemos que na única regra sancionada pelo legislador, à passagem de propriedade fundada na normal vontade das partes, é necessariamente conexo o efeito da aquisição da posse por meio do alienante, que se converte em simples detentor, efeito que se, ao invés de derivar da lei, derivasse do pacto, se chamaria *constituto*. Por isso, exatamente Aubry e Rau falam de *efeito análogo*: mas, em substância, nada haveria de mal se aqui se falasse de *constitutum ex lege* como se fala, por exemplo, de *legatum ex lege* para explicar o fenômeno de algumas sucessões particulares não decorrentes do testamento, mas da ordem legislativa na sucessão *ab intestato*.”¹⁴¹

¹³⁹ “Presunzioni legali non si danno se non ci sia uno speciale testo di legge che le stabilisca (arts. 1.349 e 1.350) e qui invece si vorrebbe presumere il costituito possessorio pur nel silenzio della legge che in nessun luogo ne parla” (v. POLACCO, op. cit., pág. 103).

¹⁴⁰ L. COVIELLO, op. cit., pág. 326.

¹⁴¹ “No diciamo che nella unica regola sancita dal legislatore, al passaggio di proprietà fondato sulla normale volontà delle parti, è necessariamente connesso l'effetto dell'acquisto del possesso per mezzo dell'alienante, che si converte in semplice detentore, effetto che se, invece di derivare dalla legge, derivasse dal patto, si chiamerebbe *costituto*.”

Haveria, no caso, *constitutum ex lege*, porque a transferência da posse seria o efeito necessariamente conexo à transmissão da propriedade pelo consentimento, e não constituto presumido, pois, nessa hipótese, a transmissão da posse seria apenas efeito jurídico acidentalmente vinculado à transferência da propriedade.

Pensamento que Polacco, com o clareza que o caracteriza, assim esclarece: "Para as coisas ora expostas, emerge claramente tratar-se de constituto possessório que opera por força da lei, não já de uma presunção de constituto que realmente o intérprete não poderia decidir criar onde não a tivesse explicitamente introduzido e sancionado o legislador. Não é, portanto, de falar em constituto presumido, mas em constituto legal."¹⁴²

Ora, em se tratando da alienação fiduciária em garantia, quer em face do teor originário do § 2.º do art. 66 da Lei n.º 4.728, quer diante da redação que o Decreto-lei n.º 911 deu ao *caput* desse artigo, não há que se pretender — pelos mesmos motivos invocados na Áustria, na França e na Itália — a ocorrência de constituto possessório presumido por determinação legal. No silêncio da lei, a esse respeito, a presunção não seria dela, mas, sim, do intérprete, que — como observa Polacco no texto acima transcrito — não pode arbitrariamente criar presunção legal que não se encontra explícita na lei.

¹⁴² "Per le cose ora espote chiaro emerge trattarsi di costituto possessorio operante per virtù di legge, non già di una presunzione di costituto che realmente l'interprete non potrebbe arbitrarsi di creare ove non l'avresse esplicitamente introdotta e sancita il legislatore. Non dunque è a parlare di costituto presunto, ma di costituto legale" (v. POLACCO, op. cit., pág. 106).

Perciò esattamente Aubry e Rau parlano di *effetto analogo*: ma in sostanza nulla vi sarebbe di male se qui si parlasse di *constitutum ex lege* come si parla per es. di *legatum ex lege* per spiegare il fenomeno di alcune successione particolari non derivanti dal testamento, ma dell'ordine legislativo nella successione *ab intestato*" (*Idem, ibidem*, págs. 326-327).

Note-se, porém, que GENTILE declara que "un *constitutum ex lege*, senza legge, non può ammettersi..." (*Il Possesso nel Diritto Civile*, n.º 184, pág. 270).

Resta, pois, para salvar o sistema do nosso Código Civil, que não atribui aos contratos efeito translativo de direito real, a figura do *constitutum ex lege*.

Que vem a ser o *constituto possessório legal*?

Procurando esclarecer o que é o *constituto ex lege*, Coviello o aproxima do legado *ex lege*: "... mas, em substância, nada haveria de mal se aqui se falasse de *constitutum ex lege* como se fala, por exemplo, de *legatum ex lege* para explicar o fenômeno de algumas sucessões particulares não decorrentes do testamento, mas da ordem legislativa na sucessão *ab intestato*".¹⁴³

O que vale dizer que o *constituto possessório ex lege* é modalidade de tradição ficta que decorre, não de *constituto possessório* expresso ou implícito, mas do fato de que, devendo a posse, por força da lei, transmitir-se com a simples celebração de um negócio jurídico, celebrado este, num caso concreto, automaticamente a posse se transfere. Em outras palavras, a transferência da posse é efeito necessário do negócio jurídico, porque assim resulta da lei.

O artificialismo dessa figura é evidente.

Com efeito, se a lei expressamente preceituar que, com a celebração de determinado negócio jurídico, a posse automaticamente se transfere, não há razão para, aproximando-se essa hipótese do *constituto possessório* propriamente dito, falar-se em *constitutum possessorium ex lege*. Basta dizer que, nesse caso, ocorre *tradição ficta por força da lei*, ou, como preferia Randa,¹⁴⁴ ao refutar a tese de Pfersche e Horten sobre a transferência da posse em virtude do § 429 do ABBG, *aquisição da posse por determinação legal (Erwerb des Besitzes auf gesetzliche Bestimmung)*. É, aliás, o que sucede em se tratando de sucessão hereditária, quando, por força de determinação legal,¹⁴⁵

¹⁴³ "... ma in sostanza nulla vi sarebbe di male si qui si parlasse di *constitutum ex lege* come si parla per es. di *legatum ex lege* per spiegare il fenomeno di alcune successioni particolari non derivanti dal testamento, ma dall'ordine legislativo nella successione *ab intestato*" (L. COVIELLO, op. cit., pág. 327).

¹⁴⁴ RANDA, op. cit., § 20, pág. 565.

¹⁴⁵ Código Civil Brasileiro, art. 1.572.

ocorrida a morte de alguém, o domínio e a posse da herança se transmitem, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Assim como o *legatum ex lege* não é legado, porque não resulta da vontade do testador, o *constitutum ex lege* não é constituto possessório porque não decorre, expressa ou implicitamente, da vontade das partes contratantes. Quando muito se poderá justificar a expressão *constitutum ex lege* por certa aproximação que apresenta com o constituto possessório implícito. Este ocorre quando do teor do contrato, em que não há cláusula *constituti*, resulta evidente que o alienante ficará na posse direta da coisa; já, com relação ao *constitutum ex lege*, ter-se-ia que, determinando a lei que a posse se transmite como consequência necessária da celebração do negócio, o simples fato de as partes o terem celebrado indicaria que, implicitamente, concordaram com essa tradição ficta. Mas, evidentemente, no segundo caso, não mais se está no âmbito da vontade das partes, pois a transferência da posse se dá necessariamente.

Em face do teor do *caput* do art. 66 da Lei n.º 4.728, na redação que lhe deu o Decreto-lei n.º 911, onde há a expressa determinação legal de 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...”,

não é preciso lançar mão do expediente do constituto possessório *ex lege*.¹⁴⁶ É evidente que a lei criou, aí, um novo caso

¹⁴⁶ Desse artificialismo, porém, se utilizam categorizados juristas alemães, para admitir que, apesar dos termos em que está vazado o § 930 do B.G.B. (“Ist der Eigentümer in Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt” — “Se o proprietário está na posse da coisa, pode a tradição ser substituída por convenção entre o possuidor e o adquirente, pela qual se estabeleça uma relação jurídica em virtude da qual esta adquira a posse indireta”), há constituto possessório ainda

de *traditio ficta*, ocorrendo a transmissão da posse por força de determinação legal.

Com isso se enquadrará a alienação fiduciária em garantia como título de aquisição e a *traditio ficta* legal como modo de aquisição da propriedade fiduciária?

Formalmente, poder-se-á pretender que sim, mas, substancialmente, a diferença que existirá — admitida essa *traditio ficta* legal como modo de aquisição de propriedade — entre o sistema francês e o nosso se reduzirá a uma simples inversão de precedências:

a) no sistema francês, para os autores que aceitam a tese de Coviello do *constitutum ex lege*, o contrato transfere a propriedade da coisa, e, por força da lei, dessa transferência decorre, como consequência necessária, a *traditio ficta* da posse;

b) no sistema brasileiro relativo à alienação fiduciária em garantia, o contrato transfere, por força da lei, ficticiamente a posse (*traditio ficta* legal), e, como consequência necessária dessa transmissão de posse, dá-se a transferência da propriedade fiduciária.

E quando se chega a esse ponto¹⁴⁷ é porque, em verdade, já se admite — como no sistema francês — que o simples

¹⁴⁷ Allás, Meumann, em face da simples admissibilidade do constituto possessório expresso ou implícito, já frisava: "Hier kann man fast sagen, dass der Eigentümerwerb durch den dinglichen Vertrag eintritt" (aqui se pode quase dizer que a aquisição da propriedade ocorre por meio de contrato com efeitos reais) (MEUMANN, op. cit., pág. 24).

quando a relação jurídica, em decorrência da qual o adquirente deva ter a posse indireta, resulte da lei (Cf. LENT, op. cit., § 29, vol. IV, pág. 106; J. W. HEDEMANN, *Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches*, § 12, b, 3, págs. 130-131; F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, § 51, vol. V, 4, págs. 427-428; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 28.^a ed., § 930, 2, b, pág. 907).

Com base nisso, salienta HEDEMANN que, se o tutor doar ao pupilo uma coisa, mantendo-se em sua posse como administrador dos bens deste (posse indireta, por força da lei), o pupilo, em virtude do constituto possessório (portanto, *constitutum ex lege*), torna-se proprietário da coisa doada (op. cit., págs. 130-131).

contrato transfere a propriedade, independentemente da distinção entre título e modo de aquisição. Ou melhor, o contrato é, ao mesmo tempo, o título e o modo de aquisição da propriedade.¹⁴⁸

É, aliás, o que no final do século passado reconhecia Kohler, em face dos termos do § 929, segunda parte, do BGB, ao escrever:

“Indess, das Traditionssystem ist im BGB so sehr spiritualisirt, dass man kecklich sagen kann: formell gilt das Traditions =, materiell das Vertragssystem, es gilt das Vertragssystem, allerdings in einer verfeinerten Form” (“Entretanto, o sistema de tradição no BGB é tão espiritualizado que se pode dizer ousadamente: de modo formal, vigora o sistema de tradição; materialmente, está em vigor o sistema do contrato em uma forma refinada”).¹⁴⁹

E — note-se — ainda que se queira salvar formalmente o sistema romano em face do Decreto-lei n.º 911, o texto da nova redação do *caput* do art. 66 resiste, pois se utiliza da ordem de precedência que se observa no sistema francês (*o contrato transfere a propriedade e a posse*):

“A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta...”.

Portanto, não erraria quem, seguindo essa linha de raciocínio e usando da fórmula de Kohler, dissesse que, em matéria de alienação fiduciária em garantia, se adotou, no Brasil, o sistema da transferência da propriedade pelo simples consenso.¹⁵⁰

Mas, a nosso ver, outra é a colocação do problema.

¹⁴⁸ Cf. F. MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, vol. II, 1946, § 82, 2, pág. 86.

¹⁴⁹ J. KOHLER, “Vertrag und Uebergabe”, in op. cit., pág. 256.

¹⁵⁰ Nesse sentido, RUIZ ALONSO, “A aquisição da propriedade em garantia (sua defesa judiciária)”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXIV, 1969, págs. 111-112.

10. *A eficácia constitutiva do registro.* — Até agora, analisamos a questão relativa à natureza jurídica do contrato de alienação fiduciária em garantia, observando a orientação corrente, que a examina em face, apenas, de dois elementos: o contrato e a tradição ficta da coisa alienada fiduciariamente. Ocorre, porém, que há um terceiro a ser objeto de cogitação: o registro, no Registro de Títulos e Documentos, do instrumento da alienação fiduciária em garantia.

Reza o § 1.º do art. 66 da Lei n.º 4.728, na redação dada pelo Decreto-lei n.º 911:

“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:
.....”.

O que, aliás, já se encontrava, em substância, na redação originária desse mesmo parágrafo.¹⁵¹

¹⁵¹ Dispõe o ar. 129 da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973: “Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros:

.....
5.º) os contratos de compra e venda em prestações com reserva de domínio ou não, qualquer que seja a forma de que se revistam, os de alienação ou de promessa de venda referentes a bens móveis e os de alienação fiduciária.”

Note-se, por outro lado, que o § 1.º do art. 66 da Lei n.º 4.728, na redação dada pelo Decreto-lei n.º 911, se acha derogado, na parte que alude ao arquivamento apenas no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, pelo art. 130 da referida Lei n.º 6.015, o qual reza:

“Art. 130. Dentro do prazo de vinte dias da data da sua assinatura pelas partes, todos os atos enumerados nos arts. 127 e 129 serão registrados no domicílio das partes contratantes e, quando residam estas em circunscrições territoriais diversas, far-se-á o registro em todas elas.

Ora, ao acentuar que a alienação fiduciária somente valerá contra terceiros se tiver seu instrumento arquivado,¹⁵² por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos, estabeleceu o referido dispositivo legal que a propriedade fiduciária (que é a garantia real resultante do contrato de alienação fiduciária) necessita desse registro para ser oponível contra terceiros. Exatamente como sucede com o penhor rural, a cujo respeito a Lei n.º 492, de 30 de agosto de 1937, depois de afirmar, em seu art. 1.º, que se constitui “o penhor rural pelo vínculo real, resultante do registro”, dispõe, no art. 2.º, que se contrata “o penhor rural por escritura pública ou por escritura particular, transcrita no registro imobiliário da comarca em que estiverem situados os bens ou animais empenhados, para valimento contra terceiros”. Em se tratando de alienação fiduciária em garantia, o legislador — que, nem sempre, teve bem presente que a garantia real que estava criando

¹⁵² Embora a Lei n.º 4.728 e o Decreto-lei n.º 911 se refiram ao arquivamento de cópia (e o segundo desses Diplomas Legais alude, também, a microfilme) do contrato de alienação fiduciária em garantia, entendíamos, antes mesmo da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que esse arquivamento devia ser considerado como *transcrição*, e como acentuava Forster: “... como tal vem sendo tratado pelos titulares dos cartórios de títulos e documentos...” (FORSTER, *Alienação Fiduciária em Garantia*, Livraria Sulina Editora, Porto Alegre, 1970, pág. 43).

Atualmente, o art. 129 da Lei n.º 6.015 emprega a expressão registro (sem distinguir entre inscrição e transcrição), ao invés de arquivamento, ainda no tocante à alienação fiduciária em garantia.

Parágrafo único. Os registros de documentos apresentados, depois de findo o prazo, produzirão efeitos a partir da data da apresentação.”

É de observar-se, todavia, em se tratando de propriedade fiduciária, para cuja constituição é mister o registro, não é aplicável a retroação da eficácia deste à data da assinatura do contrato (e retroação que decorre, *contrario sensu*, da regra contida no parágrafo único do citado art. 130), por incompatível com a natureza constitutiva do registro nesse caso. Impõe-se, aqui, a impropriamente denominada interpretação restritiva.

não era, obviamente, o contrato, mas a *propriedade fiduciária*¹⁵³ — não explicitou o princípio de que esta modalidade de propriedade somente se constitui com o registro, tal como o penhor rural e a hipoteca, sobre a qual assim preceitua o art. 848 do Código Civil:

“As hipotecas somente valem contra terceiros, desde a data da inscrição.

Entquanto não inscritas, as hipotecas só subsistem entre os contraentes.”¹⁵⁴

Entretanto, ainda que não explicitando essa consequência, a Lei n.º 4.728 contém a mesma inadvertência que Lacerda de Almeida observava quanto à lei hipotecária de 1890,¹⁵⁵ e

¹⁵³ Tanto assim é que, no art. 19 do Decreto-lei n.º 413, de 9 de janeiro de 1969, se coloca, entre as garantias reais representadas pelo penhor e hipoteca (impropriamente denominados *penhor cedular* e *hipoteca cedular*), a alienação fiduciária:

“A cédula de crédito industrial pode ser garantida por:

I — Penhor cedular.

II — Alienação fiduciária.

III — Hipoteca cedular.”

E, no art. 27 desse decreto-lei, se observa a mesma impropriedade.

¹⁵⁴ Comentando a primeira parte desse artigo, Carvalho Santos escreve: “Melhor teria dito o Código: as hipotecas só se consideram constituídas desde a data da inscrição. Porque essa é que é a realidade” (CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. X, pág. 505).

Aliás, é o que vem disposto no art. 676 do Código Civil:

“Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transcrição ou inscrição, no Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 530, I, e 856), salvo os casos expressos neste Código”.

Igualmente, Pontes de Miranda: “Deve-se ler o art. 848, 1.ª alínea, como se nele estivesse escrito: “Os acordos de hipoteca somente são eficazes contra terceiros desde a data da inscrição”; ou melhor: “O direito real de hipoteca nasce com a inscrição” (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, vol. XX, § 2.463, 1, pág. 116).

¹⁵⁵ LACERDA DE ALMEIDA, *op. cit.*, vol. II, § 174, págs. 311 e segs., e nota E, págs. 419 e segs.

que Espínola¹⁵⁶ exproba com relação ao art. 848 do Código Civil. Com efeito, se a propriedade fiduciária (à semelhança do que se dá com a hipoteca) é inequivocamente um direito real, e se o direito real, por sua natureza, é oponível contra terceiros, atribuindo a seu titular a *faculdade de seqüela*, não é possível pretender-se a existência da propriedade fiduciária como direito real antes do registro que lhe outorga o atributo da oponibilidade *erga omnes*.¹⁵⁷

¹⁵⁶ E. ESPÍNOLA, *Os Direitos Reais Limitados ou Direitos sobre a Coisa Alheia e os Direitos Reais de Garantia no Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1958, n.º 275, nota 1, pág. 423, onde se lê:

“No antigo direito, assim não se entendia. Lafayette afirmou que a inscrição não é elemento componente da hipoteca, senão um requisito extrínseco. Aduziu que a inscrição, entretanto, é o meio legal de publicidade, sem a qual a hipoteca se conserva em estado de perfeita inércia, não produzindo o direito de seqüela, nem o de preferência (op. cit. § 225, pág. 543). Ora, sem esses predicados, não é possível falar em *direito real de garantia*. Assim, embora se afirme que no direito anterior a hipoteca, sem a inscrição, valia com esse caráter entre as partes contratantes, a verdade é que mesmo entre as partes não se estabelecia o direito real de hipoteca, antes da inscrição, mas um simples direito pessoal ou obrigacional. O Código Civil, no art. 848, reproduziu inadvertidamente o conceito que se atribui ao direito anterior, inadvertência em que incidiram vários expositores, como, por exemplo, AZEVEDO MARQUES, op. cit., pág. 183.”

¹⁵⁷ Diz bem Lacerda de Almeida:

“É absurdo conceber direito real de efeitos limitados às partes que o outorgam e reciprocamente aceitam, porque é da essência do direito real valer *erga omnes*: ou o direito real é isso, ou nada é; ou pode imediatamente impor-se ao respeito de terceiros, ou então não tem essa natureza, e sim direito pessoal, direito de obrigação” (LACERDA DE ALMEIDA, op. cit., vol. II, pág. 422).

Por outro lado, em se tratando de alienação fiduciária em garantia, não se diga que se aplica à *propriedade fiduciária*, cujo objeto é coisa móvel, o disposto no art. 675 do Código Civil:

“Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição (art. 620).”

Com efeito, apesar desse dispositivo legal, o art. 1.º da Lei n.º 492, de 30.8.1937, o qual se aplica também ao penhor pecuário (cujo objeto é coisa móvel), é categórico ao estabelecer:

Antes do registro, o contrato de alienação fiduciária em garantia é apenas título de constituição da propriedade fiduciária, que ainda não nasceu, porquanto seu nascimento depende do competente registro desse título. E não se havendo constituído, ainda, a propriedade fiduciária, inexistente, para o credor, garantia real, o que implica a possibilidade de que terceiro, com quem posteriormente venha a celebrar contrato de alienação fiduciária com relação às mesmas coisas móveis, se torne o proprietário fiduciário delas se registrar esse título posterior antes que o faça o primeiro credor.

Dá-se, aqui, o mesmo que tem ocorrido, no nosso direito, com referência à constituição das diferentes modalidades de

"Constitui-se o penhor rural pelo vínculo real resultante do registro, por via do qual agricultores ou criadores sujeitam suas culturas ou animais ao cumprimento de obrigações, ficando como depositários daquelas ou destes."

Com outros termos, mas que traduzem a mesma idéia (tal qual ocorre com o art. 848 do Código Civil, em matéria de hipoteca), a Lei n.º 4.728 (mantida, nesse particular, pelo Decreto-lei n.º 911) fornece outra exceção à regra geral contida no referido art. 675: *a constituição da propriedade fiduciária.*

Ademais, ainda quanto à *propriedade fiduciária*, não se pode pretender sequer que o registro — como entende Pontes de Miranda, com relação à exigência do registro do contrato de penhor celebrado por instrumento particular (o mesmo não sucede se o instrumento for público), consoante determina o art. 771 do Código Civil — não se pode pretender sequer, dizíamos, que o registro não seja constitutivo do direito de penhor, mas se exija apenas para eficácia *erga omnes*. O argumento de que se utiliza Pontes de Miranda na defesa dessa tese (o registro não é exigido quando a escritura é pública, pois esta tem a mesma autenticidade que ele) não é aplicável à alienação fiduciária em garantia, que é ineficaz *erga omnes*, se seu instrumento, *público* ou *particular*, não for registrado (cf. § 1.º do art. 66, em sua redação originária, e, também, na vigente). Tal circunstância demonstra que o registro, na alienação fiduciária, não é necessário para dar *autenticidade ao instrumento* (impedindo-se, assim, que se antedate ou que se simule a constituição da *propriedade fiduciária*), mas, sim, porque, neste caso, ao contrário do que sucede no penhor comum, a posse direta (como se dá nas hipóteses de *penhor sem desapossamento*, como o penhor rural) é o devedor, e não do credor (cf. PONTES DE MIRANDA, op. cit., vol. XX, § 2.570, 2, págs. 418-419).

penhor sem desapossamento, da hipoteca e da propriedade imobiliário: é do registro que nasce o direito real, e não do contrato a ser registrado. Este é título de aquisição; aquele, modo de aquisição.¹⁵⁸

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*.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Note-se que o Decreto-lei n.º 3.169, de 2 de abril de 1941, sobre o penhor do sal e de coisas destinadas à exploração de salinas, depois de preceituar, no art. 1.º, que

“Pode ser objeto de penhor, independentemente da tradição efetiva, se o devedor for salineiro:

I — o sal que ainda estiver na salina”, determinava, no art. 2.º, que

“Ao penhor que tiver por objeto uma ou mais coisas das enumeradas no art. 1.º, sendo depositário o próprio devedor, aplicam-se as leis que regem o penhor agrícola.”

Ora, como o penhor agrícola só se constitui pelo registro, resulta daí que o penhor do sal e de coisas destinadas à exploração de salinas — como ocorre com a propriedade fiduciária — não surgia da tradição ficta legal, mas, sim, do registro do contrato de penhor.

O mesmo sucede com o penhor de produtos agrícolas (Lei n.º 2.666, de 6 de dezembro de 1955).

¹⁵⁹ Portanto, assim como sucede com relação à transferência da propriedade imobiliária, a constituição da propriedade fiduciária não resulta de acordo de vontades, mas de ato estatal (o registro), provocado por qualquer pessoa interessada.

Nesse sentido, aliás, manifestou-se, em 20.9.1977, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 87.901, relator o Ministro Xavier de Albuquerque. É esta a ementa do acórdão: “Alienação fiduciária em garantia. E do registro do contrato, e não da pura celebração deste, que nasce o direito real oponível a terceiros. Recurso extraordinário não conhecido.” E o voto do relator tem o teor seguinte:

“Para concluir que do registro do contrato, e não da pura celebração deste, é que teria nascido para a recorrente o direito real de propriedade fiduciária, a sentença louvou-se no magistério do eminente Ministro Moreira Alves, recolhido em sua consagrada monografia sobre o instituto. Como tal registro se deu posteriormente à venda do bem

O Decreto-lei n.º 911, reformulando o art. 66 da Lei n.º 4.728, alterou o § 10 desse dispositivo, o qual, atualmente, tem o seguinte teor: “A alienação fiduciária em garantia de veículo automotor deverá, para fins probatórios, constar do certificado de Registro, a que se refere o art. 52 do Código Nacional de Trânsito.

E o mesmo decreto-lei, em seu art. 8.º, estabeleceu: “O Conselho Nacional de Trânsito, no prazo máximo de 60 dias, a contar da vigência do presente decreto-lei, expedirá normas regulamentares relativas à alienação fiduciária de veículos automotores.”

Essa averbação, que constará do certificado de registro a que se refere o art. 52 do Código Nacional de Trânsito, não substitui, tornando-o desnecessário, o arquivamento do contrato de alienação fiduciária em garantia no Registro de Títulos e Documentos. Este tem eficácia — segundo nosso entendimento — constitutiva do direito real, que é a propriedade fiduciária; aquele se destina, como o próprio § 10 do art. 66 da Lei n.º 4.728 (na nova redação dada pelo Decreto-lei n.º 911) declara, a *fins probatórios*, facilitando o conhecimento da alienação fiduciária a terceiros. Por isso mesmo, o Conselho Nacional de Trânsito, ao baixar a Resolução n.º 422, de 2 de dezembro de 1969, em cumprimento ao disposto no art. 8.º do Decreto-lei n.º 911, determinou no art. 2.º: “A repartição de trânsito exigirá, para expedição do ‘Certificado de Registro’, além dos documentos de que trata o art. 110 do Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 62.127, de 18 de janeiro de 1968, o contrato de alienação fiduciária em garantia, nos termos do § 1.º do art. 66, da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965.”

E o § 1.º do art. 66, aí mencionado, exige o arquivamento obrigatório, por cópia ou microfilme, do contrato de alienação fiduciária em garantia no Registro de Títulos e Documentos.

ao recorrido, estando este de boa fé, decidiu o julgador que não lhe podia ser oposta a propriedade fiduciária do financiador.

Não vejo negação de vigência a preceitos legais, pelo que não conheço do recurso”.

Portanto, mesmo com relação a veículos automotores, a propriedade fiduciária se constitui com o registro no Registro de Títulos e Documentos, independentemente da anotação que, para fins probatórios, deverá constar do Certificado de Registro a que alude o art. 52 do Código Nacional de Trânsito.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Nesse sentido, tem-se manifestado a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes. Assim, nos RREE 80.476-SP, 84.845-SP e 85.669-RJ, de, respectivamente, 28.2.75, 6.4.76 e 24.8.76, relator o Ministro Xavier de Albuquerque (ementas: "Alienação fiduciária de veículo automotor. Vale contra terceiros, se registrado o respectivo instrumento no Registro de Títulos e Documentos, independentemente de constar, ou não, do Certificado de Registro a que alude o art. 52 do Código Nacional de Trânsito. Recurso extraordinário conhecido e provido"), bem como no RE 80.783-PR, de 11.4.75, relator o Ministro Cordeiro Guerra (ementa: "3. A simples omissão, da declaração que deveria constar no Departamento de Trânsito, art. 52 do CNT, não anula os efeitos do registro realizado no Cartório do Registro de Títulos e Documentos, da sede da financiadora").

Em sentido oposto, há um acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: RE 78.512-SP, de 23.8.74, relator o Ministro Aliomar Baleeiro (ementa: "Alienação fiduciária. Para ser oponível a terceiros de boa fé, não basta que o contrato de abertura de crédito esteja arquivado no Registro Público: — é necessário o certificado de propriedade devidamente gravado pela fidúcia).

Note-se, por outro lado, que, no tocante à cédula de crédito industrial quando garantida por propriedade fiduciária, há normas especiais (arts. 29, 30 e 48) que não foram revogadas pelo § 10 do art. 1.º da Lei n.º 4.728, na redação dada pelo Decreto-lei n.º 911 (preceito geral), e de cuja conjugação se verifica que, para a constituição da citada garantia real, é necessário que haja a inscrição da cédula no Cartório do Registro de Imóveis da Circunscrição do local da situação dos bens objeto da alienação fiduciária e, se se tratar de veículos automotores, embarcações ou aeronaves, de anotação nos assentamentos próprios da repartição competente para a expedição de licença ou registro dos veículos.

Ademais, no que diz respeito a navios e aeronaves, para cuja aquisição da propriedade é mister o registro do título aquisitivo no Tribunal Marítimo ou na Capitania de Portos, conforme sua tonelagem (arts. 76 e 80 da Lei n.º 2.180/54), ou no Registro Aeronáutico Brasileiro (arts. 15 e 16, "b", do Decreto-lei n.º 32/66), o contrato de alienação fiduciária em garantia, para que a propriedade fiduciária se constitua, deve ser registrado nesses Registros especiais, e não no Registro de

11. *A causa na alienação fiduciária em garantia.* — Em se tratando de alienação fiduciária em garantia, não há que se falar em *causa fiduciae*, figura atípica, e que, não obstante

Títulos e Documentos. Essa orientação resulta, implicitamente, da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 73.555-PE, de 30.5.73, relator o Sr. Ministro Thompson Flores — RTJ 68/765 e segs.) que exigiu, para a validade do contrato de alienação fiduciária de navio, instrumento público. A questão vem tratada, expressamente, no voto que então proferiu o Ministro Rodrigues Alckmin, no qual se lê:

“Penhorado barco de pesca em ação executiva, houve embargos de terceiros por parte de financiadora, afirmando que recebera o bem, em alienação fiduciária, da proprietária União Brasileira de Pescas Ltda.

Os embargos foram repelidos na instância local, firmando-se o julgado na ineficácia da alienação fiduciária, que se fizera por escrito particular.

Daí, o presente extraordinário, sob o amparo das alíneas *a* e *d*, com a alegação de dissídio com acórdãos que afirmam ser o navio bem móvel; e negativa de vigência do art. 66, § 1.º, da Lei n.º 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 911/69, em que se dispõe: “A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja 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...”

O eminente Ministro Thompson Flores, relator, admitindo seja o navio objeto de alienação fiduciária, reclama seja ela feita mediante escritura pública. Considera que a hipoteca e a venda exigiram tal escritura. A alienação fiduciária, “mais enérgica que a hipoteca”, não poderá dispensá-la. E como inexistente dissenso de julgados (pois o v. aresto recorrido teve como bem móvel o navio), entende que, ao caso, não se aplicava o art. 66, § 1.º, aludido, e não conhece do recurso.

O eminente Ministro Allomar Baleeiro, tendo que o navio pode ser objeto de alienação fiduciária, entende que as normas da Lei n.º 4.728 a ele se aplicam e a alienação pode ser legitimamente feita por escrito particular, não havendo introduzir, na disciplina do novo instituto, regras jurídicas a ele estranhas.

Pedi vista dos autos e passo a proferir voto.

Nenhuma dúvida se põe sobre ser o navio bem móvel. Afirmou-o o venerando aresto recorrido, afastando a divergência que se pretende (RTJ 51/62) e que é a única a ser considerada, porque somente deste julgado dito divergente se transcreveu trecho para possibilitar o confronto. Nele, entretanto, se decidiu que, bem móvel o navio, está sujeito ao IVC (RE 63.283-SP). Não se legitima, portanto, pela alínea *d*, dissídio que justifique o conhecimento do presente recurso.

Examino, pois, a fundamentação da alínea *a*: a aplicabilidade do art. 66, § 1.º, da Lei n.º 4.728 ao caso dos autos.

E aqui a questão reclama, ao que se me afigura, consideração outra.

Bem móvel o navio, embora, o direito brasileiro o submetia, no tocante à propriedade, à alienação e à destinação como garantia real a um regime específico assemelhável ao que se impôs à propriedade imobiliária. A idéia já repontava no art. 478 do Cód. Comercial, em que se dizia que "ainda que as embarcações sejam reputadas bens móveis, contudo, nas vendas judiciais se guardarão as regras que as leis prescrevem para as arrematações dos bens de raiz". O direito real de garantia sobre ele incidente era a hipoteca: e ainda que isso se desse pela inadequação de entregar-se o bem, como garantia, ao credor (como se considerava indispensável na constituição do penhor, ao tempo), o certo é que, porque admitida a hipoteca naval, foi preciso criar um sistema próprio para o registro dos títulos de domínio e para a inscrição dessa garantia.

Dai exigir a Lei n.º 2.180/54 (continuando sistema que se prende ao Decreto n.º 15.788/22) que se registrasse a transmissão do domínio de navios no Tribunal Marítimo ou nas Capitánias dos Portos (embarcações de menos de vinte toneladas brutas). A transmissão somente se completa com o registro (art. 76), e somente com ela se expede o "título de propriedade naval". A hipoteca, igualmente, há de ser inscrita no Tribunal Marítimo, sendo averbada no registro de propriedade de embarcação e no título respectivo" e só valerá contra terceiros "desde a data da inscrição" (art. 94).

E tanto o contrato de compra e venda de embarcações, como a hipoteca, haviam de ser feitos por meio de escritura pública (arts. 88 e 94).

Como se vê, o registro do instrumento de alienação ou de hipoteca se considera indispensável à eficácia desses atos, e registro a ser feito no Tribunal Marítimo, ou na Capitania dos Portos. E sempre, para eles, reclamada a escritura pública.

Com elucidação, menciono que o anterior Regulamento das Capitánias dos Portos, a que se referia o Decreto n.º 24.288, de 24.5.34, exigindo o registro dos títulos nas aludidas Capitánias, somente reclamava escritura pública para "as alienações de embarcações brasileiras de alto-mar" (art. 326), de maneira expressa. Exigia, porém, o registro de escritura de penhor de embarcação, como o de hipoteca nas mesmas Capitánias em que registrado o domínio. A ulterior Lei n.º 2.180/54 impõe, expressamente, escritura pública para todos os casos de venda e de hipoteca.

Ao instituir a alienação fiduciária, na Lei n.º 4.728/65, o legislador a admitiu quanto a bens móveis, independentemente da tradição efetiva desses bens (v. redação do Decreto-lei n.º 911/69). Exigindo o

escrito para prova, permitiu fosse o instrumento público ou particular, mas registrado no Registro de Títulos e Documentos, para valer contra terceiros. Este registro, obviamente, além da publicidade relativa que encerra, serve à autenticação da data e à oponibilidade de seus efeitos a terceiros.

Aplicável a navios, esse dispositivo legal, quanto à forma da alienação fiduciária?

Entendo que não. Não teve em conta o legislador o caso especial desse bem móvel, cuja propriedade não se transmite pela simples tradição e depende do registro da escritura de alienação ou oneração, para que opere ela seus efeitos, não no Registro de Títulos e Documentos, mas no Tribunal Marítimo ou na Capitania dos Portos, expedindo-se o indispensável "título de propriedade naval".

Considero, assim, que as normas especiais relativas a navios (exigência de escritura pública e de registro nas mencionadas repartições) não se alteraram, com a disciplina da alienação fiduciária no direito brasileiro. E que esta, em seu aspecto formal, como a regularam a Lei n.º 4.728/65 e o Decreto-lei n.º 911, de 1969, não abrange a navios.

Cumpra esclarecer, também, que o Decreto-lei n.º 413, de 9.1.69, ao dispor sobre títulos de crédito industrial, permitiu que a "cédula de crédito industrial" seja garantida por "penhor cedular", "hipoteca cedular" e alienação fiduciária. No tocante ao "penhor cedular", estabeleceu que pode ele recair sobre "toda construção utilizada como meio de transporte por água, e destinada à indústria da navegação ou da pesca, quaisquer que sejam suas características e lugar de tráfego". Podem ser os navios, portanto, objeto de "penhor cedular", sem necessidade de escritura pública.

E ainda, referindo-se o Decreto-lei n.º 413 à necessidade de inscrição das cédulas no Registro de Imóveis (art. 30), dispôs que, "quando do penhor ou da alienação fiduciária fizerem parte" (sic) "veículos automotores, embarcações ou aeronaves, o gravame será anotado nos assentamentos próprios da repartição competente para a expedição de licença ou registro de veículos".

Vê-se que o legislador, com grave incidência quanto ao regime legal da transferência da propriedade e da instituição de ônus relativas a navios, ressaltou, entretanto, uma "anotação" na "repartição competente".

Estas regras especiais sobre cédulas de crédito industrial não alteram, a meu ver, aquelas que se referem à transmissão da propriedade de navios. Permanecem aquelas e estas, como disciplina específica das espécies a que se referem: disciplina da emissão de cédula de crédito industrial, com as garantias previstas no Decreto-lei n.º 413; e disciplina da aquisição do domínio e da oneração de navios, consoante a Lei n.º 2.180/54.

a controvérsia a que tem dado margem,¹⁶¹ vem servindo à doutrina para justificar a validade do negócio fiduciário em sistemas jurídicos causalistas como, por exemplo, o italiano.

¹⁶¹ Sobre a *causa fiduciae*, além de GRASSETTI e BLASS, citados em *Introdução, supra*, notas 47 e 48, cf., também, CARIOTA-FERRARA, *I Negozi Fiduciari*, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1933, n.ºs 60 e segs., págs. 108 e segs.; LIPARI, *Il Negozio Fiduciario*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964, n.ºs 43 e segs., págs. 266 e segs.

Ora, como considero que o art. 66, § 1.º, da Lei n.º 4.728, referente à forma da alienação fiduciária, se não aplica a navios; tenho, assim, que a dispensa de escritura pública e de registro na Capitania dos Portos ou no Tribunal Marítimo não decorre desse texto legal que não cuidou, na sua referência a bens móveis em geral, dessa particular categoria de bens, submetida a regras próprias quanto à alienação e oneração.

Considero, assim, que o § 1.º do artigo 65 não se aplicava, realmente, no tocante à forma da alienação fiduciária, pela sua evidente inadequação, a navios. Ressalvada a aplicação do disposto no Decreto-lei n.º 413/69, quanto à cédula industrial, entendo que ainda permanecem os dispositivos legais específicos, referentes à alienação, seja restrita e resolúvel embora, de tais bens móveis.

E considero, assim, como o fez o eminente Ministro Thompson Flores, que a decisão impugnada, ao negar valia à alienação fiduciária (feita por escrito particular e não regularmente registrada, ainda que se prendesse, tão-somente, ao primeiro desses fundamentos, não negou vigência a direito federal. Não conheço, pelo exposto, do presente recurso."

Nesse sentido, igualmente, SAMPAIO LACERDA, *Ligeiras Explicações sobre a Alienação Fiduciária*, in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, ano XII, 1973, n.º 31, pág. 5.

PENALVA SANTOS, *Alienação fiduciária em garantia*, in "Revista Forense", vol. 153, pág. 72, depois de considerar indispensável o registro no Tribunal Marítimo, na Capitania dos Portos ou no Registro Aero-náutico Brasileiro, conforme o caso, pondera:

"Quanto ao registro, também, no Registro de Títulos e Documentos, seria ele dispensável, por motivos de elevação de custos, contudo, por cautela, desde que o valor da operação o comporte, é bom se efetue o segundo registro."

Exigindo, apenas registro no Registro de Títulos e Documentos, há julgado da 2.ª Turma do STF (RE 94.728), por maioria de votos. Nele, porém, os votos vencedores deram ênfase a que, no caso, não havia interesse de terceiros, travando-se a discussão apenas entre o credor e o devedor originários.

A simples circunstância de a alienação fiduciária em garantia ser um contrato típico repele a possibilidade de apresentar, como elemento causal, uma causa atípica, própria do negócio jurídico atípico, que é o negócio fiduciário. E a alienação fiduciária em garantia, como foi demonstrado na introdução desta obra, não só pela sua tipicidade, mas também pela sua estrutura, não se enquadra nos negócios jurídicos fiduciários propriamente ditos, diferenciando-se, de outra parte, dos negócios fiduciários do tipo germânico.

Ao se analisar o problema da causa na alienação fiduciária em garantia, tudo se reduz a saber se é ela um negócio jurídico causal ou abstrato. Para isso, é necessário que se determine o que vem a ser *causa* como elemento diferenciador dessas duas categorias. Em notável estudo a respeito, demonstrou Deiana¹⁰² que há várias espécies de causa (como a do negócio jurídico, a da obrigação, a da atribuição patrimonial), devendo afastar-se do debate o conceito de causa do negócio jurídico, que, a partir de Scialoja, se traduz, segundo a opinião dominante, no escopo econômico-social, reconhecido e tutelado pelo direito, ao qual visa o negócio. Com efeito, observa Deiana¹⁰³ que “anche il negozio astratto esplica una funzione sua propria, tipica, costante, che appare dal negozio stesso”. O que cientificamente melhor diferencia o negócio jurídico causal do abstrato é a *causa da atribuição patrimonial*, que se pode conceituar, ou como o fundamento econômico-jurídico justificador da atribuição patrimonial (isto é, da vantagem de conteúdo econômico que é perseguida por uma ou por ambas as partes) que se faz por intermédio do negócio jurídico, ou — para seguir mais de perto a doutrina alemã — o escopo que se quer atingir com essa atribuição. Em consequência, como esclarece Deiana,¹⁰⁴ a dis-

¹⁰² G. DEIANA, “Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell’ obbligazione”, in *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXX, 1938, págs. 1 e segs.

¹⁰³ *Idem*, *ibidem*, pág. 52.

¹⁰⁴ *Idem*, *ibidem*, pág. 143. Na mesma trilha, escreve Panuccio: “In questo senso, la dottrina suole chiamare astratto un negozio donde risulta una obbligazione o attribuzione patrimoniale, se in forza di speciali caratteri del negozio (in genere caratteri formali) l’effetto dell’ obbligazione o attribuzione patrimoniale opera, almeno per un certo

tinção entre negócio jurídico causal e negócio jurídico abstrato consiste nisto: "... nei primi l'attribuzione patrimoniale è valida soltanto se l'attribuente ottiene il conseguimento dello scopo, mentre nei secondi l'attribuzione è valida, anche se lo scopo mediato non venga raggiunto. Nei primi dunque il diritto tien conto della causa, nei secondi invece (agli effetti della validità dell'attribuzione) prescinde da essa".

Colocada, assim, a questão, impõe-se, a nosso ver, a assertiva de que o contrato de alienação fiduciária em garantia é causal. Com efeito, estudando esse problema com relação aos negócios jurídicos dispositivos (e nessa categoria se enquadram os contratos de direito das coisas que visam à constituição de direito real), demonstrou Couto e Silva¹⁶⁵ que são eles causais, o que decorre da conjugação dos arts. 622 (que contém regra que, pela hermenêutica integradora, se aplica a todo o sistema de transferência da propriedade) e 933 (que exige, para a eficácia do pagamento, o poder de disposição de quem paga) do Código Civil. Aliás, mesmo Pontes de Miranda,¹⁶⁶ que defende a tese de que, no Brasil, o acordo de transmissão de propriedade imobiliária é abstrato, reconhece que, em se tratando de propriedade mobiliária (como sucede na propriedade fiduciária), o acordo de sua transmissão é causal.

12. *O caráter acessório da alienação fiduciária em garantia.*
— Como ocorre com os contratos que são títulos de aquisição dos direitos reais de garantia, é a alienação fiduciária contrato acessório daquele de que decorre o crédito que a propriedade fiduciária visa a garantir.¹⁶⁷

¹⁶⁵ C. COUTO E SILVA, op. cit., pág. 62.

¹⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, op. cit., vol. III, § 281, 2, pág. 160.

¹⁶⁷ Pontes de Miranda entende que a *transmissão fiduciária* é independente do crédito, não sendo, portanto, acessória. Não nos parece, todavia, que tenha razão em se tratando da alienação fiduciária

tempo e in un certo ordine di rapporti, anche se la causa del negozio (sia essa vendita, donazione o esistenza di obblighi precedenti) si dimostri vizata di illiceità od altra specie di nullità" (V. PANUCCIO, La Cessione Volontaria del Credito nella *Teoria del Trasferimento*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1955, n.º 4, pág. 17).

Por conseguinte, em virtude do princípio *accessorium sequitur principale*, em regra, se o contrato principal for nulo, nula será também a alienação fiduciária; se anulável, ela será válida até a anulação daquele. É certo, porém — como observa Demogue¹⁶⁸ —, que, se o contrato acessório (no caso, a alienação fiduciária) for celebrado entre o credor e terceiro que não o devedor (garantia dada por terceiro), não guardará ele a mesma dependência que existe entre o contrato principal e a alienação fiduciária em que os participantes em ambos sejam os mesmos. Com efeito, na hipótese de garantia constituída por terceiro, poderá subsistir o contrato acessório apesar de o contrato principal estar viciado; assim, se o devedor principal for incapaz, estará ele desobrigado, mas o mesmo não sucederá com o terceiro garante, cuja garantia subsistirá, porquanto não lhe aproveitará a exceção pessoal do devedor incapaz.

Ademais, é de notar-se que, como se verifica quanto aos contratos que visam à constituição dos direitos reais de garantia, é possível celebrar-se contrato de alienação fiduciária para garantir o cumprimento de obrigação futura, ou de obrigação sob condição, casos em que sua eficácia ficará dependente do nascimento da obrigação principal.

Com a constituição da propriedade fiduciária, que — como veremos na segunda parte desta obra — é direito acessório, as relações entre *principal* e *accessório*, que até então se verificavam entre obrigação garantida e alienação fiduciária em garantia, passam a estabelecer-se entre obrigação garantida e propriedade fiduciária, razão por que, quando da análise desta, serão elas estudadas.

¹⁶⁸ R. DEMOGUE, "Sources des Obligations", in *Traité des Obligations en Général*, Librairie Arthur Rousseau, vol. I, tomo II, n.º 918, págs. 912 e segs.

em garantia. Sua tese é correta para os casos em que há realmente negócio fiduciário, e não para o instituto introduzido em nosso sistema jurídico pela Lei n.º 4.728 (*Idem, ibidem*, vol. III, § 5.483, 3).