

PERFIL DOGMÁTICO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 5 | p. 475 | Jun / 2011DTR\2012\2532

Orlando Gomes

Área do Direito: Civil

Sumário:

- 29. <nota ref="Doutrinas_Essenciais_Obrigacoes_e_Contratos_P475_vol_V_RT_850-n1" o="1"/> A alienação fiduciária em garantia é negócio jurídico consistente na transmissão de propriedade, limitada por uma relação obrigacional que distorce o fim natural do contrato translativo. A alienação é meio para alcançar o fim de garantia. Desnatura-se, porque se destina a um fim menor do que decorre de sua causa e constitui uma propriedade temporária. Na formação desse negócio jurídico, conjugam-se dois vínculos: O de transmissão da propriedade e o do seu retorno ao patrimônio do transmitente. - 30. A primeira tarefa é distinguir o negócio fiduciário do negócio simulado. Na alienação fiduciária em garantia divisava-se uma simulação relativa. O raciocínio era convincente: Se alguém aliena para garantir, realiza negócio aparente que oculta o verdadeiro, pois, de comum acordo com o adquirente, não lhe transfere realmente a propriedade do bem, mas apenas a atribui para assegurar o pagamento de dívida. - 31. Esclarece Cariota Ferrara que essa distinção e a configuração autônoma do negócio fiduciário não bastam à sua caracterização porque, sob o perfil da causa se manifestam sérias dúvidas, principalmente a respeito da natureza da transmissão da propriedade. - 32. Nos sistemas jurídicos que desconhecem o negócio abstrato de transmissão, a dificuldade de explicar a alienação fiduciária faz-se mais penosa porque a transferência fiduciária da propriedade exige justificção causal. O *titulus adquirendi* — no caso, o contrato de compra e venda — precisa ser válido e eficaz, e, para a sua validade e eficácia, importa que sua causa final seja congruente com o fim típico do negócio translativo. O intento natural de quem aliena por venda é transferir definitivamente a propriedade do bem, em troca do recebimento do preço. O fim normal da alienação por qualquer negócio translativo é a transferência incondicionada da propriedade da coisa vendida. Quando, portanto, alguém vende para outro fim, a causa da transferência é inadequada e não o justifica, porque, sendo mais estreita, não pode legitimar negócio jurídico mais amplo. Ocorreria, em síntese, vício da causa. - 33. Diante da necessidade de justificar os negócios fiduciários por uma causa específica, a investigação doutrinária orientou-se para encontrá-la nos ordenamentos jurídicos em que não são, em nenhuma de suas espécies, negócios típicos. - 34. A objeção caberia nos sistemas que não disciplinam a propriedade resolúvel, nem tipificam modalidade alguma de negócio fiduciário. - 35. Doutra parte, a lei tipificou a alienação fiduciária em garantia. Não só lhe atribuiu causa específica, como afastou o obstáculo erguido sobre a regra do *numerus clausus* dos direitos reais.

Revista dos Tribunais • RT 850/749 • ago./2006

29. <nota ref="Doutrinas_Essenciais_Obrigacoes_e_Contratos_P475_vol_V_RT_850-n1" o="1"/> A alienação fiduciária em garantia é negócio jurídico consistente na transmissão de propriedade, limitada por uma relação obrigacional que distorce o fim natural do contrato translativo. A alienação é meio para alcançar o fim de garantia. Desnatura-se, porque se destina a um fim menor do que decorre de sua causa e constitui uma propriedade temporária. Na formação desse negócio jurídico, conjugam-se dois vínculos: O de transmissão da propriedade e o do seu retorno ao patrimônio do transmitente.

Conquanto introduzida expressa e tipicamente em nosso ordenamento legal, sua viabilidade dogmática continua a ser problema interessante num sistema jurídico que não aceita a cisão da propriedade admitida no direito anglo-saxônico, nem a transmissão abstrata do direito alemão.

Nas legislações fiéis ao conceito unitário da propriedade, continua a ser controvertida a possibilidade de se contraírem negócios fiduciários.

Os escritores que a admitem empenham-se em demonstrar que cabem sob perspectiva diferente, aceitando alguns o *negócio abstrato* de transmissão e recorrendo outros à noção de *propriedade resolúvel*.

Para determinar a natureza da alienação fiduciária em garantia torna-se necessário, em face dessas tergiversações, limpar o terreno.

30. A primeira tarefa é distinguir o negócio fiduciário do negócio simulado. Na alienação

fiduciária em garantia divisava-se uma simulação relativa. O raciocínio era convincente: Se alguém aliena para garantir, realiza negócio aparente que oculta o verdadeiro, pois, de comum acordo com o adquirente, não lhe transfere realmente a propriedade do bem, mas apenas a atribui para assegurar o pagamento de dívida.

Objetou-se, porém, que, sem embargo de se alcançar, por êsse meio, fim que não é a causa dos negócios translativos, as partes não simulavam, porquanto havia o intento real de transmissão do direito de propriedade para garantia de um crédito, nada impossibilitando o emprêgo de meio jurídico maior para conseguir fim menor.

Tal faculdade se continha no âmbito da *autonomia privada*. O negócio de alienação fiduciária legitimar-se-ia por seu *fin atípico*, que não repugna ao Direito.

Por êsse meio jurídico, de que se valiam os interessados, constituíam, como constituem, uma garantia por forma diferente das que normalmente se oferecem, sem contrariarem a lei ou os bons costumes, alcançando resultado, que, pelas figuras tradicionais, seria inconveniente do ponto-de-vista prático.

O declarado propósito de alienar para garantir, ou para outro fim lícito, permitiu distinguir-se seguramente o negócio fiduciário do negócio simulado. Já *Ferrara*, em monografia clássica, acentuara que não é simulado o negócio real, se combinam dois negócios sérios.²

31. Esclarece Cariota Ferrara que essa distinção e a configuração autônoma do negócio fiduciário não bastam à sua caracterização porque, sob o perfil da causa se manifestam sérias dúvidas, principalmente a respeito da natureza da transmissão da propriedade.

No direito alemão é negócio abstrato o acordo, — *einigung* — entre o alienante e o adquirente, para a transferência da propriedade. A causa está, realmente, abstraída. Não se leva em consideração o fim da atribuição patrimonial. Dispensa-se, por outras palavras, a justificação causal. O negócio jurídico subjacente, enfim, não influi em sua validade. Êsse artifício concorre para a viabilidade dogmática do negócio de alienação fiduciária, se bem que enfraquece a posição do fiduciante, cuja pretensão restitutória se reduz a exigir do fiduciário o cumprimento de uma obrigação sob pena de lhe serem exigíveis perdas e danos. Na confiança em que será especificamente cumprida, residiria precisamente o traço característico da fidúcia.

32. Nos sistemas jurídicos que desconhecem o negócio abstrato de transmissão, a dificuldade de explicar a alienação fiduciária faz-se mais penosa porque a transferência fiduciária da propriedade exige justificação causal. O *titulus adquirendi* — no caso, o contrato de compra e venda — precisa ser válido e eficaz, e, para a sua validade e eficácia, importa que sua causa final seja congruente com o fim típico do negócio translativo. O intento natural de quem aliena por venda é transferir definitivamente a propriedade do bem, em troca do recebimento do preço. O fim normal da alienação por qualquer negócio translativo é a transferência incondicionada da propriedade da coisa vendida. Quando, portanto, alguém vende para outro fim, a causa da transferência é inadequada e não o justifica, porque, sendo mais estreita, não pode legitimar negócio jurídico mais amplo. Ocorreria, em síntese, vício da causa.

No direito francês, tornava-se ainda mais difícil a justificação da alienação fiduciária porque, tendo rejeitado o sistema romano que distinguia o título (*emptio-venditio*) do modo de aquisição (*traditio*), fêz coincidi-los, atribuindo *eficácia real* ao contrato. Nesse sistema jurídico, o negócio jurídico de venda é bastante para transferir a propriedade da coisa ao comprador, tornando-se necessário, por conseguinte, admitir, na lei, uma *causa fiduciae* para tipificar os contratos de alienação fiduciária.

Em nosso direito, leal à tradição romana, o negócio translativo se trava na área do Direito das Obrigações. As partes cingem-se, preparatariamente, a constituir uma relação jurídica obrigacional. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro (Código Civil, art. 1.122). O vendedor não transfere. Obriga-se a transferir. A transmissão da propriedade somente se efetiva com a tradição, ou transcrição, mas êsse modo de aquisição não requer novo acordo de vontades. Ao realizar a tradição, mais não faz o vendedor do que cumprir a obrigação contratualmente assumida. Na aquisição da propriedade imóvel, a desnecessidade de outro negócio jurídico para a transmissão da propriedade manifesta-se de modo mais nítido porque não requer, sequer, qualquer ação do vendedor. O próprio comprador leva a escritura ao registro adquirindo, pela transcrição o domínio do imóvel. Nenhuma participação do vendedor. Contudo a validade da aquisição depende da validade do contrato. A alienação é, portanto, negócio inequivocamente causal.

Em conseqüência, o problema da causa da transmissão também tem de ser resolvido nos sistemas que separam e distinguem o *titulus adquirendi* do *modus acquisitionis*.

Especulações se fizeram para explicar como podiam as partes de um contrato de compra e venda pretender efeitos jurídicos correspondentes a fim menor do que o respectivo dêsse negócio jurídico.

Não faltaram vozes para condenar a viabilidade da alienação fiduciária em garantia, sob o fundamento de que impede sua aceitação a incongruência entre o *intento prático* das partes e o *meio jurídico* de que se valeram. Teria ela, afinal, *falsa causa*.

A viabilidade da alienação fiduciária em garantia poderia admitir-se nos sistemas que introduziram o negócio abstrato de transmissão, porque o fim menor se expressa em outro negócio jurídico que não o condiciona. Abstraída a causa da transferência da propriedade, não há que indagar se a alienação foi feita para fim de garantia, ou para qualquer outro. O problema da inadequação da causa não existe nesses sistemas.

Nos outros, persiste.

33. Diante da necessidade de justificar os negócios fiduciários por uma causa específica, a investigação doutrinária orientou-se para encontrá-la nos ordenamentos jurídicos em que não são, em nenhuma de suas espécies, negócios típicos.

Opinaram alguns que, nos negócios atípicos, a causa não tem a rigidez ou inelasticidade que possui nos negócios típicos. Esqueceram-se porém, que também, naqueles, se requer uma das causas genéricas (*adquirendi, donandi, solvendi*), das atribuições patrimoniais, que justifiquem o efeito translativo do negócio. Ora, se a lei não admite a *causa fiduciae*, o problema, expulso pela porta, volta pela janela.

A se admitir que teria o mesmo cunho genérico ao lado das outras, enfrenta-se novo obstáculo, levantado pelo conceito unitário da propriedade. Ter-se-ia, segundo Pugliatti, de encará-lo sob outra perspectiva, tornando-se imperioso, aceitar como no direito anglo-saxônico, uma *propriedade dividida* entre o fiduciante e o fiduciário, êste investido numa *propriedade formal* e aquele na *propriedade real*. Sustenta êsse escritor que os particulares não podem efetuar êsse desdobramento, porque infringiriam a regra do *numerus clausus* dos direitos reais.

De qualquer modo, estar-se-ia deslocando o eixo da problemática.

Êsse deslocamento rasgou, entretanto, horizontes novos para a investigação da natureza do negócio fiduciário de garantia.

Tendeu-se para construção dogmática que, no estilo se aproxima da anglo-saxônica, sem chocar, entretanto, as linhas arquitetônicas insubstituíveis das edificações alicerçadas na concepção unitária da propriedade.

A essa tendência opuseram-se empecilhos conceituais Cariota Ferrara contrapôs o argumento de que incitaria a aceitar-se a interferência do legislador ao ponto de permitir ao aplicador da lei a substituição do pressuposto da vontade das partes. O juiz adaptaria ao intento prático dos contratantes a forma jurídica imprópria de que se socorreram, mas, em verdade, estaria modificando aquele pressuposto, que, em bom direito, não pode transmutar.

34. A objeção caberia nos sistemas que não disciplinam a propriedade resolúvel, nem tipificam modalidade alguma de negócio fiduciário.

Nos que regulam-na, a divisão da propriedade está praticamente consentida, se bem que em termos distintos do direito anglo-saxônico. Não se verifica mediante a cisão por via da qual dois direitos de propriedade contemporaneamente se *acumulam* na mesma coisa, sem se anularem. Não há duas modalidades coexistentes de domínio, mas, inegavelmente, divisa-se, na alienação fiduciária em garantia, uma duplicidade, porquanto, por êsse negócio jurídico, o fiduciário adquire uma propriedade limitada, *sub conditionis*, a denominada *propriedade resolúvel*. Êle passa a ser *proprietário sob condição resolutiva* e o fiduciante, que a transmitiu, *proprietário sob condição suspensiva*. Bem é de ver que, nesta qualidade, o fiduciante não tem propriedade atual do bem transferido, mas simples *expectativa de direito*, a ser convertida em direito adquirido tão-logo pague a dívida. Não é, entretanto, pessoa indiferente a essa propriedade porque, tendo um direito eventual a recuperá-la, pode praticar atos conservatórios, comportando-se como *proprietário potencial*. De outro lado, o fiduciário, se bem que *proprietário atual*, está condenado, no próprio título e sua constituição, a deixar de ser, quer porque o fiduciante a recobrará com o pagamento da dívida, quer porque terá de aliená-la a terceiro, se essa obrigação não fôr cumprida.

Essas duas propriedades especiais podem ser instituídas, mediante negócio jurídico, nos sistemas jurídicos que prevêm e ordenam a *propriedade resolúvel*, como o nosso. Na própria Alemanha, Lance e Bohemer propuseram tal construção, assinalando que sendo o fiduciário proprietário sob condição resolutiva, o fiduciante conserva um direito real de expectativa à recuperação da propriedade.

Na *substituição fideicomissária*, permitida irrestritamente, êsse mecanismo se apresenta bem claro. Instituído herdeiro com a obrigação de, sob certa condição, transmitir ao fideicomissário a herança, ou o legado, o *fiduciário* adquire a propriedade *restrita e resolúvel* dos bens que a constituem. Por sua vez, o fideicomissário adquire, *sob condição suspensiva*, a propriedade dêsse bens. A divisão ocorre, por conseguinte, sem que se deva emprestar relevância à circunstância de provir de negócio jurídico *donandi causa*.

De fato, o Código Civil prevê casos de propriedade resolúvel resultante de negócio que tem *causa onerosa*, como *verbi gratia*, a retrovenda.

Não se trata, obviamente, de propriedade *ad tempus* na qual, como salienta Allara (*La proprietà temporanea, in Il Circolo Giuridico*, pág. 69), a limitação de tempo é predeterminada e inerente ao próprio direito. Na alienação fiduciária em garantia, configura-se uma situação transitória de instabilidade, que, entretanto, não se confunde com a temporaneidade em sentido técnico (Varrone, *Il Trasferimento della Proprietà a Scopo di Garanzia*, pág. 207).

Interessa o esclarecimento porque nos casos de *propriedade resolúvel*, o implemento da condição resolutiva opera *ex tunc*, apagando totalmente os efeitos já produzidos pelo contrato.

O efeito da *condição* produz-se automaticamente, extinguindo, para o fiduciário, a propriedade, e constituindo-a, pela reversão, para o fiduciante. Não se verifica, como parece a alguns escritores, a hipótese de *revogação obrigatória*, pela qual o efeito da condição depende diretamente da vontade das partes.

35. Doutra parte, a lei tipificou a alienação fiduciária em garantia. Não só lhe atribuiu causa específica, como afastou o obstáculo erguido sôbre a regra do *numerus clausus dos direitos reais*.

Descabem, entre nós, por conseguinte, as elocubrações para justificar a *tipicidade social* dessa interessante figura jurídica, que foi imposta por exigências práticas. Preciso não é, com efeito, usar dêsse recurso para justificar a proteção jurídica a fins que não podem ser alcançados mediante meios tradicionais.

A vantagem da tipificação nos termos da lei pátria trouxe, entretanto, grave inconveniente sob o aspecto dogmático. Tal como se acha delineada, a alienação fiduciária em garantia foi desfigurada. Conserva muitas características do negócio fiduciário. Desde, porém, que o legislador preferiu o mecanismo da propriedade resolúvel e determinou a *reversão indeclinável da propriedade* ao fiduciante, com o implemento da *condição resolutiva*, o fator *confiança (fidúcia)* desaparece da cena: O negócio fiduciário o pressupõe, como o próprio nome indica. Se o fiduciante se dispõe a realizá-lo é porque confia no fiduciário, e certo está de que lhe restituirá a propriedade. Outra não é a razão por que transfere ao credor posição jurídica muito mais enérgica e extensa do que a necessária para lhe dar segurança. Investe-o, verdadeiramente, na propriedade do bem arriscando-se a jamais recuperá-la. Na *fiducia cum amico*, em vestes modernas, êsse fator confiança apresenta-se mais claramente porque a propriedade é transmitida pelo fiduciante ao fiduciário para que êste a administre como sua, tendo apenas a obrigação de restituí-la, sem que aquêle possa reivindicá-la no caso de inadimplemento. É evidente que ninguém aliena bens para êsse fim se não tem confiança no adquirente, eis que se êste não cumprir a palavra empenhada, perdido estará definitivamente o direito que aquêle esperava recobrar. Mas, se a própria lei, ao gizar a figura da alienação fiduciária em garantia, a introduz no esquema da propriedade resolúvel, elimina o risco que demanda confiança, uma vez que, se o fiduciário não honrar o compromisso de restituí-la, pode o fiduciante reivindicá-la, porque se tornou, de nôvo proprietário da coisa com o implemento da condição resolutória. A sua segurança de reavê-la não está na correção moral do fiduciário, mas na disposição legal que determina a reversão, ao fiduciante, da propriedade do bem que alienou em garantia.

Tanto mais se desfigura êsse negócio fiduciário quanto a obrigação de restituir tem sua fonte na lei, podendo ser exigida ainda quando não estipulada no contrato. Trata-se, de resto, de cláusula obrigatória. Ora, se é *automática a reversão da propriedade*, o vínculo obrigacional do fiduciário é antes uma *condição contratual* do que limitação consentida ao seu direito de propriedade sob forma de obrigação de natureza pessoal. Incumbe-lhe *retransferir* a coisa ao fiduciante, não tanto por fôrça de obrigação assumida num negócio realizado em plano subjacente, mas porque a retransmissão passa a ser uma condição natural do próprio negócio translativo.

Da inserção dêsse negócio translativo no instituto da propriedade resolúvel, não se pode inferir, entretanto que se sacrificou inteiramente sua estrutura. Não deixa de ser atuação da *autonomia privada*, na qual empregam as partes um instrumento jurídico por via do qual visam a resultado mais estreito do que deveria ser alcançado com a sua utilização. A configuração legal afeta-lhe, sem dúvida, a pureza, nunca, porém, ao ponto de o desarticular, ou o converter em outro tipo, como querem alguns escritores dentre os quais Rubino (*El Negocio Jurídico Indirecto*, pág. 104).

1 Capítulo publicado no livro *Alienação fiduciária em garantia*, 2. ed., São Paulo: Ed. RT, jun. 1971.

2 Della Simulazione del Negozi Giuridici, loc. cit.

Página 1