

DA INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO E DO GERMÂNICO NA CONCEPÇÃO DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO MODERNO

THE INFLUENCE OF ROMAN AND GERMAN LAW AT MODERN CONCEPTION OF FIDUCIARY BUSINESS

MARTA BORSOI

Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Mestranda em Direito pela Universidade do Porto. Advogada que atua nas áreas contenciosas de Civil e Societário.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar os aspectos históricos relacionados aos negócios fiduciários, especialmente aqueles que desempenham função de garantia. Concebidos pelo direito romano eram inicialmente pautados exclusivamente na confiança. Entretanto, foram as novas perspectivas traçadas pelo direito germânico que permitiram a compreensão dos elementos intrínsecos e caracterizadores do atual negócio fiduciário. A influência do direito romano e germânico propiciaram a concepção do negócio fiduciário moderno – um instituto largamente utilizado pelos diversos ordenamentos jurídicos, que adaptado às exigências reclamadas, serve como meio para suprir lacunas dos sistemas jurídicos vigentes e permitir o surgimento de novas figuras com base numa estrutura fiduciária.

PALAVRAS-CHAVE: aspectos históricos; negócio fiduciário; função de garantia.

ABSTRACT

The current study aims to analyze the historical aspects related to the fiduciary business, especially those that perform guarantee function. Created by the Roman law they were initially based on confidence. Nevertheless the most recent contributions from German law allowed the comprehension of intrinsic elements that currently illustrate fiduciary business. The influence of Roman and German law enabled the origin of modern fiduciary business – an institute widely used by several legal systems which adapted to the claimed requirements serves as way to fill gaps and allows arise the new instruments based on fiduciary structure.

KEYWORDS: historical aspects; fiduciary business; guarantee function.

1. INTRODUÇÃO

Para compreensão da estrutura dos atuais negócios fiduciários revela-se de significativa importância a abordagem dos aspectos históricos da *fiducia*, especialmente aquela que desempenha função de garantia. Embora originária do direito romano, foram as relevantes alterações introduzidas pelo direito germânico que possibilitaram a caracterização da estrutura do negócio fiduciário moderno.

2. NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS COM FUNÇÃO DE GARANTIA DE ORIGEM ROMANA

Na *fiducia*¹ romana surgem os negócios em que uma pessoa transferia um bem de sua propriedade (o fiduciante) para uma pessoa de sua confiança (o fiduciário), sendo o bem recebido para o desempenho de certa finalidade, que podia consistir no cumprimento de determinados objetivos (*fiducia cum amico*)² ou na garantia de

¹ Fiducia significa “confiança”, conforme refere A. VIEIRA CURA (**Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), Separata do volume XXXIV do Suplemento do BFDUC, Coimbra, 1991, p. 172, nota 5).

² Cfr. L. M. T. MENEZES LEITÃO (**Garantias das Obrigações**, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 268) na *fiducia cum amico* firmava-se entre as partes uma relação de confiança, na qual o fiduciante

um crédito (*fiducia cum creditore*). Em ambas as modalidades, a transferência da propriedade era feita por *mancipatio*³ ou *in iure cessio*⁴, atos formais e com efeitos públicos.

Concomitantemente ao ato formal e solene eleito para transferência da propriedade, as partes celebravam um acordo não formal – o *pactum fiduciae*, que além de especificar a função subjacente à transmissão da propriedade, incluía a convenção de que o bem seria restituído ou lhe seria dado determinado destino, após decorrido o prazo ou verificado o implemento das condições estabelecidas pelas partes, compondo assim a estrutura fiduciária.

Importa referir que a transferência da propriedade tinha validade e eficácia tanto diante do fiduciante quanto perante terceiros, já que o bem passava a integrar o património do fiduciário, “com um conteúdo absolutamente idêntico ao de qualquer outro proprietário”⁵, sujeito inclusive à execução pelos credores do fiduciário.

Ao fiduciante não se reconhecia mais qualquer tutela real, restando a expectativa de que o fiduciário adotasse um comportamento pautado na boa fé, com o fiel cumprimento das disposições estabelecidas no *pactum fiduciae*. Isto porque tal pacto consistia numa convenção estabelecida entre as partes com conteúdo meramente obrigacional e, em regra, desconhecido por terceiros, não tinha desta forma capacidade de compelir o fiduciário a retransmitir o bem ao fiduciante ou que este de fato lhe desse o destino previamente acordado.

Assim, o incumprimento desta obrigação pelo fiduciário (que se negava a

investia o fiduciário na titularidade de um ou mais bens ou direitos, para que este atuasse no sentido de manter, frutificar e administrar a coisa dada a favor de um beneficiário (um terceiro ou o próprio fiduciante).

³ Segundo A. VIEIRA CURA (**Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), cit., pp. 6-8) a *mancipatio* começou por ser a forma solene adotada para a realização de uma compra e venda real, em que se procedia à troca imediata da coisa contra a entrega do preço (como na época não existia ainda moeda cunhada, o preço consistia em moeda que se pesava, inicialmente sendo metal bruto e posteriormente, cobre ou bronze). Depois do aparecimento da moeda cunhada e, em razão das novas exigências da vida social, a *mancipatio* transformou-se num ato abstrato, susceptível de variadas aplicações e que tinha por objeto a aquisição, por qualquer causa, da propriedade sobre a coisa ou do poder sobre pessoas.

⁴ A *in iure cessio* consistia numa reivindicação fingida que se realizada perante o pretor ou o governador local. A. VIEIRA CURA (**Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), cit., p. 8) refere que “O adquirente (reivindicante fingido) afirmava ser proprietário; perante a falta de contestação do alienante, o magistrado adjudicava a coisa ao adquirente, terminando o processo com a *addictio*”. Tal ato tinha carácter abstrato, uma vez que na *in iure cessio* não interessava a causa da reivindicação fingida, podendo por isso, ser utilizada como modo geral de aquisição da propriedade, tanto de *res Mancipi* como de *res nec Mancipi*. Em síntese, SEBASTIÃO CRUZ (**Direito Romano** (Ius Romanum). I Introdução. Fontes, 4ª ed., Coimbra, 1984, pp. 242-243) equipara a *res Mancipi* a coisas imóveis e a *res nec Mancipi* a coisas móveis.

⁵ A. VIEIRA CURA, **Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), cit., p. 199.

retransmitir o bem ou o tivesse alienado a terceiro) legitimava o fiduciante a pleitear uma indenização por perdas e danos, mas não conferia o direito deste reivindicar o bem de um terceiro adquirente.⁶

Desta forma, depreende-se que a fiducia do direito romano era pautada numa relação de confiança, ou seja, o fiduciante ao transferir o bem ao fiduciário confiava que este o retransmitiria após alcançar a finalidade que fundamentou o negócio. De outra sorte, o fiduciante estava sujeito ao risco do fiduciário abusar da confiança que lhe fora depositada, quando este se negasse a retransmitir o bem ou ainda procedesse à alienação do mesmo a terceiros, ainda que verificadas as circunstâncias que motivaram à realização do negócio.

Como referido, a fiducia do direito romano⁷ compreendia duas modalidades de transferência da propriedade, uma com escopo de preservação e administração do património⁸ e outra com a finalidade de garantir um crédito, sendo esta última relevante para compreensão dos negócios que serão abordados no presente estudo.

A *fiducia cum creditore* pode ser considerada a primeira modalidade de garantia real, sendo inclusive antecessora do penhor e da hipoteca.⁹

Diante do desenvolvimento da atividade comercial e industrial da época, o povo romano encontra nesta fiducia a solução para o atendimento das suas necessidades

⁶ A. VIEIRA CURA, **Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), cit., pp. 269 e ss.

⁷ Para C. MONTEIRO PIRES. **Alienação em Garantia**, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 26-27; a distinção das duas modalidades de utilização da fiducia está na separação entre negócios fiduciários de administração (*fiducia cum amico*) e negócios fiduciários em garantia (*fiducia cum creditore*), sendo que nesta relação estava em causa a confiança do fiduciante na palavra do fiduciário, ou melhor, de que este retransmitiria o bem após o cumprimento da obrigação garantida, enquanto naquela o fiduciante confiava nas qualidades técnicas da pessoa do fiduciário, relativamente a boa administração e preservação do património transferido.

⁸ A. VIEIRA CURA (**Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), cit., pp. 34-56) acrescenta que a fiducia *cum amico* podia ser utilizada para fins de depósito, comodato, meio de efetuar-se uma doação mortis causa ou ainda uma doação por interposta pessoa.

⁹ Cfr. A. VIEIRA CURA (**Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), cit., pp. 150-151; L. M.). PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**). Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 29-30; ARNOLDO WALD ("Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de banco de desenvolvimento", in **Revista de Direito Imobiliário**, Ano 24, n.º 51, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 254). Sobre o penhor e a hipoteca, SEBASTIÃO CRUZ (**Direito Romano** (Ius Romanum). I Introdução. Fontes, cit., pp. 243-244) elucida que: "No pignus, há uma traditio (=transferência da posse) da coisa a favor do credor. O pignus (penhor) é o direito que tem um credor de reter uma coisa alheia, móvel ou imóvel, para forçar o devedor a cumprir a obrigação. O ato pelo qual se constitui esse direito a favor do credor é uma pignoris datio (pigneratio)". Já sobre a hipoteca afirma: "Na hypotheca, não há datio nem sequer traditio da res, verifica-se apenas uma especial afetação da coisa, imóvel ou móvel, ao cumprimento duma obrigação", ou seja, não havia transferência da posse dos bens, sendo que as partes apenas combinavam que esses bens ficavam especialmente afetados ao pagamento de uma obrigação, havia assim uma conventio pignoris ou um pignus conventum (= hypotheca)".

económicas, instituindo uma figura jurídica que, ao exercer função de garantia, sobretudo sem o desapossamento dos bens, assegurava os interesses gerais dos credores e dos devedores.¹⁰

Na fiducia cum creditore o devedor de uma obrigação transferia a propriedade de seus bens ao credor, sob a condição de reavê-los se, dentro de determinado prazo, cumprisse a obrigação assumida, mediante o pagamento do débito. No âmbito do negócio realizado, o credor obrigava-se a retransmitir a propriedade do referido bem, assim que satisfeito o crédito garantido, conforme acordado entre as partes no pacto fiduciae.

A referida fiducia era composta de duas declarações de vontade, uma referente à transmissão da propriedade de certa coisa do fiduciante para o fiduciário, e outra relativa à constituição de uma obrigação pelo fiduciário, que determina a retransmissão da propriedade após satisfeito o crédito garantido. MONTEIRO PIRES esclarece que “na interpretação da doutrina dominante, a garantia fiduciária revestia uma natureza sui generis, nela confluindo uma transferência (real) e plena da propriedade e uma limitação obrigacional”.¹¹

Destaca-se o caráter abstrato dessa transmissão de propriedade, ou seja, o ato pelo qual se transferia a propriedade de certa coisa estava desvinculado da causa que ensejava tal transferência. Desta forma, a invalidade ou a inexistência da obrigação garantida não gerava qualquer influência sobre o negócio realizado.

E ainda, a transferência da propriedade não implicava a transmissão da posse para o fiduciário, ou seja, embora o credor fosse proprietário do bem, podia este continuar na posse do devedor. Entretanto, segundo SEBASTIÃO CRUZ esta situação podia trazer desvantagens para o credor, especialmente porque a permanência da posse do bem pelo fiduciante, durante um período mínimo de um ano, permitia que ele recuperasse a aquisição do bem, mediante a invocação de uma espécie de usucapião.¹²

¹⁰ C. R. DINAMARCO (Alienação fiduciária de bens imóveis, in **Revista de Direito Imobiliário**, Ano 24, n.º 51, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pp. 235-252) explica que a fiducia cum creditore permitiu que os proprietários rurais tivessem acesso ao crédito, através da oferta de bens em garantia, sem contudo perderem a posse destes bens, o que evitava a privação de utilização dos mesmos, os quais eram essenciais para o exercício de suas atividades econômicas.

¹¹ C. MONTEIRO PIRES, **Alienação em Garantia**, cit., p. 28.

¹² SEBASTIÃO CRUZ, **Direito Romano** (Ius Romanum). I Introdução. Fontes, cit., p. 243. Entretanto, o doutrinador elucida que havia alternativas para evitar a usureceptio ex fiducia (aquisição do bem

O fiduciário, como proprietário pleno do bem, podia reivindicá-lo tanto ao fiduciante como a terceiro, além de poder aliená-lo. Assim, sob o fiduciante recaia o risco do fiduciário não agir em conformidade ao fixado no pacto fiduciário, quando este se recusasse a proceder a retransmissão do bem, mesmo após a satisfação do crédito que ensejou a formalização do negócio com fins de garantia.

Para tutela do seu direito, o fiduciante podia valer-se da *actio fiduciae*¹³, uma ação especial para forçar o fiduciário a restituir a propriedade da coisa, quando já tivesse cumprido com sua obrigação ou verificada a finalidade pela qual o direito foi transferido. Entretanto, tal meio para proteção de seus direitos era frágil, já que era de natureza pessoal e não real.¹⁴

No caso do fiduciante não cumprir com a obrigação assumida, o fiduciário podia proceder à venda do bem para assim satisfazer seu crédito.¹⁵ Se o produto obtido com a referida venda fosse superior ao valor da dívida, o fiduciário deveria proceder à devolução ao fiduciante do remanescente. Porém, se o resultado fosse inferior, podia exigir do fiduciante o pagamento da quantia que restou, a ser liquidada para quitação total da dívida.¹⁶ Acresce que, incluía-se no valor da dívida, as despesas efetuadas pelo fiduciário para conservação do bem e eventuais gastos realizados na decorrência dos danos causados pela coisa.¹⁷ Para tutela dos direitos acima

pelo ex-proprietário), mediante a efetiva transferência da posse ao fiduciário ou as partes estabeleciam que o fiduciante possuía a coisa a título precário ou como arrendatário.

¹³ A. SANTOS JUSTOS (Direito privado romano – I Parte Geral (Introdução. Relação Jurídico. Defesa dos Direitos), in **Studia Iuridica**, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 257-258) leciona que “Em determinados contratos e situações jurídicas surge normalmente uma única *actio in personam* contra pessoa obrigada. Mas também pode acontecer uma *actio in personam* contra a outra parte: v. g., para exigir a indenização pelos gastos realizados no desempenho da função a que se obrigou. Nestes casos, a primeira *actio* recebeu, no direito justiniano, a denominação de *directa*; a segunda, de *contraria*. Constituem exemplos o *mandatum*, a *negotiorum gestio*, a *tutela*, o *depositum*, o *commodatum*, a *fiducia* e o *pignus*”. Ainda sobre as ações conferidas ao fiduciante e ao fiduciário para tutela de seus direitos ver: SEBASTIÃO CRUZ (**Direito Romano** (Ius Romanum). I Introdução. Fontes, cit., p. 243); A. VIEIRA CURA (**Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), cit., pp. 261 e ss.); P. PAIS DE VASCONCELOS (**Contratos atípicos**, Reimpressão da 1.ª edição, de 1995, Almedina, Coimbra, 2002, p. 265) e J. C. MOREIRA ALVES (**Direito Romano**, vol. I 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 143).

¹⁴ Acerca da distinção da ação de natureza real e pessoal ver também A. SANTOS JUSTOS (**Direito privado romano** – I, cit., pp. 237-240).

¹⁵ Sobre os meios de satisfação do credor através da coisa havida em garantia, ver A. VIEIRA CURA (**Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), cit., pp. 226 e ss.). Sintetiza o Autor que “a frequência cada vez maior dessa estipulação acabou, todavia, por fazer da venda o modo normal de satisfação do credor” (idem, cit., p. 249).

¹⁶ A. VIEIRA CURA (**Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), cit., pp. 242-245).

¹⁷ SEBASTIÃO CRUZ (**Direito Romano** (Ius Romanum). I Introdução. Fontes, cit., p. 243); A. VIEIRA CURA (**Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), cit., p. 277) e J. C. MOREIRA ALVES (**Direito Romano**, cit., p. 143).

elencados, o fiduciário podia recorrer à retenção, à compensação e à *actio fiduciae contraria*.¹⁸

O desuso dos atos formais e solenes para se operar a transmissão da propriedade (*mancipatio* e *in iure cessio*) culminaram com o desaparecimento das modalidades de *fiducia* concebida pelo direito romano ¹⁹, sendo substituída por outras figuras de garantias desenvolvidas para o atendimento das necessidades da época, como o penhor e, posteriormente, a hipoteca.

3. NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS COM FUNÇÃO DE GARANTIA DE ORIGEM GERMÂNICA

Foram com os trabalhos da Escola Pandectística, em finais do século XIX, que ressurge a análise da *fiducia* originária do direito romano, podendo ser atribuído ao ordenamento jurídico alemão as significativas contribuições operadas no tratamento dogmático e científico da figura, inclusive para a concepção do moderno negócio fiduciário.²⁰

Importa salientar que mesmo antes do acesso e análise da *fiducia* romana, os povos germânicos, de modo autónomo ²¹, já haviam desenvolvido figuras também

¹⁸ Cfr. A. VIEIRA CURA (**Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), cit., p. 275); e J. C. MOREIRA ALVES (**Direito Romano**, cit., p. 143).

¹⁹ Nesse sentido, L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., p. 31) refere que “O desaparecimento desta figura (tanto na versão *cum amico*, como *cum creditore*), que se encontra na Época de Justiniano, ficou a dever-se, não à sua substituição por outros instrumentos mais aptos à prossecução dos fins que visava atingir, mas ao desuso da *mancipatio* e *in iure cessio*, de que dependia”.

²⁰ Sobre o tema, L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., pp. 32-33) e C. MONTEIRO PIRES (**Alienação em Garantia**, cit., p. 30). Esta última Autora cita como maiores expressões quanto à análise da *fiducia* os trabalhos de KOHLER (obra de 1878), GOLTZ (obra de 1901), e, sobretudo REGELSDERGER (obra de 1880). Especificamente para o desenvolvimento da *fiducia* germânica, cita o trabalho feito por SCHULTZE (com obras datadas de 1895 e 1901).

²¹ Embora o presente estudo restringir-se-á ao detalhamento da *fiducia* do direito romano e do direito germânico para compreensão do moderno negócio fiduciário, não se pode deixar de referir a construção autónoma realizada pelo direito inglês, que justifica nas suas raízes históricas a particularidade de seu desenvolvimento jurídico. Dentre as figuras criadas por este ordenamento jurídico, especificamente com cariz fiduciária, destacam-se o *mortgage* e o *trust*. O *mortgage* pode ser compreendido como um negócio de garantia, no qual o devedor transfere a propriedade de um bem ao credor, readquirindo a propriedade da coisa se efetuasse o pagamento da dívida ao credor na data ajustada pelas partes. O *trust*, inserido no dualismo da *common law* e da *equity*, originou-se do *use*, “criado por alguém (setlor) que transmite bens a outrem (trustee) em benefício de um terceiro (beneficiary). A investidura pode ser por ato “inter vivos” ou “mortis causa”, e o bem deve ser determinado ou determinável”, nas palavras de P. PAIS DE VASCONCELOS (**Contratos atípicos**, cit., pp. 267 e 269). Sobre tais institutos, ver L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., pp. 38-39) e M. J. VAZ TOMÉ e D. LEITE DE CAMPOS (**A**

embasadas numa relação de confiança e que tinham por objetivo desempenhar funções semelhantes àquelas previstas na *fiducia* romana, tanto com escopo de garantia²², quanto para fins de administração da propriedade, através da utilização de figuras intermediárias.²³

Os aprimoramentos destas soluções influenciaram fortemente o desenvolvimento das estruturas fiduciárias do direito alemão²⁴, que no âmbito das garantias, foram propulsoras – para além das previstas na lei²⁵ – da criação das

propriedade fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no direito português, Almedina, Coimbra, 1999, p. 19).

²² O. SOUSA LIMA (Negócio fiduciário, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1962, p. 92), fazendo referência a MESSINA, exemplifica as características da transmissão fiduciária relacionadas ao penhor imobiliário do direito longobardo, ao afirmar que “Por ela, o devedor transferia ao credor, com escopo de garantia, um fundo, mediante a entrega de uma *carta venditionis*. O credor contemporaneamente prometia, através de uma *contracarta*, restituir, não só o documento, mas também o próprio fundo, no caso de tempestivo pagamento do débito. Ora, esta venda, através da *carta venditionis*, dava ao penhor imobiliário do direito longobardo, a mesma característica da operação real, na fidúcia romana. Por outro lado, a obrigação de restituir, que o credor assumia com a entrega da *contracarta*, configura, como na fidúcia romana, o elemento obrigacional. Nada mais, portanto, será preciso consignar para a demonstração da equivalência deste instituto à fidúcia romana.”

²³ M. N. CHALHUB (**Negócio Fiduciário**, 2.^a ed., Renovar, São Paulo, 2006, p. 18) descreve a relevância das figuras de intermediários, que marcaram presença na evolução da *fiducia* e institutos afins na estrutura do direito germânico. Cita assim, o *manusfidelis* e o *salmann*. O primeiro correspondia a pessoa de confiança, a quem competia transmitir bens a um beneficiário ou praticar determinados atos, tudo em cumprimento a atribuições que lhe eram conferidas. Já o segundo era um intermediário através do qual se fazia a transmissão de um bem do proprietário para o adquirente/beneficiário (podia estar obrigado a transmitir bens a um terceiro destinatário ou ainda ser o fiduciário do adquirente, de modo a adquirir determinado bem para o alienante), ou seja, recebia efetivamente a propriedade e passava a exercer sobre ela um direito real, enquanto não transmitisse a propriedade ao destinatário determinado, sendo certo que esse direito real era limitado pelo fim que determinava a sua intervenção. Assim, se houvesse infidelidade do *salmann*, podia o disponente ou seus herdeiros retomar a coisa do poder de terceiros, através do direito real de reversão.

²⁴P. PAIS DE VASCONCELOS (**Contratos atípicos**, cit., p. 256) distingue a *fiducia* na qual “o fiduciário é investido na propriedade plena do bem” (*fiduziarische Treuhand* ou *Vollrechtstreuhand*) daquela em que “o fiduciário é investido apenas na posse em nome próprio do bem fiduciado, mantendo-se a sua propriedade e o poder de disposição no fiduciante” (*ermächtigung Treuhand*). L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., pp. 44-45), além de lecionar sobre os principais aspectos da modalidade de negócio fiduciário germânico (a *Ermächtigungstreuhand*) refere (*idem*, cit., p. 44, nota 75) sobre a tese de W. SIEBERT, o qual entende que existiriam três formas básicas de relações fiduciárias: i) a *fiducia* romanística – “pela qual o fiduciário seria pleno titular do direito, estando o exercício do mesmo limitado só obrigacionalmente”; ii) a relação fiduciária típica do direito alemão – “cuja principal forma no atual direito germânico, com vista à limitação do poder do fiduciário que adquiriria o direito pleno, seria a condição resolutiva”; e iii) uma relação fiduciária com base numa *Ermächtigung* – “em que o fiduciário não chega a adquirir o direito que se mantém na titularidade do fiduciante, embora o possa exercer e dele dispor em nome próprio”.

²⁵ C. MONTEIRO PIRES (**Alienação em Garantia**, cit., p. 40, nota 88) elenca no rol das garantias imobiliárias: a hipoteca, a dívida fundiária e a dívida de renda; e das garantias mobiliárias: o penhor de coisas móveis e o penhor de direitos. Vale salientar que, embora os negócios fiduciários estejam inseridos desde longo período temporal e sejam prática comum no ordenamento jurídico alemão, seu regime não foi instituído por previsão legal, mas estabelecido essencialmente pela doutrina e jurisprudência (recentemente no direito alemão, no que se refere ao regime da insolvência, operou-se

chamadas alienações em garantia, ou seja, alienações de um bem como garantia de um crédito, que podem ter por objeto coisas corpóreas móveis (*Sicherungsübereignung*) ou créditos (*Sicherungsabtretung*)²⁶, amplamente verificadas na prática negocial desta sociedade.

O estudo e interpretação das características inerentes às figuras autônomas permitiram que SHULTZE concebesse a *fiducia* denominada germânica, na qual a transmissão do direito pelo fiduciante ao fiduciário se dá por uma condição resolutiva, com eficácia *erga omnes*. Nestes termos, o direito germânico moldou a *fiducia* de modo a prever maior proteção ao fiduciante, pela adoção de mecanismos que limitavam os poderes do fiduciário de tal forma que praticamente anulavam a possibilidade de abuso por parte deste.

De fato, a *fiducia* germânica identificava-se com a *fiducia* romana por atribuir igual função econômica a figura. Porém a principal distinção entre as mesmas revela-se na estrutura jurídica do negócio, já que na *fiducia* germânica “não há possibilidade de abuso pelo fiduciário, uma vez que o poder que lhe é outorgado já se encontra reduzido, pela condição resolutiva (que opera a resolução real), à medida necessária ao escopo”.²⁷

A transmissão da propriedade de forma limitada no direito germânico permite ao fiduciante que cumpra com sua obrigação, o direito de reivindicar o bem perante qualquer terceiro que o detiver, ou seja, mesmo que o fiduciário seja infiel e desleal, por não ter zelado pela guarda da coisa entregue em garantia, o fiduciante não está adstrito apenas a uma indenização, mas também pode perseguir o bem. Em sentido oposto, no caso do devedor não cumprir a obrigação garantida, o credor passa automaticamente de proprietário resolúvel a titular pleno²⁸, já que a condição tem-se por não alcançada.

a respectiva consagração legal do entendimento pacificado pela jurisprudência quanto a esta matéria). Sobre a questão, a Autora anteriormente mencionada destaca: “Esta opção legislativa não obsteu à sua aceitação, o que poderá ser explicado pelo enraizamento social logrado pelo costume e, também, pela segurança induzida pelo labor da doutrina e da jurisprudência”.

²⁶ L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, **Direito das garantias**, Almedina, Coimbra, 2010, p. 505.

²⁷ J. C. MOREIRA ALVES, **Da alienação fiduciária em garantia**, Saraiva, São Paulo, 1973, pp. 27-28. Assim relativamente à confiança, o Autor clarifica que “no negócio fiduciário do tipo germânico, não há, como no do tipo romano, risco limitado pela fides, para o fiduciante”, uma vez que no direito germânico a confiança não está na pessoa do fiduciário, mas sim na posição jurídica especial que regulamenta a figura.

²⁸ M. N. CHALHUB, **Negócio Fiduciário**, 2.ª ed., Renovar, São Paulo, 2006, p. 15.

De forma comparativa e especificamente sobre a utilização de um bem para fins de garantia, tem-se que na *fiducia* romana a constituição da garantia mostrava-se mais benéfica ao fiduciário, o qual recebia um poder jurídico ilimitado sobre a coisa, uma vez que a transmissão da propriedade ocorria de forma absoluta e incondicional.²⁹

Em contrapartida, o direito germânico tratou significativamente de conferir maior proteção e segurança ao fiduciante, já que o fiduciário recebia o poder jurídico limitado sobre a coisa, tendo em vista que a transmissão da propriedade se dava de forma relativa e condicional.³⁰

Entretanto, não é a *fiducia* germânica que dispõe da condição resolutiva e com efeito perante terceiros a figura predominantemente utilizada naquele sistema, mas sim àquela formulada por REGELBERGER a partir do estudo da *fiducia* romana.³¹

Paralelamente à construção elaborada por SHULTZE e diante do questionamento suscitado pela doutrina quanto à invalidade desses negócios, sob a justificativa de serem simulados, REGELBERGER refuta que os mesmos sejam eivados de simulação, por considerar que tais negócios refletem verdadeiramente as pretensões das partes, entretanto, enquadra-os numa nova categoria que designa de negócio fiduciário. “Esta categoria seria caracterizada pela combinação de um efeito real e de um efeito obrigacional, daí surgindo a ideia de desproporção ou excesso entre fim e meio”, como alude FIGUEIREDO ao referir o trabalho de REGELBERGER, para concluir “que se consolidou na literatura como traço caracterizador do fenómeno fiduciário”.³²

Citando também o referido Autor alemão, MOREIRA ALVES sublinha que “para a obtenção de determinado resultado é escolhida forma jurídica que protege mais do que é exigido para alcançar esse resultado”.³³

²⁹ Neste negócio, se o fiduciário dispusesse da coisa de forma arbitrária, em dissonância ao previsto no pacto fiduciário, o fiduciário, apesar do direito à indenização por perdas e danos, não podia perseguir o bem, encontrando-se assim no polo da relação com a maior desproteção e insegurança.

³⁰ Diferentemente da *fiducia* romana, a germânica não se estende a esfera obrigacional, uma vez que a limitação imposta ao fiduciário encontra-se na própria condição resolutiva da transmissão da propriedade, a qual tem eficácia perante terceiros. Assim, qualquer disposição arbitrária pelo fiduciário, ou seja, contrária ao disposto no pacto fiduciário, é ineficaz e opera a retomada da propriedade da coisa para a esfera do fiduciante, por efeito da condição resolutiva.

³¹ Sobre as razões do pouco uso da figura, A. FIGUEIREDO (**O negócio fiduciário perante terceiros**. Com aplicação especial na gestão de valores mobiliários, Almedina, Coimbra, 2012, p. 41, nota 41) e L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., p. 46, nota 79).

³² A. FIGUEIREDO, **O negócio fiduciário perante terceiros**, cit., p. 38.

³³ J. C. MOREIRA ALVES, **Da alienação fiduciária em garantia**, cit., p. 23.

Da construção tradicional referida, surge o entendimento ³⁴ de que o negócio fiduciário resultaria da conjugação de dois contratos, um para transmissão plena da titularidade do direito da esfera do fiduciante para o fiduciário (um contrato real positivo) e outro com a criação de uma limitação obrigacional, em que o fiduciário fica obrigado a retransmitir o direito ao fiduciante depois de atingida a finalidade fundamentadora do negócio (um contrato obrigacional negativo).

Diante destas questões, surge na doutrina italiana³⁵, como afirma FIGUEIREDO a “*busca de um fundamento causal idóneo para justificar a admissibilidade do instituto à luz do direito positivo*”, nomeadamente quanto à “*viabilidade de uma “causa fiduciae” atípica e autónoma e, em consequência, sobre a natureza unitária ou complexa do negócio fiduciário*”.³⁶

Foi significativa a contribuição de GRASSETTI na proposição de respostas as referidas questões. Sobre a aceitação da idoneidade da causa fiduciária³⁷, argumentou que a existência de uma dependência mútua e vinculativa entre os atos afetos aos negócios fiduciários (um com efeito real e outro com efeito obrigacional), justifica a especificidade e autonomia da *causa fiduciae*. Já que o vínculo

³⁴ A paternidade da concepção dualista do negócio fiduciário é atribuída a GOLTZ, conforme afirma J. C. MOREIRA ALVES (**Da alienação fiduciária em garantia**, cit., pp. 23-24).

³⁵ As particularidades dos negócios fiduciários, inclusive grande parte das questões abordadas pela doutrina italiana, também foram objeto de estudo na doutrina portuguesa no que tange à admissibilidade do instituto no ordenamento jurídico vigente.

³⁶ Cfr. A. FIGUEIREDO (**O negócio fiduciário perante terceiros**, cit., pp. 47-49). O Autor desenvolve a divergência doutrinária, para o qual se faz referência em todas as informações a seguir. Em síntese, quanto à discussão doutrinária que “de um lado, uma concepção que negava o reconhecimento ao negócio fiduciário de uma *causa* própria e, de outro, uma construção alternativa que afirmava uma *causa fiduciae* autónoma, que constituiria a base de uma figura também autónoma e, portanto, atípica”. Referindo CARIOTA FERRARA, o Autor elucida que a “impossibilidade de configurar uma *causa fiduciae* autónoma assentaria na alegada incompatibilidade entre um propósito de transmissão plena do bem fiduciário, logo seguida de uma limitação (obrigacional) do exercício do direito adquirido”. Desta forma, a causa fiduciária contaminaria a motivação do ato translativo, não sendo assim idónea para transmissão do bem fiduciário (isto se deve, essencialmente, porque no direito italiano “a transmissão da titularidade de um direito depende sempre de um ato causal válido – seriam típicas as causas idóneas a produzir um tal efeito translativo”). Relativamente a qualificação do negócio fiduciário em unitário, o Autor apresenta a posição de CARIOTA FERRARA ao referir que “se configurasse o negócio fiduciário de forma unitária, agregando o efeito real e o efeito obrigacional, ele daria origem a uma propriedade anómala, vedada pela tipicidade das situações jurídicas reais, o que forçosamente conduziria à invalidade da transmissão fiduciária”, para concluir que o “negócio fiduciário seria uma mera categoria sócio-económica, e não jurídica, não valendo como instituto autónomo”.

³⁷ Ainda A. FIGUEIREDO (**O negócio fiduciário perante terceiros**, cit., p. 48, nota 72) anota que atualmente expressiva parte da doutrina que aceita a idoneidade da causa fiduciária como fundamento causal válido e necessário para a licitude de um negócio transmissivo. E complementa que: “Para isso terá contribuído a afirmação da ideia de que, ao abrigo da autonomia privada, a produção de efeitos reais poderia resultar também de negócios atípicos, porque dotados de uma causa própria, como seria o caso do negócio fiduciário”.

obrigacional não é apenas uma limitação adjunta à transmissão plena do bem fiduciário, mas a razão de ser (a própria causa) da transmissão.

Na sequência deste entendimento, o Autor italiano inaugurou uma nova perspectiva – considerar o negócio fiduciário unitário ³⁸, uma vez que os dois contratos inerentes a este tipo de negócio – o contrato real positivo e o contrato obrigacional negativo – estão unidos, por uma causa fiduciária.

Em que pese tais abordagens doutrinárias, tem-se no negócio fiduciário concebido por REGELBERGER, sob a visível influência da *fiducia* romana, o embasamento para a compreensão dos elementos caracterizadores dos negócios fiduciários da atualidade.

4. DO ATUAL NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

4.1. Funções e distinções

São assentes e expressivas as funcionalidades propiciadas pelos negócios fiduciários, que como já referido anteriormente, podem ser utilizados para fins de garantia (através da transmissão de um direito ao credor, vinculando este a realizar a retransmissão do mesmo ao devedor após este cumprir com a obrigação garantida) ou para administração (pela transmissão ao fiduciário de um determinado direito sobre um bem para que este o administre em benefício do próprio fiduciante ou de um terceiro, efetuando a retransmissão do direito em consonância com o acordado entre as partes) ³⁹.

³⁸ Para A. FIGUEIREDO (**O negócio fiduciário perante terceiros**, cit., p. 48, nota 72) “este entendimento do negócio fiduciário traça com maior clareza o quadro em que devem ser colocados (e resolvidos) os problemas criados pela relação fiduciária, permitindo afastar a ambiguidade causada pela consideração individualizada das duas componentes do negócio fiduciário”. E não só, mas que “esta concepção unitária tem o inequívoco mérito de trazer para a linha da frente a vontade das partes de estabelecer um quadro contratual específico, que concretiza um assento de interesses próprio, produzindo simultaneamente efeitos reais e obrigacionais sobre (ou com referência a) um mesmo objeto”.

³⁹ Relevante a abordagem suscitada por L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., p. 51), sobre a possibilidade de coexistirem ambas as finalidades nos negócios fiduciários, ao destacar que a classificação histórica dos mesmos para administração e garantia não estanca a criação de outros compartimentos, “pelo contrário, podem perfeitamente cruzar-se, de tal maneira que se verifiquem elementos de administração num negócio fiduciário para garantia e vice-versa.

Tais negócios distinguem-se também quanto à interação, ou não, na esfera jurídica de terceiros (aparente ou oculto)⁴⁰ ou relativamente à forma que reveste a relação fiduciária, em atenção aos interesses pretendidos pelas partes (direto ou indireto)⁴¹.

Isto considerado torna-se relevante detalhar sobre o que se pode considerar mais emblemático nos negócios fiduciários, isto é, os elementos intrínsecos desses negócios, que pelas próprias particularidades os caracterizam.

4.2. Elementos caracterizadores

Nos moldes apresentados por REGELSBERGER, os negócios fiduciários se caracterizariam pelo excesso do meio para o alcance do fim pretendido pelas partes, em virtude da utilização de uma forma jurídica que protege muito mais do que efetivamente é necessário para obtenção do resultado visado.

Embora a referida concepção tenha sido aceite por expressiva parte da doutrina⁴², GRASSETI a contrapôs sob a alegação de que nos referidos negócios o meio utilizado era mesmo essencial para o alcance do fim almejado pelas partes, não

⁴⁰ A. FIGUEIREDO (**O negócio fiduciário perante terceiros**, cit., pp. 41-42, nota 44) elenca ainda outras distinções formuladas pela doutrina, mas especificamente sobre a aludida, que denomina em negócio fiduciário aparente ou oculto, “consoante o vínculo fiduciário seja conhecido pelos terceiros que, por qualquer forma, acabem por interagir com a esfera jurídica fiduciária”. Já L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., pp. 52-53) os identifica por negócio fiduciário aberto ou oculto.

⁴¹ Concernente ao tema, A. FIGUEIREDO (**O negócio fiduciário perante terceiros**, cit., p. 47, nota 69), anuncia que a doutrina italiana apresenta a distinção entre a “*fidúcia dinâmica*, caracterizada precisamente pela sua eficácia translativa e a chamada *fidúcia estática*, na qual um sujeito se erige fiduciário de outrem relativamente a direitos de que é já titular”. L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., pp. 53) alerta que a “*fidúcia* estática aproxima-se, mas não se confunde, com aqueles casos em que um sujeito se obriga a adquirir um determinado direito para o fiduciante”. Como neste caso não se trata de um direito que já é do fiduciário, mas que ele obrigou-se pelo pacto fiduciário a adquirir de terceiro para depois transmitir ao fiduciante, classifica tal negócio fiduciário por indireto, em contraposição ao direto.

⁴² De forma geral, P. PAIS DE VASCONCELOS (**Contratos atípicos**, cit., p. 260) e especificamente sobre a doutrina estrangeira e portuguesa, L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., pp. 55-56, nota 111).

havendo assim desproporção ou excesso⁴³. Propôs então, como elemento caracterizador do negócio fiduciário, o poder de abuso do fiduciário⁴⁴.

De fato, existem situações em que o meio utilizado será mesmo essencial e único para a obtenção dos resultados visados, porém estas situações não privam que os negócios fiduciários também tenham o condão de abarcar casos em que poderiam ter sido utilizados outros instrumentos mais adequados para os fins pretendidos, mas as partes resolveram por eleger um que concede maior proteção.

Quanto ao poder de abuso, tem-se que o mesmo é possível em virtude da transmissão plena do direito para o fiduciário, que infringindo a finalidade atribuída ao negócio, se recusa a retransmitir o direito ao fiduciante ou, numa situação mais extrema, transmite o direito a um terceiro. Isto porque em *“todos os casos de fidúcia existe do lado do fiduciante uma especial confiança – fidúcia – e do lado do fiduciário a possibilidade de abusar”*⁴⁵, conforme refere PAIS DE VASCONCELOS.

Acresce que, além do poder de abuso do fiduciário através dos atos voluntários supramencionados (recusa na retransmissão do direito ou transmissão a terceiro), o fiduciante também está sujeito a perder o direito transferido⁴⁶ – que ao integrar o patrimônio do fiduciário – pode ser alvo de penhora em ação executiva movida pelos credores do fiduciário ou ser incluído na massa insolvente, no caso de declaração de insolvência do fiduciário.

Assim, PESTANA DE VASCONCELOS sintetiza que é a *“adoção dessa particular estrutura”* – do negócio fiduciário – *“que coloca o fiduciante numa especial*

⁴³ Sobre a crítica de GRASSETI, J. C. MOREIRA ALVES (**Da alienação fiduciária em garantia**, cit., pp. 24-25) e P. PAIS DE VASCONCELOS (**Contratos atípicos**, cit., p. 261). Este último Autor, sobre a ausência do excesso entre o meio e o fim, descreve um exemplo enunciado por GRASSETI, qual seja “o do estrangeiro que, em caso de guerra e para evitar o confisco dos seus bens, transfere a sua propriedade para um amigo não estrangeiro”.

⁴⁴ Sobre o poder de abuso como elemento caracterizador dos negócios fiduciários, P. PAIS DE VASCONCELOS (**Contratos atípicos**, cit., p. 262), prefere utilizar o termo “risco de abuso”, por entender ser a expressão mais adequada. Conclui, assim, que o risco de abuso “existe, mas o abuso é ilícito e as suas consequências para o fiduciário infiel são, em princípio, suficientemente gravosas para o dissuadir”.

⁴⁵ P. PAIS DE VASCONCELOS (**Contratos atípicos**, cit., pp. 262-263). Vale ressaltar ainda que este Autor refuta a afirmação de GRASSETTI de que “é só do legal comportamento do fiduciário e não dos rigorosos meios de coação legal que se espera o alcançar do escopo prático prosseguido e que se destes meios e não do espontâneo comportamento do fiduciário se esperasse a correspondência do uso dos seus poderes ao fim do negócio, não haveria razão para o considerar fiduciário”, essencialmente porque considera que a “tutela da fidúcia não é de natureza extrajurídica”. Sobre o tema e de forma mais desenvolvida, L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., pp. 58-59, nota 116 e pp. 68-72, nota 137).

⁴⁶ Sobre as possibilidades do fiduciante perder o direito transferido ao fiduciário, por atos involuntários, P. PAIS DE VASCONCELOS (**Contratos atípicos**, cit., p. 260) e L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., p. 61).

posição de debilidade, correndo nessa medida um risco particular”, o qual denomina de “risco fiduciário”⁴⁷.

As vertentes do risco fiduciário podem ser a recusa de transmissão, a transmissão a terceiro em violação as obrigação assumidas, a penhora e a insolvência do fiduciário⁴⁸.

Para concluir, nas palavras do douto Professor:

O que caracteriza esta categoria negocial é a existência desta estrutura fiduciária, que, de forma resumida, consiste na transmissão de um direito de diversa natureza cujo exercício está limitado obrigacionalmente e que o fiduciante deverá (eventualmente), verificado um determinado circunstancialismo, retransmitir à outra parte (ou a um terceiro) e que, portanto, é como que “confiado” por uma das partes (o fiduciante) à outra (fiduciário), essencialmente por forma a garantir um crédito ou para ser administrado⁴⁹.

Tem-se assim o conjunto dos elementos intrínsecos do atual negócio fiduciário, que na especificidade da sua própria estrutura encontra a respectiva caracterização.

5. PACTO COMISSÓRIO E PACTO MARCIANO

O pacto comissório pode ser entendido como a convenção firmada entre credor e devedor, em que o primeiro pode fazer seus os bens que lhe tenham sido dados em garantia pelo segundo, quando este não cumprir com as suas obrigações.

Por motivos éticos justifica-se a proibição do pacto comissório, que desde sua origem⁵⁰, tem por principal finalidade evitar prejuízos que podem resultar para o devedor, o qual “facilmente aceitaria, dado o estado de necessidade económica em

⁴⁷ L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., p. 62).

⁴⁸ L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., pp. 62 e 67).

⁴⁹ L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., p. 67). Salienta-se que o Autor ainda refere que, acessoriamente ao conteúdo da relação complexa que envolve o negócio, outros aspectos terão de ser colocados em evidência para ter-se a ideia precisa do caso concreto, como a distinção da função de cada negócio e a natureza do direito transmitido fiduciariamente. Isto porque a estrutura fiduciária é adotada tanto para fins de garantia ou de administração.

⁵⁰ I. ANDRADE MATOS (**O pacto comissório**. Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 58) informa que a proibição teve origem no período de Constantino.

que geralmente se encontra a data da constituição da dívida e do oferecimento da garantia”⁵¹.

Vê-se que a proibição pretende proteger o devedor, das extorsões por parte do credor ⁵², que pode vir a obter maiores benefícios com a aquisição da coisa numa situação e momento em que o bem represente valor superior àquele que corresponde ao seu crédito⁵³. Assim, a proibição do pacto comissório pretende essencialmente assegurar o devedor de que este não fique prejudicado pela diferença de valor entre o bem dado em garantia e o valor que representa o seu débito junto do credor, na data do incumprimento. E é também em atenção à proteção do interesse geral⁵⁴, de modo a regular corretamente o desenvolvimento das relações jurídicas e evitar um prejuízo social, que se faz plausível a proibição do pacto comissório nas figuras que exercem função de garantia.

Nesse sentido e exemplificando, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a proibição do pacto comissório relativamente às garantias típicas⁵⁵ e ainda no que se refere à alienação fiduciária em garantia e a propriedade fiduciária⁵⁶.

Figura distinta é o pacto marciano, que pode ser entendido como a “convenção pela qual, no caso de o devedor não cumprir a sua obrigação na data do receptivo vencimento, a propriedade do bem dado em garantia se transfere para o credor mediante preço justo” ⁵⁷.

A referência ao “preço justo” quer dizer que o credor deve entregar ao devedor a diferença entre a dívida e o valor do bem transferido, sendo esta quantia apurada

⁵¹ J. M. ANTUNES VARELA, **Das obrigações em geral**, vol. II, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 1997, p. 555.

⁵² M. J. COSTA GOMES, **Assunção fidejussória de dívida**. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação do fiador, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 93-94.

⁵³ Nas palavras de A. VAZ SERRA (“Penhor”, in **Boletim do Ministério da Justiça**, n.º 58, 1956, p. 217): “A sua razão de ser está em que tal pacto pode representar um benefício injustificado para o credor (que adquire uma coisa acaso muito mais valiosa que o crédito), sobretudo quando obtido do devedor que, levado pela necessidade, facilmente consentiria nele”.

⁵⁴ I. ANDRADE MATOS (**O pacto comissório**, cit., pp. 71-73) aponta que há “interesse geral em evitar que o pacto comissório se difunda e prevaleça no ordenamento jurídico a utilização de uma forma de garantia que se presta aos maiores abusos da parte mais forte (o credor) sobre a parte mais fraca (o devedor)”.

⁵⁵ Nas disposições gerais do penhor, da hipoteca e da anticrese o Código Civil Brasileiro dispõe no art. 1428.º que: “É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Parágrafo único. Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida”.

⁵⁶ Neste sentido, o art. 1365.º do Código Civil Brasileiro: “É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta”.

⁵⁷ I. ANDRADE MATOS, **O pacto comissório**, cit., p. 82.

por um terceiro independente, após o incumprimento da obrigação. É assim, aceita a convenção que reveste o pacto marciano como lícita⁵⁸.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da abordagem histórica foi possível observar a evolução dos negócios fiduciários, concebidos pelo direito romano, inicialmente pautados exclusivamente na confiança que o fiduciante depositava no fiduciário, uma vez que este não tinha qualquer ação real para reaver o bem alienado fiduciariamente. A influência do direito germânico foi essencial para a compreensão dos elementos intrínsecos e caracterizadores do atual negócio fiduciário.

Sobre a relevância dos negócios fiduciários, pontua-se que o instituto foi sendo adaptado pelos diversos ordenamentos jurídicos para o atendimento das exigências da sociedade, servindo como meio para suprir lacunas dos sistemas jurídicos vigentes ou propiciar o surgimento de novas figuras com base numa estrutura fiduciária.

Neste sentido, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro, embora não tenha consagrado legalmente os negócios fiduciários de forma genérica e os qualifique como atípicos, aceita tais negócios como válidos e admissíveis na esfera da autonomia privada, à luz do princípio da liberdade contratual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE MATOS. **O pacto comissório**. Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição, Almedina, Coimbra, 2006.

ANTUNES VARELA, J. M. **Das obrigações em geral**, vol. II, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 1997.

ARNOLDO WALD. Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de banco de desenvolvimento, in

⁵⁸ I. ANDRADE MATOS. **O pacto comissório**, cit., p. 75 e L. M. PESTANA DE VASCONCELOS (**A cessão de créditos em garantia e a insolvência**, cit., pp. 633-635 e nota 1224).

Revista de Direito Imobiliário, Ano 24, n.º 51, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

CHALHUB, M. N. **Negócio Fiduciário**, 2.ª ed., Renovar, São Paulo, 2006.

COSTA GOMES, M. J. **Assunção fidejussória de dívida**. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação do fiador, Almedina, Coimbra, 2000.

DINAMARCO, C.R. Alienação fiduciária de bens imóveis, in **Revista de Direito Imobiliário**, Ano 24, n.º 51, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

FIGUEIREDO André. **Negócio fiduciário perante terceiros**. Com aplicação especial na gestão de valores mobiliários, Almedina, Coimbra, 2012.

MENEZES LEITÃO, M. T. **Garantias das Obrigações**, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.

MONTEIRO PIRES, Catarina. **Alienação em Garantia**, Almedina, Coimbra, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**, Saraiva, São Paulo, 1973.

_____. **Direito Romano**, vol. I 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1999.

PAIS DE VASCONCELOS, P. **Contratos atípicos**, Reimpressão da 1.ª edição, de 1995, Almedina, Coimbra, 2002.

PESTANA DE VASCONCELOS, L. M. **A cessão de créditos em garantia e a insolvência**.

_____. **Direito das garantias**, Almedina, Coimbra, 2010.

SANTOS JUSTOS, A. Direito privado romano – I Parte Geral. Introdução. Relação Jurídico. Defesa dos Direitos, in **Studia Iuridica**, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

SEBASTIÃO CRUZ. **Direito Romano** (Ius Romanum). I Introdução. Fontes, 4ª ed., Coimbra, 1984.

SOUSA LIMA, O. Negócio fiduciário, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1962.

VAZ SERRA, Adriano. Penhor, in **Boletim do Ministério da Justiça**, n.º 58, 1956, p. 217.

VAZ TOMÉ, M. J.; LEITE DE CAMPOS, D.. **A propriedade fiduciária** (trust). Estudo para a sua consagração no direito português, Almedina, Coimbra, 1999.

VIEIRA CURA, Alberto. **Fiducia cum creditore** (aspectos gerais), Separata do volume XXXIV do Suplemento do BFDUC, Coimbra, 1991, p. 172, nota 5).