

A Alienação Fiduciária em Garantia*.

Félix Ruiz Alonso

Introdução.

A “alienação fiduciária” é um instituto jurídico novo no direito brasileiro. Apareceu legalmente no dia 14 de julho de 1965, com a Lei 4.728 que regulamenta o “Mercado de Capitais”. Como outras vêzes, o legislador incorporou ao direito realidades que já existiam na vida prática, à margem da lei¹ . . e que já estavam regulamentadas no direito de outros países. Parece-nos que o legislador, na sua concepção, inspirou-se no direito anglo-americano.

No direito americano existe, no setor do comércio internacional, uma série de usos e de institutos configurados através do tempo, que proporcionam aos Bancos financiadores a segurança indispensável. É o caso, por exemplo, do “trust receipt”, que salvaguarda o Banco pagador, constituindo-o em proprietário.

Aquêle direito é prolixo em institutos práticos e ágeis, principalmente sôbre o “trust”.

Como essa figura do comércio internacional “trust receipt” ou “receipt in trust” existem outras garantias, em casos de concessões de créditos, que conferem a propriedade ao credor. O credor adquire o domínio da coisa dada em garantia quando dá crédito ao proprietário dela.

* Trabalho apresentado no Curso de Especialização, da Faculdade de Direito da USP.

1. Existem na prática muitos negócios fiduciários. No comércio de dinheiro por exemplo freqüentemente o devedor oferece como garantia o próprio automóvel, endossando o certificado de propriedade. Mas nada disto estava configurado legalmente.

É o caso de determinados “mortgage”, e “chattel mortgage”. O credor adquire não a posse e a propriedade, mas a propriedade sem a posse. O objeto adquirido fiduciariamente fica sempre em poder do devedor, o qual age como fiel depositário.

O legislador nada mais fez do que conhecer, de um lado, alguns desses negócios fiduciários, ajustados artificialmente à tipificação legal, e de outro à regulamentação que deles existia em outros países. Inspirando-se nestes, deu-lhes uma melhor forma e regulamentou-os juridicamente, criando um novo tipo de credor que é simultaneamente proprietário fiduciário.

SUMÁRIO: I. *A Alienação Fiduciária: Generalidades.* 1. Noção Geral. 2. Características da “Alienação Fiduciária”. 3. Significação Terminológica. II — *A Propriedade no Direito Romanístico.* 4. A propriedade em geral. 5. Propriedade Plena e Propriedade Limitada. 6. A Propriedade Resolúvel. 7. A Propriedade Fiduciária. III — *A Propriedade no Direito Anglo-Americano.* 8. Desdobramento da Propriedade. 9. O “Trust” Anglo-Americano. 10. Fiduciário e Fideicomissário. IV — *O Penhor.* 11. O Penhor no Direito Romano. 12. O Penhor no Direito Brasileiro. 13. O Penhor sem Entrega da Coisa. 14. A “Fiducia cum Creditore”. V — *Natureza Jurídica da Alienação Fiduciária em Garantia.* 15. As Garantias. 16. A “Alienação Fiduciária” e o “Mutuo”. 17. “Receipt in Trust e “Fiducia cum Creditore”. 18. “Chattel Mortgage”. 19. O Negócio Fiduciário em Garantia. VI — *Uso Prático da Alienação Fiduciária.* 20. Os Sujeitos da Alienação. 21. O Objeto da Alienação. 22. O Registro das Alienações Fiduciárias. 23. A Substituição dos Bens Alienados por outras Garantias. 24. O Seguro das Alienações Fiduciárias.

1. Entre as garantias, conta o nosso direito com os direitos reais de garantia tradicionais: o penhor, a hipoteca, a anticrese, e as formas inveteradas dos avais e fianças. Agora aparece uma garantia nova a “alienação

fiduciária” que poderá ser a mais forte ou a mais fraca dentre as garantias.

Para dizer brevemente em que consiste, diríamos que o credor concede o crédito adquirindo o título da propriedade duma coisa, que o devedor dá em garantia. Parece prático expôr um exemplo: Paulo precisa duma certa quantidade de dinheiro e é dono dum automóvel, do qual não pode prescindir por ser-lhe necessário para o trabalho. Dirige-se a Caio do qual consegue a importância, mas transfere-lhe, em garantia, a propriedade do veículo.

Em consequência teremos que o credor, Caio, será o proprietário do automóvel. Esta é a novidade da alienação fiduciária: um credor que é simultâneamente proprietário do objeto-garantia. Como diz o art. 66 da Lei 4.728 “o credor tem o domínio da coisa alienada”, e no § 2.º “O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada”. Nos restantes direitos reais de garantia o credor não era e não é proprietário.

Para concluir diremos ainda que Caio será proprietário enquanto durar o empréstimo. Chegado o vencimento, se Paulo cumprir a sua obrigação, cessará “in continenti” a propriedade de Caio e voltará a Paulo; se êste não cumprir então vender-se-á o veículo para cumprila.

Poderíamos ainda tentar uma definição, dizendo que a alienação fiduciária em garantia é um negócio fiduciário de garantia, pelo qual o devedor transfere a favor do credor a propriedade duma coisa móvel, permanecendo êle (o devedor) com a posse, como depositário. Esta noção, ao longo dêste trabalho, ir-se-á elucidando e ampliando.

2. Pelo exemplo exposto fãcilmente se deduz uma sêrie de características do novo instituto.

- a) Em primeiro lugar o credor é proprietário do objeto-garantia. Tem a titularidade do direito de propriedade.

- b) O devedor continua empossado da coisa, que já não é de sua propriedade. Ele, alienando-a em garantia, se transformou em depositário.
- c) A coisa oferecida em garantia é um bem móvel.
- d) O bem transferido destina-se exclusivamente a garantir a dívida. O proprietário fiduciário não poderá usá-lo, alugá-lo... A propriedade dêle não é plena, mas limitada. Sòmente poderá vendê-lo, se o devedor não satisfizer a obrigação.
- e) Se o devedor, depositário, dispuser da coisa indevidamente terá as conseqüentes sanções penais.

3. Os dois têrmos de que se comp õe a expressão “alienação fiduciária” são bem conhecidos do lexicon jurídico. “Alienar” significa transferir, transmitir alguma coisa a outro. Etimol ogicamente a palavra prov em do latim “alienare”, de “alienus” (= o outro, o próximo). Em sentido amplo o t ermo pode ser usado para transferir tanto a propriedade quanto a posse, ou quaisquer direitos reais. Em sentido estrito porém alienar significa transferir coisas que são da propriedade do alienante.

A palavra “fiducia”, de outro lado, significa confiança, e assim temos que “alienação fiduciária” quer dizer “transferir a outro alguma coisa em confiança”. “Fiduciária” é o adjetivo do t ermo “alienação”, da mesma maneira que poderia a alienação ter sido gravosa ou gratuita etc...

São por conseguinte têrmos cuja significação “sensu lato” é muito ampla. Quando o “de cuius” aliena a propriedade “mortis causa” a favor dum fiduciário faz uma “alienação fiduciária” da coisa transferida. De igual forma, quando um comprador de ações as adquire em nome de terceiros, porque não lhe convém figurar, podemos dizer que as está “alienando fiduci ariamente” a favor dos titulares das ações.

Não obstante, “sensu strictu”, serve para designar a nova garantia instituída pela lei 4.728, que concede o devedor ao credor, transferindo-lhe a propriedade fiduciária duma coisa móvel de sua propriedade. Por isso o nome completo do instituto é “Alienação Fiduciária em Garantia”, embora na linguagem comum denomine-se abreviadamente de “alienação fiduciária”.

4. O domínio ou propriedade é o senhorio sôbre as coisas. O proprietário é o dono absoluto da coisa. Esta poderá estar certamente sujeita a outros direitos, do inquilino, do credor pignoratício... por exemplo; mas nem por isso o proprietário perde o seu direito de propriedade, direito principal que permanece latente, na vigência de outros direitos.

Hoje se diz que a propriedade é o senhorio *potencialmente pleno* sôbre a substância da coisa. Com a inclusão do termo “potencialmente” nessa noção, quer-se justamente dizer que a propriedade, como direito a usar, desfrutar e dispôr livremente da coisa, poderá em determinados casos e durante certo tempo estar limitada. Com outros direitos sôbre o objeto da propriedade, poder-se-á inclusive tolher totalmente o exercício desta. Teremos então um direito de propriedade ao qual não corresponderá eventualmente nenhum gôzo ou tenência fática, um direito exclusivamente abstrato, mas nem porisso o direito de propriedade deixará potencialmente de subsistir. Tôdas as manifestações da propriedade subsistem sempre, pelo menos potencialmente. A negação dessa “plenitude potencial”, seria a negação da própria propriedade.

Este direito, o primeiro e mais profundo direito sôbre as coisas; esta relação profunda entre o “dominus” e a “substantia rei”, é precisamente o que permite à propriedade subsistir juntamente com outros direitos reais.

5. Para compreender melhor a propriedade, na variedade de formas que adota, é didático considerá-la como um todo composto de partes.

As partes da propriedade são o conjunto de faculdades pelas quais se exerce: a posse, os direitos de gozo (uso e usufruto), a livre disposição (alienação, sucessão, abuso); e também as notas que a caracterizam: irrevogabilidade, plenitude. . Tôdas estas faculdades características subjazem sob o envoltório duma titularidade: sob o direito de atribuir à propriedade a determinada pessoa. Temos assim, por um lado, aquêlo conjunto de partes integrantes e, por outro, a titularidade.

Freqüentemente a propriedade apresenta-se incompleta; já porque sofre limitações ou restrições impostas, já porque constitutivamente adota formas incompletas. A “propriedade resolúvel” por exemplo: é uma forma incompleta porque lhe falta constitutivamente a irrevogabilidade, que é uma das características da propriedade. Embora o proprietário com “propriedade resolúvel” possa ter as faculdades de usar e de desfrutar da coisa, só as terá temporariamente. Com a revogabilidade terá facilmente a “propriedade resolúvel” outras limitações derivadas: a inalienabilidade, a obrigação da conservação.

Em resumo, interessa destacar que sob a titularidade da propriedade pode-se encontrar a propriedade plena ou, como amiúde acontece, a propriedade incompleta, limitada: alguma ou algumas faculdades apenas².

Passaremos, em continuação, a estudar a propriedade resolúvel ou temporária, com maior extensão, e também a propriedade fiduciária, porque interessam à compreensão do nosso trabalho. Outros casos de propriedades incompletas não os mencionaremos para não sair do tema.

6. A propriedade resolúvel é uma das formas limitadas de propriedade.

A propriedade resolúvel, em princípio, é propriedade e portanto compreende tôdas as faculdades dela. O dono

2. Art. 525. É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada quando tem ônus real, ou é resolúvel.

poderá dispôr e usar livremente da coisa, embora temporariamente.

O adjetivo resolúvel significa que se pode extinguir. Habitualmente trata-se de propriedade subordinada a alguma condição, advindo a qual se extingue a propriedade. Caio, por exemplo, proprietário de jóias entrega-as em doação à Cecília, sua sobrinha, com a condição de que se êle tiver uma filha devolve-las-á. Se a condição, porém, não se cumprir a proprietária (Cecília) continuará a ter a propriedade plena das jóias.

O fato novo ou condição da qual depende a propriedade, pode ser incerto; mas pode também estar limitada por um têrmo, por um fato certo, que acontecerá, embora futuramente.

Isto permite classificar a propriedade resolúvel em duas formas diferentes: uma primeira sujeita a uma condição, que sobreviverá se a condição não acontecer, e outra, sujeita a um têrmo (resolutivo) e que “a priori” sabe-se que terminará. Esta segunda forma de propriedade resolúvel, condenada aprioristicamente à extinção, e que podemos chamar “propriedade temporária” é inferior a primeira, mais débil. A sua limitação constitutiva (têrmo iuris) é maior do que se dependesse duma condição incerta.

Interessa salientar esta divisão da “propriedade resolúvel” em “propriedade simplesmente resolúvel” e “propriedade temporaria” porque a “propriedade fiduciária”, que corresponde ao nosso proprietário da “alienação fiduciária”, pertence à segunda classe de propriedade resolúvel. Está liquidada aprioristicamente porque, no momento em que o devedor cumpra a sua obrigação, se acaba. A sua duração está subordinada a um prazo fatal, tem um vencimento pré-fixado, morre com a obrigação principal.

Todavia a “propriedade temporária” do proprietário fiduciário é extremamente fraca porque o proprietário fiduciário nunca poderá ficar com a coisa, nem gozá-la ou usá-la. Mais pròpriamente poderíamos chamá-la “pro-

priedade resolúvel-resolvida”, significando com o adjetivo “resolvida” a sua carência de conteúdo. Ainda que o devedor não pague, a coisa destinar-se-á a venda, não ao fiduciário. No artigo n.º 66 da lei citada diz-se que o proprietário não poderá ficar com a coisa. É esta uma limitação que debilita à essência da propriedade.

É curioso notar assim que, nesta segunda forma de “propriedade resolúvel”, falta qualquer coisa de essencial à propriedade: não é potencialmente plena. Isto faria rodar por terra a própria natureza da propriedade até o extremo de poder-se negar doutrinariamente que a “propriedade, que estamos considerando” fôsse realmente propriedade³. Entretanto a própria lei, que a concebeu esvaziata, a elevou à categoria principalíssima de propriedade.

7. A propriedade fiduciária é aquela que uma pessoa, fiduciário, adquire passivamente, porque o proprietário originário, por razões de confiança (“fiducia”) a transfere.

No direito de base romanista carece de sentido falar dêsses dois proprietários, originário e fiduciário; só existe um, embora seja fiduciário. Se Tício, pelas razões que forem, inscreve no registro de imóveis uma casa em nome de seu amigo Ulpiano, êste será o proprietário (fiduciário). Se não tiver tomado medidas para amparar seu

3. A “propriedade fiduciária” tal como foi delineada na Lei n.º 4.728, de 14-7-65 enfraquece muito o conceito ocidental de propriedade.

A coisa, na alienação fiduciária, destina-se apenas a garantir o empréstimo. O proprietário fiduciário, em caso de não reaver a prestação, poderá exigir que se venda o objeto de sua propriedade para recuperar o principal, mas fica expressamente proibido que fique com a coisa, não poderá gozar dela. A propriedade que não é potencialmente plena, não é propriedade. Concretamente, a propriedade sobre um objeto do qual, potencialmente pelo menos, não se possa dispor futuramente não é propriedade. A propriedade tal e como se concebe não pode estar revogada “a priori”. É irrevogável. Depois de adquirida não pode ser perdida pela vontade de outrém.

direito, o fiduciário, porque é proprietário, poderá legalmente exercer plenamente seu direito e ignorar-se-á o direito de Tício.

O proprietário “a quo” ou originário não tem lugar no nosso direito; como tal inexistente.

O mesmo não acontece no direito anglo-americano, onde, diferentemente, coexistem os dois proprietários: o “a quo” e o “ad quem”; o originário e o fiduciário; o “donor” e o “trustee”. Talvez seja esta uma das características dêsse direito que mais interessa conhecer, para bem entender o novo “proprietário fiduciário”.

O “proprietário fiduciário” conhecido como tal no nosso direito, encontra-se no direito das sucessões. Quase todos os demais são casos à margem da lei.

Em efeito, no direito das sucessões⁴ aparece a figura do “herdeiro fiduciário”, que é proprietário da coisa até a sua transmissão ao “herdeiro fideicomissário”: Tício testa a favor de Caio, para que disponha da coisa durante dois anos, por exemplo, e seguidamente a transfira a Ulpiano. Caio será proprietário “ad tempus”, por dois anos. Eis uma forma de propriedade aprioristicamente extinta para o fiduciário, que é um mero proprietário-transmissor da coisa, sendo curioso notar que a “propriedade fiduciária” conhecida nas sucessões⁵ já fôsse “propriedade resolúvel”.

A nomenclatura, por conseguinte de “propriedade fiduciária” existe no nosso direito e, “servatis servandis”, corresponde a da nova propriedade fiduciária surgida com a alienação fiduciária. Ambas, quando nascem, estão condenadas à extinção.

4. Art. 1.733 do *Código Civil Brasileiro*: “Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um dêles, o fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir a outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança, ou o legado”.

5. Art. 1.734. “O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel”.

A diferença de situações, entre o herdeiro fiduciário e o credor fiduciário faz logicamente que a “propriedade fiduciária” num e em outro caso sejam diferentes. A primeira é transmissível a um terceiro (fideicomissário) e a outra é devolutiva ao alienante (devedor); uma encontra a razão de ser na transmissibilidade e a outra na garantia; etc... mas ambas propriedades fiduciárias — repetimos — caracterizam-se por serem temporárias, e duma temporalidade imposta aprioristicamente. Temporalidade ditada num caso “per voluntatem de cujus”, no outro pela duração da obrigação principal garantida.

De resto o proprietário fiduciário das sucessões, enquanto é proprietário, pode dominar a coisa; usá-la, desfrutá-la, possuí-la, etc. Tudo isto não acontece com o “proprietário da alienação fiduciária”, que não tem posse, nem uso, nem nada; apenas o título de proprietário. Embora, por conseguinte, o título de propriedade seja temporário em ambos os casos, não resta dúvida de que a “propriedade da alienação fiduciária”, que estudamos, é “propriedade temporária” mais imperfeita ou incompleta do que a propriedade do sucessor-fiduciário.

Em resumo: a nossa “propriedade fiduciária”, é uma forma imprópria de propriedade. É propriedade resolúvel e resolvida. E ainda, dentre as “propriedades resolvidas” conta-se entre as formas mais incompletas e esvaziadas.

Não obstante isto, existe um texto legal que configura a “propriedade fiduciária”, elevando o credor sem a posse, porque assim o legislador o dispõe, a categoria de proprietário fiduciário e criando uma nova classe de propriedade, que não tem igual em sua debilidade no nosso direito.

8. O jôgo típico anglo-americano que consiste em desdobrar a propriedade, a fim de dar proteção a dois sujeitos proprietários, o “donor” e o “trustee”, em diferente grau, é desconhecido nos direitos de raiz romanística.

Freqüentemente dois sujeitos tem relações com um mesmo objeto, mas só a um déles — no nosso direito — pertence a propriedade — o outro poderá ser um possuidor, de qualquer espécie, mas nunca proprietário.

Em verdade não é necessário acudir às fontes anglo-saxônias para conceber e explicar o novo instituto da “alienação fiduciária”. Todos os seus elementos já existem no nosso direito, inclusive, como vimos, a propriedade fiduciária; necessário foi deslocá-la das sucessões aos direitos reais. Mas, certamente tomamos do direito americano, — eis porque dizemos que nele se inspirou o nosso legislador — a combinação dêsses elementos: o enxerto do proprietário fiduciário no credor.

Achamos útil trazer seguidamente algumas noções, bem características, duma propriedade diferente da nossa, do mundo saxão.

9. O “trust” anglo-americano é um instituto de vastíssimas aplicações. Basicamente consiste num desdobramento da propriedade, de maneira que esta pertence por um lado ao “settlor” ou “donor” e por outro ao proprietário fiduciário (“trustee”). Quer dizer, existe um primeiro proprietário, básico ou originário, e outro proprietário legal, que é proprietário porque merece “confiança” do primeiro. Os direitos de ambos os proprietários ficam determinados nas cláusulas da escritura do “trust”.

Duas perguntas saltam perante êste planteamento. A primeira; como podem coexistir dois proprietários sôbre uma mesma propriedade? e a segunda; como se entende a propriedade do proprietário alienante ou “donor”?

Quanto a primeira questão existe o princípio clássico romano que diz: “duorum vel plurium in solidum dominium esse nequeunt”, (dois ou mais não podem ter a propriedade total). Êste princípio, que tem validade universal e que pertence a lógica jurídica, continua vigente no direito anglo-saxão. Realmente o que acontece é uma bipartição da propriedade, de maneira que ao “trustee”

se adjudicam alguns dos direitos do proprietário e o “donor” permanece com outros. Não se atribui a propriedade plena a nenhum dêles.

A proteção do “donor”, que em princípio estaria exposto a tôda classe de abusos e arbitrariedades por parte do proprietário fiduciário, está salvaguardada pela “equity”. Como é sabido, o direito anglo-saxão consta não só da “Common-law”, que é o ordenamento comum, semelhante ao nosso direito codificado, embora de formação costumeira; mas também da “equity” que regulamenta tudo segundo a moral e a justiça naturais. Desta maneira temos o proprietário fiduciário ou “trustee” protegido pela “Common law” e o “donor” pela “equity”. Lògicamente êste é um ponto que, para conseguir a funcionalidade dêste instituto nos direitos só escritos, é necessário ter presente. Far-se-ia preciso regulamentar nos nossos códigos a figura, em todos os seus extremos e situações.

Inúmeras são as tentativas que já houve para introduzir o “trust” nos países cujo direito é de origem românica. Nalguns já foi introduzido sob a forma de fideicomisso “inter vivos” e outras. As vantagens da figura são bastantes. Normalmente se aceita restringindo muito seu campo, e a título de experiência jurídica.

No nosso país, uma das tentativas mais sérias que já houve para introduzi-lo foi a do Deputado Elias Adaime, que apresentou em 1957 o projeto n.º 3362 instituindo o fideicomisso “inter vivos”. Êsse projeto teve um substitutivo com um parecer desfavorável do Deputado Antônio Pereira Lima, apresentados em Maio de 1958. De qualquer maneira e embora o instituto não vingasse, dava-se a conhecer o “trust”, com tôda a sua dinamicidade e, enquanto combatido, fazia-se sugestivamente familiar.

10. O “trust” e o fideicomisso”: a associação do instituto inglês, precisamente com o “fideicomisso”, é devida às semelhanças entre ambos. Esta a razão pela qual o “trust” geralmente se encarna nos direitos da área lati-

no-ocidental no “fideicomisso”. Inclusive, os historiadores do direito discutem sôbre a origem do “trust”, precisamente no fideicomisso romano.

O fideicomisso, instituto típico do direito das sucessões, é uma figura que se origina “mortis causa”. Não existe, em princípio, “inter vivos”. O testador nomeia herdeiro a um fiduciário, o qual, tem o ônus de transferir a coisa herdada a um “fideicomissário”. Por exemplo: Clemente, “moriturus”, que tem um filho menor, a quem deixa um imóvel como herança, testa a favor de seu irmão Inocência com o encargo de transmitir o imóvel, quando seu filho atingir a maioridade. Inocência, enquanto fôr fiduciário, cuidará do prédio com a diligência do “pai de família”. Vemos claramente nesse exemplo as três partes: o proprietário transmissor ou “de cujus” (Clemente); o fiduciário, proprietário transmitente (Inocência) e o beneficiário, fideicomissário ou proprietário-latente (o filho menor), que são indispensáveis ao “trust”. O “trust” nada mais é do que uma extensão do fideicomisso às mais variadas situações que possam surgir nas relações “inter vivos”. Inclusive, no direito americano, fala-se, no “inter vivos trust”, em contraposição ao “testamentary trust”.

Nos direitos romanísticos conseguem-se, evidentemente, os resultados que com o “trust” se atingem, através de outros institutos: o depósito, o mandato, a “negotiorum gestio”, concurso de credores, comodato etc. . dependendo das vontades e circunstâncias de cada caso.

Mas o que não se encontra é a figura que possa abarcar simultaneamente todo o jôgo de desejos da vontade, numa variada gama de circunstâncias previsíveis. Não existe um equivalente exato do “trust” nos nossos direitos.

O “fideicomisso” hereditário é um instituto prestes a se extinguir quando, no nosso mundo, estão se extinguindo até as legítimas. O “trust” é um instituto vivo e dinamizador.

11. Convém agora relembrar o instituto do “penhor”, dada a grande semelhança que tem com a garantia da “alienação fiduciária”.

O penhor, no direito romano, era o direito a reter uma coisa móvel ou imóvel do devedor, até que este pagasse a sua dívida.

O credor adquiria a posse, mas não a propriedade da coisa. Trata-se pois de um direito real a respeito de coisa alheia, já que recai sobre uma “res” de outrém.

Note-se que na vigência do direito romano, a coisa podia tanto ser móvel quanto imóvel. Nos direitos modernos, ordinariamente o penhor só pode ser de coisas móveis. Em se tratando de imóveis, a garantia real genuína é a hipoteca.

O credor pignoratício podia pactuar com o “pignorante” a fim de ficar com a coisa empenhada, em caso de que não pagasse o débito (“lex commissoria”). Esta aquisição automática da propriedade foi proibida por Constantino.

Mais comum era o “pactum de vendendo”, pelo qual o credor podia vender a coisa recebida em garantia, em caso de que o devedor não cumprisse a obrigação.

Antes de acabar estas breves considerações históricas, faz-se preciso mencionar o penhor sem posse “pignus conventum”. O direito romano usou desta figura, não somente em se tratando de glebas ou “res immobilis”, já que os imóveis, como dissemos eram objeto de penhor “pignus conventum”; mas também em se tratando de objetos de trabalho e de certos bens móveis necessários à vida quotidiana do devedor — neste caso êsses objetos não se transferiam ao credor pignoratício.

12. O penhor no direito brasileiro é um direito real de garantia, o qual pressupõe: a) uma obrigação principal contraída entre duas partes, da qual o penhor se deriva; b) que a coisa penhorada pertença ao devedor;

c) que a coisa seja móvel; d) que o credor não fique com a coisa, caso a obrigação não seja satisfeita, porque não é proprietário dela, mas se destina exclusivamente a garantir a dívida, a ser vendida para saldá-la; e) que se estabeleça a um certo tempo; a obrigação principal dá o tempo de duração do penhor; f) que garanta “in solidum” a dívida; o penhor é indivisível, só se extingue com a extinção total do principal, e não parceladamente, e g) que se entregue efetivamente a coisa ao credor. Este último requisito tem primordial importância, já que êle tem sido a causa, além de outras conveniências, da introdução da “alienação fiduciária” no nosso direito. A alienação fiduciária é considerada como um instituto superior ao penhor sem entrega da coisa empenhada — que existe em outros direitos e também no nosso, embora dentro das restrições do sistema de “numerus clausus”.

Para uma completa compreensão dêste estado de coisas, convirá dar uma rápida visão histórica do nosso penhor.

No Brasil colonial o penhor e a hipoteca conviveram confundidos, ou melhor, tanto as coisas móveis quanto as imóveis podiam ser pignoradas, com fundamento nas tradições do direito romano.

Com a Lei n.º 317 de 21-10-1834, introduziu-se a obrigação do registro para as garantias hipotecárias, e a partir desse momento, doutrinariamente pelo menos, a hipoteca servia para imóveis, que deviam ser registrados; o penhor ficava para os móveis dados em garantia que deviam ser entregues ao credor. A “entrega” talvez seja a característica que mais importa notar, já que no direito brasileiro basicamente o penhor exige a “traditio”.

Ao que consta, na prática, as coisas continuaram confundidas; TEIXEIRA DE FREITAS no art. 767 da “*Consolidação das Leis Civis*” declarava que podiam ser empenhadas coisas tanto móveis quanto imóveis, e no art. 1268 e s.s. continuava dizendo que poder-se-iam hipotecar móveis e imóveis.

Foi a Lei n.º 1237 de 24-9-1864 a que alterou a legislação anterior, restringindo a hipoteca a bens imóveis. A partir desse momento a situação ficou bem definida: para as coisas cuja entrega é impossível, por serem imóveis, o direito de garantia é a hipoteca; para as móveis, que podem ser entregues, e que portanto deve-se transferir a posse, a garantia será o penhor.

Rapidamente, contornando a rígida legislação resultante, surgiram as hipotecas mobiliárias e os penhores sem entrega, em aparente conflito com a lei, mas amparados em nova tutela legal.

13. A doutrina para justificar a situação do credor pignoratício, no caso do penhor sem entrega, aplicou a distinção entre detenção e posse.

A posse sublima-se até o ponto de existir abstraída da tenência material do objeto. Determinado sujeito poderá ter o “animus possidendi”, o título de possuidor, sem ter materialmente a coisa em seu poder, sem ter o “corpus”. Outro sujeito, “detentor”, terá a posse material em nome daquele “possuidor”.

No penhor sem entrega “o credor obtém a posse pignoratícia, a respeito da qual o proprietário (devedor) fica sendo mero detentor. O poder jurídico possessório está no primeiro, mas o correspondente poder material está no segundo. O dono do objeto empenhado, apesar de dono, possui em nome ou representação do credor, em tudo quanto respeita ao direito real “pignoratício”.⁶

O credor pignoratício, investido legalmente com a posse, terá ao seu alcance a proteção possessória, através das ações ou interditos de manutenção e restituição ou reintegração (*Cód. Proc. Civ. Bras.*, Art. 371 e s.s.).

Na verdade, o “penhor sem entrega” é um caso excepcional de penhor, que não se pode converter em regra

6. GALVÃO, INOCÊNCIO TELES, *O penhor sem entrega no direito luso-brasileiro*. Rev. da Faculdade de Direito de U.S.P. vol. 50, 1950, p. 24.

geral. O legislador, para salvaguardar a situação do credor sem posse, quer que este continui a ser possuidor e detentor da coisa. No caso da falta de detenção, é possuidor e existe transmissão da posse pelo “constitutum possessórium”, que é uma forma imaterial de transmitir a posse.

O legislador, em diferentes momentos, para atender à necessidade de retenção das coisas pignoradas, de certas áreas do comércio ou da indústria, foi criando “penhores sem entrega” especiais.

Hoje no Brasil existe o penhor rural, que é agrícola ou pecuário, o qual permite aos agricultores e criadores ficarem com suas lavouras e gados pignorados. Foi criado pela lei 492 de 30-8-1937.

Existe também o penhor industrial, que se aplica às máquinas que a indústria utiliza (decreto lei n.º 1271 de 16-5-1939) e que se estendeu aos produtos da suino-cultura em 1941 (decreto lei n.º 3169), às instalações dos departamentos de ensino em 1945 (decreto lei n.º 7780). Vemos, neste itinerário, como o legislador sai ao passo das necessidades mais variadas, abrandando a rigidez do penhor brasileiro, com sucessivas exceções.

14. A “fiducia cum creditore” é um direito real de garantia, afim a “alienação fiduciária”, que foi muito usado em Roma durante todo o período-clássico (130 A.C. até 230 D.C.).

O devedor transferia a propriedade de uma coisa (“res mancipi”) ao credor. A transmissão da propriedade, naturalmente, efetuava-se de acôrdo com a “mancipatio” ou da “in iure cessio” e o credor, passava a ser dono da coisa e a dispôr dela.

Liquidada a obrigação o credor-proprietário devia devolver o objeto que lhe foi dado em garantia. Caso não o fizesse, o devedor dispunha de uma “actio fiduciae” a fim de obter a restituição. Finalmente se o devedor não cumprisse a sua obrigação o credor continuava a ser proprietário, em sentido pleno.

Vemos, nesta forma de garantia, como a posição do credor (que corresponderia, na atual “alienação fiduciária”, a do proprietário fiduciário) está sobrevalorizada, provavelmente em decorrência da própria rigidez do instituto romano da “mancipatio”. O formalismo desta colocava o credor na condição de proprietário puro e em sentido pleno. Por isso com o abrandamento do direito romano, e desaparecimento da “mancipatio”, desapareceu também, na época pós-clássica, esta forma de garantia.

A “fiducia”, de qualquer maneira, não é propriamente um direito real de garantia; embora o seja por extensão. Nos direitos reais de garantia o que se transmite é a posse real ou simbólica do objeto, mas não a sua propriedade. O credor retém uma coisa a fim de obter a devolução do emprestado; não visa inicialmente a aquisição da propriedade, mas apenas a recuperação do empréstimo.

Na chamada “fiducia cum creditore” realmente se adquire a propriedade. O credor é dono da coisa, desde o primeiro momento. Se posteriormente o devedor lhe devolver o recebido, o credor transferir-lhe-á de novo o objeto adquirido, pelas formas da “mancipatio” ou da “in iure cessio”.

Para terminar, convém notar que a natureza jurídica da propriedade adquirida pelo credor, na “fiducia”, corresponde à chamada propriedade resolúvel. Isto é, o credor é realmente proprietário, no sentido pleno embora dita propriedade possa vir a se extinguir, num determinado momento.

15. A garantia em geral é o vínculo de sujeição de alguém ou de algo estabelecido em favor do credor a fim de reforçar a dívida principal. Neste sentido amplo, são garantias não só os “iura in re aliena”, mas também o aval, as cauções, a fiança...

Evidentemente a alienação fiduciária é um contrato de garantia já que o credor adquire a propriedade duma coisa, simultaneamente com o direito a que o devedor satisfaça a prestação principal.

Entretanto convém destacar que os “iura in re aliena”, como são o penhor, a anticrese e a hipoteca, caracterizam-se porque os credores (pignoratício, anticrético ou hipotecário) nunca são proprietários. A propriedade permanece com o devedor, dono das coisas móveis ou imóveis que garantem a dívida principal. Graças a isto o direito do credor é acerca de coisas que são de outro, do devedor (“iura in re aliena”).

— Não vamos alongar-nos aqui para mostrar que a “alienação fiduciária em garantia” não é aval, nem fiança, nem qualquer outra classe de garantia clássica. Em princípio, retenhamos que é mais uma garantia, uma garantia nova.

Sabido que o legislador conheceu o instituto no direito americano, teremos de expôr algumas garantias, as mais parecidas daquela área do direito, a fim de entranhar-lhe a natureza jurídica. Veremos o “receipt in trust”⁷ e o “chattel mortgage” e tentaremos dar forma no nosso direito a nova figura, já que não teria sentido, doutrinariamente falando, dizer que a “alienação fiduciária em garantia” é “chattel mortgage” (=hipoteca mobiliária) ou “receipt in trust” (=recibo em confiança).

16. Antes de entrar nos institutos americanos convém diferenciar a alienação do contrato de mútuo, já que em ambos existe a transmissão da propriedade. Tanto o mutuário quanto o fiduciário são proprietários⁸.

7. Também chamado “letter of trust”, “letter of lien” (carta de confiança, de garantia). Atualmente nos Estados Unidos usa-se na prática comercial o “trust receipt” entendendo-se por tal a “composição por arbitramento”. É conveniente êste esclarecimento porque facilmente confundem-se as denominações “trust receipt” e “receipt in trust”. A primeira, hoje, na prática, designa ao árbitro ou terceira pessoa que recebe, em confiança, uma coisa para dá-la a aquela das partes a qual pertença, segundo o combinado. As coisas confundem-se mais porque, em época recente, ainda se chamava de “trust receipt” ao atual “receipt in trust”.

8. Art. 1.257. “Êste empréstimo (o mútuo) transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário”, ...

Não obstante esta coincidência, o mútuo é um contrato típico de empréstimo, enquanto que o da alienação o é de garantia, regulamentando uma obrigação paralela ou secundária.

Isto nada tem a ver com o fato de se ter usado frequentemente o mútuo nas composições fiduciárias; nesses casos o mútuo fica deslocado.

Além disso o mútuo tem por objeto coisas fungíveis e é contrato gratuito. A “alienação fiduciária” é de coisas infungíveis, embora por extensão inclua as fungíveis e, além disso, é contrato oneroso.

Finalmente no mútuo sempre existe a “traditio”. Precisamente o mutuante faz o empréstimo para que o mutuário possa dispôr duma série de coisas (alimentos, dinheiro), que sem a entrega real não teria sentido.

17. A definição que o “A Concise Dictionary of Finance” dá do “Recibo em confiança” é a seguinte: “recibo emitido pelo cliente importador a favor do Banco, quando o Banco, tendo feito um adiantamento contra os “documentos de importação”, permite ao importador a posse das mercadorias. O recibo atesta: que o importador recebeu os “documentos de importação”; que concorda em que as mercadorias são de propriedade do Banco, com o dinheiro do qual as importou; que permanecerão armazenadas em nome do Banco e que pagará com o produto da venda ao Banco. Realmente o recibo mostra que o cliente é um agente do Banco para negociar com os “documentos de importação”⁹.

9. “A receipt given by a customer to a bank, having made an advance against the security of bills of lading, permits the customer to have possession of the bills. The receipt is an acknowledgment that he has received the bills of lading and that he agrees to hold the goods as the bank’s property to keep them ware housed in the name of the bank, and to pay the proceeds of their sales to the bank. In effect, the receipt acknowledges that the customer is a trustee of the bank for the bills of lading”. “A concise dictionary of finance”. Colem Brooks.

Vemos neste contrato como se converte o credor em proprietário da mercadoria que garante o empréstimo. Da mesma maneira acontece com o credor da “alienação fiduciária”.

Convém notar, que o “receipt in trust”, embora inclua no seu nome o vocábulo “trust”, discute-se se realmente é “trust”¹⁰.

Para que se veja, em tôda a extensão, a plenitude da propriedade do Banco, basta reparar nas últimas cláusulas do “recibo”, no qual sempre se diz que “o Banco poderá em qualquer momento anular êste recibo e apreender as mercadorias onde quer que estejam”¹¹.

10. Faltam nele os três elementos genuínos do “trust” que são: o fiduciante, o fiduciário e o fideicomissário (“donor”, “trustee” e “beneficiary”).

O Banco é proprietário em sentido próprio, fez o reembolso da compra, embora a importação seja feita pelo importador. Êste funciona como agente vendedor das mercadorias. No “receipt” há duas partes: o Banco e o cliente importador, e só o primeiro é proprietário, com a propriedade sem desdobramento; o importador não compartilha da propriedade.

11. O “Receipt in trust”, anteriormente chamado “trust receipt” costuma ter o seguinte texto: “Received from the... Bank... the merchandise, their property, specified in the bill of lading... barked... and in consideration there of, we here by agree to hold said goods “in trust” for then and as their property, with liberty to sell the same, and, in case of sale, to hand the avails as soon as received, to the.. Bank.. as security for due provision for the acceptances on our account, under the terms of the letter of credit n. and for the payment of any other indebtedness of ours to the said Bank. The said property shall *be fulley* insured against loss by fire. The. Bank... shall not be chargeable with any expenses incurred on said property.

The said Bank may at any time cancel this trust and take possession of said property or of proceeds of such of the same as may then have been sold, wherever the said property or proceeds may then be found.”

Cfr. MASSINO ANGELONI: “Il trust receipt nella prassi bancaria anglo-sassone” en Banca Borsa e Titoli di Crédito, Anno VI, Fascicolo I, pag. 44-46.

O “recibo em confiança”, precisamente porque não se dá nele a bipartição da propriedade, que permanece inteira em poder do credor, é um instituto que pode encaixar-se no direito da área romanística de propriedade monolítica. Na nossa “alienação fiduciária” não há dois proprietários, “a fortiori” só existe um, o credor.

Entretanto, a olhos vistos, o nosso proprietário-fiduciário é mais débil do que o Banco-credor-proprietário do “receipt”. Nunca o proprietário da “alienação fiduciária” poderia, em qualquer momento, recavar a posse da coisa para vendê-la. A sua propriedade permitir-lhe-ia fazê-lo só num caso: quando o devedor não pagar.

Feita esta ressalva, podemos concluir dizendo que a alienação fiduciária coincide com o “receipt” em que é um contrato de garantia, se bem, na forma de recibo ou de carta, e em que a propriedade é do credor. Diferenciam-se entretanto, na diversa função do devedor pelos diferentes negócios que tutelam. No caso da “alienação fiduciária” — o Banco é proprietário desde o primeiro momento, “ab initio”, já que faz o desembolso para efetuar a compra ao exportador; inexistente alienação por parte do importador-devedor. Entretanto, o nosso fiduciário surge precisamente com a alienação da coisa dada em garantia pelo devedor. De outro lado a propriedade que se proporciona ao credor da alienação fiduciária; segundo já vimos, é muito limitada, é inferior à do Banco-proprietário.

18. Depois de analisado, embora sumariamente, o “receipt”, vimos a grande semelhança que tem com a “fiducia cum creditore”. De qualquer forma o proprietário da “fiducia cum creditore” era proprietário com tôdas as faculdades. A coisa era-lhe entregue, através da “mancipatio” ou da “in iure cessio”, ficando assim subtraída ao devedor, fora do comércio. Esta situação atual-

mente é diversa, o proprietário do “receipt”, como o da “alienação”, está interessado em que a coisa continue em poder do devedor. Este fato é um presuposto do negócio, a fim de que não diminuam as possibilidades comerciais

Sem dúvida todos estes institutos, tanto romanísticos quanto saxônicos, se encontram na necessidade humana de transmitir a propriedade de um bem a outro em garantia, em determinados casos e circunstâncias, a título fiduciário. São os negócios fiduciários, que sempre existiram e existirão.

19. Entre os institutos de garantia (“lien”) anglo-americanos talvez seja o “chattel mortgage” o mais idêntico à nossa “alienação fiduciária em garantia”.

O “chattel mortgage” que poderíamos traduzir — embora implique um contra-senso — por “hipoteca mobiliária” é uma forma de garantia mediante a qual o devedor transfere a propriedade da coisa móvel, que oferece em garantia, a favor do credor, conservando-lhe a posse. Como se vê, coincide com a “alienação fiduciária”. Existem, porém, algumas variantes de “chattel mortgage”, nas quais o credor não chega a ser proprietário, mas simplesmente credor, como no nosso penhor.

Como o “chattel mortgage” a “alienação fiduciária” se registra para valer contra terceiros, e, outrossim o fiduciário que é o titular da propriedade (“legal property”) poderá vender a coisa se não fôr satisfeita a obrigação creditícia, e a propriedade não sobreviverá além desse momento.

Além disso, o “chattel mortgage” como a “alienação fiduciária” não necessitam de ação executiva para poder vender-se a coisa. O proprietário ou o “mortgagee” buscam e apreendem a coisa imediatamente para vendê-la. Este direito, sumamente ágil e espeditivo, tem feito do “chattel mortgage”, na América, um instituto temido... e às vezes.

odioso, quando credores inescrupulosos adquirem bens em garantia de valor muito superior ao crédito, e no vencimento os vendem a pessoas combinadas.

Este instituto, no direito anglo-americano, está perfeitamente ubicado. É “trust”. Nele encontramos com nitidez o desdobramento da propriedade: o devedor, o “donor” tem a “equitable property”, e o credor, o “trustee”, a “legal property”.

O jôgo triplo do “trust”, nalguns casos, como acontece neste, dá-se apenas entre duas partes. Geralmente diferenciam-se as três partes: o “donor”, o “trustee” e o “beneficiary”. Neste caso o “beneficiary” é o próprio “donor”; o alienante transfere a propriedade ao fiduciário em seu próprio benefício. Trata-se, portanto dum “exceptional trust”.

Isto tudo, que é doutrina pacífica no consuetudinário mundo saxônico, é difícil de ubicar no nosso direito, pela simples razão de que o fideicomisso (o “trust”) é um instituto a serviço exclusivo do testador. É uma figura “mortis causa”.

Na hipótese de que o fideicomisso viesse a ser ressuscitado e existisse “inter vivos”, então poderíamos dizer que a “alienação fiduciária” era um fideicomisso “inter vivos” de garantia, um fideicomisso de exceção.

20. Não sendo possível, dentro do direito escrito, atingir àquela conclusão, devemos ficar num estágio prévio: nos negócios fiduciários.

A “alienação fiduciária em garantia” é um “negócio fiduciário de garantia”. Esta a sua natureza. A primeira vista o conceito parece redundante, estaria repetindo o definido. Entretanto talvez a alienação fiduciária seja a entronização ou positivação dos negócios fiduciários que até o presente viviam à margem da lei.

Entre nós, OTTO DE SOUSA LIMA tem estudado em profundidade o negócio fiduciário¹². Diz o seguinte: é um negócio de fato, ao qual não corresponde uma figura precisa no direito, e então se entrecruzam duas ou mais figuras com o fim de obter um resultado, que de fato se pretende, mas impróprio delas.

Era comum, por exemplo, obter empréstimo, assinando em garantia um contrato de venda de algum bem móvel a favor do prestamista. Este constituía-se, por este procedimento em proprietário. Vemos aqui um entrecruzamento do empréstimo ou mútuo com a compra-venda.

Percebe-se de imediato, a desproporção entre o meio usado e o fim perseguido. O meio usado, a compra-venda a favor do prestamista do exemplo, excede o fim de garantia que se persegue.

É característico ainda, ampliando mais a noção do negócio fiduciário, transmitir a titularidade dum direito, do direito de propriedade. O mesmo autor define o negócio fiduciário como “uma manifestação da vontade pela qual o fiduciante atribui ao fiduciário, dentro de determinados limites, a titularidade dum direito, em interesse dêle próprio (do fiduciante) ou dum terceiro, para conseguir determinado fim”.

O legislador o que fêz foi, servindo-se duma ficção, institucionalizar, elevar à categoria de instituto, um negócio fiduciário, aquêle que constituía o credor em proprietário do objeto de garantia. Muitos outros negócios fiduciários continuam existindo e, a lei os considera não como tais, mas nos dois negócios legislados que normalmente os integram.

Dizemos que o legislador se serviu duma ficção. Os estudos mais recentes sôbre a ficção jurídica trouxeram

12. LIMA, OTTO DE SOUZA, *Negócio Fiduciário*. Editora Revista dos Tribunais Ltda., S. Paulo 1962.

algumas inovações. A ficção, tradicionalmente considerada como “disposição da lei, contrária à verdade, em coisa possível e por justa causa” (“Legis dispositivo adversus veritatem in re possibili ex iusta causa”), hoje considera-se não mais daquela maneira tradicional, mas como o instrumento da técnica legislativa, pelo qual equiparam-se juridicamente dois fatos diferentes¹³.

A propriedade, como conceito jurídico, compreende tãda uma série de realidades: possuir, usar, desfrutar... dispôr livremente. O legislador simultâneamente pode criar uma nova figura, a do proprietário sem posse, sem uso, sem desfrute... sem livre disposição; pode idealizar uma espécie de credor pignoratício que não tenha posse da coisa nem as demais faculdades e dar-lhe o nome de proprietário fiduciário, equiparando-o ao proprietário.

Em conclusão, o credor de nosso estudo chama-se proprietário porque o legislador quis, usando da ficção, equipará-lo ao proprietário. O legislador assim agiu para dar ao credor um direito peculiar do proprietário: o da venda da coisa, se o devedor não lhe pagar; direito necessário para protegê-lo (iusta causa) da má fé eventual do devedor.

Quando o prestamista quizer a propriedade do objeto e o devedor queira permanecer com a posse e sem a propriedade, poderão contratar de acôrdo com êste novo instituto: “alienação fiduciária em garantia”, que é um específico negócio fiduciário em garantia, que o legislador criou graças à ficção jurídica.

21. Inicialmente as Companhias de Crédito e Financiamento e os Bancos de Investimentos tem sido, de acôrdo com as normas vigentes, as primeiras instituições de crédito a usarem o novo instituto de garantia.

13. CIFUENTES, RAFAEL LLANO. *Naturaleza Jurídica de la “Fictio-iuris”*. Madrid 1963, pag. 171 e ss.

O financiador, pelo contrato de alienação, passa a ser proprietário fiduciário, e o devedor, simples depositário, com as consequentes responsabilidades.

Pode alienar aquêle que é proprietário. Esta norma geral convém tê-la bem clara, principalmente nos contratos complexos, como são os de “Financiamento ao Consumidor”, ou naqueles em que a alienação passa de um a outro, percorrendo uma série de proprietários. Nestas seqüências, o fiduciário que é proprietário, passa a ser alienante.

Ainda, nos financiamentos ao consumidor, o alienante será o vendedor, se a venda fôr a prestação, com reserva de dominio. O alienante será o comprador, se a venda fôr à vista, e o vendedor tiver dado quitação. Êste caso é curioso, porque transforma a venda à vista em venda a prestações a efeito de financiamento. Êste contrato, verdadeira curiosidade contratual, está sendo muito usado atualmente.

22. A discriminação das mercadorias alienadas deve ser elaborada perfeitamente, com luxo de detalhes. Nos Estados Unidos, onde se usa corretamente do instituto, e onde existe, por conseguinte, um largo conhecimento de seus resultados e muita jurisprudência, dá-se uma norma prática: “Identification is the key of the situation”.

A lei, a êste respeito é taxativa, exige “a descrição da coisa e os elementos indispensáveis à sua identificação”.

No § 4.º do art. 66 se diz: “Se a coisa alienada em garantia não se identificar por numeros, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus de prova”...

O objeto deverá ser uma coisa móvel (máquinas, automóveis), não só coisas infungíveis, mas também fungíveis. Neste segundo caso, que comumente serão produtos indus-

trializados, no estoque das indústrias, ou matérias primas, a discriminação faz-se mais necessária. Evidentemente a substituição, em se tratando de coisas fungíveis não afeta a alienação realizada, sempre que o “quantum” alienado permaneça. Nestes casos de substituição é muito conveniente fazer a inspeção das coisas alienadas, cuidando de que se mantenha a identificação (marcas, tamanhos, formas etc...).

O conceito de móvel implica mobilidade, destacabilidade. Isto permite incluir, dentro do conceito, as coisas que embora ficando vinculadas ao solo, dêle possam ser destacadas sem quebra ou deterioração. É o caso dos aparelhos sanitários, de alguns equipamentos e de muitos elementos da construção moderna que são desmontáveis.

Não são objeto de alienação os títulos de crédito. Estes continuam sendo objeto das cauções. Se o legislador tivesse querido incluir os valores mobiliários entre os objetos suscetíveis da “alienação fiduciária” o teria dito expressamente¹⁴. O legislador sempre mencionou separadamente os bens móveis corpóreos e os incorpóreos. Estes tem um tratamento específico dada a sua espécie e natureza características. O penhor de valores (ações, letras, títulos de crédito em geral), mereceu um capítulo à parte no Código Civil, com designação própria: caução.

23. As garantias imobiliárias sem registro seriam nulas, não sucedendo a mesma coisa com as garantias mobiliárias. Estas ordinariamente registram-se apenas para ter validade frente a terceiros.

Excetua-se desta regra os “penhores sem entrega” que, como temos visto, no direito nacional, tem um caráter de exceção. O legislador exige que sejam registrados, “ad instar immobilium”, no registro de imóveis.

14. “Ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit”.

No caso da alienação fiduciária em garantia o critério é geral. O bem móvel, cuja propriedade o devedor transmite ao credor, será dêste, independentemente de registrar o contrato de alienação ou de não registrá-lo. De qualquer maneira para ter valor contra terceiros faz-se necessário o registro. A lei 4728, no § 1.º do art. 66 assim o exige explicitamente. “A alienação fiduciária em garantia somente se prova por escrito, e seu instrumento público ou particular, qualquer que seja seu valor, cuja cópia será arquivada no registro de títulos e documentos, sob pena de não valer contra terceiros”...

24. A substituição foi regulamentada pelo Banco Central no item IV da resolução n.º 45. Esta resolução permite substituir os bens alienados por outras duas garantias: por títulos em caução ou pelo penhor mercantil.

O texto diz o seguinte: “As operações para financiamento de capital de giro terão como garantias: o penhor regularmente constituído de mercadorias de fácil colocação e difícil deterioração, a alienação fiduciária ou a caução de títulos representativos de legítimas transações comerciais, admitida a rotatividade dos títulos caucionados e a substituição do penhor ou da alienação fiduciária por títulos também representativos de legítimas transações comerciais”.

25. A nova garantia real, segundo já consideramos no início, muito dependerá do bom critério na sua aplicação e da proteção policial e judiciária que se lhe der.

Um bom auspício indica, sem dúvida, o fato de que o instituto de Resseguros do Brasil tenha começado os seguros de crédito, no nosso país, precisamente pela “alienação fiduciária”. Isto põe de manifesto a sólida garantia que pode representar, já que se têm preferido às outras garantias (penhores e cauções) que ainda não estão sendo asseguradas.

O seguro exige ainda, como sobregarantia, algum aval, além da alienação. Esse aval, que costumam recolher os financiadores, consta normalmente da nota promissória, emitida pelo alienante.

Evidentemente, o sucesso do novo instituto de garantia, dependerá do acerto e prudência dos financiadores, na sua aplicação. Seria imprudente que o financiador pensasse, pelo fato de vir a ser proprietário do objeto-garantia, que pode fazer todo e qualquer negócio. A boa e juizosa aplicação da “alienação fiduciária” dará a última palavra sobre esta garantia.

Bibliografia.

- ALFARO, RICARDO J. — *Adaptación del trust del Derecho Anglo-sajón al Derecho Civil*, en “Cursos Monográficos”, V. I, de 1.^a Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, Editorial Lex, La Habana 1948. *El fideicomiso*, Panamá 1920.
- BARRETO FILHO, OSCAR — *Regime Juridico das Sociedades de Investimento* (Investment trust) 1956.
- CIFUENTES, RAFAEL LLANO — *Naturaleza Juridica de la Fictio Iuris*, Estudio General de Navarra Ed. Rialp S. A. Madrid 1963.
- DAGGETT, HARRIET SPILLER — *The chattel mortgage in Louisiane*, Tulane Law Review — N. Orleans U.S.A. 1938-39 Vol. XXII, pag. 19-234.
- D'ORS, ALVARO — *Elementos de Derecho Privado Romano*, Publicaciones del Estudio General de Navarra, Pamplona 1960.
- DUNN JR., FRANCIS — *Mortgage — Absolute deed as a mortgage*. Notre Dame Lawer — Indian — U.S.A. 1935-36 — Vol. II — pg. 371.
- FERRERA, WALDEMAR — *O trust Anglo-americano e o Fideicomisso Latino-Americano*. Monografia em “Estudios Juridicos”, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires 1956.

- FRANCESCHELLI, REMO — *La garanzia Reale delle obbligazione nel Diritto Romano Clássico e nel Diritto Inglese "Fiducia cum creditoribus" e "Mortgage"* in Studi in Memoria di Aldo Albertoni, "Cedam 1938.
- Trust e trustee*, in Nuovo Digesto Italiano, vol. XII, 2.^a parte.
- GALVÃO, INOCÊNCIO TELES — *O penhor sem entrega no direito luso-brasileiro*, Rev. da Faculdade de Direito de São Paulo 1950, vol. 50 pag. 7-31.
- GOLAGROSSO, ENRICO — *Le operazioni bancarie su documenti* — Milano 1938 Ed. Giuffrè, pag. 239.
- GOLDSCHMIDT, ROBERTO E EDER, PHANOR J. — *El fideicomiso en el Derecho Comparado*.
- GRASSETI, CESARE — *Trust Anglo-sassone, Proprietá fiduciaria e negócio fiduciário*.
- GRIFFIN E CURTIS — *Law of chattel mortgages and conditional sales* 1925.
- JACQUELIN, RENÉ — *De la Fiducia*, Paris, A. Girard Libraire Editeur 1891.
- LIMA, OTTO DE SOUZA — *Negócio Fiduciário*, Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo 1962.
- LONGO, CARLOS — *Curso di Diritto Romano — La Fiducia*, Milano, Suffré 1946.
- MARTORELI, MARIANO NAVARRO — *La propiedad Fiduciaria*, Bosch, Barcelona.
- MASSIMO, ANGELONY — *Il trust receipt nella prassi bancaria anglo-sassone*, em Banca Borsa e Titoli di Crédito, Revista di Doutrina e Giurisprudenza, dirigida por Francesco Messineo e Giacomo Molle, Milano 1939, pag. 28.
- MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS — *Curso de Direito Civil. Direito das coisas*, Edição 4.^a Revista e aumentada. Ed. Saraiva. São Paulo 1961.
- NABUCO, JOSÉ TOMAZ — *Trusts e trustees*, Rev. Forense, V. 96, pags. 265-268.
- NELLY, ASLAN — *Il mortgage en Angleterre et aux Etats Unis d'Amerique, contribution à l'etude des suretés reelles dans les pays*

Anglo-saxons, Paris, Rousseau 1928. (Collection d'études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international, H. Levâ — Velmann).

RABASA, OSCAR — *El Derecho Anglo-americano*.

RODRIGUES, SIZINO — *Os trusts em face do Direito Brasileiro* — Rev. Forense, vol. vol. 99, pags. 315-319.

SOUZA, JOSÉ ULPIANO PINTO DE — *Das cláusulas Restritivas da Propriedade: inalienabilidade, incomunicabilidade, conversão e administração*. São Paulo Escolas Prof. Salesianas, 1910.

TOBEÑAS, JOSÉ CASTAN — *Derecho Civil Español comum y Foral*, Tomo II, Derecho de cosas, V. I, X Ed. Inst. Ed. Reus, Madrid 1964.