

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA, IUS NOVUM DE DIREITO COMUM OU DE TEXTO EXCEPCIONAL?

(Segundas linhas a um artigo do prof. Egon Felix Gottschalk) (1)

ALCINO PINTO FALCAO

1. Não é fácil e muito pouco se poderá alinhavar, como "segundas linhas", a um artigo de um provector especialista, que, há decênios atrás, enriquecia a literatura tedesca sobre o fascinante instituto do negócio fiduciário e que, já agora, acaba de lançar as luzes do seu saber sobre o instituto da alienação fiduciária em garantia, de recente admitido pelo legislador brasileiro. Dificuldade tanto maior que, além da sua autoridade conhecida no sujeito, houve por bem de invocar lições de outros mestres, como PALANDT, PONTES DE MIRANDA, TÚLIO ASCARELLI, SIEBERT e outros de igual nomeada.

Mas, não obstante a rica literatura que existe a respeito do negócio fiduciário, como no início de seu precioso artigo fez questão de sublinhar o Prof. GOTTSCHALK, este se justificou: "O que nos move a retomar este assunto não é apenas a relevância que lhe atribuímos no sistema da nossa ordem jurídica, mas, antes de tudo, a oportunidade e a premência de lhe proporcionar soluções para sua complexa problemática".

De nossa parte, não será bem essa a razão de nos atrevermos a ligeiras considerações, em tema já tão limado e disputado por autores da melhor suposição; mas sim o fato de que os especialistas em geral se deixam enlevar pelos atrativos dos estudos monográficos da sua autoria e, por isso, quase não deixam espaço para os que não concordam com as excelências do instituto, de recente admitido pelo legislador brasileiro. Como nos filiamos a estes últimos e, por isso mesmo, não podemos deixar de simpatizar com a interpretação restritiva que ao novo texto legal deu a sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo (2) e como essa aplicação restritiva é que tenha, no fundamental, sido o motivo do artigo do professor, pensamos que isso seja o bastante para justificar a nossa modesta intervenção no assunto.

(1) Artigo "Negócio Fiduciário", publicado em "Problemas Brasileiros", n.º 74 (São Paulo, 1969). Já em 1933, na Alemanha, o prof. Gottschalk publicava um estudo sobre a jurisprudência do Tribunal Superior alemão, no tocante à alienação fiduciária em garantia, naquele país criação da doutrina e da jurisprudência.

(2) Agravo de instrumento n.º 176.242, julgado em 13-II-1969. Ter-se-á indeferido uma busca e apreensão de bens a requerimento do credor, pois que alienação fiduciária, prevista no art. 66, da Lei n.º 4.728-1965, só se aplica a sociedades financeiras devidamente registradas no Banco Central.

A rigor, a dever preocupar-nos só no presente a aludida interpretação; como, porém, nos propusemos a escrever umas singelas "segundas linhas", é de tradição que essas devam acompanhar, passo a passo, o artigo padrão. Por isso, antes de entrarmos no ponto questionado, algumas linhas sobre pontos gerais focalizados no artigo do Prof. GOTTSCHALK, embora sobre estes, em geral, nada de nôvo haja a citar e por raridade é que ocorrerá divergência.

2. Com exatidão, o artigo que vimos seguindo (ns. 1 e 5) realça que o instituto da alienação fiduciária em garantia não foi contemplado no Projeto de Código de Obrigações (divulgado, em separata, em 1965, pelo Serviço de Reforma de Códigos, do Ministério da Justiça), entrando em nosso direito positivo pela via da Lei n.º 4.728/1965, que veio a regular o mercado de capitais, através do seu art. 66 e parágrafos e cuja redação foi alterada pelos Ministros Militares, com o draconiano e rigorosíssimo Decreto-lei número 911, de 1.º de outubro de 1969, que piorou ou agravou de muito a situação do devedor, isto é, do alienante no instituto em questão.

Com precisão, a que temos que aderir, o professor GOTTSCHALK observa que o que o Projeto suso referido adotou — por proposta do ilustre Dr. NEHEMIAS GUEIROS, advogado altamente conhecedor da prática do instituto do *trust*, nos países de direito anglo-americano ou que, por razões várias, como o Japão e o encantador e montanhoso Principado de Liechtenstein o adotaram em sua legislação — foi algo de semelhante ao *trust* do direito anglo-americano. Não censura o Projeto por adotar essa recepção, mas sim pela timidez, devendo ter ido mais longe, consagrando a fidúcia (do tipo alemão ou da tradição romana) em termos mais amplos. E, nisso, não o podemos acompanhar.

Não pode haver dúvida sobre a filiação do Projeto ao *trust* anglo-americano; quem o diz, com clareza, é o Relatório, que antecede o Projeto (págs. XXII-XXIII): "Pela *fidúcia*, que teve ingresso no Projeto por proposta do Professor NEHEMIAS GUEIROS e redação deste e dos Professores CAIO MÁRIO e ORLANDO GOMES, ingressa em nosso direito o "trust" que tantos e bons resultados deu no direito *anglo-americano*. Para a articulação do respectivo capítulo valeu-se a Comissão dos estudos e publicações mais recentes".

De notar que o Relatório, no tocante a outros institutos, já bem conhecidos entre nós e da tradição romana, foi pródigo em invocar doutores, nacionais e estrangeiros, em arrimo das soluções adotadas pela douta Comissão Revisora do Projeto. Todavia, no pertinente ao exótico instituto, foi totalmente avarento, nada dizendo sobre... "os estudos e publicações mais recentes", que o Relatório afirma terem sido ponderados. Tão pouco a douta Comissão, no Relatório, se preocupou em justificar porque, entre nós, contra a tradição romana, há a necessidade de receber um instituto estranho e porque entre nós há de vir a dar êle bons resultados, só pelo fato de que "tantos e bons resultados deu no direito *anglo-americano*". Não será uma experiência inútil, que terá a boa sorte *negativa* de certas importações de instituições *políticas*, que muitos países conhecem de perto, por haverem adotado, contra a própria tradição, modelos anglo-americanos?

Mas vejamos em que consistirá o nôvo instituto, que o mais moderno Código Civil (o português, de 1967), com o bom-senso e prudência dos juristas lusitanos, deixou de lado — apesar de, em Portugal, em virtude de interesses interdependentes e de tratado secular, a libra inglesa ter curso legal no país, ao lado do escudo nacional.

Informa-nos o Relatório: "Por êste contrato, uma pessoa recebendo de outra bens móveis ou imóveis presentes ou futuros, assume o encargo de administrá-los em proveito do instituidor ou de terceiro, mas com a livre disposição sem prejuízo do direito do beneficiário (art. 672). Requer forma escrita (art. 673), sendo obrigatório o instrumento público se recair em imóvel (art. 674). Falecido o fiduciário ou afastado da fidúcia, o imóvel inscrito em seu nome passa ao substituto. Para o bom desempenho do contrato, constituem patrimônio separado os bens dados em fidúcia, e serão administrados segundo as instruções do instituidor e, na falta destas, com a diligência do homem de negócios leal e honesto (art. 675). Responde o fiduciário pelos prejuízos que causar por negligência ou administração temerária, e, sendo mais de um, solidariamente (art. 677). O juiz desistirá o que faltar à fidelidade ou se incompatibilizar para a fidúcia pela defesa de interesses opostos aos da administração ou do beneficiário (art. 678). Também ao juiz cabe designar o substituto do fiduciário, se o instituidor ou o sucessor dêste não o fizer (art. 679). A administração fiduciária presume-se remunerada (art. 680), sendo lícito às instituições financeiras manter êsse serviço, mediante aprovação dos órgãos competentes (art. 681). Extinta a fidúcia pela revogação, vencimento do prazo, renúncia ou morte do fiduciário os bens reverterem de pleno direito ao instituidor ou seus sucessores, salvo se o contrato houver disposto, para a hipótese, a consolidação da propriedade no patrimônio do beneficiário (art. 683)".

Talvez o instituto, se vier a ser aprovado pelo legislador, sirva à captação de capitais, por uma ou outra "instituição financeira", a que se refere o art. 681 ou a algum esquecido *trustee* de interesses anglo-americanos, que de há muito os há entre nós; mas que venha a ser entendido pelo nosso povo ou que corresponda a uma necessidade entre nós, temos como coisa mais do que problemática. Países como o Liechtenstein, que o adotaram, não o fizeram para uso ou por necessidade da sua minúscula população, mas sim para obterem lucros através de evasão fiscal, prestando-se a serem sede de organizações anglo-americanas, que procuram uma lei mais favorável do que a doméstica, para realização de certos empreendimentos financeiros. Uma espécie da bandeira panamenha, na marinha mercante! O caso do Japão (3), que em 1922 adotou lei sôbre os "trusts" civis e em 1923 sôbre os comerciais, é particular, por não ter tradição nacional vinculada ao direito romano. Apesar disso, só o "trust" do segundo tipo é que veio a florescer, além do instituto do *yuzurivatashitampo*, isto é, transferência em garantia, admitido pela doutrina e jurisprudência, nos mesmos termos e com as mesmas

(3) Cf., o relatório do prof. KENZO TAKAYANAGI, *La fiducie en droit japonais contemporain*, em "Travaux de la semaine internationale de droit", Paris, 1937.

vicissitudes da *Sicherungsübereignung* dos alemães, o que não é de admirar, pois se sabe que o Código Civil japonês repousa no segundo projeto alemão.

Num país de tradição jurídica romana, como o nosso e que continuará fiel à mesma, só penosamente encontrará espaço um instituto peculiar ao direito inglês, como o focalizado; se já é difícil (prof. GUISSAN) fazer vinho do Reno com uvas dos Castelli Romani, que dizer de uma nova infusão, que seria o resultado de uma mistura daquele vinho romano com o uisque inglês? Uma experiência a exigir um nôvo Dr. Fausto.

Os juristas ingleses não parecem acreditar no bom êxito de tal experiência; consideram o instituto do "trust" como uma criação do direito insular, que não pode ser sentida fora dos países de direito inglês, como não pode obter bons resultados qualquer imitação da Comunidade Britânica, que não pode ser entendida e vivida em termos de Confederação, compreensível para os povos de direito continental e na qual acabaria por degenerar. O conceito de domínio, para nós povos de direito herdado pelos romanos, é inconfundível e irredutível ao do instituto inglês, como bem realça o professor O. KAHN-FREUND, da Universidade de Londres, em erudita e perspicaz introdução à versão inglesa do famoso livro de KARL RENNER, presidente da Áustria, após da 1.^a Grande Guerra (4). Dá ênfase, entre outros pontos, a de que a concepção do "trust" o coloca fora da estrita separação entre *iura in re* e *iura in personam*, a pedra fundamental do direito privado continental; alguns dos "equitable interests", que se incluem na figura do "trust", não se reduzem a uma ou outra daquelas categorias romanas, mas sim ficam na fronteira ("stand on the border-line between *iura in re* and *iura in personam*"), sendo até hoje polêmico classificá-los entre os primeiros (como queria o famoso magistrado Lord MANSFIELD) ou entre os segundos (MAITLAND).

Mas, de importante para o ponto que interessa a estas "segundas linhas", é que os juristas ingleses não vêem qualquer correlação entre o seu "trust" e a alienação fiduciária em garantia, da doutrina e jurisprudência tedescas modernas, que consideram derivar da *fiducia* romana ("Thus the German Reichsgericht has sometimes separated "economic" and "legal" ownership in cases in which property had been transferred merely for the purpose of securing a debt, a revival of the Roman *fiducia*").

3. Direitos antigos, como o grego (5), conheceram o instituto da alienação em garantia, mas através de outro expediente técnico, isto é, a venda em garantia (sujeita a condição).

Com clareza, GORLA esclarece: "Já se fêz a observação que nos direitos primitivos o penhor, não acompanhado da consignação da coisa ao credor, não tem eficácia em relação a terceiros (RABEL): isto em razão das concepções materialistas dos direitos primitivos. A lacuna se supria então mediante a alienação fiduciária. Estádio, êste, que no direito grego pode ser representado, seja através de outro expediente técnico, qual o da chamada venda em garantia". E esta seria uma venda, que o devedor fazia ao credor,

(4) *The institutions of private law and their social functions*, Londres, 1949, págs. 20-24.

(5) Sobre isso, GINO GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, págs. 28-34.

de uma coisa por um preço correspondente ao total da dívida; esta venda produzia os seus efeitos no vencimento, desde que o obrigado não houvesse obtido, pela solução da dívida, a sua liberação. Nosso objetivo, porém, é a alienação fiduciária e, assim, nossa atenção deve recair no direito romano (6), pois que nele é que está a origem e o modelo da alienação fiduciária em garantia. É instituto bem conhecido dos estudiosos do direito romano, não havendo dúvida sobre como operava e suas conseqüências, mas, no entanto, sob certos aspectos havendo entre os doutores certas repartições de opinião.

No século passado — há mais de cem anos atrás — o egrégio romanista italiano da época, prof. F. SERAFINI, expunha como lição corrente e tranqüila: "Fidúcia. — Os meios que, originariamente, pareceram mais aptos, para assegurar com garantia real uma relação puramente obrigatória, foram a *mancipatio* e a *in iure cessio* da coisa destinada a servir de garantia ao credor, bem que contraindo este a obrigação da *remancipatio*, para quando, a seu devido tempo, lhe houvesse sido satisfeita a obrigação. Esta convenção (que, por outro lado, se usava também para outros fins, como, por exemplo, para garantir melhor um depósito), se chamava neste caso *fiducia*, *fiduciam contrahere*: daqui o nome de *fiducia*, dado ao contrato e ao próprio objeto do penhor. Ao credor correspondia, pois, o direito de vender o objeto se não se cumpria a obrigação e sequer tinha qualquer valor o pacto contrário *ut fiduciam sibi vendere non liceat*. O devedor tinha, de sua parte, a *actio fiduciae*, mediante a qual podia exigir, enquanto a coisa não estivesse vendida, sua remanipação oferecendo o pagamento e, depois da venda, o remanescente do preço, que o credor houvesse alcançado. A *actio fiducia*, além disso, se extinguiu antes da venda no caso de uma *lex commissoria*, isto é, quando não satisfeito dentro de certo tempo ficasse com a coisa mancipada, em satisfação do seu crédito. A *fiducia* dava uma sólida garantia ao credor, transferindo-lhe a propriedade quirritária da coisa destinada a garantir seu crédito e segurando-o contra qualquer concurso de outros credores; mas era excessivamente gravosa para o devedor, que perdia o uso e gozo da coisa (tratou de corrigir-se este inconveniente, deixando-se ao devedor a coisa mancipada, como *precarium* ou em arrendamento, mediante uma *locatio nummo uno*) e, tão pouco, ficava harto seguro com a *actio fiduciae* (ação pessoal) contra a alienação possível, por parte do credor (quando a *actio fiduciae* se destinava a obter o resíduo do valor da venda feita pelo credor, não passava aos herdeiros do devedor, se este não a havia proposto em vida; bem verdade que o credor condenado, incorreria em infâmia) e, finalmente, só era aplicável às coisas capazes de ser cedidas *in iure* ou mancipadas".

GEORGES CORNIL, o exímio romanista belga, porém, dá uma lição com matizes algo distintos. Coloca o surgimento da fidúcia, no direito romano arcaico, ao lado do papel primitivo das arras, *adminiculum* da promessa de

(6) Ver, em especial: MAX KASER, *Römisches Privatrecht*, 5.^a ed. (1966), págs. 117-118; FILIPE SERAFINI, *Inst. derecho romano*, 1.^a ed. italiana, 1858, tradução espanhola de Juan de D. Trias (Barcelona, 1898), sob a 2.^a italiana de 1872, vol. I, § 91, págs. 466-467; GEORGES CORNIL, *Ancien droit romain*, 1930, págs. 96-99; SILVIO PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2.^a ed. (1928), vol. II, § 160, págs. 246-251; GIANNINO FERRARI, *Diritto Romano* ("I diritti reali"), Cedam, 1932, pag. 363 e seguintes.

composição do dano pelo delinqüente, em época em que para se livrar tinha que otorecer um refém, funcionando as arras como sub-rogado, quando não o pudesse apresentar. Posteriormente, quando o dever de pagar a composição legal de um delito, quer de cumprir a prestação prometida *verbis*, passou sempre a ser acompanhada de um *vinculum iuris* ou ligação ideal de sua pessoa, uma dação de arras emanada de semelhante devedor não pode evidentemente ter já então por função representar o papel de *vinculum iuris*, que já existe sem elas. Então, as arras passaram a ser mero reforço da obrigação existente.

Acrescenta que — num desenvolvimento ulterior — quando se deparava um dever acompanhado do *vinculum iuris* do devedor, que se desejava reforçar por uma garantia material de execução, já então não se procedia por oferecimento de arras: colocava-se uma coisa em poder do credor (*res obligata*), para melhor assegurar a êste que seria satisfeita sua pretensão (garantia real). Em poder a título de proprietário, passando-se, então, a admitir a alienação fiduciária em garantia, nos termos já acima expostos, para atender à deficiência dos esquemas legais de contratos obrigatórios. Assim, naquela época arcaica, quando os contratos de depósito, de comodato, etc., não tinham ainda o caráter de obrigatórios... "l'aliénation fiduciaire fournissait un moyen de combler cette lacune".

Esse ponto, porém, não é tranqüilo. Pôsto nos pareça de acolher a lição de CORNIL, não podemos ocultar (e isso é matéria para melhor ser apreciada pelos nossos romanistas) que há quem (KASER, pág. 117) considere não haver no instituto, *na origem*, qualquer responsabilidade pessoal do devedor, a ser reforçada através da alienação fiduciária em garantia, mas pura responsabilidade de coisa, isto é, que o penhor e a alienação fiduciária em garantia não tinham a finalidade de conceder ao credor uma responsabilidade adicional ("eine zusätzliche Haftung empfängt, sondern erschöpft sich in der Einräumung eines ablösbaren Eigentums").

O que parece fora de dúvida é que (FERRARI, pág. 363) o instituto quiritário da fidúcia no direito romano é mais antigo do que o penhor propriamente dito. Com ênfase (PEROZZI, pág. 247, nota 6): "Questa forma de garanzia precedette il pegno e l'ipoteca". E também a doutrina dominante (*contra*, KARLOWA) é no sentido de que a convenção de fidúcia não podia preceder à mancipação ou à *in iure cessio*, mas sim devia ser pactuada *incontinenti*, a uma ou outra; esclarece, outrossim, a doutrina (aqui pacífica) que a alienação fiduciária — uma vez admitidos no catálogo legal novos tipos de negócios e consolidadas as garantias reais do penhor e da hipoteca — perdeu sua razão de ser, tornando-se insueta e excluída do corpo das leis (por interpolação) por JUSTINIANO.

4. O direito alemão atual — por obra da doutrina e da jurisprudência — é que veio ressuscitar a alienação fiduciária em garantia, influido no japonês, como suso referido.

O velho direito germânico conhecera a figura do *Treuhänder*, que não era um representante, pois agia no próprio nome e por conta própria, pôsto que no interesse alheio, em regra (fidúcia administrativa, no interesse de

terceiro); se, ao mesmo tempo, no próprio, então ter-se-ia a fidúcia em garantia. Os historiadores do direito germânico (7) acentuam que, na espécie, há um paralelismo com o direito romano: "Também ao direito romano fôra a fidúcia administrativa, bem como a em garantia, conhecida; ela se vestia com o tecido do negócio fiduciário (*fiducia cum amico, cum creditore contracta*). Mas, por força da natureza abstrata da propriedade naquele direito, podia o fiduciário em relação a terceiros usar plenamente do seu senhorio e, na relação interna com o fiduciante, todavia respondendo pela infanante *actio fiduciae*".

O B. G. B. não previu, como categoria autônoma, o instituto; a doutrina e a jurisprudência é que o vieram a consagrar, não obstante sempre ter havido opositores, como — convém realçar para os brasileiros enamorados do instituto — *continua a haver*. Assim, no próprio PALANDT (8) se nota que os esforços de reforma almejam substituir a transferência em segurança por um penhor contratual, pelo qual o devedor também continuará na posse da coisa apenhada. Como já *entre nós existe*, por leis posteriores ao nosso Código Civil, para o penhor agrícola, pecuário, industrial (Lei 492-37, Decreto-lei 1.271-39, Decreto-lei 1.625-39, Decreto-lei 1.697-39, Decreto-lei 2.064-1940, Decreto-lei 3.169-41, Decreto-lei 4.191-42, Decreto-lei 4.312-42, Lei 2.666-55, Lei n.º 2.931-56, Lei 3.253-57), etc.! E as objeções contra o instituto são sérias ainda hoje na Alemanha, não sendo sequer obscurecidas pelos que aplaudem a construção jurisprudencial aludida; é o caso do professor de Erlangen, Dr. FRIEDRICH LENT (9) que, enumerando várias considerações adversas, reconhece ser seríssima a de que, por êsse expediente, se elude o respeitável princípio de que o penhor exige a transferência da posse.

Outro ponto que deve merecer especial atenção do jurista pátrio é que há uma fundamental diferença, no direito das coisas, entre o direito brasileiro, inspirado pelo romano e o alemão atual, que tem importante particularismo. Para nós, o termo "alienação" não constitui um tipo de contrato, mas sim uma categoria negocial (dação em pagamento, doação, permuta, compra e venda); a transferência da propriedade há de ser *causal*, isto é, há de ser consequência de um desses negócios típicos. Já para a técnica do BGB não é bem assim: a *Übereignung* (transferência) é negócio jurídico *abstrato*, o que, para os imóveis entre nós acentuou o professor CLÓVIS PAULO DA ROCHA (10), mas que também se entende para as coisas móveis. Assim,

(7) Cf., H. MITTEIS e H. LIEBERICH, *Deutsches Privatrecht*, 3.ª ed. (1959), págs. 26-27.

(8) PALANDT, BGB, 16.ª ed. (1957), ao § 930,4, a cargo do Dr. HOCH, B-se: "Die Reformbestrebungen wollen die Siehübereignung durch ein VertrPfand ersetzen, bei dem der Schuldner zwar auch im Besitz der Pfandsachen bleibt". Ao propósito cita os trabalhos de LEHMANN e SCHWISTER. Com a cláusula "constituti" e sujeição à publicidade pelo registro competente.

(9) Cf., *Sachenrecht*, 5.ª ed. (1955), § 29, pág. 102.

(10) Cf., sua tese *Da transcrição* e, de recente, em o n.º 2 de *Cadernos da PUC*. Diz tratar-se de *acôrdo*; mas há boa doutrina alemã que fala em *contrato de transferência*, como LENT (*op. cit.*, págs. 33 e 37, com arrimo em PLANCK, STAUDINGER, WESTERMAN). O próprio PALANDT (pág. 780).

no comentário ao § 929 — que trata da transmissão de coisa móvel — lê-se no citado PALANDT (pág. 843): "... ist nach dem BGB ein *abstraktes*, vom Schuldgrund losgelöstes Rechtsgeschäft (grifo do texto). Das Eigentum geht also regelm. trotz unwirksamen Grundgeschäftes über". Assim, a propriedade da coisa regularmente se transfere, posto que ineficaz o negócio básico; isto não corresponde, porém, ao que o jurista brasileiro está habituado a ter como correto, não considerando a tradição como negócio jurídico abstrato, mas sim vinculada a um negócio ou ato jurídico típico, a cuja sorte está ligada. O que há que pôr em relevo é que, como bem afirma CLÓVIS PAULO DA ROCHA (loc. cit., pág. 9), "a abstração da causa é singularidade do direito alemão". Isto quanto ao direito das coisas (aspecto da transmissão); mas, também, segundo o próprio T. ASCARELLI (11), valendo a observação para o puro campo dos negócios, regulados no BGB ("ordinamenti che riconoscono la validità dei negozi astratti, vuoi il diritto germanico attuale, vuoi quello greco antico").

Esses alguns dos motivos pelos quais nos inclinamos pela interpretação restritiva; como o nosso direito civil não conhece como contrato típico abstrato o de "alienação", mas sim uma série de atos e contratos típicos não abstratos, que se incluem na categoria da alienação (gênero e espécie), o famoso art. 66 e seus parágrafos da Lei 4.728/1965 constitui *ius novum*, mas a desenvolver-se no âmbito daquela lei, que declaradamente tem cunho financeiro-comercial e não civil. Para o direito civil esse diploma não é produtor de efeitos: ou a "fiducia cum creditore" já era lícita nas nossas relações de direito civil ou não o era e continuará a sê-lo, não obstante o novo direito particular (texto excepcional).

Para nosso direito civil, o conceito de alienação não corresponde a um ato ou contrato abstrato, como o da *Einigung* tedesca. Com a clareza e profundidade de sempre, ROBERTO DE RUGGIERO (12) observa que para os direitos derivados do romano, tanto será alienação a venda, a doação, a constituição de servidão sobre coisa própria (eis que implica na privação de um direito real da parte do proprietário), a cessão de um crédito, como a remissão de um débito (pois que importa na renúncia ao crédito). Mas... "non è invece alienazione il comodato, il deposito o la costituzione di pegno o d'ipoteca (grifos nossos), perchè con questi atti nessuna parte della proprietà viene trasmessa ad altri". E aqui uma singularidade do nosso artigo: fala em alienação, num expediente destinado, justamente, a eludir o texto civil que prevê o penhor! Que esse seja o objetivo das partes e o fim econômico, não padece dúvida; TULLIO ASCARELLI (*op. cit.*, pág. 155) o realça: "Così, in un caso tipico di negozio fiduciario — il trasferimento di proprietà a scopo di garanzia — la trasmissione di proprietà è effettivamente voluta

(11) *Saggi Giuridici*, Milão, 1949, pág. 166; ver, também, ENRICO COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 2.^a ed., pág. 216.

(12) Verbete "alienazione", no *Dizionario del diritto privato*, vol. I, página 140. Ver, SALVATORE PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e sostanziale*, 1935, pág. 98, no sentido de entre nós não poder ser negócio autônomo, abstrato, a transmissão: "a) Innanzi tutto il trasferimento volontario pressupone un negozio giuridico traslativo".

dalle parti, ma non già per uno scopo di scambio, ma per uno scopo di garanzia”.

Claro que temos como boa a aquisição doutrinária, hoje por assim dizer pacífica, que distingue o ato simulado do negócio fiduciário, este último sendo válido, se não objetivar fim ilícito ou proibido pela lei. Mas essa distinção implica, como nota MICHEL DAGOT (13), que as partes não ocultem a própria intenção, não se esmerem em criar uma aparência enganosa; no negócio fiduciário... “la réalité apparait à la simple lecture de l'acte, ou à son analyse si besoin est. L'intention de tromper ne s'est pas manifestée par la création d'une apparence”. Por isso é que, no caso que vimos estudando, o propósito de fugir às exigências do penhor, de logo se apura, recorrendo-se, se preciso fôr, à análise do ato.

No direito brasileiro, não apenas se procura fugir ao *numerus clausus* dos direitos reais, inclusive e especialmente aos de garantia e ao tradicional e legal princípio de que o penhor implica que se dê a posse direta da coisa ao credor. Estar-se-á abrindo a brecha para ir de encontro ao privilégio do Monte Socorro (14), que o decreto n.º 24.427/1934 reservou às Caixas Econômicas, preceito mantido no recente decreto-lei n.º 759/1969, cujo artigo 2.º, letra c, diz que a CEF terá por finalidade “exercer o monopólio das operações sobre penhores civis, com caráter permanente e de continuidade”. A não ficar restrita a operação da alienação fiduciária prevista no art. 66 e seus parágrafos da lei n.º 4.728/1965 às entidades financeiras nela admitidas, sujeitas à fiscalização do Banco Central da República, seriam livres de reabrir as portas às outrora numerosas Casas de Penhor, bastando que passassem a operar através do expediente da alienação fiduciária em garantia; mudariam de rótulo, mas exercitariam a mesma atividade econômica, que a lei quis passasse a ser monopólio das Caixas Econômicas Federais.

Nos casos de empréstimo ocasional, em que o credor não exerce a atividade com o caráter permanente e de continuidade, procurar a garantia real pela via da *fiducia cum creditore*, iria de encontro àqueles outros princípios já acenados e só uma lei — não financeira-mercantil, mas civil — é que poderia dar foros de licitude à operação, nas relações civis, entre particulares apenas.

Temos como correta para o nosso direito civil a lição que, para o francês e italiano, nos dá GIOVANNI PUGLIESE (15), isto é, a impossibilidade nos nossos direitos civis (salvo lei expressa) de uma transferência fiduciária de propriedade, desvinculada de um negócio típico causal, dada a inexistência nesses direitos de um negócio translativo abstrato separado do negócio causal. Assim, mesmo que fosse possível superar o obstáculo do *numerus clausus* das causas produtivas de efeito real, cair-se-ia na dificuldade de incluir, no nosso direito civil, naquelas a simples *causa fiduciae*. O próprio direito romano não conheceu uma mera *traditio fiduciae causa*; a ela não se referem as fontes,

(13) *La simulation en droit privé*, Paris, 1967, n.º 34, pág. 34.

(14) Sobre isso, DE PLÁCIDO E SILVA, *Caixas Econômicas Federais e Operações Bancárias*, 1939, n.º 51, pág. 219 e segs.

(15) Cf., *La simulazione nei negozi giuridici*, 1938, pág. 32, nota 1 e pág. 36 e segs.

as quais falam de *mancipatio* (ou, mais raramente, de *in iure cessio*) *fiduciae causa*. Ora, dêste fenômeno a única explicação digna de fé é a de SEGRÈ (*Le garanzie reali*, pág. 37 e segs.), segundo o qual a *traditio* não podia ser empregada fiduciariamente, porque a *causa fiduciae* não era *iusta causa traditionis*. É sabido que a *traditio* importava no transferimento da propriedade de *res nec mancipi* no direito clássico, de todas as coisas no direito justineano, se a entrega material da coisa aderia uma *iusta causa* que, segundo a mais respeitável doutrina, não podia consistir na singela intenção de alienar e adquirir, mas em tal intenção fundada sob um fim prático, que o direito reputasse idôneo a justificar a translação do domínio. A nossa lei n.º 4.728/1965 violentou êsses princípios, admitindo uma transferência de propriedade *fiduciae causa*, como negócio abstrato; o legislador tudo pode, principalmente nos dias que correm. Mas o intérprete é que não pode ir além da lei, de caráter financeiro-mercantil, para transportar o negócio abstrato para o direito puramente civil, cujo sistema o repele; a lei existe, mas como direito particular e excepcional.

Seria outra a conseqüência, se fôsse certo que — frente à lei 4.728/65 — apenas se tivesse que notar... “a falta de terminologia jurídica por parte dos autores ressalta a cada passo”, como diz insigne jurisconsulto transcrito pelo professor GOTTSCHALK ou que — diz o mesmo festejado autor transcrito — adotar entre nós, no direito civil constituído, o instituto da transferência da propriedade em garantia não seria *contra legem*, mas tão só *praeter legem*. Temos que, pelo que acima se disse, não é assim. A terminologia da lei não é imprópria; abeberou-se na tradução da *Sicherungsübereignung*, que se supôs (falsamente, o que não é maravilha ter acontecido, pois atualmente os inspiradores das leis econômicas são técnicos, que em seu curso frequentaram “noções” de direito!) pudesse ser transportada para um direito que não conhece a categoria dogmática dos contratos abstratos de transferência e, assim, não haveria engenho capaz de corrigir isso através de uma nomenclatura melhorada. E o se tratar de mera aplicação “*praeter legem*” na espécie significa impossibilidade jurídica, por chofrar todos aquêles empachos a que nos reportamos.

Os economistas sabem muito bem — talvez melhor do que os juristas — o que foi a Idade Média. Mas o jurista sabe melhor do que êles (ou tem obrigação de sabê-lo) que, enquanto o princípio da liberdade contratual (nenhum *numerus clausus* de tipos contratuais) é conquista moderna, a marcar o fim da Idade Média no direito das obrigações, já o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais é uma conquista, também, do direito moderno, ponto de honra da Revolução Francesa, como reação contra o sistema feudal. Não é possível enfraquecer o princípio, tanto mais que parecem irrespondíveis as palavras de FRANÇOIS GUISAN, o emérito catedrático de Lausanne (“*Travaux*” cit., pág. 115): “Se départir de la règle du *numerus clausus*, ce serait replonger le système des droits réels dans l'inextricable maquis qu'on a appelé le *complexum feudale* (Viollet). La suppression de la liberté des conventions, en matière de création de droits réels, a énormément fait pour la clarté et la sécurité de l'ordre juridique, et a été saluée à juste titre comme un grand progrès”.