Lusíada
Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Gonzalez, Joana Clara

A alienação fiduciária em garantia à luz do Decreto-Lei 105/2004

http://hdl.handle.net/11067/6445

Metadados

Data de Publicação 2021

Resumo O presente estudo tem a finalidade de aprofundar o conhecimento da alienação fiduciária como forma de garantia em Portugal, uma vez que fora admitida no ordenamento jurídico tão somente à luz do Decreto-Lei 105/2004, transposição da Directiva 2002/47/CE para os contratos de garantia financeira. Serão analisados, a princípio, o conteúdo histórico da fidúcia, o surgimento do negócio fiduciário e a adaptação á atualidade. Nesse mesmo sentido, também abordaremos os aspetos gerais, seus requisitos, ...

The present study aims to deepen the knowledge of fiduciary disposal as a form of guarantee in Portugal, once allowed in the legal order only in the light of the Decree 105/2004, transposition of Directive 2002/47/CE to financial guarantee contracts. Firstly, will be analyzed, the historical content of the fiducia, the emergence of the fiduciary business and the adaptation to the present time. In this same vein, we will also approach the general aspects, their requirements, concepts, particular...

Palavras Chave Direito, Direito das obrigações, Contratos - Garantia - Propriedade

Tipo masterThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-25T05:05:02Z com informação proveniente do Repositório

UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA À LUZ DO DECRETO LEI 105/2004

Joana Clara Gonzalez

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2021

UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA À LUZ DO DECRETO LEI 105/2004

Joana Clara Gonzalez

Dissertação apresentada no Curso de Direito Civil, da Universidade Lusíada do Porto, como requisito para obtenção do Grau de Mestre.

Orientador: Prof.: Dr. Alberto Ribeiro de Almeida

Porto, 2021

Agradecimentos

À minha família, aos meus filhos, que tiveram toda paciência e compreensão para suportar minha ausência, imigrar e mergulhar neste sonho comigo enquanto dedicava-me a esta investigação, em especial, à minha mãe, que me acolheu e me deu subsistência e ensinamentos para me possibilitar alcançar esta finalidade.

Muito obrigada!

Sumário

Agradecimentos II
Sumário III
Resumo IV
Abstract V
Palavras-chave VI
Lista de abreviaturas VII
1. Introdução 8
2. A garantia e o crédito 10
3. Da evolução histórica da alienação fiduciária 13
4. O negócio fiduciário 20
5. Da alienação fiduciária como forma de garantia 23
5.1. Das características gerais dos contrato de alienação fiduciária em garantia **24**
5.2. Do conceito e natureza jurídica **26**
5.3. Requisitos do contrato **27**
5.3.1. Contratos passíveis de alienações em garantia e objeto da garantia **27**
5.3.2. Da prestação da garantia **29**
5.3.3. Dos sujeitos **29**
5.3.4. Das provas e formalidades **31**
6. Da admissibilidade da alienação fiduciária em garantia no direito português 33
6.1. A natureza e efeitos da transmissão de propriedade **33**
6.2. Problemática do *numerus clausus* **38**
6.3. A Questão do Pacto Comissório e Pacto Marciano **40**
6.4. Causa ilegítima de preferência **45**
7. Da comparação com os demais diplomas legais 47
8. Da resolução e incumprimento 50
9. Da Insolvência 52
10. Do patrimônio de afetação 54
11. Conclusão 57
Bibliografia 59

Resumo

O presente estudo tem a finalidade de aprofundar o conhecimento da alienação fiduciária como forma de garantia em Portugal, uma vez que fora admitida no ordenamento jurídico tão somente à luz do Decreto-Lei 105/2004, transposição da Directiva 2002/47/CE para os contratos de garantia financeira.

Serão analisados, a princípio, o conteúdo histórico da *fidúcia*, o surgimento do negócio fiduciário e a adaptação á atualidade. Nesse mesmo sentido, também abordaremos os aspetos gerais, seus requisitos, conceitos, particularidades, com breve comparação no direito brasileiro, bem como as críticas que surgiram na doutrina contra a admissibilidade no ordenamento português.

O cerne da discussão é o privilégio do credor fiduciário em detrimento dos demais credores, em virtude de um regime insolvencial específico deste insituto, que os separa do regime geral, proporcionando maior eficácia na segurança da garantia, em caso de incumprimento ou insolvência do devedor, sem especificamente ser envolto ao patrimônio de afetação, principal diferença do regime brasileiro.

Assim como todas as demais áreas do Direito, os transtornos das relações negociais iniciam-se ou quando há incumprimento por uma das partes ou quando há abuso de direitos de uma das partes sobre outra. O desafio deste estudo é que, por se juridicamente limitado em legislação reservada, há muitas dúvidas advindas das mais variadas interpretações extensivas dos juristas quando submetidos aos Tribunais, não proporcionando segurança jurídica alguma às partes.

As principais discussões sobre o assunto serão buscadas na jurisprudência, trazendo à tona a problemática e controversas arguidas, bem como decisões, baseando-se na tese e doutrina aplicada para a resolução desses conflitos, com possíveis contributos da legislação brasileira.

Abstract

The present study aims to deepen the knowledge of fiduciary disposal as a form of guarantee in Portugal, once allowed in the legal order only in the light of the Decree 105/2004, transposition of Directive 2002/47/CE to financial guarantee contracts.

Firstly, will be analyzed, the historical content of the *fiducia*, the emergence of the fiduciary business and the adaptation to the present time. In this same vein, we will also approach the general aspects, their requirements, concepts, particularities, with a brief comparison in Brazilian law, as well as the criticisms that arose in the doctrine against admissibility in the Portuguese legal system.

The core of the discussion is the privilege of the fiduciary creditor to the detriment of the other creditors, due to a specific insolvency regime of this legal institute, which excludes them from the general regime, providing greater effectiveness in the security of the guarantee, in case of default or insolvency of the debtor, without specifically being wrapped in the assets of affectation, the main difference of the Brazilian legal system.

Like all other areas of law, the disorders of business relations begin either when there is non-compliance by one party or when there is abuse of rights of one party over another. The challenge of this study is to say that, once it is legally limited in reserved legislation, there are many doubts that come from the most varied extensive interpretations of jurists when submitted to the courts, not providing any legal certainty to the parties.

The main discussions on the subject will be sought in the jurisprudence, bringing up the problematic and controversial arguments, as well as decisions, based on the thesis and doctrine applied to the resolution of these conflicts, with possible contributions of the Brazilian legislation.

Palavras-chave

Contratos. Direitos Reais. Direito das Obrigações. Alienação Fiduciária. Garantia. Propriedade.

Keywords

Contracts. Real rights. Right of duties. Fiduciary Sale. Guarantee. Property.

Lista de abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art/Arts.	Artigo/Artigos
CC	Código Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
Cit.	Citada
C. Com.	Código Comercial
CPC	Código de Processo Civil
CE	Comunidade Européia
DL	Decreto Lei
Ob.	Obra
Pag./Pags.	Página/Paginas
Proc.	Processo
Rev.	Revista
Ss	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TR	Tribunal da Relação
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
Vol.	Volume

1. Introdução

Alienação Fiduciária em Garantia

A alienação fiduciária em garantia, como modalidade de negócio fiduciário, é um instituto antigo no meio jurídico, tendo como marco inicial seus primórdios no Direito Romano. Antes da Directiva, o entendimento singular de cada país sobre a matéria[1] trouxe à tona a necessidade da Comunidade Europeia unanimizar os conceitos e regras para garantir a segurança jurídica e circulação de recursos entre os países signatários, e foi assim que Portugal, admitiu no ordenamento jurídico apenas em 2004, através do Decreto Lei 105/2004, de 8 de maio, por introdução da Directiva nº 2002/47/CE, visando tão somente os contratos financeiros, e, até então, era de pouca prática comercial, "devido as sombras de ilicitude que pairavam sobre esta categoria negocial" (Vasconcelos, 2019: 608). Mesmo sendo um regime antigo, a inovação legislativa incorre nos procedimentos de execução e insolvências, que afastam a alienação fiduciária em garantia da regra geral aplicada sobre a alienação de coisas corpóreas.

Durante a vigência do Código de Seabra[2] prevalecia a tese da inadmissibilidade da alienação fiduciária em garantia, devido intolerância dos negócios fiduciários, pois, questionava-se sobre a natureza e efeitos da transmissão da propriedade ao fiduciário; depois, a assimetria em virtude do princípio *numerus clausus*, pelo qual "impediria a criação de novos direitos reais e a limitação da propriedade através de uma função garantística" (Ribeiro, 2018: 21); causa ilegítima de preferência; proibição do pacto comissório, possível simulação de compra e venda, entre outros que serão abordados em momento oportuno, e mesmo na atual vigência do Código Civil, muitas eram as teorias que hesitavam em acolhe-la. No entanto, estas questões foram superadas no Código Civil atual (1966), com base no princípio da liberdade e autonomia privada prevista no art. 405, CC, e o pensamento doutrinário é pacífico na sua aceitação. Até então, o direito das garantias (*lato sensu*), pouco é estudado como forma autônoma no quesito disciplina, quiçá a alienação fiduciária em garantia que, em grande parte, está associada aos demais conteúdos introduzidos nos Cursos de Direito e congêneres. Em geral, pertence, principalmente, ao Direito das Obrigações e

[1] A alienação fiduciária prevê cláusula resolutiva? Ou seja, cumprida a obrigação, depende de novo ato do fiuciário para retransmissão de bem ao fiduciante? A propriedade do fiduciário é plena? Pode dispor dos bens? O patrimônio constituído a si é autónomo?

[2] Primeiro Código Civil Português vigente entre o período de 1868 a 1967.

aos Direitos Reais, com ampla observância prática no Direito Comercial e Bancário. Ainda assim, há inúmeras particularidades que tangem à aplicação, seja em esfera contratual, execução ou insolvência, e, portanto, em cadeia acadêmica, quase nunca se consegue explorar todo seu conteúdo e, por isso, a dedicada atenção ao tema. Para isso, o assunto será tratado com base na lei, na doutrina e na jurisprudência, abordando a necessidade da garantia em relação ao crédito, a fidúcia romana e a evolução histórica, bem como a previsão legal, conceitos e requisitos da alienação fiduciária em garantia, além de uma breve comparação com o regime brasileiro, os pontos de discussão que motivaram as teorias dotadas de inadmissibilidade no sistema português, e por fim, a resolução e o regime insolvencial.

2. A garantia e o crédito

"A obtenção de crédito, em geral, é conseguida a partir de garantias oferecidas pelas pessoas em busca de empréstimos" (Neri, 2003: 54).

Seria inconcebível, a partir da frase acima citada, não se remeter a uma reflexão profunda sobre a necessidade dos meios de circulação de riquezas, sejam os mais expressivos numerários de capitais e investimentos ou as mais simples operações do pequeno comércio, em virtude das transformações aceleradas da sociedade no que tange às atividades econômicas e empresariais durante a expansão do capitalismo.

A palavra crédito, tem origem na expressão "crer", que tem o mesmo significado de confiar ou acreditar, o que leva-se a extrair que "ter crédito", em essência, não significa nada mais que a capacidade de honrar os seus compromissos, financeiros ou não. No mercado financeiro e capitalista, o crédito se faz necessário para ampliar a capacidade de consumo dos indivíduos e fomentar a economia, abrangendo todas (ou quase todas) classes econômicas, que, muitas vezes, estão restritas pela falta de capital ou qualidade de ativos para adquirir patrimônio à vista, tornando-se insuficiente a mera credibilidade do devedor ao cumprimento de suas obrigações para o pagamento a longo prazo ou, simplesmente, "a prazo".

É após a segunda revolução industrial que os indivíduos, munidos de títulos representativos de bens e propriedades se sobressaem em relação aos demais dirigentes, transmitindo confiança para atender as mais diversas demandas da sociedade moderna, nos mais variados modelos de contratos, transformando os conceitos do direito de propriedade.

Percebe-se claramente isso, diante da análise do poder de compra dos pobres, que em sua maioria, com renda baixa e instável, não possuem patrimônio. A mesma condição pode ser aplicada aos "empresários pobres", que têm por base apenas seu faturamento, em que, dados custos e despesas deduzidos, revelam-se "capitalistas sem capital".

A garantia está intimamente relacionada ao crédito, mais ainda, se for patrimonial, uma vez que pressupõe estabilidade e reforça a credibilidade do devedor, proporcionando segurança "de qualidade" ao credor em relação ao risco do fornecimento, cogitando a restituição em forma de patrimônio na ausência da reposição do valor emprestado. Em geral, a garantia financeira promove a disponibilidade de crédito na economia ao auxiliar as instituições financeiras na gestão de suas exposições creditórias. Nas palavras de Vitor Kumpel: "*as garantias são relações jurídicas, voluntárias e eventuais, que se ajuntam a uma obrigação com a finalidade de lhe assegurar o cumprimento*" (Kumpel, 2014: 2).

Apesar de a garantia não ser termo *sine qua non* para concessão de crédito, a proteção que ela proporciona aos credores, em relação à insolvência do devedor, permite que seja disponibilizada a um custo menor, melhorando suas capacidades competitivas, aumentando a liquidez e cumprindo seu papel no mercado econômico. É primordial para tornar a captação de recursos mais ágil e segura, beneficiando a sociedade como um todo, e assim, "constituindo um instrumento de tutela do direito do credor à realização da prestação" (Vasconcelos, 2019: 55).

É notável que, no Brasil, o setor imobiliário, devido sua relevância no campo econômico, tem sido privilegiado na utilização da alienação fiduciária em garantia, primeiramente em razão da larga escala de geração de empregos e mão de obra e, em segundo, por ser o ramo que mais capta e distribui recursos.[3] Se assim não fosse, todo o setor estaria comprometido na recuperação do crédito em caso de mora, para manter a regularidade dos fluxos financeiros com investidores e demanda de novos financiamentos ao público (Chalhub, 1998: 5).

Conforme discorre Vasconcelos, *"*a ligação não é necessária. Há diversos casos em que o crédito é concedido sem ser acompanhado de uma garantia (crédito "em branco"). Mas para tal é necessário que o devedor apresente uma grande capacidade negocial e patrimonial. Nos outros casos sem a constituição de uma garantia, o crédito não seria concedido, ou então sê-lo-ia a custos muito elevados para, por um lado, compensar o risco de incumprimento que o credor correria" (Vasconcelos, 2019: 55-56).

Irrelevante seria também, caso essa segurança se tornasse falsa, mediante onerosidade, ineficácia e satisfação tardia da garantia. "Se a garantia . . . não proteger o

[3] No Brasil, de acordo com a pesquisa efetuada pelo IBGE no ano de 2020, 66% da população, possui imóvel próprio, tendo como principal fomento na concessão de crédito e aquisição, a alienação fiduciária em garantia, devido à rápida execução em caso de incumprimento contratual. https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/maioria-dos-brasileiros-mora-em-casa-e-e-dona-do-imovel-mostra-ibge. É um dos países pioneiros na introdução da Alienação Fiduciária em Garantia na legislação, em 1965, através da Lei nº 4.728/1965, que disciplina, até os dias atuais, o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, abrangendo a alienação fiduciária de coisa fungível (e infungível) e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como títulos de crédito. Na época, era necessária uma revisão profunda no país Sul-Americano, devido ao crescimento e modernização do mercado financeiro no país. Logo após, adveio o DL nº 911/1969 que traz alterações da Lei anterior, e também, estabelecendo procedimentos para a axcussão da garantia; a Lei nº 9.514/1997 pela qual se regula a alienação fiduciária sobre os bens imóveis, e por fim, o Código Civil, de 2002, a partir do art. 1.306 e seguintes, entre outras legislações de caráter específicos, como a Lei das Sociedades Anônimas, ou, Produtos Rurais. (Faro, 2016: 17), sendo, portanto, onde buscar-se-á contributos para agregar na legislação portuguesa.

credor de forma eficaz na insolvência, ela será praticamente imprestável para este papel" (Vasconcelos, 2019: 57).

Logo, o objetivo de se constituir uma garantia, é que seja "executável"[4] em caso de incumprimento, para que atenda as necessidades do credor na satisfação de seu crédito, de forma rápida e exigível. Com isso, é fundamental a análise da evolução histórica da alienação fiduciária, para se compreender, em seguida, seu instituto como garantia.

[4] Ser executável no momento que seja oportuno ao credor e lhe atenda as suas necessidades para restituição de valores de forma imediata.

3. Da evolução histórica da alienação fiduciária

Para entendermos a alienação fiduciária, assim como qualquer outro instituto jurídico, devemos nos prevalecer dos contextos históricos a fim de compreendermos o anseio social e é imprescindível recordarmos que o Direito, quanto ciência social, surge de forma a regular os comportamentos do homem na vivência colectiva, e é neste contexto que se faz necessário distinguir os conceitos de "alienar" e o da "fidúcia".

O termo alienar, que tem origem no latim, *allienatione*, e juridicamente é uma forma da perda de propriedade ou de um direito *inter vivos*, consiste no ato de "tornar alheio*"* (Santos, 2001: 33), transmitir a propriedade ou um direito a outrem, seja voluntariamente ou compulsoriamente, a título gratuito ou oneroso. Na linguagem habitual, podemos conceituar que alienar significa "dar (transferir) a qualquer título".

Nas palavras de Vilson Rodrigues Alves, "a alienação, enquanto ato de alheação, implica tornar o que se aliena alheio, de outrem" (Alves, 1998: 27).

Venosa define a alienação como:

> O proprietário por vontade própria, transfere a coisa ou direito a outrem por compra e venda, doação, dação em pagamento, permuta, etc. Para este último, é forma de aquisição. Existe negócio bilateral, pois o adquirente deve aceitá-lo. O negócio pode ser gratuito ou oneroso, puro ou condicional. Vigora o princípio segundo o qual ninguém transfere mais direitos do que possui. Pode acontecer de forma compulsória, como na arrematação. (Venosa, 2011: 1282)

Já o termo "fiduciária", também deriva do latim, *fides*/*fiduciarius*, e juridicamente significa fidelidade, aquele que depende de confiança, "que merece confiança" (Santos, 2001: 100), considerando que a palavra dada o compromisso, à época, era considerada a base da sociedade e da ordem política.

Apesar da precariedade dos textos produzidos na ocasião, a fidúcia desde muito já era utilizada no Direito Romano e foi classificada nas *Institutas*[5] por Gaio[6] em duas espécies: a fidúcia *cum creditore*, que tinha por objetivo **garantir** uma dívida, ou seja, o devedor vendia o bem ao credor com a condição de resgatá-lo quando solvida a dívida.

Segundo Kumpel (2014: 2) "uma garantia real, pela qual o credor de uma obrigação preexistente se tornava proprietário de uma coisa do devedor, obrigando-se aquele, pelo pactum fiduciae, a restituí-la a este, após o pagamento da dívida".

---

[5] As *Institutas* é um manuel de direito romano, escrito por volta de 161 d.C, descoberto em meados do século XVIII, indispensável para o estudo do clássico direito privado.

[6] Gaio, ou "Gaius" – prenome em latim, foi um jurisconsulto romano, professor, que viveu entre a época de 120 d.C. a 180 d.C., e responsável pelos mais importantes registos históricos e compilados da época, tendo como as principais obras *Corpus Iuris Civilis* e as *Institutas*.

E a fidúcia *cum amico*, que tinha como objetivo a confiança em si, preservar o bem do fiduciante de possíveis ameaças de constrição patrimonial ou de expropriações arbitrárias, muitas vezes, oriundas de litígios internos territoriais, ou apenas pela ausência do proprietário por período alargado, como por exemplo, em períodos de guerras. Tinha como escopo a **administração**. Assim, o fiduciante transferia o bem ao fiduciário no intuito deste, fiduciário, exercer a administração do bem em benefício do fiduciante ou de um terceiro por ele indicado, unicamente na base da confiança, restituindo o bem ao fiduciante quando finda a contrição ou ameaça.

O que se era comum em ambas as modalidades da *fiducia romana*, é que existia o fator "recuperação" do patrimônio quando cumprido certo o fim específico em que foram designados. Em caso de insolvência, imperava a propriedade plena do credor que podia vendê-lo, sem concorrência com eventuais credores quirografários. As transações realizavam-se através de uma estrutura composta e complexa.

> Primeiramente, através da *mancipatio*, acto pelo qual trocava-se uma coisa por um preço, verdadeira conduta de compra e venda - real; e, um segundo acto, quando cumprida a obrigação do "devedor", a *in iure cessio*, que reivindicava a propriedade daquele bem outorgado. (Cura, 1991: 6-8)

Observando a historicidade, é possível conjecturar que o a *fiducia cum creditore* não amparava-se de condição resolúvel, porque uma vez cumprida a obrigação, dependia de novo acto (obrigacional) para que o bem voltasse ao domínio efetivo do fiduciante, sempre dependendo da *fides* e o simples compromisso de restituir do fiduciário. Tanto é verdade, que uma vez cumprida a finalidade a qual se destinava, a restituição se dava através de nova trasnferência, mas, agora, do fiduciário ao fiduciante.

Importante mencionar, que à época, "uma vez transferido o patrimônio ao credor e cumprida a obrigação principal, não havia ações para compeli-lo a restituir a coisa ou a dar-lhe a destinação pactuada", restando ao devedor/fiduciante apenas pleitear por perdas e danos, cujas medidas, foram inseridas no ordenamento jurídico, pelo pretor, muito tempo depois através do *(i) actio fiduciae directa* e a *(ii) actio fiduciae directa*, sem qualquer prejuízo ao terceiro adquirente. Logo, constata-se também que a *res* uma vez integrado ao patrimônio do credor/fiduciário, sujeitava-se à insolvência deste, valendo-se apenas de sua boa-fé e honra para manter a tutela do bem". (Chalhub, 1998: 16)[7]

[7] *actio fiduciae directa:* Ação facultada ao fiduciante na hipótese de o fiduciário deixar de restituir a coisa ou de lhe dar destinação convencionada.
actio fiduciae directa: Ação facultada ao fiduciário na hipótese de o fiduciante deixar de cumprir as obrigações que eventualmente tenham contraído.

Não se pode olvidar, que elemento essencial ao *pactum fiduciae*, é a presença da boa fé, como observa René Jacquelin, "uma convenção baseada na boa-fé, tendo como causa um ato solena translativo de um direito de propriedade ou de um direito de posse, e por objeto um outro ato jurídico inverso, tendente a anular os efeitos do primeiro". (Jacquelim, "n.d")

De acordo com Santos Justo, no direito romano:

> A fidúcia (fidúcia) é um contrato em que uma pessoa (fiduciante), utilizando um negócio formal (mancipatio ou in iure cessio), transfere a propriedade duma res para outra pessoa (fiduciário) que se obriga a restituí-la depois de realizado o fim definido num acordo não formal designado pactum fiduciae. (Justo, 2003: 38)

Numa breve explanação de César Fiuza:

> Pela *mancipatio*, compareciam as partes, alienante e adquirente, perante testemunhas, diante do *libripens*, que, proferidas as palavras sacramentais, realizava a pesagem simbólica da *res mancipi*, após o que, ao adquirente se conferia o domínio pleno da coisa: Já pela *in iure cessio*, compareciam as partes diante de um magistrado. O alienante fingia ter abandonado a coisa e, proferida as palavras sacramentais, o adquirente se assenhorava da coisa, uma vez que fora abandonada, tornando-se *res derelicta. (*Fiuza, 2000: 33)

Carlos Longo acentua que não somente os vocábulo *fiducia* foi extraído do *Corpus Iuris Civilis*[8], como também, o vernáculo foi substituído por *pignus* (penhor), (Negrato, 2010: 4), gerando, portanto, até os dias atuais falta de consenso entre os juristas e doutrinadores, se a *fiducia* tinha caráter de contrato real à época, tal qual o comodato, o depósito e o penhor.

Não há que se refutar que o direito romano serviu de fonte para o direito germânico em muitos institutos, não por uma junção ou unificação de ideologias, mas por se considerarem sucessores do Império Romano, o que não poderia ser diferente no que tange à alienação fiduciária.

Entretanto, curiosamente, explica Otto de Souza Lima (1962, p. 88-90), que a terminologia *affiduciatum* do direito germânico nada tem a ver com a *fiducia* do direito romano, e que, apesar de linguisticamente semelhantes, tratam-se de institutos com características distintas, observações essas que só foram apercebidas ao final do século e XIX. (Lima, 1962: 88-90). Ainda citando Lima, "O *affiduciatum* forma de penhor mediante

[8] *Corpus Ius Civilis* também conhecido como *Codex Justinianus* é uma importante obra do século VI, constituindo o primeiro registro sistemático do direito romano. Foi promovido pelo imperador Justiniano logo que assumiu o trono. É um documento de extrema relevância sobre a vida do Império Romano e serviu, por muito tempo, como fonte do Direito Europeu. Era composto por quatro partes, compelidos num período de cinco de anos: *(i)* o Código de Justiniano – que continha toda legislação romana desde o século 2; *(ii)* o Digesto – composto pela jurisprudência romana; *(iii)* as Institutas – os princípios e ensinamentos do direito; *(iv)* as Autênticas – as novas leis formuladas por Justiniano.

a qual o devedor transmitia a posse da coisa com o fito de o credor a usasse e dela gozasse até a extinção do débito" (Lima, 1962: 90).

Pode-se analisar no *affiduciatum* que não há transferência de propriedade e sim somente da posse, sendo inaplicável às peculiaridades da alienação fiduciária: se não há transferência de propriedade, não há restituição do bem (Lima, 1962: 90-94).

É no "penhor de propriedade" do direito germânico, que encontram-se traços da *fiducia cum creditore*, tal qual se configura de forma mais aproximada da estrutura do direito romano, com transferência de propriedade, obrigação, e dever de restituição.

O que se verifica de disparidade em relação à origem romana, segundo a teoria de Schultze[9] (Lopes, 2019: 27), são os poderes limitados do credor/fiduciário, que apesar de propriedade plena e eficácia *erga omnes*, eventual arbitrariedade no acordo havido entre as partes, semelhante ao *pactum fiduciae*, era considerado ineficaz, tendo como reconhecida, desde sempre e de forma imediata, a condição resolutiva da transmissão. Isto posto, ao ser cumprida a obrigação do fiduciante em detrimento ao fiduciário, determinava-se a restituição do bem.

Nas palavras de Canuto "A fidúcia no direito germânico, embora extraída do direito romano, com ele não se identifica na totalidade, já que no direito romano, o fiduciário tinha plena titularidade dominial do bem fiduciado, como exclusivo senhor, cabendo ao fiduciante confiar na legalidade e honestidade do fiduciário, enquanto que no direito germânico, os poderes do fiduciário eram limitados aos direitos circunscritos aos fins desejados pelos contratantes, subordinados, portanto, à condição resolutiva em favor do fiduciante, de modo a impedir abuso no poder de disponibilidade do bem" (Canuto, 2003: 92).

É o que extraímo dos estudos de Pedro Borba Lopes ao citar Otto de Souza Lima in Alfredo Buzaid:

> Por meio do penhor de propriedade, 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 contra carta, restituir não só o documento, mas também o próprio fundo, no caso de tempestivo pagamento do débito. Se o devedor não liquidasse a dívida no vencimento, a propriedade consolidava-se no credor pelo simples decurso do prazo para resgatar o penhor. (Lopes, 2019: 23-24)

[9] O autor Francisco Paulo de Crescenzo Marino enumera outras teorias que discordam de Schultze, para qualificar a posição jurídica do fiduciante e do fiduciário no direito germânico: *(i)* o fiduciário tem a propriedade do bem transmitido, mas o fiduciante conserva um amplo direito real de uso (tese de Loening); *(ii)* o fiduciário detém direito real de administração sobre a coisa de propriedade do fiduciante (tese de Heusler); *(iii)* titularidade comum de fiduciante e fiduciário (tese de Beyerle); *(iv)* o fiduciante continua a ser proprietário, adquirindo o fiduciário apenas um direito real limitado conforme os fins do negócio jurídico (tese de Messina); e *(v)* conformação da eficácia real da titularidade do fiduciário consoante a relação interna entre as partes (Siebert).

Não haveria possibilidades de esgotarmos o assunto, sem ao menos, mencionarmos timidamente sobre o *mortgage*, figura do antigo direito inglês – *Common Law*, que também traz vestígios da alienação fiduciária, tocante a transmissão da propriedade como forma de garantia. Em sua essência, consistia na transferência patrimonial ao credor (contrato real), por condição de uma obrigação assumida (contrato obrigacional), e o dever de restituir "a coisa", quando cumprida a obrigação. No clássico *mortgage*, o credor/fiduciário tomava o domínio pleno e ilimitado da coisa, isto é, inclusive da posse direta. Mais adiante, o *classical mortgage* evolumjhiu para o *chattel mortgage*, de forma que o devedor se mantém na posse (direta) da coisa, até que deixe de pagar sua dívida, aproximando-se da alienação fiduciária moderna (Polillo, 2013: 21-24).

De acordo com Chalhub (1998), foi neste contexto também que surgiu a *equity of redemption*, direito que a Corte conferia ao devedor, mesmo depois de vencido o prazo do contrato, o direito de obter a restituição da coisa dentro de um prazo razoável, desde que pagasse a dívida, acrescida de de juros e mora, e da mesma forma, o credor podia propor à Corte que o devedor exercitasse a *equity of redemption*, sob pena de perder definitivamente a propriedgade (Chalhub, 1998: 21).

Outro instituto de suma importância, senão o mais importante, é o *trust* que passa a vigorar na Inglaterra, na Idade Média, por volta dos anos 1066[10], e se resumia na relação jurídica pelo qual o *settlor* (aquele que transmite a propriedade do bem) transmite ao *trustee* (aquele que se assume a obrigação de administrá-lo – a quem se confia a propriedade), em benefício do *cestui que trust* (beneficiário) (Negrato, 2010: 12). A novidade deste instituto é a introdução de um terceiro sujeito: o *trustee*, geralmente, um agente financiador que tem a missão de admisnitrar ou guardar o bem até que seja cumprida a finalidade pactuada com o *settlor*, e é onde nascem os primeiros aspectos de um patrimônio autônomo, que servirão de protótipo para as demais nações.

Sendo o *trustee*, o fiduciário e, portanto, tomador da propriedade e quem administra a "coisa" do fiduciante (*settlor*), nessa relação jurídica é possível a venda do patrimônio pelo beneficiário (*cestui que trust)* para quitação da dívida, desde que em justo valor mínimo admitido pelo *trustee*, muito diferente do que ocorria na *fiducia* romana (Lopes, 2019: 28).

Esclarece Alves que "O *trust receipt* é utilizado para permitir o financiamento da compra de mercadorias (bens de consumo, matéria-prima, produtos semimanufaturados)

[10] Atualmente, regulado pela Convenção de Haia. https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=59

com a participação, além do vendedor e do comprador de um terceiro: o financiador, que em geral, é entidade financeira" (Alves, 1987: 219).

Feito o parenteses e retomando a alienação fiduciária, nem as *Institutas* de Gaio, tampouco as de Justiniano incluem a *fiducia* entre os contratos reais, muito embora, ao que tudo indica, o contrato de *fiducia* tenha servido como modelo para os demais contratos reais. Caiu em desuso principalmente, pelo fato de ser notória a desvantagem do fiduciante ao entregar a "coisa", muitas vezes avaliada em valor superior ao da dívida, cujos meios coercitivos para restituir o bem se limitavam a atos meramente obrigacionais (*actio*), restando pleitear apenas por perdas e danos em caso negativo da restransmissão do fiduciário. Foi neste contexto, que deu lugar à hipoteca e ao penhor, pelo qual o fiduciante mantém a propriedade da coisa.

Nesse sentido, como pontua Alves:

> O devedor era obrigado a transferir a propriedade de coisa de valor bem superior ao do débito, não podendo, portanto, utilizar-se dela para a obtenção de outros créditos; e, enfim, o devedor para reaver a coisa, ficava primitivamente , na dependência exclusiva da vontade do credor, pois, não dispunha contra este de uma *actio* para compeli-lo à restituição da *res*, e, mesmo mais tarde, quando surgui a *actio fiduciae*¸ era ela uma ação pessoal contra o credor, razão por que, se este alienasse a coisa a terceiro, em vez de restituí-la, o devedor pela *actio fiduciae*, podia obter apenas indenização pelo não cumprimento do pacto de restituição da coisa, e não o desfazimento da venda ao terceiro. Para o credor, utilizando-se novamente das palavras do ilustre autor, porque tinha a *fiducia cum creditore* o inconveniente de permitir ao devedor, caso reingressasse ele na posse da *res*, a recuperação da propriedade sobre ela, ao fima penas de um ano, independente de justo título e de boa-fé, mediante modalidade especial de usucapião: *a usureceptio*. (Alves, 1995: 24)

Entretanto, a partir da Revolucção Industrial, marco histórico para o fomento mercantil e concessão de créditos, passou a ser notada as deficiências das garantias reais (penhor, hipoteca) pelos credores na recuperação dos créditos, devido à morosidade e lapso temporal das execuções, manifestando-se, assim, a necessidade de resgatar a *fiducia* devido sua característica de retransmissão do bem quando adimplida a dívida, viabilizada pela condição de propriedade resolúvel[11], dando celeridade aos processos executivos.

Disse Tulio Ascarelli: "É através desta contínua adaptação de velhos intitutos a novas funções que o direito, às vezes, se vai desenvolvendo; não raro, ostentando, então, a história do seu passado, nas formas, que permanecem idênticas, a despeito da renovação de funções" (Ascarelli, 1969: 93).

[11] Falaremos mais adiante sobre a cláusula resolutiva, mas, aproveitando o *spoiler*, não consideramos como condição automática da alienação em garantia, sendo suscetível, apenas quando pactuado entre as partes, nos termos do art. 270.º do CC.

Assim, ao final da década de XIX, em 1880, ressurge na jurisprudência Europeia, principalmente na Alemanha e na Itália, o *negócio fiduciário*, denominação trazida nos estudos de Regelsberger[12] (Albuquerque, 2018: 3).

[12] Ferdinand Friedrich Waldemar Regelsberger era um jurista alemão. Regelsberger nasceu em Gunzenhausen e estudou direito na Universidade de Erlangen e na Universidade de Zurique.

4. O negócio fiduciário

Regelsberger foi um grande precursor nos estudos do negócio fiduciário "antigo" que deu origem aos conceitos modemos, e que apesar das resistências, incentivou tantos outros estudiosos que se aplicavam conforme desevolvimento da sociedade de cada local. O que muito se debateu à época contemporânea, foi a tratativa deste instituto como negócio simulado, uma vez que não é a vontade (real) das partes que o fiduciário se torne proprietário do bem transferido, apenas um meio para se alcançar um fim específico. E é exatamente este meio para se alcançar fim o ponto contravertido na doutrina. Regelsberger e José Carlos Moreira Alves apontam uma desproporção entre o meio e o fim, uma vez que utilizam um negócio jurídico típico (compra e venda, por exemplo – negócio meio) para uma finalidade diversa (troca por dinheiro - negócio fim). Ou seja, o negócio meio extravasa a vontade as partes (simula), e o fiduciante fica a mercê da boa fé do fiduciário que adquiriu domínio pleno sobre o bem transferido, restando apenas perdas e danos se não houver a restituição.

As palavras de Galvão Telles foram marcantes à época, pois, corroborando com a tese de intolerância no sistema português por considerar negócio simulado, o autor assim já se posicionou: "se declara coisa diferente do que se quer, que se declare alienar ao mandatário quando verdadeiramente se deseja conservar a propriedade, ou que se declare alienar ao credor quando no fundo apenas se pretende dar-lhe hipoteca ou penhor" (Telles, 2002: 193).

Um dos maiores opositores à admissibilidade dos negócios fiduciários no ordenamento jurídico português foi Manuel de Andrade, que assim escreveu:

> Não sendo válidos entre nós, portanto, os negócios fiduciários, segue-se que os interessados, para realizarem objectivos semelhantes àqueles que seriam atingidos mediante esses negócios, terão de utilizar – sempre ou quase sempre – a simulação, fingindo concluir algum dos negócios translativos causaus previstos na lei (venda, doação, etc.). (Andrade, 1972: 177-178)

Já Grassetti, Chalhub e Ascarelli discordam da possibilidade de ato simulado e anotam que apenas há uma neutralização do direito real:

> O característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, ele, a uma transmissão da propriedade, mas de ser, o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde aquele fim seja preenchido. Ao passo que os efeitos de direito real, isolamente considerados e decorrentes do negócio adotado, vão além das intenções das partes, as ulteriores convenções obrigacionaisvisam justamente restabelecer o equilíbrio; é assim possível o uso da trasnferência da propriedade para finalidades indiretas (ou seja, para fins de garantia, de mandato, de depósito). (Chalhub, 1998, p. 60-64)

Nas palavras de Grassetti (1936: 363), *"*Per negozio fiduciario intendiamo una manifestazione di volonta con cui siattribuisce ad altri titolarità di diritto a nome proprio ma nell´intesse, a anche nell´interesse, del transferente o di un terzo*"* (Jelembi, 2017: 31).

Mariano Martorell, assim definiu:

> Aquellos en que una persona (fiduciária) recibe de outra (fiduciante), que confia en ella, una plena titularidad de derecho en nombre proprio, comprometiendose a usa de ella, sono en lo preciso para el fin restringido acordado, ya en interés, suyo, ya también en el del transmitente o de un tercero. (1950: 67)

Na concepção moderna, os negócios fiduciários são aqueles em que há transferência de titularidade sobre bens ou direitos ao fiduciário ou terceiros adquirente indicado por ele, com obrigação ou finalidade específica, devendo restituir-se o fiduciante ao final dos termos pactuados, restando superada a hipótese de simulação com pressuposto no que tange a regra do art. 240 do CC, sendo certo que não há uma declaração diversa à vontade das partes, tampouco, a intenção de enganar terceiros, logo, "As partes pretendem o que efetivamente declaram" (Cura, 1991: 16).

A maior diferença que vislumbra-se no decorrer desta investigação, é praticamente dito à propriedade fiduciária (do fiduciário), que em alguns países, por força da própria lei, atribui-lhe como patrimônio autónomo, difernetemente do que ocorre em Portugal.

O que resta claro e que todos eles concordam, é que para se configurar um negócio fiduciário, faz-se necessário existir o depósito da *fiducia*, da confiança sobre o fiduciário, sabendo que ele detém domínio do bem, mas lhe dará o fim pactuado com o fiduciante e o restituirá quando determinado fim for atingido.

Chalhub (1998) ainda descreve em seus ensinamentos, que os negócios fiduciários se desdobram em duas vertentes doutrinárias. Aqueles que empregam a tese dualista[13], de negócio complexo, composto por dois negócios distintos, em que existe um *contrato real/positivo* que dá origem a transferêncio do bem ou crédito e um segundo *contrato obrigatório/negativo*, que gera a obrigação do fiduciário em restituir depois de atingido o fim; e aqueles que seguem a tese monista[14], que discorrem ser o acto um único, o *pactum fiduciae* compilado de efeitos reais *erga omnes* e efeitos obrigacionais *inter parts* (Chalhub, 1998: 48-49), os quais, pensamos, estes últimos serem os mais adequados e, nesse sentido, o Acórdão do STJ de 17/12/2002 descreve o negócio fiduciário como:

[13] Tese escolhida por Francesco Ferrara, José Carlos Moreira Alves.
[14] Posicionamento adotado por Orlando de Carvalho, Massimo Nuzzo, Chalhub.

> O negócio atípico pelo qual as partes adequaram através de um pacto – o pactum fiduciae – o conteúdo de um negócio típico a uma finalidade diferente da que corresponde ao negócio instrumental por elas usado . . . um único negócio e não uma dualidade negocial". (Pinto Monteiro), in http://www.dgsi.pt/

Por fim, o que mais interessa nos desdobramentos dos negócios fiduciários, constituindo o objeto do estudo aqui proposto, são suas finalidades, que se dividem em duas tendências: os negócios fiduciários com escopo de administração e os negócios fiduciários com escopo de garantia. O primeiro, resgatando as peculiaridades da *fiducia cum amico,* e a segunda, da *fiducia cum creditore.*

Os negócios fiduciários por administração visam transferir a propriedade ou a titularidade de bens ou direitos ao fiduciário, no intuito de administrar, manter ou explorar o patrimônio de forma mais eficaz, em benefício do próprio fiduciante. Muito comum nas operações de investimentos, acções, imobiliários, valores mobiliários, sendo que o fiduciário se configura como agente especializado naquela modalidade.

Carlos Roberto Gonçalves define como sendo:

> Aquele em que alguém, o fiduciante, transmite um direito a outrem, o fiduciário, que se obriga a devolver esse direito ao patrimônio do transferente ou a destiná-lo a outro fim. Caracteriza-se pela circunstância de que o meio utilizado trasncede o fim perseguido, não se compatibilizando o aspecto econômico com o aspecto jurídico do negócio, como ocorre quando alguém transmite a propriedade de um bem com a intenção de que o adquirente o administre, obtendo dele o compromisso, por outro negócio jurídico de caráter obrigacional, de lhe restituir o bem vendido.Trata-se de negócio lícito e sério, perfeitamente válido, e que se desdobra em duas fases. Na primeira, ocorre verdadeiramente a transmissão de um direito pertencente ao fiduciante. Na segunda, o adquirente fiduciário se obriga a restituir o que recebeu ou seu equivalente. Esses negócios compõem-se de dois elementos: a confiança e o risco. (Gonçalves, 2016: 307)

O ápice desta investigação, portanto, são os negócios fiduciários em garantia, em que se transfere um bem ou direito ao fiduciário (contrato acessório), para garantir o cumprimento de uma obrigação assumida pelo fiduciante (contrato principal). Cumprida a obrigação pelo fiduciante, insere-se a obrigação do fiduciário em restituir o patrimônio e, em caso de mora do fiduciante, a satisfação do crédito mediante execução da garantia pelo fiduciário.

5. Da alienação fiduciária como forma de garantia

Continuando, dentre os negócios fiduciários com escopo de garantia, podemos separá-los em dois grandes grupos, sendo o primeiro, **as cessões de créditos**, e em segundo, as **alienações em garantia**, e neste último, podemos classificá-lo como um subgrupo, a **alienação fiduciária em garantia**, voltados, em específico, aos contratos de garantia financeira como aludimos no texto introdutório.

Ambos possuem uma estrutura robusta na qual o fiduciante transfere ao fiduciário a titularidade de um bem (alienação) ou direito (cessão), com a finalidade de garantir uma obrigação, sob condição de reavê-lo quando adimplida a dívida. A análise de nosso estudo é sobre as particularidades da alienação fiduciária em garantia, que assumiu características próprias, diferentes das já praticadas na cessão de créditos e na alienação de coisas corpóreas.

Como dissemos, a alienação fiduciária em garantia foi incorporada ao ordenamento jurídico português, por força do Decreto Lei 105/2004 que transpôs a Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de junho de 2002, tão somente vislumbrando os contratos de garantia financeira, e tinha como objetivo atingir o mercado financeiro, especificamente, o mercado de derivados, valores mobiliários e a gestão do risco comercial, para proteger o conjunto da oferta monetária e da infraestrutura pós negociação, criando-se um regime própro insolvencial.

> O que se pretendeu com a Directiva foi harmonizar os intitutos face à Comunidade Europeia, principalmente no que tange à insolvência, execução e forma, para dirirmir os conflitos e a insegurança jurídica nas transações fronteiriças, justificando a criação de um regime próprio, afastado do regime geral". (Vasconcelos, 2019: 320)

Criar um instituto ágil e regular para que não haja conflitos na admissibilidade, constituição ou tutela nas operações financeiras (fiduciários) dentre os próprios países da União Europeia.

Atualmente, o Decreto-Lei 105/2005, de 6/6/02, foi alterado pelo Decreto-Lei 85/2011, de 29/06/11, e novamente, alterado pelo Decreto-Lei 192/2012, de 23/08/12, que em síntese, mas não somente, inclui e regula os créditos de terceiros como objeto das garantias.

Nas palavras de Vasconcelos:

> Foi a própria lei que, . . . consagrou uma modalidade de alienação em garantia, dotando-a com um regime particularmente adaptado à sua rápida execução e à sua imunização dos efeitos do processo insolvencial, tanto quanto aos negócios praticados antes da declaração de insolvência, como à disciplina insolvencial das garantias e contratos. (2019: 609)

Enquanto nas demais garantias reais os bens alienados compõem a esfera patrimonial do devedor, na alienação em garantia, a propriedade/titularidade[15] deste último, figura na esfera patrimonial do credor.

5.1. Das características gerais dos contrato de alienação fiduciária em garantia

De forma sumária, se permite expressar uma breve análise geral dos contratos que tangem alienação fiduciária. Tem **natureza bilateral**, ou seja, composto por duas ou mais partes (terceiro beneficiário) para sua formação e enseja constituição de direitos e obrigações para ambas as partes. Trata-se de contrato **oneroso**, que especifica os sujeitos titulares de direitos e obrigações como credor/fiduciário e devedor/fiduciante, porquanto a abstração do crédito extinguiria os direitos e deveres das partes, sempre, considerando dotar da tese monista, cujas vinculações são intrínsicas.

Embora envolva um negócio jurídico autónomo, enquanto garantia, **tem caráter acessório**, uma vez que garante a dívida principal do crédito. "Sendo inválido o negócio fonte do crédito garantido, deverá cessar a própria alienação e garantia" (Chalhub, 1998: 105). Mantém-se o ditado: o acessório segue o principal.

Por último, trata-se de **contrato atípico** e funda a sua existência e extensão no princípio da liberdade contratual, previsto no art. 405, CC, apesar de, desde 1888, o contrato de reporte ser modalidade de contrato de Alienação Fiduciária em Garantia típica, o que parece de suma importância para desenrolar da investigação a leitura dessa decisão (Vasconcelos, 2019: 638).

Nesse sentido, descreve-se: Ac. Processo: 1942/06 (ano, 2011). Nº Convencional: JTRP000. Relator: Vieira e Cunha. Descritores: Contrato de Alienação Fiduciária em Garantia. Contrato-Promessa. Direitos. Acessão Industrial Imobiliária. Validade de um Acto Fiduciário. Sumário: I- Como verdadeiro negócio indirecto, não pode afirmar-se, à partida, lícito ou ilícito, o contrato de alienação fiduciária em garantia, ou a sua simples promessa, antes havendo de sujeitar-se ao casuístico juízo de mérito que recuse a validade a um acto fiduciário que colida com a Lei, a Moral ou a Natureza (artº 280, Código Civil 1966) – não pode extrair-se de um meio inadequado ao tipo uma ilicitude geral do negócio: é a ilicitude concreta do fim que descaracteriaza a licitude do negócio-meio. II – Neste sentido, em

[15] Titularidade se tratando da alienação fiduciária em garantia, em favor dos contratos de garantis e de bens imóveis, ou móveis sujeitos a registos, ou constituto possessório em se tratando de bens corporeos desprovidos de registos.

termos genéricos, concebe-se a figura da alienação fiduciária em garantia, com base no princípio da liberdade contratual – artº 405º Código Civil (1966) ou com apoio no facto de a lei prever expressamente a hipótese de restrições obrigacionais ao direito de propriedade – artº 1306º, nº 1, Código Civil (1966). Decisão Texto Integral. Fundamentos. . . . Os autos demonstram assim a realização, entre as partes, de um negócio de promessa de alienação em garantia (a alienação do bem como negócio – meio, a garantia da obrigação como negócio – fim). É discutida na doutrina a possibilidade da alienação em garantia. Já expusemos em II a posição do Prof. Manuel de Andrade sobre esta matéria, vendo na alienação em garantia um negócio sempre ou quase sempre simulado. O Prof. Galvão Telles (2002: 194) reprovava tal figura, por a considerar praticada necessariamente em fraude à lei, "representando, como representaria, um desvio a disposições limitativas, protectoras dos legítimos interesses do dono do objecto da garantia ou até de terceiros, em matéria de penhor e hipoteca" – diga-se que o argumento de facto é idêntico ao de Manuel de Andrade, embora, onde aquele vê uma simulação, Galvão Telles veja uma fraude à lei, figura que, de facto, se pode aproximar em inúmeros casos do próprio negócio indirecto, tudo dependendo da imperatividade do negócio-fim, face ao negócio-meio. . . . A principal oposição a este entendimento surge com Pais de Vasconcelos, op. e loc. cits. e Menezes Leitão (p. 271). Como verdadeiro negócio indirecto, o contrato fiduciário não pode afirmar-se, à partida, lícito ou ilícito, antes havendo de sujeitar-se ao juízo de mérito que, em relação a cada caso, recuse a validade a um acto fiduciário que colida com a Lei, a Moral ou a Natureza – não pode extrair-se de um meio inadequado ao tipo uma ilicitude geral do negócio; é antes a ilicitude concreta do fim que se descacteriza a licitude do negócio-meio. **A figura da alienação fiduciária pode assim ser genericamente admitida, com base no princípio da liberdade contratual – art. 405º Código Civil** – ou com apoio no facto de a lei prever expressamente a hipótese de restrições obrigacionais ao direito de propriedade – art. 1306º nº 1 Código Civil (...) E note-se igualmente que Vaz Serra sempre admitiu o negócio fiduciário, desde que prosseguindo um "fim lícito e razoável" – ut Cessão de Créditos ou outros Direitos, B.M.J Especial – I – p. 172-174. **(grifo nosso)**.

Ainda sobre a atipicidade, nos remete ser tão singular, a ponto de poder ser celebrado a qualquer tempo (desde que estejam coligados, por óbvio, e haja uma "relação económico-social entre os negócios" (Telles), podendo celebrá-los em um único contrato, ou, mesmo depois do contrato de crédito, ou mesmo visando um obrigação futura (Pestana, 2019: 638-639).

Apesar da doutrina majoritária o enquadrar como contrato meramente obrigacional, pensamos que apesar de seu **caráter obrigacional gerar efeitos reais**, quer seja a transmissão da titularidade e, por isso, merecedor de um espaço autónomo nos direitos (das garantias) reais.

5.2. Do conceito e natureza jurídica

Já foi citado que a fidúcia, como garantia, exerce função correspondente aos demais negócios jurídicos "de segurança", homologando o reforço qualitativo da garantia, tal como a hipoteca, a caução, o penhor, mas, agora cabe entender porque é provida de maior eficiência executória. As relações creditícias, desde os primórdios, relevam um grande impacto no setor de consumo e, a partir do instituto da alienação fiduciária, passou a ser utilizado como garantia para expandir os investimentos, principalmente nos setores bancários e financeiros, já que os empréstimos em dinheiro são considerados como essenciais para as atividades econômicas, sendo a rápida solução de conflitos essencia. Isso posto, é nesse diasapão que se abordarão os conceitos.

Podemos aderir aos conceitos gerais como bem definiu Menezes Leitão que consignou seu entendimento afirmando que:

> A alienação fiduciária em garantia consiste na situação que se verifica quando o devedor ou um terceiro procede à alienação de um bem para o credor, para garantia de cumprimento de uma obrigação, vinculando-se o credor a apenas utilizar esse bem para obter a realização do seu crédito, devendo o mesmo ser restituído ao alienante em caso de cumprimento da obrigação que serve de garantia. (2012: 233)

Catarina Pires conceituou como sendo, o negócio nos termos do qual um sujeito (prestador da garantia) transmite a outro (beneficiário da garantia) a titularidade de um bem ou de um direito, com a finalidade de garantia de um crédito, ficando o beneficiário da garantia obrigado, uma vez extinta esta finalidade, a retransmitir-lhe aquela mesma titularidade.

Segundo Vasconcelos, a alienação fiduciária em garantia implica a transmissão de um patrimônio (ou um direito) do devedor ao credor (ou de terceiro) como forma de garantir uma obrigação financeira (numerário, créditos sobre terceiros ou instrumentos financeiros). O garante está vinculado a restituir o objeto da garantia ou abjeto equivalente ao garantido quando solvida a dívida. A lei estatui que deve ser feito até a data convencionada

para o cumprimento das obrigações. “Conferem um reforço qualitativo sobre certo ou certos bens por uma outra via: o recurso à titularidade de um direito” (Vasconcelos, 2019: 319).

Em nosso conceito, o devedor/garante/fiduciante a fim de garantir o pagamento de uma dívida, transfere a propriedade de um bem móvel durável ou imóvel ao credor/garantido/fiduciário, sob condição e expectativa de reavê-lo quando da integral quitação do débito.

A alienação fiduciária como forma de garantia visa a simplicidade do processo e mantém seu papel em caso de insolvência do garante, “gozam de um regime próprio que protege intensamente o credor em particular no âmbito da insolvência, onde se isolam (ou ´blindam) os contratos dos efeitos do concurso insolvencial, permitindo-se em último caso, uma satisfação isolada e privilegiada que trasnforma este credor no beneficiário do que denominamos um “super privilegiado” (Vasconcelos, 2019: 694).

Pode-se concluir neste aspecto, que há dois requisitos mínimos para o complexo da alienação em garantia, que são *(i)* a obrigação principal assumida pelo devedor[16]; *(ii)* a transferência de um bem na garantia da obrigação, sendo que ausentes qualquer um deles, não poderia falar-se em alienação em garantia, sem prejuízo, dos requisitos essenciais à vista da legislação portuguesa que abordaremos a seguir.

5.3. Requisitos do contrato

5.3.1. Contratos passíveis de alienações em garantia e objeto da garantia

Somente **obrigações financeiras** e certos créditos podem ser objeto da garantia, logo, nesse sentido, a própria legislação restringe e define quais são as suportadas por esta normatização, através dos arts. 4º do Decreto-Lei 105/2004, excluindo-se todos os demais, bem como determina que os objectos da garantia, sejam os **próprios numerários** ou **instrumentos financeiros**, conforme art. 5º

A fim de esclarecer, segue descrição: Art. 4.º (...) entende-se por obrigações financeiras garantidas quaisquer obrigações abrangidas por um contrato de garantia financeira cuja prestação consista numa **liquidação em numerário** ou na entrega de **instrumentos financeiros.”**

[16] Geralmente de caráter pecuniário, através de mútuo.

Art. 5.º - (...) a) «Numerário», entendido como o saldo disponível de uma conta bancária, denominada em qualquer moeda, ou créditos similares que confiram direito à restituição de dinheiro, tais como depósitos no mercado monetário; b) «Instrumentos financeiros», entendidos como valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos; c) «Créditos sobre terceiros», entendidos como tal os créditos pecuniários decorrentes de um acordo mediante o qual uma instituição de crédito concede um crédito sob a forma de empréstimo. [17]

A grande comparação, que podemos efetuar com o Brasil sobre a alienação fiduciária, é sua abrangância que se estendeu além do mercado financeiro e de capitais[18], aos imóveis, e não somente a propridade, incluindo-se os bens enfitêuticos e o direito de uso[19], e as coisas móveis[20], atribuindo efeito real de garantia[21], aplicando-lhes o regime do patrimônio de afetação[22] em todos eles.

---

17 Redação incluída pelo Decreto-Lei 85/2011, de 29 de junho de 2011. https://dre.pt/pesquisa/-/search/670530/details/maximized

18 Lei. 4.728/65. Art. 66-B (...) § 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

19 Lei 9.514/97. Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. § 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;II - o direito de uso especial para fins de moradia; III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;

20 Lei. 10.406/2002. Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

21 Lei. 10.406/2002. Art. 1.368-B. A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. Parágrafo único. O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitido na posse direta do bem.

22 Lei 8.668/93. Art. 7º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições: (...).

5.3.2. Da prestação da garantia

Como requisito também há a necessidade que a garantia, de facto, tenha sido prestada, nos casos de numerários e instrumentos financeiros, de forma que a posse, composse, ou que o controle, esteja sob a tutela do beneficiário ou terceiro que atue em nome dele, isoladamente ou em conjunto com o proprietário, e nos casos de créditos sobre terceiros, por mero efeito do contrato.

Descreve-se o artigo para melhor compreensão: Art. 6.º do Decreto-Lei 105/2004.

1 - O presente diploma é aplicável às garantias financeiras cujo objecto seja efectivamente prestado.

2 - Considera-se prestada a garantia financeira cujo objecto tenha sido entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome deste, incluindo a composse ou o controlo conjunto com o proprietário.

3 - Nas garantias financeiras que tenham por objeto créditos sobre terceiros, prestadas ao banco central pelas instituições de crédito no âmbito das operações de cedência de liquidez, a posse transfere-se para o beneficiário da garantia por mero efeito do contrato de garantia financeira.[23]

5.3.3. Dos sujeitos

Segundo a legislação, art. 3º do Decreto-Lei 105/2004, são sujeitos do contrato de alienação fiduciária em garantia, os **prestadores e beneficiários que pertençam a uma das seguintes categorias**: *(a)* Entidades públicas, incluindo os organismos do sector público do Estado responsáveis pela gestão da dívida pública ou que intervenham nesse domínio e os autorizados a deter contas de clientes; *(b)* Banco de Portugal, outros bancos centrais, Banco Central Europeu, Fundo Monetário Internacional, Banco de Pagamentos Internacionais, bancos multilaterais de desenvolvimento nos termos referidos no Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2007[24] e Banco Europeu de Investimento; *(c)* Instituições sujeitas a supervisão prudencial, incluindo: *(i)* Instituições de crédito, tal como definidas no n.º 1 do artigo 2.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro; *(ii)*Empresas de investimento, tal como referidas no n.º

[23] Redação incluída pelo Decreto-Lei 192/2012, de 23 de agosto de 2012.
[24] Redação alterada pelo Decreto-Lei 85/2011, de 29 de junho de 2011.

2 do artigo 293.º do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro; *(iii)* Instituições financeiras, tal como definidas no n.º 4 do artigo 13.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras; *(iv)* Empresas de seguros, tal como definidas na alínea b) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 Abril; *(v)* Organismos de investimento colectivo, tal como definidas no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro; *(vi)* Entidades gestoras de organismos de investimento colectivo, tal como definidas no n.º 1 do artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro; *(d)* Uma contraparte central, um agente de liquidação ou uma câmara de compensação, tal como definidos, respectivamente, nas alíneas e), f) e g) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 221/2000, de 9 de Setembro, no que aos sistemas de pagamento diz respeito, e no artigo 268.º do Código dos Valores Mobiliários, incluindo instituições similares regulamentadas no âmbito da legislação nacional que operem nos mercados de futuros e opções, nos mercados de instrumentos financeiros derivados não abrangidos pela referida legislação e nos mercados de natureza monetária; *(e)* Uma pessoa que não seja pessoa singular, que actue na qualidade de fiduciário ou de representante por conta de uma ou mais pessoas, incluindo quaisquer detentores de obrigações ou de outras formas de títulos de dívida, ou qualquer instituição tal como definida nas alíneas a) a d); *(f)* Pessoas colectivas, desde que a outra parte no contrato pertença a uma das categorias referidas nas alíneas a) a d).

O que se pode mencionar em relação aos sujeitos nos contratos brasileiros é que além de legislação própria do mercado financeiro e capitais, no que for omissa, está sujeita subsidiariamente, às normas da alienação fiduciária de coisas móveis[25], de coisas imóveis[26] e ao Código Civil Brasileiro[27] e, nesse sentido, a Lei 11.481 (2007), acabou com a discussão doutrinária dos possíveis sujeitos e previu a possibilidade de constituição por pessoas físicas ou jurídicas, conforme exposto a seguir: Art. 22 (...) § 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI (...).

[25] Lei 4.728/65, de 14 de julho de 1965.
[26] Lei 9.514/97, de 20 de novembro de 1997.
[27] Lei 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002.

5.3.4. Das provas e formalidades

Nos termos do Artigo 7º, o Decreto-Lei 105/2004, submeteu às provas, por documento escrito, registo em suporte eletrônico, ou forma juridicamente equivalente[28], devendo sempre, permitir a identificação do objecto correspondente, sendo, *(i)* sobre numerário, o registo do crédito na conta do beneficiário, *(ii)* sobre valores mobiliários escriturais, o registo da aquisição fiduciária e *(iii)* e sobre os créditos sobre terceitos, uma lista de crédito apresentada ao beneficiário po escrito (ou de forma juridicamente equivalente).

Entretanto, uma vez havida a prova documental, desqualifica a necessidades de actos formais para a prestação da garantia financeira, tampouco, a necessidade de notificação prévia sobre execução, quando este for o caso.

Neste ponto, há que se fazer uma comparação com o Brasil, cuja legislação em que condicionou a prova por escrito, em documento público ou particular devidamente registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do credor. A fins de detalhamento: Art. 66-B (...) § 1º A alienação fiduciária sòmente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatòriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros, e conterá, além de outros dados, os seguintes: a) o total da divida ou sua estimativa; b) o local e a data do pagamento; c) a taxa de juros, os comissões cuja cobrança fôr permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis; d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.[29]

Nesse sentido, decidiu a Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo ao apreciar caso em que se questionava a instrumentalização de tal tipo de garantia por instrumento particular em operação fora do SFI, a saber: "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL — Possibilidade de o contrato ser firmado por pessoa jurídica que não integre o SFI – Contrato que pode validamente revestir formas pública ou particular Arts. 22 e 38 das NSCGJ Precedente Recurso Desprovido." (Processo administrativo: 0049648-26.2012.8.26.0002 - CGC/SP 11.07.2016)

Ainda, não bastasse, sobre a ausência de restrição ou condicionante para a utilização do instrumento particular, cumpre transcrever o que diz o jurista e autor do anteprojeto da

[28] Redação alterada pelo Decreto-Lei 85/2011, de 29 de junho de 2011.
[29] Lei 4.728, de 14 de julho de 1965. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm

Lei que deu origem à alienação fiduciária em garantia (9.514/97), Melhim Namem Chalub (ano):

> Os atos e contratos referidos na Lei 9.514/97, bem como aqueles resultantes da sua aplicação, poderão ser formalizados por instrumento particular. *A lei não faz restrição alguma quanto às modalidades de contrato passíveis de ser formalizados mediante instrumento particular em relação à Lei 9.514/97*; ao contrário, estende a possibilidade de formalizar por instrumento particular a todos os atos e contratos referidos nesta lei ou resultantes de sua aplicação.' Assim, quando resultantes da referida lei, podem ser celebrados por instrumento particular a compra e venda, a promessa de venda, a hipoteca, a caução de direitos aquisitivos, a cessão fiduciária, a alienação fiduciária, enfim, os atos e contratos relacionados à comercialização de imóveis e à constituição de garantias imobiliárias previstas na Lei nº 9.514/97 ou resultantes dela."[30] – grifos acrescidos.

Conclui-se este capítulo, ocupando-se de considerar que, não cumprido quaisquer dos requisitos, o contrato será nulo, nos termos do art. 280.º do CC, sem prejuízo do de ser convertido em outro contrato atípico, de acordo com o art. 293.º do CC.

[30] https://www.conjur.com.br/2020-jan-25/rafael-accioly-alienacao-fiduciaria-instrumento-particular

6. Da admissibilidade da alienação fiduciária em garantia no direito português

Além da questão da simulação, já abordada de forma sumária em capítulo anterior, outras das grandes questões que muito se debateu no campo doutrinário entre os juristas portugueses[31] quando da admissibilidade da alienação fiduciária em garantia foram: *(i)* Da natureza a efeito da transmissão da propriedade *(ii)* Assimetria em virtude do princípio do *númerus clausus*. *(iii)* Proibição do Pacto Comissório. *(iv)* Causa ilegítima de preferência, quesitos comuns estes, que analisaremos um a um na sequência.

Atualmente, não há mais que se falar em inadmissibilidade da alienação em garantia, por estar pacificado seu entedimento, de forma geral, mas serão reunidas, ao longo desta dissertação, eventuais problemáticas submetidas ao Judiciário. [32]

6.1. A natureza e efeitos da transmissão de propriedade

O direito real, ou direito das coisas como também pode ser conhecido, são desdobramentos de direitos absolutos, caracterizados por dois elementos: o vínculo jurídico da pessoa à coisa e a circunstância *erga omnes.* De um lado temos o titular do direito e de outro, uma multidão (absoluta) de não titulares. No primeiro, no vínculo jurídico, pode-se aludir à aderência da coisa à pessoa, que mantém em sua esfera a determinação da sua vontade (pode decidir tudo sobre ela) e por qualquer motivo não esteja, possui meios idôneos para recuperá-la, manifestando a propriedade plena: "a propriedade se identifica de tal modo com a vontade do titular que, às vezes, parece uma emanação desta" (Dantas, 1981: 14). O dever jurídico sobre a coisa é ambulatório, dotado de sequela, dando ao proprietário o direito de perseguir a coisa, seja onde estiver ou quem estiver.

A propriedade, por excelência, nada mais é que o exercício dos domínios – submetida a todas as vontades do titular e a possibilidade de exclusão sobre a coisa de terceiros. Resumem-se em dois aspectos, respectivamente, interno e o externo: a *senhoria*, aspecto

---

31 Tendo como maiores opositores Beleza dos Santos e Manuel de Andrade

32 Acórdão do STJ de 14/01/2021. IV - Todavia, no domínio de vigência do CC de 1966, começou a prevalecer, quer na doutrina quer na jurisprudência, a tese da validade dos negócios fiduciários, mormente, em virtude do princípio da autonomia da vontade negocial decorrente do disposto nos arts. 405.º e 1306.º do referido código, e da diferenciação entre a causa-função concreta do contrato e a causa-função típica da espécie contratual em referência e até em face do acolhimento dos contratos de alienação fiduciária em garantia, na nossa ordem jurídica, através do DL n.º 105/2004, de 08-05, que transpôs a Diretiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e Conselho relativa aos acordos de garantia financeira. http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54c463515ceb8bc6802586760036d110?OpenDocument

interno, é o domínio da coisa, dele proprietário sobre o objeto; e a *exclusão de ingerência alheia*, o aspecto externo é a relação dele, proprietário, face os outros não proprietários. Uma vez possuidor de todos os domínios da propriedade, reúnindo-se em si, os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, temos a propriedade plena cumulado com o dever jurídico de todos os demais (não proprietários) não se ingerirem na coisa.

Quando o bem é transmitido ao credor fiduciário, pressupõe que este assume todos os domínios (plenos e exclusivos) da propriedade que assim o inteiram, podendo usar, fruir, dispor, ou ainda, reivindicar, nos termos do art. 1305 e 1311 do Código Civil. O que acontece em outros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, é que uma vez constituida a propriedade fiduciária, existe uma limitação de domínios, que apenas se consolidarão no caso de incumprimento do fiduciante, único momento, portanto, que poderá dispor da coisa.

Chalhub, co-participante ao projeto de lei da alienação fiduciário no Brasil, conceitualiza a propriedade fiduciária como sendo "uma propriedade limitada pelas restrições que sofre em seu conteúdo, em virtude da finalidade para a qual foi constituída, tendo duração limitada, enquanto perdurar o escopo para o qual foi constituída" (Chalhub, 1998: 101).

Belas são as palavras de Ascarelli:

> O característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, ele, a uma transmissão da propriedade, mas de ser, o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde que aquele fim seja preenchido. Ao passo que os efeitos do direito real, isoladamente considerados e decorrentes do negócio adotado, vão além das intenções das partes, as ulteriores convenções obrigacionais visam justamente restabelecer o equilíbrio; é assim possível o uso da transferência da propriedade para finalidades indiretas (ou seja, para fins de garantia, de mandato, de depósito). Mas os efeitos de direito real do negócio , são, eles também, queridos e seriamente queridos pelas partes, que, na falta deles, nem poderiam alcançar o fim último visado; a realização deste não contraria, mas pressupõe a do fim típico do negócio adotado. Assim, num caso típico de negócio fiduciário, a transferência da propriedade para fins de garantia, a transmissão de propriedade é efetivamente desejada pelas partes, não porém para o fim de troca, mas para um fim de garantia. (Chalhub, 1998: 43)

> Cariota Ferrara critica esta denominação de *propriedade fiduciária*, considerando ser um direito real especial, em decorrência do negócio fiduciário: o fiduciário é prooprietário como qualquer outro. Martorell discorda de Cariota Ferrara, sustentando não ser especial, limitada ou dividida, "mas uma propriedade plena com certas características que a fazem merecedora de uma denominação peculiar. Sustenta que o fiduciário assume a plenitude da propriedade, não somente a frente a terceiros mas, também, frente, ao próprio fiduciante. (Chalhub, 1998: 101)

Há juristas[33], principalmente da doutrina alemã e inglesa, que distinguem a propriedade como formal e material: "Através da concepção que separa entre propriedade formal, na titularidade do fiduciário, e propriedade material, na titularidade do fiduciante, a atribuição daquela ao primeiro justifica-se, essencialmente, pela necessidade de protecção de terceiros de boa fé. Aparentemente a titularidade do direito cabe ao fiduciário e é nisso que terceiros se podem fiar; daí a razão para que ele se considere proprietário"(González, 2014: 60). Entretanto, jamais poderia ser acolhida tal tese no ordenamento português, visto caráter unitário e exclusivo que carrega a propriedade de fontes romanística, salvo exceções da co-propriedade e condomínio.

Diz-nos Margarida Andrade que existe uma causa legítima para a transferência da propriedade, ou seja, que estão ausentes o nexo de causalidade da transmissão da propriedade e de sua contrapartida, tal qual se configura na compra e venda, na doação ou na permuta, sendo incompatível com o ordenamento jurídico português. Nas palavras de Ribeiro: "A lei liga a transferência da propriedade sobre uma coisa à recepção de uma quantia em dinheiro (na compra e venda), a uma vontade de beneficiar o adquirente (na doação) ou ao recebimento de uma outra coisa (na permuta)" (Ribeiro, 2018: 22).

Cunha Gonçalves é outro defensor da inadimissibilidade no ordenamento jurídico, por não se convencer de uma propriedade provisória ou condicional (Fernandes, 2004: 261). Uma outra característica da propriedade, quando plena, é seu caráter perpétuo, não havendo degradação, desgaste ou desaparecimento, conforme o passar do tempo. (González, 2014: 60). Novamente, rege-se pela manifestação de vontade do proprietário em continuar mantendo para si os domínios dela, destoando, neste ponto, com a propriedade fiduciária conhecida no Brasil, de caráter temporário do fiduciário, que se resolve ao final, seja pelo cumprimento da obrigação do devedor (retornando à esfera patrimonial do devedor), ou pelo incumprimento da obrigação do devedor (consolidando-se na esfera patrimonial do credor).

Insta ressaltar que mesmo havendo a transferência da propriedade do credor/garantido/fiduciário, nada obsta que a posse mantenha-se com o devedor/garante/fiduciante, concedendo-lhe o uso, a fruição ou até mesmo vantagéns econômicas. Assim, a tradição não é requisito elementar deste negócio jurídico, ficando a mercê das partes tal definição, como bem escreveu Beatriz Ribeiro: "Neste instituto, uma vez que a transmissão da propriedade tem em vista um propósito meramente garantístico,

[33] Dernburg, Jaeger, Endemann, citados por Martorell (1950), citado por Chalhub, 1998: 102.

não é retirada ao devedor/garante/fiduciante a disponibilidade material do bem" (Ribeiro, 2018: 14).

O que mais nos chamou a atenção, em relação a este tema, é que a propriedade fiduciária, adquirida no âmbito dos contratos financeiros em Portugal, não tem a mesma conotação tal qual a legislação brasileira. Conforme art. 14.º do Decreto-Lei 105/2004, resta clara a possibilidade do fiduciário em restituir ao fiduciante objeto equivalente por quantia em dinheiro, correspondente ao valor que o objeto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação de restituição, porquanto mantém consigo a possibilidade de dispor do bem a terceiros.

A vista que, na legislação brasileira, isto não ocorre, mesmo no mercado financeiro e de capitais, conforme descrevemos abaixo o art. 66-B da Lei 4.728, 14 de julho de 1965: Art. 66-B (...)

> § 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

Demonstra-se claramente que a propriedade adquirida pelo fiduciário em Portugal, enquanto no decurso da obrigação do devedor, é plena, podendo dispor como lhe convir, desde que restitua o fiduciante mediante objeto equivalente, entendendo-se em caso de numerário, que façam parte da mesma emissão ou categoria e tenham o mesmo valor nominal, sejam expressos na mesma moeda e tenham a mesma denominação ou outros instrumentos financeiros, quando o contrato de garantia financeira o preveja, na ocorrência de um facto respeitante ou relacionado com os instrumentos financeiros prestados enquanto garantia financeira original, enquanto, no Brasil, só é possível, venda ou alienação, em caso de incumprimento ou mora do fiduciante.

Outro ponto curioso, é que a visualização desta transmissão de titularidade nos parece compreensível quando trata-se numerários, instrumentos financeiros, ou créditos de terceiros, onde a publicidade torna evidente a figuração de fiduciante e fiduciário cumulado com o direito de sequela, de quem a tem.

Deposita-se a discussão para um outro momento, mas vale lançar o questionamento do quão a alienação fiduciária (não) poderia ser eficiente nos bens corpóreos desprovidos de

registos, cuja identificação de proprietário, possuidor ou mero detentor, se torna praticamente impossível sem a devida publicidade, mesmo com a formalização do *constituto possessório*[34]. Permitir o avanço da alienação, neste sentido, é corroborar numa possível irresponsabilidade de prejuízo sem fim a "eventuais credores ou devedores".

Nos casos em que a posse se mantém com os devedores, goza, nos termos do art. 1.268, n.º 1, do CC, de presunção de titularidade perante a terceiros que desconhecem o *pacto fiduciae* com o credor e, querendo agir de má-fé, poderá aliená-lo a terceiros, sem qualquer fiscalização ou controle do credor, colocando em risco a segurança inerente da garantia, face a obrigação principal haja vista a proteção do terceiro de boa-fé.

Já transferindo-se a posse ao credor, fica o devedor vulnerável à insolvência do credor regido pelo regime geral, podendo ser impedido de resgatar o bem, e na melhor hipótese de ser compensado monetariamente com perdas e danos, muitas vezes, pois, não reflete a a ordem (pessoal) do bem dado em garantia.

A crítica acima expressa não testemunha uma falha sobre o instituto da alienação em garantia, no geral, mas sim sua utilização para os bens móveis, em destaque os que não necessitam de registos e impossibilitados de publicidade, vislumbrando possíveis complicações no desenrolar devido falta de regularização legal, cabendo aos operadores do direito a aflita tarefa de orientar a sociedade como um todo e adverti-los sobre os riscos de cada instituto.

Vejamos este acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2002, pelo qual foi infederida a execução do bem por constar na esfera patrimonial da própria entidade mutuante, em épocas que ainda não se conhecia a alienação fiduciária como meio legítimo de garantia: Ac. Processo: 0092378. Nº Convencional: JTRL00046142. Relator: Salazar Casanova. Descritores: Reserva de Propriedade. Registo. Titularidade. Proprietário. Exequente. Penhora. Instauração. Execução Patrimonial. Renúncia. Cancelamento de Inscrição. Execução. Suspensão da Instância. Suspensão. Sumário: I – É inadmissível a penhora de bens do próprio exequente e é isso o que acontece quando este instaura execução sendo titular do registo de reserva de propriedade que não pretende cancelar. II – Não vale a instauração da execução como acto tácito de renúncia, nem tão pouco revela qualquer declaração expressa nesse sentido quando afinal o exequente se recusa a proceder em conformidade cancelando o registo. III – Não pode o tribunal permitir que prossiga uma execução em termos tais que, pela sua inacção, ele contribua para dar tutela a uma situação

[34] Art. 1.264 do CC cumulado com os direitos de defesa da posse, previsto nos art. 1.276 e ss do CC.

em que a aparência é desconforme à realidade: vender como bem do executado um bem sobre o qual o exequente mantém um registo que o tribunal não pode mandar cancelar e que obsta a que o adquirente adquira a propriedade. IV – Desrespeitar-se-ia, assim, em grau elevado o princípio da confiança quem num Estado de Direito pressupõe que os tribunais não são conscientemente coniventes com situações lesivas dos interesses daqueles que a eles recorrem de boa fé. V – O tribunal não pode consentir aquilo que seria uma fraude à Lei (artigo 280º do Código Civil): proceder-se à alienação de veículo de propriedade da entidade mutuante como se ela pudesse fazer por dispor de uma propriedade resolúvel que lhe impõe a venda no caso de não pagamento pelo devedor fiduciante. **VI – Com efeito, permitindo-se o prosseguimento da execução estaria a permitir-se instrumentalizar o processo executivo para a realização coercitiva de um direito real de garantia que a nossa Lei não reconhece: tal é o caso da alienação fiduciária em garantia. (grifo nosso).**

6.2. Problemática do *numerus clausus*

Jelembi (2017) abordou muito bem em seus estudos, quando arremata que o princípio do *numerus clausus* não tem sido apreciado de forma autónoma no Direito Português e, de facto, não o tem. [35]O princípio do *numerus clausus,* ou princípio da taxatividade, ou princípio da tipicidade[36], como também pode ser conhecido, proibe, conforme art. 1306º do CC, constituir direitos reais diferentes dos já tipificados, nem modificar ou modelar os respectivos conteúdos já existentes, sem previsão legal expressa, tal como ocorre na propriedade horizontal[37], no usufruto[38], e nas servidões[39]. [40]

Não se pode esquecer que o *numerus clausus* surgiu numa época pós Revolução Francesa, ao final do feudalismo, na intenção de proteger a fragmentação do direito de propriedade e fornecer direito real apenas aos institutos socialmente desejáveis, visto que,

---

35 Sobre a matéria, ver a obra: A tipicidade dos Direitos Reais, 1968, Oliveira Ascensão, Lisboa.

36 Apesar de aparecerem em algumas doutrinas como um só princípio, e aqui, de forma proposital, faz-se questão de mencionar todos eles, não se pode concluir que tratam-se de figuras idênticas. O *numerus clausus* está relacionado com a restrição ou limitação de uma situação dada pela norma. Trata-se de uma enumeração taxativa, pelo qual não se admite interpretação extensiva ou ampliativa diante das hipóteses apresentadas, e por isso, a confusão que o denomina como "princípio da taxatividade". Já o princípio da tipicidade, pode-se dizer que é um conceito, uma materialização – os tipos - de determinados elementos e características que a compõe a situação fáctica. Citando Menezes Cordeiro: "o tipo traduz uma descrição ordenada a quem podem ser reconduzidas as realidades pretendidas (...)". Menezes Cordeiro

37 Arts. 1419º, 1421º, n.3, 1424º, n.2, e 1425º, n.1.

38 Art. 1445º.

39 Art. 1567º.

40 Justo, Direitos Reais, p. 37-38.

até então, os indivíduos eram classificados no sistema feudal de acordo com seu título em relação a terra, por isso, a necessidade de hesitar e dar proteção às formas de trasnferência. A proposta do *numerus clausus* era evitar (é evitar) que os indivíduos criassem (criem) direitos reais, além daqueles reconhecidos pelo sistema jurídico. [41]

A justificativa, segundo Santos Justo, para vigorar até os tempos atuais em nosso ordenamento, "refere-se que impedindo a proliferação de direitos reais e a sua contitularidade, afasta embaraços à livre circulação de bens; permite a melhor exploração das coisas; evita atritos; e afasta a possibilidade de alguns agravarem a liberdade dos restantes membros da comunidade."[42]

A *maxime* do *numerus clausus*, face à alienação fiduciária em garantia, é que, em consequência da alienação fiduciária produzir efeitos reais em forma de propriedade resolúvel[43] ao se transmitir o bem ao credor, uma vez não tipificado como direito real, se seria admissível e como se comporta frente a liberdade contratual instituído no art. 405º do CC.

Manuel de Andrade dispôs que:

> Os modos de transmissão da propriedade e de outros direitos são só os declarados na lei, não valendo, aqui, portanto, a regra da libedade negocial . . . não há entre nós qualquer texto que preveja a possibilidade de uma transmissão fiducie causa". *(*Catarina Pires, 2010, :79)

Santos Justo explica que o princípio deve ser conciliado com os "tipos abertos", "nos quais os interessados gozam de alguma liberdade contratual, ora alargando ou restringindo as faculdades reconhecidas aos titulares dos correspondentes direitos[44]. No entanto, essa conciliação postula um limite natural naquela liberdade: não pode ir ao ponto de descaracterizar o tipo de direito real, rompendo com os seus traços essenciais e subvertendo-o[45]. Continua ainda, falando que há quem entenda que os "tipos abertos" serem preferíveis, por atender mais as necessidades reais dos indivíduos, e transcreve Oliveira Ascensão (1968: 19-200, 304-345) ao mencionar que "podem ser prevenidos desde que se tracem cuidadosamente os limites de actuação da autonomia privada; e se exija a publicidade de todo o direito real inonimado*"* (Justo, 2012: 38-39).

---

[41] Dantas, Bruno. Ob. Cit., p. 11.

[42] Em complemento, para uma análise crítica sobre a perpetuidade do *numerus clausus*, veja RUDDEN, Bernard. Economic theory v. property law: the numerus clausus problem. In: Oxford Essays in jurisprudence. Oxford: Clarendon Press, 1987.

[43] Como bem consta no Decreto-Lei 105/2004, "*consagração de uma nova forma de transmissão de propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o numerus clausus pressuposto pelo art. 1.306.º do Código Civil."*

[44] Vide Menezes Cordeiro, p. 336.

[45] Vide Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, III

Continuando, "*por seu turno, o devedor adquire um direito (obrigacional) à restituição da coisa, que se condicionará ao cumprimento da obrigação garantida subjacente*". Pode ainda ser aposta uma condição resolutiva ao negócio, através da qual, por efeito do cumprimento, o fiduciante readquirirá, *ipso iure*, a propriedade. A estipulação da condição permitirá, assim, conferir maior proteção ao fiduciante" (Ribeiro, 2018: 18).

Podemos discorrer que o que é chamado de alargamento do *numerus clausus* disposto no preâmbulo do Decreto 105/2004 nada mais é do que uma confirmação do legislador para aceitação da propriedade fiduciária perante os jurisconsultos e toda sociedade, frente às dúvidas que poderiam pairar sobre o assunto. Para conferência, segue o Preâmbulo – Decreto 105/2004:

> A possibilidade de as partes convencionarem a transmissão da propriedade a título de garantia resulta de expressa imposição da directiva agora transposta e constitui um dos aspectos mais inovadores do regime aprovado. Com a consagração de uma nova forma de transmissão de propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o *numerus clausus* pressuposto pelo artigo 1306º do Código Civil, o que permitirá o reconhecimento da validade das alienações fiduciárias em garantia e o fim da insegurança jurídica que resultava da necessária requalificação desses acordos como meros contratos de penhor.

A conclusão[46] é que o que se proíbe com o princípio é tão somente a criação de novos direitos reais (tipos de direitos reais), mas não os negócios jurídicos (obrigacionais, atípicos e inonimados) constitutivos de direitos reais, como é o caso da alienação fiduciária em garantia e, por isso, não seria, de forma isolada, suficiente para inadimissibilidade da figura no ordenamento português.

6.3. A Questão do Pacto Comissório e Pacto Marciano

Outro fato de suma importância é a proibição do pacto comissório, previsto no art. 694º do CC, em que o Decreto 105/2004 foi perpicaz em retomá-lo no Título II – Penhor Financeiro – art. 11º, autorizando o beneficiário da garantia proceder à execução, fazendo seus os intrumentos financeiros dados em garantia, desde que cumpridos os requisitos do item *a)* e *b)*.

Como se percebe o artigo trata de mencionar tão somente a hipoteca. No que tange à alienação fiduciária, em específico, o Decreto 105/2004 é omisso sobre a proibição, não

[46] Em concordância com Santos Justo, Ob. Cit., p. 39.

expressando permissão para excessões como fez no penhor financeiro e, por este mesmo motivo, traz-se a extensão da discussão em âmbito doutrinário.

Ao pé da legislação, temos a proibição do pacto comissório em relação a hipoteca, ao penhor e à consignação de rendimentos (remissão dos arts. 678 e 665 do CC), e a permissão no que corresponde ao penhor financeiro instituído no art. 11º do Decreto 105/2004, insuflando a polêmicas sobre a proibição ou não na alienação fiduciária.

O termo comissório é usado como uma faculdade "passível de anulação", devido a uma consequência do descumprimento de uma cláusula ou condição estabelecida. O termo *comissum, que designa a "pena, em que incorre aquelle que a estipulou em algum contrato, se faltasse às leis, e condições convencionadas";* o adjetivo "*comissória"*, por sua vez, designaria "*cláusula, cuja inexecução opera a nulidade do contrato"*

No entendimento atual, temos que o pacto comissório se enquadra naquela exceção do acordo (o incumprimento), que pode gerar consequências automáticas (negativas) a parte inadimplente.

Giuseppe Cricenti define-o "a convenção estabelecida entre o credor e o devedor, em virtude da qual se permite ao credor apropriar-se diretamente da coisa dada em garantia, perante o incumprimento da obrigação assumida pelo devedor"(Guedes, 2015: 9).

Nas palavras de Menezes Cordeiro, da "velha constituição de Constantino" "Direitos Reais" (Lex, 1993: 765), proibição essa, nas palavras de Pires de Lima e Antunes Varela, fundada "no prejuízo que do pacto comissório pode resultar para o devedor, que seria facilmente convencido, dado o seu estado de necessidade, a aceitar cláusulas lesivas dos seus interesses", tal fundamento sendo "paralelo ao da proibição da usura", a proibição abrangendo "também, pelo seu espírito, o pacto pelo qual e convencione o direito de venda particular", o pacto comissório, "por sua própria natureza", só se compreendendo "quando anterior ao vencimento do crédito (para o caso de não cumprir)"o sublinhado nosso (Código Anotado, p. 718).[47]

Catarina Pires assim o define:

> A convenção mediante a qual ocorre a perda ou a extinção da propriedade de um bem do devedor, a favor do respectivo credor, em virtude do incumprimento de uma obrigação a cargo daquele e sem que estejam previstos mecanismos que assegurem, com efectividade e actualidade, que o valor do bem apropriado não é superior ao valor da dívida garantida ou que, sendo aquele superior a este, o credor não se apropriará do valor que exceda o necessário para a satisfação do seu crédito. *(*2010: 272)

[47]http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/418d25ba10652ad68025785c004e5eee?OpenDocument

Apesar das controversas doutrinárias, pode-se concluir que são quatro os elementos implícitos envoltura do pacto comissório que geraram dúvidas quanto sua admissibilidade no ordenamento português: *(i)* a tutela do devedor necessitado[48]; *(ii)* a usura e a ilegalidade; *(iii)* a inderrogabilidade do procedimento judicial e a proibição da autotutela[49]; *(iv)* e a proteção do princípio *par conditio creditorum*[50] (Guedes, 2015: 17).

A doutrina oposta refuta os argumentos sobre a necessidade de controle estatal com base em três reflexões: *(i)* primeiro, a violabilidade do princípio da liberdade contratual, prevista no art. 405 do CC, onde as partes optam pela presença ou não de determinados efeitos jurídicos; (ii) nem sempre a parte devedora trata-se de gente débil, a ponto de ser incapacitada das consequências do negócio jurídico ou impossibilitadas da tomada de decisão; (iii) e por último, porque no pacto comissório é aplicado regime mais severo, a nulidade, por força do art. 280º e 294º do CC, não produzindo qualquer efeito (art. 286º e 289º também do CC)[51], e não a anulabilidade, assim como nos negócios. usurários ou sob coação, sendo que todos conservam o mesmo propósito de proteção ao devedor (Guedes, 2015: 19).

Guedes entende que proibição do pacto comissório surge como um controle Estatal no sentido de evitar prejuízos sociais à parte vulnerável (o devedor), isso porque em sua generalidade, o valor da garantia extrapola o valor da dívida original, gerando, muitas vezes, enriquecimento sem causa ao credor em caso de inadimplemento do devedor. Existe uma preocupação com o devedor, no sentido de prevenir que o credor se aproprie da coisa por valor substancialmente inferior, devido a sua necessidade.

No referente aos negócios usurários, a crítica tange sobre a comparação dos efeitos da nulidade no pacto comissório, que parece ser exageradamente superior à possibilidade de modificação do negócio jurídico ou a declaração da anulabilidade nos negócios usurários

---

48 Pestana de Vasconcelos, *Cessão de créditos em garantia, p. 624 ss.* Segundo o autor com a proibição do pacto comissório "pretende-se evitar prejuízo que o devedor sofreria em resultado do desequilíbrio entre o valor da coisa dada em garantia e a obrigação garantida se se permitisse ao credor ficar com ela sem avaliação ou com uma avaliação realizada por ele próprio, no caso de incumprimento da obrigação garantida (...)". Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, vol I, p. 718.* A proibição "funda-se no prejuízo que do pacto comissório pode resultar para o devedor, que seria facilmente convencido , dado o seu estado de necessidade, a aceitar cláusulas lesivas dos seus interesses".

49 Emilio Betti, *Su gli oneri e i limiti dell´* autonomia privada in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni, RDCom, 1931, parte II, p. 688-699. Castro Mendes, *Direito Processual Civil, I,* AAFDL, Lisboa, 1978/79, p. 128.

50 Juristas que acolhem esta tese: Francesco Carnelutti, *Note sul patto commissorio,* RDCom, 1916, parte II, p. 887-889. Enrico Enriette, *Patto commissorio ex intervallo,* RDP, 1939, parte I, p. 26 ss.

51 Sempre ressalvados os direitos do terceiro de boa fé, conf. art. 291º do Código Civil.

que, por sua vez, podem ser convalidados se não arguidos pelo lesado dentro do prazo legal do art. 289 do CC.

Na questão da autotutela, não aparenta ser o meio impeditivo para admissão no ordenamento e nem o mais polêmico, por considerar que não há uma disputa entre as partes em conflito. Por necessidade ou não, justo ou não, existiria uma concondância do devedor quando pactuado o negócio jurídico que prevê o pacto comissório (se fosse admitido).

Quanto ao princípio *par conditio creditorum* previsto no art. 604 do CC, entende-se que, na possibilidade de admissão do pacto comissório, poderia haver violação dos demais credores quirografários devido à diminuição de patrimônio, primeiro, por ser acto restrito *inter parts (*sem a devida publicidade do processo executivo), levando-os ao desconhecimento que *(i)* houve a inadimplência do devedor; *(ii)* iniciou-se a "execução da garantia", e em segundo, porque o valor do bem dado em garantia, se superior ao débito, retiraria a chance de outros credores em satisfazer seus créditos.

Diferentemente das opiniões de Catarina Pires, Antunes Varela e Carrasco (2010: 264), pensa-se, entre todos os fundamentos expostos, que este é o de maior relevância quanto a inadimissibillidade do pacto comissório, quase que equiparando a uma necessidade de existência do processo executório por interesse social de todos os demais credores, cujo efeito de negócio nulo tipificado no art. 694º do CC, se torna pertinente e justicável, tamanho prejuízo que se pode causar a terceiros. Não é crível que nem os privilégios creditórios ou o direito de retenção sejam materiais suficientes para comparação, uma vez que, nestes, existe uma razão de ser ao gerar privilégio, muitas vezes, dada a preferência pela naturaza alimentar do facto, e noutro, inexistindo a satisfação de valor superior.

Assim, concordamos com o posicionamento que surge com o Estado interferindo nas relações do direito privado quando positiva a proibição do pacto comissório, regulando os negócios jurídicos e afastando eventuais abusos cometidos pelo credor. O que se tem em comum na usura, seja de qualquer País, é o fato de lesar o outro mediante vantagem econômica. Uma vez que o patrimônio do devedor dado em garantia ultrapassa (em excesso) o valor devido, fica evidente a desproporção e, consequentemente, o prejuízo do devedor em caso de admissibilidade do pacto comissório, mesmo porque, em grande parte, estas dívidas seguem de parcelamentos periódicos, bastando um inadimplemento para configurar a mora do devedor.

E uma outra questão de suma importância que ainda não se viu abordado, é o facto de muitas das vezes se concretizar o pacto comissório (indevidamente), através de simulação trajada de legalidade pelas partes, no decurso de actos jurídicos individuais, perfeitos e

admissíveis, sendo tênue a margem que os separam, dependendo única e exclusivamente da apreciação do julgador no caso concreto, ao exame do conjunto e valoração das demais provas, para regular os negócios jurídicos em caso de desproporção e/ou lesão a uma das partes.

Ademais, conforme bem abordado por Catarina Pires, não há que se confundir o pacto comissório com a dação em cumprimento[52], uma vez que na dação, o crédito já se encontra vencido e faz a distinção estrututal dos dois negócios: "o fim do pacto é a previsão de um mecanismo de satisfação do credor em caso de incumprimento, e não a consagração de um programa alternativo de cumprimento, actuante com independência das vicissitudes da obrigação garantida" (Gomes, 2000: 53-54).

Domina-se, então, a tese da proibição do pacto comissório, com a finalidade de proteger através da lei (intervenção Estatal) aquele "fiduciante/vendedor" (vulnerável) de se prejudicar, obrigando-se as partes a ratificar os atos executórios através de procedimentos jurídicos, sobrepondo aos interesses individuais e liberdade contratual das partes. Em outros países da Europa, como Alemanha[53], Espanha[54], Itália[55], também entende-se pela proibição do pacto comissório, apesar da França[56], em atualizaçãao legislativa desde 2006, ter consagrado a possibilidade, desde que haja avaliação do bem no dia da transmissão. (Guedes, 2015: 10-11).

Diferentemente, é o que ocorre com o pacto marciano, que paira de admissibilidade uma vez que traz consigo a necessidade de valorização do preço justo e actualizado[57] quando transferido ao credor, subtraindo a desvantagem do devedor em relação ao desequilíbrio entre dívida e valor do bem tanto se falada no pacto comissório. Havendo diferença entre o valor do bem dado em garantia, e o valor da dívida, há de restituir o devedor no excedente.

Segundo Isabel de Matos, é a "convenção pela qual, no caso de o devedor não cumprir a sua obrigação na data do respectivo vencimento, a propriedade do bem dado em garantia se transfere para o credor mediante preço justo" (Matos, 2006: 82).

Gomes da Costa, assim o define: "a propriedade sobre a coisa dada em garantia se trasnfere para o credor, ficando este, porém, obrigado a restituir ao devedor a soma à diferença entre o valor do bem e o montante do débito" (Pires, 2010: 276).

[52] Art. 837º e ss.
[53] §1229 e § 1149 do BGB.
[54] Art. 1859 do Ccesp.
[55] Art. 1963, 2744, do CCit
[56] Art. 2348 do Code Civil – *Ordonnance* nº 2006-346, de 23/03/06
[57] Seja por terceiro indepentende, avaliação, ou preço de mercado.

Em tese oposta a admissbilidade, temos Vaz Serra que discorre:

> A proibição deve ter lugar ainda que o credor se obrigue a entregar o excedente do valor da coisa sobre o seu crédito (A convenciona com B que este ficará com a coisa, devendo entregar a A aquele excedente) e não obstante mesmo a coisa tendo um valor fixo de mercado, visto subsistir i perigo do pacto comissório: o credor apropriar-se-ia de uma coisa, que o empenhador não queria verder-lhe nessas condições, se não fosse a situação de dificuldade económica em que se encontrava". (Serra, 1956, p. 17) E no mesmo sentido, implausível, segue Minniti (1997, p. 29) e Gigliotti (1997, p. 130).[58]

Segundo o art. 11º, n.º 2, do Decreto Lei 105/2004 ao que se refere ao penhor financeiro, o legislador legitima o pacto comissório, com a observância da restituição da diferença do valor do objecto e o montante da obrigação, verdadeira característica do pacto marciano. Na nossa esfera, da alienação fiduciária em garantia, não nos resta claro o porquê do legislador não prever, nessas mesmas condições, a extensão à alienação e, antemão, não se concordaria com tal postura devido conjecturar riscos elevados; concorda com Catarina Pires, quando remete à possibilidade de conversão do pacto comissório em pacto marciando, em conformidade com arts. 293.º, 283.º, n.º 1, 283.º, n. 1, do CC, entretanto, na nossa visão como já dito, uma vez retirado o procedimento do processo executivo, e portanto, não havendo publicidade do incumprimento, deprecia-se ambas situações..

6.4. Causa ilegítima de preferência

Pode-se concluir, até o momento, a partir do exposto, que a propriedade do fiduciário à luz do Decreto 105/2004 é plena e ilimitada, e que, apesar de prever a restituição da coisa, sobrepõe o interesse "público e coletivo" na intenção de fazer circular riquezas e fomentar as atividades comerciais em detrimento do fiduciante, que poderá receber objeto equivalente.

Assim como nas demais garantias tipificadas no Código Civil, quando garantimos (e transferimos) aquela propriedade ao fiduciário, acenamos a prioridade, a preferência deste em relação a demais credores do fiduciante, que dependerão, exclusivamente, da soma de outros bens penhoráveis (não mais este) para exercerem seu direito.

Nas palavras de Vasconcelos, "se esta tutela eficazmente aqueles que tenham poder negocial para impor a sua constituição, portanto os credores garantidos (como, p. ex., os bancos), acaba por prejudicar, em particular após a declaração de insolvência, os credores

[58] Vaz Serra. Penhor. BMJ, nº 58. 1956, p. 219. Giuseppe Minniti. Patto marciano e irragionevolezza del disporre en funzione di garanzia, RDCom. 1997, p. 29. Fulvio Giglioti, ll Patto commissorio autonomo e liberta dei contraenti, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles. 1997, p. 130 citado por Catarina Pires, Ob. Cit., p. 276 e ss.

daquele devedor (/insolvente) que não estejam por esta via tutelados. Ou seja: os credores comuns (Vasconcelos, 2019: 58).

Para Beatriz Ribeiro "a transmissão da propriedade de um bem para um credor como garantia de um crédito será lesiva para os restantes credores, originando, de acordo com Januário Gomes, a "institucionalização de «castas» entre os credores, fora das vias transparentes e objetivas que justificam as excepções ao princípio par conditio creditorum (Ribeiro, 2018: 29)".

Para estes autores, e concordamos com eles, esta modalidade de contrato concede ao fiduciário um tratamento ainda mais favorável do que aquele que resulta do funcionamento da modalidade de garantia a que a letra da lei se refere, sendo de certa forma, imoral, dependendo do caso concreto, recorrendo sempre e prezando pelo sentimento geral de justiça e boa-fé, que uma vez burlados, poderá, então, ser postulada e impugnada judicialmente através da ação pauliana, prevista no art. 610 e seguintes do Código Civil.

Todavia, não se acredita ser causa ilegítima de preferência, justicando-se no livre arbítrio do credor, em que não é obrigado a conceder crédito a outrem, menos ainda, sem a devida garantia. Por isso, ressalta-se novamente a importância da publicidade dos atos, para que os próprios credores tenham formas de consultas antes das tomada de decisão.

7. Da comparação com os demais diplomas legais

Dentre os tipos manifestos em nosso ordenamento somada à dificuldade de não haver diploma legal que discipline as alienações em garantia em específico, são de se considerar possíveis confusões na intenção de enquadrá-la com o tipo mais semelhante a depender da situação fáctica, o que não merece prosperar, devido a características próprias e peculiares da alienação. Por isso, este capítulo merece atenção, no sentido de demonstrar-se porque resultará infrutífera qualquer intenção de moldurá-lo nos tipos já existentes.

A alienação fiduciária não se confunde com a hipoteca, uma vez que nesta última o patrimônio permanece na esfera do devedor, apenas expressando-se o direito de preferência do credor hipotecário em detrimento dos outros credores, enquanto que na alienação, o patrimônio transfere-se ao credor com a finalidade específica da garantia, sob condição resolutível[59] de restituição, subjacente a uma obrigação assumida por ele, o devedor. Também se distingue do penhor, considerando que neste último a transferência de posse é requisito essencial, enquanto a propriedade, mantém-se na esfera do devedor. Muito menos podemos compará-la a compra e venda, que tem por escopo a transferência de um bem ao comprador, mediante pagamento de um preço. Não tem o caráter acessório da alienação, tampouco a condicionalidade a uma obrigação. É negócio autónomo e, geralmente, acompanhada da tradição.

Todavia, vale a leitura deste Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça de Portugal, em 28/06/2017, Processo 1626/12.5TBMT.J.L1.S1, onde possível simulação de compra em venda com fins garantísticos, quase gerou a nulidade de um negócio, sendo decidido ao final, sua validade invocando o *pactum fiduciae.*

Em tela, Autor emprestou dos Réus (imobiliária) a quantia de 265 000,00 euros, através de contrato de mútuo, mediante o pagamento de 110 000 euros de juros, prevendo a devolução em 10 meses, no total de 375 000,00 euros. Entre outras questões, assinaram contrato de compra e venda no valor de 265 000,00 euros, através de escritura pública e registo e, na mesma data, assinaram contrato de promessa de venda, pelo preço de 375 000,00 cuja data coincidia com o vencimento da dívida acrescida dos juros, contornando os impedimentos legais e fiscais para entrada e saída de dinheiro das partes. Devido inadimplemento do contrato de mútuo, foi pedido pelo Autor a declaração de nulidade, por simulação, do contrato de compra e venda, ordenando-se o cancelamento da

[59] Se assim pactuado entre as partes.

inscrição do registo da propriedade a favor da ré. A sentença foi julgada a favor do Autor, que considerou os requisitos da simulação absoluta, tendo, portanto, declarado a nulidade do referido contrato, e determinando o cancelamento do respectivo registo de propriedade a favor da ré.

O Tribunal da Relação de Lisboa confirmou a sentença, não pelos mesmos fundamentos, mas enquadrou os fatos como:

> A figura atípica da venda fiduciária em garantia, que consiste numa venda do bem como garantia do pagamento da quantia mutuado pelo comprador ao vendedor, num contrato de mútuo que pode ser oculto pelos interessados, obrigando-se o comprador mutuante a revender o bem ao vendedor mutuário, depois de estar pago o mútuo, no prazo acordado por ambos.
>
> Contudo, a usura do contrato, que se manterá, caso o prédio se mantenha na esfera jurídica da ré, leva a concluir que o contrato de compra e venda ora impugnado é contrário à lei, com conteúdo ilícito proibido pelo artigo 280° do CC, a que acrescem os fortes indícios de existência de outros credores que poderão ser prejudicados com a subtracção do prédio ao concurso de credores (as alíneas D e E dos factos provados apenas referem dívidas do casal em 2008, mas as manifestas dificuldades no pagamento do mútuo dos autos indiciam a existência de débitos ainda por satisfazer). (Tribunal de Relação)

A Ré interpôs Recurso de Revista, alegando que não se tratava de venda fiduciária em garantia de um contrato de mútuo usuário, pelo que não teria aplicação dos art. 280º e 1.146º do CC, cabendo ao STJ decidir:

> Que a **questão fulcral** que importa apreciar no presente recurso consiste em saber se, da matéria de facto dada como provada no acórdão recorrido, resulta ter sido celebrado um contrato de compra e venda com um fim de garantia de determinada obrigação pecuniária, decorrente de um mútuo subjacente à dita venda, firmado entre o réu e a ré. Em caso afirmativo, cumpre, ainda, indagar se, daquela matéria de facto, resultam elementos bastantes para apurar com segurança a existência de uma situação que implique a nulidade ou a anulação do referido contrato de compra e venda. (Tribunal de Relação)

Os Ilustríssimos Desembargadores definiram de forma tão impecável no que tange ao instituto da venda fiduciária, em que:

> O credor/comprador adquire imediatamente a propriedade do bem, através do acto de alienação, documentado por escritura pública e susceptível de imediata inscrição no registo predial, podendo passar a apresentar-se no comércio jurídico como legítimo proprietário do prédio.Mas se ulteriormente for cumprida a obrigação que se pretendia indirectamente garantir através da venda fiduciária realizada ou mostrando-se, de qualquer outra forma, exaurido o fim de garantia do crédito, é lícito ao interessado invocar o «pactum fidutiae» informalmente acordado com o credor, onde se estipulou uma verdadeira obrigação pessoal de revender a coisa que lhe foi alienada. Está, pois, excluído, desde logo por razões de forma, que o negócio fiduciário em causa possa produzir efeitos reais, apenas podendo conduzir a uma vinculação estritamente obrigacional e pessoal de revenda. (Tribunal de Relação)

E ainda criticou a fragilidade do negócio jurídico, uma vez o risco assumido pelo vendedor ao transmitir a propriedade em termos reais em troca de uma vinculação meramente obrigacional, e que, sabendo as partes disso tudo, podiam ter minimizado os riscos através de uma venda e retro, nos termos do art. 927º e 932 do CC. Ainda, ressalta que, uma vez que não abrangida nas cláusulas contratuais da escritura de compra e venda,

os termos da alienação em garantia, o torna oculto, causando incerteza se a compra e venda tinha esta finalidade. Por fim, concluiram *que, da matéria de facto dada como provada, resulta a celebração de um contrato de compra e venda com um fim de garantia de determinada obrigação pecuniária, decorrente de um mútuo subjacente à dita venda, firmado entre o réu e a ré,* entretanto, que os factos das matérias não foram suficientes para gerar a nulidade ou anulação da compra e venda, revogando o acórdão, e, portanto, mantendo a compra e venda.

Veja que todo este conteúdo foi exposto para demonstrar que as partes, na intenção de contornar os sujeitos estabelecidos no Decreto 105/2004 e "legalizarem" o empréstimo de numerário por pessoa colectiva não autorizada, geraram, inconsenquetemente, simulação de outros intitutos (compra e venda / mútuo / venda fiduciária em garantia), pelo qual não se foi possivel provar a nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, mesmo sendo crível a possibilidade de se fraudar as autoridades tributárias.

Por fim, o contrato que mais poderia causar alguma dúvida, em nossa visão, seria as vendas a retro, cuja condição resolutiva perfilha tão somente na manifestação do vendedor e da qual a cláusula emerge efeitos *erga omnes* desde que tenham por objectos bem imóvel ou bens móveis sujeitos a registo (desde que registado), não por suas características em si, mas porque essa modalidade de contrato pode ser convertido para fins garantísticos.

Descreve Menezes Leitão que:

> Na perspectiva das atribuições patrimoniais das partes, o contrato apresenta-se como uma operação de financiamento na qual o pagamento do preço substitui a concessão de um empréstimo pelo comprador ao vendedor, e o exercício do direito de resolução por este substitui o reembolso desse mesmo empréstimo, reembolso que se apresentou como garantido, através da prévia atribuição da propriedade ao comprador. (Pires, 2010: 94)

Finaliza-se este tópico deduzindo-se a alienação fiduciária em garantia como instrumento único.

8. Da resolução e incumprimento

Aproximando-se ao deslinde, muito importante mencionar que o instituto normal da alienação fiduciária em garantia é o cumprimento integral da obrigação e, consequementemente, a retransmissão do bem ao fiduciante ao final da dívida, sendo exceções as demais possibilidades, o que veremos nesta ordem.

Acerca da resolução, em Portugal existe divergência na doutrina, dever-se-ia, considerá-la como automática ou não, pois, conforme abordou perfeitamente Catarina Pires (2010), o cerne deste quesito é fazer saber se a cláusula resolutiva[60] é inerente à alienação fiduciária em garantia ou possibilidade advinda da autonomia privada das partes e, a depender das conclusões, verificar-se a necessidade de novo movimento das partes para concretizá-lo.

Menezes Leitão refuta ao admitir a automaticidade da condição resolutiva e defende que as partes poderiam pactuar tal ato sem condição. Vítor Neves o contratia e propõe que "o efeito automático derivado da necessidade que logicamente se há-de associar ao axaurimento da função para a qual a cessão foi anteriormente celebrada". No mesmo sentido, opinando pela condição resolutiva, Pestana Vasconcello discorre que "a transmissão de um direito de crédito resolutivamente condicionada ao cumprimento de uma outra obrigação (ou obrigação principal) de que o cedente é devedor, com vista a assegurar esse mesmo cumprimento" (Pires, 2010: 104).

No Brasil, não há que se falar mais em dúvidas como essas, uma vez que a legislação tratou de manifestar expressamente o caráter resolúvel da retransmissão, uma vez cumprida a dívida, inclusive, nos casos de bens imóveis, compelindo aos fiduciários em dar o termo dequitação em prazo não superior a trinta dias, sob pena de multa e, orientando os cartórios de registros de imóveis a cancelarem os registros, tão logo sejam submetidos os termos de quitação. Seguem artigos para conferência: Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.[61]

Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

[60] Art. 270.º do CC.
[61] Lei n.º 9.514, de 20 de novembro de 1997.

§ 1º No prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.

§ 2º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.[62]

Em nossa concepção, concordamos em partes com Menezes Leitão, haja vista não ser possível dar o caráter resolutivo (automático) nos contratos de alienação em Portugal, simplesmente por ausência de previsão legal. A condição resolutiva prevista no art. 270.º do CC, pode ser proposta em qualquer contrato, então, não há de se presumir ser característica exclusiva da alienação em garantia e sim acto discricionário manifestado pela vontade dos contratantes. O caso do Brasil é exceção, por força da atribuição da própria lei e tão somente. Em contrapartida, e aí nossa ressalva no posicionamento do Prof. Português, uma vez prevista a cláusula resolutiva, não haveria de depender de novo ato para efetivação da retransmissão, pensando ser suficiente o "termo de quitação" para compelir a retransmissão.

Obrigatoriamente, para a restituição do bem, a lei impõe que deve ser feito até a data convencionada para o cumprimento das obrigações convencionadas, ou seja, após o cumprimento da obrigação financeira principal, mas propos como alternativa ainda no art. 12.º o vencimento antecipado da obrigação de restituição do beneficiário da garantia e o cumprimento da mesma por compensação desde que sujeitos a avaliação, e, no nosso entendimento, desde que acordado entre as partes essa possibilidade, caso ocorra um facto (ou análogo) que desencadeie a execução, podendo ainda, em caso de incumprimento, qualquer das partes valer-se da exceção do não cumprimento.

Assim, de modo semelhante ao que se verifica no âmbito dos acordos de garantia financeira, deve garantir-se uma justa avaliação do bem, que permitirá o reequilíbrio do sinalagma negocial - e proceder à eventual restituição do excedente entre a quantia mutuada e o valor do bem dado em garantia.

[62] Lei n.º 9.514, de 20 de novembro de 1997.

9. Da Insolvência

Importante mencionar que intencionalmente, o legislador previu no art. 17 do Decreto-Lei 105/2004, a impossibilidade de o administrador resolver o contrato em certos momentos durante a transação. Neste modelo de contrato está **impossibilitado de ser resolvido pelo administrador**, quando: *a)* No dia da abertura de um processo de liquidação ou da adopção de medidas de saneamento[63], desde que antes de proferido o despacho, a sentença ou decisão equivalente; *b)* Num determinado período anterior definido por referência: *i)* À abertura de um processo de liquidação ou à adopção de medidas de saneamento; *ii)* À tomada de qualquer outra medida ou à ocorrência de qualquer outro facto no decurso desse processo ou dessas medidas.

E também, **não pode ser declarado nulo ou anulável,** no dia de um processo de liquidação ou adopção de medidas de saneamento, ou período anterior definido por referência, quando: *a)* A prestação de nova garantia no caso de variação do montante das obrigações financeiras garantidas ou a prestação de garantia financeira adicional em situação de variação do valor da garantia financeira; *b)* A substituição da garantia financeira por objecto equivalente.

Conforme analisamos acima, tem eficácia *erga omnes* e, portanto, produzem efeitos perante terceiros, mesmo em situação de abertura de um processo de liquidação ou de medidas de saneamento, conforme convencionado pelas partes.

Entretanto, os contratos que forem celebrados **após** o processo de liquidação ou de medidas de saneamento, relativas ao fiduciante só produzem seus efeitos, se o fiduciário provar que não tinha conhecimento do processo de liquidação ou de medidas de saneamento.

---

63 De acordo com o próprio Decreto-Lei 105/2004, art. 16, seguem definições sobre processo de liquidação e medidas de saneamento: *a)* Processo de liquidação: o processo colectivo que inclui a realização de activos e a repartição do produto dessa realização entre os credores, os accionistas ou os membros, consoante o caso, e que implica a intervenção de uma autoridade administrativa ou judicial, incluindo os casos em que esse processo é encerrado mediante uma concordata ou qualquer outra medida análoga, independentemente de se basear ou não numa insolvência e de ter carácter voluntário ou obrigatório; *b)* Medidas de saneamento: as medidas que implicam a intervenção de uma autoridade administrativa ou judicial e destinadas a preservar ou restabelecer a situação financeira e que afectam os direitos preexistentes de terceiros, incluindo, nomeadamente, as medidas que envolvem uma suspensão de pagamentos, uma suspensão das medidas de execução ou uma redução dos montantes dos créditos.

Acredita-se que o legislador quis expressar estas proibições para não haver confusão, obscuridade ou mesmo fraude, em virtude do art. 121, nº. 1, alíneas a) e e) do CIRE, que possibilita a resolução de contratos de garantias reais a favor da massa insolvente, protegendo, assim, o fiduciário. Isto significa que, em caso de insolvência, o administrador terá que os cumprir.

10. Do patrimônio de afetação

Em resumo, o que se tinha na *fiducie cum creditore* lá do Direito Romano, é que uma vez o patrimônio transferido ao fiduciário, este perdia-se na massa solvente do fiduciário, podendo ser expropriado a qualquer momento por suas próprias dívidas, permanecendo ao fiduciante apenas o direito de reclamar perdas e danos em caso negativo de restituição.

A atual concepção do negócio fiduciário resgatado por Regelsberger, traz consigo uma complementação e admissão das características do *trust* do Direito Americano no intuito de promover a proteção dos bens do negócio, de forma autônoma, exonerando-os de qualquer comprometimento, seja pela ruína do fiduciante ou do fiduciário.

Saindo o bem da esfera de titularidade do fiduciante e passando a integrar a massa do fiduciário (seja por escopo de garantia ou para administração), estavam a mercê da composição patrimonial deste último que, a qualquer momento, poderia responder por dívidas face a credores que nada se relacionavam com o negócio *inter parts,* e é neste cenário que desabrocha o trabalho desenvolvido por Ricardo Alfaro (interpretação tirada de Chalhub, 1998: 80-81), em manter o bem transmitido "destacado" do principal.

É no desenrolar dessa teoria que surge o patrimônio de afetação, uma forma de patrimônio autónomo, desvinculado do principal, "pelo qual se admite a segregação patrimonial ou a divisão de um patrimônio comum segundo certos encargos que se impõem a certos bens, que passariam a ficar vinculados a determinada finalidade" (Chalhub, 1998: 84).

O raciocínio de um "patrimônio afetado" contrariava os conceitos da época que o consideravam como universal, uma única unidade jurídica composta por mais ou menos bens, que o inflamavam ou diminuiam conforme interação. ". . . enquanto a doutrina tradicional conceitua o patrimônio como uma relação subjetiva, pela qual cada pessoa tem uma patrimônio, a teoria da afetação, na construção de Brinz e Deb Page, considera que existem bens que formam patrimônios objetivamente vinculados pela afetação a determinado fim" (Chalhub, 1998: 84-85).

O art. 601 do CC dispõe que o devedor responde com todos os bens penhoráveis pelo cumprimento da obrigação, compondo, assim, a "garantia geral das obrigações", e termina o artigo, retomando que sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação do patrimônio, reconhecendo, assim, sua existência.

É claro que a teoria da afetação é dotada de críticas,[64] por considerar uma redução da garantia geral dos demais credores e, por isso, sua admissibilidade em Portugal apenas em ocasiões específicas, como ocorreu nas obrigações hipotecárias e nas obrigações titularizadas. [65]

Antes de questionarmos se podemos agregá-lo à alienação fiduciária em garantia, temos que relembrar que num passado não muito distante, inclusive na legislação portuguesa, tínhamos, como patrimônio autónomo, o dote, das mulheres casadas sob o regime dotal, portanto, não podemos falar em ser figura estranha a este ordenamento, e o entendimento de Pires de Lima/Antunes Varela[66] é que os patrimônios autónomos integram-se nas "outras" causas legítimas de preferência, previstas no art. 604, n.º1 do CC.

Chalhub, progenitor da alienação fiduciária no Brasil, assim dispôs:

> De fato, a lei que autoriza a formação de patrimônio de afetação viabiliza a retirada de certos bens de um patrimônio, ou a imobilização desses bens, e estabelece um regime especial de garantia a que a massa desse patrimônio de afetação está vinculada, daí decorrendo, obviamente, limitações ao conteúdo dos poderes atribuídos ao titular desse patrimônio, na medida em que esses poderes estão condicionados à finalidade para a qual terá siso constituído o patrimônio separado. . . . sendo ineficaz e sem qualquer efeito, a formação de patrimônio autônomo que configure fraude de execução, ou anulável aquela qe se fizer em fraude contra credores. (Chalhub, 1998: 86)

Fato curioso e notável é o disposto no Código Civil da Província de Quebec, Canadá, que destaca o patrimônio afetado, de tal forma tão autónoma, que não enseja direito real nem ao fiduciante, nem ao fiduciário, e nem ao beneficiário:

Civil Code Of Québec, 1991.

> 1261.The trust patrimony, consisting of the property transferred in trust, constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right.

Por fim, é certo dizer que há previsão legal no Direito Português sobre os patrimônios autónomos, que perfaz uma causa legítima de propriedade, mas não há materialidade para se concluir que o regime determinado pelo legislador no Decreto 105/2004 enseja presunção de patrimônio autónomo, mas *quid juris* consuma em responder porque criou-se um regime especial de execução e insolvência somente para os contratos de garantia financeira, e não

---

64 E um dos aspectos que mais gera dúvidas e questionamentos, como bem levantou Vasconcelos, p. 648, é o fato de que, "*embora esse patrimônio só responda pelas dívidas próprias a que está afecto, já no caso de não ser suficiente para a sua satisfação integral, os credores delas poderão ainda recorrer ao patrimonio geral do mesmo devedor"?*

65 Vasconcelos, 647

66 Vasconcelos, 647

também nas coisas corporeas. Pela indagação, encerra-se esta investigação, sem prejuízo de pensar em conteúdo para uma futura tese de doutoramento, com as estimas considerações.

11. Conclusão

Encerramos nossos estudos, sem nenhuma pretensão de tê-la como fim. Ao longo de nossa abordagem, pudemos tomar conhecimento das raízes do nosso tema e compreendermos de uma forma mais analítica, a estrutura dos negócios fiduciários e tamanha proporção de aplicabilidade deste instituto dentre as garantias reais.

Equivocadamente, havia-se um entendimento que o Brasil era o berço da legislação da alienação fiduciária em garantia, tendo sim um belo modelo de propósitos. Todavia, nossa primeira conclusão a partir dos ensinamentos que esta dissertação nos proporcionoou, foi a percepção que nasceu na Comunidade Europeia, mais precisamente, na Alemanhã, e desenvolveu-se de forma tão proveitosa, que implicou na necessidade da CE se manifestar, afastando o balizamento de interpretações limitativas, demonstrando mais uma vez ao mundo, o porquê de ser o maior bloco económico-político.

Constatamos até aqui também, que o Decreto-Lei 105/2004 com base na Directiva 2002/47CE reflete um esboço, uma linha básica de regras gerais, como se uma obra inacabada fosse, carente e pronta para aperfeiçoamento. Nos parece claro ser uma forma especial de garantia, cuja preferência do credor fiduciário exaure o patrimônio dos demais, e por isso, aqui nossa crítica a respeito da alienação em garantia sobre bens corpóreos que não almeja das mesmas vantagens, deveria de haver apenas ocasiões especiais para sua aceitação, contrariando o preceito da liberdade contratual. O facto de qualquer coisa, a qualquer tempo poder ser objeto de alienação em garantias, sem obediência a requisitos mínimos de formalidade, dependendo do judiciário para sinalizar se é ou não é, aparenta ser mais prejudicial e retrógrado que o próprio método.

A limitação do Decreto para os contratos de garantia financeira nos parece ser um avanço. A impressão deixada pelo legislador é como se nos agraciasse como um teste: vamos introduzi-lá no mercado financeiro e de capitais. Vejamos as considerações e dependendo do resultado, estendemos às demais áreas. E quase vinte anos depois, não se posicionou novamente. O que ainda não compreendemos, nem após toda nossa dedicação, é a dificuldade do Poder Legislativo em positivar a alienação fiduciária como um todo, já que esta pacificada sua existência e aceitação, e adotar o patrimônio de afetação como forma definitiva e inerente a este tipo jurídico, pois muitas das discussões compelidas ao Judiciário são reicindentes, e na grande maioria, por falta de definição e enquadramento; mas estes questionamento hão de ser respondidos em ciências futuras, passíveis de doutoramento.

Delimitando ao nosso tema, verificamos que de nada adianta a Directriz 2002/47/CE se a falta de uniformização dos conceitos e características da alienação fiduciária em garantia não estão igualmente compreendidos nos países signatários. Ora, se cada País lhe der o entendimento e extenção que considera adequado, não há de prosperar resultados significativos nas resoluções de conflitos, tampouco a segurança jurídica, desvalorizando sua eficácia de execução rápida. A proposta de método próprio para execução e insolvência, conforme Decreto, proprociona, em partes, benefícios ao credor, tal qual como se patrimônio autónomo fosse, não vislumbrando motivos para o legislador não tê-lo adotado até o momento.

Acredita-se que o instituto é merecedor de revisão e atualização legislativa, no intuito de fomentar o crédito através das garantias, ainda mais neste cenário pós pandêmico em que há de se esperar regressão económica mundial, este é o momento oportuno.

Bibliografia[67]

Acórdão do STJ. 2002. (2002, 17 de Dezembro). *Pinto Monteiro*. Disponível na Internet em: http://www.dgsi.pt/

Acórdão do STJ. 2017. (2017, 28 de Junho). *Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal*. Disponível na Internet em: https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2017:1626.12.5TBMT.J.L1.S1.DF

Acórdão Do STJ. 2021. (2021, 14 de Janeiro). *Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal*. Disponível na Internet em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54c463515ceb8bc6802586760036d110?OpenDocument

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. 2002. Disponível na Internet em: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/676d138bfdd8000d80256cd100368bb3?OpenDocument

ALBUQUERQUE, G. R. L. 2018. A admissibilidade da alienação em garantia (p. 3). (Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa). Disponível na Internet em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/51009/1/Albuquerque_2018.pdf

ALFARO, R. 1948. Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil. Cursos Monográficos, I. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional (p. 41-42). Cuba: La Habana. In CHALHUB, M. N. *Negócio fiduciário* (p. 80-81). Rio de Janeiro : Renovar. 1998.

ALVES, J. C. 1987. *Da Alienação Fiduciária em Garantia.* Rio de Janeiro : Forense.

ALVES J. C. 1995. Da Fidúcia Romana e Alienação Fiduciária em Garantia no Direito Brasileiro. In YUSSEF SAID CAHALI (coords.). *Contratos nominados : doutrina e jurisprudência* (p. 24). 1995.

ALVES, J. C. M. 1995. *Direito Romano Forense* (5ª ed., V. III.). Rio de Janeiro : Forense.

ALVES, V. R. 1998. *Alienação Fiduciária em Garantia.* Campinas : Millenium.

ANDRADE. M. A. D. 1972-2003. *Teoria Geral da Relação Jurídica.* V. II, 9ª reimpressão, p. 177-178. Coimbra : Edições Almedina.

ASCARELLI, T. 1969. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado* (2ª ed., p. 96). São Paulo : Saraiva. In CHALHUB, M. N. *Negócio fiduciário* (p. 43). Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

ASCENSÃO, O. 1968. *A tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa : Livraria Pertrony

[67] De acordo com o Guia para elaboração de teses de doutoramento e mestrado Universidade Lusíada do Porto, 2007; de acordo com o estilo APA – American Psychological Association, 7ª ed., 2019. Disponível na internet em https://apastyle.apa.org/

BETTI, E. 1931. *Su gli oneri e i limiti dell´* autonomia privada in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni, RDCom, parte II, p. 688-699. In MENDES, C. *Direito Processual Civil* (p. 128), Lisboa: AAFDL. 1978-1979.

BUZAID, A. 1969. *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantis: Lei nº 4.728, art. 66*. São Paulo : Acrefi.

CANUTO, E. M. (2003). *Alienação Fiduciária de Bem Móvel : Responsabilidade do Avalista.* Belo Horinzonte : Del Rey.

CARIOTA-FERRARA, L. 1933. *I Negozi Fiduciari,* Cedam, Casa Editrice Dott, Antonio Milani, Padova, no. 24, p. 30-31. In ALVES, J. C. M. *Direito Romano* (5ª ed., V. III). Rio de Janeiro : Forense. 1995.

CARNELUTTI, F. 1916. *Note sul patto commissorio,* RDCom, parte II, p. 887-889.

CGC/SP. 2016. (2016, 11 de Julho). Processo administrativo: 0049648-26.2012.8.26.0002- Disponível na Internet em: https://www.jusbrasil.com.br/processos/80930056/processo-n-0049648-2620128260002-do-tjsp

CHALHUB, M. N. 1998. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro : Renovar.

Civil Code of Québec. 1991. Disponível na Internet em: http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/ccq-1991

Code Civil Art. *2348*. 2006. (2006, 23 de Março). *Ordonnance* nº 2006-346. Disponível na Internet em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000639090/

Código Anotado. 4ª ed. revista e actualizada (V. I, p. 718). Disponível na Internet em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/418d25ba10652ad68025785c004e5eee?OpenDocument

Código Civil Atual. 1966. *Art. 405*. Disponível na Internet em: https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view

Código Civil. 2002. (2002, 10 de Janeiro). *Lei n.º 10.406/02*. Disponível na Internet em: Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

Código Civil Alemão. 2013. BGB. §1229 e § 1149 do. Disponível na Internet em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

Código Civil da Espanha. 1889. Art. 1859. Disponível na Internet em: https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf

Código Civil da Itália. 1942. Art. 1963, 2744. Disponível na Internet em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm

CONVENÇÃO DE HAIA. Disponível na Internet em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=59

CORDEIRO, M. 1993. *Velha constituição de Constantino. Direitos Reais*. Disponível na Internet em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/418d25ba10652ad68025785c004e5eee?OpenDocument

CRICENTI, G. 2008. I Conttrati in Frode Alla Legge (2ª ed.). [S.l.] : Giufré Editore. In *Da proibição do pacto comissório: Fundamento e Extensão* (p. 9). (Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa). Disponível na Internet em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18633/1/Proibi%C3%A7%C3%A3o%20do%20pacto%20Comiss%C3%B3rio%20-%20Fundamento%20e%20Extens%C3%A3o.pdf

CURA, A. A. 1991. Fiducia Cum Creditore. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (suplemento), nº 34*. Coimbra.

DANTAS, S. T. 1981. *Programa de Direito Civil III. Direito das Coisas*. J. G. B. Câmara (Revisor). L. Mauro (Atualizador). Rio de Janeiro: Editora Rio.

Decreto Lei *nº 911/1969*. (1969, 01 de outubro). Disponível na Internet em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm

Decreto-Lei *n.º 94-B/98*. (1998, 17 de Abril). Disponível na Internet em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/474478/details/maximized

Decreto-Lei *n.º 486/99*. (1999, 13 de Novembro). Disponível na Internet em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-25/rafael-accioly-alienacao-fiduciaria-instrumento-particular

Decreto-Lei *n.º 221/2000*. (2000, 9 de Setembro). Disponível na Internet em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/577713/details/maximized

Decreto-Lei *n.º 252/2003*. (2003, 17 de Outubro). Disponível na Internet em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=956&tabela=leis

Decreto Lei *n.º 105/2004*. (2004, 8 de Maio). Por introdução da Directiva nº 2002/47/CE. Disponível na Internet em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/302527/details/normal?l=1

Decreto-Lei *n.º 105/2005*. (2002, 6 de junho). Disponível na Internet em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/233721/details/maximized

Decreto-Lei *n.º 85/2011*. (2011, 29 de Junho). Disponível na Internet em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/670530/details/maximized

Decreto-Lei *n.º 192/2012*. (2012, 23 de Agosto). Disponível na Internet em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/175333/details/maximized

DERNBURG, JAEGER, ENDEMANN. Citados por Martorell. In CHALHUB, M. N. *Negócio fiduciário* (p. 102). 1998. Rio de Janeiro: Renovar.

FARO, A. G. 2016. *Alienação fiduciária de ações e regime jurídico da alienação fiduciária em garantia*. (Dissertação de Mestrado, Direito Civil Comparado,

Pontifícia Universidade Católica, São Paulo-SP). Disponível na Internet em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19902/2/Alexandre%20Gereto%20de%20Mello%20Faro.pdf

FERNANDES, L. A. C. 2004. Estudos Sobre a Simulação. [S. L.]. Editora Quid Juris.

FIUZA, C. 2000. *Alienação Fiduciária em Garantia, de Acordo com a Lei nº 9951/97.* Rio de Janeiro: AIDE.

GIGLIOTTI, F. 1997. II Patto commissorio autonomo e liberta dei contraenti, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, p. 130). In CATARINA PIRES, *Alienação em Garantia (*p. 276-278). 2010. Coimbra : Almedina.

GOMES, M. J. C. 2000. Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador (p. 53-54). Coimbra : Almedina. In PIRES, C. *Alienação em Garantia* (p. 271). 2010. Coimbra : Almedina.

GONÇALVES, C. R. 2016. Direito Civil I : esquematizado – Parte Geral – Obrigações e Contratos (6ª ed.). P. Lenza, Compilador. S;ao Paulo: Saraiva.

GONZÁLEZ, J. A. (2014). *Alienação fiduciária em garantia e negócios afins: delimitação de fronteiras*. Disponível na Internet em: http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/975/1/LD_n10_2.pdf

GRASSETI, C. 1936. Dell Negozio Fiduciario e della sua Ammissilitá nel nostro Ordinamento Giuridico. Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, V. 34, p. 363. Ed.: Vallardi. In JELEMBI, A. *O Negócio Fiduciário. Caracterização, Constituição e Efeitos* (p. 31). 2017. (Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra).

GUEDES, M. B. (2015). *Da proibição do pacto comissório: Fundamento e Extensão.* (Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa). Disponível na Internet em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18633/1/Proibi%C3%A7%C3%A3o%20do%20pacto%20Comiss%C3%B3rio%20-%20Fundamento%20e%20Extens%C3%A3o.pdf

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. 2020. Disponível na Internet em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/maioria-dos-brasileiros-mora-em-casa-e-e-dona-do-imovel-mostra-ibge.

JACQUELIM, R. (n.d). De La Fiducie. In CHALHUB, M. N. *Negócio fiduciário* (p. 14). Rio de Janeiro : Renovar. 1998.

JELEMBI, A. G. K. 2017. *O Negócio Fiduciário. Caracterização, Constituição e Efeitos*. (Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra).

JUSTO, A. S. 2003. *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações).* Coimbra : Editora Coimbra.

JUSTO, A. S. 2012. *Direitos Reais* (4ª ed.). Coimbra : Editora Coimbra

Lei 4.728/65. 1965. (1965, 14 de Julho). Disponível na Internet em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm

Lei n.º 298/92. 1992. (1992, 31 de Dezembro). Disponível na Internet em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/448953/details/normal?l=1#:~:text=Decreto%2DLei%20n.%C2%BA%20298%2F92,-Publica%C3%A7%C3%A3o%3A%20Di%C3%A1rio%20da&text=A%20cria%C3%A7%C3%A3o%20de%20um%20espa%C3%A7o,mercado%20%C3%BAnico%20da%20Comunidade%20Europeia.

Lei n.º 8.668/93. 1993. Disponível na Internet em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8668.htm

Lei n.º 9.514/97. 1997. (1997, 20 de Novembro). Disponível na Internet em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm

Lei n.º 10.406/02. 2002. (2002, 10 de Janeiro). Disponível na Internet em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

Lei n.º 39/2003. (2003, 22 de Agosto). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.* Disponível na Internet em: https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34529075/view

Lei n.º 11.481. 2007. Disponível na Internet em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11481.htm

LEITÃO, L. M. T. M. 2006. Garantia das Obrigações (V. III, 3ª ed.). Coimbra : Almedina. In CATARINA PIRES, *Alienação em Garantia*. (p. 104). 2010. Coimbra : Almedina.

LEITÃO, L. M. T. M. 2007. *Arrendamento Urbano.* Coimbra : Almedina.

LEITÃO, L. M. T. M. 2012. *Garantia das Obrigações* (2ª ed.). Coimbra : Almedina.

LIMA, O. S. 1962. *Negócio Fiduciário* (p. 88-90). São Paulo: Revista dos Tribunais.

LIMA, P., VARELA, A. 2010. *Código Civil Anotado* (V. I, p. 718). Coimbra : Editora Coimbra.

LOPES, P. B. 2019. Alienação fiduciária em garantia no Brasil e sua possibilidade jurídico em Portugal. (Dissertação de Mestrado). In: MARINO, F. P. C. Notas Sobre o Negócio Jurídico Fiduciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, V. 20, p. 42, out/dez. 2004, São Paulo : Padma.

MARTORELL, M. 1950. *La Propriedad Fiduciaria*. Barcelona: Casa Editoral Bosch. In JELEMBI, A. G. K. (p. 32). 2017. *O Negócio Fiduciário. Caracterização, Constituição e Efeitos*. (Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

MATOS, I. A. 2006. O pacto comissório. Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição. Coimbra : Almedina.

MINNITI, G. 1997. II Patto commissorio autonomo e liberta dei contraenti, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles. p. 130. In PIRES, C. Alienação em Garantia (p. 276). 2010. Coimbra : Editora : Almedina.

NEGRATO, G. S. 2010. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel : uma análise comparada*. (Dissertação de Mestrado em Direito, Relações Sociais, São Paulo). Disponível na Internet em: https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf

NERI, M. 2003. *Sem garantias, nem crédito*. *Constatamos a Importância de colaterais tradicionais e alternativos. Se emprestar é preciso, liquidar garantias também é preciso* (p. 54-56). Disponível na Internet em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24816/Sem-garantias-nem-credito.pdf

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. 2002. (2002, 6 de junho). *Relativa aos acordos de garantia financeira* ou os primeiros passos na harmonização do direito europeu das garantias mobiliárias. Boletim da Faculdade de Direito, 85, 693-723. Universidade de Coimbra. Disponível na Internet em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54c463515ceb8bc6802586760036d110?

PEREIRA, C. M. S. 1995. Instituições de Direito Civil (17ª ed., p. 251-252). Rio de Janeiro : Forense. In CHALHUB, M. N. *Negócio fiduciário* (p. 84-85). 1998. Rio de Janeiro : Renovar.

PERERA, Á. C. 2004. Los Derechos de Garantía en la ley concursal. Madrid: Civitas. In PIRES, C. Alienação em Garantia. 2010. Coimbra : Almedina.

PIRES, C. 2010. *Alienação em Garantia*. Coimbra : Almedina.

POLILLO, R. R. 2013. *Alienação fiduciária de bens imóveis.* (Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo). Disponível na Internet em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082017-142024/publico/Dissertacao_Integral_Renato_Romero_Polillo.pdf

REGELSBERGER, F. F. W. (n.d.). In ALBUQUERQUE, G. R. L. *A admissibilidade da alienação em garantia* (p. 3). (Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa). 2018. Disponível na Internet em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/51009/1/Albuquerque_2018.pdf

RIBEIRO, B. Q. 2018. *Da alienação fiduciária em garantia - estudo para a sua positivação no ordenamento jurídico português*. (Dissertação de Mestrado, Direito Privado, Universidade Católica do Portuguesa - Escola de Direito do Porto). Disponível na Internet em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26507/1/TeseBeatrizpdf-A.pdf

ROCHA, M. M. 1998. *Viver a crédito : práticas de empréstimos no consumo individual e na venda a retalho*. Lisboa Séculos XVIII e XIX. (Documento de Trabalho/Working Paper nº 11-1998, Instituto Superior de Economia e Gestão (GHES), Lisboa).

RUDDEN, B. (n.d.). Economic theory v. property law: the numerus clausus problem. In OXFORD ESSAYS ON JURISPRUDENCE. Oxford: Clarendon Press, 1987.

SANTOS, W. 2001. *Dicionário Jurídico Brasileiro* . Belo Horizonte : Livraria Del Rey Editora.

SERRA, A. V. Penhor. BMJ, nº 58. 1956, p. 219. In PIRES, C. *Alienação em Garantia* (p. 276-278). 2010. Coimbra : Almedina.

TELLES, I. G. 2002. *Manual dos contratos em geral*. Coimbra : Editora Coimbra.

TELLES, I. G. 2007. Direito das Obrigações (7ª ed., p. 88.). Coimbra : Editora Coimbra. In Vasconcelos, L. M. P. (2019). *Direito das Garantias* (3ª ed.). Coimbra : Almedina

Tribunal da Relação. (2017). Disponível na Internet em: https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2017:1626.12.5TBMT.J.L1.S1.DF

VARELA, J. M. A. 2000. Das Obrigações em Geral (V. I, 10ª ed.). Coimbra : Almedina. In PIRES, C. 2010. *Alienação em Garantia*. Coimbra : Almedina.

VASCONCELOS, L. M. P. 2007. *Cessão de créditos em garantia* e a insolvência (p. 624). Coimbra : Editora: Coimbra.

VASCONCELOS, L. M. P. 2009. A Directiva 2002/47/CE (p. 694). Relativa aos acordos de garantia financeira ou os primeiros passos na harmonização do direito europeu das garantias mobiliárias. Boletim da Faculdade de Direito, 85, 693-723.Universidade de Coimbra.

VASCONCELOS, L. M. P. 2019. *Direito das Garantias* (3ª ed.). Coimbra : Almedina.

VENOSA, S. 2011. *Código Civil Interpretado.* São Paulo : Editora Atlas.