

2 Antecedentes da alienação fiduciária em garantia no Direito Romano

Como analisado na Introdução, boa parte dos manuais de Direito Civil brasileiro bem como obras específicas sobre o tema (também brasileiras) apresentam como origem da alienação fiduciária em garantia ou do negócio fiduciário o instituto da *fiducia* do Direito Romano⁹. Essa comparação ocorre, pois os civilistas brasileiros que pesquisaram a literatura romanística pertinente sustentam a existência de duas espécies de *fiducia* no Direito Romano.

A primeira, chamada *fiducia cum amico contracta*, tinha uma função de depósito, na medida em que consistia num contrato pelo qual o devedor transferia a propriedade de um bem a um “amicus”, que seria seu titular durante determinado período e, quando solicitado, ele realizaria a retransmissão desse bem ao devedor. Esse tipo de *fiducia* parece se aproximar do contrato de depósito do direito atual, destacando-se a exceção com relação à realização da transmissão e retransmissão da propriedade do bem (o que não ocorre no depósito do direito brasileiro).

⁹ A. VILLAÇA AZEVEDO, *Negócio fiduciário*, in R. LIMONGI FRANÇA, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 54, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 156; O. S. LIMA, *Negócio Fiduciário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1962, pp. 3 e ss.; indicam a *fiducia* como origem do negócio fiduciário; A. BUZAID, *Alienação fiduciária em garantia (histórico)*, in R. LIMONGI FRANÇA, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 6, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 67-71; M. P. A. RIBEIRO, *Alienação* cit., pp. 88-92; M. TERRA, *Alienação* cit., p. 22; CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Direito* cit., p. 490; MARIA HELENA DINIZ, *Curso* cit., indicam a *fiducia* como origem da alienação fiduciária em garantia; A. C. GONÇALVES, *Da propriedade* cit., p. 231; A. L. CLÁPIS, *A Propriedade* cit., pp. 60 e ss.; M. N. CHALHUB, *Alienação* cit., pp. 31-33; G. G. FELICIANO, *Tratado de alienação fiduciária em garantia – Das bases romanas à Lei n. 9.514*, São Paulo, LTr, 1999, pp. 11 e ss. e p. 116. afirmam que a *fiducia* é a origem tanto da alienação fiduciária em garantia quanto do negócio fiduciário.

Na segunda espécie, *fiducia cum creditore pignoris iure*, o devedor transferia a propriedade quiritária de um bem ao credor, por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, com o objetivo de garantir uma dívida entre eles. Acordava-se, ainda, por um *pactum fiduciae*, que, uma vez quitada a dívida, o fiduciário estava obrigado a retransmitir a propriedade ao fiduciante. Essa espécie é a que se assemelha, segundo a doutrina, à alienação fiduciária em garantia atual, na medida em que o bem objeto do contrato serve como uma garantia da dívida existente entre as partes.

A *fiducia*, portanto, segundo nos reportam os civilistas brasileiros que pesquisaram a literatura romanística pertinente, era, em linhas gerais, um contrato que visava a entrega de um objeto ou dar uma garantia ao credor sobre uma dívida existente, por meio da transferência da propriedade de um bem do devedor, a qual o fiduciário se comprometia em retransmitir após o cumprimento da obrigação acordada entre as partes.

Porém, aprofundando-se no estudo da *fiducia* com base nos estudos romanísticos realizados internacionalmente, verifica-se que existem outros detalhes e características desse instituto.

Portanto, neste capítulo introdutório, far-se-á um estudo da *fiducia* para, mais à frente, desenvolver o paralelo entre tal instituto e o do Direito atual, a fim de verificar se, de fato, a *fiducia* pode ser colocada como antecedente direto da alienação fiduciária em garantia.

2.1 CONCEITO E FONTES PRINCIPAIS

O conceito de *fiducia* aparece em muitos manuais de Direito Romano diretamente relacionado à alienação de uma *res*, por meio de *mancipatio* ou *in iure cessio*, para o cumprimento de uma finalidade específica, definida em um pacto, e, uma vez efetivada essa obrigação, o bem era retransmitido ao proprietário inicial¹⁰.

¹⁰ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018., p. 528; P. BONFANTE, *Diritto Romano*, 2ª ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1900, p. 381; M. KASER, *Das*

Nesse sentido, C. LONGO, em estudo específico sobre o tema, apresenta a definição de *fiducia* como um negócio jurídico pelo qual uma das partes transmite a outra um bem, mediante *mancipatio* ou *in iure cessio*, e, com o cumprimento de uma convenção estipulada entre elas, esta última se obriga a restituir a coisa ao transferente¹¹. Essa convenção era estabelecida no *pactum fiduciae*, um pacto aposto pelas partes juntamente à entrega da coisa e definia quais eram as condições a serem cumpridas pelas partes para que a se efetivasse a retransmissão do bem¹².

Assim, o fiduciante realizava a transferência de uma propriedade ao fiduciário, por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, com a expectativa de que, uma vez satisfeita a obrigação entre eles convencionada, receberia a retransmissão desse bem. A obrigação entre fiduciante e fiduciário era aposta num *pactum*, no qual se estabeleciam os ônus das partes e cujo adimplemento ensejava a transferência do mesmo bem pelo fiduciário ao fiduciante, para que retornasse a seu patrimônio.

As fontes da *fiducia* romana são fragmentadas¹³, inexistindo um único texto que concentre todos os regramentos sobre ela. Além disso, o

römische Privatrecht, trad. esp. de Jose Santa Cruz Teijeiro, *Derecho Romano Privado*, 5ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1968, p. 139; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 553; A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 2ª ed., Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1963, p. 402; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Palermo, Palumbo, 2006, p. 450; A. ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, Livorno, Libraio-editore, 1887, p. 1; S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. 1, Firenze, G. Barbera Editore, 1906, p. 424; 7. A. BERGER, *Fiducia*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1968, p. 471; P. F. GIRARD, *Droit Romain*, 5ª ed., Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 436; W. W. BUCKLAND, *Manual of Roman Private Law*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University, 1939, pp. 260-261; F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile pátrio*, 3ª ed., Firenze, Giuseppe Pellas, 1881, pp. 186-187; R. SOHM, *The Institutes: A textbook of the history and system of roman private law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1907, pp. 60-61; R. W. LEAGE, *Roman private law founded on the 'Institutes' of Gaius and Justinian*, 2ª ed., London, Maxmillan and Co., 1930, pp. 190-191; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, pp. 403-404.

¹¹ C. LONGO, *Corso di diritto romano – La fiducia*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 7.

¹² J. C. MOREIRA ALVES, *Da fidúcia romana à alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro* in Y. CAHALI (coord.), *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 23.

¹³ C. LONGO, *Corso cit.*, p. 8.

instituto foi suprimido das fontes pós-clássicas – em razão, principalmente, do desuso da *mancipatio* e da *in iure cessio* –, o que dificultou aos juristas o acesso às suas normas, de forma que a doutrina romanista teve que reunir vários textos fragmentados para poder extrair as regras de funcionamento prático do contrato de *fiducia*.

A. WATSON remete a primeira aparição da *fiducia* à comédia de Plauto, escrita por volta do século III a. C. Embora se trate de uma fonte não jurídica (o texto de uma peça de comédia), Plauto menciona em sua obra a *fiducia* e o *pignus* com uma conotação de forma de segurança real, que provavelmente eram familiares à sua audiência. Explica o autor que, caso não houvesse a ideia de segurança jurídica atrelada aos institutos da *fiducia* e do *pignus*, a passagem não teria sentido para gerar humor¹⁴.

A despeito de o texto de Plauto ser extralegal e não apresentar qualquer característica da *fiducia* em si, além de atribuir à mesma uma conotação de segurança real jurídica, a obra vale para demonstrar que a *fiducia* é um negócio jurídico romano bastante antigo, criado, provavelmente, ainda no período arcaico¹⁵.

Os primeiros textos efetivamente jurídicos utilizados como fonte da *fiducia* parte da doutrina especializada são os textos de Cícero, do século I a. C., e a *Tabula Baetica*, produzida por volta dos séculos I e II d. C.. Cícero não tratava propriamente da estrutura da *fiducia*, mas sim de sua tutela, tendo grande relevância para os estudos acerca da *actio fiduciae* e a reconstituição da fórmula proposta pelo jurista O. Lenel¹⁶.

A *Tabula Baetica* é uma tábua de bronze, descoberta em 1867 perto do Rio Gualquivir, na Espanha, esculpida entre os séculos I e II d. C., na qual estava inscrito uma fórmula para a realização de uma *fiducia* ainda não efetivada, mas que seria utilizada como modelo para a

¹⁴ A. WATSON, *The origins of fiducia*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 79, n.º. 1, Berlim, 1962, p. 330.

¹⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁶ F. BERTOLDI, *Il Negozio Fiduciario nel Diritto Romano Classico*, Modena, Mucchi Editore, 2012, pp. 22 e ss; N. BELLOCI, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*, I. Le Nuncupationes, Napoli, Eugenio Jovene, 1979, pp. 89 e ss.

realização do negócio¹⁷. Dessa fórmula extrai-se a seguinte situação: *L. Baianus* transferiu a *Dama*, um escravo de *L. Titus*, por meio de duas *mancipationes* distintas realizadas *fidei fiduciae causa*, pelo preço fictício de um sestércio (moeda romana antiga), o *fundus Baianus* e o escravo *Mida*¹⁸.

A *Tabula Baetica* deixou claro que, nesse tipo de acordo, a *fides* tem um sentido próprio, remetendo ao crédito cobrado da parte devedora, e neste caso, se deposita a confiança em que o beneficiário irá se desfazer da coisa e que o credor irá recebê-la (sua propriedade) até o crédito se extinguir¹⁹.

Outra fonte relevante foram as tábuas conhecidas como Tabuletas de Pompeia, que foram descobertas próximas à Pompeia, na Itália, em 1887 e em 1959, que remetem a negócios de *fiducia* concretos elaborados em torno de 61 d. C.²⁰. A primeira leva dessas tábuas estava bastante incompleta e/ou ilegível, porém foi possível identificar que ela se referia a um acordo realizado com o *pactum fiduciae*, assim como o modelo da *Tabula Baetica*²¹. A segunda leva, embora também estivesse bem fragmentada, continha mais elementos, os quais permitiram aos juristas uma compreensão geral do funcionamento do instituto²².

P. MARRA menciona, ainda, a descoberta das Tábuas Herculanas, encontradas em Herculano, na Itália, as quais também continham um negócio concreto de *fiducia*, mas, devido a sua mutilação, não permitiram a extração de muitos detalhes sobre o instituto, como ocorreu com as Tabuletas de Pompeia²³.

¹⁷ C. LONGO, *Corso* cit., p. 10. A título de complementação, importante indicar que houve dúvidas na doutrina quanto a esse documento ser, de fato, um mero formulário, que serviria como exemplo para a fórmula real, ou se ele já era efetivamente uma *fiducia* realizada por cidadãos romanos. Segundo C. LONGO, F. BERTOLDI e P. MARRA, predomina a posição de que se trata mesmo de um modelo formulário e não de um documento real (C. LONGO, *Corso* cit., p. 10; F. BERTOLDI, *Il Negozio* cit., p. 62; P. MARRA, *Fiduciae Causa*, Milano, CEDAM, 2018, pp. 101-103).

¹⁸ P. MARRA, *Fiduciae* cit., pp. 101-102.

¹⁹ P. MARRA, *Fiduciae* cit., p. 105.

²⁰ C. LONGO, *Corso* cit., pp. 12-13 e P. MARRA, *Fiduciae* cit., p. 113.

²¹ C. LONGO, *Corso* cit., pp. 12-13.

²² P. MARRA, *Fiduciae* cit., pp. 113 e ss.

²³ P. MARRA, *Fiduciae* cit., pp. 108-113.

Contudo, a fonte mais presente na doutrina acerca da *fiducia* é as Institutas de Gaio (2, 59 e 2, 60), por conta, sem dúvidas, de sua relevância para o direito romano, da qual se tem importante tradução na língua portuguesa. A saber:

Gai, 2, 59: Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem

<Também por outras causas, além dessa, alguém pode conscientemente usucapir coisa alheia: pois quem tiver transferido uma coisa a outrem, a título de fiducia, por meio de *mancipatio* ou de cessão em juízo (*in iure cessio*), pode usucapir — em um ano, realmente, se for móvel, em dois se for imóvel. Essa espécie de usucapião é dita usureptio, porque aquilo, que um dia já tivemos como nosso, recuperamos por usucapião>.

Gai, 2, 60: Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit

<Mas a fiducia se contrai ou com um credor, como direito de garantia, ou então com um amigo, para que coisas nossas estejam mais seguras com ele. Se a fiducia houver sido contraída com um amigo, sem dúvida cabe, em qualquer hipótese, a *usureptio*. Se foi, porém, com um credor, uma vez tendo sido pago o dinheiro <a ele devido>, a *usureptio* cabe em qualquer hipótese; não tendo, no entanto, sido ainda pago, só cabe se o devedor não tiver alugado a coisa do credor, nem tiver pedido para possuí-la a título precário: nessa hipótese, cabe usucapião lucrativa²⁴>.

²⁴ Tradução de D. R. M. RODRIGUES, *Institutas de Gaio*, São Paulo, YK, 2020, p. 109.