A «*FIDUCIA*» ROMANA E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DO DIREITO ACTUAL

ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA (*)

INTRODUÇÃO

1. Justificação da escolha do tema

Elegemos como tema da nossa comunicação a este congresso «*A* fiducia *romana e a alienação fiduciária em garantia*». Fizemo-lo, essencialmente, por três ordens de razões: em primeiro lugar, porque no já longínquo ano de 1988 apresentámos na Faculdade de Direito de Coimbra uma dissertação de Mestrado intitulada «*Fiducia cum creditore — Aspectos gerais*» (1), que veio a ser discutida perante um Júri constituído pelo nosso Orientador, Senhor Professor Doutor Sebastião Cruz (cuja memória invocamos com saudade), pelo Senhor Professor Doutor Mário Júlio de Almeida Costa e pelo Senhor Professor Doutor Martim de Albuquerque (que cumprimentamos respeitosamente e a quem agradecemos a disponibilidade que sempre revelaram para integrar os júris das nossas provas académicas, bem como as atenções que deles temos recebido), o que faz com que o tema escolhido nos traga à lembrança gratas recordações; em segundo lugar, porque, entretanto, através do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, foi transposta (parcialmente) para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho, relativa aos acordos de garantia financeira (e o mesmo aconteceu nos restantes Estados-membros da União Europeia (2)), passando a existir em Portugal (e em muitos outros países europeus) a alienação fiduciária em garantia, como modalidade do contrato de garantia financeira, e até hoje (segundo cremos) não foi efec-

---

(*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(1) Cfr. CURA, António Alberto Vieira, «*Fiducia cum creditore*» — *Aspectos gerais*, in Suplemento do *BFDUC*, vol. XXXIV (Coimbra, 1990), págs. 1-285.

(2) Sobre a transposição dessa directiva e a alteração da mesma, que está em vias de se concretizar, *vide*, *infra*, II.1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

tuado, em Portugal, o seu confronto com a *fiducia cum creditore* do direito romano — a fim de procurar determinar as raízes desse «novo» contrato de garantia ([3]); em terceiro, e último lugar, porque o lema deste congresso é «*O sistema contratual romano — De Roma ao direito actual*» e o tema por nós escolhido, atendendo à natureza contratual da *fiducia* romana ([4]) e da alienação fiduciária em garantia recentemente incorporada no direito português (e já consagrada, há algumas décadas no direito brasileiro, ainda que sob diversa configuração), parece enquadrar-se perfeitamente nos objectivos estabelecidos para estas importantes jornadas científicas.

2. Objectivos e *iter* a percorrer no tratamento do tema

Pretendemos, fundamentalmente, averiguar se a alienação fiduciária em garantia integrada no ordenamento jurídico português, por força da referida transposição de normas jurídicas emanadas pelos referidos órgãos da União Europeia, apresenta as mesmas (ou idênticas) características da *fiducia* ([5]) romana, na sua aplicação com finalidade de garantia ([6]), ou seja, da *fiducia cum creditore*.

Naturalmente, se concluirmos que assim é, teremos motivos para crer que o estudo desse instituto pelos ilustres romanistas que dele se ocuparam terá contribuído, certamente, para fornecer ao «legislador» europeu e nacional alguns ele-

---

([3]) Referimo-nos, evidentemente, a um confronto pormenorizado entre a alienação fiduciária em garantia e a *fiducia cum creditore*. Não se ignora, na verdade, a referência feita por SANTOS JUSTO ao «*regresso à antiga figura romana da* fiducia cum creditore, *através da qual alguém (devedor ou terceiro) garantia uma dívida transferindo a propriedade de uma coisa para o credor que, após a satisfação do seu crédito, se obrigava a restituir a mesma coisa ou o valor pecuniário correspondente*», representado pela alienação fiduciária em garantia. Cfr. JUSTO, ANTÓNIO DOS SANTOS, *Direitos Reais* (Coimbra, 2007), págs. 487-488.

([4]) Embora tenha tido como fonte de inspiração o esquema negocial próprio da *fiducia* romana, a categoria dogmática do negócio fiduciário foi criada pela doutrina germânica do séc. XIX [tendo sido REGELSBERGER quem primeiramente utilizou a designação «negócio fiduciário» («*fiduziarisches Geschäft*») e o definiu — considerando como tal o negócio caracterizado por uma desproporção entre fim e meio e que se traduz no emprego de uma forma jurídica que consente mais do que é necessário para a obtenção desse resultado —, no seu estudo *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, 63 (1881), págs. 172-173, e depois nas suas *Pandekten*, vol. I (Leipzig, 1893), págs. 518-519]. Por esse motivo, na nossa exposição, evitaremos o uso da expressão «negócio fiduciário».

Para uma síntese sobre o conceito de negócio fiduciário, *vide* CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., nota[8] (iniciada na pág. 8 e concluída na pág. 11).

([5]) Etimologicamente, a palavra «*fiducia*» significa «confiança». Cfr. ERNOUT-MEILLET, *Dictionaire étymologique de la langue latine* (Paris, 1959), pág. 233.

([6]) Sobre as outras aplicações da «*fiducia*», no âmbito das relações patrimoniais (que se reconduzem à «*fiducia cum amico*», contraposta por Gaio à «*fiducia cum creditore*» — cfr. GAIUS II,60) e no das relações pessoais, *vide* CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 33-73.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

mentos que possibilitaram a «criação» de uma forma de garantia considerada idónea, pela sua solidez ou consistência, para a «*limitação dos riscos sistémicos inerentes ao funcionamento dos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários*» e para a «*criação de condições para o aumento da liquidez nos mercados financeiros*» (7); e, desse modo, para a unificação do direito europeu neste domínio específico.

Para isso, começaremos por analisar os aspectos mais marcantes da *fiducia* romana (enquanto garantia real das obrigações) — em especial, a época em que terá surgido e aquela em que desapareceu, o seu objecto, a sua estrutura, a sua natureza contratual e o seu enquadramento no sistema contratual romano, a obrigação de restituição da *res fiduciae data* que recaía sobre o fiduciário, o respectivo fundamento e o pressuposto de que dependia, e as formas de satisfação do credor com essa *res*, em caso de não realização da *solutio* (na época clássica (8)).

Apreciaremos depois o regime jurídico a que está sujeita a alienação fiduciária em garantia no direito português e no dos Estados-membros da União Europeia que transpuseram a directiva acima referida para as respectivas ordens jurídicas — particularmente, no que se refere à caracterização dessa «nova» figura jurídica, à sua natureza contratual, ao seu âmbito de aplicação, às consequências do cumprimento da obrigação garantida e aos direitos do credor em caso de incumprimento da mesma —, procurando determinar se ela denota influência da *fiducia cum creditore* e, em caso afirmativo, em que aspectos.

A circunstância de a alienação fiduciária em garantia estar consagrada no direito brasileiro desde 1965 (9) justificaria que nos ocupássemos, também, do

---

(7) Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2004 e Preâmbulo da Directiva 2002/47/CE.

(8) Nem todos os romanistas que designam assim um dos períodos históricos do *ius romanum* coincidem na delimitação do mesmo. Importa, por isso, esclarecer a que período nos reportamos, quando nos referimos, a essa época. seguimos a periodização proposta por ÁLVARO D'ORS — A. que (com base no critério jurídico interno) fixa nos anos 130 a.C. e 230, respectivamente, o início e o termo da época clássica [enquanto, por exemplo, GUARINO faz corresponder o período clássico ao que vai «*dagli ultimi anni del sec. I a.C. sin verso la fine del sec. III d.C., o, se si preferisce, dal 27 a.C al 284 d.C.*» — cfr. GUARINO, Antonio, *L'esegesi delle fonti del Diritto Romano*, I (Napoli, 1968), 72-73] —, a qual é também seguida, entre nós, por SEBASTIÃO CRUZ e SANTOS JUSTO.

Cfr. D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 9.ª ed. (Pamplona, 1997), págs. 34-42; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I. *Fontes*, 4.ª ed. (Coimbra, 1984), págs. 46-47; e JUSTO, António dos Santos, *Fases do desenvolvimento do Direito Romano* (Coimbra, 1997), págs. 9-10, 14, 27 e 36, *A execução: pessoal e patrimonial (Direito Romano)*, in *O Direito*, 125 (1993), pág. 278, *Direito Privado Romano*, I. *Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*, *Studia Iuridica* 50, 3.ª ed. (Coimbra, 2006), 18, e *A evolução do Direito Romano*, in *BFDUC*, Volume Comemorativo (Coimbra, 2003), págs. 49-50, 53-54, 61 e 67.

(9) A sua introdução na ordem jurídica brasileira verificou-se (devido à «*insuficiência das tradicionais garantias creditícias incidentes sobre bens móveis*» — nas palavras de FRANCISCO AMA-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo (tomo VII) Página 4 de 44

seu regime e das suas raízes. Todavia, o facto de estar prevista uma comunicação que versará especificamente sobre essa figura no ordenamento jurídico do Brasil torna aconselhável que não o façamos, para evitar repetições e porque o tempo de que dispomos é extremamente escasso.

I. A *FIDUCIA CUM CREDITORE* NO DIREITO ROMANO

1. Noção, finalidade e modo de constituição

A *fiducia cum creditore* — uma das modalidades da *fiducia* referidas por GAIUS ([10]), muito provavelmente, a de aplicação mais corrente e de maior relevância prática (pelo menos, no âmbito patrimonial), no direito romano ([11]) — é uma das figuras jurídicas que a doutrina romanista reconduz ao conceito de

---

RAL) através da Lei n.º 4.728, de 14 de Julho de 1965 (a chamada «Lei do Mercado de Capitais»), mais concretamente, no seu art. 66.º, que viria a ser alterado pelo Decreto-Lei n.º 91, de 1 de Outubro de 1969.

A esse respeito, *vide* ALVES, José Carlos Moreira, *Da alienação fiduciária em garantia*, 2.ª ed. (Rio de Janeiro, 1979), págs. 7-10; COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria — Notas de direito comparado*, in *Direito e Justiça*, vol. I, n.º 1 (Lisboa, 1980), pág. 49; AMARAL, Francisco dos Santos, *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*, in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Ano I, n.º 1 (Rio de Janeiro, Julho/1982), págs. 158-159; DIAS, Ronaldo Brêtas C., *A propriedade fiduciária*, in *Revista Forense*, vol. 298 (Rio de Janeiro, 1987), pág. 86; e FORGIARINI, Giorgio, *Aspectos relevantes da alienação fiduciária em garantia*, in *Jus Navigandi — Doutrina* [disponível em http://jus2.uol.com.br./doutrina/texto.asp?id=3108], pág. 3.

([10]) Atendendo ao fim visado pelas partes (fiduciante e fiduciário) com a *datio* da coisa, GAIUS distingue, no âmbito das relações patrimoniais, duas modalidades de *fiducia*: a *fiducia cum creditore* e a *fiducia cum amico*. Cfr. GAIUS II,60: «*Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint*; (...)».

Enquanto a primeira, como dizemos no texto, tinha uma função específica (a garantia do cumprimento da obrigação, através da transferência da propriedade de uma *res mancipi* para o credor), a segunda tinha carácter genérico, podendo servir para a consecução de fins práticos muito diversos (a respeito dos quais existem importantes divergências na doutrina romanista), não se restringindo à aplicação testemunhada por esse enigmático jurista, que alude unicamente àquela que se traduzia em alguém confiar uma *res* a um amigo para que a mesma ficasse em maior segurança em poder deste («*...quo tutius nostrae res apud eum sint...*»).

A respeito dos escopos práticos cuja realização determinou o recurso à *fiducia cum amico* (depósito, comodato, doação *mortis causa*, doação por interposta pessoa, etc.), *vide*, por todos, CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 40-62.

([11]) Neste sentido, *vide* CARRELLI, «*Fiducia*», in *Nuovo Digesto Italiano*, 5 (1938), pág. 1131; ORTIZ-ROMAN, B., *La «fiducia» en el derecho romano antiguo y clasico*, in *Revista de la Universidad de Oviedo* 12 (1951), pág. 24; ARIAS RAMOS, J./ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, I, 17.ª ed. (Madrid, 1981), pág. 311; e CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., pág. 148.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

garantia real das obrigações. Segundo cremos, terá sido, mesmo, a que primeiramente surgiu no *ius romanum* (embora alguns AA. sustentem que o *pignus* é anterior a ela) ([12]).

Consistia na transferência da propriedade (*datio*) ([13]) de uma *res mancipi* ([14]), feita pelo devedor ou por um terceiro (fiduciante) para o credor (fiduciário), atra-

---

([12]) Em relação à *hypotheca* (ou *pignus conventum*, na sua primeira designação) não há dúvidas: é das três formas de garantia real a mais recente. Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 150-154; e JUSTO, António dos Santos, *Direito Privado Romano*, II — *Direito das Obrigações*, 3.ª ed. (Coimbra, 2008), págs. 166, 167, 171 e 174.

([13]) Sobre a época em que se terá surgido o conceito de transferência da propriedade, no direito romano, *vide* CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., nota [3] (iniciada na pág. 5 e concluída na seguinte), e a bibliografia aí indicada.

([14]) Desde a época arcaica até ao final da época clássica, revestiu-se de importância fundamental, no direito romano, a distinção entre as *res mancipi* e as *res nec mancipi*; caída em desuso na época pós-clássica, essa contraposição acabou por ser formalmente abolida por Justiniano, em virtude de ser antiquada e geradora de «*ambiguidades e diferenças inúteis*», cuja supressão se impunha (cfr. C.7,31,1,5: «*Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis*»).

Essa antiga distinção aparece-nos, designadamente, em GAIUS II,14*a* — «*Est etiam alia rerum divisio: nam aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi sunt velut fundus in Italico solo, item aedes in Italico solo, item servi et ea animalia quae collo dorsove domari solent, velut boves equi muli asini; item servitutes praediorum rusticorum, nam servitutes praediorum urbanorum nec mancipi sunt*» —, em GAIUS I,120 — «*...animalia quoque mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini; item praedia tam urbana quam rustica quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari*» — e em ULP. XIX,1 — «*Omnes res aut mancipii sunt aut nec mancipii. Mancipii res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus: item iura praediorum rusticorum, velut via iter actus aquaeductus: item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves muli equi asini. Ceterae res nec mancipii sunt. Elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipii sunt, quoniam bestiarum numero sunt*».

Res mancipi eram, assim, de acordo com a enumeração (taxativa) dessas fontes, as seguintes: os *fundi* e as casas situados em solo itálico, os escravos, os animais de tiro e de carga e as antigas servidões prediais rústicas (*via, iter, actus, aquaeductus*). *Res nec mancipi* eram as restantes (designadas, assim, de forma puramente negativa, nelas se incluindo todas as coisas excluídas da categoria das *res mancipi*), das quais encontramos exemplos nas *Institutiones Gai* e no referido passo dos *Tituli ex Corpore Ulpiani*: as servidões prediais urbanas (GAIUS II,14*a*), os prédios (pertencentes ao *ager publicus*) pelos quais se pagava *stipendium* ou *tributum* (GAIUS II,15), os animais selvagens, como ursos e leões, e outros que não eram domesticados ao tempo em que foi estabelecida a distinção entre as duas categorias de coisas, como os elefantes e os camelos (GAIUS II,16 e ULP. XIX,1), bem como as *res incorporales*, à excepção das referidas servidões prediais rústicas (GAIUS II,17).

A respeito do fundamento da distinção *res mancipi/res nec mancipi*, que tem sido objecto de ampla discussão na doutrina romanista, *vide* CURA, António A. Vieira, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português*, in *BFDUC — Studia Iuridica* 70 (*Colloquia* 11), nota[83] (que tem início na pág. 74 e termina na pág. 76), e a bibliografia aí indicada.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

vés da *mancipatio* ([15]), ficando o fiduciário com a obrigação de restituir a propriedade ao garante quando o devedor realizasse a *solutio* ou a *satisfactio* ([16]).

A sua finalidade era, portanto, a de assegurar o cumprimento de uma *obligatio*, que podia ter qualquer objecto, embora o mais comum (de acordo com as fontes de que dispomos) fosse uma certa quantia de dinheiro ([17]).

Embora a transmissão da propriedade para o credor fosse realizada através do mencionado negócio solene, a circunstância de ser preciso disciplinar os termos em que o fiduciário ficava obrigado a restituir a propriedade da *res* ao fiduciante e o modo como podia obter a satisfação do seu crédito, quando o devedor não efectuasse o cumprimento da obrigação garantida, faziam com que fosse necessário juntar à *mancipatio* um acordo não formal, que as fontes designam, genericamente, como *pactum conventum*, mas que, precisamente por ser um dos elementos constitutivos da *fiducia*, é correntemente denominado *pactum fiduciae* ([18]). A *fiducia cum creditore* era, assim, constituída por dois elementos: a *mancipatio fiduciae causa* e o *pactum fiduciae* ([19]).

2. Origem e desaparecimento

Apesar de não ser possível determinar com rigor quando surgiu a *fiducia cum creditore*, a doutrina romanista não põe em dúvida a antiguidade desta garantia

---

([15]) Mais adiante teremos oportunidade de referir os motivos que nos levam a afirmar que a aquisição da propriedade pelo fiduciário era realizada através da *mancipatio*, e não, também, mediante a *in iure cessio*. Nessa altura diremos também em que consistia cada um desses negócios solenes.

([16]) Na época clássica, como sustenta o nosso Mestre, SEBASTIÃO CRUZ, «*solvere*» indica sempre um *dare certum* e a «*solutio*» constitui «*o cumprimento exacto da* obligatio *de* dare certum», enquanto a «*satisfactio*» designa «*o cumprimento dum* incertum, *isto é, dum* facere *ou* non-facere *ou duma obrigação de* dare incertum *ou até dum simples* praestare *ou mesmo o cumprimento, parcial ou diferente ou não-exacto, duma* obligatio *de* dare certum». Cfr. CRUZ, Sebastião, *Da «solutio»*, I, cit., págs. 3, 9-10 e 64 ss., em especial, págs. 64-66, 132, 153, 226-227, 261-264, 311-312, 328 e 356-357.

([17]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., pág. 148.

([18]) A respeito da estrutura (complexa) da *fiducia*, *vide* LONGO, Carlo, *Corso di Diritto Romano. La «fiducia»* (Milano, 1946), págs. 20 e segs.; ERBE, Walter, *Die Fiduzia im römischen Recht* (Weimar, 1940), pág. 11; FREZZA, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni*, II. *Le garanzie reali* (Padova, 1963), págs. 9-10; BELLOCCI, Nicla, *La tutela della «fiducia» nell'epoca repubblicana* (Milano, 1974), pág. 6, nota[3]; CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 21-32; FUENTESECA, Pablo, *Líneas generales de la «fiducia cum creditore»*, in *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, 1994), págs. 388-396 e 403-409; e JUSTO, A. dos Santos, *Direito Privado Romano*, II, cit., pág. 168.

([19]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 21-22 (embora nos pareça, agora, pelas razões que adiante indicaremos, que a *in iure cessio* não foi utilizada para constituir a *fiducia*) e 29.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

real das obrigações. A sua origem encontra-se, seguramente, na época arcaica ([20]); mas não deve ser anterior ao séc. IV a.C., uma vez que não podia ser utilizada para transferir a propriedade com finalidade de garantia antes da transformação da *mancipatio* em *imaginaria venditio* — e, com isso, em negócio abstracto de aquisição da propriedade —, o que apenas terá ocorrido após o aparecimento da moeda cunhada (e a única referência segura de que dispomos a esse respeito é a da criação dos *triumviri monetales*, na altura da primeira cunhagem da moeda de bronze, em 289 a.C.) ([21]).

Surgida no período arcaico, a *fiducia cum creditore* teve plena utilização durante praticamente toda a época clássica (ainda que na época clássica tardia se verifique já alguma diminuição da frequência com que era utilizada), como resulta da existência de fontes epigráficas dessa época que a ela se referem (a «*Mancipatio Pompeiana*», do ano 61 d.C. ([22]), e a «*Formula Baetica*», do séc. I ou II d.C. ([23])), da inclusão da *actio fiduciae* no elenco dos *bonae fidei iudicia* do *Edictum Perpetuum* (segundo a reconstituição de LENEL) e dos fragmentos de obras de jurisconsultos clássicos que, segundo a crítica interpolacionística, res-

---

([20]) De acordo com a periodização adoptada entre nós por SEBASTIÃO CRUZ e SANTOS JUSTO, essa época tem início com a fundação de Roma (a data lendária de 753 a.C., que ultimamente tem vindo a ser posta em causa, com base em estudos arqueológicos) e termina em 130 a.C. Cfr. CRUZ, S., *Direito Romano*, cit., págs. 43-46; e JUSTO, A. dos Santos, *Direito Privado Romano*, I, cit., 18, e *A evolução do Direito Romano*, cit., págs. 50-53.

([21]) Para maiores desenvolvimentos, *vide* CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 172-175, e a bibliografia aí indicada.

([22]) Cfr. *FIRA* III, págs. 292-294.

([23]) Cfr. *FIRA* III, págs. 296-297.

Sendo uma fonte epigráfica oriunda da Península Ibérica, justificam-se alguns esclarecimentos adicionais à «*Formula Baetica*». Consiste numa inscrição, gravada em bronze, encontrada em 1867 na Andaluzia, na foz do Guadalquivir, num território que fez parte da antiga província romana da *Baetica*. É geralmente considerada como um formulário (como um modelo que devia ser seguido na realização de concretos negócios dessa natureza) e não como documento de um acto jurídico concreto (uma *mancipatio fiduciae causa* celebrada entre determinadas pessoas), ainda que não seja de excluir a sua elaboração com base num documento de uma *fiducia* (com finalidade de garantia) efectivamente realizada, trazido da Itália e copiado na Península Hispânica.

Sobre a «*Formula Baetica*» e o seu teor, *vide* GUENOUN, Lucien, *Un document épigraphique sur la vente romaine et le pacte de fiducie: la table de Betique* (Montpellier, 1941), pág. 1; LONGO, C., *Corso. La «fiducia»*, cit., págs. 3-4; BARTOŠEK, Milan, *La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignoratizia secondo il Diritto Romano*, in *BIDR* 51-52 (1948), págs. 241-242; D'ORS, Álvaro, *Epigrafía jurídica de la España romana* (Madrid, 1953), págs. 431-433 e 435-438; BURDESE, Alberto, «*Fiducia*», in *NNDI*, vol. VII (Torino, 1961), pág. 295; GROSSO, Giuseppe, «*Fiducia*» (*Diritto Romano*), in *ED*, vol. XVII (Milano, 1968), pág. 385; e FUENTESECA, P., *Líneas generales de la «fiducia cum creditore»*, cit., págs. 388-389.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

peitavam originariamente a essa forma de garantia (que dela tratam como instituto aplicável na prática) ([24]).

Apesar de ainda ser referida em fontes da época pós-clássica — como as *Pauli Sententiae* (de finais do séc. III ou começos do séc. IV) e os *Fragmenta Vaticana* (do séc. IV ou de princípios do séc. V) —, a verdade é que a *fiducia* caiu em desuso e acabou por desaparecer, na prática, ainda nesse período, com a decadência da *mancipatio*, a que estava umbilicalmente ligada. No Império do Oriente não há quaisquer vestígios da sua utilização a partir do início do séc. V; não surpreende, por isso, que não tenha sido acolhida na compilação de *ius* e de *leges* mandada elaborar por Justiniano no século seguinte, que o imperador pretendia consonante com a realidade social do seu tempo e na qual alguns textos antes referentes à *fiducia cum creditore* foram utilizados com substituição do termo «*fiducia*» por «*pignus*» ou por «*pignus hipotecasve*» ([25]).

3. Objecto

3.1. A limitação da *fiducia cum creditore* às *res mancipi*

A doutrina romanista encontra-se dividida a respeito da possibilidade de a *fiducia cum creditore* ter como objecto *res nec mancipi*: a maioria dos AA. rejeita a aplicação dessa garantia real a tal categoria de coisas, restringindo-a às *res mancipi*; mas alguns AA. (como CARLO LONGO e FREZZA ([26])) alargam o seu âmbito de aplicação àquelas.

Como defendemos no já mencionado estudo, em face das fontes de que dispomos, a tese restritiva parece-nos melhor fundada, mesmo para a *fiducia* em geral. As fontes invocadas pelos AA. que sustentam ter sido possível a *fiducia* de *res nec mancipi* (em particular, D.33,10,9,2 e D.39,6,42pr.) não se referem à *fiducia cum creditore*; e nem sequer permitem essa conclusão quanto à *fiducia cum amico* ([27]).

Subsiste, pois, a afirmação, feita pela doutrina dominante, de que as fontes conhecidas apenas se referem à *fiducia* de *res mancipi*. E não nos parece aceitável desvalorizar esse facto com base na sua escassez — argumentando que, por esse motivo, não se podem excluir do âmbito da fiducia as *res nec mancipi* (como fez CARLO LONGO).

([24]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 175-176, e a bibliografia aí indicada.

([25]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 177-178, e a bibliografia indicada na nota[187].

([26]) Cfr. LONGO, C., *Corso. La «Fiducia»*, cit., págs. 27 e segs.; e FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni*, II, cit., pág. 16.

([27]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 16-20.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

3.2. As razões dessa limitação

As razões que podem justificar a restrição da *fiducia cum creditore* às *res mancipi* podem ser duas e têm a ver com a posição adoptada a respeito do significado de «*mancipium*», de que o termo «*mancipi*» (das expressões que designam as duas categorias de coisas que o direito romano contrapôs durante séculos — a das *res mancipi* e a das *res nec mancipi*), que qualifica as coisas, é o genitivo arcaico ([28]).

Se aderirmos à tese que identifica «*mancipium*» com propriedade ([29]) ou à que, considerando-o como poder unitário do *paterfamilias* sobre pessoas e coisas, exclui dele as coisas que não tinham uma estreita ligação com as necessidades da *familia* ([30]), as quais seriam objecto de um simples poder de facto do *paterfamilias*, ou seja, de posse (e não de propriedade quiritária) ([31]), poderemos afirmar que a *fiducia cum creditore* não podia incidir sobre *res nec mancipi* porque consistia (como vimos) na transferência da propriedade de uma coisa para o credor e elas se encontravam na simples disponibilidade material do seu titular, sem que fossem objecto de propriedade (*dominium*), que, inicialmente, se limitaria às *res mancipi*.

Todavia, se entendermos que «*mancipium*» constitui a designação primitiva do acto solene utilizado para a aquisição da propriedade das coisas socialmente mais importantes, que mais tarde recebeu a designação de «*mancipatio*» ([32]), então a limitação da *fiducia cum creditore* às *res mancipi* encontrará a sua justificação na circunstância de essa forma de garantia real ter surgido como aplicação

---

([28]) Neste sentido, *vide*, por ex., BONFANTE, Pietro, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana. «Res mancipi» e «res nec mancipi»*, in *Scritti Giuridici Varii*, II (Torino, 1918), pág. 31, e *Corso di Diritto Romano*, II, Secção I (Roma, 1926), pág. 173; LONGO, Carlo, *Corso di Diritto Romano — Le cose,la proprietà e i suoi modi di acquisto* (Milano, 1946), pág. 10; FUENTESECA, Pablo, «*Mancipium-mancipatio-dominium*», in *Labeo* 4 (1958), pág. 136; GALLO, Filippo, *studi sulla distinzione fra«res mancipi» e «res nec mancipi»* Torino, 1958), págs 93-94 e nota[146]; e FRANCIOSI, Genaro, «*Res mancipi» e «res nec mancipi*», in *Labeo* 5 (1959), pág. 386.

([29]) Essa tese é perfilhada, designadamente, por PIETRO BONFANTE, EMILIO COSTA CARLO LONGO, CARLO MASCHI e ARANGIO-RUIZ. A indicação das obras em que estes notáveis romanistas sustentam essa opinião pode ver-se em CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., pág. 181, nota[392].

([30]) Tal tese é defendida, entre outros, por DE VISSCHER, BRASIELO, FRANCIOSI, BIONDI e GUARINO, nas obras indicadas em CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., pág. 181, nota[393].

([31]) Sublinhe-se que isso não é sustentado pelo primeiro dos AA. referidos na nota anterior, que considera totalmente inverosímil a limitação da propriedade quiritária às *res mancipi*. Cfr. DE VISSCHER, F., «*Mancipium» e «res mancipi*», in *SDHI* 2 (1936), págs. 317-322.

([32]) Como sustentam, nomeadamente, SCHERILLO, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, FILIPPO GALLO, COLORNI e COLOGNESI. A indicação das obras em que estes ilustres romanistas sustentam essa tese pode ver-se em CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., pág. 181, nota[394].

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

de um negócio solene já existente — o *mancipium* (depois *mancipatio*), transformado em acto abstracto — com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações, mediante a junção àquele de um acordo não formal (*pactum fiduciae*), e não como figura jurídica criada *ex novo*: como esse negócio solene apenas podia ser utilizado para adquirir o *dominium* de *res mancipi*, o objecto da *fiducia cum creditore* ficou igualmente circunscrito a tal categoria de coisas.

A existência de fontes que comprovam a extensão da propriedade quiritária às *res nec mancipi* na época arcaica, muito provavelmente em momento anterior àquele em que terá surgido o instituto de que nos ocupamos ([33]), levanos a pensar não ser aceitável a primeira das referidas justificações ([34]).

Mais consistente parece ser a segunda, até porque a associação das *res mancipi* ao negócio solene inicialmente denominado *mancipium* tem por si um parágrafo das *Institutiones Gai* (GAIUS II,22), que faz assentar a qualificação dessa categoria de coisas na circunstância de elas serem «*transferidas para outrem por* mancipatio» («*Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae*»).

A exigência de uma forma solene para a aquisição da propriedade de *res mancipi* explica-se, segundo cremos, por serem elas as coisas socialmente mais importantes — «*res pretiosiores*», na qualificação que lhes é atribuída por Gaio (GAIUS I,192), mas que deve ter um valor essencialmente histórico, não se harmonizando já com a realidade existente na época desse enigmático jurista ([35]) —, por constituírem o indispensável suporte da organização económico-social romana primitiva (e não, unicamente, pela sua destinação à actividade agrícola) ([36]). As restantes coisas (*res nec mancipi*), porque assumiam uma importância menor na vida sócio-económica dos primórdios da vida jurídica romana, não justificavam tal forma de aquisição.

A limitação da *fiducia cum creditore* às coisas mais importantes na época em que surgiu bem se compreende se tivermos presente que até aí apenas existiam garantias pessoais e que, por isso, a boa aceitação de uma garantia que recaía unicamente sobre uma *res* impunha que se tratasse de uma das coisas então consideradas como as mais valiosas na vida económico-social romana.

([33]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 184-186.

([34]) Mesmo um dos defensores mais convictos da tese da mera sujeição das *res nec mancipi* ao mero poder de facto do *paterfamilias* (GUARINO) admite que o alargamento da esfera de interesses do ordenamento jurídico a essa categoria de coisas se verificou a partir do séc. VI a.C. e, por conseguinte, antes do aparecimento da «*fiducia cum creditore*», o que reforça ainda mais a nossa convicção de que a restrição dessa forma de garantia real às *res mancipi* não pode ser explicada com base na exclusão das restantes coisas do âmbito da propriedade.

([35]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., pág. 189.

([36]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, *ob. loc. cit.* na nota anterior.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

4. Estrutura e natureza jurídica

4.1. A necessidade da *mancipatio* e de um *pactum conventum*

Como dissemos, a *fiducia cum creditore* era constituída através da *mancipatio* e do *pactum fiduciae*. Só a conjugação desses dois elementos tornava possível a realização da finalidade pretendida, pois a simples realização daquele negócio solene, ainda que *fiduciae causa*, não era suficiente para que fossem devidamente regulados os diversos aspectos da vida da *fiducia*.

Com efeito, a *mancipatio*, na época clássica, traduzia-se num acto solene e formal de aquisição (por qualquer causa, enquanto negócio abstracto) da propriedade de *res mancipi*, realizado (por um preço simbólico — *sestertio nummo uno*) com observância de determinadas formalidades e pelo qual o adquirente, na presença de pelo menos cinco testemunhas, que tinham de ser cidadãos romanos púberes, e de outro de idêntica condição, que devia segurar uma balança (e a quem se chamava pesador), tendo o objecto ou algo que o simbolizasse na sua mão, afirmava ser o seu proprietário segundo o direito dos quirites e que o adquiria através da balança e do pedaço de bronze (*rauduscullum*) com que, de seguida, tocava a balança, o qual era considerado como se fosse o preço ([37]).

Quando a finalidade da realização desse desse negócio solene fosse a de garantir o cumprimento de uma obrigação, apenas acrescia a isso a possibilidade de, na *nuncupatio*, aludir à transferência da propriedade *fiduciae causa* — sem o que, como salienta ÁLVARO D'ORS (a propósito de outras aplicações da *fiducia*), haveria aquisição da propriedade da *res* por parte do mancipatário, mas não *fiducia* ([38]).

Mas, como também já referimos, era necessário juntar a esse negócio formal de transferência do *dominium* (mas sem que fosse incorporado neste) um *pactum conventum*, que disciplinasse, nomeadamente, a finalidade concreta que determinava a realização da *mancipatio* fiduciária (em virtude de, como sabemos, esse negócio solene e formal podia ser realizado *fiduciae causa* para fins dife-

---

([37]) Cfr. GAIUS I,119: «*Est autem mancipatio* (...), *imaginaria quaedem venditio; quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est, eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipatio accipit, aes tenens ita dicit* HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; *deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco*».

([38]) Cfr. D'ORS, Álvaro, «*Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita*», in *Studi in Onore di Gaetano Scherillo*, vol. II (Milano, 1972), pág. 479.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

rentes da garantia), os termos em que o fiduciário ficava obrigado a restituir a propriedade da coisa recebida em garantia (com uma *mancipatio* de sentido contrário à inicialmente realizada ou com *in iure cessio* ([39])) e o modo como poderia obter a satisfação do seu crédito com a *res*. O denominado *pactum fiduciae* era um *pactum adiectum* (um pacto adjunto daquele mesmo negócio), realizado no momento da celebração daquele negócio *iuris civilis* (ou seja, *in continenti*) — como é comprovado pelas duas mais importantes fontes epigráficas respeitantes à *fiducia cum creditore*, a «*Formula Baetica*» e a «*Mancipatio Pompeiana*» (que analisaremos mais adiante).

Só a articulação desses dois elementos tornava possível a disciplina integral deste instituto ([40]).

Não se ignora que a aquisição da propriedade de *res mancipi* podia verificar-se igualmente por meio da *in iure cessio* ([41]). E até já defendemos, há duas décadas, que esta podia ser utilizada para a constituição da *fiducia cum creditore* ([42]).

Todavia, pensando melhor sobre essa questão, inclinamo-nos agora para a exclusão da possibilidade de a *in iure cessio* ser usada para a constituição desta forma de garantia real.

([39]) Neste caso já não vemos motivo para excluir a possibilidade de utilização desse acto aparente, uma vez que se tratava de possibilitar a re-aquisição do *dominium* pelo fiduciante, sem qualquer cláusula fiduciária e sem necessidade de qualquer pacto.

([40]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 29-31.

([41]) Além de poder ser utilizada como modo geral de aquisição da propriedade, tanto de *res mancipi* como de *res nec mancipi* [cfr. GAIUS II,22 — «*Mancipi uero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae. quod autem ualet mancipatio, <idem ualet et in iure cessio>*»; e ULP. XIX,9 — «*In iure cessio quoque communis alienatio est et mancipii rerum et nec mancipi* (...)»], a *in iure cessio* servia ainda para constituir outros direitos reais, sobretudo as servidões prediais urbanas e o usufruto [cfr. GAIUS II,29-30] e para a aquisição da herança [cfr. GAIUS II,34].

A *in iure cessio* consistia no seguinte: perante um magistrado do povo romano, tal como o pretor (e antes dele o cônsul) ou o governador da província, aquele a quem a coisa era cedida, tendo-a na mão (ou a algo que a simbolizasse) afirmava que ela lhe pertencia segundo o direito dos quirites; em seguida, o magistrado perguntava ao demandado (que ia ceder a coisa) se contestava a afirmação do demandante; se ele não contestasse ou permanecesse em silêncio a coisa era adjudicada ao reivindicante (mediante a *addictio*). Cfr. GAIUS II,24: «*In iure cessio aut hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit* HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO; *deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. Hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum*».

([42]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 192-193, 194, 198, 219, 223, 226 e 234.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

Por sobre deverem as partes servir-se normalmente («*quase sempre*», afirma Gaio ([43])) da *mancipatio* — por esta se desenrolar perante amigos, sem necessidade de recurso ao tribunal —, mesmo para a aquisição da propriedade em geral), cremos que a circunstância de a *in iure cessio* (como a própria designação indica) ser realizada na fase *in iure* do processo ([44]) (tendo, por conseguinte, natureza formalmente processual) e constituir uma aplicação da arcaica *legis actio sacramenti in rem*, caracterizada pela prática de uma série de actos solenes ([45]), excluía a possibilidade de inserir no formalismo dessa reivindicação fingida uma referência à sua realização «*fidi fiduciae causa*» (que se acha comprovada para a *mancipatio*, na *Formula Baetica*) e, mais ainda, a de juntar a esse negócio solene um *pactum fiduciae* (como *pactum* realizado *in continenti*), que, como vimos, era absolutamente indispensável para a disciplina integral da relação emergente da *fiducia* com fins de garantia.

Se, por fim, tivermos presente que as fontes de que dispomos apenas testemunham a utilização da *mancipatio* (e não, também, a da *in iure cessio*) para a realização da *fiducia cum creditore* — e não quisermos desvalorizar esse facto com a alegação da escassez das fontes —, parece-nos legítimo concluir que tudo aponta no sentido de que a *fiducia* terá nascido como aplicação da *mancipatio*, realizada *fiduciae causa*, e de que assim se terá mantido, sem que alguma vez tenha sido constituída mediante *in iure cessio*.

4.2. A natureza contratual da *fiducia cum creditore*

Apesar de alguns ilustres romanistas negarem natureza contratual à *fiducia* ([46]) e, portanto, à modalidade de que aqui tratamos, a orientação dominante na doutrina romanista é a que qualifica a *fiducia* como contrato. E cremos que

---

([43]) Cfr. GAIUS II,25: «*Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. Quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultatem apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere*».

([44]) Sobre as fases do processo (*in iure* e *apud iudicem*), no sistema processual das *legis actiones* e no do *agere per formulas*, e a tramitação observada em cada uma delas, *vide*, por todos, JUSTO, A. dos Santos, *Direito Privado Romano*, I, cit., págs. 266-268, 289-305, 311-312 e 342-370.

([45]) Cfr., por todos, JUSTO, A. dos Santos, *Direito Privado Romano*, I, cit., pág. 291, e *Direito Privado Romano*, III (*Direitos Reais*), *Studia Iuridica* 26 (Coimbra, 1997), págs. 97-99.

([46]) Assim, designadamente, SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano clasico*, trad. espanhola de J. Santa Cruz Teijeiro (Barcelona, 1960), pág. 449; e FUENTESECA, Pablo, *Derecho Privado Romano* (Madrid, 1978), pág. 253.

MAGDELAIN, por sua vez, afirma, cautelosamente, não ser certo que a *fiducia* tenha feito parte da categoria dos contratos, no direito clássico. Cfr. MAGDELAIN, Alain, *Le consensualisme dans l'édit du préteur* (Paris, 1958), pág. 103, nota[228].

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

bem, apesar de as fontes de que dispomos não serem decisivas nesse sentido ([47]), nem conterem, como salienta ÁLVARO D'ORS, «*uma base textual segura para fixar o conceito preciso de 'contractus'*» ([48]).

Com efeito, parece não haver hoje dúvidas de que, no direito romano clássico, o contrato pressupunha sempre (mesmo nos chamados contratos verbais ([49])) um acordo de vontades das partes (*conventio*) ([50]); e, além disso, que dele nasciam obrigações para uma ou para ambas as partes (ainda que para uma delas pudessem surgir somente no decurso da relação contratual) ([51]). Ora, também assim era na *fiducia*, pois, além de assentar num acordo de vontades do fiduciante e do fiduciário (bastando atentar nos elementos integrantes da sua estrutura negocial — o acto solene de aquisição da propriedade e o *pactum* que o acompanhava — para dissipar quaisquer dúvidas que, porventura, pudessem existir a

---

([47]) Para a indicação dessas fontes, *vide* CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 77-78.

([48]) Cfr. D'ORS, Álvaro, «*Creditum*» *y* «*contractus*», in *AHDE* 26 (1956), págs. 204-205 — onde este notável romanista manifesta mesmo dúvidas de que os juristas clássicos tenham chegado a formular com precisão esse conceito.

([49]) Saliente-se ainda que, fundando-se nos *verba* (que são o seu elemento constitutivo) e não prescindindo deles, a *iurisprudentia* clássica não deixava de ter em consideração o consenso das partes, a *voluntas*, que os *verba* exteriorizavam. Cfr. CURA, António A. Vieira, «*Mora debitoris*» *na época clássica. Contributo para o seu estudo* (Coimbra, 2003), nota[155] (iniciada na pág. 264 e concluída na pág. seg.).

No sentido de que na *stipulatio*, já na época clássica, o consenso está ínsito nos *verba*, *vide*, por todos, BIONDI, B., *Contrato e «stipulatio»*, cit., 287-288 e 295.

([50]) Embora dominante no período caracterizado pelo radicalismo crítico, a doutrina que atribui aos compiladores justinianeus a relevância dada ao *consensus*, à *conventio*, numa palavra, à *voluntas*, não resiste, na verdade, a uma análise ponderada de diversos fragmentos do Digesto que foram considerados interpolados com base em elementos puramente formais. Vejam-se, por ex., D.2,14,1,3 («*...conventionis nomine generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*»), D.45,1,83,1 («*...stipulatio ex utriusque consensu valet...*») e D.45,1,137,1 («*...stipulatio ex utriusque consensu perficitur*»).

A respeito da maior importância que, em geral, foi sendo reconhecida (pelos juristas clássicos) à *voluntas*, relativamente aos *verba* (ainda que não no caso da *stipulatio*, que, na época clássica, teria permanecido amarrada ao rigor verbal), *vide* RICCOBONO, S., *La «voluntas» nella prassi giudiziaria guidata dai pontefici*, in *Festschrift Schulz*, I (Weimar, 1951), págs. 302-309, *Origine e sviluppo del domma della volontà nel Diritto*, in *Atti Roma* I (Pavia, 1934), págs. 179-192, *Punti di vista critici e ricostruttivi, a proposito della disertazione di L. Mitteis «Storia del diritto antico e studio del Diritto Romano»*, in *AUPA* 12 (1929), págs. 500-504, *Prefazione a Giovanni Stroux, «Summum ius summa iniuria» — Un capitolo concernente la storia della «interpretatio iuris»*, in *AUPA* 12 (1929), págs. 640-646, *Der Wille als Entwicklungsfaktor im römischen Rechte*, in *Scritti Ferrini*, IV (Milano, 1949), págs. 55-63, e «*Stipulatio*» *ed «instrumentum» nel diritto giustinianeo*, in *SZ* 35 (1914), págs. 247 ss.

([51]) Para maiores desenvolvimentos, sobre este tema, *vide* CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 78-88.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

esse respeito), era fonte de obrigações: a obrigação de restituir a propriedade da *res fiduciae data* (se a obrigação garantida fosse cumprida), que recaía sobre o credor (nascida com a realização da *mancipatio fiduciae causa*, como melhor veremos adiante); e as eventuais obrigações surgidas no decurso da relação e que estavam a cargo do fiduciante — a de reembolsar eventuais despesas efectuadas pelo fiduciário com a conservação da *res* e o ressarcimento dos danos que ela provocasse.

As fontes também não contêm uma classificação dos contratos (típicos ([52])) conhecidos e utilizados pelos romanos na época clássica; o que elas apresentam de forma directa é uma classificação das «*obligationes quae ex contractu nascuntur*» (para utilizarmos a expressão que nos aparece em GAIUS III,88): «*re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*» (GAIUS III,89, que Justiniano seguiu, em I.3,13,2); «... *omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu*» (GAIUS III,119*a*); «*Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*» (na classificação incompleta de D.44,7,1,1).

Todavia, parece ocorrer aí uma sobreposição do conceito de *contractus* a essa imediata quadripartição das *obligationes* com base no modo como são criadas ou contraídas, razão pela qual, fazendo apelo a tal conceito, a romanística deduziu daí a actual terminologia: contratos reais, verbais, literais e consensuais — isto é, a individualização de distintas categorias contratuais, ancoradas no diverso elemento em que se funda o vínculo ([53]).

Assim, o contrato real é aquele em que a *obligatio* «*re contrahitur*», isto é, em que a obrigação é contraída mediante a coisa; o contrato consensual é aquele em que a *obligatio* «*consensu contrahitur*», ou seja, em que a obrigação é contraída unicamente mediante o consenso; o contrato verbal é o *contractus* em que a *obligatio* «*verbis contrahitur*», quer dizer, em que a obrigação é con-

---

([52]) Na doutrina romanista alude-se, geralmente, a «tipicidade dos contratos», com referência ao direito romano clássico, no sentido de que (de harmonia com aquele «*senso di viva concretezza che hanno i romani*», a que se refere, *v. g.*, BIONDI, o qual se consubstancia em que eles «*non conoscono categorie generali ed astratte, ma solo singole figure tipiche, aventi ciascuna propria funzione, propria struttura, proprio regime giuridico*») os romanos não conhecem a categoria geral do contrato (com a possibilidade de livre determinação do seu conteúdo), mas particulares tipos de contrato, cujo elenco pode ser apresentado de modo preciso.

Sobre a tipicidade dos contratos no direito romano clássico, *vide* BIONDI, Biondo, *Contratto e «stipulatio»* (Milano, 1953), págs. 21-25; GROSSO, Giuseppe, *Il sistema romano dei contratti*, 3.ª ed. (Torino, 1963), págs. 66, e 163-164, e *Contratto (Diritto Romano)*, in *ED*, vol. IX (Milano, 1961), págs. 756-757; e BRASIELLO, Ugo, *Obbligazione (Diritto Romano)*, in *NNDI*, vol. XI (Torino, 1965), pág. 560.

([53]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., pág. 91 (e a bibliografia aí indicada).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

traída mediante palavras proferidas oralmente ([54]); e o contrato literal é aquele em que a *obligatio* «*litteris contrahitur*», em que a obrigação é contraída mediante documento escrito.

Tomando como ponto de partida essa classificação dos contratos, cremos que a *fiducia* era um contrato real (quanto à constituição), pois a sua perfeição não se bastava com o consenso, sendo necessária ainda a *datio rei*, ou seja, a transferência da propriedade da coisa, que, como vimos, caracterizava a *fiducia cum creditore* e sem a qual esta não produzia os seus efeitos.

Não se ignora que ela não aparece na única fonte clássica que se refere às *obligationes re contractae*, as *Institutiones Gai*. Isso não chega, no entanto, para excluir a *fiducia* do âmbito dos contratos reais, uma vez que esse enigmático jurista, na mencionada quadripartição das obrigações nascidas de contrato, parece limitar-se a fornecer exemplos, não abarcando todas as obrigações, nem todos os tipos contratuais ([55]). Assim acontece, em particular, quanto às *obligationes re contractae*, pois GAIUS, ao referir o mútuo, emprega o termo «*velut*», que nos leva a admitir a existência de outras obrigações assim contraídas. Por esse motivo, a omissão da *fiducia* num texto de Gaio respeitante aos contratos, numa altura em que essa forma de garantia já não era muito utilizada (sobretudo na prática provincial), não constitui obstáculo à sua qualificação como contrato real ([56]).

5. A obrigação de restituição da *res fiduciae data*

5.1. A realização da *solutio* pelo devedor como pressuposto dessa obrigação

O cumprimento (integral ([57])) da obrigação garantida pela *fiducia* (ou outra qualquer causa de extinção da mesma) não determinava a automática reaquisi-

([54]) A *stipulatio* é um desses contratos, como resulta de GAIUS III,92 («*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti DARI SPONDES? SPONDEO...*») e de D.44,7,1,7 («*Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulemur*»).

([55]) Cfr. D'ORS, Álvaro, «*Re et verbis*», in *Atti Verona*, III (Milano, 1951), pág. 268.

([56]) Neste sentido, *vide* CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 90-98 (e a bibliografia aí indicada).

([57]) Devido à característica da indivisibilidade, a garantia real mantinha-se enquanto subsistisse uma parte da dívida (porque o devedor cumpriu apenas parcialmente ou porque, tendo ocorrido o seu falecimento, nem todos os seus herdeiros pagaram a sua quota-parte da dívida) — cfr. D.13,7,8,2: «*Si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res* [*pignori*] <*fiduciae*> *data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset*» —, desde que estivesse por efectuar alguma das prestações em que devia ter lugar o seu pagamento (continuando o credor a ter a faculdade de vender a *res* que lhe fora dada em garantia mesmo que só uma prestação estivesse por pagar) — cfr. D.13,7,8,3: «*Si annua bima trima die triginta stipula-*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

ção do *dominium* da *res fiduciae data* por parte do fiduciante; esse instituto jurídico, no direito romano, não era configurado como uma transferência da propriedade submetida a condição resolutiva (que faria cessar os efeitos da alienação realizada), pois tal construção jurídica era estranha ao *ius romanum*.

A realização da *solutio* correspondia, unicamente, ao acontecimento a cuja verificação estava subordinada a obrigação de restituição da propriedade, que recaía sobre o credor fiduciário — a condição (suspensiva) «*si pecunia quaque die soluta esset*» (no caso de se tratar, como sucedia normalmente, de uma obrigação pecuniária). No caso de o credor, verificada essa condição suspensiva, não efectuar espontaneamente a restituição da propriedade civil da *res* que lhe havia sido dada em garantia, o fiduciante dispunha da *actio fiduciae* que, no entanto, por ser uma *actio in personam* (e não *in rem*) ([58]), apenas lhe permitia a obtenção do valor dessa coisa ([59]).

5.2. O problema do fundamento da obrigação de restituição (breve referência)

Segundo cremos, a obrigação de restituição da propriedade da *res fiduciae data*, uma vez realizada a *solutio* ou a *satisfactio* da *obligatio* garantida, tinha o seu fundamento no negócio solene de transferência da propriedade, realizado *fiduciae causa*, e não no *pactum fiduciae*.

A doutrina romanista encontra-se profundamente dividida quanto a esta questão, embora seja dominante a orientação que considera o *pactum fiduciae*

---

tus acceperim [*pignus*] <*fiduciam*> *pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me* [*pignus*] <*fiduciam*> *vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur: nec verum est sua quaque die non non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent. sed omnibus pensionibus praeteritis, etiamsi una portio soluta non sit,* [*pignus*] <*fiduciam*> *potest venire. sed si ita scriptum sit: 'si qua pecunia sua die soluta non erit', statim competit ei pacti conventio*» — ou se, apesar da restituição do capital em dívida, o devedor não tivesse pago os juros (compensatórios) estipulados e/ou as despesas feitas pelo credor com a coisa objecto da *fiducia* — cfr. D.13,7,8,5: «*Cum* [*pignus*] <*fiducia*> *ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt*».

([58]) A respeito da distinção entre *actio in personam* e *actio in rem*, *vide*, por todos, ALVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *Curso de Derecho Romano*, I (Madrid, 1955), págs. 372 ss.; e JUSTO, A. dos Santos, *Direito Privado Romano*, I, cit., págs. 239 ss.

Sobre a qualificação da *actio fiduciae* como acção pessoal, *vide*, por todos, JUSTO, A. dos Santos, *As garantias reais das obrigações*, cit., págs. 7-8, e *Direito Privado Romano*, II (*Direito das Obrigações*), *Studia Iuridica* 76, 3.ª ed. (Coimbra, 2008), pág. 169; e CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 269-270.

([59]) Sobre a obrigação de restituição e a sua subordinação ao cumprimento atempado da dívida garantida, *vide* CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 215-219 e 241.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

como fundamento da obrigação de restituir a propriedade da coisa recebida em *fiducia* (60).

Como tivemos ensejo de afirmar no já referido estudo sobre a *fiducia cum creditore* (61), não nos parece, todavia, ser possível encontrar nas fontes referentes a este instituto uma confirmação dessa tese; além disso, ao bem fundado da mesma parecem obstar razões de carácter geral, ao invés do que sucede com a tese oposta.

Na verdade, não encontramos a obrigação de restituição referida no *pactum conventum* da «*Formula Baetica*», que se limita a reconhecer ao fiduciário o direito de vender os objectos fiduciados «*si pecunia sua quaque die soluta non esset*», pressupondo, portanto, a existência de tal obrigação, cujo cumprimento demarca de forma puramente negativa (62). E o mesmo acontece com a «*Mancipatio Pompeiana*», uma vez que no início desse documento se faz referência à *imaginaria venditio* dos escravos feita pelo garante à credora, com a intenção de lhe serem restituídos (ou aos seus herdeiros) no caso de ser cumprida a obrigação garantida (de restituir a quantia mutuada) e o *pactum conventum* se limita a referir a consequência da falta de restituição do *tantundem* na data estabelecida (a possibilidade de a credora fiduciária vender as coisas que lhe tinham sido dadas em *fiducia*), ou seja, à definição dos termos em que a obrigação de remancipar os escravos deixa de existir e, por conseguinte, a credora fica isento de qualquer responsabilidade quanto a esse particular (63).

Acresce a isso que à fundamentação da obrigação de restituir a propriedade (da *res fiduciae data*) no *pactum fiduciae* obsta o princípio de que o pacto não ori-

---

(60) Para uma indicação de alguns dos AA. que vêem no *pactum fiduciae* o elemento gerador da obrigação de restituição, *vide* CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 219-220 e nota456.

(61) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 220-225.

(62) Cfr. *Formula Baetica*: «*Dama L. Titi serv(us) fundum Baianum, qui / est in agro qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumus(que) / esset, (sestertio) n(ummo) I et hominem Midam (sestertio) n(ummo) I fidi fiduciae causa man/cipio accepit ab L. Baianio, libripende antest(ato). Adfines fundo / dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet*».

«*Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi serv(um) et L. Baian(ium), <uti> / quam pecuniam L. <Titius L.> Baian<i>o dedit dederit, credidit crediderit ex/pensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit,/ spopondit <spoponderit>, fideve quid sua esse iussit iusserit usque eo is fundus / eaque mancipia fiducia<e> essent, donec ea omnis pecunia fides//ve persoluta L. Titi soluta liberataque esset*; (...)». Cfr. *FIRA* III, págs. 296-297.

(63) «(...) *Dicidia Margaris cum*] *Popp<a>ea Prisci li*[*b(erta) Note pactum conventum fecit*], *uti<que> ea manc*[*ipia*] *sumtu impensa periculoque tuo sint supra haec inter se convenerunt pactaeque... inter se sunt. Actum Pompeis IX kal... L. Iunio Caesennio Paeto P. Calvisio Rusone cos.*].

[*Pactum conventum. Quae mancipia hodie mihi ven*]*didi*[*sti, ita tibi heredive tuo* (?) *restituentur, ut antea pecunia, quam*] *m*[*u*]*t*[*uam*] *pro duobu*[*s mancipiis tibi hodie* (?) *dedi, o*]*mnis mihi <h>ere*[*dive meo solvatur vel ad me ut rede*]*at usu ve*[*nia*]». Cfr. *FIRA* III, págs. 292-294.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

gina uma *obligatio*, mas somente uma *exceptio* [cfr. D.2,14,7,4: «... *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*»], de que, portanto, «*ex nudo pacto actio non nascitur*», princípio que (de acordo com as fontes de que dispomos) não sofre derrogação quanto ao *pactum fiduciae*. É certo que este pacto era um dos *pacta adiecta* (sem autonomia em relação ao negócio solene, *iuris civilis*, a que se juntava), realizado até *in continenti*, e que o *iudicium fiduciae* era *bonae fidei*, razão pela qual o pacto se encontrava abrangido pela *actio fiduciae* (64); mas isso não permite concluir (contra o que dispõe D.2,14,7,4) que a *actio fiduciae* e a obrigação de restituição (cujo incumprimento sanciona) derivam do *pactum* (65).

Daí parecer-nos plenamente justificada a conclusão de que a obrigação de restituição da *res* dada em *fiducia* se funda no próprio acto solene de transferência da propriedade, realizado *fiduciae causa*. No pacto (em que estava pressuposta), apenas era regulada de forma negativa, na medida em que aí se estabelecia a sua definitiva inexistência no caso de não ser efectuada a *solutio* na data convencionada (ao conferir ao credor fiduciário o direito à satisfação do seu crédito com a coisa fiduciada) (66).

6. A satisfação do credor em caso de não realização da *solutio*

Relativamente ao efeito do não cumprimento da obrigação garantida pela *fiducia* existem, também, consideráveis divergências entre os romanistas. Com efeito, alguns romanistas sustentam que o direito de vender a *res* era inerente à *mancipatio fiduciae causa*; outros, que o credor apenas podia obter a satisfação do seu crédito, com a coisa que lhe havia sido dada em *fiducia*, vendendo a *res* ou ficando definitivamente como proprietário dela, através de um pacto expresso (*pactum vendendi* ou *lex commissoria*, respectivamente); e outros, que o regime comissório era inerente à *fiducia cum creditore*, pelo que o credor tinha o direito de ficar para sempre com o *dominium* da coisa recebida em garantia, como forma de satisfação do seu crédito, sem necessidade de um pacto nesse sentido.

Como bem se compreende, não iremos analisar aqui essas diferentes orientações doutrinais sobre essa magna questão (67). Limitar-nos-emos a fazer uma síntese da evolução registada neste âmbito.

---

(64) Cfr. D.2,14,7,5: «*Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis* (...)».

(65) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 222-223.

(66) Isso mesmo parece ser confirmado por BOETHIUS, *ad Cic. Top.*, 10,41: «*Fiduciam accepit cuicumque res aliqua mancipatur ut eam mancipanti remancipet* (...)».

Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 223-225.

(67) Para uma síntese de cada uma delas e para a respectiva apreciação crítica, *vide* CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 226-252.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

6.1. O regime comissório ou a *lex commissoria*

Não obstante a falta de elementos seguros a esse respeito ([68]), parece poder admitir-se que o modo de satisfação do credor fiduciário chegou a consistir no direito de conservar definitivamente (isto é, sem obrigação de a restituir) a propriedade do objecto fiduciado.

E, segundo parece, não havia qualquer necessidade de um pacto que expressamente conferisse tal direito ao credor (*lex commissoria*), a fim de evitar uma eventual responsabilidade por falta de restituição do *dominium* sobre a *res*, pois, como vimos, a obrigação de restituição estava subordinada à *condicio* da realização tempestiva da *solutio* ou da *satisfactio* pelo devedor; esse condicionamento determinava que a referida *obligatio* deixasse de existir em caso de falta de cumprimento tempestivo da dívida garantida ([69]).

Com isso rejeitamos a possibilidade de ter havido um período inicial na vida da *fiducia cum creditore* em que o fiduciário seria sempre responsável pela não restituição da propriedade da *res*, sem qualquer limitação temporal, contanto que o devedor cumprisse a obrigação garantida — o que se traduziria em negar à *fiducia* uma função satisfatória; estamos, pois, plenamente convencidos de que o credor fiduciário sempre teve o direito de obter a satisfação do seu crédito com a *res* havida em garantia, no caso de o devedor não realizar a *solutio* ou a *satisfactio* no prazo estipulado ([70]).

Mas, se é muito provável que tenha sido esse o regime primitivo da *fiducia*, em caso de falta de cumprimento da dívida garantida, cremos não haver dúvida de que a possibilidade (que o mesmo encerrava) de o credor obter um locupletamento injusto à custa do fiduciante (quando o valor da *res fiduciae data* fosse superior ao da dívida garantida) terá estado na base da consagração,

---

([68]) Na verdade, os indícios de que o regime comissório teve aplicação na *fiducia cum creditore* são apenas estes: a rubrica «*de lege comissoria*» que encima *Pauli Sententiae* II,13 (que trata desta espécie de garantia real das obrigações); e dois fragmentos do Digesto que na versão compilatória se referem à *lex commissoria* na compra e venda, mas foram extraídos de obras clássicas em que os respectivos autores tratavam da *fiducia* — D.18,3,2 (proveniente do *libro trigensimo quinto ad Sabinum* de POMPONIUS) e D.18,3,3 (procedente do *libro trigensimo ad edictum* de ULPIANUS.

No sentido de que esses *libri* tratavam da *fiducia*, *vide* LENEL, Otto, «*Palingenesia Iuris Civilis*», II (Lipsiae, 1889), 146, 146, nota[2], 147 e 619, nota[4].

([69]) Neste sentido, *vide* ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, cit., pág. 265; ERBE, W., *Die Fiduzia im römischen Recht*, cit., págs., 36-38; BURDESE, Alberto, *La menzione degli eredi nella «fiducia cum creditore»*, in *Studi in onore di Siro Solazzi* (Napoli, 1948), págs. 325 e 343, «*Lex commissoria*» *e «ius vendendi» nella fiducia» e nel «pignus»* (Torino, 1949), págs. 10-25, «*Fiducia*», cit., pág. 295, e *Manuale di Diritto Privato Romano*, 3.ª ed. (Torino, 1987), pág. 431; e CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 231 e 239-241.

([70]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 240-241.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

na prática negocial, de um novo modo de satisfação do credor: a venda da coisa adquirida *fiduciae causa*, com base num acordo expresso nesse sentido (*pactum vendendi*) (71).

6.2. O *pactum vendendi* e o *ius vendendi*

O regime da satisfação do credor mediante a venda da *res* objecto de *fiducia*, por força de um pacto adequado, devia ser muito frequente na época clássica.

À venda da *res fiduciae data*, como forma de proporcionar ao fiduciário a satisfação do seu crédito — no caso de o devedor não ter cumprido tempestivamente a obrigação garantida («*si pecunia quaque die soluta non esset*») — referem-se, antes de mais, as duas fontes epigráficas acima mencionadas: a «*Mancipatio Pompeiana*» e a «*Formula Baetica*».

A primeira (que retrata uma *fiducia cum creditore* efectivamente realizada) determina que a falta de pagamento da dívida na data estabelecida (o primeiro dia das calendas do mês de Novembro) permitia à credora (*Dicidia Margaris*), ou ao seu herdeiro, a venda dos escravos objecto da *mancipatio fiduciaria*; essa venda era, no entanto, diferida para um mês e meio depois do vencimento da obrigação (o primeiro dia dos idos do mês de Dezembro), talvez pela necessidade de organizar a venda da *res* em hasta pública (aí prevista) (72).

A segunda (que, como dissemos constitui um formulário destinado a servir de modelo para futuros actos de *fiducia*) previa que, não sendo a dívida paga na data do vencimento, o credor (*Lucius Titius*) ou o seu herdeiro poderia vender (a contado) o *fundus* e o *servus* dados em *fiducia* àquele (ou qualquer dessas coisas) (73).

Contrariamente ao que sustenta CARLO LONGO (74), parece-nos resultar dessas fontes que a faculdade de vender a coisa (*facultas distrahendi*), verificada a referida condição, era atribuída no próprio *pactum fiduciae*, que não se limitava, portanto, a regular o modo como devia proceder-se à realização concreta

---

(71) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., pág. 242.

(72) Na parte que agora nos interessa, é o seguinte o teor do *pactum* da «*Mancipatio Pompeiana*»: «(...) *Si ea pecu[nia omnis mihi heredive meo] k(alendis) Novem(bribus) primis solu[ta non erit, ut mihi heredive meo liceat] ea mancip[ia q(uibus) d(e) a(gitur) i]dibus D[ecembr(ibus) primis pecunia praesenti Pompeis in foro luce palam [vendere* (...)». Cfr. *FIRA* III, págs. 292-294.

(73) Quanto a esse pacto, pode ler-se na «*Formula Baetica*»: «(...) *si pecunia sua qua/que die L. Titio h(eredi)ve eius data soluta non esset, tum uti eum / fundum eaque mancipia, sive quae mancipia ex is «vellet» L. Titi/us h(eres)ve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti / venderet*; (...)». Cfr. *FIRA* III, págs. 296-297.

(74) Cfr. LONGO, Carlo, «*Fiducia cum creditore*», in *Per il XIV centenario della codificazione giustinianea* (Pavia, 1934), págs. 806-807.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

dessa *venditio* ([75]). Assim sendo, podemos afirmar que ainda nos séculos I e II d.C. (período a que remontam tais documentos) era necessário o acordo expresso (no *pactum conventum*) entre o fiduciante e o fiduciário para que este último pudesse obter a satisfação do seu crédito através da venda do objecto da garantia; de particular relevo reveste-se, quanto a este aspecto, a cláusula «*ut liceat vendere*» inserida no pacto constante da «*Mancipatio Pompeiana*», com referência à faculdade conferida à credora.

No mesmo sentido apontam diversos fragmentos do Digesto (todos pertencentes ao *libro trigensimo quinto ad Sabinum* de POMPONIUS), que originariamente tratavam da *fiducia* ([76]) e nos quais, em virtude do desaparecimento deste instituto ([77]), os compiladores substituíram «*pignus*» a «*fiducia*» Referimo-nos a D.13,7,6pr., D.13,7,8,3, D.13,7,8,4 e D.13,7,8,5, que passamos a analisar.

> D.13,7,6pr.: «*Quamvis convenerit, ut fundum* [*pigneraticium*] <*fiduciarium*> *tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui* [*pignus*] <*fiducia*> *dederit, quia tua causa id caveatur. sed Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit: quid enim si multo minus sit quod debeatur et hodie pluris venire possit pignus quam postea*? (...)» ([78]).

Este passo do Digesto, na parte que aqui nos interessa ([79]), não apresenta quaisquer indícios de alteração além da que se traduz na indicada substituição de «*pignus*» a «*fiducia*». Assim, POMPONIUS precisava o alcance da concessão da *facultas distrahendi* ao credor fiduciário, dizendo que este, apesar de ter sido convencionado que poderia vender o *fundus* que lhe havia sido dado em *fiducia* («*ut vendere liceret*»), não poderia ser forçado a vendê-lo, ainda que o devedor fiduciante estivesse insolvente, em virtude de tal acordo ser determinado pelo «interesse» do credor; mas menciona seguidamente a opinião de ATILICINUS, jurista segundo o qual podia, por vezes, haver motivo para forçar o credor a rea-

---

([75]) Neste sentido, *vide*, por ex., FUENTESECA, P., *Líneas generales de la «fiducia cum creditore»*, cit., págs. 393-396 e 411-412.

([76]) Cfr. LENEL, O., «*Palingenesia iuris civilis*», II, cit., 146, 146[2] (onde o A. explicita o motivo pelo qual entende ser verosímil a primitiva referência desses textos à *fiducia* e não ao *pignus* — os compiladores, por descuido, deixaram o vocábulo «*eam*» em D.13,7,8,3) e 147.

([77]) A este respeito, *vide*, por todos, CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., 176-178.

([78]) Reconstituímos o texto de acordo com o que propõe LENEL. Cfr. LENEL, O., «*Palingenesia iuris civilis*», II, cit., 146, 146[3-4], 147 e 147[1].

([79]) O mesmo não pode dizer-se da parte final, que já o humanista Antoine FABER (1557-1624) considerava justinianeia.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

lizar a venda da *fiducia* ([80]), como acontecia no caso de o valor da dívida ser muito inferior ao da *res fiduciae data* ou quando esta pudesse ser vendida por melhor preço no imediato do que mais tarde — opinião de que discorda, por considerar desumano forçar o credor a vender a *res* contra a sua vontade (como é dito na frase final desse passo, que nos parece genuína ([81])).

> D.13,7,8,3: «*Si annua bima trima die triginta stipulatus acceperim* [*pignus*] <*fiduciam*> *pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me* [*pignus*] <*fiduciam*> *vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur: nec verum est sua quaque die non non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent. sed omnibus pensionibus praeteritis, etiamsi una portio soluta non sit,* [*pignus*] <*fiducia*> *potest venire. sed si ita scriptum sit: 'si qua pecunia sua die soluta non erit', statim competit ei pacti conventio*» ([82]).

Também este texto, se exceptuarmos a substituição da referência a «*fiducia*» pela que aí se encontra a «*pignus*», parece não conter qualquer outra interpolação. POMPONIUS referia-se, pois, originariamente, à hipótese de haver sido celebrada uma *stipulatio* pela qual o *promissor* se obrigara a dar trinta mil sestércios (que lhe tinham sido emprestados) ao *stipulator*, no prazo de três anos e em duas prestações anuais e de, para garantia do cumprimento dessa *obligatio*, ter realizado uma *fiducia* em cujo pacto foi consagrada a faculdade de o credor vender a *res*, «*si quaque die pecunia soluta non esset*»; e afirmava que o credor fiduciário não poderia vender o objecto da garantia antes do vencimento da última prestação, por entender que a cláusula «*ut vendere liceret*» se referia ao vencimento de todas as prestações e que, por conseguinte, a condição a que estava subordinada a *facultas distrahendi* apenas se verificava quando ocorresse tal vencimento (podendo, então, exercitar o *ius vendendi*, mesmo no caso de apenas uma das prestações não ter sido paga) — diversamente do que aconteceria se a *condicio* da venda, fixada no *pactum fiduciae*, fosse a de não ser paga cada uma das prestações no respectivo prazo («*si qua pecunia sua die*

([80]) Utilizamos aqui o termo «*fiducia*» para designar o objecto dado em garantia, acepção em que também o encontramos nas fontes. Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., 238.

([81]) A citação do parecer de ATILICINUS reforça esta nossa convicção, pois seria incompreensível (numa obra com finalidade legislativa) que os compiladores a fizessem com adulteração do pensamento desse jurista clássico. Cfr. *supra*, 644[1816].

([82]) O texto está reconstituído de acordo com o proposto por LENEL. Cfr. LENEL, O., «*Palingenesia iuris civilis*», II, cit., 147 e 147[1-4].

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

soluta non erit»), hipótese na qual a venda da *res* poderia ser efectuada logo que vencida (e não paga) a primeira prestação.

> D.13,7,8,4: «*De* [*vendendo pignore*] <*vendenda fiducia*> *in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur* (...)» ([83]).

Este parágrafo — que muitos e ilustres romanistas consideram quase integralmente interpolado ou reconhecem, pelo menos, ter sido completamente reelaborado, rejeitando que os compiladores se tenham limitado a substituir «*pignus*» a «*fiducia*» (registando-se, todavia, importantes divergências quanto à reconstituição do seu conteúdo primitivo) ([84]) —, no excerto acima transcrito, apresenta (em nosso entender) como única alteração a que consiste na substituição, operada no momento da feitura do Digesto, da referência ao pacto «*de vendenda fiducia*» pela menção do pacto «*de vendendo pignore*».

E estamos convencidos de que é a única (contra o que sustenta, *v. g.*, ROTONDI ([85])), por entendermos não haver motivo para considerar interpolada a

---

([83]) A recontituição da parte transcrita do texto corresponde à apresentada por LENEL. Cfr. LENEL, O., «*Palingenesia iuris civilis*», II, cit., 147 e 147[7].

([84]) LONGO considera o texto quase todo interpolado. Cfr. LONGO, C., «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 813-815, e *Corso. La «fiducia»*, cit., págs. 51-53.

ROTONDI, por sua vez (para além do que dizemos no texto quanto à primeira parte do passo), afirma que a segunda parte do parágrafo deve ser integralmente suprimida, porque não clássica, ou («*forse più verosimilmente*») «*invertita nel suo significato*», por forma a assegurar a «*logica del testo*» e a restabelecer o «*rigore del principio classico*» — reconstituindo-a assim: «...[*sed et*] <*nam*> *si creditoris dumtaxat persona fuerit comprehensa, heres eius* <*non*> *iure vendet* [*si nihil in contrarium actum est*]». Essa reconstituição é aceite, no essencial, v. g., por FREZZA. Cfr. ROTONDI, Giovanni, *Di alcune riforme giustinianee relative al «pactum de non petendo»*, in *Scritti giuridici*, II (Milano, 1922), págs. 322-323; e FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni*, II, cit., págs. 37-42.

BURDESE, pelo contrário, entende não haver suspeitas formais capazes de pôr em causa «*o núcleo central*» da afirmação contida na segunda parte, sendo a antinomia entre a frase inicial (que, em seu entender alude à necessidade de mencionar no pacto os herdeiros das partes) e o resto desse passo (de harmonia com o qual essa menção seria supérflua quanto aos herdeiros do credor) apenas aparente. Na opinião deste notável romanista, na segunda parte do texto POMPONIUS pretenderia esclarecer (talvez contra o parecer de SABINUS) que a afirmação feita imediatamente antes não tinha o alcance de negar a licitude da venda efectuada («*si pecunia soluta non erit*») pelo *heres* do credor não mencionado expressamente no pacto, em virtude de se deverem considerar implicitamente estendidos os efeitos essenciais do pacto («*facoltà di non restituire la cosa 'nisi soluta pecunia' e facoltà di utilizzare la stessa in soddisfacimiento del proprio credito, in caso di inadempimento alla scadenza*»), subsistindo somente a intransmissibilidade activa das «*pretensões secundárias*». Cfr. BURDESE, A., *La menzione degli eredi*, cit., págs. 334-338, e «*Lex commissoria*» *e «ius vendendi»*, cit., págs. 40-47.

ÁLVARO D'ORS concorda com BURDESE a respeito da desnecessidade (na época de POMPONIUS) da menção expressa dos herdeiros do credor para que lhes fosse devolvido o *ius vendendi*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

palavra «*omnes*» (em vez de «*heredes*») ([86]). Com efeito, a simples referência aos herdeiros do fiduciário e do fiduciante não esgotava o círculo das pessoas a quem se impunha alargar a eficácia do *pactum de vendenda fiducia*: no caso de o credor fiduciário vir a ser executado (devido ao não cumprimento dos seus próprios débitos), a concepção do pacto *in rem* permitia àquele a quem viesse a ser adjudicado o seu património (*bonorum emptor*) obter a satisfação do crédito abrangido por essa *adquisitio per universitatem* mediante venda da *res* objecto da *fiducia* que o garantia (o que de outro modo seria impossível, até porque o adquirente apenas se tornava «proprietário bonitário» ([87]) dessa *res*, como

---

pactado (contra aquela que seria a doutrina de SABINUS). Cfr. D'ORS, A., *Epigrafía jurídica*, cit., pág. 445.

Como tivemos ocasião de afirmar noutro estudo («*Fiducia cum creditore*», cit.), a circunstância de o herdeiro do credor ser expressamente referido na «*Mancipatio Pompeiana*» e na «*Formula Baetica*», a propósito da faculdade de vender («*si pecunia soluta non erit*») leva-nos a considerar genuína a exigência de menção expressa dos herdeiros formulada na primeira parte deste texto de POMPONIUS; e, por outro lado, reforça a nossa convicção de que existe uma efectiva contradição entre a regra enunciada na primeira parte do texto e o teor da segunda, que não pode ser explicada como inovação devida a POMPONIUS (relativamente à doutrina que prevalecia antes dele), que parece ter sido um jurista pouco original. Não parece, contudo, que a melhor forma de eliminar essa contradição seja a proposta por ROTONDI, que tornaria a segunda parte do texto desnecessariamente repetitiva em relação à primeira; o mais provável é que a última parete do texto seja devida a um anotador pós-clássico (como sustenta FREZZA) ou aos compiladores justinianeus (como defende LONGO). Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., 250[475].

([85]) Discordamos, assim, de ROTONDI, para quem os compiladores inseriram aí o termo «*omnes*» em vez de «*heredes*», por não vislumbrar «*a quali altre persone, oltre gli eredi, si voglia alludere colla frase 'ut omnes contineantur' come scopo della concezione* in rem *del patto*». Cfr. ROTONDI, G., *Di alcune riforme giustinianee*, cit., págs. 322-323.

Sublinhe-se, ainda, que BURDESE, apesar de aderir à tese de ROTONDI sobre a necessidade de as partes mencionarem os herdeiros para que os efeitos do *pactum de vendendo* lhes fossem estendidos, afirma não ser improvável a interpolação de «*in rem*», reconstituindo a primeira parte desse passo assim: «*De* [*vendendo pignore*] <*vendenda fiducia*> [*in rem*] <*ita*> *pactio concipienda est, ut* [*omnes*] <*heredes*> *contineantur...*». Cfr. BURDESE, A., *La menzione degli eredi*, cit., págs. 334-338, e «*Lex commissoria*» e «*ius vendendi*», cit., págs. 40-41 e 45.

([86]) O carácter clássico do termo «*omnes*» (que, por conseguinte, não foi inserido no texto em vez de «*heredes*») é defendido, nomeadamente, por ERBE e FREZZA, embora sustentem que deve ser interpretado com o sentido de «*herdeiros de ambas as partes*» (aos quais POMPONIUS quer estender os efeitos do pacto). Cfr. ERBE, W., *Die Fiduzia im römischen Recht*, cit., págs. 41-41 e 87-88; e FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni*, II, cit., págs. 39-42.

([87]) Dá-se a designação de «proprietário bonitário» ou «pretório» a quem (com base numa iusta causa) adquire a propriedade dos bens *iure praetorio*, mas não *iure civile* (em virtude da inobservância das exigências formuladas pelo *ius civile*), passando a ter esses bens no seu património — «*in bonis habere*». Em face do *ius civile* apenas tinha a posse desses bens (uma *possessio ad usucapionem*); a posição desse adquirente era, porém, tutelada pelo pretor (mais preocupado com a adequação do direito à realidade social do que com o respeito estrito do rígido formalismo do *ius civile*), mediante *interdicta* e *actiones praetoriae*, até à consumação da *usucapio* (de modo a

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

sucedia em relação aos restantes bens abrangidos pela *bonorum venditio*); a *facultas distrahendi* constituía mesmo um meio mais fácil e mais expedito de satisfação desse crédito do que as acções pretórias que lhe eram concedidas para fazer valer o crédito do devedor insolvente — a *actio Rutiliana* (aplicável quando o executado estivesse vivo) e a *actio Serviana ex bonorum emptione* (concedida ao *bonorum emptor* quando o executado já tivesse falecido) ([88]).

Assim, pode afirmar-se que (na citada expressão) «*omnes*» se refere a todos aqueles a quem a faculdade de vender podia aproveitar ou ser oponível — e não somente ao credor e ao garante ou (falecendo qualquer deles) aos respectivos her-

---

evitar que o adquirente ficasse inelutavelmente exposto à *rei vindicatio* intentada pelo *dominus ex iure Quiritium* e impossibilitado de exigir a restituição da posse da coisa ou o respectivo valor quando ocorresse a sua perda — a evitar, por conseguinte, também nestas situações, a verificação de injustiças).

A «*hipótese típica e originária do* in bonis habere» (nas palavras de GUARINO) foi constituída pela aquisição de *res mancipi* feita com simples *traditio* (com fundamento numa *iusta causa*), quando (como sabemos) o *ius civile* exigia a *mancipatio* ou a *in iure cessio* — cfr. GAIUS II,41: «*Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim inpleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa <esset>*». Outra hipótese de «propriedade bonitária» era, precisamente, a da compra em bloco do património do devedor/executado, no processo de execução (*bonorum venditio*), pelo interessado que se dispusesse a pagar aos credores ordinários a maior percentagem dos respectivos créditos (*bonorum emptor*); para obter a posse (efectiva) dos bens pertencentes a esse património era-lhe concedido pelo pretor um *interdictum possessorium* (e, segundo alguns AA., também a *actio Publiciana*) — cfr. GAIUS III,80: «(...) *neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt* (...)»; e GAIUS IV,145: «*Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum quod quidam possessorium vocant*».

A respeito do «*in bonis habere*» («propriedade bonitária») e da sua tutela processual, *vide* GUARINO, A., *Diritto Privato Romano*, 10.ª ed. (Napoli, 1994), págs. 697-701; FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 102-103; e D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 193 e 240-241.

Sobre a posição jurídica do *bonorum emptor*, *vide* ALVAREZ SUÁREZ, U., *Curso de Derecho Romano*, cit., págs. 482-483; VOCI, P., *Esecuzione forzata*, cit., pág. 427; GUARINO, A., *Diritto Privato Romano*, cit., págs. 270-272; e JUSTO, A. dos Santos, *A execução*, cit., págs 295-296.

([88]) A *actio Rutiliana* (assim designada, segundo GAIUS, por ser atribuída ao pretor PUBLIUS RUTILIUS) era uma *actio translativa* (com transposição de sujeitos), aparecendo o nome do executado na *intentio* e o nome do *bonorum emptor* na *condemnatio*. A *actio Serviana ex bonorum emptione* era uma *actio ficticia*, na qual se fingia que o *bonorum emptor* era herdeiro do executado (ficção «*si heres esset*»). Cfr. GAIUS IV,35: «*similiter et bonorum emptor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est ut, quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur; quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, conparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana <vocatur>*».

A respeito destas acções, *vide* VOCI, P., *Esecuzione forzata*, cit., pág. 427.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

deiros — e, nessa conformidade, sustentar que, nesse passo, POMPONIUS aludia à cláusula do *pactum conventum* segundo a qual o credor podia vender a coisa fiduciada, dizendo que esse pacto (*de vendenda fiducia*) era concebido *in rem*, por forma a legitimar o exercício do direito de vender (também) pelos seus herdeiros e por qualquer outra pessoa que viesse a suceder na posição jurídica do fiduciário, bem como a possibilitar que os efeitos decorrentes do pacto se produzissem também em confronto dos herdeiros do fiduciante.

> D.13,7,8,5: «*Cum* [*pignus*] <*fiducia*> *ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt*» ([89]).

Neste último passo, em que também foi operada a substituição de «*pignus*» a «*fiducia*», POMPONIUS referia-se às diferentes situações que podiam determinar a venda da *res* fiduciada, indicando não apenas a falta de pagamento da quantia devida (*sors*), mas também a dos juros estipulados ou das despesas feitas pelo credor fiduciário nessa coisa; e reafirma a ideia de que o *ius vendendi* apenas existia quando do *pactum fiduciae* constasse a possibilidade de o objecto ser vendido.

De todos estes fragmentos ressalta, pois, de forma inequívoca, que ainda no tempo de POMPONIUS, ou seja, no séc. II ([90]), a venda da coisa objecto de *fiducia* só era lícita quando a *facultas distrahendi* fosse atribuída ao fiduciário no *pactum fiduciae* (que, portanto, não se limitava a estabelecer as condições do concreto exercício do *ius vendendi*); ou seja, que a faculdade de vender a coisa — cujo exercício ficava subordinado à falta de cumprimento integral da obrigação garantida (na forma e prazo convencionados), dos respectivos juros (quando estipulados) e das despesas eventualmente feitas com a *res* — apenas existia, como modo de proporcionar ao credor a satisfação do seu crédito, por força de pacto (convenção ou acordo) expresso nesse sentido (pacto esse que, como vimos, devia ser concebido *in rem*), não existindo, até essa altura, um regime de venda implícito na constituição da *fiducia cum creditore* ([91]).

([89]) O texto encontra-se reconstituído de acordo com o que propõe LENEL. Cfr. LENEL, O., «*Palingenesia iuris civilis*», II, cit., 147 e 147[1].

([90]) Cfr. GUARINO, António, *Storia del Diritto Romano*, 6.ª ed. (Napoli, 1981), págs. 440-441.

([91]) Neste sentido, *vide* GROSSO, Giuseppe, *Sulla «fiducia» a scopo di «manumissio»*, in *RISG* 4 (1929), págs. 270-271, e «*Fiducia*», cit., pág. 386; ERBE, W., *Die Fiduzia im römischen Recht*, cit., págs. 36-46; BURDESE, A., *La menzione degli eredi*, cit., pág. 343, «*Lex commissoria*» e «*ius vendendi*», cit., págs. 25-36, «*Fiducia*», cit., pág. 296, e *Manuale di Diritto Privato Romano*, cit., pág. 431; D'ORS, A., *Epigrafía jurídica*, cit., págs. 443-444, e *Derecho Privado Romano*, cit.,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

Essa atribuição da *facultas distrahendi* ao credor fiduciário, como modo de lhe proporcionar a satisfação do seu crédito, no caso de o devedor não cumprir a obrigação garantida na data do vencimento («*si quaque die pecunia soluta non erit*»), devia ser frequente ([92]). Perante o teor dos documentos epigráficos acima referidos e das novas *tabulae Pompeianae* (19, 21 e 22), podemos admitir que devia ser igualmente normal a inclusão nesse *pactum* de uma referência ao momento e ao lugar onde seria realizada a venda da *res*, bem como ao modo como esta seria efectuada (estabelecendo-se, designadamente, a sua realização «*pecunia praesenti*»).

E, para além disso, em estreita conexão com o pacto *de vendenda fiducia* (ou «*ut vendere liceret*»), o *pactum fiduciae* continha ainda outras cláusulas: designadamente, a que visava salvaguardar a possibilidade de o fiduciário exigir ao devedor o *residuum* ou *reliquum* (o remanescente do crédito, não satisfeito devido à insuficiência do valor obtido com a venda da *res fiduciae data*) — que se harmoniza com o princípio, referido por POMPONIUS num texto do Digesto originariamente respeitante à *fiducia* (D.46,3,26) ([93]), segundo o qual a liberação do devedor (no caso de ser exercida a *facultas distrahendi*) depende da obtenção pelo credor, mediante a venda da *res*, de um valor igual ao do seu crédito ([94]) — e a que se destinava a assegurar ao fiduciante o direito de exigir o *superfluum* (o excesso do produto da venda da *res* sobre o valor do débito) ([95]).

---

págs. 528-529; FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni*, II, cit., págs. 33-35; e CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 253-254.

([92]) A referência feita nas mencionadas fontes epigráficas e jurídicas à atribuição ao credor fiduciário da *facultas distrahendi*, no *pactum fiduciae*, constituindo testemunho directo e claro da necessidade de pacto expresso para que o credor pudesse obter a satisfação do seu crédito através da venda da coisa que lhe havia sido dada em garantia, permite afirmar que o regime comissório — isto é, a possibilidade de satisfação do crédito mediante a conservação definitiva da propriedade da *res fiduciae data* — era inerente à *fiducia cum creditore* (provavelmente desde que surgiu essa forma de garantia real das obrigações).

([93]) Cfr. LENEL, O., «*Palingenesia iuris civilis*», II, cit., 146 e 148.

([94]) Cfr. D.46,3,26: «*Si creditor fundum* [*pigneraticium*] <*fiduciarium*> *vendiderit et quantum ei debebatur receperit, debitor liberabitur* (...)».

A recontituição que apresentamos é a proposta por LENEL. Cfr. LENEL, O., «*Palingenesia iuris civilis*», II, cit., 148 e 148[1].

([95]) BURDESE adopta o termo «*superfluum*» para designar a parte do crédito (garantido pela *fiducia*) não satisfeita mediante a venda da *res* pelo credor, reservando para o *plus* obtido com essa venda em relação ao valor da dívida a designação de «*hyperocha*». Cfr. BURDESE, A., «*Lex commissoria*» e «*ius vendendi*», cit., págs. 31-35, 52-54, 57, 68, 70, 75-85 e 91.

Cremos, todavia, que — como sustentámos na nossa «*Fiducia cum creditore*» — os dois termos são equivalentes, referindo-se ambos ao excedente (sobre o valor do débito) obtido com a venda da *fiducia*, sendo o segundo (que apenas aparece num texto respeitante ao *pignus* — D.20,4,20), de origem grega, de utilização provavelmente mais mais recente. O termo «*superfluum*» nunca aparece nas fontes com o sentido que lhe atribui esse ilustre romanista; designa sempre o referido

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

A «*Mancipatio Pompeiana*» contém essas duas cláusulas, cuja inclusão no *pactum conventum* devia verificar-se sempre que fosse convencionado o *ius vendendi*:

> «*Si quo minoris e*[a] *mancipia q*(uibus) *d*(e) *a*(gitur) *venie*[rint, in sortis vi]/*cem d*[e]*bebun*[t]*u*[r] *mihi herediv*[e meo quae reliqua erunt./ Quod si pluris] *ea mancipia q*(uibus) *d*(e) *a*(gitur) *veni*[erint, id quod super/fluum erit reddetur tibi h]*ered*[ive tuo ...]// *ea pecunia* [...]...» ([96]).

Essa atribuição do *ius vendendi* ao credor fiduciário, no *pactum fiduciae*, é igualmente mencionada num fragmento do Digesto, extraído do *libro tertio responsorum* de PAPINIANUS, que se refere ao *pignus* na versão compilatória, mas tratava originariamente da *fiducia* ([97]):

> D.13,7,42: «*Creditor iudicio, quod de* [*pignore*] <*fiducia*> *dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae fit ex* [*facto*] <*pacto*>, *suum creditor negotium gerat*».

Esse ilustre jurista era de parecer que o credor fiduciário estava obrigado a restituir o *superfluum* e os respectivos juros ao fiduciante, quando este os exigisse, através da competente acção (a *actio fiduciae*), ainda que o comprador da *fiducia* não tivesse pago o preço convencionado; a sua pretensão de delegar no comprador não merecia acolhimento. Tal *responsum* fundava-se no facto de Papiniano entender que a venda era realizada pelo credor no seu próprio interesse, na medida em que constituía o meio idóneo para obter a satisfação do seu crédito. O texto é claro quanto à origem pactícia do *ius vendendi*, pois diz que o credor procede à venda da *res* em virtude do pacto («*ex pacto*»).

Todavia, a estipulação cada vez mais frequente da *facultas distrahendi* deve ter determinado a transformação da venda da *res fiduciae data* no modo normal

---

excesso do preço obtido (com a venda do objecto da garantia) sobre o valor da dívida (como sucede na «*Mancipatio Pompeiana*» e em dois textos do Digesto que originariamente se referiam à *fiducia*, D.13,7,24,2 e D.13,7,42).

A utilização do termo «*superfluum*» com o sentido que lhe atribuímos (e com que o encontramos nas fontes) é feita pela generalidade dos romanistas. Cfr. por ex., ERBE, W., *Die Fiduzia im römischen Recht*, cit., págs. 47 e 89; KASER, Max, *Studien zum römischen Pfandrecht*, II. «*Actio fiduciae*» *und* «*actio pigneraticia*», 1.ª e 2.ª partes, in *TvR* 47 (1979), págs. 213, 335 e 340-341, e *Das römische Privatrecht*, I, 2.ª ed. I[2] (München, 1971), págs. 461-462; e FUENTESECA, P., *Líneas generales de la «fiducia cum creditore»*, cit., págs. 395-396.

([96]) Cfr. *FIRA* III, págs. 293-294.

([97]) Cfr. CERVENCA, Giuliano, *Contributo allo studio delle «usurae» c. d. legali nel Diritto Romano* (Milano, 1969), pág. 143.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

de satisfação do credor, quando a obrigação garantida não fosse cumprida na data do vencimento.

Segundo BURDESE e ÁLVARO D'ORS, na época dos Severos (193-239) o *ius vendendi* devia ser já considerado implícito na constituição da *fiducia cum creditore*, com a consequente desnecessidade de pacto expresso que o atribuísse ([98]). Cremos, no entanto, que o texto de PAPINIANUS acima transcrito não consente essa afirmação genérica, pois o «*príncipe dos juristas romanos*» viveu no tempo dos imperadores dessa dinastia (até um deles, Caracala, lhe dar a morte, em 212 ([99])) e, como resulta desse fragmento, PAPINIANUS continua a referir-se ao *pactum vendendi*.

Talvez possa, contudo, aceitar-se que nessa época a ideia da inerência do *ius vendendi* à *fiducia* estava a dar os primeiros passos. A esse novo estádio da evolução do regime jurídico desta forma de garantia real das obrigações parece referir-se um fragmento do Digesto, extraído do *libro trigensimo ad edictum* de ULPIANUS, que se refere ao *pignus* na versão compilatória, mas tratava originariamente da *fiducia* ([100]); referimo-nos a D.13,7,24,2.

> D.13,7,24,2: «*Si vendiderit quidem creditor* [*pignus*] <*fiduciam*> *pluris quam debitam erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit, an* [*pigneraticio*] <*fiduciae*> *iudicio conveniri possit ad superfluum reddendum, an vero vel exspectare debeat, quod emptor solvat, vel suscipere actiones adversus emptorem et arbitror non esse unguendum ad solutionem creditorem, sed aut exspectare debere debitorem aut, si non exspectat, mandandas ei actiones adversus emptorem periculo tamen venditoris. quod si accepit iam pecuniam, superfluum reddit*» ([101]).

([98]) Cfr. BURDESE, A., *La menzione degli eredi*, cit., págs. 336-337, «*Lex commissoria*» *e* «*ius vendendi*», cit., págs. 85 ss., e «*Fiducia*», cit., pág. 296; e D'ORS, A., *Epigrafía jurídica*, cit., pág. 445. KASER, por sua vez, afirma ser possível que o direito de vender a *res* valesse como implicitamente acordado (ou seja, sem o «*pactum ut vendere liceat*») já na época clássica, mas sem precisar em que momento desse período; acrescenta, no entanto, que as fontes não são inequívocas. Cfr. KASER, M., *Das römisches Privatrecht*, cit., págs. 461 e 461[13], e *Studien zum römischen Pfandrecht*, II. cit., pág. 334.

([99]) Cfr. CRUZ, S., *Direito Romano*, cit., pág. 397; e GUARINO, A., *Storia del Diritto Romano*, cit., pág. 446.

([100]) Cfr. (além de LENEL, *ob. loc. cit.* na nota seguinte) ERBE, W., *Die Fiduzia im römischen Recht*, cit., pág. XIV; BURDESE, A., «*Lex commissoria*» *e* «*ius vendendi*», cit., págs. 78 ss.; KASER, Max, «*Restituere*» *als Prozessgegenstand. Die wirkungen der* «*litis contestatio*» *auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*, 2.ª ed. (München, 1968), pág. 41, nota[3]; FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni*, II, cit., 60-61; e CERVENCA, G., *Contributo allo studio delle* «*usurae*», cit., pág. 140.

([101]) Ainda aqui, a reconstituição é a proposta por LENEL. Cfr. LENEL, O., «*Palingenesia iuris civilis*», II, cit., 618, 618[9-12] e 619.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

Neste texto, o famoso jurisconsulto a quem é atribuído referia-se igualmente à hipótese de o credor fiduciário ter vendido a *fiducia* por um preço superior à quantia devida.

Mas, para efeito de determinação do momento em que o fiduciário devia restituir o *superfluum*, distinguia duas situações: a de o vendedor haver recebido essa contraprestação do comprador; e a de esse recebimento não ter ainda ocorrido. No primeiro caso o fiduciante podia exigir do credor esse excedente, através da competente acção (a *actio fiduciae*); no segundo, o parecer desse ilustre jurista era no sentido de ser recusada a concessão da *actio*, destinada a exigir o *superfluum*, enquanto o comprador da *res* não procedesse ao pagamento do *pretium* — devendo o fiduciante aguardar que o preço fosse recebido pelo credor ou, não querendo esperar, solicitar que lhe fossem cedidas as acções contra o comprador (ainda que a risco do vendedor, o que fazia subsistir a responsabilidade deste na eventualidade de o garante não ser bem sucedido nessas acções).

ULPIANUS exprime, pois, uma opinião diferente da PAPINIANUS (que se extrai de D.13,7,42), sobre a mesma questão, o que mostra que ela não era pacífica na *iurisprudentia*. Essa divergência parece indiciar uma transformação recente no âmbito do regime de venda da *res* fiduciada: enquanto essa venda apenas pôde ser efectuada, «*si pecunia soluta non esset*», por força do competente pacto, devia ser normalmente inserida neste a condição de que a venda fosse feita «*pecunia praesenti*» (atestada, como vimos, pelas fontes epigráficas) — com o que não se suscitavam dúvidas sobre o direito do fiduciante ao *superfluum* desde a realização da *emptio-venditio*; dificuldades quanto à determinação do momento em que o garante podia exigir esse excedente já se compreendiam se o regime de venda tivesse deixado de ser objecto de disciplina no *pactum fiduciae* ([102]).

Podemos admitir, por conseguinte, que no tempo de ULPIANUS o *ius vendendi* constituía um elemento natural da *fiducia cum creditore*.

Testemunho mais evidente de que o regime de venda passou a estar implícito na constituição dessa garantia é um texto contido numa obra posterior, as *Pauli Sententie*, em que se faz referência a um explícito *pactum de non vendendo*:

> PS II,13,5: «*Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore creditore denuntiare ei solemniter potest et distrahere: nec enim in tali conventione fiduciae actio nasci potest*».

O facto de apenas aparecer referido numa fonte de finais do séc. III (ou, mesmo, começos do séc. IV) parece mostrar que o *pactum de non distrahendo*

([102]) Cfr. CURA, A. A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., págs. 247-250.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

constitui uma criação relativamente recente. Ele deve ter surgido, precisamente, com a transformação do *ius vendendi* em elemento natural da *fiducia cum creditore*, provavelmente na época clássica tardia. O regime comissório apenas teria aplicação, por conseguinte, na eventualidade de ser afastado o direito de venda, através do *pactum de non vendendo* ([103]).

II. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A SUA FILIAÇÃO NA «*FIDUCIA CUM CREDITORE*» DO DIREITO ROMANO

1. A alienação fiduciária em garantia no direito comunitário e a sua recepção no direito português

Como dissemos no início da nossa exposição, a Directiva 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho ([104]), disciplinou os denominados «acordos de garantia financeira», que podem revestir duas modalidades: a alienação fiduciária em garantia (que aqui nos interessa) e o penhor financeiro.

Essa Directiva foi transposta (de forma não muito rigorosa ([105])) para a ordem jurídica portuguesa através do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio — por conseguinte, já para além do prazo estabelecido pela directiva, que terminava em 27 de Dezembro de 2003 (cfr. art. 11.º), como aconteceu em quase

---

([103]) Sobre outros elementos que apontam no sentido dessa transformação do *ius vendendi* em elemento natural da *fiducia*, *vide* BURDESE, A., «*Lex commissoria*» *e* «*ius vendendi*», cit., págs. 85-89.

([104]) Essa directiva está publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L 168, de 27-06-2002.

([105]) Para além de outros aspectos (alguns dos quais serão mencionados em texto), podemos referir a a errada inserção sistemática da definição de «*objecto equivalente*», que aparece no Título II, respeitante ao penhor financeiro (quando, segundo as boas regras de legística, deveria estar nas disposições gerais, tal como outras definições que aparecem dispersas no diploma — veja-se, designadamente, o art. 14.º), mas pretende ser válida para todo o diploma legal [«*Para efeitos do presente diploma, entende-se por objecto equivalente*: (...)»] e tem de considerar-se como tal, uma vez que existem normas de outros títulos cuja interpretação pressupõe essa definição. Assim acontece, na verdade, com o art. 14.º, al. *a*), que teremos oportunidade de apreciar a propósito das obrigações do beneficiário da garantia.

É certo que a Directiva 2002/47/CE não prima por ser, propriamente, um modelo do ponto de vista sistemático. Mas exigia-se mais e melhor do legislador português, que, nas palavras de SOFIA LEITE BORGES, se limitou a «*transcrever o que deveria transpor*». Cfr. BORGES, Sofia Leite, *A transposição em Portugal da directiva dos acordos financeiros*, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 13 (2006), pág. 83.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

todos os restantes Estados-Membros ([106]). Por força da transposição dessa directiva pelos Estados-Membros da União Europeia, a alienação fiduciária em garantia é hoje um acordo de garantia financeira consagrado nos ordenamentos jurídicos de grande número de países europeus.

Sublinhe-se, ainda, que a mencionada directiva está em vias de ser alterada, em diversos artigos. Com efeito, a Comissão das Comunidades Europeias apresentou ao Parlamento Europeu e ao Conselho uma proposta de directiva que altera aquela, bem como a Directiva 98/26/CE [COM(2008)213]. Essa proposta, de 23 de Abril de 2008 ([107]), foi objecto de parecer do Conselho do Banco Central Europeu, emitido em 7 de Agosto de 2008 ([108]), no qual foram incluídas «*sugestões de reformulação*»; recebeu o parecer favorável do Comité Económico e Social Europeu em 3 de Dezembro de 2008 ([109]); e foi aprovada em primeira leitura (no processo de co-decisão), com alterações, pela Resolução legislativa do Parlamento Europeu de 18 de Dezembro de 2008 ([110]), que determinou seja requerido à Comissão que lhe submeta de novo essa proposta, na eventualidade de «*pretender alterá-la substancialmente ou substituí-la por outro texto*», ficando o presidente do PE incumbido de transmitir a posição desse órgão à Comissão.

([106]) Cfr. *RELATÓRIO DA COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS AO CONSELHO E AO PARLAMENTO EUROPEU — Relatório de avaliação sobre a Directiva 2002/47/CE relativa aos acordos de garantia financeira, de 20-12-2006* [elaborado em cumprimento do disposto no art. 10.º da referida directiva, que determinava a apresentação de «*um relatório sobre a execução*» dessa directiva «*o mais tardar em 27 de Dezembro de 2006*»], publicitado no Jornal Oficial da União Europeia C 126, de 07-06-2007 (disponível em http://eur-lex.europa.eu), ponto n.º 3 — no qual se refere que o prazo estabelecido pela directiva («*o mais tardar em 27 de Dezembro de 2003*», como dispunha esse artigo) apenas foi cumprido por dois Estados-Membros, enquanto os outros procederam à transposição em 2004 e em 2005, e se acrescenta ser entendimento da Comissão que «*de modo geral, todos os Estados-Membros procederam à transposição adequada da DAGF*».

Refira-se que, tal como Portugal, também a Espanha esteve entre os países que não procederam à transposição da directiva até 27 de Dezembro de 2003, tendo-o feito somente em 2005, através do «*Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo*» [Em Janeiro de 2004 foram enviadas cartas de notificação para cumprir, por falta de comunicação das medidas nacionais de execução da directiva, aos seguintes Estados-membros: Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Grécia, Espanha, França, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Áustria, Portugal, Finlândia, Suécia e Reino Unido — cfr. *Boletim da União Europeia* 1/2-2004].

([107]) Tal proposta encontra-se disponível em *http://eur-lex.europa.eu*.

([108]) Esse parecer encontra-se publicado no Jornal Oficial da União Europeia, C216, de 23-08-2008.

([109]) Tal parecer está disponível em *http://eescopinions.eesc.europa.eu*.

([110]) Essa resolução e o texto aprovado, bem como a versão consolidada da Directiva 2002/47/CE, estão disponíveis em *http:// www.europarl.europa.eu*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

A referida alteração aguarda, pois, a sua aprovação definitiva; uma vez verificada essa aprovação e publicada a nova Directiva, a entrada em vigor desta terá lugar no vigésimo dia seguinte ao da publicação no Jornal Oficial (cfr. art. 4.º). A transposição dessa directiva para os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros deverá ser efectuada no prazo de dezoito meses a contar da sua entrada em vigor; e os diplomas que procedam a essa transposição devem ter aplicação no prazo de seis meses, a partir da respectiva publicação (cfr. art. 3.º, n.º 1).

De qualquer modo, não deixaremos de indicar a nova redacção do articulado da Directiva 2002/47/CE que possa vir a representar uma modificação significativa de algum dos aspectos do regime da alienação fiduciária em garantia.

2. Caracterização dessa «nova» figura

2.1. A transmissão da propriedade dos bens dados em garantia

A alienação fiduciária em garantia é a modalidade de contrato de garantia financeira que tem como efeito a transmissão da propriedade de determinados bens (que adiante referiremos), com a função de assegurar o cumprimento de determinadas obrigações de natureza financeira [cfr. art. 2.º, n.º 2, e art. 4.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio ([111])]. Por força desse contrato — não sujeito a forma especial (cfr. art. 8.º, n.º 1) e que apenas tem de constar de documento escrito ou ser registado em suporte electrónico (ou em outro suporte duradouro equivalente) para efeitos probatórios (cfr. art. 7.º, n.ºs 1 e 2) —, o beneficiário fica essencialmente obrigado a restituir ao prestador a propriedade do objecto da garantia financeira prestada ([112]), no caso de ser efectuado o cumprimento da obrigação garantida até à data convencionada para o efeito, embora se reconheça ao beneficiário — devido à natureza desse objecto — a possibilidade de optar por transferir para o garante (e não «*restituir*») ([113]) um «*objecto*

([111]) São deste diploma legal todas as normas citadas a partir de agora sem indicação da lei a que pertencem.

([112]) Tal como sucedia no direito romano, em que «*fiducia*» designava, por vezes, o objecto dado em garantia, a lei utiliza aqui a expressão «*garantia financeira prestada*» para designar o respectivo objecto.

([113]) Optamos por aludir a «transferência» de objecto equivalente por considerarmos incorrecta a utilização do termo «*restituir*», com referência a esse objecto, na al. *a*) do art. 14.º, em virtude de não se tratar, nesse caso, do próprio objecto cuja propriedade foi transmitida para o beneficiário. «Restituir» (do latim «*restituere*», que procede de «*re* + *statuere*» e significa «*pôr no lugar ou estado anterior*» — cfr. CRUZ, S., *Direito Romano*, cit., pág. 312) pressupõe, com efeito, que quem está obrigado recebeu esse objecto daquele a quem tem de o dar ou entregar; e isso não acontece nessa hipótese.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

equivalente» [cfr. art. 14.º, al. *a)*] e, mediante acordo das partes, o beneficiário possa praticar outros actos com eficácia extintiva dessa obrigação (como veremos adiante).

Estamos perante um acordo constitutivo (de natureza contratual — cfr. art. 2.º, n.os 2 e 3) de uma nova forma de garantia real das obrigações — que pode ser prestada pelo próprio devedor ou por terceiro —, limitada a certa categoria de objectos (os mencionados no art. 5.º) e a certas categorias de sujeitos (os indicados no art. 3.º), e com um específico âmbito de aplicação (o das obrigações financeiras, referidas no art. 4.º); tal como o penhor financeiro, surgiu devido à «*insuficiência das garantias tradicionais tipificadas no Código Civil para satisfazer as necessidades de garantia do mercado financeiro*» ([114]).

Importa, contudo, salientar que a alienação fiduciária em garantia não é, em si mesma, uma «*modalidade de garantia real*», como sabiamente adverte MOREIRA ALVES, a propósito do acto de constituição de garantia que o direito brasileiro designa do mesmo modo ([115]). A garantia financeira constituída através de alienação fiduciária é, por conseguinte, inominada ([116]), apesar de o legislador ter à sua disposição um *nomen iuris* perfeitamente adequado para designar essa nova figura jurídica: o de «fidúcia» (com base na denominação do instituto correspondente do direito romano ([117])) ([118]).

([114]) Cfr. ZUNZUNEGUI, Fernando, *Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005)*, in *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2 (2006), pág. 3.

([115]) Cfr. ALVES, J. C. Moreira, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., pags. 32-33, 65 e 113.

Que a alienação fiduciária não é, propriamente, a garantia real, mas o «*contrato criador de direito real*», é sublinhado também (designadamente) por FRANCISCO AMARAL. Cfr. AMARAL, F. dos Santos, *A alienação fiduciária em garantia*, cit., págs. 158-160, 169 e 175.

([116]) Em sentido contrário, referindo-se às duas modalidades de contratos de garantia financeira e à qualificação de «*garantia financeira*» dada a qualquer garantias prestadas através desses contratos, *vide* BORGES, Sofia Leite, *A transposição em Portugal da directiva dos acordos financeiros*, cit, pág. 83 — onde a A. sustenta que «*estamos perante garantias e contratos que são típicos e nominados*» (parecendo considerar bastante para esse efeito a designação de «*Garantia Financeira*»).

([117]) E, também, no direito germânico, embora a modelação da alienação fiduciária em garantia do direito português — ao contrário da brasileira — corresponda à do direito romano e não à do direito germânico, como melhor veremos adiante).

([118]) A proposta de MOREIRA ALVES (a que aderem, por ex., FRANCISCO AMARAL e RONALDO DIAS) é a de «*propriedade fiduciária*», que acabou por ser acolhida no novo Código Civil brasileiro (cfr. arts. 1361.º e segs.). Cfr. ALVES, J. C. Moreira, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., págs. 32-33, 37-38, 42, 59, 65, 108 e 113 e segs.; AMARAL, F. dos Santos, *A alienação fiduciária em garantia*, cit., pág. 169 e nota[24]; e DIAS, Ronaldo B. C., *A propriedade fiduciária*, cit., págs. 86-88.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

Outro aspecto importante para a caracterização da alienação fiduciária em garantia prende-se com a sua qualificação como contrato consensual ou como contrato real («*quoad constitutionem*») ([119]).

Em face do disposto no art. 6.º, parece-nos que se trata de um contrato real. Na verdade, a lei ao definir o âmbito das garantias financeiras por ela abrangidas, diz ser aplicável àquelas «*cujo objecto seja efectivamente prestado*» (art. 6.º, n.º 1); e considera que o objecto é efectivamente prestado quando se verifique algum dos actos que seguidamente indica (art. 6.º, n.º 2), entre os quais se encontram, em especial — com relevância para a alienação fiduciária em garantia —, o da transferência do objecto (que, segundo cremos, só pode ser a da propriedade, uma vez que à posse ou detenção já se reporta a entrega), o registo de títulos escriturais e a permanência do objecto sob o controlo do beneficiário da garantia ou de quem actue em nome deste.

Pensamos, pois, que o acordo de vontades das partes não é suficiente para a perfeição do contrato.

Uma última nota, mas não menos importante: sendo uma garantia real das obrigações, a «fidúcia» não é um direito real de garantia. O que se transmite, como dissemos, é o direito de propriedade sobre determinados bens, pelo que não se constitui qualquer outro direito real, designadamente um *ius in re aliena* (ao contrário do que sucede no caso do penhor financeiro, aí disciplinado, e nas outras garantias reais).

Por esse motivo, julgamos não ser exacta a asserção, contida no preâmbulo do Decreto-Lei em apreciação, de que o seu reconhecimento na ordem jurídica portuguesa determinou o alargamento do «numerus clausus *pressuposto pelo artigo 1306.º do Código Civil*» ([120]).

([119]) Sobre a contraposição entre contratos consensuais e contratos reais, *vide*, por todos, COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11.ª ed. (Coimbra, 2008), págs. 284-288.

([120]) Essa afirmação parece assentar num erro ainda mais grave: o de que esse pretenso alargamento do *numerus clausus* resulta da «*consagração de uma nova forma de transmissão de propriedade, ainda que a título de garantia*», quando a forma de transmissão (a alienação fiduciária em garantia) é um contrato e não é a forma de aquisição ou constituição de um direito real que define o tipo de *ius in re* de que se trata e se ele corresponde ou não aos previstos na lei. Aliás, importa ter presente que a «propriedade temporária» e a «propriedade limitada» são expressamente admitida no art. 1307.º, n.º 2, do Código Civil, «*nos casos especialmente previstos na lei*» (a que se reconduz, em nossa opinião, o do Decreto-Lei n.º 105/2004).

Tal afirmação é tida como boa, *v. g.*, por SOFIA BORGES. Cfr. BORGES, Sofia Leite, *A transposição em Portugal da directiva dos acordos financeiros*, cit, pág. 84 — onde a A. sustenta que o reconhecimento, agora operado, da alienação fiduciária em garantia «*como garantia real pela lei portuguesa (...) implicou o alargamento do* numerus clausus *de direitos reais de garantia imposto pelo artigo 1306.º do Código Civil*» (confundindo, pois, além do mais, o contrato de

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

2.2. Os sujeitos e o objecto da alienação fiduciária em garantia

Apenas podem ser partes no contrato de alienação fiduciária em garantia, como prestador e como beneficiário, as pessoas ou entidades referidas no art. 3.º, de entre as quais destacamos: 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 [cfr. art. 3.º, n.º 1, al. *a)*]; entidades financeiras, como o Banco de Portugal, os outros bancos centrais, o Banco Central Europeu, o Fundo Monetário Internacional, o Banco de Pagamentos Internacionais, os bancos multilaterais de desenvolvimento e o Banco Europeu de Investimento [cfr. art. 3.º, n.º 1, al. *b)*] ([121]); as instituições sujeitas a supervisão prudencial, incluindo, nomeadamente, as instituições de crédito, as empresas de investimento, as instituições financeiras e as empresas de seguros [cfr. art. 3.º, n.º 1, al. *c)*]; pessoas colectivas que actuem, na qualidade de fiduciário ou de representante, por conta de uma ou mais pessoas [cfr. art. 3.º, n.º 1, al. *e)*]; e outras pessoas colectivas, desde que a outra parte no contrato pertença a uma das categorias referidas nas als. *a)* a *d)* do n.º 1 do art. 3.º [cfr. art. 3.º, n.º 1, al. *f)*].

O objecto da alienação fiduciária em garantia, por força do disposto no art. 5.º, só pode ser constituído por «*numerário*» ou por «*instrumentos financeiros*». A própria lei diz o que deve entender-se por aquele e por estes: considera-se como «*numerário*» 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 [cfr. al. *a)*], estando, pois, excluídas as notas emitidas pelo BCE ou por qualquer outra entidade emissora de papel-moeda ([122]); e por «*instrumentos financeiros*» entendem-se os valores mobiliários (*maxime*, as acções) e os instrumentos do mercado monetá-

---

alienação fiduciária em garantia com a garantia real constituída através dele, ou seja, com a «fidúcia»).

ALMEIDA COSTA limita-se a dizer, a este respeito, que, dada a função de garantia que se obtém com a transmissão da propriedade para o beneficiário, «*pode levantar-se o problema de saber se verdadeiramente se alargou o 'numerus clausus' consagrado no art. 1306.º do Cód. Civ.*». Cfr. COSTA, M. J. de Almeida, *Direito das Obrigações*, cit., nota[2] da pág. 910 (que termina na pág. seg.).

([121]) Com a alteração que, neste domínio, irá ser introduzida através da nova directiva já aprovada em primeira leitura pelo PE — e com a subsequente transposição da mesma para as ordens jurídicas internas dos Estados-Membros —, entre as instituições financeiras previstas nessa alínea passará a estar, também, o Banco Europeu de Investimento [cfr. a nova redacção da al. *b)* do n.º 2 do art. 1.º da Directiva 2002/47/CE].

([122]) Cfr. considerando 18 da Directiva 2002/47/CE.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

rio, bem como os créditos ou direitos relativos a quaisquer desses instrumentos financeiros (nomeadamente, dividendos e juros) [cfr. al. *b)*].

Com a alteração que, neste domínio, irá ser introduzida através da nova directiva já aprovada em primeira leitura pelo PE — e com a subsequente transposição da mesma para as ordens jurídicas internas dos Estados-Membros —, a garantia financeia poderá ter como objecto, também, «*créditos sobre terceiros*» [cfr. nova redacção da al. *a)* do n.º 4 do art. 1.º da Directiva 2002/47/CE], embora os Estados-Membros possam fazer uso da possibilidade de exclusão (*opting out*) prevista na nova al. *c)* do n.º 4 do art. 1.º da Directiva 2002/47/CE, em relação aos créditos sobre terceiros em que o devedor seja um consumidor, uma microempresa ou uma pequena empresa, excepto nos casos em que o beneficiário da garantia ou o prestador da garantia desses créditos sobre terceiros seja uma das instituições referidas na al. *b)* do n.º 2 do art. 1.º da mencionada directiva [a que corresponde a al. *b)* do n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 105/2004].

Em conformidade com a al. *o)* do n.º 1 do art. 2.º da Directiva 2002/47/CE (aditada pela directiva que altera aquela), consideram-se «*créditos sobre terceiros*» os créditos pecuniários decorrentes de um acordo mediante o qual uma instituição de crédito concede um crédito sob a forma de empréstimo.

2.3. As obrigações garantidas pela alienação fiduciária em garantia

Apenas podem ser asseguradas através da garantia financeira resultante de alienação fiduciária em garantia as obrigações financeiras indicadas no art. 4.º: aquelas em que a prestação do devedor consista numa liquidação em numerário; e aquelas em que tal prestação se traduza na entrega de instrumentos financeiros.

O diploma legal que transpôs a directiva para o ordenamento jurídico português nada mais consagra a respeito das obrigações financeiras garantidas, ao contrário da própria directiva transposta (parcialmente). Esta diz que as «*obrigações financeiras cobertas*» podem ser obrigações puras ([123]) ou obrigações a termo, obrigações já existentes ou obrigações futuras, obrigações não sujeitas a

([123]) A Directiva 2002/47/CE, na sua versão em português, contrapõe «*obrigações presentes*» a «*obrigações com prazo certo*», mas trata-se, seguramente, de uma tradução incorrecta, uma vez que as obrigações que se contrapõem às que têm prazo certo são as puras (cujo cumprimento pode ser exigido imediatamente). Sobre a distinção entre obrigações puras e obrigações a termo ou a prazo, *vide*, por todos, COSTA, M. J. de Almeida, *Direito das Obrigações*, cit., págs. 1007-1008 e 1011-1013.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

condição («puras e simples») ou obrigações condicionais, «*incluindo as decorrentes de um acordo principal ou de um instrumento semelhante*» [cfr. art. 2.º, n.º 1, al. *f)*, subal. *i)*, da Directiva 2002/47/CE]; e tanto podem ser obrigações do próprio prestador da garantia como de terceiro (para com o beneficiário da garantia) [cfr. art. 2.º, n.º 1, al. *f)*, subal. *ii)*, da Directiva 2002/47/CE].

3. A obrigação de restituição que recai sobre o beneficiário da garantia

Como dissemos, ao proceder à caracterização da alienação fiduciária em garantia, o beneficiário da garantia está obrigado a efectuar a restituição da propriedade do objecto da garantia ao prestador da mesma. Todavia, em alternativa, permite ao beneficiário «restituir» (*rectius*, dar) um «*objecto equivalente*» [cfr. art. 14.º, al. *a)*], cuja escolha lhe pertencerá (como devedor que é), salvo estipulação em contrário (cfr. art. 543.º, n.º 2, do Código Civil). A possibilidade de vir a ser transferido para o prestador da garantia um «*objecto equivalente*» ao que ele havia dado, e não este, encontra a sua justificação na natureza do objecto da garantia, bem como no próprio conceito legal de «*objecto equivalente*», que não pode deixar de ser o do art. 13.º (apesar de este estar inserido no título respeitante ao penhor financeiro): se tiver havido alienação fiduciária em garantia de «*numerário*» [nos termos do disposto no art. 5.º, al. *a)*], o objecto equivalente será constituído por «*um pagamento do mesmo montante e na mesma moeda*» [cfr. art. 13.º, al. *i)* — *sic*! ([124])]; caso a alienação fiduciária em garantia tenha tido como objecto instrumentos financeiros [de acordo com o estabelecido no art. 5.º, al. *b)*], o objecto equivalente consistirá em «*instrumentos financeiros do mesmo emitente ou devedor, que façam parte da mesma emissão ou categoria e tenham o mesmo valor nominal, sejam expressos na mesma moeda e tenham a mesma denominação*», só podendo traduzir-se em instrumentos financeiros diversos desses «*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*» [cfr. art. 13.º, al. *ii)* — *sic*!].

Certamente, em virtude do carácter minimalista da transposição da Directiva 2002/47/CE efectuada pelo Decreto-Lei n.º 105/2004, não se percebe muito bem o sentido da referência feita no art. 14.º à obrigação de restituição do objecto da garantia (ou à de transferir o objecto equivalente) «*até á data convencionada para o cumprimento das obrigações financeiras garantidas*».

([124]) A utilização de numeração romana em caracteres minúsculos, nos termos em que aqui é feita, não é correcta; deve ser usada para indicar a subdivisão de alíneas em subalíneas e não para identificar alíneas.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

Se tivermos presente que a transferência fiduciária da propriedade é realizada com função de garantir o cumprimento de uma obrigação do prestador ou de terceiro e que o não cumprimento do contrato constitui um «*facto que desencadeia a execução*» [cfr. art. 12.º, n.º 2, aplicável ao contrato de alienação fiduciária em garantia «*ex vi*» do art. 15.º] da garantia dela resultante — embora não se diga em que se traduz tal execução (ao contrário do que sucede no *artículo undécimo* do *Real Decreto Ley 5/2005*, de 11 de Março, aplicável às duas modalidades de garantia financeira previstas na directiva) —, cremos que a restituição do objecto pelo beneficiário da garantia deve ser efectuada, em princípio, no caso de a obrigação financeira garantida ser cumprida na data convencionada (ou até essa data). E que tal obrigação deixa de existir quando não for realizado o cumprimento da obrigação financeira garantida até à data convencionada.

4. Outros deveres do beneficiário da garantia

Embora o beneficiário da garantia tenha como obrigação fundamental (que, além disso é verdadeiramente caracterizadora desta figura jurídica) a restituição do objecto da garantia (ou, em alternativa, a transferência de «*objecto equivalente*») a lei admite, no entanto, outras formas de o beneficiário da garantia se desonerar, desde que haja acordo nesse sentido entre o prestador da garantia e o respectivo beneficiário. Assim, este pode entregar àquele o valor que o objecto da garantia tenha no momento do vencimento da obrigação de restituição — ou seja, na data convencionada para o cumprimento da obrigação financeira garantida —, valor esse que será determinado em função do acordado pelas partes e «*segundo critérios comerciais razoáveis*») [cfr. art. 14.º, al. *b)*]; e poderá livrar-se da referida obrigação mediante compensação, procedendo-se à avaliação do crédito do prestador, determinado nos termos previstos para a hipótese anterior [cfr. art. 14.º, als. *b)* e *c)*]. Neste caso, tratar-se-á de um acordo de «*netting*», isto é, de «*compensação do saldo líquido entre as partes*» ([125]).

A lei admite, contudo, a possibilidade de as partes convencionarem «*o vencimento antecipado da obrigação de restituição do beneficiário da garantia e o cumprimento da mesma por compensação, caso ocorra um facto que desencadeie a execução*» [cfr. art. 12.º, n.º 1, aplicável ao contrato de alienação fiduciária em garantia «*ex vi*» do art. 15.º], considerando-se como facto com essa virtualidade «*o não cumprimento do contrato ou qualquer facto a que as partes atribuam efeito análogo*» [cfr. art. 12.º, n.º 2, aplicável também por força

([125]) Cfr. Parecer do Comité Económico e Social Europeu, já citado, disponível em http://eescopinions.eesc.europa.eu.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

da remissão feita no art. 15.º]. Neste caso, trata-se do denominado «*close-out netting*» ([126]).

5. A execução da garantia pelo beneficiário

Já tivemos oportunidade de referir que o Decreto-Lei n.º 105/2004 não diz como se efectiva a execução da garantia constituída mediante alienação fiduciária, nem indica os respectivos pressupostos — ao contrário do que fez o legislador espanhol (no *artículo undécimo* do *Real Decreto Ley 5/2005*, de 11 de Março, aplicável às duas modalidades de garantia financeira previstas na directiva).

Quanto à execução, limita-se a estatuir (no n.º 2 do art. 8.º) que, salvo convenção das partes em contrário, «*a execução da garantia pelo beneficiário não está sujeita a nenhum requisito, nomeadamente a notificação prévia ao prestador da garantia da intenção de proceder à execução*», e a aludir incidentalmente (ao tratar do vencimento antecipado) ao não cumprimento do contrato como facto que (a par de outros a que as partes atribuam efeito análogo) «*desencadeia a execução*» (no n.º 2 do art. 12.º).

De qualquer modo, não há dúvida de que o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução se a obrigação financeira garantida não for cumprida na data convencionalmente estabelecida, a fim de obter satisfação do seu crédito. Como vimos, só nessa hipótese é que o credor deixa de estar obrigado a restituir o objecto da garantia (ou a transferir para o garante objecto equivalente).

A definição dos termos em que o beneficiário da garantia pode proceder à execução deve, pois, ser objecto do acordo de garantia financeira que tenha por efeito a transmissão da propriedade de numerário ou de instrumentos financeiros, até porque o art. 6.º, n.º 1, da Directiva 2002/47/CE impõe aos Estados-Membros que assegurem a produção dos efeitos desse tipo de acordo «*nas condições nele previstas*». Assim, cremos que a execução poderá traduzir-se na conservação definitiva da propriedade do objecto dado em garantia ao credor (pacto comissório — que, aliás é expressamente admitido para o penhor financeiro, no art. 11.º do diploma legal que transpôs essa directiva para a nossa ordem jurídica, ao contrário do que sucede para o penhor disciplinado no Código Civil, por força da remissão feita no art. 678.º para o art. 694.º), ainda que deva ser salvaguardada a restituição do eventual excesso de valor do objecto dado em garantia sobre a dívida garantida; e pode, também, traduzir-se na venda ou em qualquer outra forma de alienação a título oneroso dos instrumentos financeiros ou

([126]) Cfr. Parecer citado na nota anterior.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

do numerário que constituem o objecto sobre que recai a garantia fiduciária, também com restituição do eventual excedente.

6. Aspectos em que se revela a filiação da garantia constituída através da alienação fiduciária na *fiducia cum creditore* do direito romano

Numa breve síntese, podemos dizer, antes de mais, que a forma de assegurar o cumprimento da obrigação financeira criada através da alienação fiduciária em garantia, tal como foi consagrada entre nós, pela caracterização que apresenta — transferência da propriedade, com finalidade de garantia, com a imposição ao beneficiário da obrigação de restituição do objecto da garantia no caso de a obrigação garantida ser cumprida (embora se admita, igualmente, a transferência de objecto equivalente, que foi devidamente justificada) —, corresponde, no essencial, ao modelo da *fiducia cum creditore* do direito romano. Trata-se, pois, de um modelo diferente do adoptado para a alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro, uma vez que esta assenta na *fiducia* germânica, caracterizada pela transferência da propriedade sob condição resolutiva, «*que se verifica no momento em que a finalidade visada pelas partes é alcançada*» ([127]), *condicio* essa que não era conhecida no direito romano.

Outro aspecto em que se evidencia a relação entre o contrato de garantia financeira que tem como efeito a transmissão da propriedade e a *fiducia cum creditore* reside na configuração daquele e desta como contratos reais (quanto à constituição), por não bastar o consenso das partes (o prestador e o beneficiário da garantia, o fiduciante e o fiduciário, respectivamente), sendo ainda exigido um qualquer acto material para que se produzam os seus efeitos.

Embora «*cum grano salis*», podemos também dizer que existe uma afinidade entre *fiducia* com finalidade de garantia do direito romano e a «fidúcia» do nosso direito actual no que respeita à importância sócio-económica dos bens que constituíam objecto daquela e os que agora podem ser alienados fiduciariamente em garantia, pois o numerário e os instrumentos financeiros têm hoje um valor tão grande que a crise recentemente declarada no domínio financeiro abalou profundamente os próprios alicerces da economia mundial (são, pois, as «*res pretiosiores*» do nosso tempo).

([127]) Cfr. ALVES, J. C. Moreira, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., pág. 22. Para uma caracterização da alienação fiduciária em garantia do direito brasileiro, *vide* (além dessa obra, ainda hoje fundamental) COSTA, M. J. de Almeida, *Alienação fiduciária em garantia*, cit., págs. 49 segs.; AMARAL, F. dos Santos, *A alienação fiduciária em garantia*, cit., págs. 158-161 e 167 segs.; DIAS, Ronaldo Brêtas C., *A propriedade fiduciária*, in *Revista Forense*, cit., págs. 86 segs.; e FORGIARINI, G., *Aspectos relevantes da alienação fiduciária em garantia*, cit., págs. 3 segs.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

Por fim, mas não por último, importa referir a possibilidade de as consequências do não cumprimento, no prazo convencionado, da obrigação financeira assegurada pela garantia constituída mediante a alienação fiduciária, definidas por acordo das partes, serem idênticas às que foram admitidas na *fiducia cum creditore* do direito romano: a conservação definitiva da propriedade dos objectos financeiros dados em garantia (pacto comissório) ou a sua venda, com a indispensável salvaguarda do direito ao excedente, reconhecido ao garante.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544

https://doi.org/10.55104/FRDC_0544