

José Carlos Moreira Alves

Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.
Professor titular aposentado de Direito Civil na Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo. Livre-docente de Direito Civil e Romano
na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Doutor *honoris causa* pela Faculdade de Direito
da Universidade Tor Vergata de Roma II.

DIREITO ROMANO

16ª edição



RIO DE JANEIRO

própria ação que sancionava o *foenus nauticum*.³² Demais, permitiu-se que, aí, a taxa de juros pudesse exceder o máximo admitido para o mútuo.³³

230. Fidúcia – A fidúcia é o contrato pelo qual alguém (o fiduciário) recebe de outrem (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa infungível,³⁴ mediante a *mancipatio* ou a *in iure cessio*,³⁵ obrigando-se, de acordo com o estabelecido num *pactum* aposto ao ato de entrega, a restituí-la ao fiduciante, ou a dar-lhe determinada destinação.

Trata-se de contrato real, bilateral imperfeito, de boa-fé.

No direito pré-clássico, embora muito utilizada, a fidúcia, mediante a *mancipatio* ou a *in iure cessio*, transmitia a propriedade sobre a coisa do fiduciante ao fiduciário, mas o *pactum* aposto a esse ato de alienação, e pelo qual se comprometia o fiduciário a restituir a coisa ao fiduciante ou a dar-lhe determinada destinação, era um *nudum pactum* (pacto nu), e, portanto, desprovido de *actio* (assim, o fiduciante tinha de confiar apenas na *fides* do fiduciário, pois não dispunha de ação para compeli-lo a restituir a coisa ou a dar-lhe a destinação convencional). Segundo parece – a matéria é muito controvertida³⁶ –, foi o pretor, no direito clássico, quem sancionou esse *pactum* (denominado pelos autores modernos *pactum fiduciae*), mediante uma *actio in factum*. Posteriormente, nos fins da república, surgem duas ações *in ius* (o que significa que o *ius civile* reconhecia a fidúcia como um *contractus*) transmissíveis ativa e passivamente:³⁷

a) a *actio fiduciae directa* (que era concedida ao fiduciante quando o fiduciário não restituía a coisa ou não lhe dava o destino combinado); e

b) a *actio fiduciae contraria* (concedida ao fiduciário no caso de o fiduciante se negar ao cumprimento das obrigações que eventualmente surgissem para ele).³⁸

Os requisitos específicos do contrato de fidúcia são os seguintes:

32 Cf. D. XXII, 2, 7.

33 Discute-se, com base principalmente no C. IV, 32, 26, 2, se Justiniano alterou, ou não, essa regra.

34 A maioria dos autores entende que apenas as coisas infungíveis que fossem *res Mancipi* podiam ser objeto da fidúcia. C. Longo (*Corso di Diritto Romano - La Fiducia*, p. 27, Milano, 1946) é de opinião, porém (e com bons argumentos), de que as *res nec Mancipi* também podiam sê-lo.

35 E não mediante a *traditio* (vide, a propósito, Erbe, *Die Fiduzia in Römischen Recht*, p. 12 e segs., Weimar, 1940).

36 A respeito, vide C. Longo, *Corso di Diritto Romano - La Fiducia*, p. 14 e segs., Milano, 1946.

37 Essa é a opinião unânime na doutrina, como acentua Burdese, *La menzioni degli eredi nelle "fiducia cum creditore"*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, p. 324, Napoli, 1948.

38 A *actio contraria* é, a princípio, uma *actio in factum* concedida pelo pretor ao contratante a que cabe exigir do outro, nos contratos bilaterais imperfeitos, o cumprimento de obrigações eventuais. Denomina-se *actio contraria* porque era concedida à maneira de apêndice da ação civil decorrente do contrato, e na qual as posições das partes se invertiam: o réu passava, na *actio contraria*, a autor. Mais tarde, a *actio contraria* se torna independente da *actio* resultante do contrato, a qual passa a designar-se, então, *actio directa*. Sobre a *actio contraria*, vide o amplo estudo de Schwarz, *Die Konträrklagen*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, LXXI (1954), pp. 111 a 220.

a) a *entrega da coisa ao fiduciário* – por ela o fiduciante, por via da regra, transfere, mediante a *mancipatio* ou a *in iure cessio*, a propriedade da coisa ao fiduciário; como essa transferência tem de fazer-se necessariamente por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, a fidúcia só pode ser celebrada por cidadãos romanos e com relação a coisas que estejam na propriedade quiritária deles;³⁹ demais, a coisa tem de ser infungível, não importando, contudo, que seja *res Mancipi* ou *res nec Mancipi*;⁴⁰ e

b) o *acordo de vontade* (que é o que os romanistas modernos denominam *pactum fiduciae*) entre fiduciante e fiduciário no sentido de que este restituía àquele a coisa ou lhe dâ uma determinada destinação; daí verifica-se que é preciso distinguir o *contractus fiduciae* (que é o ato de alienação da coisa e o *pactum fiduciae* a ele aposto) do *pactum fiduciae* (que é apenas um dos requisitos do *contractus fiduciae*); além disso, o *pactum fiduciae* só tem eficácia pessoal, o que significa que para o fiduciante ser novamente proprietário da coisa é necessário que, por um dos modos de aquisição da propriedade, o fiduciário lhe transfira o domínio sobre a coisa.

Por outro lado, a fidúcia, quer no direito pré-clássico, quer no clássico, quer no pós-clássico, era empregada para alcançarem-se diferentes objetivos patrimoniais, ou não. No terreno patrimonial, como nos informa Gaio (*Inst.*, II, 59-60; e III, 201), havia a *fiducia* contraída *cum creditore pignoris iure* e a *fiducia* contraída *cum amico, quo tutius nostra res apud eum sint*. A primeira era utilizada com objetivo de constituição de garantia real; por ela, o credor de uma obrigação preexistente se tornava proprietário, mediante a *mancipatio* ou a *in iure cessio*, de uma coisa do devedor, obrigando-se aquele, pelo *pactum fiduciae*, a restituí-la a este, depois de paga a dívida. A segunda servia para colocar-se, em segurança, uma coisa junto a um amigo, que, pelo *pactum fiduciae*, se comprometia a restituí-la (retransferindo, portanto, a propriedade sobre a coisa), quando solicitado pelo fiduciante. Além desses dois casos referidos por Gaio, a fidúcia, no campo patrimonial, era ainda utilizada para que se atingissem outras finalidades: assim, por exemplo, para realizar-se uma doação por interposta pessoa.⁴¹

Quanto aos efeitos, o contrato de fidúcia gera sempre obrigações para o fiduciário, e, eventualmente, obrigações para o fiduciante (por isso, é um contrato bilateral imperfeito).

São obrigações do fiduciário:

a) conservar a coisa (e isso porque, embora o fiduciário se torne proprietário dela, está obrigado, em virtude do *pactum fiduciae*, a restituí-la ao fiduciante);

b) responder por perda ou avaria da coisa, resultante de dolo ou culpa seus; e

39 É certo, porém, que alguns romanistas defendem a tese de que a fidúcia, no direito clássico, era um contrato *iuris gentium*, podendo, portanto, ser celebrado por estrangeiros. Essa opinião, todavia, é refutada com bons argumentos por C. Longo, *Corso di Diritto Romano – La Fiducia*, p. 23 e segs., Milano, 1946.

40 Vide nota 34 deste capítulo.

41 Vide, a propósito, C. Longo, *Corso di Diritto Romano – La Fiducia*, p. 75 e segs., Milano, 1946.

c) restituir a coisa ao fiduciante ou dar-lhe a destinação convencionada, conforme o estabelecido no *pactum fiduciae*.

São obrigações eventuais do fiduciante:

a) ressarcir as despesas do fiduciário com a conservação da coisa; e

b) indenizar o fiduciário dos danos que, porventura, a coisa lhe tenha causado.

Além de poder dispor da *actio fiduciae contraria*, o fiduciário tem o direito de reter a coisa (*ius retentionis* – direito de retenção), até que o fiduciante cumpra suas obrigações.

O contrato de fideiúcia, no início do direito pós-clássico, entra em decadência, mas ainda em 395 d.C. (C. Th. XV, 14, 9) uma constituição imperial alude a ele. Com o desaparecimento da *mancipatio* e da *in iure cessio*, a fideiúcia deixa de existir, por volta do século V. d.C.⁴²

231. Comodato⁴³ – O comodato (*commodatum*) é o contrato pelo qual alguém (o comodante) entrega uma coisa móvel inconsumível, ou imóvel, a outrem (o comodatário), para que, gratuitamente, use dela por algum tempo, e depois a restitua.⁴⁴

No direito clássico e pós-clássico, é um contrato real, bilateral imperfeito, gratuito e de boa-fé.

No direito pré-clássico e início do clássico, embora muito utilizado, não era o comodato sequer um negócio jurídico (portanto, era um ato que não produzia efeitos jurídicos; o comodatário não podia ser compelido, judicialmente, a restituir a coisa ao comodante). Para evitar os abusos, o pretor intervém, e passa a conceder ao comodante ação *in factum* contra o comodatário que, dolosamente, se nega a restituir a coisa entregue em comodato. Posteriormente, no século I d.C., é reconhecido pelo *ius civile* como contrato real; passa, então, a ser sancionado por ações *in ius ex fide bona*⁴⁵ – embora aquela ação *in factum*, a que aludimos, tenha persistido ao lado destas –, a saber:

a) a *actio commodati directa* (que é concedida em favor do comodante e contra o comodatário que não cumpriu suas obrigações); e

b) a *actio commodati contraria* (já o pretor concedia um *iudicium contrarium* ao comodatário contra o comodante que se recusasse a cumprir as obrigações que eventualmente – pois o comodato, como salientamos atrás, é um contrato bilateral imperfeito – tivessem surgido para ele).

⁴² A respeito, vide Erbe, *Die Fideiúcia in Römischen Recht*, p. 204, Weimar, 1940.

⁴³ Sobre o comodato, vide Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *Opere*, III, p. 81 e segs., Milano, 1929; Zannini, *Spunti Critici per una Storia del Commodatum*, Milano, 1983 e Paola Blavaschi, *Ricerche sul Precarium*, Milano, 2006.

⁴⁴ Segundo acentua Arangio-Ruiz (*Istituzioni di Diritto Romano*, 13ª ed., p. 313 e segs.), primitivamente o comodato era denominado *utendum dare*; só no tempo de Juliano é que foi usado, oficialmente, no Edito Perpétuo, o termo *commodatum*.

⁴⁵ Vide, a propósito, Segrè, *Sull' Età dei Giudizi di Buona Fede di Comodato e Pegno*, in *Scritti Varii di Diritti Romano*, p. 61 e segs., Torino, 1952; Biondi, *Iudicia Bonae Fidei*, I, p. 260 e segs., Palermo, 1920; e Voci, *La Dottrina Romana del Contratto*, p. 75 e segs., Milano, 1946.