

12
M 672
2012
N. 3

Pontes de Miranda

TRATADO DE
DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO III

Negócios jurídicos. Representação.
Conteúdo. Forma. Prova

Atualizado por
Marcos Bernardes de Mello
Marcos Ehrhardt Jr.

EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PONTES DE MIRANDA

PARTE ESPECIAL

TOMO III

Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova

MARCOS BERNARDES DE MELLO

MARCOS EHRHARDT JR.

Atualizadores

© Originais do Tratado de Direito Privado – 60 Tomos:

PONTES DE MIRANDA

© Desta Atualização [2012]:

187

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

GISELLE DE MELLO BRAGA TAPAI

Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [09.2012]

Profissional

Fechamento desta edição [11.09.2012]



EDITORA AFILIADA

ISBN 978-85-203-4523-8

ISBN da Coleção 978-85-203-4321-0

- a) o art. 90 do CC/1916 ao art. 140 do CC/2002, corrigindo a terminologia equivocada, pela substituição de falsa causa por falso motivo;
- b) o art. 622, parágrafo único, do CC/1916 ao art. 1.268, § 2.º, do CC/2002, alterou a linguagem e substituiu a expressão "domínio" por "propriedade";
- c) o art. 85 do CC/1916 ao art. 112 do CC/2002, mesmo conteúdo, com linguagem diferente;
- d) o art. 1.092 do CC/1916 aos arts. 476 e 477 do CC/2002, mesmo conteúdo, subdividido em dois artigos;
- e) o art. 1.092, parágrafo único, do CC/1916 ao art. 475 do CC/2002, acrescentando que a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do negócio jurídico, se não preferir exigir o seu cumprimento, cabendo, em ambos os casos, indenização por perdas e danos.

§ 271. NEGÓCIOS JURÍDICOS FIDUCIÁRIOS

1. CONCEITO DE FIDÚCIA E DE NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO. – Sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há *fidúcia* ou *negócio jurídico fiduciário*. Exemplos: A transmite a C, para que C transmita a B; A transmite a B, para que B administre; A cede a C crédito contra B, para que o cobre a B. O outro fim é, aí, heterotópico; está fora do negócio jurídico de transmissão. Não se confunde com o negócio jurídico simulado, porque o fim do negócio jurídico simulado foi *querido*, ao passo que, na fidúcia, se quer o *outro* fim. Ao fiduciário transmite-se o bem da vida, pôsto que, em virtude da natureza do negócio jurídico fiduciário, só lhe caiba proceder de acôrdo com a lei, se essa previu a figura jurídica, ou de acôrdo com as declarações ou manifestações de vontade que lhe confiaram o *outro* fim.

O elemento nôvo, que há no negócio jurídico fiduciário, é a confiança, a fidúcia (em sentido pós-romano). Aquêle a quem se fez a transmissão, – pôsto que tenha todos os poderes e faculdades do adquirente e, pois, do proprietário, – diante do transmitente, está *obrigado* a exercer o seu direito de acôrdo com o fim da fidúcia, inclusive, se fôr o caso, de restituir o bem da vida que se transmitiu. Há, porém, figuras jurídicas, que se assemelham, sem se identificarem, com as dos negócios jurídicos fiduciários: quem adquire de alguém por conta de outrem, se bem que, aí, haja as três figuras que soem aparecer nos negócios jurídicos fiduciários, não recebe fidúcia

(confiança) de quem transmite e adquire por conta de terceiro, em vez de adquirir para fim de cuja realização o incumbiu o transmitente. Aí, há representação indireta, ou preposição de pessoa; não fidúcia. A fundação ligada, ou não-autônoma, é aquela em que, faltando-lhe personalidade, os bens são atribuídos a fins, que outras pessoas (sociedades civis, ou fundações, ou pessoas jurídicas de direito público) têm de realizar. Não se pode ver, nelas, negócio jurídico fiduciário; não são “fundações”, no sentido de personalidades jurídicas.

2. LEI E NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO. – Se a regra jurídica prevê, explicitamente, a categoria jurídica do negócio jurídico fiduciário, como acontece com os fideicomissos, tudo se passa em termos de *interpretação, incidência e aplicação* da lei. Se não há regra jurídica especial, ou que possa ser regra entendida como permissiva dos negócios jurídicos fiduciários, o primeiro problema é o de se saber se existem, ou não, no sistema jurídico, negócios jurídicos fiduciários. Diante da formação e estrutura dos negócios jurídicos, ou (a) se exige que, ao se compor, com declaração ou manifestação de vontade, o suporte fático dos negócios jurídicos, sejam queridos o negócio jurídico e a sua *eficácia jurídica e econômica adequada*; ou (b) se permite que no suporte fático do negócio jurídico estejam a vontade do negócio jurídico e a da sua eficácia jurídica ou dessa e da eficácia econômica sobre as quais as declarações ou manifestações de vontade acordaram. Logicamente, quem exige a correspondência entre o fim do negócio jurídico e a consequência econômica é levado a negar que os sistemas jurídicos comportem o negócio jurídico fiduciário. Ainda é de entender-se (c) que basta querer-se o negócio jurídico, pois que nêle está, ou não, o fim, porém pode-se modificar a sua eficácia jurídica (regras dispositivas ou interpretativas, que se afastem) e querer-se outro fim, como consequência econômica.

No negócio jurídico fiduciário, o fim é o fim próprio do negócio, mas há *outro* que coincide ser o fim econômico. Dá-se, então, diferenciação entre o fim técnico do negócio jurídico e o fim posterior, econômico. Satisfaz-se à técnica, mas quer-se algo mais, *plus*, que não está no negócio jurídico. Em verdade, negócio jurídico fiduciário é negócio jurídico + fidúcia. A relação jurídica daquele é uma (A); a da fidúcia é outra (B). Essa é que faz o fiduciário ter o dever e a obrigação de exercer os seus direitos, oriundos da relação jurídica (A), tal como lhe ficou confiado na relação jurídica (B). Foi F. REGELSBERGER, em 1880 (Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession,

Archiv für die civilistische Praxis, 63, 173), quem designou tais negócios jurídicos como negócios jurídicos fiduciários, para substituir a expressão de J. KOHLER (Studien über Mentalreservation und Simulation, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 16, 140) “negócio encoberto” (verdecktes Geschäft), não só porque o negócio da transmissão não é encoberto, nem encobre, como porque na expressão caberiam negócios simulados. Melhor seria dizerem-se “negócios jurídicos com fidúcia”, para se frisar a dualidade de relações jurídicas. Ao lado da relação jurídica, oriunda da aquisição, está a relação jurídica de fidúcia, entre o fiduciante e o fiduciário.

3. REMINISCÊNCIAS DA FIDÚCIA. – A fidúcia regulada em lei apaga-se de certo modo a si-mesma. Apenas alude a que, nas origens do instituto, ela esteve; não está mais. A confiança, que é ato de *con-fidare* (latim popular, em vez de *fidere*) é entre declarantes ou manifestantes de vontade, um dos quais confia (espera) que o outro se conduza como êle deseja, e pois tem fé (fidúcia); à diferença da fiança, que é prestação de fé. Se a lei transforma êsse material de confiança, criado no terreno deixado à autonomia das vontades, e o faz conteúdo de regras jurídicas cogentes, a fidúcia passa a ser elemento puramente histórico do instituto, salvo no ato mesmo de se escolher a categoria. Foi o que se passou com os testamenteiros e outros administradores de patrimônio alheio.

4. TRANSMISSÃO FIDUCIÁRIA. – A transmissão fiduciária pode ser do domínio, de parte ideal, de parte *pro diviso*, de algum direito real (*e. g.*, usufruto, renda sobre imóveis), de posse, de créditos, de direitos formativos, de direitos sobre coisas imateriais, de ações; e consistir em assunção de obrigações abstratas. Já A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 187, nota 8) observara que a assunção de obrigação causal para fim fiduciário não é possível conceber-se (*e. g.*, se *prometo* doar para que o promissário, ao receber a coisa, ma devolva, ou a transfira a outrem, há mútuo, ou comodato, e não fidúcia); porém sem razão: pode A prometer doar a B com o fim de garantia real.

A transmissão pode ser somente da posse direta ou da indireta. Também basta a concessão de poder irrevogável, ou a procuração em causa própria, ou a cessão da pretensão à restituição da coisa (art. 621), ou pela aquisição da propriedade para tornar eficaz a aquisição pelo fiduciário ao fiduciante não-dono (art. 622), ou pelo constituto possessório (arts. 494, IV, e 520, V). O usufruto de coisas consumíveis (art. 726) não é negócio jurídico

fiduciário: é o usufruto impróprio, originado de senatusconsulto de época incerta (L. 1, D., *de usu fructu earum rerum, quae usu consumatur vel minuuntur*, 7, 5), instituto que foi sugerido pela natureza das coisas usufruídas (G. HANAUSECK, *Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch*, 15).

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 271. A – Legislação

O conteúdo normativo dos dispositivos do Código Civil de 1916 citados no texto está quase totalmente reproduzido no Código Civil de 2002, exceto os arts. 494, IV, e 520, V, que nele não têm correspondentes.

Com modificações, algumas sem maior importância, correspondem: o art. 621 do CC/1916 ao art. 1.267, parágrafo único, do CC/2002 com conteúdo semelhante, mas com modificação de linguagem; o art. 622 do CC/1916 ao art. 1.268, *caput* e § 1.º, do CC/2002 de mesmo conteúdo, com linguagem modificada; o art. 726 do CC/1916 ao art. 1.392, § 1.º, do CC/2002, com conteúdo semelhante, mas com modificação de linguagem.

§ 271. B – Doutrina

O Código Civil de 1916 não se referia aos negócios jurídicos fiduciários em garantia. Somente tratava do fideicomisso na sucessão hereditária. A legislação extravagante posterior (Lei 9.514/1997), porém, passou a admiti-los, expressamente, em relação a imóveis, quando a alienação fiduciária tivesse por finalidade garantir financiamento no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação. Também os admitiu em relação a bens móveis infungíveis (Lei 4.728/1965) – José Paulo Cavalcanti considera que essa alienação fiduciária não passa de um penhor mal dissimulado (*O penhor chamado alienação fiduciária em garantia*. Recife: Edição do Autor, 1989). O Código Civil de 2002, nos arts. 1.361-1.368, porém, regulou a propriedade fiduciária de bem móvel infungível, constituída através do registro de negócio jurídico no Registro de Títulos e Documentos ou em repartição competente para licenciamento de veículos. Entretanto, não cuidou dos negócios jurídicos fiduciários, nem da propriedade fiduciária sobre bem imóvel, que continua regulada pela citada lei especial. Tampouco tratou de negócio fiduciário que tenha como objeto título de crédito. A nosso ver (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. § 55.4), não havendo vedação legal expressa, o fato de o Código Civil não haver regulamentado a espécie fiduciária não impede que haja “negócios jurídicos com fidúcia”, como prefere Pontes de Miranda. Ainda há, em doutrina e jurisprudência, quem confunda negócio fiduciário com negócio simulado, ou ainda como fraude à lei, resquícios de noções já superadas, que nos vem do direito romano. Sem dúvida,

no negócio fiduciário, como qualquer outro, pode, eventualmente, haver simulação, nunca, porém, como dado intrínseco à sua essência. O negócio fiduciário também pode ser em fraude contra credores ou à execução, quando será inválido, no primeiro caso, ou ineficaz em relação ao exequente, na segunda hipótese.

§ 271. C – Jurisprudência

O tema é tratado no: STF, RE 71.616/SP, 1.ª T., j. 11.12.1973, rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 08.08.1974: "Ação rescisória. Julgado que reconhece a existência de negócio fiduciário e lhe nega efeito 'sob o fundamento de fraude a lei'. Distinção entre negócio fiduciário e simulação. Legitimidade do negócio fiduciário. Ofensa arts. 81, 82 e 765 do CC/1916 com equipara-lo a simulação fraudulenta. Recurso extraordinário não conhecido".

§ 272. AS RELAÇÕES JURÍDICAS NA FIDÚCIA

1. FIDUCIANTE E FIDUCIÁRIO. – A relação jurídica entre o fiduciante e o fiduciário de modo nenhum atinge a relação jurídica do fiduciário com terceiros, quer se trate de sujeito passivo total, quer não (*e. g.*, o devedor do crédito cedido). A relação jurídica de fidúcia é pessoal e somente estende a terceiros a sua eficácia segundo os princípios que regem, de ordinário ou de maneira especial, a extensão. Os direitos, formados ou formativos, que entram, com a aquisição, no patrimônio do fiduciário, podem ser objeto de execução por parte dos seus credores, inclusive execução concursal. Mas, de acordo com os princípios, o fiduciante é credor concursal, ou o é o terceiro a quem deve ser devolvido o bem da vida, pelo seu direito à devolução. O direito à separação ou restituição da coisa (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 76-79), ou a pretensão à execução por coisa certa (Código de Processo Civil, arts. 992-997) só existe se a transferência se deu sob condição resolutiva e essa se realizou. Na execução concursal do fiduciante, o fiduciário pode exercer o seu direito à restituição ou separação, salvo se o alcança alguma regra jurídica dos arts. 52-58 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Se a transmissão foi para garantia, o credor-fiduciário tem direito à restituição, ou separação, quanto a todo o objeto, enquanto não se lhe paga a dívida. O síndico da execução concursal apenas pode exigir que se venda o bem e se entregue o resto à massa concursal. O mesmo há-se de observar quanto à cessão de crédito para garantia: o crédito não entra no concurso, porque não é mais do fiduciante,

pôsto que o resto do que se apurar se haja de entregar à massa concursal. Num e noutro caso, a venda do bem ou a cobrança do crédito não é feita pelo síndico.

2. POSIÇÃO JURÍDICA DO FIDUCIÁRIO. – A fidúcia não restringe a posição jurídica do fiduciário, porque tudo se passa, quanto a ela, no plano da relação jurídica pessoal. Nem se pense em que a propriedade dêle se torna formal, ou que se cinde a propriedade em aparente e real, ou em jurídica (com o fiduciário) e econômica (com o fiduciante ou com outrem que a tenha de receber). Basta lembrar-se a F. REGELSBERGER e O. WENDT, ao interpretarem a *fiducia cum amico* (“quo tutius res nostrae apud eum sint.”), como dizia GAIO, II, 60, e o que escreveu L. BRÜTT (*Die abstrakte Forderung*, 7), para se ter a amostra de quanto se desconhecia a natureza do negócio jurídico fiduciário com as suas duas relações jurídicas distintas. Quis-se reduzir o fiduciário a simples proprietário formal ou mandatário para cobrança do crédito. Distinção entre propriedade formal e propriedade material ou econômica seria novidade no direito. Tentou MARTIN WOLFF (*Lehrbuch*, III, 304) explicar a transmissão com fidúcia (para garantia ou administração) como sendo o fiduciário o proprietário, exceto o fiduciante, de modo que êsse continua, perante o fiduciário, como proprietário, a ponto de se ter de reconhecer o direito a separar da massa a coisa alienada para outro fim. Porém a espécie não é, de maneira nenhuma, semelhante à da alienação em fraude de execução ou em fraude de outra medida judicial constritiva, pois que qualquer dessas vale e apenas é ineficaz para o exequente ou o beneficiado pela medida judicial constritiva. O fiduciário é o proprietário perante todos, inclusive o fiduciante; e nisso o negócio jurídico fiduciário distingue-se do negócio jurídico simulado. Quanto à cessão de crédito, ou há cessão, ou não há; se a fidúcia entrasse na relação jurídica da cessão, modificá-la-ia; isso não ocorre; não há figura intermédia, esbatida, entre a cessão de crédito e o mandato, que pudesse ser a que resultaria da relação jurídica única em que a transmissão e a fidúcia se fundissem; a fusão não se dá; o fiduciante quis alienar, ceder, e quis a fidúcia. As duas vontades, distintas, são objeto de declarações ou manifestações que entram no suporte fático do negócio jurídico, porém não fundem as duas relações jurídicas, resultantes de regras jurídicas diferentes, que incidem sobre as duas declarações ou manifestações de vontade. O negócio jurídico bifurca-se (se o preferimos ver como unidade). Essa unidade só existe como unificação que a vida sugeriu. A unificação das relações jurídicas, essa, a vida não a pode sugerir, salvo ao legislador. Não há regra jurídica que trate as

declarações ou manifestações de vontade fiduciárias como uma só declaração e as duas relações jurídicas como só uma. Onde a lei chega a êsse ponto, o elemento de fidúcia passa a ser só *histórico*, porque se integrou no suporte fático da regra jurídica que o prevê.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 272. A – Legislação

Do Dec.-lei 7.661/1945 (Lei de Falências), os arts. 52-58 e 76-79, correspondem, com modificações, respectivamente, aos arts. 129-138 e 85-93 da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e de Falências).

Os arts. 992-997 do CPC/1939 correspondem, com substanciais modificações, aos arts. 621-628 do CPC de 1973.

§ 273. ATRIBUIÇÃO PATRIMONIAL FIDUCIÁRIA

1. ATRIBUIÇÃO PATRIMONIAL E FIDÚCIA. – A atribuição patrimonial, a que se une a fidúcia, tem de obedecer aos mesmos princípios jurídicos e regras jurídicas, que incidiriam, se concebida fôsse sem fidúcia: quanto ao suporte fático, quanto à forma e quanto à eficácia. Se se trata de propriedade imobiliária, as formalidades instrumentais e de registo são de exigir-se; se se trata de bens móveis, o ato dispositivo e a tradição, com a exigência de registo para os efeitos contra terceiros, se preciso fôr; se é de créditos e outros direitos que se cogita, a cessão, segundo as regras jurídicas respectivas. Se abstrato o ato de disposição, tudo se passa como se fidúcia não existisse; porém, se há negócio jurídico causal, nem por isso o *outro* fim atinge a causa própria do negócio jurídico. Por isso mesmo, o constituto possessório (arts. 494, IV, 520, V) basta, ainda que se precisasse da posse para a garantia real (*e. g.*, art. 769, 1.^a parte). Vê-se bem que tôda assimilação do negócio jurídico fiduciário para garantia ao direito real de garantia seria errada: se não há o penhor, sem a posse (salvo no caso de penhor agrícola ou pecuário, art. 769), há a transferência da propriedade móvel pelo constituto possessório e há fidúcia para a garantia de crédito do adquirente ou de outrem (G. PLANCK, *Kommentar*, III, 4.^a ed., 369-372).

De iure condendo, aduz-se a favor de tal negócio jurídico fiduciário que êle presta, quanto aos bens móveis, o serviço que, quanto aos bens imóveis, sói prestar a hipoteca (O. VON GIERKE, *Der Entwurf eines BGB*, 388; SCHÖNDORFF, *Soll die Sicherungsübereignung beseitigt werden?*, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 16, 701-703). Contra, redargüi-se que, com isso, se permitem sub-reptícias preferências entre credores e com isso se zomba da segurança jurídica (H. HOENIGER, *Die Sicherungsübereignung*, 2.^a ed., 40 s.). O inconveniente de lançarem mão os insolventes, ou os que estão próximos da insolvência, de tais negócios jurídicos fiduciários não basta para se lhes negar a existência, nem, *a priori*, a sua validade. Se houve fraude contra credores, os arts. 106-113 provêem; o art. 1.092, 2.^a parte, permite medida de segurança, se há contrato bilateral; e as leis de falência cogitam dos casos de nulidade, anulabilidade e impugnação. *A priori*, não é nulo o negócio jurídico fiduciário para garantia, ainda com o constituto possessório; *de iure condito*, não há regra jurídica proibitiva. Não colhe aceitação que tal negócio seja em fraude à lei (*e. g.*, ao art. 769, 1.^a parte), tese de K. HELLWIG (*Gläubigernot, Recht und Wirtschaft*, I, 25).

Quanto à questão de ser alcançado pelo art. 765 o negócio jurídico fiduciário, pois que a fidúcia pode conter a cláusula de comisso, resolve-se pela negativa: segurança pela transmissão já contém transmissão; não há penhor, de modo nenhum, em tal negócio jurídico.

2. CESSÃO DE CRÉDITO E FIDÚCIA. – A cessão de crédito não é eficaz em relação ao devedor se a êle não foi notificada; como notificado se tem o credor ciente por escrito, em que o diga (art. 1.069). Se a ela se uniu fidúcia de garantia, discute-se se, para essa, é preciso que se intime o devedor (art. 794) a que não pague ao garantido. Essa intimação é sòmente para que não pague ao *garantido*; supérflua seria, se houve a notificação da cessão.

3. DUAS RELAÇÕES JURÍDICAS, UMA CAUSAL OU ABSTRATA, OUTRA ABSTRATA. – Pois que há duas relações jurídicas pelo menos, a primeira pode ser *causal* ou *abstrata*; a segunda, que é a do outro fim, é sempre *causal*. Qualquer exigência de ser abstrata a primeira é falsa e importaria em se conceberem compra-e-venda, doação e outros negócios jurídicos causais como abstratizáveis. Se isso fôsse possível, estar-se-ia, nos negócios jurídicos fiduciários, bem perto (se não já) da classe dos negócios jurídicos com simulação. Exatamente naqueles não se mostra ser jurídico negócio que o não é, nem se quer um fim em vez de outro: querem-se dois fins, ou quis-se

o negócio jurídico abstrato e algum fim que não se insere nêle, isto é, que não o enche, fazendo-o causal. O que adquire recebe o bem, em virtude do negócio jurídico abstrato ou causal; mas, já agora, noutra relação jurídica, que aquela que é a do direito transmitido ou cedido, se obriga a usar dos seus poderes e faculdades conforme a fidúcia. A ligação entre o negócio jurídico, causal ou abstrato, e o negócio jurídico da fidúcia é evidente, não, porém, fundente: se o negócio jurídico é causal, tem êle a sua causa e o negócio jurídico da fidúcia tem a sua; se o negócio jurídico é abstrato, não tem causa, mas o negócio jurídico da fidúcia tem a sua. A facilitação para a criação dos negócios jurídicos fiduciários provém, precisamente, de que os negócios jurídicos causais, que têm por fito transmissão, têm eficácia até essa (tempo A) e essa a tem depois de si-mesma (tempo B); de modo que a inserção da fidúcia, naqueles, opera no tempo B, sem alterar a eficácia da transmissão, contemporânea à sua eficácia; se o negócio jurídico foi abstrato (*e. g.*, emissão de título ao portador), houve o tempo no negócio jurídico subjacente que tem eficácia no tempo A e no tempo B, mas, pela natureza abstrata do outro negócio jurídico, êsse é imune àquela eficácia anterior e posterior a êle.

4. NEGÓCIOS JURÍDICOS FIDUCIÁRIOS PARA GARANTIA. — Os negócios jurídicos fiduciários mais freqüentes são os negócios jurídicos para garantia, inclusive as cessões de crédito para garantia. Nem o negócio de compra-e-venda, ou de troca, nem a transmissão para garantia se hão de considerar negócios aparentes ou simulados; por isso mesmo são negócios jurídicos e válidos, se outra razão não há para a sua anulabilidade. O credor quis, sèriamente, a garantia; e o devedor sèriamente a prestou. Se as circunstâncias criam causa de nulidade, ou de anulabilidade, ou de outro ataque, é questão à parte. A relação jurídica do negócio jurídico que deu ensejo à transmissão, ou o negócio jurídico abstrato, produz a sua eficácia; e o negócio jurídico fiduciário, a sua. A garantia com transmissão pode mesmo dar-se a propósito de dívidas futuras (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 173), ou abertura de contas correntes. Não é anulável o negócio jurídico fiduciário para garantia, se com êle apenas há possibilidade de danos aos outros credores.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 273. A – Legislação

O conteúdo normativo dos dispositivos do Código Civil de 1916 citados no texto está quase totalmente reproduzido no Código Civil de 2002, exceto os arts. 494, IV, e 520, V, que nele não têm correspondentes.

Correspondem: o art. 107 do CC/1916 ao art. 159 do CC/2002; o art. 108 do CC/1916 ao art. 160, *caput*, do CC/2002; o art. 109 do CC/1916 ao art. 161 do CC/2002; o art. 110 do CC/1916 ao art. 162 do CC/2002; o art. 111 do CC/1916 ao art. 163 do CC/2002; o art. 1.092, 2.^a parte, do CC/1916 ao art. 477 do CC/2002.

Com modificações, algumas sem maior importância, correspondem: o art. 106 do CC/1916 ao art. 158, *caput*, do CC/2002, com linguagem um pouco modificada, o art. 112 do CC/1916 ao art. 164 do CC/2002, acrescentado ao texto a parte “ou à subsistência do devedor e de sua família” na hipótese prevista no artigo; o art. 113 do CC/1916 ao art. 165 do CC/2002, que substituiu a expressão “ato” por “negócio”; o art. 769 do CC/1916 ao art. 1.431, parágrafo único, do CC/2002, com linguagem diversa; o art. 794 do CC/1916 ao art. 1.460, parágrafo único, do CC/2002, com linguagem diversa; o art. 1.069 do CC/1916 ao art. 290 do CC/2002, que corrigiu a linguagem equivocada, substituindo a expressão “não vale” por “não tem eficácia”, terminologia que era a empregada por Pontes de Miranda.

§ 274. SITUAÇÃO JURÍDICA DO FIDUCIÁRIO

1. A AQUISIÇÃO POR PARTE DO FIDUCIÁRIO. – A aquisição por parte do fiduciário é aquisição como qualquer outra. Se se trata de propriedade, o fiduciário faz-se proprietário como qualquer outro adquirente. O Código Civil, arts. 647 e 648, regulou a propriedade resolúvel (sob condição resolutiva, ou com termo resolutivo); porém, então, não há fidúcia. E aí está resposta cabal a A. SCHULTZE (*Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Jherings Jahrbücher*, 43, 19 s.), que generalizou a transferência jurídica que ocorre, sob condição resolutiva, em certos negócios jurídicos fiduciários oriundos do *Salmann*. Tratando-se de crédito, é credor o fiduciário e pode ceder o crédito, além de ser transmissível *causa mortis* ou por lei; cobra-o em seu próprio nome e contra êle podem ser opostas as exceções do devedor contra o fiduciante (art. 1.072). Para o devedor, o fim fiducial não existe (a cessão é ato dispositivo abstrato); por isso mesmo, não lhe nasce exceção de pagar àquele a quem a fidúcia indicou como beneficiado.

O fiduciante perde a propriedade ou o direito de crédito. Não pode alienar bem, nem ceder o crédito, ou remitir a dívida. *A fortiori*, não pode cobrá-lo, extrajudicial ou judicialmente. Na ação de cobrança, proposta pelo fiduciário, pode intervir como “assistente equiparado ao litisconsorte” (Código de Processo Civil, art. 93).

O fiduciário adquire; nenhuma diferença há entre a sua aquisição e as demais. Se houve cessão de crédito, ou transferência de outro direito, é êle, desde êsse momento, o titular. Não se trata de *autorização*, porque quem autoriza permanece titular e pode alienar o direito como o autorizado, e tal acontece em caso de mandato (salvo procuração em causa própria ou outro mandato irrevogável, art. 1.317).

2. FIM DA FIDÚCIA. – A atribuição fiduciária pode ser para que B, a quem A transmite o direito, por sua vez o transmita a C, ou em interesse *próprio* e *de A*, ou só no interesse *de A*. Não se pode dizer que haja fidúcia se o interesse na segunda transmissão é só de B (sem razão, A. VON TUHR, III, 188): só há fidúcia se A, que tem interesse, inclui no suporte fático, com declaração ou manifestação de vontade, êsse *outro* fim.

3. NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO E FRAUDE CONTRA CREDITORES. – O negócio jurídico fiduciário pode ser *fraudulento*. Então, está exposto à anulabilidade por fraude contra credores (arts. 106-113), direito formativo extintivo cuja ação prescreve em quatro anos (art. 178, § 9.º, V, *b*), ou à execução, se em fraude de execução, por ser sem eficácia contra o exequente (nossos *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI, 76, 80 s. e 109 s.). Dá-se o mesmo por ineficácia, se é em fraude de arresto ou de seqüestro, ou outra medida constritiva. Noutros sistemas jurídicos, o negócio jurídico, se houve fraude, é nulo; no direito brasileiro, apenas é anulável. No direito comercial, persistiu, por insistência de conceito histórico, a revogabilidade, com base no art. 53 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei de falências). Portanto, não se pode pensar em invocar-se o art. 622, parágrafo único. A transmissão da propriedade opera-se. O credor fraudado pode penhorar a pretensão restitutória do fiduciante contra o fiduciário, se a coisa lhe havia de ser devolvida; se, em vez disso, a entrega há de ser a outrem, o credor fraudado nada encontra no patrimônio do credor que possa penhorar. Nos casos de fraude à execução, ou ao arresto, ou ao seqüestro, ou outra medida de segurança, o ato do fiduciário, alienando, ou gravando, é ineficaz, porque o foi, *ab initio*, o ato do fiduciante.

Se o negócio jurídico fiduciário é nulo, *e. g.*, se foi ilícito ou impossível o seu objeto (art. 145, II), a transmissão, por ser abstrata, não estaria afetada, segundo os princípios, porém o direito civil brasileiro possui o art. 622, parágrafo único: “Também não transfere o domínio a tradição, quando tiver por título um ato nulo”. A regra jurídica é só referente aos bens móveis; não se há de entender que a transferência do imóvel pela transcrição siga o mesmo critério distintivo.

4. CESSÃO DE CRÉDITO PARA COBRANÇA. – Na fidúcia ligada a cessão de créditos, para cobrança, – o que sugere o negócio jurídico da cessão, em vez do mandato, ou outra figura de procura, é a facilidade, que se cria ao fiduciário e ao fiduciante, com a cessão. O próprio devedor, notificado da cessão, sente-se mais à vontade, se paga ao cessionário, do que se o tem de fazer ao mandatário, ou a outro procurador. O endôssô dá-nos exemplo dessa facilitação, que muito serve à circulação jurídica. Nem com êle, nem com a cessão, se simula; o caráter abstrato de ambos presta êsse serviço, e a relação jurídica de fidúcia fica ao lado, só entre o fiduciante e o fiduciário. Para que surja a simulação, é preciso que, segundo a vontade das partes, a cessão ou endôssô *não devesse* ser cessão ou endôssô, mas outra categoria jurídica. (Sobre o hibridismo do endôssô-mandato, nosso *Tratado de Direito Cambiário*, vol. I.)

5. FIM FIDUCIAL DE GARANTIA. – O fim fiducial pode ser o de garantia. Em vez de lançarem mão dos negócios jurídicos típicos de garantia (hipoteca, anticrese, penhor, caução de títulos, fiança), os declarantes ou manifestantes do negócio jurídico fiduciário para garantia utilizam atribuição patrimonial: em lugar de só se hipotecar, anticretizar, empenhar, ou caucionar, o que apenas criaria direito real de garantia, o fiduciante transfere ao credor a propriedade, para que, vencido o crédito, sem ser solvido, fique com a coisa, ou, solvido, a devolva. Já em GAIO (II, 60) estava a figura da *fiducia cum creditore contracta*. Também pode ser transferido direito, formado ou formativo, em garantia. Também a assunção de dívida pode ser negócio jurídico fiduciário: a espécie mais freqüente é a do título cambiário (letra de câmbio ou nota promissória; outra, a do cheque). A fidúcia consiste em que se confia em que o portador do título só exercerá a sua pretensão (abstrata), ou só transferirá o título, se o crédito, que êsse expediente garante, não fôr pago. (Se o portador cobra, tem o obrigado a exceção oriunda do *pactum de non petendo*; se transfere, o fiduciante está desarmado perante o terceiro de boa fé.)

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 274. A – Legislação

O conteúdo normativo dos dispositivos do Código Civil de 1916 citados no texto está quase totalmente reproduzido no Código Civil de 2002, exceto o art. 1.317, que nele não tem correspondente.

Correspondem: o art. 107 do CC/1916 ao art. 159 do CC/2002; o art. 108 do CC/1916 ao art. 160, *caput*, do CC/2002; o art. 109 do CC/1916 ao art. 161 do CC/2002; o art. 110 do CC/1916 ao art. 162 do CC/2002; o art. 111 do CC/1916 ao art. 163 do CC/2002; o art. 145, II, do CC/1916 ao art. 166, II, do CC/2002.

Com modificações, algumas sem maior importância, correspondem: o art. 106 do CC/1916 ao art. 158, *caput*, do CC/2002, com linguagem um pouco modificada; o art. 112 do CC/1916 ao art. 164 do CC/2002, acrescentado ao texto a parte “ou à subsistência do devedor e de sua família” na hipótese prevista no artigo; o art. 113 do CC/1916 ao art. 165 do CC/2002, que substituiu o vocábulo “ato” por “negócio”; o art. 178, § 9.º, V, b, do CC/1916 ao art. 178, II, do CC/2002, com linguagem modificada, substituindo a expressão “ato ou contrato” por “negócio jurídico”, e incluindo o estado de perigo ou lesão como causa; o art. 622, parágrafo único, do CC/1916 ao art. 1.268, § 2.º, do CC/2002, alterada a linguagem e substituída a expressão “domínio” por “propriedade”; o art. 647 do CC/1916 ao art. 1.359 do CC/2002, que substituiu a expressão “domínio” por “propriedade”; o art. 648 do CC/1916 ao art. 1.360 do CC/2002, substituída a expressão “domínio” por “propriedade”; o art. 1.072 do CC/1916 ao art. 294 do CC/2002, modificou a linguagem e o conteúdo, excluindo a parte final: “mas, não pode opor ao cessionário de boa-fé a simulação do cedente”.

Também, ao art. 93 do CPC/1939, correspondem os arts. 50 e 54 do CPC de 1973. Do Dec.-lei 7.661/1945 (Lei de Falência), o art. 57 dispunha que a ineficácia dos atos do falido podia ser alegada em defesa. Não tem correspondente na legislação atual, mas é evidente que a norma está implícita no sistema jurídico.

§ 274. B – Doutrina

No texto, a afirmativa de que a “fraude” é causa de nulidade em outros ordenamentos jurídicos, sendo de anulabilidade no brasileiro, diz respeito à fraude contra credores. Nos casos de fraude à lei o Código Civil de 2002 prevê a nulidade como sanção (art. 166, VI, do CC/2002). Da mesma forma, desde o Código Civil de 2002, a simulação implica nulidade (art. 167 do CC/2002); antes era causa de anulabilidade.

§ 275. RELAÇÃO JURÍDICA FIDUCIAL

1. **RELAÇÃO ENTRE O FIDUCIANTE E O FIDUCIÁRIO.** – Entre o fiduciante e o fiduciário estabelece-se a relação jurídica fiducial, a fidúcia. Aquê-le confiou nesse e lhe confiou a transmissão posterior, de retôrno, ou a outrem. O direito à restituição é pessoal, salvo onde a lei *já* tornou real o direito à restituição, o que, por si só, eliminou o elemento histórico de fidúcia. A pretensão restitutória é pessoal e dirige-se ao fiduciário; dá a *actio fiduciae directa*. Direito, pretensão e ação cessíveis. O fiduciário tem a *actio fiduciae contraria* para haver pelas perdas e danos no cumprimento do negócio jurídico fiduciário.

A disposição fiduciária leva consigo a obrigação para o adquirente de devolver ao disponente, ou de entregar a outrem, aquilo de que se dispôs. Praticamente, serve à garantia de crédito, ou à facilitação da cobrança, ou a fraude contra credores, ou a simples aparência de menor ou maior valor do patrimônio (*e. g.*, A dispõe, fiduciariamente, a favor de B, para que B passe como rico, ou economicamente idôneo; A dispõe, fiduciariamente, a favor de B, para passar como menos rico do que é). Se o ato de disposição fiduciária é *in fraudem legis*, ou em fraude contra credores, permitindo, respectivamente, a alegação de nulidade, ou a de anulação (no direito falencial, a revogação), é outra questão; nada tem com a existência do ato mesmo de disposição fiduciária. Às vezes, é difícil dizer-se se há fidúcia ou se há simulação; outras vezes, há fidúcia e há simulação, porque há separação entre o ato de disposição e o negócio jurídico subjacente, mas o ato de disposição é abstrato e, se há fidúcia, nada se simulou, e o negócio jurídico fiduciário é suscetível de ofender, por si-mesmo, alguma regra jurídica. Por outro lado, é preciso atender-se a que não há, às vezes, transferência da propriedade, mas de posse. Não é preciso pensar-se em simulação: não houve a transferência da propriedade.

2. **ELEMENTO ESPECÍFICO DA FIDÚCIA.** – O suporte fático do negócio jurídico com fidúcia contém, necessariamente, atribuição patrimonial (transmissão da propriedade ou da posse, cessão de direito, procuração em causa própria, etc.) e a declaração ou manifestação de vontade fiducial, integrante da declaração ou manifestação de vontade do negócio jurídico empregado para o outro fim. Como, no intervalo, entre a aquisição pelo fiduciário e o cumprimento do dever fiducial, medeia propriedade, ou usufruto, ou uso, ou fruição do direito, pelo fiduciário, no suporte fático da relação jurídica está contido êsse elemento obrigacional, que se parece

com o do comodato, ou o da locação (se houve, ou há, ou vai haver contraprestação), e é estranho à transmissão ou à cessão, que são abstratas, ou à compra-e-venda, ou outro negócio jurídico causal, que têm a sua causa e essa enche o suporte fático a respeito, porém, a seu turno, é contido no suporte fático da fidúcia.

3. DIREITOS FIDUCIÁRIOS DE GARANTIA. – Os direitos fiduciários de garantia não se ligam ao crédito, que, pelo fim fiducial, garantem; são direitos nascidos de relação jurídica que não adere à outra, de modo que não são direitos acessórios do direito de crédito (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 191).

Quanto ao conteúdo da fidúcia, aventurou-se que corresponde ao do contrato de depósito quando o depositante teme algum risco (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 191). Porém tão longínqua é a parecença e tão ocasional o “outro” fim (não jurídico!) do depósito, que a semelhança nenhum valor tem para a definição da fidúcia. Pensou-se também no mandato, *e. g.*, quando se transmite para se transmitir a outrem, ou para cobrança, ou para que pague. Em verdade, porém, a relação jurídica fiducial é *específica*. As espécies de fidúcia é que se parecem com as de outras categorias jurídicas; e a semelhança apenas serve à solução de certas questões, uma vez que as regras jurídicas têm abrangência analógica e não houve, aí, para caracterização, suficiente declaração ou manifestação de vontade.

§ 276. NEGÓCIO JURÍDICO DECLARATIVO

1. CONCEITO. – O negócio jurídico declarativo é de construção jurídica recente. Mas êle, como fato da vida jurídica, vem de longe. A doutrina foi que despertou tarde para explorar-lhe a estrutura. Durante os séculos em que ficou sem ser estudado a fundo, como convinha, embaçaram-se-lhe os contornos, a extensão e os limites. Difícil foi, por isso mesmo, despregá-lo de outros institutos que, como êle, se referiam a algo jurídico que *já existia* (*e. g.*, a transação), ou de outra origem e função, como o reconhecimento abstrato de dívida (cf. Código Civil alemão, § 781).

2. TIPCIDADE. – A tipicidade do negócio jurídico declarativo ganhou em relêvo nos nossos dias, mas os antigos tiveram casos de declaratividade