

Melhim Namem Chalhub

*Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros.
Advogado no Rio de Janeiro*

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

**Alienação fiduciária
Cessão fiduciária
Securitização
Decreto-lei nº 911, de 1969
Lei nº 8.668, de 1993
Lei nº 9.514, de 1997**

**2ª edição
Atualizada e ampliada**

RENOVAR

**Rio de Janeiro • São Paulo
2000**

Efetivamente, cotejando-se a estrutura da fidúcia com a do *trust*, verifica-se que em ambos os institutos os princípios da boa-fé desempenham papel preponderante, mas, não obstante, ressaltam, de outra parte, discrepâncias entre certos princípios fundamentais da *civil law* e da *common law*, que constituem sério obstáculo à assimilação do instituto anglo-americano pelos sistemas de tradição romanística.

De fato, as profundas diferenças que afastam o sistema da *civil law* do sistema anglo-americano se mostram de maneira muito clara na configuração do *trust*, como, por exemplo, (a) a instituição da propriedade dos bens objeto do *trust* em nome do próprio *trustee* ou de quem este indicar, (b) a autonomia dos bens objeto do *trust* em relação ao patrimônio do *trustee* e (c) a atribuição ao *trustee* do poder-dever de administrar, incluindo o poder de disposição sobre os bens, conforme os fins do *trust*. São essas as peculiaridades que constituem a noção fundamental do *trust*, sem as quais não se terá a configuração desse negócio.

Mas, não obstante essas discrepâncias, é perfeitamente admissível o aproveitamento, nos sistemas da *civil law*, da *idéia geral* do *trust*, de que fala Philip H. Petit, com vistas à construção de institutos que exerçam funções análogas às do *trust*, sem que isso implique afronta ao princípio da exclusividade da propriedade.

Ora, considerando-se que o *trust* tem como elementos essenciais um patrimônio determinado e uma afetação, é, efetivamente, mediante a determinação de um patrimônio e sua afetação que se poderia obter a realização dos efeitos econômicos e jurídicos do *trust*, isto é, mediante a atribuição de um direito patrimonial — propriedade fiduciária — a alguém, para que o administre no interesse de outrem, mantendo-se a propriedade fiduciária em patrimônio apartado.

Capítulo II - Negócio Fiduciário

1. Nota preliminar

Como se sabe, a configuração das garantias, em geral, tem em vista a proteção do crédito com a simultânea criação de condições para que o devedor cumpra a obrigação a que está vinculada a garantia. Por isso, a fidúcia romana apresentava o sério defeito de retirar do devedor a posse da coisa, circunstância que, obviamente, lhe retirava os meios com os quais poderia pagar a dívida a que estava vinculada a coisa transmitida no *pactum fiduciae*, daí, então, surgindo a hipoteca e o penhor, com os quais se procurou afastar os vícios que caracterizavam a fidúcia.

Até o final do século XIX, a hipoteca, o penhor e a anticrese foram considerados adequados aos fins a que se destinavam, mas a partir da Revolução Industrial começaram a se fazer notar as deficiências daquelas garantias, reclamando-se a revisão do seu sistema, seja visando contornar os problemas decorrentes da preferência dos créditos de natureza fiscal e trabalhista, seja visando ajustar a excussão das garantias ao ritmo acelerado que se imprimiu na circulação das riquezas, em função do desenvolvimento do capitalismo financeiro.

É nesse contexto que juristas europeus, em resposta a esses reclamos, cunharam a figura do *negócio fiduciário*, inspirados na fidúcia *cum creditore* do direito romano, procurando viabilizar a utilização da propriedade como meio de proteger mais eficazmente o crédito, não só através de rápida recomposição das situações de mora, como, também, mediante afastamento da concorrência dos créditos preferenciais.

O modelo fiduciário reconstruído, entretanto, apresentava as mesmas deficiências do velho instituto do direito romano, não só em razão da transmissão da posse ao credor, como, também, em função da vulnerabilidade da posição do devedor, pois, nesse modelo, na hipótese de recusa do credor em retransmitir a propriedade ao devedor, só restaria a este a reparação das perdas e danos, pois o pacto de restituição no negócio fiduciário propriamente dito cria tão-somente um vínculo obrigacional.

Neste capítulo cuidaremos dos traços caracterizadores do negócio fiduciário, suas modalidades, seus efeitos e a posição da jurisprudência nacional quanto à sua validade.

2. Introdução

Entende-se por *negócio fiduciário* o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.

A análise das figuras de natureza fiduciária de construção romana, germânica e inglesa permite observar que a elas se recorria fundamentalmente como forma de suprir lacunas do sistema jurídico, pois a dinâmica da atividade econômica está sempre a modular novos negócios, que nem sempre encontram correspondência nas modalidades con-

tratuais tipificadas no ordenamento. Por isso, como nenhum sistema jurídico é capaz de renovar-se com a velocidade das inovações que se processam no campo econômico, sucede que, a cada nova necessidade de ordem econômica ou social, vão sendo adaptados os velhos institutos jurídicos, mediante renovação de suas funções, para atender a essas novas necessidades.

Com efeito, o negócio fiduciário surge, em regra, no mundo dos negócios, como forma de realização de determinados objetivos para os quais os mecanismos e institutos jurídicos em vigor no ordenamento não servem com a necessária eficácia e precisão. Assim, mediante adaptação de velhos institutos, procura-se superar o permanente conflito entre a tendência conservadora do ordenamento jurídico, e o processo desbravador da atividade econômica, que, necessitando de instrumentos para cumprir suas funções, abre perspectivas para a utilização de institutos já integrados ao ordenamento, mas para satisfação de finalidades diferentes daquelas para os quais foram moldados aqueles instrumentos. Efetivamente, a cada dia a atividade econômica requer novos instrumentos para realização de novas modalidades de negócios, que vão surgindo numa velocidade e numa variedade estonteantes, de modo que, não dispondo o ordenamento de meios adequados ao atendimento dessas modalidades de negócios no momento em que estes são demandados, são eles colocados em prática mediante a utilização de velhas formas contratuais. Tal é o contexto em que os negócios indiretos surgem como força capaz de suprir as lacunas do direito positivo cristalizado e de atender ao dinamismo próprio da atividade econômica.

O delineamento desse processo histórico é registrado com extraordinária clarividência por Tulio Ascarelli, para quem qualquer que seja a origem histórica de um determinado instituto e sua justificativa originária, não raras vezes apresenta-se ele, na sua evolução, útil para novas funções e aplicações, embora conservando elementos de sua concepção original, e acrescenta:

"É através dessa contínua adaptação de velhos institutos a novas funções que o direito, às vezes, se vai desenvolvendo; não raro, ostentando, então, a história do seu passado, nas formas, que permanecem idênticas, a despeito da renovação das funções."

"A inércia jurídica, a que aludi, não é somente o fruto de um misoneísmo, às vezes peculiar aos ambientes jurídicos, mas se prende, também, ao intuito de conciliar as novas exigências da vida prática com a certeza e segurança da disciplina jurídica, com a 'continuidade' do desenvolvimento histórico do direito (o que se prende à função conservadora que, sob um certo aspecto, é sempre própria do direito constituído e da jurisprudência). A satisfação das novas exigências já se verifica, às vezes, lenta e gradualmente, de modo a não comprometer a continuidade do sistema e a certeza da norma jurídica aplicável."

"As novas necessidades são, então, satisfeitas, mas o são com velhos institutos. Nessa adaptação, a nova exigência é satisfeita através de um velho instituto que traz consigo as suas formas e a sua disciplina, e oferece à nova matéria, ainda em ebulição, um velho arcabouço já conhecido e seguro. As velhas formas e a velha disciplina não são abandonadas de chofre, mas só lenta e gradualmente, de maneira que, muitas vezes, por longo tempo a nova função vive dentro da velha estrutura, e assim se plasma, enquadrando-se no sistema."

"Pode isto contrariar a simetria e a estética do sistema, mas oferece, às vezes, a vantagem da conciliação de progresso e conservação, da satisfação das novas exigências, respeitadas a continuidade do desenvolvimento jurídico e a certeza de disciplina decorrente da utilização de institutos já conhecidos, que já foram objeto da elaboração por parte da doutrina e da jurisprudência, assujeitados à prova da experiência e, por esta, moldados."⁴¹

⁴¹ Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, Sarai-va, São Paulo, 1969, 2ª ed., p. 93.

O fenômeno, registrado por Ascarelli, sempre esteve presente no evolver do direito, mas se observa cada vez mais intensamente na razão direta da intensificação das inovações que se verificam nos campos econômico e social. É nesse processo que se mostra com toda nitidez a função da fidúcia: "tornar dúctil um sistema jurídico fechado"⁴².

De fato, na sociedade moderna, a celeridade com que se desenvolvem os negócios e se intensifica o uso do crédito reclama a criação de novas garantias, pois as existentes nos sistemas de origem romana se mostram insatisfatórias para a proteção do direito de crédito, notadamente em razão da morosidade de sua execução. Por isso, como observa José Carlos Moreira Alves, graças ao trabalho construtivo dos juristas germânicos, surgiram, no direito moderno, as figuras do negócio jurídico fiduciário e do negócio jurídico indireto⁴³.

3. Origem e tentativas de conceituação

A figura do negócio fiduciário, paralelamente à do negócio jurídico indireto, surgiu no final do século XIX, a partir da construção doutrinária de juristas alemães e italianos, pela qual se utiliza a transmissão do direito de propriedade com escopo de garantia, a exemplo do que já ocorrera com a fidúcia romana e com o penhor da propriedade do direito germânico. O marco inicial da doutrina moderna do negócio fiduciário está na obra de Regelsberger, que o define em 1880 como "um negócio seriamente desejado, cuja característica consiste na incongruência ou heterogeneidade entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico empregado para atingi-lo"⁴⁴.

⁴² Otto de Sousa Lima, ob. cit., p. 127.

⁴³ Otto de Sousa Lima, ob. cit. p. 3.

⁴⁴ José Carlos Moreira Alves, *Alienação Fiduciária em Garantia*, Forense,

Embora não contenha uma noção completa do que seja o negócio fiduciário, essa definição apresenta algumas de suas principais características: em primeiro lugar, sendo realmente desejado pelas partes, o negócio fiduciário não constitui simulação; em segundo lugar, é marcante no negócio fiduciário a incongruência entre o fim desejado e o meio empregado, pois, ao empregar, por exemplo, a compra e venda com escopo de garantia, as partes se valem de um contrato típico cujo efeito extravasa o fim por elas desejado e produz "mais conseqüências jurídicas do que seria necessário para alcançar aquele fim determinado"⁴⁵.

Grasseti salienta que a atribuição da titularidade ao adquirente é plena, mas este assume a obrigação de dar determinada destinação ao objeto da propriedade ou titularidade, porque o escopo da atribuição é atípico, não é previsto de modo específico pelo ordenamento, mas, criticando a definição de Regelsberger, não vê desproporção entre o meio empregado e o fim desejado, pois aquele seria o único que permitiria alcançá-lo, conclui por definir o negócio fiduciário nos seguintes termos:

*"Por negócio fiduciário entende-se uma manifestação de vontade pela qual se atribui uma titularidade de direito em nome próprio mas no interesse, ou também no interesse, do transmitente ou de um terceiro."*⁴⁶

São os casos, por exemplo, do endosso pleno de uma cambial, com a finalidade de cobrança, a transmissão da

Rio, 1979, 2ª ed., p. 3, nota 6: "A própria denominação negócio fiduciário é de Regelsberger, como se vê nesta passagem: "Eu quero propor para esta forma jurídica a denominação negócio fiduciário, para a qual nós temos um exemplo nas fontes".

⁴⁵ Francesco Ferrara, *apud* Eduardo Espínola, *Negócio Fiduciário*, Revista dos Tribunais, vol. 184, p. 532 e segs.

⁴⁶ *Apud* Otto de Sousa Lima, *Negócio Fiduciário*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1962, p. 162.

propriedade de certos bens, para fins de administração patrimonial etc., hipóteses apresentadas por Regelsberger, pois o efeito jurídico do negócio não está plenamente ajustado ao fim econômico perseguido pelas partes, mas ultrapassa esse fim. Importa notar que no negócio fiduciário esse fim econômico é realmente pretendido pelas partes, daí por que não se confunde com o negócio simulado: na configuração do negócio fiduciário,

*"O fiduciário deve ser proprietário do bem transferido, credor do crédito cedido ou transferido mediante endosso, mas não obstante comportar-se economicamente apenas como um administrador, credor pignoratício, mandatário, etc., deter a coisa, portanto, só em fidúcia."*⁴⁷

É característica do negócio fiduciário, assim, tal como destacado por René Jacquelin, a articulação entre a transmissão da propriedade e uma convenção firmada entre as partes com o fim de neutralizar os efeitos do direito real transmitido, pois aquela transmissão se faz com o propósito de tornar o fiduciário proprietário pleno e definitivo da coisa, com a ressalva de que a transmissão é feita só com o propósito de dar ao fiduciário as condições necessárias para administrar um patrimônio, ou para outra finalidade que as partes tiverem definido no *pactum fiduciae*, como pode acontecer com o endosso pleno de uma cambial, que, embora tornando o endossatário titular pleno do direito de crédito nela expresso, é formalizado tão-só para que se efetive a cobrança do título. Assim, muito embora consubstancie uma transmissão de propriedade, o negócio fiduciário tem o seu efeito de direito real parcialmente anulado por um pacto adjeto, como assinala Tulio Ascarelli:

"o característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, ele, a uma transmissão da propriedade, mas de ser,

⁴⁷ Enneccerus, *apud* Otto de Sousa Lima, *Negócio Fiduciário*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1962, p. 166.

o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde que aquele fim seja preenchido. Ao passo que os efeitos de direito real, isoladamente considerados e decorrentes do negócio adotado, vão além das intenções das partes, as ulteriores convenções obrigacionais visam justamente restabelecer o equilíbrio; é assim possível o uso da transferência da propriedade para finalidades indiretas (ou seja, para fins de garantia, de mandato, de depósito)."⁴⁸

Evidentemente, a eventual neutralização, por meio do *pactum fiduciae*, do efeito do direito real transmitido, resulta exclusivamente da boa-fé, pois, uma vez transmitido o direito ao fiduciário, fica o fiduciante sujeito ao arbítrio daquele.

Tal como na fidúcia romana, se o fiduciário abusar da sua condição jurídica e alienar a coisa, o fiduciante não dispõe de ação para reivindicar a coisa, mas apenas de ação pessoal de reparação de danos, pois a venda há de ser considerada válida.

O negócio fiduciário, assim, implica a utilização de um negócio jurídico típico, como a compra e venda, por exemplo, para uma finalidade econômica diversa da causa da compra e venda, que é a troca de coisa por dinheiro, daí a desproporção entre o meio empregado e o fim que se deseja alcançar, no sentido de que o negócio típico utilizado extravasa a intenção das partes, produzindo mais consequências jurídicas do que o necessário para se atingir o fim desejado, como observa José Carlos Moreira Alves:

"Assim, a compra e venda tem como causa a troca de coisa por dinheiro, e como escopo último (motivo) qualquer utilização

⁴⁸ Tulio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Saraiva, São Paulo, 1969, 2ª ed., p. 96.

da coisa pelo comprador como proprietário; já a compra e venda com fim de garantia (negócio jurídico indireto) é uma compra e venda (negócio jurídico típico) em que a causa é a desta (troca de coisa por dinheiro), mas em que o escopo último (motivo) não é aquele a que normalmente se visa quando se celebra uma compra e venda (qualquer utilização da coisa pelo comprador como proprietário), mas o de a coisa adquirida servir ao seu proprietário como garantia do pagamento do crédito."⁴⁹

Na linha dessa concepção, assinala José Xavier Carvalho de Mendonça que, ao celebrar negócio fiduciário, as partes o desejam com os efeitos jurídicos que lhes são peculiares, ainda que por meio dele visem a um fim econômico diverso:

"Assim, a transferência da propriedade a fim de servir de penhor ou de qualquer outra garantia; a cessão de crédito com o fim de mandato, para ser cobrado pelo cessionário. O adquirente e o cessionário figuram como donos da coisa ou titulares do direito, mas sob a confiança neles depositada pelo verdadeiro dono ou credor. Daí o nome de negócio fiduciário, isto é, que revele confiança, ou que nela se baseia."⁵⁰

Fica claro, portanto, como característica essencial do negócio fiduciário, o fato de que o meio jurídico utilizado sempre extravasa o resultado econômico objetivado, registrando-se, aí, a presença da fidúcia, vale dizer; a confiança em que o fiduciário, tendo recebido um poder jurídico formalmente ilimitado sobre a coisa que lhe foi transmitida, dele não fará uso senão para atender à finalidade definida no contrato celebrado entre ele e o fiduciante.

Disso resulta que a transmissão da propriedade ou do direito não encerra um fim em si mesma, sendo, antes, um

⁴⁹ Ob. cit., p. 5, nota 11.

⁵⁰ *Traçado de Direito Comercial Brasileiro*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1939, vol. VI, 1ª parte, p. 85.

meio para se alcançar o objetivo desejado efetivamente pelas partes, que há de ser a constituição de uma garantia, a realização de investimentos ou empreendimentos, a administração de negócios etc. Pontes de Miranda destaca os elementos da fidúcia moderna, em sentido pós-romano, assinalando que há uma diferenciação entre o fim técnico do negócio jurídico e o fim posterior, econômico, daí satisfazendo-se a técnica, mas pretendendo-se algo mais, que não está no negócio jurídico, pois o *negócio fiduciário é negócio jurídico mais fidúcia, verbis*:

“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 que se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio 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 fiduciários, o primeiro problema é o de se saber se existem, ou não, no sistema jurídico, negócios jurídicos fiduciários (...) 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 cobre a B. O outro fim é, aí, heterotópico; está fora do negócio jurídico da 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, posto que, em virtude da natureza do negócio jurídico fiduciário, só lhe caiba proceder de acordo com a lei, se essa previu a figura jurídica, ou de acordo com as declarações ou manifestações de vontade que lhe confiaram o outro fim. O elemento novo, que há no negócio jurídico fiduciário, é a confiança, a fidúcia (em sentido pós-romano). Aquele a quem se faz a transmissão, posto que tenha todos os poderes e faculdades do adquirente e, pois, do proprietário, diante do transmitente está obrigado a exercer o seu direito de acordo com o fim da fidúcia,

inclusive, se for o caso, de restituir o bem da vida que se transmitiu. 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 mais 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 e 173), quem designou tais negócios jurídicos como negócios fiduciários, para substituir a expressão de J. Kohler (Studien über Mentalreservation und Simulation, Jahrbucher 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 da fidúcia, entre o fiduciante e o fiduciário.”⁵¹

4. Traços característicos

O negócio jurídico fiduciário, no sentido pós-romano a que alude Pontes de Miranda, é *bilateral, oneroso ou gratuito, principal ou acessório, solene ou não-solene*.

É *bilateral* porque requer a participação de, pelo menos, duas partes para sua formação e encerra a constituição de direitos e obrigações para ambas as partes. O fiduciário assume a obrigação de dar ao bem ou direito recebido a

⁵¹ *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, Rio, 1954, vol III, pp. 115/117.

destinação prevista no contrato e de restituí-lo ao fiduciante ou a terceiro indicado no ato de constituição da fidúcia, enquanto que o fiduciante assume a obrigação de implementar todas as formalidades necessárias à efetiva transmissão do bem ou direito, de respeitar a titularidade do fiduciário, além de outras obrigações que o *pactum fiduciae* possa prever. Especificamente no negócio fiduciário para fins de garantia, são peculiares determinadas restrições que se impõem ao fiduciário, podendo este assumir as obrigações compatíveis com aquelas restrições (deixar de exercer certos direitos inerentes à propriedade, aguardar o decurso de certos prazos etc.).

Será o negócio fiduciário *oneroso*, se o fiduciante transmitir a propriedade com vistas a uma correspondente contraprestação que se impuser ao fiduciário, ou se este tiver, na contrapartida, o direito de obter uma prestação do fiduciante, ou *gratuito*, se o fiduciante transmitir a propriedade independente de qualquer contraprestação ou se o fiduciário a receber independente de contraprestação do fiduciante.

Pode o negócio fiduciário ser *principal*, como são os casos em que a transmissão da propriedade se dá para efeito de administração patrimonial, ou *accessório*, quando a transmissão da propriedade se efetiva para fins de garantia, como nos contratos de empréstimo em geral, em que este, o de empréstimo, é o contrato principal.

Pode o negócio fiduciário ser *solene*, quando para a transmissão da coisa ou do direito se exige forma prescrita em lei e a observância de certas formalidades, como, por exemplo, a transmissão de um direito real, em que se exige o assentamento do ato no Registro competente, ou *não-solene*, quando para a transmissão da coisa ou do direito se requeira simples tradição, como é o caso da coisa móvel ou de título ao portador.

São sujeitos da relação fiduciária o *fiduciante*, o *fiduciário* e o *beneficiário*. O *fiduciante* é aquele que transmite a titularidade de um direito, para proveito dele ou de um benefi-

ciário; *fiduciário* aquele que adquire o direito, e, simultaneamente, assume a obrigação de destiná-lo à realização de determinado fim, *beneficiário* é aquele, por indicação do instituidor, ou fiduciante, que auferir os proveitos da administração do bem, tendo o direito de receber os frutos da coisa e/ou a própria coisa.

O fiduciário terá direito à remuneração que for estipulada no ato constitutivo do negócio fiduciário.

O objeto do negócio fiduciário há de ser sempre determinado, podendo ser coisa, móvel ou imóvel, ou direito.

5. Estrutura do negócio fiduciário

Na formalização do negócio fiduciário opera-se a transmissão da propriedade de um bem ou da titularidade de um direito, do fiduciante para o fiduciário, e, simultaneamente a essa aquisição por parte do fiduciário, verifica-se a aquisição de direitos, para o fiduciante, em decorrência da relação obrigacional vinculada ao negócio de transmissão da propriedade ou titularidade.

Em razão dessa dúplici constituição de direitos, registram-se divergências na doutrina quanto à estrutura do negócio fiduciário. Para alguns, trata-se de uma estrutura complexa, composta de dois negócios, dois atos de natureza distinta; para outros, não se justifica o desmembramento do negócio em dois atos, pois, ao convencionar o negócio fiduciário, a vontade das partes é a de realizar um único negócio, que seria composto por duas partes, permeado pela *causa fiduciae*. No primeiro caso, resultaria o negócio fiduciário da conjugação de dois contratos, quais sejam, um *contrato real positivo*, que tem como objeto a transferência normal do direito de propriedade ou do direito de crédito, e outro, *contrato obrigatório negativo*, pelo qual se estipula a obrigação do fiduciário de restituir a coisa, depois de cumprir a finalidade para a qual foi transmitida. Trata-se da tese dualista. Já no segundo caso, que consubstancia a tese

unitária ou monista, configuraria o negócio fiduciário um só negócio, decorrendo da *causa fiduciae* (1) efeitos reais, oponíveis *erga omnes*, e (2) efeitos obrigacionais, de alcance interno, cuja função seria justamente contingenciar a eficácia real do contrato.

Francesco Ferrara assinala que o *negócio fiduciário é uma forma complexa que resulta da união de dois negócios de índole e efeitos diferentes, colocados em recíproca oposição*, discorrendo sobre os dois negócios — *contrato real positivo e contrato obrigatório negativo* — nos seguintes termos:

“Este segundo contrato tende a reservar ao fiduciante uma certa influência sobre a coisa transmitida, de modo que possa impor ao fiduciário o usar somente de sua posição jurídica para determinados fins, e obrigá-lo à restituição do direito ou da equivalência obtida; e, em caso de violação, obter a indenização do dano. Esta influência, no entanto, é puramente indireta, porquanto a convenção negativa não afeta a eficácia real da transmissão; não a limita nem subordina — a transferência da propriedade ou do crédito subsiste pura e incondicionada — antes se trata de uma proteção indireta por meio de uma obrigação pessoal do fiduciário. Assim, pois, o transmitente, uma vez despojado definitivamente do seu direito, não pode reclamá-lo já, não pode voltar a tirá-lo das mãos do fiduciário ou de terceiros, e possui somente um direito de crédito para sua restituição. Os dois negócios, o real e o obrigatório, caminham paralelamente entre si e ficam de certo modo independentes, mesmo quando o segundo representa um constrangimento a não abusar da eficácia do primeiro⁵².”

Em sentido contrário, na doutrina portuguesa, Orlando de Carvalho⁵³ distingue a *causa fiduciae* da causa típica do

⁵² *Apud* Otto de Sousa Lima, ob. cit., p. 185.

⁵³ *Negócio jurídico indireto*, in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, suplemento X/1, 1952, *apud* Judith H. Martins Costa, *Negócios*

negócio, conceituando-a como a força oriunda da *fides* que *liga o adquirente*, e que é capaz de transformar um proprietário pleno praticamente num mandatário ou num credor hipotecário, *que consegue vincular a propriedade aos limites do crédito, superando o contra-senso jurídico que representa equiparar os dois termos*.

No mesmo sentido, observa Massimo Nuzzo que o negócio fiduciário é *negócio causal uno e incindível que se projeta na direção de um escopo unitário⁵⁴* composto por duas partes e *instrumentalmente* dirigido a um escopo diverso do fim típico.

A doutrina brasileira, de modo geral, não se detém na questão da estrutura do negócio fiduciário, acompanhando a concepção de Ferrara⁵⁵. José Carlos Moreira Alves assinala que as duas concepções dualista e monista ainda encontram adeptos, embora dominante a primeira, concluindo, como Barea, que o indispensável para que se configure um negócio fiduciário é a *situação de perigo* limitado pelo *jogo da fides*, de modo que, não existindo a possibilidade de *abuso*, o que se tem é a *fidúcia legal*, não havendo como falar-se em negócio fiduciário⁵⁶.

A nosso ver, a concepção unitária deve prevalecer, pois, ao formalizarem o negócio fiduciário, não têm as partes intenção de destacar dois atos com finalidade distinta, mas, sim, celebrar um único negócio que, embora tenha um aspecto real e um aspecto obrigacional, visa ao estabelecimento de uma conexão entre esses dois aspectos, produzindo um complexo de modificações subjetivas da relação jurídica preexistente, de uma parte, mediante a transmissão de domínio, e, de outra parte, mediante a simultânea constituição de obrigações vinculadas àquela transmissão de domínio. Na

Fiduciários — Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no Direito Brasileiro, in Revista dos Tribunais, 657/37.

⁵⁴ *Apud* Judith H. Martins Costa, ob. e p. cit.

⁵⁵ Judith H. Martins Costa, ob. e p. cit.

⁵⁶ Ob. cit., p. 22.

relação fiduciária, a vontade das partes não é desvincular os efeitos do negócio, mas, ao contrário, é estabelecer rigorosa interdependência entre a transmissão de domínio e a constituição de obrigações, havendo perfeita compatibilidade entre os efeitos do contrato, pois, como afirma Massimo Nuzzo, não obstante seja o negócio composto por duas partes, é dirigido a um escopo diverso do fim típico.

De outra parte, não há como negar que o ato de transmissão de domínio e o de constituição de obrigação, embora interdependentes e conexos, têm intensidade e eficácia distintas. De fato, em razão de sua oponibilidade *erga omnes*, o direito real que se constitui no negócio fiduciário se mostra mais eficaz do que o vínculo obrigacional nele estabelecido, que não é oponível *erga omnes*, ficando clara a situação privilegiada em que se encontra o fiduciário, comparativamente com a situação do fiduciante, que tem apenas um direito pessoal de obter a satisfação da obrigação assumida pelo fiduciário. Dessa maior tutela jurídica que privilegia o fiduciário resulta uma *situação de perigo* para o fiduciante, pois as ações de que este dispõe para obter o cumprimento do *pactum fiduciae* podem se mostrar ineficazes se o fiduciário se tornar insolvente; é que o fiduciário, sendo titular pleno da propriedade do bem ou da titularidade do direito objeto da fidúcia, em relação a terceiros, poderia desviar-se do fim estipulado no *pactum fiduciae* ou pode abusar de sua condição de proprietário. Efetivamente, esse *poder de abuso* é peculiar ao negócio fiduciário, em face da situação de inferioridade em que se coloca o fiduciante, que antes da celebração do negócio era o titular do domínio; uma vez transmitida a titularidade ao fiduciário, fica este em condições de transmitir a coisa ou o direito, porque, perante terceiros, é ele o proprietário ou titular.

6. Negócio fiduciário e negócio simulado

Importa notar que não raras vezes são os negócios fiduciários confundidos com os negócios simulados. A distinção entre ambos, entretanto, é facilmente assinalável.

Com efeito, na simulação existe uma discrepância entre a natureza do contrato ostensivamente celebrado (simulado) e oponível *erga omnes*, e a natureza do contrato efetivamente estipulado pelas partes e só oponível internamente, entre as partes. Observa Pontes de Miranda que para que se caracterize o defeito do ato simulado, é essencial que haja a intenção de prejudicar terceiros ou de violar regra jurídica, sendo tal intenção o elemento necessário do suporte fático de qualquer dos incisos do art. 102 do Código Civil. Prossegue aquele autor salientando que "se a simulação foi absoluta, nada feito, pois nada suscita; *simulata non valent*. Se foi relativa, isto é, se algo se quis, embora não apareça, e o que se quis tem alcance nocivo, o ato jurídico existe, e, embora os figurantes não a possam alegar, os terceiros prejudicados ou o Ministério Público podem promover a anulação do que existe e aparece."⁵⁷

Diferentemente, no negócio fiduciário não se tem uma aparência, mas uma realidade, pois, como observa Pontes de Miranda, ele é porque exprime *um efetivo e sério querer*, a despeito de uma discrepância entre a finalidade a atingir e o meio jurídico empregado para alcançá-lo. A essência, pois, da distinção entre o negócio fiduciário e o simulado está no processo de formação da vontade, na medida em que é nele que se verifica se ocorreu ou não a intenção de enganar que caracteriza a simulação.

Francesco Ferrara assinala os pontos essenciais em que o negócio fiduciário se distingue do negócio simulado, a saber:

- a) o negócio simulado é negócio ficto, não real; o negócio fiduciário é negócio efetivamente desejado pelas partes e existente;
- b) o negócio simulado se realiza com o propósito de suscitar uma aparência, uma ilusão, enquanto que o negócio fiduciário é realizado com o propósito de suprir uma lacuna do ordenamento;

⁵⁷ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 4, p. 373 e 375.

c) o negócio simulado é negócio único, jejuno de consentimento, enquanto que o negócio fiduciário consubstancia a articulação de dois negócios sérios, um de natureza real, outro, obrigacional, em parte elidentes;

d) o negócio simulado não visa resultado econômico diferente do jurídico; já o negócio fiduciário se caracteriza pela incongruência entre o meio jurídico empregado e o resultado econômico do contrato;

e) o negócio simulado é absolutamente nulo, daí por que não opera a transmissão do direito, continuando o simulante proprietário.⁵⁸

Assim, na interpretação do negócio, é indispensável que se examine o processo de formação da vontade, para se identificar aquilo que efetivamente foi desejado pelas partes, com o que se poderá saber se ocorreu ou não a intenção de enganar que caracteriza a simulação.

7. Responsabilidade do fiduciário

O fiduciário responde por seus atos ao instituidor, ao beneficiário e a terceiros, podendo ser destituído se negligenciar no cumprimento dos seus deveres.

8. Validade e eficácia dos negócios fiduciários

Em regra, o negócio fiduciário encerra atos válidos, sempre que a transmissão de propriedade ou de titularidade de coisa ou direito, que consubstancie, tenha sido convenionada de acordo com a lei. Assim, dado que as partes sejam capazes, o objeto seja lícito e haja forma prescrita ou

⁵⁸ *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*, p. 55, apud Orlando Gomes, *Alienação fiduciária em garantia*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, 4ª ed., p. 25.

não defesa em lei, reveste-se o negócio fiduciário de plena validade e eficácia.

Antão de Moraes invoca Francisco Messineo, para quem o contrato fiduciário, como contrato *inominado*, é lícito, salvo se se propuser à realização de interesses não merecedores de tutela ou de caráter ilícito, salientando que

“Em face do Código Civil brasileiro a questão não oferece dificuldade. Desde que as partes sejam capazes, o objeto lícito e haja forma prescrita ou não defesa em lei (Código Civil, art. 82), o negócio fiduciário será inatacável. Assim tem sido entendido (ESPÍNOLA, ‘Manual’, v. 3, parte I, n.º 112, págs. 470-474; CARVALHO SANTOS, comentário ao art. 102, v. 2, pág. 385, segunda edição)”.⁵⁹”

O reconhecimento da validade e eficácia do negócio fiduciário é uma consequência natural da autonomia da vontade e da liberdade contratual, observados os requisitos legais e o interesse de terceiros.

Entretanto, é de se admitir que o negócio fiduciário, vez por outra, possa ocultar manobras fraudulentas, e, assim sendo, não será válido, não produzindo qualquer efeito, como seria inválido e sem qualquer efeito o próprio ato típico, pois vicia o ato o elemento de violação do preceito legal, utilizado pelas partes para fugir ao balizamento da lei, mediante artifícios ou acomodações, como observa Francisco Campos:

“Ora, o princípio que rege os negócios indiretos é que estes se terão por proibidos toda vez que tiverem por fim ou função produzir os efeitos que a lei, ao vedar os negócios diretos, visa a proibir”.⁶⁰”

⁵⁹ Apud Otto de Souza Lima, ob. cit., p. 213.

⁶⁰ *Direito Civil*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1956, 1ª ed., p. 243.

Assim, o negócio fiduciário há de ser ilícito se foi praticado com o fim de frustrar a aplicação da lei, iludir a finalidade da lei ou atingir um fim proibido pela lei, como, por exemplo, seriam ineficazes e sem qualquer efeito os atos de transmissão de propriedade ou de oneração de bens feitas em fraude de execução (Código de Processo Civil, art. 593)⁶¹.

8.1. Efeitos do negócio fiduciário nas hipóteses de insolvência

Segundo a estrutura peculiar do negócio fiduciário, uma vez concluída sua formalização, com o eventual registro da transmissão da propriedade, quando for o caso, o fiduciário passa a ser o titular pleno do bem ou do direito; incorporado, assim, ao seu patrimônio, passa o bem ou o direito a constituir garantia dos seus credores. De outra parte, o fiduciante, depois de efetivada a transmissão, deixou de ser o titular do bem ou de direito, passando a ter um direito de crédito contra o fiduciário.

Dada essa estruturação, a insolvência produz, logicamente, duas conseqüências básicas: se insolvente o fiduciário, o bem transmitido em fidúcia integrará o ativo da massa e será arrecadado, não se conferindo ao fiduciante outro direito senão o de credor quirografário, pois, em decorrência do *pactum fiduciae*, passou a ser apenas titular de um crédito contra o fiduciário; se insolvente o fiduciante, integrariam a massa somente os direitos de crédito que este tem contra o fiduciário.

⁶¹ Código de Processo Civil:

Art. 593 — Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I — quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II — quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III — nos demais casos expressos em lei.

Não obstante essa inequívoca conseqüência lógica, alguns autores, como Regelsberger e Köhler, procuram abrandar os efeitos da quebra do fiduciário, negando-lhe, nessa hipótese, o direito absoluto e irrestrito sobre a propriedade; sustentam que o fiduciante, à falta de normas positivas, teria uma pretensão *reivindicatio utilis*, invocando, para tanto, a natureza complexa do negócio fiduciário. Aduz Köhler que os efeitos pretendidos pelas partes são os do mandato e que, assim, a impossibilidade de recuperação do bem por parte do fiduciante constituiria uma conseqüência tão cruel que o direito não admitiria. Contrapondo-se a essa construção, Francesco Ferrara deixa claro que não cabe ao fiduciante qualquer direito de separação, já que, com a transmissão da propriedade, adquire o fiduciário a titularidade plena e irrestrita do bem, que, obviamente, estando no patrimônio do fiduciário, sofrerá os efeitos da insolvência deste. Observa Ferrara que a conseqüência cruel a que alude Köhler é o resultado natural do negócio fiduciário, é a própria vontade que as partes manifestaram ao constituí-lo, acrescentando:

“Também aqui turvaram o problema sentimentos de equidade mal compreendidos. Admira que escritores como Regelsberger e Köhler, que concebem tão exatamente o negócio fiduciário, se tenham deixado influenciar por uma suposta injustiça econômica, e neguem também a referida conseqüência, admitindo que o transmitente possa recobrar os bens com exclusão dos credores da falência. Semelhante resultado, isto é, que o objeto do negócio fiduciário seja compreendido na massa, contradiz, segundo Köhler, a posição patrimonial a que tendiam as partes, visto que só queriam conseguir com o conjunto da operação a finalidade econômica do mandato. Seria esta, na opinião do mesmo autor, uma conseqüência tão cruel que o Direito não poderia aprová-la, e por isso se deve admitir a favor do fiduciante uma reivindicatio utilis”⁶².

⁶² A simulação dos negócios jurídicos, Saraiva & Cia, São Paulo, 1ª ed., 1939, p. 88, *apud* Otto de Sousa Lima, ob., cit., p. 148.

Entre nós, Pontes de Miranda chama a atenção para o fato de que o *pactum fiduciae* não tem eficácia real, e que, portanto, transmitida a propriedade para o fiduciário, pode o bem ser objeto de excussão por parte dos credores deste, inclusive execução concursal, ressaltando, entretanto, que:

“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 nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 75-79), ou a pretensão à execução por coisa certa (Código de Processo Civil, arts. 992-997) refere-se ao CPC de 1939 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 nº 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 se há de observar quanto à cessão de crédito para garantia: o crédito não entra no concurso, porque não é mais do fiduciante, posto 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”⁶³.

O pronunciamento exprime com clarividência os efeitos da insolvência, exceto quanto à ressalva alusiva à condição resolutiva (o direito à separação (...) só existe se a transferência se deu sob condição resolutiva e essa se realizou), pois, como se sabe, na fidúcia de origem romana a transmissão se faz de maneira plena, sem condição resolutiva. De outra parte, é controvertida a faculdade que teria o síndico de exigir a

⁶³ Ob. cit., vol. III, p. 119.

venda do bem, entregando-se à massa o que sobejar; para alguns, o síndico da massa do fiduciante não pode exigir a venda do bem porque este é propriedade plena do fiduciário, enquanto que outros entendem que se trata da hipótese do art. 43 da Lei de Falências, que prevê a possibilidade de cumprimento dos contratos do falido, circunstância em que aplicar-se-iam as estipulações do *pactum fiduciae*, com a eventual restituição do sobejo.

Em suma, o fiduciante carece de direito real, tendo se desvinculado dele quando transmitiu a propriedade ao fiduciário, passando a ter somente direito de crédito; a insolvência do fiduciário é um dos riscos a que o fiduciante se submete quando celebra o negócio fiduciário, é uma situação de perigo tanto quanto o é a possibilidade de o fiduciário vender a coisa a terceiros, contra os quais o fiduciante carece de ação reivindicatória.

Quando o bem objeto da fidúcia estiver na posse do fiduciante insolvente, admite-se o direito do fiduciário de requerer a separação, mesmo que seu valor exceda o valor da dívida, assegurado à massa, com o pagamento, recobrar a propriedade e a posse da coisa. Vale dizer: a massa pode exercer todos os direitos do fiduciante, decorrentes do *pactum fiduciae*, como o de exigir a venda do bem, o de receber o que sobejar etc. De outra parte, considerando os sistemas pelos quais a transmissão da propriedade só se efetiva mediante assentamento no Registro competente, deve o bem integrar a massa do fiduciante se tal assentamento ainda não tiver sido efetivado quando da decretação da quebra ou dentro do termo da quebra.

Do que precede, resulta claro que as conseqüências da insolvência do fiduciário tornam o negócio fiduciário, na configuração de negócio inominado de cunho romano, absolutamente imprestável para garantia das operações de crédito que se realizam em larga escala na economia moderna, ou para a administração fiduciária do tipo dos fundos de investimento, pois nada justificaria colocar a grande

massa de consumidores e de investidores sob o risco de figurar apenas como credores quirografários na hipótese de quebra (ou liquidação extrajudicial) do fiduciário.

Por isso mesmo, negócios de natureza fiduciária só são admissíveis para aplicação em larga escala, envolvendo o interesse da grande massa de consumidores e investidores, se vierem a ser regulamentados pelo direito positivo — quando passariam a ser tidos como *negócios fiduciários impróprios* —, hipótese em que (1) a propriedade da coisa ou do direito objeto do negócio ou da garantia haveria de submeter-se a limitações que a vinculassem ao fim convenicionado no contrato, promovendo-se a afetação da coisa ou do direito, e (2) a coisa ou o direito haveria de constituir um patrimônio autônomo, separado do patrimônio do fiduciante e do fiduciário, patrimônio esse que somente existiria enquanto perdurasse a razão de ser da fidúcia.

Essa é, em linha de princípio, a orientação adotada pelas mais recentes legislações que têm se ocupado do assunto, como é o caso da nossa Lei dos Fundos de Investimento Imobiliário (Lei nº 8.668, de 1993), pela qual, para constituição dos fundos, os bens são adquiridos no próprio nome da administradora, mas em caráter fiduciário; pelo que não integram o ativo desta, nem com ele se comunicam, não podem ser objeto de execução por dívidas da administradora etc., devendo ser averbadas no competente Registro de Imóveis as restrições impostas à administradora (art. 6º).

9. Modalidades de negócios de natureza fiduciária

Conforme a finalidade, distinguem-se, na prática, duas modalidades de negócio fiduciário, a saber: a de garantia e a de administração, nesta última compreendidas a de gestão, propriamente, e a de investimento.

A classificação dos negócios fiduciários segundo as finalidades de *administração* ou de *garantia* coincide com as

modalidades de fidúcia do direito romano, ou seja, a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*, destacadas por Gaio⁶⁴.

9.1. Venda com escopo de garantia

No negócio fiduciário para garantia tem-se um contrato acessório, na medida em que o fiduciante transmite ao fiduciário um bem ou direito para garantia do cumprimento de uma obrigação, facultando-se a esse credor, em caso de mora do devedor, a satisfação do seu crédito mediante a utilização do bem ou direito, geralmente mediante venda em hasta pública.

Essa é, historicamente, a primeira forma de negócio fiduciário, correspondendo à *fiducia cum creditore* do direito romano. Observa Francesco Ferrara que, por esse pacto, o credor fica obrigado à retrocessão do direito ao alienante, sendo certo que essa operação *não deve considerar-se como uma datio in solutum, mas sim como uma garantia acessória do mesmo crédito, contida na forma jurídica mais ampla da transferência do domínio*⁶⁵.

Aspecto relevante na venda com escopo de garantia diz respeito ao preço.

Como é sabido, os elementos essenciais da compra e venda são a coisa, o preço, e o consenso, sendo o preço a contraprestação do comprador. Tem o preço as seguintes características, segundo Carvalho Santos:

*“Três requisitos pedia o preço, no Direito antigo: devia ser certum, justum e verum, ou seja, certo, equivalente e verdadeiro. Vale dizer: não podia ser incerto, tendo que ser ao menos determinável, nem tampouco irrisório nem fictício, porque isso desvirtuaria o contrato, tal como é concebido”*⁶⁶.

⁶⁴ *Institutas*, § 60, II: *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod totius nostrae res apud eum essent...*

⁶⁵ *Apud* Otto de Sousa Lima, ob. cit., p. 224.

⁶⁶ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1956, 11ª ed., vol. XVI, p.23.

Dado o conceito de preço, poder-se-ia questionar a validade do contrato de venda com escopo de garantia se figurasse preço vil no contrato, mas eventuais desproporções não afetam a validade e eficácia do contrato.

Com efeito, eventuais disparidades entre o valor do bem e a dívida garantida não desnaturam o negócio, nem o invalidam, pois, na verdade, a venda com escopo de garantia não é feita com o propósito de transmitir a propriedade de forma definitiva para o fiduciário, não se confundindo com a dação em pagamento, daí por que não poderá o débito ser considerado extinto mediante simples compensação com o preço. Evidentemente, nessas hipóteses o preço há de ser sempre inferior ao valor do imóvel, pois o preço, na venda com a finalidade de garantia, há de corresponder ao valor da dívida e não ao valor do imóvel, assinalando Messina que *a compra não deixa de ser compra ainda que o preço seja desproporcionalmente baixo, ou que não exista equivalência econômica entre as duas prestações*⁶⁷. Essa desproporção não é relevante porque, na verdade, não encerrando o negócio uma dação em pagamento, não pode o fiduciário ficar com a coisa como compensação, sendo certo que deverá vendê-la para pagar-se, restituindo ao fiduciante o que sobejar.

9.2. Cessão fiduciária de crédito

Uma das hipóteses mais comuns de negócio fiduciário é a cessão fiduciária de crédito, para fins de garantia, de cobrança ou mesmo de compensação, todas elas largamente utilizadas no sistema financeiro.

A essa modalidade de negócio aplicam-se, *mutatis mutandis*, os princípios da venda com escopo de garantia.

Através da cessão, o cessionário é investido da condição de credor, com todos os poderes inerentes a este, inclusive o de valer-se de todas as ações e execuções a que o credor

⁶⁷ Ob. cit., p. 72.

está legitimado, mas, recebendo o crédito, não pode ficar com o produto, apenas retendo-o até que o devedor-cedente pague sua dívida⁶⁸.

9.3. Negócio fiduciário para administração

Exemplificando essa hipótese de negócio fiduciário, Giuseppe Messina refere-se à pretensão de **A** de conceder a **B** poderes para administrar seus bens, mas, não considerando suficientes os poderes de um mandato, transmite a **B** a propriedade; depois de atingido o objetivo de **A**, ou depois de removida a causa que impedia **A** de implementar tal administração, como, por exemplo, uma viagem que o impedisse de cuidar dos bens, então **B** deverá restituir a propriedade dos bens, prestando contas e respondendo por sua gestão⁶⁹.

O negócio fiduciário de administração se faz para propiciar ao fiduciante, ou ao beneficiário, a conservação, administração ou exploração de um bem ou direito de propriedade daquele, propiciando-lhes melhor aproveitamento; opera-se a transmissão da propriedade ou titularidade para facilitar ao fiduciário a administração, com a flexibilidade e celeridade que exigem os negócios de modo geral.

⁶⁸ A hipótese é semelhante à da caução de títulos, disciplinada pelo art. 792 do Código Civil nos seguintes termos: Art. 792 — Ao credor por esta caução compete o direito de:

I — conservar e recuperar a posse dos títulos caucionados, por todos os meios cíveis ou criminais, contra qualquer detentor, inclusive o próprio dono;

II — fazer intimar ao devedor dos títulos caucionados, que não pague ao seu credor, enquanto durar a caução (art. 794);

III — usar das ações, recursos e exceções convenientes, para assegurar os seus direitos, bem como os do credor caucionante, como se deste fora procurador especial;

IV — receber a importância dos títulos caucionados, e restituí-los ao devedor, quando este solver a obrigação por eles garantida.

⁶⁹ Ob. cit., p. 8.

Atualmente, esta é uma das hipóteses mais freqüentes e que maior interesse desperta, dada sua relevância na economia contemporânea. É o caso típico dos fundos de investimento, em que o fiduciante entrega ao fiduciário certa soma de dinheiro para que faça inversões em negócios que dêem rentabilidade, com a obrigação do fiduciário de restituir o capital e seus rendimentos. Nessa modalidade de negócio as instituições administradoras devem ser previamente credenciadas pelas autoridades monetárias, devendo, para tanto, preencher determinados requisitos, e são submetidas a rigoroso controle e fiscalização por parte dessas autoridades, dado o interesse público que envolve a economia popular.

No negócio de administração é também muito comum a gestão de negócios imobiliários.

9.3.1. Negócio fiduciário para recomposição de patrimônio

Está compreendido no negócio fiduciário para fins de administração. Trata-se da hipótese de uma pessoa que, tendo seu patrimônio onerado, mas não sendo insolvente, transfere-o a um amigo, para que o recomponha, uma vez que ele, o titular do patrimônio, não se sente em condições pessoais ou técnicas de promover essa recuperação. Alcançada a recomposição, o fiduciário restituirá a propriedade ao fiduciante.

9.3.2. Cessão fiduciária para fins societários

É a hipótese do acionista de sociedade anônima que, por qualquer razão, julga inconveniente dar, pessoalmente, votos de desconfiança aos administradores e, por isso, atribui a outra pessoa esse encargo, transmitindo-lhe a titularidade fiduciária das ações.

A permissão para negociação fiduciária de ações inspira-se no princípio de que os negócios fiduciários, como

instituto de ampla aplicação, abrange a transmissão de bens ou direitos, bem como a assunção de obrigações abstratas.

É uma das hipóteses de negócio fiduciário para fins de administração, que se ajusta ao conceito da *fiducia cum amico*, pela qual o acionista-fiduciante transfere a titularidade das ações ao fiduciário, estabelecendo com este as condições em que deverá exercer essa titularidade e restituí-la após a consecução da finalidade. Francesco Ferrara assim conceitua a fidúcia para fins societários:

*"A cessão de ações duma sociedade faz aparecer a figura do acionista fiduciário, o qual, na opinião de muitos comerciantes, é um acionista fictício, um testa-de-ferro; mas, na realidade, não é exata nem sequer a opinião mais autorizada, sustentada por VIVANTE, que vê naquele um mandatário do sócio, em seu próprio nome. Não, o fiduciário é um verdadeiro acionista, proprietário efetivo da ação, tanto nas relações internas como nas externas, e por isso exerce legitimamente os direitos sociais e intervém nas assembleias, sem que o fim econômico da representação seja mais do que o motivo da transferência. Ao transmitente somente corresponde um direito pessoal em relação ao cessionário para o obrigar a manter-se dentro da finalidade que motivou a transferência e para obter, portanto, eventualmente, a retrocessão da ação alienada."*⁷⁰

Efetivamente, considerada a estrutura do negócio fiduciário propriamente dito, a configuração de Ferrara é irrecorrível. No entanto, importa que se ressalve que a caracterização atual da cessão fiduciária de ações do capital de sociedade anônima, regulamentada no direito positivo, como ocorre à luz dos arts. 40, 100 e 113 da Lei nº 6.404, de 1976, contempla amplo tratamento dessa modalidade de contrato, inclusive com o estabelecimento de restrições à titularidade do fiduciário; com fundamento nessa lei, o

⁷⁰ *Apud* Otto de Sousa Lima, ob. cit., p. 231.

direito de voto do fiduciante fica preservado, mas restringe-se sua exeqüibilidade somente nas condições que o contrato estipular, ao dispor que o credor garantido por alienação fiduciária da ação não poderá exercer o direito de voto; o devedor somente poderá exercê-lo nos termos do contrato.

10. O Negócio fiduciário na jurisprudência brasileira

No Brasil, o negócio fiduciário é admitido pela doutrina e pela jurisprudência, como observa Maria Helena Diniz⁷¹, que aponta dentre as figuras negociais fiduciárias reconhecidas a compra e venda com fins de garantia, a venda com fins de administração e a venda para recomposição de patrimônio.

Nosso direito positivo, entretanto, não contempla uma regulamentação genérica do negócio fiduciário, a despeito da tentativa feita através do Projeto de Lei nº 3.236/57 e do Anteprojeto do Código de Obrigações de 1965, havendo, tão-somente, algumas normas legais isoladas para hipóteses específicas, adiante mencionadas.

A jurisprudência brasileira, embora escassa, reconhece os negócios fiduciários propriamente ditos, admitindo que, com base na autonomia da vontade e na liberdade contratual, é lícita a criação de negócios jurídicos inominados, desde que tal criação não afronte o ordenamento jurídico, a ordem pública ou a moral, revestindo-se, portanto, de plena validade e eficácia.

São ilustrativas as ementas dos acórdãos seguintes:

“O negócio fiduciário há de ser inatacável, desde que as partes sejam capazes, o objeto lícito e haja forma prescrita ou não defesa em lei, na conformidade com o que dispõe o art. 82 do

⁷¹ *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1996, 11ª ed., 3º vol., p. 432.

CC, porquanto apesar de se tratar de contrato sui generis, é autônomo e independente, revestindo-se de toda a validade e eficácia.” (TJMG, Ap. Cível 27.069, Rel. Des. Edílio Fernandes, RF, 218/164).

“Venda de imóveis, em confiança, a genro e filha, com anuência dos demais descendentes, para o fim de saldarem eles, com a renda das propriedades, certo débito hipotecário — Devolução obrigatória dos prédios uma vez paga a dívida — Recusa injustificada — Caso de simulação inocente, não conflitante com a hipótese — Admissibilidade de todos os meios de prova, inclusive a indiciária e a circunstancial, na falta de ressalva expressa — Ação de enriquecimento julgada procedente — Voto vencido (5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. 38.927, RT, 184/635).

“NEGÓCIO FIDUCIÁRIO — Conceituação — Efeitos — Ação restitutória procedente — Condenação do vencido ao pagamento de honorários de advogado — Culpa contratual manifesta.

Quando o fiduciário, abusando de sua situação e iludindo a confiança que nele depositara o fiduciante, retiver indevidamente em seu poder o bem ou direito que lhe foi transmitido, e se recusar a restituí-lo, pode este reivindicá-lo, nos termos do pacto fiduciário” (4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. 47.771, RT 188/163).

“O negócio fiduciário encerra uma transação válida, efetivamente realizada e formalmente em ordem. O proprietário a quem se transferiu a coisa o é realmente perante a lei e terceiros. Guarda somente, para com o alienante, um pacto de fidúcia que o obriga a lhe retransmitir a propriedade. Quebrada a fidúcia, pelo não cumprimento da obrigação pessoal assumida pelo fiduciário, não deixa este de continuar como proprietário legítimo; e nem pode a transação formal ser anulada por vício inexistente, tal seja o de simulação, pois, em suma, o negócio

se efetivou segundo a vontade das partes" (4ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, ap. 29.651, RT 292/505).

.....
"É válido o negócio fiduciário desde que, através dele, não se desrespeite a lei, nem se venha a causar prejuízo a terceiro." (4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. 166.166, RT, 402/135).

11. Extinção do negócio fiduciário

O negócio fiduciário extingue-se:

- a — pelo decurso do prazo ou realização do seu fim;
- b — pela revogação;
- c — pela renúncia do beneficiário;
- d — pelo distrato.

Capítulo III - A Fidúcia Legal

1. Introdução

É controvertida a posição da doutrina quanto à possibilidade e à conveniência de ser conferido tratamento sistemático ao negócio fiduciário, mediante a construção de figura tipificada em lei. Entendem alguns que, caracterizando-se o negócio fiduciário pela situação de perigo em que se encontra o fiduciante, possibilitando abuso de poder por parte do fiduciário, a ausência dessa situação de perigo descaracteriza a natureza *fiduciária* do negócio. De fato, como o fiduciário tem a plena propriedade ou titularidade sobre o bem ou direito transmitido em fidúcia, em face de terceiros, pode desviar-se da finalidade estipulada no *pactum fiduciae* ou pode se utilizar do bem ou do direito de forma abusiva. Encontra-se o fiduciante, assim, em situação de desvantagem jurídica ou de perigo em razão da disparidade de tutela jurídica conferida ao fiduciante e ao fiduciário, circunstância que encerra a configuração de um poder de abuso por parte do fiduciário. Por isso mesmo, José Carlos Moreira Alves entende que *negócios jurídicos típicos, como a alienação fiduciária em garantia, não podem ser considerados*