

FRANCISCO FERRARA

Professor ordinario de Direito Civil da Universidade de Pisa

A Simulação dos negócios jurídicos

Trad. do DR. A. BOSSA

Direitos autorais para a lingua portuguesa adquiridos por
SARAIVA & CIA. — LIVRARIA ACADEMICA — S.
PAULO, que reserva a propriedade literária desta tradução.

1939
Editores: LIVRARIA ACADEMICA — Largo do Ouvidor, 15 — SÃO PAULO
SARAIVA & CIA.

5 — Deve fazer-se distinção entre negócios simulados e *negócios fiduciários*. Os negócios fiduciários são sérios e efectivam-se realmente entre as partes com o fim de obter um efeito prático determinado. Os contratantes querem o negócio com todas as suas consequências jurídicas, ainda que se sirvam d'êles para uma finalidade económica diversa. Assim, por exemplo, a transmissão de propriedade para fins de garantia, a cessão de crédito tendo em vista o mandato, o endosso total para fins de recebimento.

O negócio fiduciário, como querido realmente, produz todos os efeitos ordinários, ainda que entre si os contratantes assumam a obrigação pessoal de usar dos efeitos obtidos unicamente para o fim entre elles estabelecido.

Assim, pois, o vendedor ou cedente transmite o seu direito de propriedade ou de crédito ao comprador ou cessionário, e fica ao arbitrio ou fé — fiducia — deste — donde a denominação do negócio fiduciário — o servir-se do direito adquirido unicamente para o fim convencionado. Se o fiduciário abusa da sua posição jurídica e aliena, a disposição é válida, mas fica obrigado à indemnização. (1)

Na prática, recorre-se a esta espécie de negócio, ou para suprir uma deficiência do direito positivo que não oferece a forma correspondente a uma certa finalidade económica, ou a oferece mas ligada a dificuldades e inconvenientes, ou então para obter quaisquer vantagens especiais que resultam desta forma indirecta de proceder. O negócio fiduciário serve

provado por meios extrinsecos. A intenção de enganar não se pode, aqui, juridicamente avaliar, porque a lei quer sobretudo que se mantenha a vontade real do disponente, e uma mesma conduta enganosa pode ser posta em pratica pelo testador sem qualquer sancção, no caso em que faça um testamento publico a favor duma pessoa, e o revogue depois secretamente. V. o § 1779 do 1.º Projecto do Código alemão.

(2) PESTALOZZA, Simulaz. del negozi giur., pag. 45, entende não ser exacto falar de *ineficacia* da reserva mental, mas antes dever falar-se de não poder ser oposta por parte do reservante a nulidade do negocio ao outro contratante ou a terceiros de boa fé. Uma tal observação teria importancia no caso de *reserva concorde e comum a mais partes*.

(1) Regelsberger — Pand. pag. 518.

para tornar possível a realização de fins que a ordem jurídica não satisfaz, para atenuar certas durezas que não se compadecem com as exigências dos tempos, para facilitar e acelerar o movimento da actividade commercial. Aparece, pois, como um meio de completar o direito deficiente, de corrigir o direito inadequado, de produzir a evolução de novas formas jurídicas.

Para conseguir os seus fins, os particulares não podem criar por seu arbitrio próprio tipos especiais de negócios, sendo obrigados a servir-se dos meios juridicos existentes: o processo a que deitam mão é o de usar conjuntamente várias formas jurídicas, muitas vezes contraditórias, combinadas e entrelaçadas de maneira tal que por intermédio delas se possa chegar a resultados novos.

O produto desta combinação é, exactamente, o negócio fiduciário. De passagem deve notar-se que este meio indirecto de alcançar um objectivo costuma ser insufficiente e precário; pois a protecção jurídica que se obtem, conseguida por um processo obliquo e reflexo, não cobre na sua integridade o interesse que se trata de proteger, e o negócio fiduciário fica reduzido a um expediente, que se possui algumas vantagens, tem também inconvenientes e perigos. E' esta uma característica que nunca se deve perder de vista para avaliar com exactidão os efeitos desta espécie de negócios, que mais do que uma vez apparecem opostos aos propósitos e esperanças das partes.

Mas entremos já na estrutura intima do negócio fiduciário. O negócio fiduciário é uma forma complexa que resulta da união de dois negócios de indole e efeitos diferentes, colocados em reciproca opposição. (1)

1.º — De um *contrato real positivo*, a transferencia da propriedade ou do crédito que se realisa de forma perfeita e irrevogável.

2.º — De um *contrato obrigatório negativo*, a obrigação do fiduciário de usar sòmente de certa forma do direito ad-

(1) Goltz. Das fiduziarische Rechtsgeschäft, pag. 12. Marburg. 1901.

quirido, para depois o restituir ao transferente ou a um terceiro.

Este segundo contrato tende a reservar ao fiduciário uma certa influência sobre a coisa transmitida, de modo a que possa impôr ao fiduciário o usar somente da sua posição jurídica para fins determinados, e obrigá-lo à restituição do direito ou da equivalência obtida; e, em caso de violação, obter a indemnização do dano. Esta influência, no entanto, é puramente indirecta, porquanto a convenção negativa não afecta a eficácia real da transmissão; não a limita nem subordina — a transferência da propriedade ou do crédito subsiste pura e incondicionada — antes se trata duma protecção indirecta 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 crédito para a 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 primeiro.

Desta análise deduz-se que o negócio fiduciário provoca um efeito jurídico mais amplo para conseguir um fim económico mais restrito. Transfere-se o domínio para obter o fim limitado da garantia. Cede-se o crédito para obter o fim do recebimento.

Existe, pois, uma contradição entre o fim e o meio empregado: usa-se um meio mais forte para obter um resultado mais fraco, emprega-se uma forma jurídica mais importante, para obter um efeito menor. E eis a essência do negócio fiduciário. É um negócio que *vai mais além* da finalidade das partes, que *supera* a intenção prática, que *tem mais* consequências jurídicas do que as que seriam necessárias para se alcançar o fim em vista. (1)

(1) LANG, Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte (Arch. f. civil Prax., 83, 336). — REGELSBERGER, Beiträge zur Lehre von Cession (Archiv. f. civil. Prax., 63, 173). — GOLTZ, ob. cit., pag. 16. — KAUL, Das fiduz. Rechtsgeschäft, pag. 10 (Iena 1910).

Crome comparou com felicidade o negócio fiduciário ao negócio abstracto. Assim como no negócio abstracto existe um efeito que subsiste por vontade das partes, ainda que venha imediatamente a contradizer a intenção do seu autor, no negócio fiduciário cria-se, desde o início, ao aceitante uma situação que não coincide com a verdadeira intenção do outro contratante mas que vai mais além desse propósito. (1)

Nota-se, pois, como diz Kohler, (2) uma incongruência entre o aspecto económico e o aspecto jurídico do negócio. Quer-se um negócio, mas com fins económicos que não são homogêneos com as consequências jurídicas do próprio negócio.

As partes, para realizarem os seus fins, vêm-se constrangidos a escolher uma forma divergente e mais ampla do que a que seria oportuna. Mas como querem conseguir aqueles fins a todo o custo, assumem os riscos e inconvenientes do meio perigoso de que usaram, fiando-se no compromisso fiduciário. Esta divergência entre o fim económico e o meio jurídico, dá um carácter especial ao negócio fiduciário que apresenta uma fisionomia ondulante e equívoca. Daí nascem as intrincadas confusões em que caem a doutrina e a jurisprudência ao apreciar todos estes negócios, que se subordinam ao conceito de simulação.

Goltz, que também fez uma análise subtil e profunda dos negócios fiduciários, conclue dizendo que são uma mistura de verdade e aparência e que lhes corresponde uma situação intermédia entre os negócios reais e os negócios simulados. (3)

Esta maneira de pôr a questão é inexacta, porque se é certo que, economicamente, as partes perseguem um efeito diferente daquele que o meio jurídico a que recorreram exprime e que, deste modo, chegam a ocultar a sua finalidade económica, isso não impede que o negócio seja sério e real no seu revestimento jurídico e que o fim particular com que as partes contrataram careça de importância sob o ponto

(1) System des deutschen bürgerl. Rechts, I, § 76.

(2) Studien über Mentalr. und Simulation, pag. 141.

(3) Ob. cit. pag. 21.

de vista do direito. Encontramo-nos, quando muito, perante um dissimulo económico, visto que o património do fiduciário parece ter aumentado, quando, na realidade, por efeito da obrigação negativa que neutraliza o da transferência, permanece como estava — mas isto influencia alguma pode ter na decisão do carácter jurídico do negócio. A venda continua sendo venda, ainda que o preço seja tão pequeno que não tenha qualquer equivalência com a coisa. O herdeiro continua sendo herdeiro com todos os direitos e obrigações como tal, mesmo que por modalidades especiais da instituição tenha de fazer chegar todo o património ao poder duma corporação religiosa ou política, e, de facto, se reduza a um mero executor testamentário. (1)

Por estas razões me parece mais justo chamar ao negócio fiduciário, como faz Regelsberger, *um joco com as cartas a descoberto*. (2) — já que os contratantes concluem um negócio real e visível para alcançar uma finalidade lícita — do que aproximar esta figura da da dissimulação.

O exame anterior serve para nos dar a conhecer as aplicações mais frequentes dos negócios fiduciários, que os escritores, e ainda mais a jurisprudência, costumam confundir com os negócios simulados.

A forma típica e, historicamente a primeira, do negócio fiduciário, é a transmissão da propriedade com fins de garantia. Corresponde à *mancipatio fiduciae causa* do direito romano e consiste em transmitir a propriedade duma coisa ao credor, que recebe um tal direito unicamente para segurança do seu crédito, isto é, para poder satisfazer-se, eventualmente, por falta de pagamento, mas com a obrigação de restituir a coisa recebida uma vez satisfeita. (3)

(1) Kohler, Studien, cit. pag. 143.

(2) Ob. cit., pag. 174.

(3) Assim acontece no direito inglês com o instituto da *mort-gage*. Segundo a estricte legalidade o credor considera-se proprietário, mas nos tribunais de equidade uma jurisprudência benevola tende sempre a mitigar este rigor, concedendo ao devedor depois de expirado o prazo de pagamento a faculdade de resgate (*equity to redeem*) e considerando a aquisição da propriedade como uma simples segurança real.

O credor torna-se proprietário, mas deve usar da propriedade para o fim único da garantia e quando este fim se esgota com a extinção do crédito, fica obrigado a retrocessão do direito ao alienante. Por outro lado, esta transferência não implica a extinção do crédito, pois 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. (1) Com isto não fica julgada antecipadamente a questão, que mais adiante se discutirá, de quais os casos em que é permitida a transmissão fiduciária ou em que esta, ainda que procurando alcançar outro objectivo ilícito, não degenera, no entanto, em negócio fraudulento.

Mas a transferência da propriedade está frequentemente ligada a um determinado emprego que, segundo a intenção do alienante, há-de ser dado aos bens transmitidos. O fiduciário, de harmonia com a intenção económica das partes, servirá de mandatário, de executor, de órgão de transmissão dos bens que recebe. Não é que juridicamente o seja, visto que pode até abusar da sua situação e ficar êle com os bens, mas o alienante confia nêle, na sua honra, na sua lealdade e crê que executará as instruções e o encargo que dêle recebe com respeito ao destino dos bens. O *fideicomisso do direito romano* — com o qual se procurava o meio de fazer chegar a herança a um incapaz de herdar — tinha uma função parecida; e se, primeiramente se reduziu a um dever moral do instituído, mais tarde transformou-se em dever jurídico. Não tem também natureza diversa as instituições e doações fiduciárias do direito moderno. (2)

(1) Não necessito citar decisões da jurisprudência nas quais este negócio seja considerado erradamente como negócio simulado, limitando-me a recordar a sentença do Tribunal de Bari, de 12 de Dezembro de 1893, com anotações de Fadda, o qual, acertadamente, defende a natureza fiduciária destes negócios taxados de simulação (Ann. crit. di giur. 1894, pag. 121).

(2) V. no direito inglês a instituição análoga dos *trusts*, em que se alienam bens a favor duma pessoa que deve possuí-los, por conta e proveito doutra. Este procedimento, empregado ao principio para fugir às leis de desamortização que proibiam doar a conventos e igrejas, torna-se depois comum e generalisa-se, es-

Estas formas são bastante frequentes na nossa sociedade. Basta recordar os legados e doações feitas a pessoas religiosas, com o entendimento secreto das partes de que os bens se destinarão a proveito da religião ou ao sustento de comunidades eclesiásticas não reconhecidas legalmente; as transmissões de bens feitas a um intermediário para sua entrega a uma pessoa ocultamente favorecida; a oferta de objectos e dinheiro realizada sob a forma de oblação. Nestes e em outros casos a jurisprudência errou falando de simulação, de interposta pessoa, etc., etc., e anulando algumas vezes a liberalidade.

Deve salientar-se que, aqui, a interposta pessoa não é um sujeito simulado do negócio jurídico, um falso titular que aparece em cena e se desvanece uma vez evidenciada a aparência, mas sim um contratante efectivo, um verdadeiro proprietário, ainda que economicamente pareça um *medium* sem importância. Por isso, reservando todo o juízo no que respeita ao caso de fraude, não pode admitir-se sem mais que o *fiduciante* e os seus herdeiros reivindiquem os bens como no caso de contrato simulado. A disposição tem eficácia plena e, em caso de abuso do fiduciário, só pode nascer uma obrigação de indemnizar o alienante por êle atraído.

Em todas estas formas de propriedade fiduciária, esta aparece como uma propriedade normal, não limitada, não condicionada, não relativa, pois que o fiduciário é proprietário perante todos, incluindo o transferente, e não está ligado por um vínculo real, mas sim por uma mera obrigação pessoal relativamente ao emprego do direito adquirido. (1)

Um direito de crédito pode também ser objecto duma

pecialmente, para pôr os bens, por intermédio duma pessoa de confiança, ao abrigo de confisco. O *trust* segundo a lei — *at law* — é proprietário e pode dispor dos bens, mas em *equity* reconhece-se que segundo a intenção económica das partes deve considerar-se como um mandatário. (Lehr — Élé. de droit civ. anglais, pag. 268-269). Sobre esta instituição v. também o meu estudo sobre *Persone giuridiche* pag. 119 e seg.

(1) LEIST, *Eigentumsübertragung zur Sicherung von Forder.*, pag. 82 — GOLTZ, *ob. cit.*, pag. 24.

transmissão fiduciária, e a prática proporciona-nos exemplos de cessões com o propósito de mandato ou compensação.

O cessionário adquire a situação dum credor, mas deve usar desta qualidade para exigir o crédito por conta do cedente. Tem-se aqui, segundo observa Regelsberger, (1) um jogo inverso da antiga forma romana da cessão, na qual o proprietário material do crédito figurava simplesmente como o representante do direito doutro. No caso de cessão fiduciária, o cessionário, depois do pagamento, deve entregar o seu produto em mãos do cedente.

Às vezes a cessão emprega-se com outro fim. Um devedor compra por preço moderado créditos contra o seu credor para opor-lhos em compensação e, assim, livrar-se da dívida com pequeno sacrifício. Ou então, o credor dum devedor insolvente, assenhoreia-se duma dívida para com êle com o fim de a compensar e fugir ao pagamento *a prorata*. (2) Duvidou-se de que fôsse licita esta conduta, mas, por um lado, obstáculo algum se lhe encontra em direito positivo e, por outro, observa-se que a reprovação moral que pode merecer a intenção do agente não imprime ao seu proceder um carácter juridicamente ilícito.

A cessão de acções duma sociedade faz aparecer a figura do accionista fiduciário, o qual, na opinião de muitos commercialistas, é um accionista fictício, um testa de ferro; mas, na realidade, não é exacta nem sequer a opinião mais autorizada, sustentada por Vivante, que vê naquele um mandatário do sócio, em seu próprio nome. (3) Não: o fiduciário é um verdadeiro accionista, proprietário efectivo da acção, tanto nas relações internas como nas externas, e por isso exerce legitimamente os direitos sociais e intervem nas assembleias, sem que o fim económico da representação seja

(1) Beiträge zur Lehre v. Cession, pag. 177.

(2) Regelsberger, *ob. cit.* pag. 193.

(3) Gli azionisti fiduciari nelle assemblee delle società per azioni. (Riv. di dir. comm. I, pag. 167, 1903).

mais do que o motivo de 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, postanto, eventualmente, a retrocessão da acção alienada. Mas aqui suprime-se a figura do mandato. Com isto não quero dizer que quando se abuse de tal figura jurídica para evitar uma norma coactiva, assim, por exemplo, para iludir a proibição imposta aos administradores de votarem a aprovação do balanço ou em deliberações que se referem a responsabilidades suas, ou o preceito que atribue ao accionista um número de votos proporcionalmente menor à medida que aumenta o número de acções — o procedimento a que se recorre não deva declarar-se nulo como usado para defraudar a lei.

Mas onde o negócio fiduciário tem tido um verdadeiro florescimento, ocasionando discussões acaloradas, tem sido no direito cambiário.

Limitar-me-ei a recordar a letra da garantia e o endosso simples para pagamento. A primeira, bastante frequente na prática, consiste na emissão de uma letra para caução duma dívida futura, eventual. Aqui o tomador torna-se proprietário da letra, mas só a pode fazer valer se a dívida chega a existir e pelo montante a que realmente ascenda.

Muito mais comum é o endosso pleno com o fim de recebimento, para evitar as excepções pessoais do devedor em relação ao endossante. Devemos repelir a opinião sustentada pela jurisprudência estrangeira e italiana predominante na matéria, seguida também por muitos escritores, (1) que vê neste caso uma simulação e considera o endossado como um simples testa de ferro. Aqui não se trata de endosso simulado, mas sim fiduciário: o endossado adquire

(1) KRAEWEL in Zeitschr. für Wechselrecht, N. F., III, pag. 120. — v. CANSTEIN, Wechselsrecht, pag. 268. — BUDDE, Die rechtliche Natur des Indossaments, pag. 33. — GLASSON, Théorie de la simulation, pag. 168. — VIVANTE, Tratt. di d.r. comm., I, n. 229. SUPINO, Cambiale, 546.

realmente o direito transmitido, converte-se em titular da letra, apesar, disso servir de meio para proteger o credor contra as excepções que lhe possa opôr o devedor cambiário. Mas isto, que é o motivo do acto jurídico, em nada influe sobre a sua natureza.

Por último, devemos ocupar-nos dos efeitos do negócio fiduciário.

Para tanto teremos de examinar as duas partes, real e obrigatória, da relação jurídica.

O negócio fiduciário produz a transferência plena e absoluta do direito: a finalidade limitada para a qual se realisa não limita juridicamente a disposição. O fiduciário torna-se proprietário e credor perante todos e pode usar como entender oportuno do direito adquirido. E', pois, inexacta a concepção de Dernburg (1) que distingue no negócio fiduciário duas relações, uma externa e outra interna, e ao mesmo tempo que reconhece a plena titularidade do fiduciário em relação a terceiros, considera que, em relação ao fiduciante, o fiduciário não passa dum simples mandatário. Confunde-se aqui o fim económico da disposição com a sua forma jurídica. Verdade é que as partes quiseram conseguir o objectivo prático da representação; mas, para o conseguir, servem-se duma forma jurídica mais forte, com efeito mais amplo, da transmissão do direito, e portanto assumiram até os riscos de semelhante posição. O fiduciário não se reveste simultaneamente duma dupla qualidade, mas converte-se em titular do direito perante o proprio alienante, sem que o fim económico da transmissão se desenvolva fóra da relação obrigatória; de modo que quando este fim se efectiva, a propriedade ou o crédito não voltam *ipso iure* ao transmitente ou cedente, mas este tão somente pode exigir a retrocessão. (2)

Derivam várias consequências da plena titularidade que o fiduciário adquire.

(1) Pand., I, § 100, pag. 231. Também CROME, System des bürg. Rechts, I, § 76.

(2) Goltz ob. cit. pag. 27.

Antes de mais nada, pode alienar válidamente a coisa recebida *sub fiducia* e a alienação é eficaz mesmo que o adquirente conheça a sua qualidade. Por outro lado, toda a disposição ou emprego da coisa fiduciária, mesmo em oposição com o fim expresso no contrato obrigatório, constitue um exercício legítimo do direito. Não é, portanto, apropriação ou dano — como tal, punível — a conversão em proveito próprio ou a destruição dolosa do objecto fiduciariamente recebido. (1) A própria transmissão do crédito contido na letra feito por meio de endosso ao fiduciário, impede que possam opôr-se a este as excepções pessoais que o devedor teria podido opôr ao endossante. Este ponto, no entanto, é muito debatido. Devemos constatar que na doutrina existe como que uma corrente de compaixão e simpatia pelo devedor, a quem se quer ajudar a manter a sua posição concedendo-lhe uma *exceptio doli* contra o endossado fiduciário. (2)

São várias as tentativas, não coincidentes, que se fizeram para fundamentar este dolo. Enquanto alguns exigem rigorosamente um conhecimento especial das excepções que poderia opôr o devedor e o acôrdo tendente à sua exclusão, outros contentam-se com o conhecimento unilateral do endossado, e outros encontram objectivamente o elemento doloso no próprio procedimento usado.

Regelsberger (3) encontra o dolo na falta de interesse que tem o endossado em fazer valer o direito adquirido; Engländer (4) no abuso da forma, com o fim da violação jurídica; Dungs, (5) no emprego desleal do endosso. Assim,

(1) Em contrário: Dernburg ob. cit. pag. 232, e, em geral, os escritores que falam de propriedade dividida ou relativa em relação ao fiduciário.

(2) V. uma larga discussão da questão e uma revisão critica da doutrina em WERTHAUER, Der fiduziarische Indossatar und die Einrede des dolus (Zeitschr. f. das priv. u. öffentl. Recht. XIII, pag. 586) e em GOLTZ, ob. cit., pag. 44-47.

(3) Beiträge cit. pag. 190.

(4) Archiv. f. Wechselsrecht. N. F. V., pag. 29 e segts.

(5) GRUCHOT'S, Beiträge, vol. 32, pag. 32, pag. 38 e segts. (cit. por GOLTZ).

o dolo vai aparecendo cada vez mais ténue e esfumado, até desvanecer-se, e a doutrina cria este requisito supondo que se contem na própria estrutura da relação. E tem razão Wulff, (1) ao afirmar que a *exceptio doli* do direito romano se converteu nas mãos dos juristas modernos numa excepção como que de borracha.

As considerações aduzidas assentam única e exclusivamente no aspecto económico e não na forma jurídica do negócio. Não é verdade que o fiduciário não tenha interesse em exercer o direito, visto que é legitimamente titular do mesmo; e não tem fundamento considerar como violação jurídica o uso do endosso para fins diferentes dos usuais, nem deixa de ser arbitrário o encontrar uma *mala fides* no exercício lícito do próprio direito. Não pode, também, aceitar-se a contestação de Davidsohn (2) quando afirma que desta maneira a existencia das excepções do devedor ficaria à mercê do credor; porque este cumpre realmente a transmissão do título cambiário em conformidade com a lei e sabe-se antecipadamente que da efectivação dos actos jurídicos podem derivar efeitos reflexos que beneficiam ou prejudicam terceiros.

Creio, no entanto, que a questão se deve pôr doutro modo a saber: se o facto de inutilisar as excepções do devedor por meio do endosso fiduciário constitue ou não um acto fraudulento e, portanto, se a norma que concede ao devedor a possibilidade de fazer valer contra o credor as suas concepções pessoais deve ou não considerar-se como uma norma coactiva. Mas não parece que assim seja, porque o devedor cambiário fica exposto desde o principio à eventualidade de perder as suas excepções e se isto se dá com um endosso comum não há razão para que não suceda com a transmissão fiduciária, principalmente quando a finalidade económica a que esta última obedece cai fóra do negócio e não tem qualquer influência sobre o seu significado jurídico.

(1) Das Voollindossament zu Incassozwecken, pag. 33.

(2) Cit. por GOLTZ, pag. 51.

Uma última consequência importantíssima que deriva da titularidade do fiduciário, é que em caso de quebra, a coisa transmitida fiduciariamente é abrangida na massa do concurso sem que ao fiduciante caiba qualquer direito de separação. Também aqui turvaram o problema sentimentos de equidade mal compreendidos. Admira que escritores como Regelsberger e Kohler, que concebem tão exactamente o negócio fiduciário, se tenham deixado influenciar por uma suposta injustiça económica, e neguem também a referida consequência, admitindo que o transmitente possa recobrar os bens com exclusão dos credores da falência. (1)

Semelhante resultado, isto é, que o objecto do negócio fiduciário seja compreendido na massa, contradiz, segundo Kohler, (2) a posição patrimonial a que tendiam as partes, visto que só queriam conseguir com o conjunto da operação a finalidade económica do mandato.

Seria esta, na opinião do mesmo autor, uma consequência tão cruel que o direito não poderia aprová-la, e por isso se deve admitir a favor do fiduciante uma *reivindicatio utilis*.

Mas Kohler não tem consciência de que precisamente

(1) Seguem a opinião combatida no texto, embora relacionando-a com uma noção inexacta dos negócios fiduciários: Dernburg Pand., parag. 100, pag. 232. Crome, System des bürgerl. Rechts, I. parag. 76. Stammler. Recht der Schuldv., pag. 197. Cosack. Lehrb. des Handelsrechts, pag. 304 e os comentadores da Ordinanza *Concorsuale*. v. Sarwey, Petersen und Kleinfeller, Völderndorf. Esta é também a opinião dominante em Italia, para apoiar a qual se cita o art. 802 do Cod. com. (v. Bonelli, Fallimento, n. 663; Ziino, La rivendicazione nel fallimento, pag. 17-18. Mas o artigo invocado é *inapplicável*, e portanto sem valor para o nosso objecto, pois que se refere á hipotese, totalmente diferente, de entregas de títulos de credito feitas pelo proprietário do falido com o simples mandato de cobrança e para *guarda* dos valores por conta daquele, ao passo que no negocio fiduciário se trata de *transmissão de propriedade* do título, ainda que seja para o fim económico de cobrança: o falido então é proprietário e não mandatário. O artigo 802 regula a hipotese de letras de câmbio endossadas para cobrança, porque nesse caso só existe um mandato e o endossante continua sendo proprietário (259). A opinião contraria dos escritores explica-se mais por razões sentimentais do que juridicas, visto que desconhece a essência das alienações *fiduciae causa*.

(2) Noch einmal über Mentalr. u. Simulation (Jher Jahrb. 16, 348).

esta incongruência, como êle escreve noutra lugar, entre o fim económico e a forma jurídica é que constitue a essência do negócio fiduciário e que aquele que realisa este negócio se expõe a um perigo que pode ser-lhe fatal. Por outro lado, como observa Lang, isto é justo, porque doutro modo o credor teria todas as vantagens sem correr risco algum, e pode servir de correctivo contra as possibilidades de abuso duma tal forma jurídica. (1)

Os efeitos que derivam da parte obrigatória do negócio fiduciário resumem-se na obrigação pessoal do fiduciário de usar do direito adquirido unicamente para o fim restrito que as partes querem e, portanto, para o restituir eventualmente ao transferente ou a terceiras pessoas. Se, pelo contrário, abusa da sua posição jurídica alienando ou utilizando em proveito próprio o direito de que se trata, é responsável pela indemnização de perdas e danos. E' esta a única defesa com que fica o transferente no caso em que o fiduciário atraíçoe as suas esperanças. (2)

(1) Ob. cit. pag. 341-343. Negam, com toda a razão, um direito de separação ao fiduciante em caso de falência do fiduciário, além de Lang, op. e loc. cit., Werthauer, op. cit. pag. 658, Heilwig, Ueber Zulässigkeit der Eigenthum "übertragung zur Sicherung einer Forderung (Archiv. für civil Praxis, 64, 392) e Goltz, op. cit. pag. 85.

(2) Pestalozza (pag. 126 e segts.) critica o conceito que exponho acerca dos negócios fiduciários, mas a sua crítica não me parece nem concludente nem convincente. Diz o A. que a transferência real *erga omnes* no negocio fiduciário, é possível somente reconhecendo a este character abstracto. Porque? O alienante ou o cedente transmitem efetivamente o direito, sobre um fundamento causal, ainda que essa transmissão seja modificada pelo vinculo obrigatorio de fazer um *determinado uso* do proprio direito. E' simplista a observação contrária de que a vontade das partes é *uma só*, e que não existem dois momentos de vontade das partes e, certamente, uma só, mas tem um conteúdo diverso e multiplice, e este conteúdo tem-no desde o principio simultaneamente. Quando se transmite o crédito com o fim de garantia, ainda que se queira transmitir o crédito também se quer obrigar o cessionario a que use da sua aquisição para o fim daquela garantia. Julgou-se, portanto, que a essência dos negócios fiduciários está na distinção entre o aspecto *interno* e *externo* da relação, é uma construcção ilógica e impossível, porque a relação jurídica não tem duas faces diversas, não é uma espécie de Jano monstruoso, que tem uma fisionomia diferente conforme o lado por que se olha.

Delineada a figura do negócio fiduciário, é de utilidade que o confrontemos já com o negócio simulado.

O negócio simulado é um contrato *fingido, não real*; o negócio fiduciário é um negócio *querido e existente*. O negócio simulado efectiva-se para produzir uma aparência, um engano: o negócio fiduciário pretende suprir uma ordem jurídica deficiente ou evitar certas consequências fachenhas (1) que derivam dum negócio. O negócio simulado é um negócio único, vazio de consentimento: o negócio fiduciário é uma combinação de dois negócios sérios, um *real* e outro *obrigatório*, neutralizando-se em parte e tendo influência contrária.

O negócio simulado não pretende alcançar um resultado económico, nem jurídico; o fiduciário quer o resultado jurídico, mas não o resultado economico que normalmente corresponderia ao acto realizado: existe uma divergência entre o fim económico e o meio jurídico usado. O negócio simulado é absolutamente nulo, não acarreta consigo transferência alguma de direitos e, por isso, o que simula continua sendo proprietário e pode reivindicar da massa do concurso, em caso de falência do adquirente fictício, o objecto sobre que versava aquele negócio; a alienação que o testa de ferro tivesse feito seria normalmente ineficaz, e a utilização da coisa em proveito próprio constituiria um delicto. Finalmente, no caso de endosso simulado — coisa possível se falta a vontade de transmitir o crédito — o devedor poderia, uma vez descoberta a simulação, opôr as suas excepções pessoais ao endossado que não é mais do que um *alter ego* do credor. Pelo contrário, como já vimos, no caso da transmissão fiduciária, chega-se a consequências muito diferentes. (2)

6 — Outra figura que deve distinguir-se da simulação é a *fraud legis*. Também aqui se dá uma grande confusão que persiste até mesmo na jurisprudência, tenazmente ape-

(1) Em francez no texto (Nota do tradutor).

(2) Para a precedente discussão servi-me do meu artigo, "I negozi fiduciari", inserto no volume publicado em honra do Prof. V: SCIALOJA.

gada a antigos erros. Deve-se a Bahr o ter salientado vigorosamente a antítese teórica que existe entre negócio simulado e negócio fraudulento, e ter atacado a doutrina comum que misturava os dois conceitos.

Confunde-se — diz êle (1) — o negócio *in fraudem legis* com o negócio simulado, ainda que a natureza de ambos seja totalmente diferente.

O negócio fraudulento não é, em absoluto, um negócio aparente. E' perfeitamente sério: quere-se realmente. E mais, quere-se tal como se realizou, com todas as consequências que derivam de forma jurídica que se escolheu. Muitas vezes, estas consequências são incômodas para uma ou outra das partes, ainda que poderiam vir a ser muito mais incômodas as consequências que acarretaria o acto proibido.

Também Barthelmes (2) se manifesta acertadamente: O negócio simulado não pertence à categoria dos que contém um acto *in fraudem legis*.

Mas nenhum dos dois escritores se conserva coerente com os seus principios, pois, no desenvolvimento da matéria, vêm a reconhecer que um negócio simulado pode servir para iludir a lei. E' hoje doutrina dominante e quasi unânime a que, distinguindo muito embora as duas formas de simulação e fraude, admite no entanto que a primeira pode ser um meio de realizar a segunda e que o negócio simulado pode ser fraudulento. (3) Tal doutrina não tem fundamento, como veremos mais adiante.

Necessitamos reportar-nos ao conceito de fraude. Há um ponto em que estão de acôrdo todos os escritores: que a fraude constitue uma violação indirecta da lei, não se-

(1) BAHR, Urtheile des Reichsgerichts, pag. 53; Geschäfte zur Umgehung des Gesetzes und simulierte Geschäfte, 1883.

(2) Das Handeln in fraudem legis, § 8 (Götting, 1889).

(3) REGELSBERGER, Beiträge zur Lehre v. Cession (Archiv. f. civ. Prax., 63, 174). — HELLWIG, Ueber die Zullässigkeit der Eigenthumübertragung zur Sicherung einer Forderung (Archiv. f. civ. Prax., 64, 377). — WITTE, Mentalr., Simulat. und agere in fraudem legis, pag. 38 (Greifswald 1900). PFAFF, Zur Lehre vom s. g. in fraudem legis agere, pag. 91 (Wien, 1892). Também eu sustentei o mesmo na primeira edição deste trabalho, pag. 20.