

9.4. Registro dos títulos em sistema centralizado de custódia .....	373
9.5. Titularidade fiduciária sobre direitos creditórios na securitização .....	373
9.6. Conceito de crédito imobiliário .....	375
9.7. Securitização de créditos oriundos de promessas de compra e venda ..	378
9.8. Agente fiduciário .....	380
9.9. Averbação da titularidade fiduciária no Registro de Imóveis .....	380

Apêndice .....	381
----------------	-----

Bibliografia .....	439
--------------------	-----

Índice alfabético-remissivo .....	447
-----------------------------------	-----

## Introdução

### I

Os meios de circulação de riquezas, quer os mais expressivos capitais destinados a grandes investimentos, quer a mais simples operação do pequeno comércio, vêm se modificando aceleradamente, impulsionando transformações sociais ou fornecendo as condições para que se implementem essas transformações.

Savatier refere-se à *aceleração da história*, aquela *mudança da marcha do tempo* que se faz sentir em todos os setores da vida humana e se reflete de maneira especial na atividade econômica e na sua disciplina jurídica; registra, a propósito, a substancial transformação do conceito de empresa, originalmente regulada no Código Civil como um contrato de locação de serviços e que passou a ser vista como uma *unidade econômica* destinada a reunir e coordenar fatores de produção, constituindo a base econômica de toda uma série de contratos e propiciando a expansão do capitalismo<sup>1</sup>.

A organização dessa nova unidade econômica só se tornou possível sob a forma jurídica da sociedade por ações, que George Ripert situa no contexto das mais significativas transformações do direito de propriedade, observando, a propósito, que o direito passa da posse ao crédito e muda, sem dizê-lo, o sentido da palavra propriedade<sup>2</sup>.

De fato, é incessante o processo de transformação pelo qual passa a noção de propriedade, marcadamente a partir da segunda revolução industrial, com o desenvolvimento do capitalismo financeiro e a sepa-

<sup>1</sup> *Metamorphoses du Droit Civil d'aujourd'hui* apud RIPERT, George, *Aspects Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 59.

<sup>2</sup> RIPERT, George, ob. cit., p. 141.

ração entre a propriedade e a direção da empresa, essa transformação é reclamada cada vez mais freqüentemente, na medida em que se torna necessário atender às novas demandas da sociedade moderna, gerando, nesse processo, as mais variadas modalidades de contratos e de títulos representativos de bens e valores.

## II

É no mercado de capitais e no mercado financeiro que se faz sentir com maior freqüência a necessidade de incessante adaptação do direito de propriedade, dada a crescente necessidade de simplificação e aceleração na circulação de riquezas.

Com efeito, a intensificação e a crescente complexidade da atividade econômica estão sempre a exigir o aperfeiçoamento de institutos e mecanismos jurídicos existentes e a criação de novos instrumentos de dinamização dos negócios.

No Brasil, particularmente, no início da década de 60, iniciou-se um processo de modernização do mercado de capitais e do mercado financeiro, em cujos contextos foram criados novos instrumentos que revolucionaram nossa realidade, abrindo novas perspectivas na economia e imprimindo um ritmo acelerado na industrialização.

Mais recentemente, no contexto das profundas transformações pelas quais passa a sociedade, a conjuntura econômica vem ganhando novos contornos, com alterações substanciais nos mecanismos de financiamento e na circulação de capitais.

É o caso do desenvolvimento de um novo mercado de crédito, fora do circuito do mercado financeiro, por meio de processo denominado *desintermediação financeira*, pelo qual empresas não financeiras transformam seus direitos creditórios em valores mobiliários para captação de recursos no mercado de capitais, num processo que se convencionou denominar *securitização*.

O mecanismo deixa à mostra a necessidade de tornar mais ágil e segura a operação de captação de recursos, e essa necessidade aumenta na medida em que se intensifica o fluxo de investimentos no plano internacional, circunstância que reclama seja o ordenamento dotado de instrumentos e mecanismos capazes de ser utilizados com mais eficácia no fluxo de capitais externos.

Para atender a essas necessidades, vem sendo cogitado o aproveitamento da figura da fidúcia, com os contornos que veio a emprestar-lhe o instituto anglo-saxão do *trust*.

O *trust* implica a segregação de bens e a constituição de patrimônios afetados a determinadas finalidades. De outra parte, visto sob o ângulo de sua flexibilidade, o *trust* se mostra adequado ao atendimento de inúmeras outras necessidades da sociedade moderna, notadamente na conjuntura caracterizada pela desintermediação financeira e pela globalização.

No Brasil, já se cogitou do aproveitamento de alguns elementos do *trust*, como é o caso do substitutivo ao Projeto de Lei na Câmara nº 3.362, de 1957, e do Anteprojeto do Código de Obrigações, de 1965, neste sob a denominação de *contrato de fidúcia*. Muito embora não tenha prosperado o Anteprojeto do Código de Obrigações, é na linha desses princípios que vêm se amoldando, no direito positivo brasileiro, algumas figuras de natureza fiduciária, como são os casos da alienação fiduciária de bens móveis, instituída pela Lei nº 4.728, de 1965, e da cessão fiduciária de direitos creditórios, introduzida pela Lei 4.864, de 1965; e é na mesma linha desses princípios que se estrutura uma nova forma de fideicomisso na maioria dos países latino-americanos, como são os casos da Argentina, do Chile, do México e da Venezuela.

O extraordinário interesse prático da matéria levou-nos a realizar estudo de direito comparado, a partir de valiosas indicações bibliográficas dos Professores Caio Mário da Silva Pereira, Diogo Leite de Campos, Arnoldo Wald e Luiz Roldão de Freitas Gomes, do qual resultou monografia que apresentamos como requisito de conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Privado, da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, realizado em 1996. O estudo teve por escopo, fundamentalmente, suscitar a necessidade de harmonização do nosso direito positivo em face da legislação estrangeira, no momento em que se intensifica a circulação de capitais e a demanda por investimentos em nosso país.

Com efeito, a par das inúmeras funções que a segregação patrimonial pode desempenhar no mundo dos negócios, ressalta seu decisivo papel, de uma parte, como garantia, contribuindo para a expansão do crédito, e, de outra parte, como instrumento do mercado de investimento, inclusive na securitização de créditos, operando como catalizador no processo de captação de recursos.

Nesse contexto, a idéia da fidúcia passou a despertar especial interesse com vistas à revitalização do setor imobiliário, dada a extraordinária importância desse setor tanto no campo econômico como no social, notadamente pela geração de empregos em larga escala.

### III

De fato, o setor imobiliário no Brasil vinha experimentando grande expansão desde meados de 1960, mas a partir do início da década de 80 passou a enfrentar sérios problemas que deram causa a grave crise que até hoje perdura.

Dentre as causas dessa crise encontram-se (a) o inadequado direcionamento dos recursos, na medida em que se destinavam a habitações populares recursos captados no mercado financeiro, cujo custo não pode ser suportado pela população de renda mais baixa, (b) a inadequação do sistema de garantias, que contribui para a interrupção do fluxo de retorno dos empréstimos, daí porque torna desinteressante o investimento no setor e, obviamente, afasta investidores potenciais, e (c) a excessiva interferência do Estado nas relações contratuais.

A questão vem sendo há muito debatida pela sociedade, tendo sido alvo de importantes estudos no Congresso Nacional, aí destacando-se, no início da década de 1990, os trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre o SFH e da Comissão Nacional da Política Habitacional, da Câmara dos Deputados, dos quais resultou a consciência de que o financiamento imobiliário deve desenvolver-se em duas faixas distintas, isto é, uma faixa de financiamento assistencial, subsidiado explicitamente por recursos orçamentários, e uma faixa de financiamento de mercado, com recursos privados, captados no mercado, numa estruturação que reclama, fundamentalmente, a adequação e viabilização das fontes de financiamento e a revisão ou renovação do sistema de garantias imobiliárias, de modo a propiciar efetiva proteção do crédito.

Nesse contexto mobilizaram-se segmentos da sociedade interessados, merecendo destaque os trabalhos realizados pela Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança — ABECIP. Essa entidade promoveu a realização de vários seminários em que se debateu o problema, com a participação de profissionais tanto do setor público como do setor privado, incluindo técnicos estrangeiros, resultando desses debates uma proposta de reorganização oferecida à sociedade em seminário realizado em Brasília, DF, em novembro de 1995. Tivemos oportunidade de participar desses trabalhos, formulando sugestão para anteprojeto de lei com base nos estudos de direito comparado que vínhamos realizando.

Paralelamente a esse estudo, que contemplava ampla reorganização do setor imobiliário, o Deputado José Chaves apresentou, com

base em anteprojeto que elaboramos a partir de esta Monografia, bem como dos nossos estudos sobre as garantias fiduciárias, o Projeto de Lei nº 1.665, de 1996, dispendo sobre a alienação fiduciária de bens imóveis. Estando em curso esse Projeto, o Poder Executivo veio a adotar, em 1997, parte das sugestões apresentadas no Seminário supramencionado e encaminhou ao Congresso Nacional Projeto de Lei, dispendo sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e sobre a alienação fiduciária de bens imóveis, que recebeu o nº 3242/97. O mesmo Deputado José Chaves veio a ser encarregado da relatoria desse Projeto do Poder Executivo, tendo apresentado substitutivo cuja redação foi integralmente aprovada na Câmara e no Senado Federal, convertendo-se na Lei nº 9.514, sancionada em 20 de novembro de 1997.

Na elaboração do substitutivo, o Relator acolheu sugestões de várias entidades representativas dos segmentos interessados, valendo mencionar as contribuições do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil — IRIB, da Câmara Brasileira da Indústria da Construção Civil — CBIC e do Sindicato das Empresas de Construção, Compra e Venda de Imóveis — SECOVI.

### IV

Fundamentalmente, a Lei nº 9.514, de 1997, no que tange à estrutura do novo sistema de financiamento, caracteriza-se pela redução da presença do Estado nos negócios privados, estabelecendo um sistema com estrutura extremamente simples, em que estão presentes tão-somente os instrumentos básicos para que os negócios se desenvolvam segundo as regras do livre mercado; a grande inovação é, efetivamente, a utilização da idéia da fidúcia como instrumento de garantia do mercado imobiliário e do mercado investidor.

Com efeito, a nova lei altera substancialmente o sistema de garantias reais imobiliárias do direito brasileiro, a ele acrescentando a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, a titularidade fiduciária sobre direitos creditórios oriundos da alienação de imóveis e o regime fiduciário para garantia de investidores no mercado secundário de créditos imobiliários e regulamentando com mais precisão a titularidade fiduciária.

Ao disciplinar essas novas garantias, a lei tem em vista a expansão do crédito imobiliário e, para tanto, delinea a estrutura de um *mercado secundário de créditos imobiliários*, destinado a constituir fonte de recursos para o setor imobiliário.

Nesse novo mercado, a fidúcia é o traço comum de todas as operações — serve como garantia na comercialização de imóveis, na qual o tomador de um empréstimo transfere ao prestador a propriedade fiduciária do imóvel, mediante contrato de *alienação fiduciária*; serve como garantia na produção de imóveis, hipótese em que o incorporador, dispondo de créditos decorrentes da comercialização de imóveis, transfere ao financiador, para garantia, a titularidade desses créditos, mediante contrato de *cessão fiduciária*; e, finalmente, serve para dar segurança ao mercado investidor, na medida em que permite que se constitua titularidade fiduciária sobre créditos vinculados a títulos securitizados, pela qual se forma um patrimônio autônomo, destinado à satisfação dos direitos creditórios dos investidores (*regime fiduciário de créditos "securitizados"*).

A partir desse instrumental básico, preconiza-se o efetivo funcionamento de um mercado de créditos lastreados em garantias imobiliárias, em que o título de crédito (Certificado de Recebíveis Imobiliários — CRI), criado pela Lei n.º 9.514/97, reúna, num só instrumento, a segurança da propriedade imobiliária e as condições de negociabilidade dos valores mobiliários, salientando-se, por sua extraordinária relevância, que o lastro de garantias que estará vinculando os CRIs há de ser a propriedade fiduciária, constituída pelo contrato de alienação fiduciária sobre bens imóveis, que a lei vem de regulamentar.

Quanto à propriedade fiduciária decorrente do contrato de alienação fiduciária, trata-se de garantia que poderá contribuir de maneira decisiva na implantação e no desenvolvimento do mercado de crédito imobiliário, pois, sabendo-se que para o bom funcionamento de qualquer mercado são essenciais tanto a estabilidade das fontes de captação de recursos como, também, a rapidez nos processos de recuperação de créditos (que alimentam aquele mercado de captação), a propriedade fiduciária é garantia que se reveste das condições necessárias para propiciar rápida recomposição de situações de mora e, consequentemente, manter a regularidade dos fluxos financeiros necessários para atender os compromissos com os investidores e a demanda por novos financiamentos.

Por fim, a cessão fiduciária de créditos oriundos da alienação de imóveis, criada pela Lei n.º 4.864 de 1965, e aperfeiçoadas pela Lei n.º 9.514/97, é mais um instrumento que também poderá ser útil na expansão do crédito no setor imobiliário.

Efetivamente, as figuras já regulamentadas no direito positivo brasileiro, com a ampliação e o aperfeiçoamento introduzidos pela nova lei, são instrumentos de extraordinária utilidade no funcionamento do mercado de capitais e no desenvolvimento dos negócios em geral. No entanto, num ou outro diploma legal, observam-se deficiências ou inexistências que, embora não impeçam a aplicação da norma, podem gerar controvérsias. É o caso, por exemplo, dos fundos de investimento em geral, cuja regulamentação, nos arts. 49 e 50 da Lei n.º 4.728, de 1965, se mostra insuficiente, pois não contém a completa conformação da titularidade fiduciária e a disciplina da constituição do patrimônio autônomo; já a lei que regula os fundos de investimento imobiliário contempla precisa delimitação da propriedade fiduciária e da constituição de patrimônio de afetação, dela se podendo extrair valiosos subsídios para o aprimoramento da lei dos fundos de investimento em geral.

Assim, a despeito da existência de disciplinamento esparsas de figuras de origem fiduciária, ocorre-nos que a atual legislação brasileira mereceria ampla e profunda revisão, de modo a serem articuladas de maneira harmoniosa as normas pertinentes, formando um todo coerente. Observe-se, a propósito, que certos conceitos, como os da propriedade fiduciária e o do patrimônio de afetação, mereceriam tratamento peculiar, aos quais demos especial atenção quando dos trabalhos de formulação da nova lei, valendo-nos, sobretudo, das lições extraídas da jurisprudência nacional e dos estudos de direito comparado, notadamente das recentes legislações argentina, chilena e colombiana. Nesse sentido, entendemos conveniente o aprofundamento dos estudos com vistas à formulação de uma lei que contemple as normas gerais sobre a fidúcia, a exemplo do conjunto sistemático de normas proposto no Anteprojeto do Código de Obrigações de 1965, sem prejuízo da existência de outras normas específicas, que as peculiaridades de certas situações venham a recomendar. Com isso, nosso direito positivo passaria a contar com instituto que, por sua extraordinária flexibilidade, possibilitaria o atendimento das mais variadas necessidades no campo das atividades sociais e econômicas.

Com a presente monografia alinhamos alguns elementos que, eventualmente, podem constituir subsídios para a formulação de uma lei de caráter geral; a monografia contempla estudo sobre as fontes da fidúcia, desde sua mais remota origem, no direito romano, passando

pelo penhor da propriedade do direito germânico, pelo *use* e pelo *trust* do direito anglo-saxão, o direito comparado, em que são destacadas as modernas legislações hispano-americanas sobre o fideicomisso, a construção doutrinária sobre a propriedade fiduciária e o patrimônio de afetação e as figuras de cunho fiduciário adotadas pelo direito positivo brasileiro. Trata-se, em suma, de um convite à reflexão sobre os fundamentos da fidúcia e do *trust* anglo-saxão e sobre as possibilidades de aproveitamento da idéia geral dessas figuras como resposta às necessidades da sociedade contemporânea.

Rio de Janeiro, 1988

## Capítulo I

# FONTES

1.1. — *Fidúcia* — *Conceito e caracterização geral*. 1.2. — *A fidúcia no direito romano*. 1.3. — *O penhor da propriedade no direito germânico*. 1.4. — *A fidúcia no direito inglês*. 1.4.1. — *O mortgáge no antigo direito inglês*. 1.4.2. — *O trust*. 1.4.2.1. — *Origem*. 1.4.2.2. — *Evolução histórica*. 1.4.2.3. — *Concepção moderna*. 1.4.2.4. — *Conclusão*. 1.4.2.5. — *Tentativas de adaptação do trust a sistemas de tradição romana*.

### 1.1. Fidúcia — Conceito e caracterização geral

A fidúcia encerra a idéia de uma convenção pela qual uma das partes, o *fiduciário*, recebendo da outra (*fiduciante*) a propriedade de um bem, assume a obrigação de dar-lhe determinada destinação e, em regra, de restituí-lo uma vez alcançado o objetivo enunciado na convenção. A fidúcia, como garantia, exerce função correspondente às garantias reais em geral, sendo, porém, dotada de mais eficácia, pois, enquanto nos contratos de garantia em geral (por exemplo, a hipoteca) o devedor grava um bem ou direito para garantia, mas o mantém em seu patrimônio, na fidúcia, diferentemente, o devedor transmite ao credor a propriedade ou titularidade do bem ou direito, que, então, permanecerá no patrimônio do credor como propriedade-fiduciária, até que seja satisfeito o crédito.

Essa atribuição da titularidade ao adquirente (fiduciário) é plena, mas o fiduciário assume a obrigação de dar determinada destinação ao bem ou direito que recebe. Assim, o negócio de natureza fiduciária é negócio bilateral composto por dois acordos que criam uma situação *sui generis*, pela qual uma parte (alienante-fiduciante) transmite a propriedade de certos bens à outra parte (adquirente-fiduciário), que,

embora passe a exercer os direitos de proprietário, *erga omnes*, assume, no campo obrigacional, nas suas relações com o fiduciante, o dever de dar aos bens adquiridos a destinação determinada pelo próprio fiduciante e com este acordada na forma do citado pacto adjecto.

## 1.2. A fidúcia no direito romano

A fidúcia tem origem mais remota no direito romano, com a concepção de venda fictícia, ou provisória: era a convenção pela qual uma das partes (o *fiduciário*), tendo recebido de outra (o *fiduciante*) a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-la uma vez alcançado determinado fim, estipulado em pacto adjecto (*pactum fiduciae*).

As fontes indicadoras dos textos sobre a fidúcia romana são precárias, até porque, como assinala Giuseppe Messina, os compiladores do Digesto apagaram os vestígios do instituto<sup>3</sup>. Por isso, as informações a respeito são encontradas, sobretudo, nas *Institutas*, de Gaio, nas *Sentenças*, de Paulo, assim como em algumas referências nas obras de Cícero.

Nas obras de Gaio pode-se encontrar uma definição clara da fidúcia, suas modalidades, os meios pelos quais pode ser constituída, suas finalidades, seus efeitos e as ações que a tutelam.

Gaio<sup>4</sup> define a fidúcia como uma *mancipatio* pactuada com a obrigação do adquirente de *remancipare*, indicando que a mesma se fazia pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*<sup>5</sup>.

É ainda Gaio quem registra a existência de duas espécies de fidúcia: a fidúcia *cum creditore* e a fidúcia *cum amico*<sup>6</sup>. A primeira —

*fiducia cum creditore* — tinha conteúdo assecuratório, destinando-se a garantir o credor; nessa modalidade, o devedor vendia o bem ao credor sob a condição de recuperá-lo se, dentro do prazo convencional, resgatasse a dívida. A segunda modalidade de fidúcia — *fiducia cum amico* — não tinha a finalidade de garantir um crédito, mas a de preservar certos bens de uma pessoa, que eventualmente pudessem estar ameaçados por alguma circunstância; nessa modalidade, o proprietário de determinado bem alienava-o com a condição de o adquirente lhe restituir quando cessassem as circunstâncias que tiverem justificado o receio do proprietário (fiduciante), como, por exemplo, o risco de perder o bem em razão de algum fato político, o risco de perecer na guerra, uma viagem etc.

Traço comum às duas modalidades de fidúcia era a efetiva transmissão da propriedade de determinado bem, com a ressalva de que essa transmissão era condicionada ao cumprimento de determinado fim, havendo, portanto, a obrigação do adquirente, ou fiduciário, de restituí-lo depois de cumprido o objetivo definido no contrato.

A fidúcia, assim configurada na obra de Gaio<sup>7</sup>, tinha aplicação no direito romano, quer para constituição de garantia em favor de um credor, mediante transmissão da propriedade de uma coisa, quer como instrumento para realização de depósito, mediante entrega de uma coisa a pessoa de confiança ou, ainda, como meio próprio de efetivar uma doação *mortis causa*.

A fidúcia compreendia um ato solene (*mancipatio* ou *in iure cessio*) e um *pactum conventum*<sup>8</sup>.

Tinha o fiduciário o direito de dispor da coisa e de legá-la *per vindicationem*, mas a ele se imputava a obrigação de restituí-la ao fiduciante quando satisfeita a dívida. Ostentando a posição de proprietário pleno, o fiduciário estava habilitado a vender a coisa, se o devedor não pagasse a dívida, e receber o preço sem concorrência com outros credores do fiduciante. Podia o devedor, não obstante, exigir o reembolso do valor que sobejasse o *quantum* da dívida. Releva notar que a responsabilidade do fiduciário estava sujeita apenas a uma ação pessoal, ficando o devedor-fiduciante, portanto, sujeito aos riscos de insolvência do fiduciário.

si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit”.

7 LIMA, Otto de Sousa. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: RT, 1962, pp. 28/30.

8 MESSINA, Giuseppe, ob. cit., p. 107.

3 MESSINA, Giuseppe. *Scritti Giuridici* — *Negozi Fiduciari*. Milão: Dott. A. Giuffrè, Editore 1948, p. 105 (“I compilatori dei digesti hanno adempiuto quasi alla perfezione al compito di fare ogni traccia dell’istituto, non più rispondente al diritto ultimo dell’impero.”)

4 *Comentarius Secundus*, § 59: “Adhuc etiam ex alis causis quisque rem alienam usucapit; nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.”

5 MESSINA, Giuseppe, ob. cit., p. 106.

6 *Comentarius Secundus*, § 60: “Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius nostrae rest apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio; si vero cum creditore”

Dada essa configuração, ressalta como elemento essencial do pacto fiduciário a presença da boa-fé, como destacado por René Jacquelin, ao definir a fidúcia como “uma convenção baseada na boa-fé, tendo como causa um ato solene translativo de um direito de propriedade ou de um direito de posse, e por objeto um outro ato jurídico inverso, tendente a anular os efeitos do primeiro.”<sup>9</sup>

É, assim, a fidúcia romana uma convenção que se agrega a um ato solene, um pacto adjeto a um contrato de transferência de propriedade, uma cláusula secreta, como referido por Ihering, ou uma contra-carta, segundo Geny, que adere à *mancipatio* ou à *in jure cessio* para se convencionar a restituição da coisa então transmitida.

Para melhor compreensão do mecanismo pelo qual se convencionava o *pactum fiduciae*, importa ter presente que os atos jurídicos nas sociedades primitivas se revestiam de estreiteza e solenidade, daí porquê um mesmo ato jurídico preenchia as mais diversas funções, ficando as partes circunscritas aos limites daqueles atos solenes, que eram insuficientes para a criação de novas modalidades de obrigações, e que, nesse contexto, “a fidúcia, mormente em seu início, teve como finalidade precípua completar o campo de aplicação desse direito, quebrando, mesmo, em parte, a sua solenidade. Exigia-se, para isso, apenas a boa-fé.”<sup>10</sup>

Giuseppe Messina, para quem a fidúcia romana é uma *mancipatio* com a obrigação do adquirente de *remancipare*, formula sua definição nos seguintes termos: “A fidúcia patrimonial deve ser chamada uma ‘*mancipatio sub fide remanc seu manumissionis*’ — ou, considerada genericamente, é o negócio jurídico complexo pelo qual, aquele que se torna proprietário de uma coisa ou titular de um direito se obriga a restituí-los, deles privando-se em determinadas circunstâncias.”<sup>11</sup>

Na definição de Otto de Sousa Lima, a fidúcia “é uma convenção, pela qual aquele que recebeu uma coisa ou um direito, pela *mancipatio* ou pela *in jure cessio*, se obriga à restituição, quando satisfeito o fim ou preenchida a destinação.”<sup>12</sup>

Em síntese, na definição de José Carlos Moreira Alves, é a fidúcia “o contrato pelo qual alguém (o fiduciário) recebe de outrem (o fiduciante) a propriedade de uma coisa infungível, mediante a *mancipatio*

ou a *in jure cessio*, obrigando-se, de acordo com o estabelecido num *pactum* oposto ao ato de entrega, a restituí-la ao fiduciante, ou a dar-lhe determinada destinação. Trata-se de contrato real, bilateral, im-perfeito, de boa-fé.”<sup>13</sup>

A fidúcia, assim, tem como requisitos a entrega da coisa ao fiduciário e o acordo de vontade pelo qual o fiduciário se obriga a restituí-la ou dar-lhe determinada destinação; esse acordo de vontades, o *pactum fiduciae*, só tinha eficácia obrigacional, daí porque a retomada da propriedade pelo fiduciante, uma vez cumprida a finalidade do pacto, era feita mediante uma nova transferência do domínio sobre a coisa, então feita pelo fiduciário ao fiduciante.

Registra José Carlos Moreira Alves<sup>14</sup> que o fiduciante tinha que confiar apenas na *fides* do fiduciário, pois não dispunha de ação para compeli-lo a restituir a coisa ou a dar-lhe a destinação pactuada, e que, a despeito de ser controvertida a matéria, parece que foi o pretor, no direito clássico, quem sancionou esse pacto e que, posteriormente, nos fins da República, surgem duas ações, a saber,

a) *actio fiduciae directa*, facultada ao fiduciante na hipótese de o fiduciário deixar de restituir a coisa ou de lhe dar a destinação conven-cionada, e

b) *actio fiduciae contraria*, facultada ao fiduciário na hipótese de o fiduciante deixar de cumprir as obrigações que eventualmente te-nha contraído<sup>15</sup>.

O instituto da fidúcia teve grande aplicação na era clássica, mas, como observa Carlo Longo, mesmo admitindo-se que tenha continua-do a ser usada no período pós-clássico, a verdade é que com o desaparecimento dos dois modos formais de transferência da propriedade, a *mancipatio* e a *in jure cessio*, a fidúcia caiu em desuso, não aparecendo nas Compilações de Justiniano<sup>16</sup>.

13 ALVES, José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Foren-se, 1995, v. III, p. 143.

14 ob. cit., p. 143.

15 No *Commentarius Quartus*, Gaius trata das ações “*superest ut de acionibus loqua-mus*” e, dentre as ações de boa-fé indica as de compra e venda, locação, gestão de negócios, mandato, depósito, fidúcia, de sociedade, tutela e referentes ao patrimônio da mulher casada: “*Sunt aut bonae fidei judiciae haec: ex empto venditio, locato, conducto, negotiorum, gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxo-riae*”.

16 LONGO, Carlo, *apud* LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 87 (“*L'indice più signifi-cativo di tale decadenza si há nel fatto che la legislazione imperiale postclassica si desinteressa completamente del regolamento dell'istituto.*”)

9 JACQUELIN, René, *De la fiducie, apud* LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 40.

10 LIMA, Otto de Sousa, referindo-se a René Jacquelin, ob. cit., p. 41.

11 Ob. cit., p. 107.

12 Ob. cit., p. 44.

### 1.3. O penhor da propriedade do direito germânico

O direito germânico também conheceu a fidúcia, que, muito embora tenha tido origem no direito romano, deste diferia quanto à natureza e aos limites do poder jurídico do fiduciário sobre a coisa objeto da fidúcia.

Giuseppe Messina registra a recepção do direito romano pelos povos germânicos, em cujo direito aparecem, ao lado de institutos genuinamente germânicos, outros em que se denota uma clara influência do direito romano.

Quanto à fidúcia, observa aquele autor que, não obstante os traços que a distinguem do direito romano, o instituto do direito germânico tem a mesma função econômica do pacto fiduciário romano<sup>17</sup>, acrescentando que, no direito germânico, é no penhor da propriedade que se encontram os traços característicos da transmissão fiduciária. Por esse mecanismo, o devedor transferia ao credor a propriedade da coisa, mas com ele celebrava um pacto adjeto que tornava condicional aquela transmissão. A venda pela forma habitual denominada *carta venditionis* era vinculada a um pacto de restituição da coisa, firmado por um outro documento denominado *contracarta*.

Na estrutura do direito germânico, no que interessa às considerações sobre a evolução da fidúcia e dos institutos afins, sobreleva a figura de intermediários denominados *manusfidelis* e *salmann*.

O *manusfidelis* era pessoa de confiança a quem competia, em cumprimento a atribuições a ele conferidas, transmitir bens a um beneficiário ou praticar atos de liberalidade visando a doações *pro anima*.

O *salmann* era um intermediário através do qual se fazia a transmissão de um bem do proprietário para o adquirente/beneficiário. Anota Messina que, no antigo direito medieval germânico, o *salmann* recebia seus poderes do alienante, obrigando-se, de forma solene, a transmitir os bens ao terceiro destinatário, enquanto no novo direito medieval germânico o *salmann* passara a ser fiduciário do adquirente, e não do alienante, de modo que os poderes por ele recebidos não o eram para transmitir o bem ao destinatário, mas para adquirir o bem para este, ou com este intervindo para reforçar o direito do adquirente. O *salmann* recebia efetivamente a propriedade e passava a exercer

sobre ela um direito real enquanto não transmitisse a propriedade ao destinatário determinado, sendo certo que esse direito real era limitado pelo fim que determinava a intervenção do *salmann*. Desse modo, o disponente e seus herdeiros tinham o direito de retomar a coisa do poder de terceiros, em caso de infidelidade do *salmann*, dispondo de um direito real de reversão<sup>18</sup>.

Com efeito, na fidúcia romana, o fiduciário recebia um ilimitado poder jurídico sobre a coisa, sendo certo que, se dispusesse da coisa arbitrariamente, sem observância do *pactum fiduciae*, não se dava ao fiduciante senão o direito de haver a reparação das perdas e danos. Já no direito germânico o poder jurídico do fiduciário é limitado pelo caráter resolutório da propriedade que recebe, que tem eficácia *erga omnes*, de modo que eventual alienação arbitrária, por parte do fiduciário, era considerada ineficaz, daí porque o fiduciante retomava a propriedade da coisa por efeito da condição resolutiva.

Assim, a fidúcia tinha, no direito germânico, configuração distinta do instituto romano, muito embora ambos tivessem como traço característico a transmissão da propriedade da coisa. Entretanto, segundo Martin Wolf<sup>19</sup>, “enquanto no sistema romano a alienação era incondicional, só existindo uma obrigação pessoal de restituição sujeita à extinção da dívida, já em direito germânico a coisa era transmitida sob condição resolutiva de pagamento da dívida; assim, pois, cumprida a condição, a propriedade voltava ao alienante, assegurada por efeito da condição resolutiva.”<sup>20</sup>

### 1.4. A fidúcia no direito inglês

#### 1.4.1. O *mortgage* no antigo direito inglês

O antigo direito inglês contemplava a figura do *mortgage*, que consistia na transmissão da propriedade com escopo de garantia.

Anota Otto de Sousa Lima que vários escritores viram semelhança, identidade de estrutura, de caracteres e de finalidade entre o *mort-*

18 MESSINA, Giuseppe, ob. cit., pp. 154/156.

19 Apud BUZOID, Alfredo, *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 401, p. 9.

20 MESSINA, Giuseppe, ob. cit., p. 159, observa: “In ogni modo anche con questi dati il rapporto fiduciario germanico esaminato si distingue bene da quello romano per la limitazione, che affettano il diritto reale del salmanno in qualunque caso e com efficacia reale.”



gage e a *fiducia cum creditore*, muito embora ambos os institutos tivessem tido desenvolvimento autônomo e estivessem distanciados no tempo e no espaço<sup>21</sup>. Giuseppe Messina observa que o *mortgage* lembra, muito de perto, a fidúcia pignoratícia, mas ressalva que o fato de, no *mortgage*, o direito imobiliário (*estate*) ser atribuído ao credor, sob condição resolutiva, afasta esse instituto da noção romana de fidúcia<sup>22</sup>.

Importa notar que essa resolubilidade não estava na concepção original do *mortgage*, pela qual, efetivamente, a propriedade passava ao fiduciário (*feoffee*) plena e ilimitadamente, de modo que, tanto pelo *jus civile*, como pela *common law*, o fiduciário adquiria a qualidade de titular do domínio pleno sobre a coisa.

A este propósito, é digno de nota o registro feito por Otto de Sousa Lima quanto ao processo de evolução pelo qual passou o instituto do *mortgage* clássico, evidenciando alguns aspectos da estrutura peculiar do Direito anglo-saxão: "Mas, ultrapassada esta primeira fase, passou o Chanceler, como representante do Rei e como *fountain of justice*, a intervir na relação negocial, expedindo um *writ*, contendo uma *vocatio in ius* para que o fiduciário comparecesse perante ele. Comparecendo o réu e reconhecida como fundada, não *in ius* ou *at law*, mas *in equity*, isto é, segundo os dados imperativos da consciência, a pretensão do autor, impunha o Chanceler a ele um determinado modo de comportamento ou de praticar determinado ato, sob pena de prisão. Intervinha, assim, a *equity* para modificar uma situação definitiva decorrente da *common law*, e isto porque, sob o ponto de vista da *equity*, seria iníquo que o *mortgagor*, por não ter cumprido a prestação no dia fixado no ato constitutivo, perdesse irremediavelmente a *res*, cujo valor era consideravelmente maior do que o montante do débito."<sup>23</sup>

É nesse contexto que se constrói a *equity of redemption*, pela qual a Corte confere ao devedor, mesmo depois de vencido o prazo do contrato, o direito de obter a restituição da coisa dentro de um prazo razoável, desde que pague a dívida, mais os juros e uma reparação pela mora.

De outra parte, assiste ao credor o direito de propor que a Corte imponha ao devedor a obrigação de exercitar a *equity of redemption* dentro do prazo, sob pena de perder definitivamente a propriedade.

21 Ob. cit., p. 100.

22 Ob. cit., p. 166.

23 Ob. cit., p. 104.

Para evitar esse processo, as partes passaram a incluir, no *mortgage*, uma cláusula autorizando o credor a vender o bem em caso de falta de pagamento.<sup>24</sup>

É, assim, como decorrência desse processo evolutivo, que se distanciam os conceitos do *mortgage* e da *fiducia cum creditore*, apesar de ambos, na fase genética, terem tido estruturas exatamente iguais, pois se tratava de negócios jurídicos que, de fato, tinham como antecedente lógico um vínculo obrigacional entre fiduciante e fiduciário, no qual o fiduciante tinha a qualidade de devedor da prestação e o fiduciário a de credor, sendo essa a obrigação que se tratava de garantir.<sup>25</sup>

Assim, apesar da identidade estrutural entre os dois institutos, pois ambos — o *mortgage* e a *fiducia cum creditore* — tinham como base um contrato real (transferência de propriedade de uma coisa do fiduciante ao fiduciário), ao qual estava vinculado um contrato obrigacional (obrigação do fiduciário de restituir a coisa, uma vez cumprida a prestação do fiduciante), a condição resolutiva presente no antigo direito inglês dava ao *mortgage* uma característica peculiar que, embora pudesse aproximá-lo do penhor de propriedade do direito germânico, o distanciava da *fiducia cum creditore*, pois, efetivamente, no *mortgage* o direito do fiduciário era destinado a resolver-se automaticamente, se e quando o fiduciante pagasse a dívida no prazo contratado.<sup>26</sup>

#### 1.4.2. O trust

##### 1.4.2.1. Origem

A partir da Idade Média, passa a configurar-se na Inglaterra o instituto do *trust*, que tem como antecedente histórico o *use*. Os *uses*, observa Giuseppe Messina, passaram a ser chamados *trusts* com o passar do tempo, e, ainda hoje, estes são, em substância, os antigos *uses*, que se definem como uma relação jurídica pela qual uma pessoa (*feoffee to use*)

24 Ob. cit., p. 169.

25 FRANCESCHELLI, Remo, *La Garanzia Reale*, p. 517, apud LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 100.

26 MESSINA, Giuseppe, ob. cit., p. 168: "Tutto ciò conduce a ritenere che il *classical mortgage* fosse sì un *pegno commissorio* e in particolare un'alienazione condizionata *risolutivamente*, ma non un *rapporto sul tipo della fiducia romana*".

era investida, segundo a *common law*, de poder jurídico cujo exercício deveria beneficiar economicamente outra pessoa (*cestui que use*). Assim, continua Messina, se, por exemplo, se quisesse atribuir o gozo de um fundo a A, seria possível alcançar-se esse resultado mediante um ato de *feoffment* que investisse B do direito legal de propriedade sobre tal fundo, mas para uso, isto é, para benefício de A.<sup>27</sup>

Com efeito, configura-se o *trust* pela entrega de certos bens a uma pessoa, para que deles faça uso conforme determinado encargo que lhe tenha sido cometido, repousando esse conceito na confiança depositada naquele que recebe os bens.

Aquele que entrega os bens e, por consequência, institui o *trust*, é denominado *settlor* (instituidor); o *settlor* transmite, efetivamente, a propriedade sobre os bens; aquele que recebe os bens, e assume a obrigação de administrá-los, denomina-se *trustee* (aquele em quem se confia); aquele em favor de quem o *trust* é instituído denomina-se *cestui que trust* (aquele que confia).

*Trust* significa *confiança*, mas esta não emana da lei ou do direito, senão da probidade e da consciência do *trustee* — assim, a restituição do bem, ou sua entrega ao *cestui que trust*, implicava apenas um dever de consciência do *trustee*.

Arminjon, Nolde & Wolf<sup>28</sup> observam: “o que distinguia o direito inglês dos direitos germânicos era que legalmente, *in law*, o *feoffee to use* inglês exercia o direito de propriedade sem restrições e que o beneficiário não tinha nenhum direito real ou pessoal contra aquele em quem pôs confiança. Foi após o início do século XV que os celeres intervieram, constringendo o *feoffee*, em nome da moral e da equidade, a cumprir os encargos que lhe foram impostos.”

#### 1.4.2.2. Evolução histórica

O *trust* tem origem na prática da *equity*, e não na *common law*,

27 Ob. cit., p. 179: “L'usage era una relazione giuridica per cui un soggetto (*feoffee to use*) era rivestito secondo il *common law* di una persona (*cestui que use*). Posto, ad es., che si volesse attribuire il godimento di un fondo ad A, si poteva raggiungere questo risultato mediante un atto di *feoffment* che investisse B del diritto legale di proprietà del fondo, ma to use, cioè a beneficio di A. La livery of seisin era fatta a B, che si considerava vestito della legal estate; A aveva il godimento effettivo del fondo senz'obbligo alcuno di adempiere gli obblighi gravanti sulla tenuta.”

28 Apud BUZOID, Alfredo, ob. cit.

pois, como já visto, na concepção desta, a entrega dos bens para administração não gerava a obrigação de restituição.

É a partir da Idade Média que a Corte de Chancelaria passa a acolher, na prática da *equity*, os recursos do fiduciante contra o fiduciário, para compelir este a restituir os bens, revestindo-se essas decisões de força coercitiva — aqueles que negligenciassem o dever de consciência de restituir os bens poderiam ser compelidos a comparecer perante a Corte, por *laesio fidei*, sendo aprisionados e mantidos na prisão até que reconhecessem a obrigação e cumprissem o dever de consciência de restituir o bem.

O *trustee* (aquele que recebia os bens mediante *trust*), que na *common law* era tido como único e verdadeiro proprietário, na Corte de Chancelaria não passava de um proprietário provisório, um intermediário; o *trustee* tinha um direito legal (*legal right*) e o beneficiário um direito substancial de fruição (*equitable right*), sendo certo que, no conflito com a lei, prevalecia a equidade, podendo o beneficiário, portanto, assegurar seu direito mediante recurso à Corte.

No processo de formação do instituto, são dignos de nota o *Estatuto de Usos*, aprovado pelo Parlamento em 1535, no reinado de Henrique VIII, e a condensação da jurisprudência da Corte, no *Trustee Act*, de 1893, quando o instituto se consolidou com a configuração atual, pela qual se conceitua o *trust* como o negócio em que uma pessoa (fiduciante) transfere seus direitos a outra (fiduciário) para que esta o administre segundo condições definidas no contrato, em proveito do próprio fiduciante ou de um terceiro beneficiário, obrigando-se a restituí-los ao fiduciante, ou ao beneficiário, uma vez implementada a condição convencional.

#### 1.4.2.3. Concepção moderna

Na concepção anglo-americana, o *trust* é assim definido por Mailland: “Quando uma pessoa cede seus direitos: (a) a uma outra pessoa ou (b) para realização de qualquer fim particular, diz-se que ela possui seus direitos sob a forma de *trust* (em confiança ou consignação), em relação a essa outra pessoa ou para esse fim: e nós a chamamos *trustee*.”

O grande segredo do *trust* repousa aqui não mais sobre a propriedade, mas sobre os modelos de confiança e de consciência impostos pela Corte. A solução que dá a Corte aos beneficiários de um *trust*, seja ele expresso ou não, é não estar de acordo com eles em virtude de uma espécie de direito de propriedade que lhes cabe, mas somente

porque esse direito é contrário à consciência do *trustee* de faltar à sua função ou de abusar dela.

É, pois, para conduzir o *trustee* que há controle; é para purificar sua consciência que a Corte o restringirá, mantendo-o nos limites do *trust* que a ele foi confiado por outrem ou, no caso em que o próprio *trustee* tenha criado o *trust*, seguindo a vontade que ele formalmente manifestou. A idéia de consciência marca também os limites de proteção ao beneficiário. Significa dizer que, quando o *trustee*, proprietário legal do objeto do *trust*, vende-o a comprador de boa-fé, que paga o preço estabelecido e que não conhece nem deve conhecer nada do *trust*, este comprador adquire o bem sem que sua consciência seja afetada pelo *trust*, e que ele será proprietário legal sem ter que se ocupar deste último; ele não será em nenhum sentido um *trustee* instituído pela Corte. O momento crítico é o da aquisição da propriedade legal, a revelação posterior do *trust* não poderá afetar sua consciência, pois ele, de boa-fé, pagou o preço e adquiriu a propriedade.

Os beneficiários perderão, pois, todo o direito sobre o bem e não terão senão o direito de serem reembolsados, se possível, por seu *trustee* faltoso.

A Corte é, assim, em primeiro lugar, um instrumento para disciplinar os *trustees* e ela não é senão, em segundo lugar, e indiretamente, o meio de proteger os beneficiários.

O *trustee* não pode ser liberado de suas obrigações, transferindo a propriedade a outrem por meio de doação. Nesse caso, aquele que recebe a doação será considerado *implied trustee*, e não poderá receber a assistência da Corte para fugir às demandas dos beneficiários — *qui prior est in tempore, portior est in jure* —: os interesses equitativos dos beneficiários do *trust* serão, então, protegidos, mas o comprador não se encontrará suficientemente liberado: *equity do not assist a volunteer*. A *equity* não irá de encontro ao comprador de boa-fé que adquiriu o título legal: *equity follows the law*, mas aquele que não é um comprador a título gratuito não se encontra na mesma situação: ele deverá tomar a propriedade com seus encargos equitativos e os *trusts*.

2ª) O beneficiário e o *trustee* não se distinguem, sempre, pelo fato de um ser proprietário e o outro não.

a) Efetivamente, o beneficiário pode ser ele mesmo um *trustee* e, então, conjuntamente, um dos proprietários da indivisão.

b) Pode ser ainda que o objeto do *trust* seja formado por uma parte indivisa de um fundo (*trust fund*). Aquele que se beneficia de uma parte, mesmo indivisa, pode cedê-la, hipotecá-la ou vendê-la, ou

pode ele mesmo fazer um outro *trust* de seu interesse, não o movimentando mais para o *legal tittle* dos fundos.

O *trust* é, pois, sobretudo, um instrumento em que o essencial é o respeito e a confiança pelo titular e seus sucessores. As duas fontes dessa idéia de respeito e confiança são a Ética a Nicômaco, de Aristóteles, freqüentemente citada nas Cortes de equidade nos tempos da Rainha Elizabeth I, e a moral cristã interpretada pelos Chanceleres que, até o primeiro leigo, Thomas More, foram os eclesiásticos.<sup>29</sup>

Ressalta, assim, a *confiança* como um dos elementos essenciais do *trust*: aquele que tem o *legal tittle* sobre um bem não o possui senão para fins específicos e limitados, que tiverem sido estabelecidos pelo *settlor* ou pela Corte.

Aqui se mostra claro o desdobramento da propriedade sobre a coisa dada em *trust*.

Como se sabe, o direito anglo-saxão contempla a existência de mais de um direito de propriedade sobre uma só coisa, cada uma dessas propriedades com qualificação peculiar, delimitada, estabelecendo-se para tanto um regime de gradação. A propriedade da coisa objeto de um *trust*, assim, estará atribuída a mais de um titular, tendo o *trustee* o *legal title*, que se poderia entender como *propriedade formal*, e o *cestui que trust* (beneficiário) o *equitable* ou *beneficial title*, significando *propriedade econômica* ou *de fruição*.<sup>30</sup>

Não obstante esse traço marcante do instituto, assinala B. A. Wortley<sup>31</sup> que tal desdobramento da propriedade é útil, mas a pedra de toque do *trust* é o sistema processual, do qual decorre um padrão de confiança e de consciência impostos pelo judiciário. Destaca aquele autor que, mais do que o interesse sobre o direito de propriedade, tem o beneficiário interesse que, em certas circunstâncias, as Cortes o protegerão, pelo controle do processo, “como em Roma o pretor protegia o interesse do *filius familias* no *peculium castrense* ou *quasi castrense*, e como os comentadores medievais reconheceram, por sua vez, o *dominium directum* e o *dominium utile*.”

29 Apud WORTLEY, B.A., *Le trust et ses applications modernes en droit anglais*, Revue Internationale de Droit Comparé, p. 699, 1962.

30 Hanbury, Harold Greville e Maudsley, Ronald Harling, *Modern Equity*, Stevens & Sons, Londres, 1985, 12ª ed., p. 113: *We have seen that the interest of the beneficiary under a trust is a proprietary interest. The legal title is in the trustee; the equitable and beneficial title is in the beneficiary.*

31 *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1962, p. 699.

Assim, por esse negócio, o *trustee* torna-se proprietário do bem objetivado, podendo praticar todos os atos inerentes ao direito de propriedade, com a ressalva de que a prática desses atos há de ser implementada somente em favor do beneficiário (*cestui que trust*), ou de terceiro indicado como beneficiário, podendo-se dizer, portanto, que os bens objeto do *trust* são afetados à finalidade definida no instrumento de sua constituição.

A existência de dupla propriedade sobre o mesmo bem, como característica do *trust*, é uma noção incompatível com os sistemas de filiação romana.

De fato, não se trata da propriedade condicional ou da enfiteuse, que conhecemos, mas de propriedade destacada, própria e exclusiva de cada qual sobre o mesmo bem, ou seja, uma propriedade formal e uma propriedade de fruição, aquela uma propriedade relativa, pois está limitada ao fim para o qual foi constituída no ato de instituição do *trust*.

Mas, além da dicotomia da propriedade, que confere direito real ao beneficiário e lhe assegura a fruição da coisa, ressalta como elemento viabilizador do *trust*, com vistas à segurança da relação jurídica, o sistema de proteção do poder judicante, do qual emanam modelos de consciência e fidelidade que o *trustee* é obrigado a observar em sua relação com a coisa dada em *trust*, modelos esses que a ele são impostos pela Corte, vale dizer: a par do direito real que prende a coisa ao beneficiário, e acima desse direito, a Corte conduz e controla a atuação do *trustee* na implementação do *trust*, mantendo-o nos limites do *trust* que a ele foi confiado.

Esse mecanismo de proteção judicial indica, também, que no processo de desenvolvimento histórico do *trust*, apesar de a jurisprudência ter construído um rígido sistema de controle que protege os interesses do beneficiário, o instituto continua a ter como traço marcante a confiança, com a peculiaridade de que o judiciário tem o poder de fixar os padrões de fidelidade e consciência a serem observados pelo *trustee*.

É na linha desses fundamentos que se insere o conceito emitido por Walter G. Hart:<sup>32</sup> "O *trust* é uma obrigação imposta seja por convenção ou por decorrência de lei, em virtude da qual o obrigado

deve gerir bens sobre os quais tem controle para benefício de certas pessoas, que podem exigir o implemento da obrigação."

Arrola esse autor os seguintes aspectos fundamentais do *trust*: 1) a existência de uma obrigação que pode ter sido convencionalmente expressamente ou que pode decorrer da lei; 2) a restrição do poder jurídico que o *trustee* tem sobre os bens objeto do *trust*; 3) a separação entre o controle dos bens e a integridade do direito do beneficiário sobre os mesmos, na medida em que o obrigado (*trustee*) pode ser uma das pessoas que gozem do direito de beneficiário; 4) a legitimação de qualquer dos beneficiários para exigir o cumprimento da obrigação.

Digna de nota também é a definição de Pierre Lepaulle, baseada na concepção de patrimônio de afetação, para quem o *trust* é uma afetação de bens, garantida pela intervenção de uma pessoa a quem é cometida a obrigação de implementar todos os atos necessários à realização da aludida afetação<sup>33</sup>.

Ao discorrer sobre a conceituação do *trust*, Philip H. Pettit, na clássica obra *Equity and the law of trust*, observa que a percepção da idéia geral do *trust* é relativamente fácil, mas a doutrina encontra dificuldades para formular uma definição completamente satisfatória. Observa aquele autor que um *trustee* é o proprietário nominal da coisa objeto do *trust*, mas o proprietário real ou beneficiário é o *cestui que trust*, ou, alternativamente, o *trustee* é o proprietário legal. Diz aquele autor: "Um *trust* é um negócio jurídico pelo qual compromete-se uma pessoa (que é chamada *trustee*) a administrar bens sobre os quais tem controle (que são chamados bens dados em *trust*), seja em benefício de pessoas (que são chamadas beneficiárias ou *cestuis que trust*), entre as quais ela mesma, o *trustee*, pode figurar, estando qualquer delas investida de legitimidade para exigir o implemento da obrigação, ou para uma finalidade caritativa, que pode ser exigida perante o Ministério Público, ou para algumas outras finalidades permitidas por lei, embora não exequíveis."<sup>34</sup>

33 LEPAULLE, Pierre, "La naturaleza del trust", In: *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México, 1932, t. III, p. 115: "El trust es una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos, que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación, y que es titular de todos los derechos que sean útiles para cumplir dicha obligación."

34 PETTIT, Phillip H., *Equity and the law of trusts*, 7. ed. Londres: Butterworths, 1993, p. 23: "A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust

32 "What is a trust?", in "The Law Quarterly Review", vol. 15, n. LIX, julho de 1899, apud BATIZA, Rodolfo, ob. cit., p. 48.

Fixados esses traços fundamentais, importa observar que, com a constituição do *trust*, desaparece da relação o *settlor* (fiduciante), isto é, aquele que institui o *trust*, permanecendo somente sua vontade, manifestada no ato de constituição do *trust*. Todos os direitos, ações e interesses que tinha o *settlor* sobre a coisa são transferidos e divididos entre o *trustee* e o *cestui que trust*, daí porque os frutos da coisa devem ser entregues a este último, a quem também devem ser prestadas contas, e não ao *settlor*.

Atualmente, a configuração do *trust* encontra-se consolidada no contexto da jurisprudência como negócio pelo qual uma pessoa destaca de seu patrimônio certos bens e transmite a outra pessoa sua propriedade formal (*legal title*), obrigando-se esta última (*trustee*) a administrá-la em favor de uma terceira pessoa (*cestui que trust* ou beneficiário), que terá a propriedade de fruição, ou econômica, sobre o bem objeto do *trust*.

A fórmula é engenhosa e permite a consecução dos mais variados negócios, mediante uma dinâmica que contempla uma transmissão triangular, em que o *settlor* destaca um bem de seu patrimônio e o transmite ao *trustee*, que, recebendo-o, não pode desfrutar das utilidades econômicas desse bem, mas se obriga a transmiti-lo, e efetivamente o transmitirá, ao *cestui que trust* ou beneficiário, este, sim, o titular dos frutos dos bens objeto do *trust*.

O *trust* implica a segregação de um patrimônio, e a consequente criação de um patrimônio de afetação, que não se confunde com o patrimônio do instituidor (*settlor*), permanecendo incommunicável no patrimônio do *trustee*. Dada essa estruturação, o *trust* assegura aos beneficiários uma especial proteção no gozo dos seus direitos, na medida em que esses são colocados fora do alcance dos credores do *trustee*. Na hipótese de insolvência do *trustee*, os bens objeto do *trust* não integrarão a massa concursal, por estarem submetidos a uma afetação que os vincula à finalidade definida no contrato.

O campo de aplicação do *trust* é de tal maneira vasto, e variadíssimo, mas as hipóteses que comportam sua utilização, que praticamente não há regras que dificultem ou restrinjam a constituição de um *trust*, que pode ser utilizado para uma variedade ilimitada de objetivos.<sup>35</sup>

*property*) either for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation, or for a charitable purpose, which may be enforced at the instance of the Attorney General, or for some other purpose permitted by law though unenforceable."

35 SCOTT, Austin Wakeman, apud Rodolfo Batiza, *El Fideicomiso, Teoría y Práctica*. México: Porrúa, 3. ed., 1976, p. 29.

Assim, o *settlor* transmite a propriedade de certos bens ao *trustee*, a este incumbindo administrá-los em benefício das pessoas expressamente identificadas no ato de instituição do *trust*, sendo certo que, na falta de um instrumento específico, serão beneficiárias as pessoas indicadas em decorrência de lei ou da jurisprudência.

Os direitos a serem auferidos pelos beneficiários no *trust* devem ser explicitamente definidos no ato de sua constituição, podendo ser representados pelo pagamento de uma renda periódica, para fins determinados ou não, pela entrega do bem dado em *trust* ao beneficiário, ao final de certo evento ou de certo tempo, pela realização de determinado propósito, como, por exemplo, a manutenção de uma instituição etc.

Importa, obviamente, que o objeto do *trust* seja definido com precisão.

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 pode obter a consecução 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.

No direito anglo-saxão, classificam-se os *trusts* em *express trusts* (*trusts* expressos), que se constituem mediante expressa manifestação de vontade, seja por ato entre vivos, seja por testamento, ou *implied trusts* (*trusts* implícitos), que são constituídos por força de decisões dos tribunais, com fundamento em uma vontade presumida do *settlor*, ou, mesmo, como resultado de uma interpretação de equidade, não necessariamente fundada em presumida vontade das partes.

Os *express trusts* subdividem-se em *executed trusts* (*trusts* executados), quando o ato inicial do *settlor* implica a transmissão da propriedade, ou *executory trusts* (*trusts* a executar), quando o que se contrata é uma transmissão futura da propriedade. De outra parte, segundo a extensão dos poderes outorgados ao *trustee*, o *trust* expresso pode ser *instrumental* ou *discretionary*, aquele prevendo que o *trustee* deve obedecer rigorosamente ao mandato do instituidor e este admitindo que o *trustee* use poderes discricionários na gestão do negócio, valendo-se de seus próprios critérios de avaliação.

Desdobram-se, ainda, os *trusts* expressos em *private trusts* (*trusts* privados), que têm como objeto interesses privados, e *public* ou *charitable trusts* (*trusts* públicos), em que o objeto do *trust* são interesses públicos, que têm utilidade para a sociedade em geral.

Quanto aos implícitos, os *trusts* se subdividem em *constructive trusts* ou *resulting trusts*, os primeiros constituídos por um tribunal para evitar que um indivíduo se aproprie de determinados bens em prejuízo de terceiros<sup>36</sup>, enquanto os segundos são criados por tribunais quando há motivos para se presumir que uma pessoa tenha pretendido constituir um *trust* expresso mas que, por circunstâncias alheias à sua vontade, não chegou a formalizar o pacto.

#### 1.4.2.4. Conclusão

De tudo o que precede, pode-se concluir que o *trust*, preenchen-do, embora, algumas das funções da fidejussão romana e do penhor da propriedade germânico, distingue-se desses dois institutos, notadamente em razão da dicotomia da propriedade, noção peculiar do direito inglês, e em função do sistema processual de proteção do beneficiário, mediante atuação do Judiciário no controle e fiscalização da atividade do *trustee*, sistema esse que proporciona o mais alto grau de eficácia na implementação dos *trusts* e na defesa dos interesses do beneficiário.

O dinamismo e a extrema flexibilidade do *trust* possibilitam sua utilidade quase infinita no que se pode chamar de *direito dos negócios*, assemelhando-se a “um molde, uma colcha hospitaleira para inúmeras situações”<sup>37</sup>, circunstância que recomenda a identificação de suas características fundamentais e a tentativa de sua assimilação pelos países de tradição legislativa romana.

A par da utilidade do *trust* como mecanismo para administração, garantia ou investimento, sua aplicação se mostra ainda mais útil nas relações internacionais. De fato, o processo de harmonização legislativa, no campo do direito comparado, decorrente do estreitamento das relações internacionais, é reclamado cada vez mais intensamente para atender as necessidades decorrentes da internacionalização das relações negociais. É nesse campo que o *trust* aparece com mais frequência, sobretudo na medida em que se intensifica o fluxo de capitais no plano internacional, não só em razão da atuação de companhias de

administração de investimentos, como, também, pela necessidade de instrumentos e mecanismos jurídico-financeiros que permitam a regularidade da circulação de capitais no plano internacional.

Exemplos desta última hipótese são as adaptações das legislações de Luxemburgo, Dubai, da França (que em 2007 introduziu no seu Código Civil a regulamentação da operação de fidejussão, uma espécie de versão civilista do *trust*), da Venezuela, do Chile e da Argentina, estas últimas que reformularam sua legislação sobre fidejussão na linha do conceito do patrimônio de afetação, exatamente com o propósito de criar condições para o ingresso de capitais estrangeiros.

Entretanto, há que se ressaltar, mais uma vez, que o *trust* contempla, necessariamente, como característica fundamental, a dicotomia do direito de propriedade, pela qual podem coexistir sobre um mesmo bem dois direitos de propriedade (a *legal property*, do *trustee*, e a *equitable property*, do beneficiário ou *cestui que trust*), peculiar do direito anglo-saxão e não acolhido pelos sistemas de tradição romana. O *trust* em sua concepção natural só pode ter acolhida em países que adotem a dualidade da propriedade. Essa peculiaridade torna impossível a recepção pura e simples do *trust* pelos ordenamentos jurídicos de origem romana, daí porque a construção de um instituto que possa exercer as mesmas funções do *trust* passa por uma formulação doutrinária e legislativa assentada na possibilidade de separação de patrimônio e, conseqüentemente, na criação de *patrimônios de afetação* — nesse conceito, o proprietário de certos bens transmite-os a outrem para atender a determinados fins (de investimento, garantia ou administração, por exemplo), atribuindo a essa transmissão caráter puramente fiduciário; aquele que recebeu os bens tem sobre eles um domínio restrito (*domínio fiduciário*) e com essa propriedade fiduciária constitui um patrimônio de afetação, com a destinação específica e única de cumprimento da finalidade definida no ato de sua constituição; seria uma “versão civilista do *trust*”, como registra o Parecer da Comissão do Senado francês, ao aprovar a reformulação do seu Código Civil pela qual foi regulamentada a operação de fidejussão.

#### 1.4.2.5. Tentativas de adaptação do *trust* a sistemas de tradição romana

A extraordinária utilidade do *trust* vem, há muito, despertando o interesse de juristas de países de tradição legislativa romana, motivan-

36 Seria a hipótese de um *trustee* apropriar-se de produto dos negócios realizados com bens objeto do *trust*.

37 JAUFFRÉT-SPINOSI, Camille, *La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust e à sa reconnaissance*, (julho de 1985), Paris, 1987. In: *Journal de Droit International*, 114<sup>a</sup> année, n<sup>o</sup> 1, p. 23.

do-os à realização de estudos com vistas à adaptação do conceito do *trust* a esses sistemas. A propósito, observa Waldemar Ferreira que a assimilação do instituto anglo-americano “responde fundamentalmente ao desejo de dar ao direito privado nacional a flexibilidade necessária para que permita alcançar fins de impossível ou difícil realização dentro dos esquemas tradicionais.”<sup>38</sup>

As dificuldades de natureza histórica e estrutural, entretanto, não permitem a translação pura e simples do *trust* para os sistemas do *civil law*, circunstância que levou Tullio Ascarelli a advertir que “para se adotar o *trust* será preciso permanecer antes no domínio tradicional da fidúcia, que tem a mesma origem psicológica, do que penetrar no domínio jurídico, onde tudo é regido de modo formal.”<sup>39</sup>

Efetivamente, cotejando-se a estrutura da fidúcia com a do *trust*, verifica-se que em ambos os institutos o princípio da boa-fé desempenha papel preponderante, mas, de outra parte, há discrepâncias entre certos princípios fundamentais da *civil law* e da *common law*, que constituem sério obstáculo à translação do instituto anglo-americano para os 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, me-

dante a determinação de um patrimônio e sua afetação que se poderia obter a realização de efeitos econômicos e jurídicos semelhantes aos 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.

38 FERREIRA, Waldemar, *O trust anglo-americano e o fideicomisso latino-americano*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, LI, p. 182.

39 Manifestação no Congresso Internacional de Direito Privado, Roma, 1950.

## Capítulo II

### Negócio Fiduciário

2.1. — *Nota Preliminar*. 2.2. — *Introdução*. 2.3. — *Origem e tentativas de conceituação*. 2.4. — *Traços característicos*. 2.5. — *Estrutura do negócio fiduciário*. 2.6. — *Negócio fiduciário e negócio simulado*. 2.7. — *Responsabilidade do fiduciário*. 2.8. — *Validade e eficácia dos negócios fiduciários*. 2.8.1. — *Efeitos do negócio fiduciário nas hipóteses de insolvência*. 2.9. — *Modalidades de negócio de natureza fiduciária*. 2.9.1. — *Venda com escopo de garantia*. 2.9.2. — *Cessão fiduciária de crédito*. 2.9.3. — *Negócio fiduciário para administração*. 2.9.3.1. — *Negócio fiduciário para recomposição de patrimônio*. 2.9.3.2. — *Cessão fiduciária para fins societários*. 2.10. — *Extinção do negócio fiduciário*. 2.11. — *O negócio fiduciário na jurisprudência brasileira*.

#### 2.1. Nota preliminar

Na medida em que 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, a fidúcia romana apresentava o sério defeito de retirar do devedor a posse da coisa, afastando, obviamente, os meios com os quais poderia pagar a dívida a que estava vinculada a coisa transmitida no *pactum fiduciae*; essa circunstância pôs em relevo as garantias hipotecária e pignoratícia, que não tinham 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 destinam, 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 de outros créditos, notadamente os de natureza fiscal, seja visando ajustar o processo de excussão das garantias ao ritmo acelerado que se imprimiu à 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 transmissão da propriedade como meio de proteger mais eficazmente o crédito, não só mediante rápida recomposição das situações de mora, como, também, por afastar da concorrência 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.

## 2.2. 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 cria incessantemente novas espécies de negócio, que nem sempre encontram correspondência nas modalidades contratuais tipificadas no ordenamento. Por isso, como nenhum sistema jurídico é capaz de renovar-se com a velocidade das inovações ocorridas no campo econômico, sucede que, a cada nova necessidade de ordem econômica ou social, vão sendo adaptados 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. É um dos casos de adaptação de velhos institutos para superar o permanente conflito entre a tendência conservadora do ordenamento jurídico e o processo desbravador da atividade econômica, que, necessitando de instrumentos para expandir e diversificar, abre perspectivas para a utilização de institutos já integrados ao ordenamento, mas eventualmente com funções diferentes daquelas para os quais originalmente foram moldados.

Efetivamente, a cada dia a atividade econômica abre perspectivas de inovação, daí surgindo novas modalidades de negócio em alta velocidade e grande variedade, de modo que, não dispondo o ordenamento de meios adequados ao atendimento dessas inovações no momento em que se põem no mercado, são elas colocadas em prática mediante 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.

Esse processo histórico é registrado com extraordinária clareza por Tullio Ascarelli, para quem qualquer que seja a origem histórica de 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: “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.”<sup>40</sup>

O fenômeno registrado por Ascarelli sempre esteve presente no evoluir do direito, mas se observa com mais frequência na razão direta da intensificação das inovações que se verificam nos campos econômico e social.

É nesse processo que aparece a fidúcia, que, na feliz expressão de Otto de Sousa Lima, tem a função de “tornar dúctil um sistema jurídico fechado.”<sup>41</sup>

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 indireto.<sup>42</sup>

### 2.3. Origem e tentativas de conceituação

A configuração moderna 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.”<sup>43</sup>

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 consequências jurídicas do que seria necessário para alcançar aquele fim determinado”<sup>44</sup>.

Grasseti salienta que, no negócio fiduciário, 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; no entanto, 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. Assim Grasseti define: “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.”<sup>45</sup>

São os casos, por exemplo, do endosso pleno de uma cambial, com a finalidade de cobrança ou de transmissão da propriedade de certos bens, para fins de administração patrimonial, etc, hipóteses apresen-

43 ALVES, José Carlos Moreira, *Alienação Fiduciária em Garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, 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”.

44 FERRARA, Francesco, *apud* Eduardo Espínola, *Negócio Fiduciário*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 184, ps. 532 e segs.

45 *Apud* LIMA, Otto de Sousa, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 162.

40 ASCARELLI, Tullio, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 93.

41 LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 127.

42 LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 3.

tadas 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 porque 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."<sup>46</sup>

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 embora aquela transmissão torne o fiduciário proprietário pleno e definitivo da coisa, ressalva-se que só se transmite a propriedade 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 Tullio Ascarelli: "o característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, ele, a uma transmissão da propriedade, mas de ser, 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)."<sup>47</sup>

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.

Assim sintetiza 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 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."<sup>48</sup>

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 deles 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."<sup>49</sup>

46 Enneccerus, *apud* LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 166.

47 ASCARELLI, Tullio, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 96.

48 ALVES, José Carlos Moreira, *Alienação fiduciária ...*, cit., p. 5, nota 11.

49 MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 3. ed., 1939, vol. VI, 1ª parte, p. 85.

Característica essencial do negócio fiduciário, portanto, é 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 — isso é, o poder de titular do domínio —, dele não fará uso senão para atender à finalidade definida no contrato celebrado entre ele e o fiduciante.

Disso resulta que a transmissão ou a atribuição da propriedade ou do direito não encerra um fim em si mesma, sendo, antes, um 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 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 facultades 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 Mentalreservarion und Simulation, Jahrbuch 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.”<sup>50</sup>

#### 2.4. 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 encerra a constituição de direitos e obrigações para ambas as partes. O fiduciário assume a obrigação de dar ao bem ou direito recebido a destinação prevista no contrato e de restituí-lo ao fiduciante ou a terceiro indicado no ato de constituição da fidúcia; o fiduciante, por sua vez, assume a obrigação de implementar todas as formalidades necessárias à efetiva transmissão do bem ou direito e 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 compati-

50 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. III, ps. 115/117.

veis com aquelas restrições (deixar de exercer certos direitos inerentes à propriedade, guardar o decurso de certos prazos etc.).

O negócio fiduciário será *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; será *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 requiera 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 beneficiário; *fiduciário* é aquele que adquire o direito, e, simultaneamente, assume a obrigação de destiná-lo à realização de determinado fim; *beneficiário* é aquele que, por indicação do instituidor, ou fiduciante, 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.

## 2.5. 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, pelo fiduciante, em de-

corrência da relação obrigacional vinculada ao negócio de transmissão da propriedade ou da titularidade.

Em razão dessa dupla constituição de direitos, registram-se divergências na doutrina quanto à estrutura do negócio fiduciário.

Para alguns, trata-se de uma estrutura complexa, formada por 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 fiduciariae*.

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, o negócio fiduciário seria um só negócio, decorrendo da *causa fiduciariae* (1) efeitos reais, oponíveis *erga omnes*, e (2) efeitos obrigacionais, de alcance interno, cuja função seria 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,” assim discorrendo sobre os dois negócios — *contrato real positivo* e *contrato obrigatório negativo*: “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 primeiro.”<sup>51</sup>

Em sentido contrário, na doutrina portuguesa, Orlando de Carvalho<sup>52</sup> distingue a *causa fiduciae* da causa típica do 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 unitário*<sup>53</sup> 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 Ferrara.<sup>54</sup> 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 fiduciário.<sup>55</sup>

A nosso ver, a concepção unitária deve prevalecer, pois, ao formar o negócio fiduciário, não têm as partes intenção de destacar dois atos com finalidade distinta e independente, mas, sim, celebrar um único negócio que, embora tenha uma função real e uma função obrigacional, visa estabelecer uma conexão entre essas duas funções, 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 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 observa 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 posição privilegiada em que se encontra o fiduciário, comparativamente com a posição 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; ademais, 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. Esse *poder de abuso* é peculiar ao negócio fiduciário, em face da posição 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, este fica em condições de transmitir a coisa ou o direito, porque, perante terceiros, é ele o proprietário da coisa ou titular do direito.

## 2.6. Negócio fiduciário e negócio simulado

Não raras vezes os negócios fiduciários são confundidos com os negócios simulados. Entretanto, percebe-se com facilidade a distinção entre ambos.

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

51 Apud LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 185.

52 CARVALHO, Orlando de, *Negócio jurídico indireto*. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, suplemento X/1, 1952, apud MARTINS-COSTA, Judith, *Negócios Fiduciários — Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no Direito Brasileiro*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 657, ps. 37 e seguintes.

53 Apud MARTINS-COSTA, *Negócios fiduciários ...*, cit.

54 MARTINS-COSTA, Judith, ob. e p. cit.

55 Ob. cit., p. 22.

jurídica, sendo tal intenção o elemento necessário do suporte fático de qualquer dos incisos do art. 102 do Código Civil." Prossegue Pontes de Miranda: "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*."<sup>56</sup>

Diferentemente, no negócio fiduciário não se tem uma aparência, mas uma realidade, pois, como observa Pontes de Miranda, ele é por que 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.

Francisco 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 o negócio fiduciário é realizado com o propósito de suprir uma lacuna do ordenamento;
- c) o negócio simulado é negócio único, jejuno de consentimento, enquanto 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 porque não opera a transmissão do direito, continuando o simulante proprietário.<sup>57</sup>

Assim, na interpretação do negócio, é indispensável que se examine o processo de formação da vontade para se identificar aquilo que

<sup>56</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, t. 4, p. 373 e 375.

<sup>57</sup> *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*, p. 55, *apud* GOMES, Orlando, *Alienação fiduciária em garantia*. 4. ed. São Paulo: RT, 1975, p. 25.

efetivamente foi desejado pelas partes, com o que se poderá saber se ocorreu ou não a intenção de enganar que caracteriza a simulação.

## 2.7. 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.

## 2.8. 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 consubstancia, tenha sido convencionada de acordo com a lei. Assim, dado que as partes sejam capazes, o objeto seja lícito e haja forma prescrita ou não defesa em lei, reveste-se o negócio fiduciário de plena validade e eficácia.

Antão de Morais invoca Francesco 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, nº 112, págs. 470-474; CARVALHO SANTOS, comentário ao art. 102, v. 2, pág. 385, segunda edição)."<sup>58</sup>

Se, entretanto, o negócio fiduciário ocultar manobras fraudulentas, 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."<sup>59</sup>

<sup>58</sup> *Apud* LIMA, Otto de Souza, ob. cit., p. 213.

<sup>59</sup> CAMPOS, Francisco, *Direito Civil*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1956, 1ª ed., p. 243.

Assim, o negócio fiduciário será 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 seriam ineficazes e sem qualquer efeito, por exemplo, os atos de transmissão de propriedade ou de oneração de bens feitas em fraude de execução (Código de Processo Civil, art. 593).

### 2.8.1. 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 ao seu patrimônio, o bem ou o direito passa a constituir garantia dos seus credores. De outra parte, o fiduciante, depois de efetivada a transmissão, deixa de ser o titular do bem ou do direito, passando a ter um direito de crédito contra o fiduciário.

Dada essa estruturação, a insolvência produz, logicamente, duas consequências 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, pois, em decorrência do *pactum fiduciae*, passou a ser titular apenas de um crédito contra o fiduciário; se insolvente o fiduciante, integraria a massa somente o direito de crédito que este tem contra o fiduciário.

Não obstante essa inequívoca consequência lógica, alguns autores, como Regelsberger e Köhler, procuram abrandar os efeitos da quebra do fiduciário, negando-lhe, nessa hipótese, o direito absoluto e irrisolto 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.

Sustenta 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 consequência tão cruel que o direito não admitiria.

Contraopondo-se a essa construção, Francesco Ferrara deixa claro que não cabe ao fiduciante qualquer direito de separação, já que, com a transmissão da propriedade, o fiduciário adquire a titularidade plena e irrisolta do bem, que, obviamente, estando no patrimônio do fiduciário, sofrerá os efeitos da sua insolvência. Observa Ferrara que a consequência cruel a que alude Köhler é o resultado natural do negó-

cio 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 consequência, 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 consequência tão cruel que o Direito não poderia aprová-la, e por isso se deve admitir a favor do fiduciante uma *reivindicatio utilis*.<sup>60</sup>

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. Entretanto, pondera: “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),<sup>61</sup> ou a pretensão à execução por coisa certa (Código de Processo Civil, arts. 992-997)<sup>62</sup> 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<sup>63</sup> 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

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

61 Referem-se à restituição (arts. 86-93 da Lei nº 11.101/2005).

62 Refere-se ao CPC de 1939.

63 Referem-se à ineficácia e à revogação dos atos praticados antes da falência (arts. 129-138 da Lei nº 11.101/2005).



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.<sup>64</sup>

O pronunciamento exprime com clarividência os efeitos da insolvência, exceto quanto à ressalva alusiva à condição resolutiva (*o direi- to à separação (...) só existe se a transferência se deu sob condição resolutiva e essa se realizou*), pois, como se sabe, na fidúcia romana a transmissão se fazia de maneira plena, sem condição resolutiva. De outra parte, é controvertida a faculdade que teria o síndico de exigir a 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 outros entendem que se trata da hipótese do art. 117 da Lei de Recuperação de Empresa e de Falência, que prevê a possibilidade de cumprimento dos con- tratos 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, pois desvinculou-se do bem ou do direito 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 está sujeito quando celebra o negó- cio fiduciário, é uma *situação de perigo* tanto quanto o é a possibilida- de de o fiduciário vender a coisa a terceiros, contra os quais o fiducian- te 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, o direito de recobrar a propriedade e a posse da coisa. De outra parte, considerando os sistemas pelos quais a trans- missão da propriedade só se efetiva mediante assentamento no Regis- tro 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 falência.

Do que precede, resulta claro que as consequências da insolvência do fiduciário tornam o negócio fiduciário, na configuração de negócio inominado de cunho romano, absolutamente imprestável para garan- tia das operações de crédito que se realizam em larga escala na econo- mia moderna, ou para a administração fiduciária típica dos fundos de

investimento, pois nada justificaria colocar a grande massa subscrito- res de quotas do fundo sob o risco de figurar apenas como credores quirografários na hipótese de quebra (ou liquidação extrajudicial) da sociedade administradora que opera como fiduciária.

Por isso mesmo, para aplicação em larga escala, envolvendo o inte- resse de grande massa de investidores, negócios de natureza fiduciária só são admissíveis 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 vin- culassem ao fim convencionado no contrato, promovendo-se a afeta- ção da coisa ou do direito, e (2) a coisa ou o direito haveria de consti- tuir um patrimônio funcionalmente autônomo, um núcleo patrimo- nial separado em relação aos patrimônios do fiduciante e do fiduciá- rio, patrimônio esse que somente existiria enquanto perdurasse a ra- zão de ser da fidúcia.

Essa é, em linha de princípio, a orientação adotada pelas mais recentes legislações que vêm regulamentando a matéria, 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 fidu- ciário, pelo que não ingressam em termos plenos no ativo desta, nem com ele se comunicam, não podem ser objeto de execução por dívidas da administradora etc., devendo ser averbadas no competente Regis- tro de Imóveis as restrições impostas à administradora (art. 6º).

## 2.9. Modalidades de negócios de natureza fiduciária

Conforme a finalidade, distinguem-se, na prática, duas modalida- des de negócio fiduciário, isto é, a de garantia e a de administração, nesta última compreendidas a de gestão, propriamente, e a de investi- mento.

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 credi- tore*, destacadas por Gaio.<sup>65</sup>

64 Ob. cit., vol. III, p. 119.

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

### 2.9.1. 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.

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.”<sup>66</sup>

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.”<sup>67</sup>

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, considerando a finalidade para a qual ele é celebrado.

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 porque não poderá o débito ser considerado extinto mediante simples compensação com a coisa. 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.”<sup>68</sup> 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.

### 2.9.2. 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.

Por meio 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 está legitimado, mas, recebendo o crédito, não pode apropriar-se da totalidade do produto, mas apenas do *quantum* correspondente ao seu crédito, ou retendo o produto recebido até que o devedor-cedente pague sua dívida.<sup>69</sup>

### 2.9.3. 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 gestão.<sup>70</sup>

O negócio fiduciário de administração se faz para propiciar ao fiduciante, ou ao beneficiário, a conservação, administração ou explo-

68 Ob. cit., p. 72.

69 Essa modalidade de cessão fiduciária foi adotada no direito positivo brasileiro, nos termos dos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514/97 e dos §§ 3º e 4º do art. 66B da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo art. 55 da Lei nº 10.931/2004.

70 Ob. cit., p. 8.

66 *Apud* LIMA, Otto de Sousa, ob. cit., p. 224.

67 SANTOS, J. M. de Carvalho, *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, v. XVI, p. 23.

ração de um bem ou direito de propriedade do fiduciante, 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.

Atualmente, esta é uma das hipóteses mais freqüentes e que desperta maior interesse, 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 e promova sua administração, 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.

### 2.9.3.1. Negócio fiduciário para recomposição de patrimônio

Está compreendido no negócio fiduciário para fins de administração. Trata-se da hipótese em que uma pessoa, tendo seu patrimônio onerado, mas não sendo insolvente, transfere-o a outrem, 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.

### 2.9.3.2. 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, abrangem 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 acio-

nista-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 comercialistas, 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."<sup>71</sup>

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 n° 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 direito de voto do fiduciante fica preservado, mas restringe-se sua exequibilidade, 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."

### 2.10. 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.

### 2.11. O negócio fiduciário na jurisprudência brasileira

No Brasil, o negócio fiduciário é admitido pela doutrina e pela

jurisprudência, como observa Maria Helena Diniz,<sup>72</sup> 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 sistemática da matéria, a despeito da tentativa feita por meio do Projeto de Lei n° 3.236/57, do Anteprojeto do Código de Obrigações de 1965 e do Projeto de Lei n° 4.809/98,<sup>73</sup> 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 ilustrativos os seguintes casos:

“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 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).

72 DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. III, p. 432.

73 Reproduz anteprojeto que propusemos com a presente monografia, publicada em 1998.