

Fernanda Peres Amora

## **NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO NO PLANO DA EXISTÊNCIA**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito, no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de mestre.

Mestrado em Direito das Relações Sociais

Curitiba  
2012

Fernanda Peres Amora

## **NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO NO PLANO DA EXISTÊNCIA**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito, no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de mestre.

**ORIENTADOR:** Dr. Rodrigo Xavier Leonardo  
Professor Adjunto do Departamento de Civil e Processo Civil da Universidade Federal do Paraná.

Dr. Eroulths Cortiano Junior  
Professor Adjunto do Departamento de Civil e Processo Civil da Universidade Federal do Paraná.

Dr. Francisco Paulo de Crescenzo Marino  
Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo

Curitiba, 05 de março de 2012.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
-----------------	----

### PRIMEIRA PARTE – A TEORIA DO FATO JURÍDICO E A TRIPARTIÇÃO DE PLANOS

#### 1. CAPÍTULO I – PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DAS FONTES DO DIREITO

1.1. Medievo e Pluralismo Jurídico.....	13
1.2. Modernidade e Monismo Jurídico.....	24
1.3. Direito como fenômeno social e o papel das codificações.....	29

#### 2. CAPÍTULO II – EM BUSCA DE UM MODELO DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

2.1. Depreciação da teoria do fato jurídico pela doutrina.....	34
2.2. A influência do pensamento de Emilio Betti.....	35
2.2. A construção original de Pontes de Miranda.....	37

#### 3. CAPÍTULO III – A TRIPARTIÇÃO DE PLANOS: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

3.1. Plano da existência.....	39
3.2. Plano da Validade.....	43
3.3. Plano da Eficácia.....	45

## **SEGUNDA PARTE – NEGÓCIO FIDUCIÁRIO**

### **4. CAPÍTULO – NEGÓCIO FIDUCIÁRIO EM DIREITO NACIONAL**

4.1. A propriedade fiduciária.....	48
4.2. As relações jurídicas na fidúcia.....	58
4.3. Negócio jurídico fiduciário e pacto comissório.....	70

### **5. CAPÍTULO II – A FIDÚCIA E O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO**

5.1. O discurso do direito romano na construção do negócio fiduciário.....	82
5.2. As rupturas da modernidade e a reconstrução da noção de fidúcia.....	88

### **6. CAPÍTULO III – DISTINÇÃO DE FIGURAS SIMILARES**

6.1. Negócio jurídico simulado.....	93
6.2. Negócio jurídico em fraude à lei.....	98
6.3. Trust.....	104

## **TERCEIRA PARTE – ELEMENTOS DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO**

### **7. CAPÍTULO I – PLANO DA EXISTÊNCIA E ELEMENTOS DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO**

7.1. Modelos analítico do suporte fático complexo.....	108
7.2. A noção de elemento na composição do fato jurídico.....	109

## **8. CAPÍTULO II – O NÚCLEO DO NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO**

- 8.1. Elemento cerne (manifestação de vontade e aquisição patrimonial)..... 110
- 8.2. Elemento completante – a causa jurídica.....,..... 112
- 8.3. Elementos completantes – fidúcia e transmissão fiduciária..... 119

## **9. CAPÍTULO III – NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

- 9.1 Negócio fiduciário e a vedação do pacto comissório..... 123
- 9.2. Reconhecimento do negócio fiduciário como manifestação da autonomia privada das partes..... 126
- 9.3. Negócio fiduciário, negócio simulado e negócio em fraude à lei..... 127

## **10. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 130**

## **11. BIBLIOGRAFIA..... 134**

*A meus pais, irmãos e amigos, sem os  
quais esta obra não seria possível.*

## RESUMO

O presente trabalho objetivou determinar os elementos indispensáveis para a formação do negócio jurídico fiduciário no direito brasileiro. Mediante o uso da teoria do fato jurídico desenvolvida por Pontes de Miranda, precisou-se que esses elementos seriam: o acordo consciente de vontade com poder de autorregramento e a aquisição/atribuição patrimonial; a causa jurídica, a fidúcia e a transmissão fiduciária. Ainda, defendeu-se a inocorrência de pacto fiduciário na constituição do negócio fiduciário, assim como estabeleceu-se as diferenciações entre o negócio fiduciário e figuras similares, como o negócio jurídico simulado, o negócio jurídico em fraude à lei e o trust. Finalmente, analisou-se o tratamento jurisprudencial conferido ao negócio fiduciário, no qual se identificou a discordância entre os tribunais superiores, uma vez que o Supremo Tribunal de Justiça conecta causalmente o negócio fiduciário a hipóteses de pacto comissório, e o Supremo Tribunal Federal apresenta o entendimento de que a proibição do pacto comissório apenas seria violada em negócios jurídicos que envolvessem garantias reais, o que naturalmente não inclui os casos de negócio fiduciário. Também se observou o reconhecimento dado pelos tribunais ao negócio fiduciário como um meio de exercício da autonomia privada, assim como as divergências entre o negócio fiduciário e outros negócios jurídicos com os quais ele tende a ser confundido, como o negócio simulado e o negócio em fraude à lei.

**Palavras-chave:** teoria do fato jurídico; negócio jurídico; negócio jurídico fiduciário; fidúcia; pacto comissório.

## SUMMARY

The aim of this study is to determine the essential elements for the formation of *negócio fiduciário* – a type of fiduciary business – under Brazilian law. By using the theory of legal fact developed by Pontes de Miranda, it stated that these elements would be: the conscious agreement of intent with power of self determination and patrimonial acquisition; the legal cause, the confidence (trust) and the fiduciary transmission. Also, it defended that the fiduciary business do not represent a hypothesis of obligatory pact (*pacto comissório*) and it established the differences between fiduciary business and similar figures, such as simulated legal transactions, privy acts in circumvention of the law and trust. Finally, it analyzed the discrepancy between the higher courts, since the Supreme Court of Justice causally connects the fiduciary business to the obligatory pact, and the Supreme Federal Court has the understanding that the prohibition of the obligatory pact would only be violated in legal transactions involving hostage and mortgage, which of course does not include cases of fiduciary business. Finally, it noted the recognition given by the courts to the fiduciary business as a means of exercising liberty and autonomy, as well as the differences between fiduciary business and other legal transactions and privy acts in circumvention of the law.

**Keywords:** theory of legal fact; legal business; fiduciary business; confidence; obligatory pact.



## INTRODUÇÃO

O cidadão comum, em sua vida cotidiana, sente-se muito afastado do direito, e tem dificuldade em associar as práticas jurídicas com o seu senso de justiça, até mesmo porque, para ele, o direito parece coincidir com a própria lei, que por prover dos órgãos legislativos estatais, ignora, muitas vezes, a confluência de situações sociais sobre as quais incidirá.

Grossi esclarece que o Estado moderno assegura aos cidadãos somente um conjunto de garantias formais, sendo a lei apenas o ato emanado pelo órgão estatal competente, realmente limitando a esfera de abrangência do que constituiria o direito em determinada sociedade. Dentro desse tipo de sistema jurídico, ainda que a justiça seja um dos objetivos defendidos, mesmo as normas que forem injustas devem ser obedecidas, o que demonstra um enorme descaso entre a relação do conteúdo da norma e os interesses e necessidades dos cidadãos a ela submetidas<sup>1</sup>.

Contudo, esse modo peculiar de tratar o direito não foi o modelo predominante na história jurídica. O monismo estatal, bem como suas vicissitudes, nasceu de uma determinada escolha política<sup>2</sup>, não muito distante do presente, sendo importante perceber que outras experiências jurídicas são e foram possíveis, como ocorreu na época medieval, que será analisada no começo deste trabalho.

O estudo comparativo desses momentos históricos tão distintos, o medieval e o moderno, é importante na medida em que retira a visão de um presente estagnado e impassível de modificação. Grossi lembra que a

visão histórica consola porque retira o caráter absoluto das certezas de hoje, relativiza-as pondo-as em fricção com certezas diferentes ou opostas experimentadas no passado, desmitifica o presente, garante que essas sejam analisadas de modo crítico, liberando os fermentos atuais da estática daquilo

---

<sup>1</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. rev. e atual. DAL RI JÚNIOR, Arno (trad.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.p. 24.

<sup>2</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**....., p. 25.

que é vigente e estimulando o caminho para a construção do futuro<sup>3</sup>.

Nesses termos, estudar o passado auxilia na construção de um futuro diferente, pois desmitifica a noção de passividade do ser humano perante a história. Com isso, se a realidade jurídica atual não corresponde aos anseios da sociedade, mudanças são possíveis, uma vez que a mutabilidade marca o desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, do direito.

Estas mudanças e renovações que surgem no sistema provêm principalmente do meio social no qual os particulares, no exercício da autonomia privada, podem fazer uso de meios jurídicos já existentes para alcançar interesses que ainda não são tutelados pelo ordenamento. Uma expressão desse fenômeno é representada pelo objeto de estudo deste trabalho, o negócio fiduciário, surgido da espontaneidade e força criativa do meio social.

O negócio fiduciário é uma figura não prevista expressamente no ordenamento jurídico nacional; contudo, sua existência, validade e eficácia foram reconhecidas pelos tribunais superiores, uma demonstração de que os fatos podem exercer uma força normativa – que garante sua observância social – e até mesmo ser passível de criar direito novo. Ainda, o reconhecimento desta figura pelo Poder Judiciário demonstra que, apesar do direito brasileiro ser considerado, em grande medida, como um ordenamento legalista, e que a fonte máxima de normas ainda seja o Poder Legislativo, existem aberturas no sistema que permitem o acolhimento de fatos de relevância social que são absorvidos conforme ocorra sua expansão em sociedade, sendo o negócio fiduciário um representante importante desse fenômeno.

Mostra-se oportuno esclarecer que a abrangência desse trabalho limita-se ao estudo do negócio jurídico fiduciário no plano da existência. Sem dúvidas, o tema suscita o interesse de seu desenvolvimento nos três planos jurídicos (existência, validade e eficácia), uma vez que não existe um número significativo de obras brasileiras atuais que pretendem estabelecer quais seriam os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia do negócio fiduciário no direito brasileiro. Contudo, tendo em vista restrições

---

<sup>3</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**....., p. 25.

temporais, assim como as limitações inerentes à própria autora, a pretensão de desenvolver o tema em sua completude restará para um momento futuro.

Desse modo, tendo como pressuposto os posicionamentos acima expostos, a primeira parte deste estudo inicia-se por uma análise histórica das fontes jurídicas, limitando-se, para os fins desejados, à contraposição entre medievo e modernidade, dois momentos distintos que representam o desenvolvimento de certas circunstâncias geradoras de contribuições antagônicas para o direito, representadas pelo monismo e pelo pluralismo jurídicos. Esta abordagem comparativa tem como finalidade demonstrar que outras realidades jurídicas são possíveis fora do atual domínio do positivismo jurídico. Aponta-se como exemplo o desenvolvimento do direito durante a Idade Média, fruto da junção de fenômenos das mais diversas origens, seja social, religiosa, estamental ou doutrinária, que se destacou pela inexistência de um poder centralizador, representado modernamente pelo Estado, e que teve como instrumento de validade e legitimação as leis divinas. Em seguida, tratar-se-á das teorizações mais recentes acerca do novo papel das codificações, cuja estrutura ainda se encontra em construção na realidade contemporânea. Finalmente, expor-se-á os delineamentos gerais acerca da teoria do fato jurídico desenvolvida por Pontes de Miranda - o modelo teórico eleito para determinar os elementos constitutivos do negócio fiduciário. Tal escolha justifica-se pelo fato da teoria ponteana apresentar um modelo analítico de compreensão dos fatos jurídicos, com a pretensão de estabelecer o papel de cada elemento na sua formação. Uma vez que o suporte fático do negócio fiduciário não é explícito, tendo em vista a inexistência de sua previsão legal, a opção teórica escolhida parece a mais acertada, pois facilita a identificação, na realidade, dos elementos essenciais para a constituição do negócio fiduciário.

Num segundo momento, será examinado o tratamento conferido ao negócio fiduciário pelo direito brasileiro, abordando-se, assim, pontos importantes para o entendimento do tema, como o estudo da propriedade fiduciária prevista pelo Código Civil, das relações jurídicas marcadas pela fidúcia e o importante debate sobre a possível ocorrência do pacto comissório (proibido no direito nacional) nos negócios fiduciários. Depois, procurar-se-á estabelecer o papel da fidúcia na estrutura do negócio fiduciário, que se iniciará pela análise da fidúcia romana, comumente utilizada pela doutrina como forma

de justificação e compreensão da existência moderna do negócio fiduciário; para então realizar uma avaliação das transformações sofridas pela fidúcia de Roma à Modernidade e a existência de uma possível ligação, ocorrida após o surgimento do direito moderno, entre fidúcia e autonomia privada. Por último, procurar-se-á delimitar as necessárias distinções entre o negócio fiduciário e outras figuras com as quais ele é comumente confundido, como o negócio simulado, o negócio em fraude à lei e o trust.

Na parte final, focar-se-á na proposição central desse estudo – a estipulação dos elementos indispensáveis para a existência do negócio fiduciário no direito brasileiro. Para tanto, iniciar-se-á pela compreensão, de acordo com a teoria do fato jurídico, do papel exercido por cada elemento constitutivo do núcleo de um fato jurídico, assim como o estabelecimento de quais seriam, especificamente, esses elementos no negócio fiduciário, e a disciplina geral a eles conferida pelo direito nacional. Depois, fazer-se-á uma análise acerca do tratamento conferido ao negócio fiduciário pela jurisprudência, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento jurídico conferido a esse categoria negocial. Finalmente, será debatido o tratamento díspare dos tribunais a respeito da possibilidade de aplicação extensiva da norma proibitiva do pacto comissório aos negócios fiduciários e, finalmente, a compreensão dos tribunais superiores a respeito do negócio fiduciário como manifestação da autonomia privada, bem como os erros e acertos da jurisprudência ao contrapor o negócio fiduciário aos negócios simulado e em fraude à lei.

# PRIMEIRA PARTE – A TEORIA DO FATO JURÍDICO E A TRIPARTIÇÃO DE PLANOS

## 1. AS PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DAS FONTES DO DIREITO

### 1.1. MEDIEVO E PLURALISMO JURÍDICO

A experiência jurídica medieval é notadamente peculiar, típica e complexa, mostrando-se muito diferente da experiência jurídica contemporânea. O ordenamento jurídico medieval é marcado pela ausência de um poder político totalizante capaz de controlar o fenômeno social e a experiência jurídica em sua totalidade – chamado por Grossi de *poder político não consumado*.<sup>4</sup> Essa liberdade do social em relação ao político tem por consequência o desenvolvimento natural e fluido das questões sociais, que florescem nos níveis econômico, profissional, estamental, religioso e familiar.<sup>5</sup>

As peculiaridades do direito medieval são tantas que Grossi afirma que o direito medieval deve ser entendido como “um planeta jurídico separado e fechado, caracterizado por uma substancial descontinuidade com o ‘clássico’ e com o ‘moderno’, e marcado por sua própria integridade”.<sup>6</sup> Isso porque o direito medieval apresenta um ordenamento jurídico único e distinguido por uma imensa originalidade em virtude de sua intensa historicidade, sendo que as regras e as formas jurídicas medievais estão em concordância com o patrimônio subjacente de valores e fundamentos da época, fundamentado principalmente nos restos da organização do império romano do ocidente, na

---

<sup>4</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. rev. e atual. DAL RI JÚNIOR, Arno (trad.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 27.

<sup>5</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**..., p. 27-28.

<sup>6</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. ÁLVAREZ, Clara; TOMÁS, Francisco (trad.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. p. 31.

Igreja romana e na tradição escolástica da antiguidade tardia – cujos poderes ordenadores marcaram a sociedade da alta Idade Média.<sup>7</sup>

Grossi alerta que ao comparar a experiência jurídica medieval com a experiência clássica e com a moderna, deve-se ter a máxima cautela a respeito de duas implicações: ceder à fácil hipótese de tomar o medieval como continuação do romano; e transplantar ao medieval, sem filtros adequados, os conceitos e a linguagem que são próprios da época contemporânea, e não da medieval<sup>8</sup>.

Com efeito, configura-se como tendencioso e incorreto usar a mentalidade do tempo atual na interpretação da história de uma época que é singularizada por outro contexto, outros valores, outros fundamentos, ainda que haja uma situação ou outra em que a similitude nominal de alguns institutos esteja presente.

Tanto que

a relação entre o medieval e o moderno não é senão um caso de descontinuidade como consequência de uma troca de valores extraídos do universo político e jurídico, [cujo] resultado é que aqueles conceitos-terminos acabam por forçar o entendimento da realidade histórica e em lugar de instrumentos de compreensão, convertem-se em perigosas matrizes de mal entendidos e equívocos.<sup>9</sup>

Desse modo, deve-se entender que o Medievo é caracterizado pela descontinuidade entre o medieval e o clássico e o medieval e o moderno, sendo que na Idade Média o direito representou e constituiu uma dimensão radical e fundante da sociedade. E não poderia ser diferente, pois o medievo foi uma época histórica muito peculiar, e o “direito é somente o produto da macroentidade estatal, senão ante um feixe ilimitado e ilimitável de estruturas

---

<sup>7</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3 ed. HESPANHA, A. M. Botelho (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 15.

<sup>8</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval...**, p. 32.

<sup>9</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval...** p. 33.

sociais”.<sup>10</sup> Assim, tem-se uma relação de intensa descontinuidade, ou melhor, uma não relação, uma fratura profunda entre os universos medieval e moderno.

Grossi atenta que o direito medieval não é

somente o direito aplicado nos séculos V a XV, mas é um conjunto de alternativas inconfundíveis naquele momento histórico, que é a civilização jurídica medieval e que, como modo inconfundível de viver e sentir o direito, constituem a experiência jurídica medieval.<sup>11</sup>

Esse ordenamento jurídico singular pode ser enquadrado, dentro das grandes perspectivas da filosofia do ocidente, no paradigma teocêntrico, no qual Deus é o centro de todas as coisas. Nesse momento histórico, há uma relação entre fé e razão, esforçando-se o ser humano para mostrar até onde a razão traz explicações a respeito do mundo sem contradizer a religião.

Franz Wieacker afirma que o cristianismo influenciou o próprio conceito de direito, que por não ter sido totalmente escrito era fundado na ética social, mais precisamente na ética cristã, que foi predominante na Europa até à modernidade.<sup>12</sup> Tendo em vista as influências do cristianismo, a noção de indivíduo no Medievo diferia muito da atual, pois este era visto apenas como um membro da coletividade, partícipe da elaborada rede de relações sociais daquela época, não tendo ainda o papel atomizado que adquiriu a partir da modernidade. Nessa medida, a sociedade medieval é marcada pela concepção corporativa, na qual se dá valor aos grupos e não ao indivíduo isoladamente, como se faz na modernidade.

Essa valorização do grupo era diretamente influenciada pelas crenças religiosas, sendo que, para Hespanha,

o pensamento social e político medieval é dominado pela ideia da existência de uma ordem universal (cosmos), que orientava

---

<sup>10</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval...**, p. 41.

<sup>11</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval...**, p. 48.

<sup>12</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno...**, p. 17 – 18.

todas as criaturas para um objectivo último que o pensamento cristão identificava como o próprio Criador.<sup>13</sup>

A sociedade medieval era profundamente cristã, e o relato da Criação marcou o entendimento sobre a ordem natural das coisas em sociedade. Tanto que a Criação inspirou o pensamento social medieval, sendo utilizada como modo de legitimação das hierarquias sociais. Hespanha comenta que, nas Ordenações Afonsinas, o relato da Criação justifica a falta de igualdade entre as pessoas, que se tornava aparente quando o rei dispensava graças e atribuía hierarquias políticas e sociais entre os súditos.

Nota-se que a ideia de igualdade entre as pessoas não estava presente nas esferas social e jurídica desse tempo. Deve-se lembrar que a igualdade formalmente garantida substanciada na máxima de que a lei é igual para todos, é, na verdade, uma criação exclusivamente moderna e, por isso, desconhecida na época medieval. Sustentava-se que a lei canônica não pode ser igual para todos porque concretamente todas as pessoas não são iguais. Isso porque a lei canônica “deve ter em conta as fragilidades humanas”<sup>14</sup> presentes.

Ainda, sustenta-se que no mundo medieval não há “indivíduos”, isolados e socialmente sem características, abstratos, como se entende a partir da modernidade. Mas sim que há “pais”, “filhos”, “professores”, “alunos”, “portugueses”, “italianos”, sendo as pessoas não tomadas por si próprias, mas relacionadas com os outros por meio de atributos que os referiam uns aos outros, que o marcavam como membros determinados da cidade.

O ser humano é identificado pelo seu estado (civil, familiar), e aquele que não tem estado não é pessoa. Tem-se presente uma marcada sociedade de estados, que precede a atual sociedade de indivíduos.

Por conta da crença e confiança de que cada grupo ou indivíduo ocupava funções diferentes no corpo social, acreditava-se que as atribuições de cada um não poderiam nem deveriam ser iguais ao do outro. Contudo, a diferença dentro de uma ordem hierarquizada não significava inferioridade

---

<sup>13</sup> HESPANHA. António Manuel. **Cultura jurídica européia** – síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 101.

<sup>14</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval...**, p. 131.



daqueles que se encontravam nos níveis hierárquicos mais baixos. Isso porque “em rigor, subordinação não representa menor dignidade, mas antes apenas um específico lugar na ordem do mundo, que importa a submissão funcional a outras coisas”.<sup>15</sup>

A Igreja romana acreditava na salvação do indivíduo apenas no seio da comunidade sacra e desconfiava da solidão individual. As pessoas eram vistas não abstrata e individualmente, mas como membros relacionados de uma mesma comunidade. Isso porque a realidade jurídica medieval, além de centralizada em Deus, apresentava como um dos princípios dominantes o reicentrismo (centralidade da *res*, da coisa, que era chave interpretativa essencial de todo direito medieval). A experiência medieval era, assim, inconciliável com uma interpretação humanista, muito valorizada nos tempos atuais. Partia-se da construção do real e com o real, sendo o indivíduo totalmente indiferente, já que a sociedade medieval é uma sociedade que não acredita no indivíduo e que menospreza a ação individual. Tem-se aqui um evidente contraste entre a *res* e o indivíduo, sendo este desvalorizado como sujeito. Assim, pode-se falar que na sociedade medieval Deus é o centro do universo, poder supremo que não pode ser contestado ou contrariado, e na realidade tem-se a valorização dos objetos, e não dos indivíduos.

Grossi cita três fatos normativos fundamentais para a compreensão da época medieval: a terra, o sangue e o tempo. A terra é entendida “como a coisa produtiva por excelência, realidade complexa indomada e indomável e fonte de vida e garantia de sobrevivência, que leva impressa sobre si regras originárias e perfeitamente compreensíveis para que aqueles que disponham de olhos atentos”.<sup>16</sup> A ligação do homem com a terra era muito importante, pois sua identidade desenvolvia-se a partir do local de seu nascimento, cujas características e valores definiam os limites sociais de ação do sujeito.

O sangue é a “realidade que cria um vínculo inquebrável entre sujeitos, de um patrimônio de virtudes, faculdades e funções não comunicáveis ao

---

<sup>15</sup> HESPANHA. António Manuel. **Cultura jurídica européia...**, p. 108.

<sup>16</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval...**, p. 91.

exterior”.<sup>17</sup> Representa um símbolo que liga o sujeito ao grupo, à família e à nação. O sangue também estabelece o estamento social ao qual o sujeito pertence e deve permanecer, tendo papel importante na determinação de suas funções sociais, assim como de seus direitos e deveres.

Já o tempo seria “duração, como um martelo contínuo de direito que, prescindindo de toda contribuição volitiva humana, cria, extingue, modifica”.<sup>18</sup> O tempo representa a continuidade das gerações, sendo anulada a presença e importância do indivíduo.

Essas são “três forças primordiais que têm um mesmo significado antropológico: minimizam a contribuição do indivíduo, do sujeito particular, elevando à protagonista da experiência a natureza das coisas e o grupo”.<sup>19</sup> O protagonista social não é o indivíduo, mas sim a comunidade. Tem-se confiança na comunidade, tida como realidade materna e segura; e desconfia-se do singular, uma realidade tida como precária e imperfeita, que está fora da natureza das coisas.

Contudo, em certo momento se colocará em dúvida se não seria legítimo partir do indivíduo e não dos grupos, para compreender a sociedade e

passou a entender-se que aqueles atributos ou qualidades universais que se predicam dos indivíduos (*ser pater familias*, *ser plebeu*) e que descrevem as relações sociais em que estes estão integrados não são qualidades incorporadas na sua essência, não são coisas sem a consideração das quais a sua natureza não pudesse ser integralmente apreendida. Sendo antes meros nomes, externos à essência, e que, portanto, podem ser deixados de lado na consideração desta essência. Se o fizermos, obteremos uma série de indivíduos “nus”, incharacterísticos, intermutáveis, abstratos, gerais, iguais. Verdadeiros átomos de uma sociedade, que, esquecidas as tais qualidades agora tornadas descartáveis, podia também ser esquecida pela teoria social e política. Esquecida a sociedade, isto é, o conjunto de vínculos inter-individuais, o que ficava era o indivíduo, solto, isolado, despido dos seus atributos sociais.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval...**, p. 91.

<sup>18</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval...**, p. 91

<sup>19</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval...**, p. 91.

<sup>20</sup> HESPANHA. António Manuel. **Cultura jurídica européia...**, p. 117.

Somada a essa nova perspectiva do indivíduo, lentamente, a partir dos movimentos políticos do século XVIII, surge um novo papel para o Príncipe, que afeta diretamente a sua relação com o direito. Potencializa-se o conflito entre o individualismo e a tendência acolhedora medieval de considerar o indivíduo apenas quando inserido em uma coletividade. Para Grossi, tem-se aqui a gênese do individualismo moderno.<sup>21</sup> Esse processo começa a alterar a figura do Príncipe, que se individualiza e procura libertar-se das amarras medievais, para a criação de um poder político que represente sua volição e expectativas, um espaço no qual ele reina solitariamente, desconexo da realidade que o cerca.

Grossi acentua que a então indiferença do Príncipe em relação ao direito transforma-se numa atitude invasiva que, na luta por espaço, levará a um repúdio ao pluralismo jurídico.

No Medievo, a relação entre o direito e a sociedade é diferenciada da conhecida atualmente, pois a sociedade medieval é uma sociedade sem Estado, e por isso, desvinculada de um poder político centralizador. O direito estava ligado à sociedade, e devido a esse vazio político, vê a sua função elevada, colocando-se no centro do social, o que resultou numa

grande experiência jurídica que alimenta em seu seio uma infinidade de ordenamentos, no qual o direito – antes de ser norma ou mandado – é ordem, ordem do social, motor espontâneo, que nasce de baixo, de uma sociedade que se autotutela ante à litigiosidade da incandescência cotidiana.<sup>22</sup>

Desse modo, o direito costumava ter o monopólio do poder, é a voz da sociedade, a voz de inumeráveis grupos sociais, sendo que cada um dos quais encarna um ordenamento jurídico. E acima de tudo, pode-se apenas falar de uma única soberania, absoluta, ilimitada, e, portanto, incomensurável no universo medieval: é Deus, o verdadeiro soberano.

---

<sup>21</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade...**, p. 35.

<sup>22</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade...**, p. 52.

Pela ausência de um poder político totalizante, o direito nasce diretamente dos estratos sociais, não sendo mera expressão da vontade do Príncipe, mas uma realidade histórica que se manifesta livremente. A importante conclusão a ser extraída de tal perspectiva é que primeiro existia o direito;<sup>23</sup> só para depois surgir o poder político controlador e legiferante que se conhece atualmente.

Grossi ressalta que na época medieval também existia uma parte da experiência jurídica conectada ao poder político do Príncipe, especialmente no que diz respeito aos assuntos ligados ao exercício de administração da coisa pública, que hoje se conhece por direito administrativo, penal etc. Contudo, o direito regulamentador da sociedade civil, em que se davam as relações entre os grupos e pessoas, tinha como fonte direta a sociedade.

Desse modo, o jurídico tinha certa autonomia, ainda que entrelaçado com as forças que o constituíam, de natureza histórica, social, econômica, caracterizando um sistema profundamente enraizado no social, sem estar preso e limitado aos interesses de um poder soberano.

Conseqüentemente, o direito é visto, nesse momento, como interpretação, pois é constituído pelos trabalhos de diversos juristas que constroem um direito com base em textos romanos e canônicos, muitas vezes contrariando as leis formais, que tinham papel reduzido.

O conteúdo do direito era muito mais importante do que a fonte da qual ele provinha. Sua legitimidade emanava de sua capacidade de atender ao bem comum, e não por corresponder à vontade do Príncipe, característica do direito moderno, que se legitima pelo respeito a determinados requisitos formais.

Resumidamente, Grossi aponta alguns valores que marcaram a época medieval: 1. há um poder político incompleto; 2. há uma relativa indiferença do poder político para com o direito, com a conseqüente autonomia do direito e de um acentuado pluralismo jurídico relacionado a ele; 3. marcante fatualidade e historicidade do direito. Sendo tudo isso acompanhado de duas certezas fundamentais: a imperfeição do indivíduo e a perfeição da comunidade; o direito como ordem, como ordem jurídica.

---

<sup>23</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade...**, p. 29.

Para completar essa breve análise sobre o Medieval, é indispensável a referência a uma instituição que influenciou profundamente o direito medieval: a Igreja Romana.

O direito canônico é o direito da Igreja cristã e, em certa medida, o direito proveniente das Sagradas Escrituras dominou o direito medieval<sup>24</sup>, ainda que também haja vestígios de direito romano, de costumes populares etc.<sup>25</sup>

Os historiadores chamam de coleções canônicas a compilação de textos autorizados, produzidos e observados no decurso da larga vida da comunidade eclesiástica. A princípio, os papas não tinham poderes legislativos, mas apenas judiciais, sendo possível a anulação de uma decretal episcopal caso ela fosse contrária ao Evangelho.<sup>26</sup> Mas a Igreja apresentava um grande desejo de definir-se em um ordenamento jurídico, de produzir um direito de qualidade técnica similar ao ordenamento civil e, assim, dotado de força expansiva em toda a sociedade, de produzir um precioso instrumento de controle da vida social.

O nascimento e o desenvolvimento do direito canônico apresentam-se como uma criação jurídica absolutamente peculiar, pois, de um lado, há uma espécie de direito “constitucional”, imóvel e perpétuo, e um direito “divino”; e, de outro lado, há um direito “humano” móvel, flexível e que está aberto à adequar-se às diversas circunstâncias necessárias.

Devido ao vácuo deixado pelo Estado, “a igreja foi presença viva, eficaz, capilar, graças também a uma articuladíssima e universalmente difundida organização paroquial que permitiu um alcance da igreja aos mais remotos cantos rurais”.<sup>27</sup> Assim, houve enorme influência da Igreja no patrimônio religioso e moral, o que afetou diretamente o direito, que encontrou sua máxima expressão no direito canônico.

---

<sup>24</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. BERLINER, Claudia (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 110.

<sup>25</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico...**, p. 101.

<sup>26</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico...**, p. 113.

<sup>27</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval...**, p. 121.

O direito da Igreja desenvolveu-se numa sociedade carente de um poder centralizador estatal, sendo que sua fonte e legitimação provinham de organizações que respaldavam a subordinação jurídica à religiosa. Tanto que a teoria canônica das fontes de direito proclamava a subordinação dos direitos seculares e eclesiástico ao direito divino, revelado pelas Escrituras ou pela Tradição. Essa sujeição dos poderes temporais ao poder eclesiástico atribuía ao Papa o poder de depor os reis ou de libertar os súditos do dever de lhes obedecer.

Em resumo, tem-se no Medievo um planeta religioso que desconfia do indivíduo solitário, que apenas constrói a salvação de cada indivíduo no interior de uma sociedade sacra, sendo concretamente esta proeminência absoluta do social que provoca a proeminência e indispensabilidade do jurídico. A igreja romana obteve de Roma o legado da relevância do direito e a convicção de que ele é um cimento social, garantia de incisão na história e instrumento de poder, o que resultou num relevante desenvolvimento do direito canônico e sua importância como forma de regulação social.

Ainda que houvesse independência entre os ordenamentos civil e canônico, nos casos em que surgisse um conflito grave, a última palavra pertencia ao ordenamento da Igreja. Essa influência do direito canônico foi tão intensa que subordinava os chamados “direitos inferiores”, regulamentos dos grupos tidos como inferiores, como os senhorios, corporações, cidades, famílias, grupos feudais.<sup>28</sup>

Tendo em vista a coexistência de ordens jurídicas diversas no seio da sociedade, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico medieval era plural, entendendo-se por pluralismo

a situação em que distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, coexistem no mesmo espaço social. Tal situação difere da atual, em que uma ordem jurídica, a estatal, pretende o monopólio da definição de todo o direito, tendo quaisquer outras fontes jurídicas (o costume ou a jurisprudência) uma legitimidade apenas derivada, ou seja, decorrente de uma determinação da ordem jurídica estatal.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico...**, p. 114.

<sup>29</sup> HESPAÑA. António Manuel. **Cultura jurídica européia...**, p. 161.

Assim, essa pluralidade de forças convergiram na construção da ordem jurídica medieval, o que gerou um período marcado por grande complexidade, que no plano social manifestava-se pela pluralidade de valores, e no plano jurídico, pela pluralidade de tradições e de fontes de produção no interior de um mesmo ordenamento político.

Assim, a dimensão jurídica de uma sociedade como esta é sobretudo consuetudinária. Tinha-se a imagem da lei como um depósito de costumes.<sup>30</sup> Este pertence ao extrato mais profundo e radical do direito, sendo inerente às estruturas mais íntimas da ordem sociopolítica, assegurando uma cimentação sólida e estável à fragilidade e incerteza de uma cotidianeidade extraordinariamente turbulenta.

No mundo medieval, Deus é o verdadeiro e único criador do direito<sup>31</sup>, e a interpretação é a atividade normativa do príncipe e da comunidade mediante o canal do costume. A interpretação dos medievais é também um ato de vontade e de liberdade do intérprete. São quatro os sujeitos que estão legitimados para a interpretação: 1. o príncipe, cuja interpretação é vinculante para a generalidade dos súditos; 2. o costume, cuja interpretação é vinculante para todos os membros da comunidade<sup>32</sup>; 3. o juiz, cuja interpretação é necessária porque vincula somente às partes da controvérsia; e o mestre ou professor, cuja interpretação é somente tida como probabilidade.

Considerando a pluralidade de ordens normativas, do caráter aberto e casuístico da sua hierarquia, e da noção última de que as normas jurídicas não constituíam o critério final da normatividade, pois este papel era exercido pela lei divina, a ordem jurídica medieval é caracterizada por uma enorme flexibilidade.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval...**, p. 103.

<sup>31</sup> Essa origem divina do direito reflete também na ideia de justiça, sendo considerada verdadeira apenas a justiça divina, sendo justo o que estava de acordo com a vontade de Deus, o que seria apenas possível com uma “retidão moral absoluta” por parte do ser humano (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico...**, p. 97 e 101).

<sup>32</sup> Grossi ressalta que o Príncipe e o costume são qualitativamente equiparáveis, tendo em vista que sua interpretação é vinculante para todos os membros da sociedade.

<sup>33</sup> HESPANHA. António Manuel. **Cultura jurídica européia...**, p. 175.

O próprio direito canônico era um material jurídico de extraordinária flexibilidade nas mãos do superior eclesiástico, fosse esse o Pontífice Romano, o bispo, ou o juiz canônico, em sua função de aplicação do direito.

O ato de Criação foi um ato de pura vontade, um ato de graça por parte de Deus. Não havia o dever da criação, sendo esta livre e não arbitrária.<sup>34</sup> Haveria então, acima da lei da natureza, e do direito positivo, uma ordem boa e justa, a ordem da Graça.

Os atos de graça, ou seja, o "dar", a doação, na Idade Média, eram privados de arbitrariedade e marcados por uma grande benevolência, pois tudo era decidido, anteriormente e num plano superior, por Deus<sup>35</sup>.

Hespanha aponta que, no nível político-constitucional, as leis e os atos de graça do príncipe poderiam reformatar ou alterar a ordem estabelecida, sendo por isso prerrogativas exclusivas dos vigários de Deus na Terra – os príncipes.<sup>36</sup> Usando este poder extraordinário, eles imitam a Graça de Deus, fazendo como que milagres, e, como fontes dessa graça terrena, introduzem uma flexibilidade quase divina na ordem humana.

Desse modo, os príncipes poderiam criar novas normas ou revogar as antigas; tornar pontualmente ineficazes as normas existentes; modificar a natureza das coisas humanas, como emancipar menores, legitimar bastardos, perdoar penas.

A equidade era um outro fator de flexibilidade. A justiça seria a fonte e a origem da equidade, que seria uma harmonia derivada dos fatos conforme os quais em casos similares se deve aplicar um direito similar. Deus mesmo pode ser qualificado como equidade. Até porque nada é equidade sem Deus. Se tal equidade encontra-se na vontade humana, se chama então justiça. E, por outro lado, se essa vontade se materializa em preceitos, sejam escritos ou

---

<sup>34</sup> HESPANHA. António Manuel. **Cultura jurídica européia...**, p. 175.

<sup>35</sup> Socialmente, a prática da justiça no Medievo estaria ligada a esses atos de caridade e generosidade, pois a bíblia ordena a proteção dos mais fracos (VILLEY, Michel. **A formação do ensamento jurídico...**, p. 101).

<sup>36</sup> HESPANHA. António Manuel. **Cultura jurídica européia...**, p. 177.



consuetudinários, então denomina-se Direito<sup>37</sup>. No final, a equidade converteu-se diretamente em fonte formal do direito.

## 1.2. MODERNIDADE E MONISMO JURÍDICO

Já a modernidade jurídica é marcada por características muito diferentes e contrastantes com os momentos anteriores, encadeadas principalmente pelo advento do Estado e suas tendências totalizantes, cuja ausência possibilitou a experiência jurídica medieval desenvolver-se numa diversidade de fontes, com acentuado papel dos costumes.

O pensamento europeu da época foi fortemente influenciado pela filosofia moderna em vários aspectos, como na exaltação do papel do homem, na valorização da razão e da invenção humana na produção do direito, na atenção ao indivíduo, na explicitação dos direitos dos homens e no progresso do direito dos pontos de vista da ordem e da precisão.<sup>38</sup>

A partir do século XVI ocorreram rupturas com a ordem jurídica e política anterior e com a tendência de dominação e controle das manifestações sociais. Desse modo, ocorre uma transformação da identidade do Príncipe, que adquire o papel de detentor de um poder absoluto, marcado pela soberania.<sup>39</sup> Assim, o Príncipe moderno

intui o valor fundante que o direito pode ter para a dimensão política: é por isso determinado a controlá-lo, insere a produção jurídica entre seus instrumentos de poder e dela faz o objeto primário da sua atividade soberana.<sup>40</sup>

Esse papel legiferante do Príncipe continua a crescer, tornando o direito cada vez mais ligado à fonte legislativa. A partir do século XVI até a

---

<sup>37</sup> HESPAÑA. António Manuel. **Cultura jurídica européia...**, p. 179 e 180.

<sup>38</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico...**, p. 171.

<sup>39</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. FONSECA, Ricardo Marcelo (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 49.

<sup>40</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito...**, p. 49.

Revolução Francesa e o surgimento do Código de Napoleão, fica claro o enfraquecimento das antigas fontes, aumentando cada vez mais a produção legislativa, que se instalou em espaços que antes eram de exclusivo pertencimento dos costumes, e culminou no surgimento das codificações.

Consequentemente, o direito fica mais ligado ao Estado, sendo desejo do Príncipe controlar cada vez mais o fenômeno jurídico, que aos poucos perde suas raízes pluralistas e se subjeta ao poder soberano. Com a erosão do pluralismo jurídico, a lei torna-se a legítima fonte do direito, colocando em grau inferior as demais manifestações jurídicas, o que acaba com a autonomia e espontaneidade do fenômeno jurídico.

No decorrer desse desenvolvimento histórico, tem-se em 1804 o surgimento do Código Civil francês, considerado por Grossi o “evento mais significativo e mais importante da história jurídica européia continental, ou seja, a codificação do direito”.<sup>41</sup> O direito dos privados foi imobilizado em um texto, o que sufocou o caráter do direito como “história viva”.<sup>42</sup> Esta codificação tinha duas pretensões, ainda que não totalmente realizadas: “ser norma exclusiva de um Estado e se propor como representação completa da dimensão jurídica de um Estado”.<sup>43</sup> O surgimento do *Code Civile* levou à proliferação de códigos no continente europeu e depois nas colônias, marcando uma transformação da própria identidade do fenômeno jurídico.

Por sua vez, a presunção codificadora do Código de Napoleão destruiu as estruturas de funcionamento do direito medieval, caracterizadas pela opinião dos doutores, pela conexão com a sociedade e seu decorrente pluralismo, assim como pelo extra-estatalismo. Tendo em vista as influências da filosofia moderna e do iluminismo sobre o Código, o Príncipe é tido como em condições

---

<sup>41</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito...**, p. 51. Para Grossi, o Código de Napoleão é o primeiro verdadeiro código, pois “somente um é o Código, que irrompe em um determinado momento histórico, fruto de uma autêntica revolução cultural que bate em cheio e devasta os fundamentos consolidados do universo jurídico” (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade...**, p. 89).

<sup>42</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito...**, p. 51.

<sup>43</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito...**, p. 51.

de ler a natureza das coisas, decifrá-la e reproduzi-la em normas que podem ser legitimamente pensadas como universais e eternas, como se fossem a tradução em regras sociais daquela harmonia geométrica que rege o mundo.<sup>44</sup>

Aqui se tem a manifestação do jusnaturalismo, que levou ao positivismo jurídico, e o Código como expressão do Estado, o único capaz de irradiar a vontade geral.

Historicamente, o Código do século XIX é caracterizado por ser fonte única, completa e exclusiva do direito, fundante da unidade estatal. A lei estaria no topo da hierarquia das fontes do direito, sendo as demais fontes inferiores e submissas à lei. Ainda, o Código pretendia reduzir a complexa realidade social num conjunto de artigos, o que, efetivamente, mostrou-se impossível.

Por sua vez, esse modelo de codificação é marcadamente burguês, baseado na abstração e na igualdade formal, sendo instrumento de um Estado monoclasse,

de um Estado centralizador que se expressa em uma língua nacional, culta, literária, que tenta se manter o mais distante possível de todo o tipo de localismos vernáculos, os únicos verdadeiramente agradáveis e compreensíveis à massa popular.<sup>45</sup>

Tal estrutura agrada a burguesia, sedenta pela livre aquisição e circulação da propriedade, na medida em que facilita e instrumentiza, principalmente pelo contrato, as relações de troca, num momento de evolução econômica e valorização do acúmulo de riquezas.

Essas grandes mudanças históricas, sociais e jurídicas levam Grossi a caracterizar a modernidade pelos seguintes pontos distintivos:

a estatalidade do direito; a juridicidade vinculada à estatalidade, o Estado como único sujeito histórico capaz de transformar em jurídica uma vaga regra social; o direito se manifesta unicamente na voz do Estado, ou seja, na lei, a qual – se não é formalmente a única fonte – o é materialmente

---

<sup>44</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito...**, p. 94.

<sup>45</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito...**, p. 107.

porque está no vértice de uma hierarquia intransponível; o velho pluralismo jurídico é em um golpe eliminado e o absolutismo jurídico toma sempre mais espaço na civilização do máximo liberalismo econômico; ciência jurídica e laboriosidade dos juízes são expulsas do processo criativo do direito, reduzida a um papel ancilar do legislador, enquanto a sua interpretação – velho motor propulsivo da experiência medieval – é contraída e minimizada ao não-papel de exegese, isto é, de repetição banal e servil da vontade que o legislador revelou e encerrou na lei.<sup>46</sup>

Por todas essas marcantes características, o autor cunha a expressão *absolutismo jurídico*<sup>47</sup> para indicar a plenitude do direito moderno, pois se tem a concepção de que o direito é de interesse e monopólio exclusivos do soberano, fundado na vontade do Estado, afastando-se cada vez mais dos fatos.

Desse modo, absolutismo jurídico significaria o

ressecamento: o rígido monismo ditado por imperiosos princípios de ordem pública [que] impede uma visão pluriordenamental e, conseqüentemente, pluricultural, concebendo um só canal histórico de escoamento munido de barreiras tão altas a ponto de evitar introduções e misturas vindas do exterior.<sup>48</sup>

Assim, tudo que não está inserido na lei é tido como ilícito ou irrelevante. Também ocorre uma forte estatalização do direito privado, que deveria subjugar-se totalmente ao Estado, ou seja, à lei, tida como a única forma de expressão legítima da vontade geral, o que gerou a dispersão das fontes plurais, reduzindo o direito ao plano legislativo. O rico pluralismo foi substituído por um rigoroso monismo jurídico, com um conseqüente afastamento do direito da realidade.

---

<sup>46</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**..., p. 52.

<sup>47</sup> GROSSI, Paolo. Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). In: GROSSI, PAULO. **História da propriedade e outros ensaios**. FRITOLI, Luiz Ernani; e FONSECA, Ricardo Marcelo (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 123-137.

<sup>48</sup> GROSSI, Paolo. **Absolutismo jurídico**..., p. 127.

Apesar das críticas, Grossi não nega o importante papel da lei na modernidade<sup>49</sup>, mas dá

ênfase a grande falta de senso crítico com que nos fizemos portadores daquele papel e com o qual se sustentou o seu valor. Legislador, lei e legalidade pertencem àquela restrita categoria de ídolos – venerados e não discutidos – que dominam soberanos na mitologia do secularismo moderno.<sup>50</sup>

Atualmente, para o jurista, essa posição passiva perante o direito deve ser tida como inaceitável, principalmente pelo fato de a lei não corresponder à complexidade da vida em sociedade, muitas vezes ignorando o clamor por justiça e equidade que vem a se intensificar. Além do mais, submeter e limitar o direito ao Estado, cuja tendência é inibir a pluralidade, é ter uma visão simplificada do fenômeno jurídico, ignorando a efetividade do direito em prol de sua validade e formalismo.

A civilização jurídica regida por um absolutismo jurídico tem uma visão reduzida ou mesmo inexistente da complexidade social, insensível às modificações culturais e sociais, e negligente acerca da historicidade da vida em sociedade.

---

<sup>49</sup> É importante ressaltar a inexistência de *um* sistema jurídico moderno, pois havia uma grande contraposição entre os pensadores que influenciaram na época. Contudo, Michel Villey afirma ser possível encontrar duas tendências comuns entre os sistemas jurídicos dos países europeus: a laicidade e o individualismo. A laicidade estaria presente na medida em que o direito moderno opõe-se ao direito clerical predominante na Idade Média. Desse modo, o homem acredita que a criação das leis não restava mais em Deus, mas na razão, o que resultou na criação de um sistema jurídico laico, baseado em codificações laicas, como o Código Civil francês. Já o individualismo constituiu o ponto mais marcante da modernidade, uma vez que as doutrinas clássicas da filosofia do direito da Antiguidade jamais haviam adotado o indivíduo, isoladamente, como ponto de partida para suas reflexões (VILLEY, Michel. **A formação do ensamento jurídico...**, p. 173 a 176).

<sup>50</sup> GROSSI, Paolo. **Absolutismo jurídico...**, p. 130.

### 1.3. DIREITO COMO FENÔMENO SOCIAL E O PAPEL DAS CODIFICAÇÕES

Até o momento, analisou-se as relevantes distinções entre os ordenamentos jurídicos de dois períodos históricos importantes: o Medieval e a Modernidade. Observou-se que a existência do direito não esteve sempre ligada umbilicalmente a uma entidade centralizadora como o Estado, nem necessitava estar conectada a um aparato de poder para constituir um ordenamento observado. Historicamente isto foi facilmente comprovado pelas manifestações jurídicas encontradas antes do surgimento do Estado moderno, como, por exemplo, na Idade Média, cuja experiência jurídica foi brevemente analisada no começo deste estudo.

Com estas exposições, percebeu-se que o ponto de referência do direito é a sociedade<sup>51</sup>, o verdadeiro substrato material do direito, tida em sua enorme complexidade. Com isso, não se pode permitir ao Estado o sufocamento das diversas fontes jurídicas que afloram constantemente em sociedade. É possível encontrar o pluralismo jurídico em qualquer sociedade,<sup>52</sup> o que leva o direito a ser um “saber local”, dependente das estruturas sociais, culturais e históricas de cada território.

Desse modo, se a redução do direito a um pedaço de papel é uma ilusão, qual seria a função dos Códigos na atualidade?

Grossi procura responder a essa questão ressaltando algumas considerações. Primeiro, deve-se notar a velocidade das transformações sociais na civilização moderna. Antes, as mudanças davam-se lentamente, o que até permitiria a sua consolidação em textos normativos. Mas, hoje, a rapidez das atualizações levaria o legislador a modificar o conteúdo de uma norma logo após produzi-la. Segundo, é inegável a complexidade da sociedade atual, que dificilmente consegue ser reduzida por uma codificação, como se pretendeu no começo do século XIX com o Código Civil francês. Situação que pode ser em parte tributável às inovações tecnológicas, que levam a uma

---

<sup>51</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito...**, p. 11.

<sup>52</sup> HESPANHA. António Manuel. **Cultura jurídica europeia...**, p. 506.

realidade dificilmente reduzível. Depois, a civilização moderna apresenta enorme tendência à universalização, o que gera dúvidas acerca da possibilidade de o Código disciplinar conteúdos que não serão limitados ao local, mas atingirão também o cenário internacional.

Tendo em vista esses apontamentos, encontra-se presente uma realidade que constantemente forma novos institutos, que são superados rapidamente, dando origem a outros, com o risco das codificações não corresponderem à necessidade de elasticidade e mutabilidade exigidas.

Flagrantemente, neste trabalho observar-se-á que o negócio fiduciário representa mais uma dessas figuras jurídicas que crescem à margem do direito estatal mas alcançam o seu reconhecimento jurídico devido à importância social a eles tributada.

O negócio fiduciário surgiu como um meio dos particulares realizarem interesses não tutelados pelo direito e como uma forma de atingir escopos, ainda que disciplinados pelo ordenamento, de maneira mais vantajosa ou menos onerosa. Uma vez que o negócio fiduciário é um tipo negocial não previsto normativamente, pode-se questionar sua aceitação num sistema jurídico em que a normatividade é tida como critério de segurança jurídica, tendo em vista que a previsão legal de determinada figura traz consigo a explicitação dos critérios necessários para a ocorrência de sua existência, validade e eficácia.

Para esclarecer essa importante questão é que se iniciou este trabalho com a análise de um momento histórico em que o direito apresentava grande importância social ainda que não ligado a um poder monopolizador e no qual nem mesmo contava-se com a suposta segurança oferecida pelas normas explícitas. Assim, com o estudo do direito medieval pode-se perceber que é possível a existência de uma ordem jurídica sem um Estado e, mais ainda, é possível a observância e regulação não normativa de institutos social e juridicamente relevantes, já que eles envolvem interesses e direitos dignos de tutela estatal.

Nesta medida que se mostra oportuno o pensamento de Grossi, defensor de que somente restaria ao Código “a possibilidade de se oferecer

como uma espécie de grande moldura”,<sup>53</sup> uma vez que o papel totalizante do legislador moderno parece extremamente pretensioso, que ao tentar monopolizar o fenômeno jurídico demonstrou sua verdadeira impotência. Assim, é por intermédio dessa grande moldura que o ordenamento jurídico brasileiro oferece que serão analisados os elementos necessários para a constituição do negócio fiduciário contemporaneamente.

Acertadamente, o historiador italiano tributa como necessário um repensar acerca do sistema das fontes e o papel da lei, que em sua opinião deve limitar-se a “fornecer molduras relevantes para o desenvolvimento da vida jurídica”.<sup>54</sup> Esclarece que, notavelmente, o Estado não pode abrir mão de seu papel legislativo, mas deve abrir espaço para um verdadeiro pluralismo jurídico, em que os indivíduos possam participar ativamente da organização jurídica da sociedade.

Complementar a esse pensamento, tem-se as considerações trazidas por António Manuel Hespanha em sua obra *Caleidoscópio do Direito*. De acordo com o autor, há cerca de duzentos anos, defendia-se que o direito deveria ser uma criação do Estado, um reflexo de sua soberania e da vontade estatal. A partir do século XIX, ainda que vigorasse um regime democrático, ele era extremamente elitista, e os indivíduos permaneciam alheios à vida política e ao direito, o que de certa forma incitou o surgimento de fenômenos jurídicos extra-estatalistas, que provinham de normas sociais aceitas e da doutrina.

O Estado, para evitar uma dispersão normativa, procurou criar procedimentos para a feitura das leis, mas sua complexidade, artificialidade e demora aumentaram ainda mais a distância entre o direito e os cidadãos. E da desconfiança do direito estatal decorreu uma revalorização dos elementos não estatais do direito, como a doutrina e os costumes.

Outro ponto importante é reconhecer que as sociedades ocidentais tornaram-se cada vez mais complexas e dinâmicas, e todos esses fatores modificaram as noções básicas do direito atual, que cada vez mais se afasta da

---

<sup>53</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade...**, p. 118.

<sup>54</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade...**, p. 119.



lei, principalmente pelo fato de esta não se identificar exclusivamente com o direito.

Desse modo, o monismo jurídico apresenta-se como uma ficção, tendo em vista que qualquer sociedade tem mais normas do que as legalmente instituídas, e isso deriva do pluralismo jurídico, que defende a multiplicidade de fontes normativas, sem que nenhuma estabeleça a normatividade das demais.<sup>55</sup>

Contudo, ter-se-á um verdadeiro pluralismo jurídico apenas quando se reconheça, “sem discriminação, todas as formas de manifestação autônoma de direito e de dar a todas elas a mesma capacidade de se exprimirem na comunidade jurídica”.<sup>56</sup>

Ainda assim, o autor não defende que o pluralismo jurídico substitua as formas democráticas de produção das leis, direcionadas pelo Estado. O pluralismo, na verdade, deve ser um complemento para a democracia,<sup>57</sup> na tentativa de uma ordem jurídica mais igualitária, na medida em que abre espaço para outras manifestações do fenômeno jurídico que não a estatal.

Deve-se, portanto, reconhecer o pluralismo jurídico, mas este não pode substituir o sistema democrático, representado pelas leis, pois, como ressaltou Grossi, as codificações têm o importante papel de moldura do fenômeno jurídico, dentro do qual podem se manifestar as mais variadas formas de autonomia dos diferentes grupos socialmente existentes.

Em resumo, percebe-se que no cenário social contemporâneo o monismo estatal é irreal, pois não se conjuga com a riqueza da dinâmica social, impondo-se o pluralismo sobre o cotidiano, cuja representação é explicitada neste trabalho pelo estudo do negócio fiduciário. Contudo, o pluralismo jurídico não pode se confundir com arbitrariedade e perda da segurança jurídica, ainda que essas categorias sejam relativizadas e tenham um significado diferente atualmente do que tinham na época moderna.

---

<sup>55</sup> HESPANHA. António Manuel. **Caleidoscópico do direito**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 65.

<sup>56</sup> HESPANHA. António Manuel. **Caleidoscópico do direito...**, p. 75.

<sup>57</sup> HESPANHA. António Manuel. **Caleidoscópico do direito...**, p. 77.

O 'fetiche da norma' representa um recorte artificial que não corresponde à realidade, e não se pode esquecer que a ideia de norma jurídica estatal é apenas uma visão, uma parte da norma. Uma postura realista do direito vem da leitura do que é a sociedade, cuja produção normativa estatal representa apenas uma de suas inúmeras facetas.

Com as considerações feitas, pode-se aceitar a existência de normas não estatais, cuja força social tem poder normativo, ainda que não poder jurídico, que poderá, contudo, ser concedido, na medida em que os novos institutos adentrarem o sistema jurídico, por exemplo, via jurisdicional, nos casos em que a jurisprudência aceite o fenômeno social como tutelável pelo ordenamento jurídico.

É verdade que a densidade democrática de uma norma estatal tende a ter mais força do que a de uma norma social, pois essa densidade é mais clara, já que não se tem a segurança e a objetividade da norma estatal nos fatos com força normativa. Porém, deve-se lembrar que a produção normativa estatal, ainda que garantida por procedimentos democráticos, também é suscetível de manipulação, mostrando que a mera formalidade não garante a democracia no processo. É necessário considerar-se que a tutela de situações surgidas diretamente da sociedade também é uma demonstração de democracia, e uma democracia ainda mais próxima do social. Todavia, os cuidados para que tais fenômenos insiram-se no sistema devem ser tomados, o que se supõe passível de ser feito, gradativamente, via jurisdicional, e que poderá ainda ganhar mais força pela doutrina e demais estudos jurídicos.

Desse modo, acredita-se que o pluralismo jurídico seja um efetivo meio de complementação do sistema democrático, na medida em que traz ao direito a vitalidade das experiências surgidas naturalmente no substrato social, como a existência e importância social do negócio fiduciário.

## 2. EM BUSCA DE UM MODELO TEÓRICO DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

### 2.1. DEPRECIAÇÃO DA TEORIA DO FATO JURÍDICO PELA DOCTRINA

Ao se analisar o tratamento conferido pela doutrina brasileira à teoria do fato jurídico, observa-se que a maior parte dos civilistas não dedica a atenção necessária ao tema ou abordam-no de maneira atécnica e sem critérios que auxiliem os juristas a compreender o que determina a existência dos fatos jurídicos e em que medida eles diferem dos demais fatos do mundo.

Normalmente, os autores costumam identificar os fatos jurídicos como aqueles “acontecimentos que produzem efeitos jurídicos”<sup>58</sup>, uma definição funcional<sup>59</sup> que não representa um bom critério de classificação e nem oferece qualquer argumento justificativo. O erro nesta afirmação ocorre pela comum confusão feita pela doutrina entre *existir* e *gerar efeitos*. Caso fossem termos equivalentes, estar-se-ia afirmando que os fatos jurídicos existem apenas se irradiarem efeitos, algo claramente falso, tendo em vista, por exemplo, os negócios jurídicos sujeitos a termo ou condição, que são existentes ainda que ineficazes<sup>60</sup>.

É verdade que a principal finalidade dos fatos jurídicos é gerar efeitos jurídicos, contudo, essa constatação não pode servir de critério de diferenciação dos fatos jurídicos, pois estes podem existir mesmo que não produzam efeitos jurídicos.

---

<sup>58</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil** – Introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 380. Demais autores: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume I: teoria geral do direito. 26. ed., reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 388; DINIZ, Maria Helena. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – v. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. ; VENOSA, Silvio de Salvo. **Comentários Direito Civil**, Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 319; PASSARELLI, F. Santoro. **Teoria geral do direito civil**. ALARCÃO, Manoel (trad.). Coimbra: Atlântida, 1967, p. 79; TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil** – Estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 183

<sup>59</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da existência....., p. 110.

<sup>60</sup> Importante frisar que os negócios jurídicos sujeitos à termo ou condição apenas não apresentam sua eficácia própria até o momento de ocorrência do termo ou condição. Naturalmente, esses negócios possuem uma eficácia mínima, que envolve a vinculabilidade das partes e o direito expectativo de ambas.

Não se pode esquecer que os efeitos jurídicos são um tipo de atribuição jurídica, que, por isso, apenas é possível de ser conferida a fatos que já fazem parte do mundo jurídico, ou seja, fatos jurídicos. Desse modo, o exame de qualquer fato jurídico deve começar pelo plano da existência, para se verificar se estão presentes os elementos necessários para que ele pertença ao mundo jurídico.

Já em relação aos negócios jurídicos, uma espécie de fato jurídico e objeto de estudo desta dissertação, o equívoco apresentado pela doutrina é caracteriza-lo como um fato jurídico cujo efeitos jurídicos provêm da vontade humana, e por isso são dependentes dela.

Os negócios jurídicos representam uma das maiores formas de exercício da autonomia privada, porém, eles não têm na vontade do agente, como afirma César Fiuza, sua principal fonte de efeitos.<sup>61</sup> A manifestação de vontade, na verdade, tem o papel de compor o ato jurídico, sendo que, no caso dos negócios jurídicos, as partes também escolhem as categorias eficaciais, já especificadas pelo ordenamento jurídico, de acordo com seus interesses.

Defender o papel da vontade como geradora de efeitos jurídicos é permanecer no voluntarismo jurídico do século XIX que defendia o poder da vontade atomística sobre a ordem jurídica; um pensamento que não se pode aceitar contemporaneamente, sob pena de um exercício da autonomia privada que escravize os indivíduos ao invés de libertá-los. A vontade sem as limitações do ordenamento jurídico pode abrir espaço para a arbitrariedade e exploração humana, um cenário incompatível com o Estado de Direito.

## 2.2. A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO DE EMILIO BETTI

Enquanto a maior parte da doutrina costuma explicar os fatos jurídicos a partir de seus efeitos, Betti adota uma perspectiva social para identificar os fatos que serão considerados jurídicos pelo direito. O autor italiano defende que é no substrato social que se originam os fatos jurídicos, focando seus

---

<sup>61</sup> FIUZA, César. **Direito civil** – curso completo. Inclui comentário sobre a Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008 (guarda compartilhada). 12. ed rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: DelRey, 2008, p. 202.

estudos principalmente nos negócios jurídicos, cujas teorizações serão desenvolvidas a seguir tendo em vista o objeto de estudo deste trabalho.

Segundo Betti, os negócios jurídicos são atos provenientes da vida em sociedade que surgem como instrumentos de realização de interesses e necessidades socioeconômicos<sup>62</sup>, como a circulação de bens.

A ideia central seria que os negócios e as operações negociais precedem o reconhecimento dado ao negócio jurídico pelo direito<sup>63</sup>. Assim,

o direito, quando se decide a elevar os contratos sob palavra, ao nível de negócios jurídicos, não faz mais do que reconhecer, em vista da sua função socialmente relevante, aquele vínculo que, segundo a consciência social, os próprios particulares já anteriormente admitiam existir nas relações entre eles. Não faz mais que reforçar e tornar mais sólido esse vínculo, acrescentando-lhe a sua sanção.<sup>64</sup>

A dinâmica de surgimento dos negócios jurídicos mostra que eles nascem da iniciativa privada, sendo atos criados pelos particulares para atender a interesses recíprocos, representando a autodeterminação dos sujeitos para regular as próprias necessidades<sup>65</sup>. Assim, é a recepção da autonomia privada pelo direito que possibilita o reconhecimento dessas

---

<sup>62</sup> Naturalmente, a função socioeconômica não encerra a possibilidade de interesses que podem ser atingidos pelo negócio jurídico. Muitos negócios são praticados não em função de um interesse econômico, mas porque têm um valor em si, como os de cunho social, religioso, artístico ou cultural. (PENTEADO, Luciano. **Doação com encargo e causa contratual**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 53).

<sup>63</sup> Para entender o pensamento do autor, é indispensável que se reconheça que os interesses tutelados hoje pelo direito já existiam na vida social, independente de o ordenamento jurídico prestar-lhes tutela jurídica. Nesses casos em que o Estado ainda não reconheceu tais fatos sociais, a tutela das relações negociais faz-se pelos costumes e a correção. Como acentua Betti, a palavra dada é respeitada e ganha um valor vinculativo da consideração social. Nos negócios jurídicos a boa-fé seria o critério de valoração mais importante, mesmo depois da recepção do instituto pelo direito. (BETTI, EMILIO. **Teoria geral do negócio jurídico** – tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, p. 1969, p. 87 – 91).

<sup>64</sup> BETTI, EMILIO. **Teoria geral do negócio jurídico**..., p. 91.

<sup>65</sup> MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

relações intersubjetivas, dentro de certos limites<sup>66</sup>, assim como a obtenção de sua tutela jurídica, uma vez que o Estado tem interesse em recepcionar fatos da realidade que se apresentam como socialmente relevantes.

Betti defende que o negócio jurídico é um preceito de autonomia privada, isto é, uma declaração preceptiva que extrapola a mera revelação da vontade, elemento central das teorias voluntaristas. O objetivo desta declaração é alcançar certa consequência jurídica<sup>67</sup>, na busca de atendimento de sua função social. A declaração preceptiva representa uma estatuição ordenadora, de relevância essencialmente social e eficácia operativa própria, de uma linha de condutas por meio das quais os indivíduos regulam suas relações com os demais. Importante ressaltar que essa eficácia é, antes de mais nada, social – em sociedade as partes reconhecem essa declaração ordenadora como vinculante e cumprem os comportamentos esperados porque sabem que estão vinculadas, independente da sanção jurídica. Tal mecanismo opera-se porque essa eficácia vinculativa é irradiada pela declaração preceptiva, e não pelo direito.

Desse modo, o autor elege o comportamento (ou conteúdo da declaração) socialmente reconhecido e juridicamente relevante como elemento central dos negócios jurídicos<sup>68</sup>, e não a vontade, elemento anímico cujo conhecimento diz respeito apenas ao indivíduo. Se os negócios jurídicos são funcionalizados para o autorregramento dos privados em relações de importância social, seria inadequado conectar umbilicalmente sua gênese, reconhecimento e desenvolvimento a um elemento de difícil reconhecimento externo e de conteúdo volátil como a vontade. E o jurista italiano consegue desviar-se de tal inadequação ao focar o reconhecimento dos negócios

---

<sup>66</sup> Cabe ao ordenamento jurídico fixar as condições e limites ao reconhecimento da autonomia privada (BETTI, EMILIO. **Teoria geral do negócio jurídico...**, p. 104). É inconcebível, num Estado democrático, aceitar a existência de qualquer direito como ilimitado, pois impossibilitaria o respeito e reconhecimento de outros direitos que só existem por conta dessa limitabilidade.

<sup>67</sup> LARENZ, Carl. **Metodologia da ciência jurídica**. SOUZA e BRITO, José; VELOSO, José Antonio. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 419.

<sup>68</sup> BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed. corrig. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

jurídicos nas ações sociais, cuja exteriorização é capaz de ser observada, reconhecida e interpreta pelos demais indivíduos.

As declarações preceptivas representam um preceito de autonomia privada; ao serem reconhecidas pelo direito, exercem a função de criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, cuja existência, validade e eficácia são disciplinadas pelo direito<sup>69</sup>.

Importante lembrar que, ainda que o direito reconheça e recepcione a autonomia privada como geradora de atos negociais socialmente relevantes, há uma restrita determinação de limites no que diz respeito aos efeitos jurídicos potencialmente irradiáveis por esses negócios. Não são os particulares que criam os efeitos jurídicos dos negócios jurídicos por eles constituídos. O ordenamento jurídico estabelece quais serão os possíveis efeitos a serem produzidos e cabe aos sujeitos somente a escolha das categoriais eficaciais de seu interesse, considerando as normas cogentes e dispositivas presentes no ordenamento. E é por essa possibilidade de escolha das categorias eficaciais que o negócio jurídico é reconhecido como o maior instrumento de exercício da autonomia privada.

### 2.3. A CONSTRUÇÃO ORIGINAL DE PONTES DE MIRANDA

No começo deste capítulo analisou-se o tratamento despreocupado conferido pela doutrina brasileira ao tema dos fatos jurídicos, demonstrando o descaso de muitos doutrinadores na necessária diferenciação entre fatos jurídicos e fatos sociais. Num segundo momento, apresentou-se o posicionamento de Emilio Betti que, com sua teoria preceptiva, ressaltou a importância do fato social, cuja base material serve de molde para a estrutura normativa no momento de recepção pelo direito do fato social e juridicamente relevante. Neste momento, faz-se oportuno algumas considerações acerca dos estudos de Pontes de Miranda, cuja contribuição conferiu à ciência jurídica um novo olhar acerca do entendimento dos fatos jurídicos.

Na teoria do fato jurídico desenvolvida por Pontes de Miranda, nem os fatos e nem as normas, sozinhos, podem gerar fatos jurídicos. A proposição do

---

<sup>69</sup> BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**....., p. 49-50.

autor é que as regras jurídicas descrevem abstratamente em seu suporte fático os fatos que podem ocorrer na realidade e que o direito considera relevantes, sendo que quando tais fatos ocorrerem a norma incidirá sobre eles, transformando-os em fatos jurídicos. Desse modo, é pelo fenômeno da incidência que os acontecimentos da realidade são inseridos no mundo jurídico e podem repercutir com a eficácia própria dos fatos jurídicos: a eficácia jurídica.<sup>70</sup> Uma vez que os fatos jurídicos nascem pela junção entre fato e norma, pode-se chegar à conclusão de que apenas os fatos que são disciplinados pelo direito podem se tornar fatos jurídicos, ou seja, um fato que poderá irradiar efeitos jurídicos.<sup>71</sup>

Nota-se que a maior inovação do autor foi alcançar um ponto intermediário entre os demais autores que tentaram explicar a formação dos fatos jurídicos por uma perspectiva meramente normativa ou meramente social. Com isso, Pontes de Miranda reforçou a noção de direito como um encontro entre a realidade social e a realidade jurídica, já que a existência dos fatos jurídicos não se limita apenas à existência de um sistema normativo e nem apenas à ocorrência de fatos com relevância social, mas, sim, constituídos por uma composição entre os fatos e as normas.<sup>72</sup>

Feitas essas considerações, cabe neste momento uma breve análise acerca dos três planos que compõem o mundo jurídico e pelos quais podem passar os fatos jurídicos: existência, validade e eficácia.

---

<sup>70</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** – parte geral – introdução; pessoas físicas e jurídicas, t. I, 4. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 03 – 04.

<sup>71</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 09.

<sup>72</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da existência..., p. 07.



### 3. A TRIPARTIÇÃO DE PLANOS: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

#### 3.1. PLANO DA EXISTÊNCIA – A NOÇÃO DE FATO JURÍDICO EM PONTES DE MIRANDA E A COMPOSIÇÃO DO MUNDO JURÍDICO

A teoria do fato jurídico é considerada um dos temas essenciais para o direito privado, uma vez que procura organizar analiticamente a estrutura da norma jurídica a fim de possibilitar ao intérprete reconhecer o surgimento de fatos jurídicos na realidade, compondo o mundo jurídico. Assim, para Pontes de Miranda, a teoria do fato jurídico procura organizar todo o conjunto juridicamente relevante por intermédio de uma mesma categoria, a do fato jurídico.

Marcos Bernardes de Mello diz que, no mundo, se encontraria um conjunto maior, o mundo dos fatos, que englobaria todos os acontecimentos que ocorreram, ocorrem e ocorrerão.<sup>73</sup> O mundo seria a totalidade dos fatos. Alguns desses fatos interessam ao mundo jurídico, outros não. Lembrando que a um fato do mundo podem corresponder vários fatos jurídicos como, por exemplo, no caso da morte de determinada pessoa, tem-se a abertura da sucessão, dissolução das relações jurídicas das quais essa pessoa fazia parte, como casamento, pertencimento a alguma sociedade etc.

Já o mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos, que surgem da incidência da norma jurídica sobre os fatos do mundo que o direito considera relevante. Desse modo, a teoria do fato jurídico não seria circunscrita nem apenas à realidade fática nem à norma jurídica. O fato jurídico é o produto de uma colagem entre norma e fato. Assim, resumidamente, poder-se-ia considerar como fato jurídico o conjunto de fatos que, correspondendo ao que foi hipoteticamente descrito na norma, é qualificado como jurídico.

Uma parte da doutrina define fato jurídico como o fato juridicamente relevante. Mas essa definição é tautológica e inútil, porque não explica como uma ocorrência da vida em sociedade pode ser considerada fato jurídico e

---

<sup>73</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da existência..., p. 09.

outras não. Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello superam essa perspectiva porque mostram o fato jurídico como uma colagem entre norma e realidade. O mundo jurídico não seria apenas um conjunto de normas e nem um conjunto de fato, mas o produto de uma relação entre eles.

O plano da existência é o plano pelo qual todos os fatos jurídicos devem necessariamente passar. Isso porque a incidência da norma introduzirá o suporte fático no mundo jurídico, transformando-o em fato jurídico. Assim, para que fatos sejam jurídicos, é necessário que regras jurídicas incidam sobre eles, com a consequente determinação de quais conteúdos do suporte fático entrarão no mundo jurídico em forma de fato jurídico.

Para se determinar quais fatos poderão se tornar jurídicos, é necessário que o intérprete observe se o fato ocorrido na realidade corresponde ao suporte fático descrito pela norma (suporte fático abstrato)<sup>74</sup>. Caso haja essa correspondência, a norma incidirá e parte do suporte fático entrará no mundo jurídico, tornando-se fato jurídico.

Deve-se ressaltar, contudo, que o momento de incidência da norma é lógico e automático, pois não ocorre no plano fenomenológico e independe do querer humano. Em outras palavras: a incidência da norma não se materializa na realidade, não sendo possível observá-la como fenômeno. Sua ocorrência limita-se ao “mundo dos pensamentos”<sup>75</sup> e desencadeia-se em decorrência da lógica do sistema, independendo da vontade humana. Por este motivo não se pode confundir o momento da incidência da norma com o momento de sua interpretação ou aplicação.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Já o suporte fático concreto corresponde à concreção, na realidade, dos fatos hipoteticamente descritos na norma jurídica.

<sup>75</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**..., t. I, p. 16.

<sup>76</sup> Para Torquato Castro Jr. (CASTRO JÚNIOR, Torquato Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses. 2009), a noção de Pontes de Miranda de que a incidência e a aplicação da norma seriam momentos distintos, e que a incidência ocorreria independente do querer humano, criaria um paradoxo. Com base na teoria de Paulo de Barros de Carvalho, defende que “a incidência da norma não se pode dar independentemente da participação humana”, e que “dizer que a norma incide é dizer que alguém pensa essa incidência”. E completa: “se é tomada com a devida atenção essa observação, vê-se que no momento em que a autoridade decide o caso e normatiza sua solução, nesse momento estão acontecendo simultaneamente incidência e aplicação”. Isso baseado no fato de Paulo de Barros Carvalho

Para que o intérprete possa certificar-se se houve ou não a incidência da norma, que levaria ao surgimento do fato jurídico, é necessário que se conheça a estrutura normativa, pois, como ressalta Pontes de Miranda, são as “regras jurídicas que marcam, dizem o que se há de considerar jurídico e, por exclusão, o que se não há de considerar jurídico”.<sup>77</sup> Desse modo, é indispensável o conhecimento dos elementos da norma jurídica apresentados a seguir.

As normas são enunciados normativos formados basicamente de dois elementos: (a) descrição de um suporte fático do qual resultará o fato jurídico,<sup>78</sup> que é a descrição de um evento ou ação que pode vir a ocorrer na realidade da vida em sociedade; e (b) prescrição dos efeitos jurídicos atribuídos ao fato jurídico respectivo,<sup>79</sup> pois quando se dá a ocorrência do evento ou ação a norma conecta um determinado efeito jurídico.

---

expor que “não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina”.

Tal posição parece equivocada. Primeiro, porque considera que o fato jurídico e seus possíveis efeitos só surgiriam com a análise do caso pela autoridade com competência para normatizar a sua solução. Mas se nota com facilidade que todos são titulares de direitos, deveres, poderes, faculdades etc, que talvez nunca passem pelo crivo de qualquer ser humano, e que, nem por isso, tais situações jurídicas elementares deixarão de existir. Por exemplo, o art. 2º do Código Civil estabelece que “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida...*”. O suporte fático dessa fato jurídico é o nascimento com vida, e seu efeito é o início da personalidade, que por si só gera outros direitos, como os direitos de personalidade. Talvez, por exemplo, o direito de personalidade de determinada pessoa nunca será ameaçado ou violado, e assim, não será levado à análise da autoridade competente qualquer litígio acerca do assunto. Pela teoria adotada por Castro Jr e Paulo de Barros, pela ausência de um ser humano ter feito a subsunção e aplicação da regra do art. 2º, os direitos de personalidade dessa pessoa nem existiriam, o que se mostra, evidentemente, absurdo. E mais absurdo seria que todos os direitos e deveres de titularidade de milhares de pessoas não existissem porque, como diz o autor, o fato só se torna jurídico “se for revestido pela linguagem da autoridade com competência para normatizar a solução do caso”.

E mais, seria também impossível a existência das sentenças declaratórias, que apenas declaram, ou seja, tornam clara, a existência de uma relação jurídica, pois essa se dá antes da intervenção do juiz, o que seria admitir o surgimento de um fato jurídico antes da intervenção do Poder Judiciário.

Como esclarece Pontes de Miranda, não “importa se a pessoa conhece ou não a regra jurídica: ela, por ser jurídica, incide, com ou sem esse conhecimento. De modo que é falsa toda teoria que ligue ao reconhecimento da regra jurídica a sua força de incidência, ou de aplicação”.

<sup>77</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado...**, t. I, p. IX.

<sup>78</sup> MELLO. **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p. 41.

<sup>79</sup> MELLO. **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p. 69.

O suporte fático é um dos elementos centrais da norma e refere-se a um fato que, por ser visto como relevante pelo direito, entra no mundo jurídico. Suporte fático é um elemento do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, pois é apenas com a incidência da norma que parte do suporte fático entrará no mundo jurídico, com a formação do fato jurídico. O suporte fático pode ser abstrato ou concreto.<sup>80</sup> O suporte fático abstrato é aquele hipoteticamente descrito pela norma jurídica. É um enunciado abstrato de fatos. O suporte fático concreto corresponde à ocorrência, na realidade, daquilo que hipoteticamente foi enunciado pela norma. Em linhas gerais, o suporte fático abstrato descreve eventos ou condutas.

Todo suporte fático terá um núcleo, um conjunto de fatos que dará suficiência para a norma incidir. A isso Pontes de Miranda denomina núcleo ou elementos nucleares do suporte fático.

O núcleo é formado por dois segmentos: o cerne e os elementos completantes. O cerne vai fixar no tempo a incidência da norma jurídica; é a concreção do fato jurídico. Ele é composto de fatos que, por serem considerados pela norma jurídica essenciais à sua incidência e conseqüente criação do fato jurídico, constituem no seu núcleo. Já os elementos completantes, como a própria denominação alude, completam o cerne para formação do núcleo e especificação do fato jurídico em relação a outras espécies de fatos jurídicos. Observe-se o exemplo: temos dois fatos jurídicos cujo elemento cerne é o acordo consciente de vontade, com poder de autoregramento. O primeiro tem como elemento completante a disposição de certo objeto com pagamento de determinado preço; o outro trata de uma disposição de certo objeto de modo gratuito. Claramente, o primeiro negócio trata-se de uma compra e venda, e o segundo de uma doação. Assim, observamos neste caso que o elemento completante serve para diferenciar cada um dos negócios jurídicos das demais espécies dessa mesma categoria. Os elementos completantes também verificam a suficiência do suporte fático para o ingresso ou não no plano da validade.

Têm-se também os elementos complementares, mas estes, ao contrário dos outros dois, não integram o núcleo do suporte fático, mas apenas

---

<sup>80</sup> MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência..., p. 42.

o complementam, e seu impacto recairá no plano da validade ou da eficácia. Por exemplo, são elementos complementares relativos ao sujeito a capacidade de agir, a legitimação para a prática do ato, a perfeição na manifestação da vontade, a boa-fé, etc. Já relativo ao objeto são elementos complementares a possibilidade do objeto, a licitude, a determinabilidade etc. Como se percebe, os elementos complementares apenas constituem pressupostos de validade ou eficácia dos negócios jurídicos.

Por último, têm-se os elementos integrativos, que são destinados a influenciar nos efeitos jurídicos, dando uma eficácia especial ao fato jurídico. O principal exemplo seria o registro, no Registro de Imóveis, de negócio jurídico que envolva constituição, transação ou extinção de direitos reais sobre bens imóveis. Isso porque apenas com o registro é que o negócio jurídico terá sua eficácia real.

### 3.2. PLANO DA VALIDADE

A teoria do fato jurídico trabalha com a validade dos atos jurídicos no campo da dogmática jurídica, e a considera como a “qualificação que se atribui a atos jurídicos, inclusive de natureza legislativa, que são conforme com o direito daquela comunidade”.<sup>81</sup>

No plano da validade, o intérprete analisará se o ato jurídico em questão apresenta seus elementos nucleares com plena higidez, conforme as regras do ordenamento jurídico.<sup>82</sup> Os critérios para essa aferição correspondem a escolhas valorativas feitas pelo legislador, que costumam variar histórica e socialmente.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 02.

<sup>82</sup> Basicamente, devem ser respeitados os pressupostos do art. 166 do Código Civil, que exige a presença, no ato jurídico, de agente capaz, objeto lícito e possível e forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>83</sup> Marcos Bernardes de Mello afirma que o plano da validade envolve não apenas a Teoria Jurídica mas se estende ao plano da Axiologia Jurídica (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade...**, p. 06).

É importante que os atos jurídicos tenham a sua validade atestada porque, mesmo que imperfeitos, adentram ao mundo jurídico, tendo em vista que os elementos necessários para sua formação não têm sua qualidade valorada no plano da existência. O plano da existência trata do *ser*, e apenas exige que os elementos do suporte fático tenham ocorrido na realidade para a formação do ato jurídico, sejam tais elementos perfeitos ou imperfeitos.

Desse modo, os atos nulos ou anuláveis *existem*, são atos jurídicos. Primeiro, por uma pertinência ontológica. Uma qualidade (no caso, nulo ou anulável) só pode ser atribuída a um ser, a algo que existe, já que para um ato jurídico ser considerado imperfeito, ele antes de tudo deve existir como ato jurídico<sup>84</sup>. Segundo, porque a nulidade e a anulabilidade são atribuições, valorações jurídicas, que apenas podem ser conferidas a seres que pertençam ao mundo jurídico, no caso, aos atos jurídicos. Assim, para ser evitado de vício o ato passou pelo plano da existência, para posteriormente ser analisado no plano da validade, uma vez que o *existir* e o *valer* são situações distintas.<sup>85</sup>

Ressalta-se que nem todos os fatos jurídicos serão qualificados pelo direito, motivo pelo qual se mostra oportuno abordar quais são os fatos jurídicos que perpassam pelo plano da validade.

É importante delimitar-se quais são as espécies de fatos jurídicos que passam pelo plano da validade, ou seja, que são valorados como perfeitos ou imperfeitos de acordo com as regras do ordenamento jurídico determinadas por critérios de política jurídica.<sup>86</sup>

Os fatos jurídicos em sentido estrito, por dizerem respeito a eventos da natureza, não poderiam ser avaliados como nulos ou anuláveis pelo legislador, pois a natureza age independente das forças humanas e seus eventos

---

<sup>84</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade...**, p. 13. Pontes de Miranda é enfático a respeito da questão: Para “que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Sòmente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** – parte geral, t. IV, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 06 - 07).

<sup>85</sup> MELLO. **Teoria do fato jurídico: plano da validade...** *op. cit.* p. 12.

<sup>86</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. IV....., p. 04.

simplesmente acontecem<sup>87</sup>. Os atos-fato jurídicos, ainda que se refiram a condutas humanas, têm-las consideradas pelo direito como avolitivas, isto é, o ordenamento jurídico ignora a existência da vontade na prática de tais atos. Por este motivo, os atos-fato jurídicos também não passam pelo plano da validade. Eles podem até ser ineficazes, mas nunca inválidos.

Contudo, tem-se um tratamento diferenciado no que diz respeito aos atos jurídicos em sentido amplo, que envolve os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos. Um dos elementos nucleares desses atos é a manifestação de vontade, cuja necessidade de valoração é tida como indispensável pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que essa manifestação pode ser marcada por defeitos graves, em maior ou menor grau, que por esse motivo não pode ser tutelada pelo direito.<sup>88</sup>

Pontes de Miranda aponta que, de regra, o negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu* nulos apresentam suporte fático deficiente e são ineficazes; já se forem anuláveis, produzem seus efeitos até que a anulabilidade seja decretada em sentença.<sup>89</sup> Ressalta, ainda, que tendo em vista este tratamento, não se pode ligar diretamente a validade do ato com sua eficácia, supondo-se incorretamente que todo ato nulo<sup>90</sup> ou anulável não pode produzir efeitos.

---

<sup>87</sup> Como ressalta Marcos Bernardes de Mello, não faz sentido falar-se de morte ou nascimento nulo. O fato da natureza acontece, sendo inaceitável a sua verificação como perfeito ou imperfeito de acordo com os critérios da ordem legislativa. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade...**, p. 17).

<sup>88</sup> Faz-se aqui referência aos vícios de vontade disciplinados pelo Código Civil nos artigos 138 a 165, que envolvem o erro ou ignorância, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores.

<sup>89</sup> PONTES PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. IV..., p. 03. A qualidade do ato anulável de produzir efeitos até que a sentença que decrete a anulabilidade transite em julgado é chamada, por Pontes de Miranda, de eficácia interimística. Naturalmente, o mesmo não ocorre com os atos nulos, tendo em vista que não são passíveis de ser impugnados uma vez que não produzem seus efeitos próprios, não existindo eficácia a ser extinta pelo ordenamento jurídico (PONTES PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. IV, p. 35 - 36).

<sup>90</sup> Pontes de Miranda destaca que todos os atos jurídicos têm uma eficácia mínima, não existindo, assim, ato jurídico sem efeito algum. Essa eficácia mínima seria a vinculabilidade, a que se expõem todos aqueles que praticam atos jurídicos (PONTES PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. V, p. 07 - 08).

### 3.3. PLANO DA EFICÁCIA

Ainda que alguns doutrinadores<sup>91</sup> tentem conceituar os fatos jurídicos como aqueles que produzem efeitos jurídicos, pela sistemática da teoria do fato jurídico, tal assertiva seria inadequada. Ao analisar o plano da eficácia, deve-se ter em mente que existir, valer e ser eficaz são condições distintas.<sup>92</sup> Nem todo fato jurídico produz efeitos, como, por exemplo, os negócios jurídicos sujeitos a termo<sup>93</sup> ou condição,<sup>94</sup> que têm sua eficácia desencadeada apenas quando e se ocorrerem as determinações acordadas entre as partes. Há também atos jurídicos que existem, são inválidos, mas produzem efeitos, como os casos de casamento putativo<sup>95</sup> e contrato de trabalho com menor,<sup>96</sup> cujas eficácias são permitidas pelo ordenamento jurídico, independente de sua validade, por uma questão de justiça e equidade.

---

<sup>91</sup> Ver nota 58.

<sup>92</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade...**, p. 12.

<sup>93</sup> Termo é a cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e certo. Cita-se como exemplo o adimplemento de determinado direito de crédito, que apenas ocorrerá ou poderá ser exigido no momento acordado entre as partes.

<sup>94</sup> De acordo com o art. 121 do Código Civil *considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto*. Exemplo comum seria o do pai que promete apresentar a filha com um automóvel caso ela seja aprovada no vestibular.

<sup>95</sup> Considera-se casamento putativo aquele passível de ser anulado por apresentar algum vício mas que, por ter sido praticado de boa-fé, é passível de produzir alguns efeitos jurídicos.

*Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.*

*§ 1o Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.*

*§ 2o Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.*

<sup>96</sup> Ainda que o contrato de trabalho constituído com menor seja nulo, tendo em vista o limite mínimo de 16 anos exigido para sua constituição, os tribunais reconhecem a existência e eficácia dessas relações de trabalho com base num critério de justiça, pois se o menor prestou trabalho, ainda que em circunstância proibida, ele deve ser proporcionalmente remunerado.



A eficácia jurídica diz respeito à irradiação de efeitos jurídicos, que são determinados pelo legislador quando da escolha da dimensão eficaz do fato jurídico<sup>97</sup>. Nesse momento, seria pertinente a seguinte pergunta: haveria fatos jurídicos totalmente desprovidos de efeitos jurídicos, ou alguns efeitos seriam intrínsecos de qualquer fato, pelo simples fato dele existir?

De acordo com Pontes de Miranda, diversos autores despreocuparam-se em tratar do que ele denomina de *eficácia mínima*,<sup>98</sup> que corresponderia ao efeito mínimo que qualquer ato jurídico produziria.<sup>99</sup> Essa eficácia mínima seria a vinculação, tendo em vista que, de acordo com o autor, qualquer sujeito que pratica atos jurídicos expõe-se, vinculando-se automaticamente perante um número de sujeitos determinados ou determináveis. Ainda, o jurista ressalta que a vinculabilidade antecede a própria obrigação, que é matéria de direito das obrigações, tendo em vista, por exemplo, os acordos de transmissão de direito das coisas, em que a vinculação nasce num momento em que a obrigação jurídica ainda não se apresenta.

Mas, afinal, quais seriam os efeitos jurídicos possíveis determinados pelo legislador que poderiam ser irradiados pelos fatos jurídicos? Esses efeitos correspondem às categorias eficaciais, que representam direitos, deveres, ações, pretensões, ônus, exceções, e demais posições jurídicas ativas e passivas.

Pontes de Miranda faz um importante apontamento quando se refere à existência de efeitos queridos e efeitos necessários dos atos jurídicos<sup>100</sup>. Diversos autores descrevem os negócios jurídicos como aqueles atos em que os efeitos jurídicos emanados são queridos pelas partes. Realmente, uma das características dos negócios jurídicos é que a manifestação de vontade do sujeito não serve apenas para compor o suporte fático, mas também para

---

<sup>97</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** – parte geral, t. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 05.

<sup>98</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. V....., p. 07.

<sup>99</sup> Fez-se referência no texto apenas aos atos jurídicos, mas se deve ressaltar que nos fatos jurídicos e nos atos-fato jurídicos, a vinculação nasce com a própria existência do ato.

<sup>100</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. V....., p. 12.

escolher as categorias eficaciais. Contudo, não se pode esquecer que tais atos jurídicos irradiam efeitos necessários que não podem ser afastados pelas partes. E no que diz respeito aos demais fatos jurídicos (fatos jurídicos em sentido estrito, atos-fato jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito), todos os efeitos irradiados são necessários, não podendo as partes evitar a sua ocorrência.

O reconhecimento da existência desses efeitos necessários dos fatos jurídicos é muito importante, pois permite chegar à conclusão de que, mesmo nos negócios jurídicos, atos jurídicos que possibilitam o maior e mais amplo exercício da autonomia privada, o poder da manifestação de vontade das partes é extremamente regulado, só sendo protegido pelo Direito interesses legítimos e que não afrontem as prescrições adotadas pelo ordenamento jurídico.

## SEGUNDA PARTE – NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

### 4. NEGÓCIO FIDUCIÁRIO EM DIREITO NACIONAL

#### 4.1 A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

O negócio fiduciário, como categoria negocial geral, não é disciplinado no direito positivo brasileiro, apresentando-se, desse modo, como um negócio jurídico atípico<sup>101</sup>, sendo que o próprio tema da propriedade fiduciária só veio a ser introduzido no Código Civil de 2002. Contudo, alguns tipos fiduciários específicos são regulamentados por lei, sendo o objetivo deste capítulo estabelecer um panorama geral de algumas dessas figuras positivadas pela legislação nacional que possibilitam a constituição da propriedade fiduciária, assim como refletir se esses tipos legais representam ou não espécies de negócio fiduciário.<sup>102</sup>

A alienação da propriedade com escopo de garantia tem um papel econômico muito importante em sociedade, possibilitando a expansão do crédito numa sociedade movida pelo acúmulo e multiplicação de riquezas,<sup>103</sup> tornando mais fácil a aquisição de bens de consumo pela população.

---

<sup>101</sup> Como será justificado na decorrência deste estudo, apenas os negócios fiduciários não previstos em lei são os únicos e verdadeiros negócios fiduciários. Assim, os negócios fiduciários atípicos serão referenciados aqui como negócios fiduciários, e as demais figuras a ele comparadas, como fidúcia legal.

<sup>102</sup> A discussão sobre o pertencimento das figuras tratadas neste capítulo à categoria de negócio fiduciário será apresentada na última parte deste estudo, que apontará os elementos do suporte fático do negócio fiduciário no direito brasileiro.

<sup>103</sup> Por a propriedade fiduciária oferecer maior segurança ao credor, a disponibilidade de crédito torna-se mais ampla. Como aponta Luciano Penteadó, o “contrato de alienação fiduciária em garantia tornou-se, na evolução histórica do crédito para aquisição de bens o meio mais seguro de tutelar o credor por conta de que ao devedor, na duração da relação contratual reserva-se a mera posse do bem, sem qualquer direito real”. Assim, tem-se uma grande garantia de que os interesses do credor serão alcançados, chegando-se mesmo a afirmar que garantia fiduciárias seriam “hiper-garantias” (PENTEADO, Luciano. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 440).

O Código Civil de 1916 não apresentava um instituto que facilitasse as operações de garantia, além das figuras clássicas do penhor e da hipoteca.<sup>104</sup> O setor agrário poderia fazer uso do penhor agrícola ou pecuário (art. 769 do CC de 1916), mas nenhuma alternativa era oferecida para as negociações ocorridas no meio urbano.

Pelas necessidades econômicas de expansão de crédito e incentivo ao desenvolvimento da economia,<sup>105</sup> surge a Lei n.º 4.728/1965, que instituiu a alienação fiduciária em garantia, destinada a disciplinar o mercado de capitais operado por instituições financeiras e demais empresas interessadas. Algumas décadas depois, com a finalidade de expansão do mercado imobiliário, sancionou-se a Lei n.º 9.514/1997 que possibilitou o financiamento imobiliário por entidades financeiras credenciadas.<sup>106</sup> Finalmente, com o sancionamento

---

<sup>104</sup> De acordo com Christoph Fabian, as principais desvantagens dessas formas de garantia são o fato de não existir uma hipoteca para bens móveis e de que, muitas vezes, no penhor, o penhorante necessita do bem para desenvolver sua atividade econômica, o que dificultava a expansão da economia nacional numa sociedade industrial ascendente (FABIAN, Christoph **Fidúcia** – negócios fiduciários e relações externas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 71).

Ainda, a garantia fiduciária seria mais vantajosa que as figuras clássicas porque o credor teria maior segurança no adimplemento de seu crédito, uma vez que o bem alienado em garantia permanecia em seu domínio, e não com o devedor. Carlo Longo enuncia algumas conveniências da fidúcia: “[...] il creditore, essendo proprietario non aveva a temere che il debitore frustasse la sua garanzia mediante alienazioni fraudolente o la menomasse gravando la cosa di diritto reali a favore di terzi; che non aveva a temere concorso di altri creditori sulla cosa; che per riacquistare la cosa uscita delle sue mani, o per separarla dal patrimonio del debitore aggredito da altri credore, aveva la rivendicazione; che se la cosa era fruttifera o capace de impiego, il creditore poteva come proprietario percepire i frutti, trarre il reddito, pagandosi per tal modo ratealmente con le proprie mani – e così via” (LONGO, Carlo. **Corso di diritto romano**: fatti giuridici, negozi giuridici, atti illecite. Milano: Giuffrè, 1935, p. 34 – 35).

<sup>105</sup> O art. 2º da Lei n.º 4.728 aponta diversas finalidades a ser exercidas pelos órgãos fiscalizadores do mercado de capitais, como : “facilitar o acesso do público a informações sobre os títulos ou valores mobiliários distribuídos no mercado e sobre as sociedades que os emitirem; proteger os investidores contra emissões ilegais ou fraudulentas de títulos ou valores mobiliários; evitar modalidades de fraude e manipulação destinadas a criar condições artificiais da demanda, oferta ou preço de títulos ou valores mobiliários distribuídos no mercado; assegurar a observância de práticas comerciais equitativas por todos aqueles que exerçam, profissionalmente, funções de intermediação na distribuição ou negociação de títulos ou valores mobiliários; disciplinar a utilização do crédito no mercado de títulos ou valores mobiliários; regular o exercício da atividade corretora de títulos mobiliários e de câmbio”.

<sup>106</sup> Luciano Penteadó esclarece que as instituições financeiras não são as únicas legitimadas para serem parte credora num contrato de alienação fiduciária em garantia. O autor cita o art. 22, *caput* da Lei do Sistema Financeiro Imobiliário, que no § 1º do art. 22 determina: “ A

do Código Civil de 2002, a propriedade fiduciária veio a ser disciplinada mais detalhadamente pelo direito positivo (art. 1.361 e seguintes),<sup>107</sup> possibilitando que os contratantes alienem bens móveis em garantia com baixo risco para o credor e grande celeridade.<sup>108</sup> É sobre esta figura que se tratará a seguir. Contudo, deve-se notar que o negócio fiduciário ainda apresenta-se como um tipo jurídico inominado, tendo em vista que a alienação fiduciária em garantia disciplinada pelo Código Civil é apenas um das espécies jurídicas possíveis dentro da categoria do negócio fiduciário.

O art. 1.361<sup>109</sup> do Código Civil disciplina a forma de constituição da propriedade fiduciária resolúvel com escopo de garantia para bens móveis infungíveis.<sup>110-111</sup> Como aponta Christoph Fabian, tal figura localiza-se no Título acerca da propriedade, e não no Título do penhor, da hipoteca e da anticrese o

---

alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI...”.

<sup>107</sup> A Lei n.º 4.728/1965, que instituiu a alienação fiduciária em garantia foi a primeira a estabelecer a propriedade fiduciária, mas sem as especificações colocadas pelo Código Civil, que trouxe os requisitos formais para a constituição da propriedade fiduciária, que, para Fabian Christoph, compreende uma importante inovação para a “harmonização dos vários institutos de garantia fiduciária” (FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 85).

<sup>108</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das coisas, vol. 15 (arts. 1.277 a 1.368). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 336.

<sup>109</sup> *Art. 1.361 - Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.*

<sup>110</sup> O regime dos bens móveis é disciplinado pelo art. 82 do CC:

*Art. 82 - São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção, por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.*

Já o art. 83 do CC elenca um rol de bens que são considerados, legalmente, como móveis:

*Art. 83 - Consideram-se móveis para os efeitos legais:*

*I – as energias que tenham valor econômico;*

*II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;*

*III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.*

<sup>111</sup> *Art. 85 – São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.*

Em sentido contrário, são infungíveis os bens móveis que, por sua especialidade, não podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade ou quantidade.

que esclarece a natureza da figura não como um direito real *de* garantia, mas como um direito real *em* garantia.<sup>112</sup>

Pontes de Miranda assinala que não se deve confundir a constituição de *direitos reais de garantia* com a constituição e transferência de *direitos reais em garantia*. A explicação seria que

nas constituições e transferências de direitos reais limitados em segurança há o acordo de constituição ou de transmissão e o negócio jurídico da outorga da garantia, tal como ocorre com a transmissão da propriedade em segurança, porém a Garantia não se insere no direito real limitado a ponto de fazê-lo direito real de garantia.<sup>113</sup>

Desse modo, a propriedade fiduciária não representa um novo direito real de garantia, mas apenas um direito real (a propriedade), sendo transmitido em garantia de determinado crédito.

José Carlos Moreira Alves corrobora essa posição ao afirmar que é a

*propriedade fiduciária* uma nova garantia real que se não confunde com a propriedade que, em virtude de negócio fiduciário, se transmite ao credor com escopo de garantia (e que os autores, em geral, também denominam propriedade fiduciária), nem com qualquer dos direitos reais limitados de garantia (penhor, anticrese ou hipoteca).<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 74.

<sup>113</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito** privado – parte especial, t. XXI 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 353.

<sup>114</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2 ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 118. Contudo, nem toda doutrina faz essa diferenciação entre direitos reais *de* garantia e direitos reais *em* garantia. Em certo Código Civil comentado, afirmou-se que a “propriedade fiduciária [é] um dos direitos reais de garantia, ao lado do penhor, da hipoteca e da anticrese...” (DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**, 11. ed., rev., aum. e atual. de acordo com o Código Civil (Lei n.º 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.093). Também Paulo Restifre Neto e Paulo Sérgio Restifre confundem as duas figuras ao sustentarem que a propriedade fiduciária em garantia só poderia derivar de lei, pois caso contrário, seria violado o princípio da tipicidade dos direitos reais. Fica claro que os autores acreditam que a propriedade fiduciária constitui novo direito real de garantia, quando na verdade, apenas se apresenta como uma forma diferente de domínio (RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária: direitos e ações** – manual teórico e prático com jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000).

Percebe-se que o autor individualiza três figuras jurídicas que tendem a ser confundidos entre si pelo fato de poderem ser utilizados para fins de garantia. O primeiro seria a propriedade fiduciária, garantia real disciplinada pelo Código Civil de 2002, que se prefere denominar aqui como uma espécie de fidúcia legal, uma vez que é instituída e delimitada por lei. Em segundo lugar, trata do negócio fiduciário, negócio jurídico e que corresponde ao objeto de estudo deste trabalho. E por último, têm-se os direitos reais de garantia, tipificados a título exaustivo pela legislação civil.<sup>115</sup>

A doutrina tende a ser homogênea acerca do conceito de propriedade fiduciária, definindo-a, normalmente, como “uma propriedade limitada pelas restrições que sofre em seu conteúdo, em virtude da finalidade para qual foi constituída, tendo duração limitada, enquanto perdurar o escopo para qual foi constituída”.<sup>116</sup> Desse modo, o fiduciário não teria uma propriedade plena, com direito de exercício de todos os poderes dominiais, uma vez que a propriedade fiduciária é direcionada para um escopo específico e tem caráter resolúvel, tendo o fiduciante a expectativa de recebê-la quando o fim estabelecido for alcançado.

Maria João Vaz Tomé e Diogo Leite de Campos também defendem a temporalidade limitada da propriedade fiduciária, afirmando que esta seria “uma propriedade a termo,<sup>117</sup> na qual o tempo é estritamente calculado e

---

<sup>115</sup> A distinção entre essas figuras é de extrema importância, principalmente no que diz respeito à denominada fidúcia legal e ao negócio fiduciário, este sim, atípico. Como será demonstrado no curso deste estudo, o suporte fático de ambos institutos é distinto, assim como o regime jurídico a eles aplicados, o que afeta drasticamente a aplicabilidade, validade e eficácia de cada figura.

<sup>116</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 2 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 100.

No mesmo sentido, importante ressaltar que seria impossível compreender a estrutura e utilização da propriedade fiduciária tendo como base o entendimento clássico acerca do direito de propriedade, tido como um poder absoluto, ilimitado e perpétuo sobre a coisa. Essa visão egoísta e individualista entra em conflito com as características da propriedade fiduciária, que tem exercício limitado e resolúvel, uma vez que é modelada para o atendimento de um escopo especial (MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria – la fiducia histórica – los modernos negocios fiduciarios – la propiedad fiduciaria**. Barcelona: Bosh, Casa Editorial, 1950, p. 197 - 199).

<sup>117</sup> A propriedade fiduciária seria a termo na medida em que for utilizada, por exemplo, para fins de administração, em que se estabelece um momento futuro e certo em que a relação resolve-se-á. Contudo, não se pode esquecer que, principalmente no que diz respeito ao uso da

destinado à realização dos fins pretendidos”.<sup>118</sup> Uma vez que a propriedade fiduciária é constituída para realizar um fim específico, é natural que, alcançado o escopo desejado pelas partes, ocorra a retransferência automática da propriedade ao domínio do fiduciante, ou sua transferência para um beneficiário. Como apontam os autores portugueses, a retransferência não se dá por via obrigacional<sup>119</sup>, sendo desnecessário qualquer ato de disposição por parte do fiduciário para que a propriedade seja retransferida.<sup>120</sup>

Contudo, certos autores, como Navarro Martorell, defendem que a propriedade fiduciária é plena e ilimitada, como o direito real de propriedade, ainda que certas circunstâncias especiais a distingam deste, o que justifica que a propriedade fiduciária tenha denominação própria, para não ser confundida com outros direitos reais.<sup>121</sup>

Para esse autor, o fiduciário

adquiere sobre el objeto la plena e irrevocable propiedad, no sólo frente a terceros, sino también frente al fiduciante. Es decir, que la propiedad recibida por el fiduciario puede ser calificada – con la temperancia con que este carácter debe ser aplicado a todo derecho de propiedad – de **absoluta**.<sup>122</sup>

Destaca-se que o autor faz referência ao negócio fiduciário e não à propriedade fiduciária disciplinada pelo Código Civil e aos tipos fiduciários encontrados na legislação brasileira. O direito nacional confere regime especial a este tipo de propriedade, determinando sua limitabilidade e resolubilidade

---

propriedade fiduciária para fins de garantia, seria mais adequado considerá-la como uma propriedade sob condição, tendo em vista que o adimplemento da dívida pelo fiduciante, que resultaria na resolução automática da relação, é um evento futuro e incerto.

<sup>118</sup> CAMPOS, Diogo Leite de;VAZ TOMÉ, Maria João Carreiro. **A propriedade fiduciária (trust)** – estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999, p. 240.

<sup>119</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; VAZ TOMÉ, Maria João Carreiro. **A propriedade fiduciária....**, p. 240.

<sup>120</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário....**, p. 113.

<sup>121</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria....**, p. 178.

<sup>122</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria....**, p. 193.



em prol de um escopo específico. Essa descrição apresentada por Mortorell ao referir-se à plenitude do direito de propriedade transferido ao fiduciário ficará clara na seção sobre as relações jurídicas na fidúcia, em que se tratará acerca do vínculo entre fiduciante e fiduciário nos negócios fiduciários, tendo em vista que as posições jurídicas das partes são constituídas por situações jurídicas passivas e ativas distintas da relação jurídica existente na fidúcia típica, que está sendo examinada nesta seção.

Nessa medida, permanece o entendimento geral, defendido pelos autores brasileiros, e em consonância com a legislação civil, que o “fiduciário não é proprietário pleno, senão titular de um direito sob condição resolutiva”<sup>123</sup>.

No que diz respeito ao tratamento dado pela codificação civil brasileira, a propriedade fiduciária constitui-se pelo registro do contrato<sup>124</sup> no órgão competente,<sup>125</sup> o que torna o credor detentor da posse indireta<sup>126</sup> da coisa, enquanto o devedor permanece com a posse direta do bem.<sup>127-128</sup>

Percebe-se que o registro é elemento indispensável para a constituição da propriedade fiduciária, o que parece inusitado quando comparado ao modo

---

<sup>123</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 22.

<sup>124</sup> As informações obrigatórias que devem ser apresentadas no contrato são arrolados pelo art. 1.362, que basicamente exige uma descrição do crédito a ser garantido e do bem transferido em garantia.

<sup>125</sup> Art. 1.361 (...)

§ 1º *Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.*

<sup>126</sup> Como esclarece Luís Edson Fachin, possuidor indireto é “o proprietário fiduciário, dono e titular, à distância, dos poderes inerentes à posse” (FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil...**,p. 346).

<sup>127</sup> Art. 1.196 do CC – “*Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”.

<sup>128</sup> Art. 1.361 (...)

§ 2º *Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.*

Art. 1.197 - *A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.*

regular de transferência dos bens móveis, que se dá pela tradição, sendo a obrigatoriedade do registro limitada apenas aos bens imóveis. Contudo, deve-se lembrar que na propriedade fiduciária, o bem dado em garantia permanece de posse direta do devedor, não ocorrendo a tradição que conferiria a publicidade necessária para a transferência. Assim, como destaca Christoph Fabian, o registro também teria a finalidade de manter a publicidade<sup>129</sup> exigida quando se trata da transferência de bens móveis. O registro também oferece um *plus* eficaz ao tornar o contrato oponível a terceiros.

Ainda, o *caput* do art. 1.361 do Código Civil assinala que a propriedade fiduciária apresenta domínio resolúvel, sendo negada a hipótese de afastamento dessa condição pelos particulares.<sup>130</sup> A característica da resolubilidade confere ao devedor o direito expectativo<sup>131</sup> de se tornar proprietário,<sup>132</sup> ou seja, de reaver o domínio do bem alienado em garantia.

Finalmente, caso ocorra vencimento da obrigação, o credor tem o dever de vender, judicial, ou extrajudicialmente, o bem dado em garantia, sendo incluídas em seu pagamento as despesas de cobrança. Caso haja saldo, este deve ser entregue ao devedor.<sup>133</sup>

Pelo fato de a propriedade fiduciária ser restrita e resolúvel, o Código Civil determina, no art. 1.365 que, não sendo adimplida a dívida no modo, tempo e lugar acordados, a coisa deve ser vendida para o pagamento da dívida, sendo “nula a cláusula que autoriza o proprietário a ficar com a coisa

---

<sup>129</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**..., p. 76.

<sup>130</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**..., p. 76.

<sup>131</sup> O devedor tem direito, em virtude do negócio jurídico constituído sob a disciplina do art. 1.365 do Código Civil, de reaver, em caso de cumprimento da obrigação, o bem dado em garantia. Por essa situação representar um estágio em que tal direito ainda não existe, mas há grande possibilidade de vir a existir, nasce para o devedor um direito expectativo, ou seja, um “direito de adquirir outro direito”, um direito futuro. Com o cumprimento da condição – adimplemento da obrigação constituída entre as partes – o devedor adquire o direito expectado – reanquirição da propriedade. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. V..., p. 34 a 36, 173 a 175 e 283 a 285.

<sup>132</sup> PENTEADO, Luciano. **Direito das coisas**..., p. 440.

<sup>133</sup> Art. 1.364 – “Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor”.

alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”<sup>134</sup>. Já o parágrafo único do mesmo artigo faz referência à dação em pagamento, forma de extinção da relação obrigacional, determinando que o “devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa<sup>135</sup> em pagamento da dívida, após o vencimento desta”.<sup>136</sup>

Observe-se que o parágrafo único do art. 1.364 é contraditório em relação ao estipulado no *caput* quando autoriza o devedor a transmitir seu direito expectativo como forma de adimplemento da obrigação vencida. Isso porque o *caput* proíbe que o credor permaneça com a propriedade fiduciária se a obrigação não for adimplida conforme estipulado entre as partes, em conformidade com a proibição do pacto comissório presente no direito nacional; mas, o parágrafo único acaba por autorizar que o credor permaneça com a propriedade quando concede ao devedor a faculdade de transferir seu direito eventual à coisa como forma de pagamento. Tal disposição pode ter sido inserida no Código Civil de 2002 por apresentar um potencial caráter acelerador do fim da relação jurídica obrigacional que se prolongou no tempo pelo inadimplemento do devedor. Contudo, deve-se atentar que o parágrafo único pode ter permitido uma abertura para a ocorrência de pacto comissório, principalmente pelo fato do devedor ainda se encontrar em posição de fragilidade em face do credor, pois pode se ver compelido a dar sua propriedade como modo de adimplemento, ainda que a intenção fosse reavê-la posteriormente.

A propriedade fiduciária utilizada para fins de garantia traz certas proximidades entre esta figura e as garantias reais (penhor, hipoteca e

---

<sup>134</sup> Este dispositivo segue a mesma lógica do art. 1.428 do CC, que proíbe o denominado pacto comissório, tema que será tratado no curso do trabalho.

*Art. 1.428 – “É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”.*

Parágrafo único. Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida.

<sup>135</sup> Fachin esclarece que o direito eventual ao bem seria o direito expectativo, cujas noções básicas foram expostas na nota 127. (FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil**....p. 361). Pontes de Miranda afirma que o direito expectativo é transmissível e tem a mesma eficácia do direito futuro, no caso em questão, apresenta-se como um direito *erga omnes*. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. V....., p. 275).

<sup>136</sup> Uma vez que é necessário o consentimento do credor, este pode recusar o recebimento da coisa como forma de adimplemento, tendo em vista que não é obrigado a receber coisa diversa da acordada, ainda que mais valiosa, conforme o art. 313 do Código Civil.

anticrese), o que levou o legislador a determinar a incidência de certos dispositivos dessas garantias no regime jurídico da propriedade fiduciária<sup>137</sup>. Estes, por sua vez, servem como indicações gerais, não envolvendo disposições específicas do regime próprio dos direitos reais de garantia.<sup>138</sup>

Por último, faz-se referência ao art. 1.368,<sup>139</sup> que trata do adimplemento da obrigação por terceiro, que, independente de ser ou não interessado juridicamente na extinção da dívida, sub-rogar-se-á na posição do credor.

Uma das espécies de fidúcia legal mais conhecidas e utilizadas diz respeito

à alienação fiduciária em garantia, disciplina pela Lei n.º 4.728/1965.

A citada lei é considerada a primeira legislação nacional a disciplinar uma espécie de negócio fiduciário e a própria propriedade fiduciária<sup>140</sup>. O escopo da lei era propiciar o desenvolvimento da economia pela regulamentação e controle governamental do mercado de capitais. O abrangente uso da alienação fiduciária para garantia de bens móveis propiciou ampla oferta de crédito para os consumidores, que puderam adquirir com maior facilidade bens como eletrodomésticos e automóveis.<sup>141</sup>

O art. 66-B, §3º<sup>142</sup>, admite a alienação fiduciária de bens fungíveis e a cessão fiduciária de direito sobre coisas móveis, devendo o contrato de

---

<sup>137</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil...**, p. 365. Faz-se referência ao art. 1.367: “Aplica-se à propriedade fiduciária, no que couber, o disposto nos arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.427, 1.436.

Como esclarece o autor citado, os artigos acima tratam da regra de não exoneração (1.421), das regras de vencimento (1.425, 1.426 e 1.427) e da extinção da garantia (1.436).

<sup>138</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil...**, p. 366.

<sup>139</sup> *Art. 1.368 - O terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária.*

<sup>140</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 80.

<sup>141</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 80.

<sup>142</sup> *Art. 66-B (...)*

*§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade*

constituição da propriedade fiduciária ser registrado e obedecer aos requisitos determinados pelo art. 1.361 do Código Civil, sendo assim necessária a existência de um contrato de alienação fiduciária devidamente registrado. O registro é indispensável para a constituição da alienação fiduciária porque esta apresenta-se como um direito real, que para ser oponível *erga omnes* deve respeitar o requisito da publicidade, disposição válida também quando a propriedade fiduciária tenha por objeto veículo automotor.<sup>143</sup>

Qualquer pessoa pode figurar como devedor na alienação fiduciária, mas a lei que disciplina essa figura jurídica determina restritivamente a titularidade da parte credora às instituições financeiras em sentido amplo.<sup>144</sup> Ainda, contrato de alienação fiduciária exerce o papel de uma garantia real para um contrato de empréstimo, que tem, por sua vez, a si ligado um contrato de compra e venda, já que o empréstimo existe para ser possível a compra do bem móvel pelo consumidor.<sup>145</sup>

#### 4.2. AS RELAÇÕES JURÍDICAS NA FIDÚCIA

Na seção anterior, estabeleceu-se uma visão geral acerca da propriedade fiduciária disciplinada pelo Código Civil, assim como uma descrição das relações jurídicas encontradas nos negócios fiduciários típicos. Neste momento, analisar-se-á as relações jurídicas geradas pela fidúcia no que diz respeito aos negócios fiduciários, cujo regime não é disciplinado diretamente pelo Código Civil.

---

*fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.*

<sup>143</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 84 - 85. Nesse sentido, a Súmula n. 92 do Superior Tribunal de Justiça determina que “a terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor”.

<sup>144</sup> Constituem instituições financeiras em sentido amplo as instituições financeiras e instituições equiparadas, como consórcios e empresas administradoras de cartão de crédito.

<sup>145</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário...**, p. 163.

Primeiramente, buscar-se-á uma noção aproximativa do que representa a fidúcia moderna<sup>146</sup> reconhecida pela doutrina. É incontroverso o entendimento de que a fidúcia representa uma relação de confiança e lealdade entre as partes, e que caracteriza o próprio negócio fiduciário. Mais do que isso, também defende-se que a fidúcia não só caracteriza a relação jurídica entre as partes como é *causa* (no sentido técnico) do negócio fiduciário.<sup>147</sup>

A fidúcia, como instituto geral, nunca foi normatizada pelo direito brasileiro, e a construção de seu significado ocorreu apenas no plano doutrinal. Em linhas gerais, defende-se que a fidúcia representaria elemento essencial e caracterizante dos negócios fiduciários, que são tidos como tais porque o fiduciante entrega um bem ao fiduciário porque confia que, atingido o escopo pretendido, o bem retornará ao seu patrimônio. A confiança na lealdade e honestidade do fiduciário é, a princípio, a única garantia com a qual conta o fiduciante, tendo em vista que o direito não oferece uma proteção completa para ele.<sup>148</sup> Por esse motivo, alguns autores defendem que a tipificação do negócio fiduciário destruiria a sua essência, pois a confiança no fiduciário não seria necessária na medida em que o ordenamento jurídico tutelasse as posições jurídicas de cada parte.

Nesse sentido, apresenta-se o posicionamento de Pontes de Miranda, para quem a

fidúcia regulada em lei apaga-se de certo modo a si mesma. Apenas alude a que, nas origens do instituto, ela estêve; não está mais. A confiança, que é ato de 'con-fidare' (latim popular, em vez de 'fidere') é entre declarantes ou manifestantes de vontade, um dos quais confia (espera) que o outro se conduza como êle deseja, e pois tem fé (fidúcia); à diferença de fiança, que é prestação de fé. Se a lei transforma êsse material de confiança, criado no terreno deixado à autonomia das vontades, e o faz conteúdo de regras jurídicas cogentes, a

---

<sup>146</sup> Ressalta-se que o surgimento e desenvolvimento do elemento fidúcia será detalhado no próximo capítulo, no qual analisar-se-á sua suposta origem no direito romano, que teria suscitou de inspiração para a configuração da fidúcia do modo como é referida no direito moderno.

<sup>147</sup> MESSINA, Giuseppe. **Scritti Giuridici**. V. 01. Milano: A. Giuffrè, 1948, p. 01. A causa no negócio fiduciário será abordada na última parte da monografia, quando se analisará quais são os elementos completantes do negócio fiduciário.

<sup>148</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**..., p. 68.

fidúcia passa a ser elemento puramente histórico do instituto, salvo no ato mesmo de se escolher a categoria.<sup>149</sup>

Desse modo, entende-se que a tipificação do negócio fiduciário retiraria seu valor “histórico”, pois não seria mais a confiança que garantiria o respeito ante o pacto realizado, mas a possível coação a ser exercida pelo Direito na hipótese de comportamento contrário aos interesses legítimos das partes.

Em relação à importância do elemento fidúcia nos negócios fiduciários, Christoph Fabian apresenta uma questão pertinente: “a confiança de que a outra parte não infrinja a lei ou o contrato não se encontra em toda relação contratual?”.<sup>150</sup> Em resposta, o autor afirma que a especialidade da confiança presente nos negócios fiduciários não se compara com a boa-fé inerente a todas as relações jurídicas,<sup>151</sup> e nem pode ser confundida com ela.<sup>152</sup>

Naturalmente, há aqueles que se opõem à necessidade de existência da *fides* nos tipos fiduciários legais, ao menos nos moldes característicos dos negócios fiduciários. Para Melhim Namem Chalhub, a fidúcia apenas se modificou no tempo devido às novas necessidades do tráfego econômico, que busca garantias mais sólidas para manutenção da segurança nas relações de mercado. Sustenta, assim, que esse “processo evolutivo não desnatura o instituto, antes ajusta-o às novas necessidades da vida e às novas circunstâncias ou conjunturas sociais e econômicas...”.<sup>153</sup> Finalmente, afirma

---

<sup>149</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** – parte geral, t. III, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 118.

<sup>150</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 68.

<sup>151</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p.69

<sup>152</sup> Orlando Gomes, ao comentar a respeito da fidúcia em obra sobre a alienação fiduciária em garantia, ressalta o papel do instituto para a consecução dos fins pretendidos pelas partes. Afirma o autor: “alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em ‘confiança’, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição” (GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia...**, p. 18). Em momento posterior, afirma que a confiança tem papel fundamental na alienação fiduciária, pois se o fiduciário, por exemplo, quebrar a confiança do financiador, deteriorando o bem, este diminuirá seu valor na garantia. Contudo, entende-se que o elemento “confiança” que o autor considera como essencial na alienação fiduciária, na verdade, aproxima-se, no caso, da boa-fé, que rege todos os negócios jurídicos, e não apenas o contrato de alienação em garantia.

<sup>153</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 71.

que, mesmo com as mudanças de significado da fidúcia, a confiança ainda estaria presente em negócios como a alienação fiduciária em garantia.

Realmente, os institutos jurídicos evoluem com o tempo, ganhando novos significados e usos de acordo com o contexto histórico, social e econômico presentes. Contudo, acredita-se ser mais provável que os negócios fiduciários tenham *inspirado* a tipificação de negócios como a alienação fiduciária, e não os substituído por figuras dotadas de maior segurança<sup>154</sup>. Contudo, é forçoso afirmar que o elemento confiança ainda se mantém importante em figuras como a alienação fiduciária, uma espécie de fidúcia legal, pois ela desnatura o papel próprio de honestidade e lealdade entre as partes, que de modo algum se confunde com a boa-fé há muito tempo reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo em vista a controvérsia sobre a pertinência ou não dos tipos legais fiduciários como espécies de negócios fiduciários, uma parte da doutrina apresenta a distinção entre negócios fiduciários próprios e impróprios.

Os negócios fiduciários impróprios corresponderiam aos tipos fiduciários introduzidos na legislação nacional, como a alienação fiduciária em garantia e os fundos de investimento imobiliário. Já os negócios fiduciários próprios seriam aqueles provenientes da autonomia privada das partes, sendo a confiança elemento essencial de sua composição.<sup>155</sup>

Os esclarecimentos acima expostos são indispensáveis para a compreensão do negócio jurídico fiduciário, pois tais negócios, por serem atípicos, são constituídos por relações jurídicas de conteúdo diverso dos negócios baseados na fidúcia legal. Assim, examinar-se-ão as situações jurídicas obrigacional e real que compõem as relações jurídicas baseadas na fidúcia.

Pela exposição da matéria até o momento, percebe-se que a fidúcia pode ter origem legal, como no caso da propriedade fiduciária do art. 1.361 do

---

<sup>154</sup> Acredita-se, entretanto, que a posição do fiduciante nos negócios fiduciários atípicos não precisa ser de total fragilidade. Logo mais, apresentar-se-á possíveis soluções, retiradas do Código Civil, que podem conferir maior segurança ao fiduciante, sempre visto como em posição de perigo.

<sup>155</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia...**, p. 76-77.



Código Civil e da alienação fiduciária em garantia (Lei n.º 4.728/65) ou ser produto da autonomia privada,<sup>156</sup> casos em que se caracteriza o negócio fiduciário, que será tratado neste momento.

Na constituição do negócio fiduciário ocorre uma atribuição patrimonial<sup>157</sup> a favor do fiduciário, no mesmo momento em que o fiduciante, que aliena a coisa àquele, adquire certos direitos de natureza obrigacional derivados do pacto constituído.<sup>158</sup>

Tendo em vista a dualidade de situações jurídicas que compõem o negócio fiduciário (a atribuição patrimonial de natureza real e a estipulação de deveres ao fiduciário com os respectivos direitos ao fiduciante, de natureza obrigacional), surge o debate na doutrina acerca da unicidade ou dualidade estrutural desse negócio jurídico.

Os adeptos à teoria dualista defendem que o negócio fiduciário é formado por um suporte fático complexo composto de dois negócios jurídicos diversos e autônomos, que lhe conferem sua eficácia específica.<sup>159</sup> Já de acordo com a teoria unitária, não se considera cabível o desmembramento do negócio fiduciário em dois negócios jurídicos separados, “pois, ao convencionar o negócio fiduciário, a vontade das partes é a de realizar um único negócio, que seria composto por duas partes, permeado pela *causa fiduciae*”.<sup>160</sup>

A teoria dualista, também conhecida como teoria do efeito duplo, foi dissimulada pelos juristas alemães, os primeiros a tratar do negócio fiduciário moderno.<sup>161</sup> Para eles, a relação de natureza real conferiria o caráter de proprietário ao fiduciário perante terceiros (relação externa), enquanto o pacto

---

<sup>156</sup> A relação entre fidúcia e autonomia privada será abordada no próximo capítulo.

<sup>157</sup> Tendo em vista a amplitude do termo, esclarece-se que se entende como atribuição patrimonial nos negócios fiduciários a aquisição de titularidade, total ou parcial, de direito real ou de direito obrigacional.

<sup>158</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**..., p. 49.

<sup>159</sup> NUZO, Massimo. Negozio fiduciario. In: **Rivista di Diritto Civile**, ano XXXI, n. 06, nov./dez. 1985, p. 645-655. p. 649. Os dois negócios jurídicos seriam um negócio de natureza obrigacional e o negócio jurídico dispositivo.

<sup>160</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**..., p. 49.

<sup>161</sup> CASTRO Y BRAVO, Federico de. **El negocio juridico**. Madri: Civitas. p. 396.

fiduciário realizado entre as partes constituiria uma relação de natureza obrigacional, de caráter interno, que limitaria o exercício do fiduciário a utilizar o bem conforme os fins colimados entre as partes.<sup>162</sup>

Com base nessa compreensão, entendeu-se que no negócio fiduciário ocorreria um desmembramento da propriedade em formal e material.<sup>163</sup> Naturalmente, a aceitação dessa estrutura impossibilitaria a aplicação dos negócios fiduciários no direito brasileiro, tendo em vista que no ordenamento nacional predomina a regra de que apenas pode haver um titular de direito pleno de natureza real.<sup>164</sup>

Contudo, a principal crítica à teoria dualista é que ela é pensada a partir das relações dos sujeitos com a coisa, ou seja, leva-se em consideração a posição jurídica que cada parte possui perante o bem, e não a relação intersubjetiva que constitui e dá fundamento aos negócios jurídicos. Deve-se ter em mente, principalmente num ordenamento jurídico como o brasileiro, centralizado na valorização da pessoa, que apenas pessoas relacionam-se entre si, inexistindo relação jurídica constituída apenas por uma pessoa e uma coisa.

Ainda que a doutrina nacional não se preocupe diretamente com a estrutura dos negócios fiduciários, encontra-se sólida aceitação da teoria unitária, dispondo-se que o negócio fiduciário é uno, e não composto por dois contratos.<sup>165</sup>

Melhim Namem Chalhub também defende a prevalência da tese unitária, sustentando que no negócio fiduciário as partes não têm a

intenção de destacar dois atos com finalidade distinta, mas, sim, celebrar um único negócio que, embora tenha um aspecto real e um aspecto obrigacional, visa ao estabelecimento de

---

<sup>162</sup> MARTINS-COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários – Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. [s.l.]: RT, ano 79, v. 657, p. 37-50, jul. 1990, p. 40.

<sup>163</sup> MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciária. **Revista trimestral de direito civil**. V. 20, out.-dez. 2004, Rio de Janeiro: Padma: 2000, p. 52.

<sup>164</sup> PENTEADO, Luciano. **Direito das coisas...**, p. 110. O autor ressalta que são excepcionais as situações em que se admitem cotitulares de um mesmo direito real, como no caso do condomínio.

<sup>165</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 41.

uma conexão entre esses dois aspectos, produzindo um complexo de modificações subjetivas da relação jurídica preexistente, de uma parte, mediante a transmissão de domínio, e, de outra parte, mediante a simultânea constituição de obrigações vinculadas àquela transmissão de domínio.<sup>166</sup>

No mesmo sentido, Massimo Nuzzo afirma que a intenção das partes é que os negócios de natureza real e obrigacional unam-se, por meio da fidúcia (entendida por ele como causa), para atingir um escopo diverso do fim típico.<sup>167</sup>

Tendo em vista esses dois posicionamentos opostos, seria mais adequado ao ordenamento jurídico brasileiro a adoção da unicidade ou pluralidade de negócios jurídicos na constituição do negócio fiduciário?

Primeiramente, parece claro que o negócio fiduciário apresenta-se como um negócio jurídico plural formado por dois negócios jurídicos distintos, tendo em vista a natureza obrigacional e a natureza real das relações que o compõem, tendo cada um seu próprio suporte fático, independente de considerar tais negócios unidos (pela teoria unitária) ou separados (pela teoria dualista). Em outros termos, o negócio fiduciário apresenta-se estruturalmente como um negócio jurídico obrigacional (com presença marcante da fidúcia) + um negócio jurídico dispositivo, cuja ligação se dá no ato de conclusão do negócio.<sup>168</sup>

A escolha pela teoria unitária exigiria um sistema jurídico sem qualquer separação entre os planos obrigacional e real, pois seria necessário que o próprio negócio jurídico obrigacional tivesse eficácia translativa da propriedade, uma vez que o negócio fiduciário seria formado por um ato único.

---

<sup>166</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**..., p. 51.

<sup>167</sup> NUZZO, Massimo. *Negoziario fiduciario*... ,p.650. O autor traz interessante posicionamento da Corte de Cassação italiana sobre a defesa da tese unitária: *"il negozio fiduciario... integra una fattispecie unitaria permeata dalla 'causa fiduciae che ne fa un negozio causale' unico e inscindibile diretto verso un determinato scopo unitario: negozio unico di cui dei lati esplica i suoi effetti direttamente nei confronti dei terzi ed è costituito normalmente dall'acquisto da parte del fiduciario di un diritto, e l'altro ha efficacia esclusivamente interna tra il fiduciante e il fiduciario, dato dall'accordo (pactum fiduciae) tra i due soggetti suddetti a che il fiduciario si impegni a usare del diritto acquisito esclusivamente per uno scopo predeterminato e tenuto di mira fra le parti, esercitandolo solo per il raggiungimento di quello scopo, esaurito e raggiunto il quale cessa la titolarità del fiduciario del diritto acquisito"* (Ibidem. p. 649).

<sup>168</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. III....., p. 181.

Contudo, pela análise do Código Civil brasileiro é possível constatar a adoção pelo direito nacional da separação relativa entre o plano obrigacional e o plano real<sup>169</sup>, uma vez que não se conferiu ao negócio jurídico obrigacional a possibilidade de irradiar, simultaneamente, efeitos nos planos obrigacional e real, o que já proíbe a absorção da teoria unitária pelo direito brasileiro. Tal constatação fica clara com a leitura dos artigos 1.226 e 1.227<sup>170</sup> do Código Civil, que apontam a necessidade de um ato jurídico dispositivo (a tradição, para os bens móveis, e o registro, para os bens imóveis) para que a propriedade passe à esfera jurídica de seu adquirente. Desse modo, uma relação jurídica obrigacional, que envolva a transmissão de propriedade, deve apresentar duas fases: o vínculo entre as partes, nascente no plano obrigacional e o negócio jurídico dispositivo, de natureza real, e que possibilita o adimplemento do prometido<sup>171</sup>.

Já que no direito brasileiro os negócios jurídicos são causais<sup>172</sup>, ou seja, não há atribuição patrimonial sem causa que a justifique, é necessário a existência de um ato antecedente, de natureza obrigacional, e um ato subsequente, de natureza real, para que o negócio jurídico seja existente, válido e eficaz. Assim, no negócio fiduciário os dois negócios seriam co-dependentes e representariam uma decorrência lógica da separação relativa entre os planos<sup>173</sup>, pois cada um encontra-se em um plano distinto, ainda que os negócios estejam simbioticamente ligados.

Judith Martins-Costa lembra que grande parte da doutrina defende a possibilidade de aplicação da teoria dualista apenas em sistemas jurídicos

---

<sup>169</sup> SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 60.

<sup>170</sup> *Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.*

*Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.*

<sup>171</sup> SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo...**, p. 44.

<sup>172</sup> Representam exceção os títulos de crédito, cuja causa é abstrata.

<sup>173</sup> SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo...**, p. 44 e 55.

abstratos, uma vez que os dois negócios formadores do negócio fiduciário estão totalmente separados<sup>174</sup>. Contudo, a autora ressalta que essa discussão é desnecessária se o negócio fiduciário for pensado dentro da concepção da relação jurídica obrigacional como processo, pois o problema da abstratidade apenas se apresenta em sistemas jurídicos nos quais há separação absoluta entre os planos, uma vez não há nexos de causalidade entre o negócio obrigacional e o negócio dispositivo<sup>175</sup>. Caso o entendimento da autora seja aplicado, a estrutura do negócio fiduciário será composta por um negócio jurídico obrigacional, que determinara as restrições à propriedade fiduciária para que se atinja o fim colimado, sendo esta relação garantida pela fidúcia, e um posterior ato jurídico dispositivo responsável pela transmissão da propriedade e consequente formação do negócio fiduciário, de modo a respeitar a bipartição de planos característica do direito nacional.

Em termos da disciplina acerca da retransmissão do bem ao fiduciante, que ocorre quando alcançado o fim colimado pelas partes, tem-se um tratamento diferente para os negócios jurídicos típicos e atípicos. Nos casos de negócios fiduciários típicos, como a propriedade fiduciária de bens móveis disciplinada pelo Código Civil, a alienação fiduciária em garantia de bens móveis (Lei n.º 4.728/65) e a alienação fiduciária de bens imóveis (Lei n.º 9.514/97), a lei determina o caráter resolúvel da propriedade transferida, que retorna automaticamente ao fiduciário, tendo em vista a necessidade de soluções rápidas nas práticas de mercado.<sup>176</sup> Já no caso de negócio fiduciário, como os negócios fiduciários com fim administrativo e os negócios fiduciários com fim de garantia sobre bens imóveis praticado entre particulares (cuja disciplina não é tratada pela legislação brasileira), o fiduciário é obrigado a retransferir a

---

<sup>174</sup> MARTINS-COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários – Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. [s.l.]: RT, ano 79, v. 657, p. 40.

<sup>175</sup> MARTINS-COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários ..., p. 41. Como esclarece Luciano Penteado, o sistema brasileiro vê a causa como uma conexão entre as fases obrigacionais e reais, pois não há “saltos” e nem descontinuidade entre direitos reais e obrigacionais, o que caracteriza a adoção, pelo direito brasileiro, da separação relativa de planos. (PENTEADO, Luciano. **Doação com encargo**..., p. 63).

<sup>176</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**..., p. 42.

propriedade ao fiduciante, que deve seguir as mesmas regras e os procedimentos que foram utilizados para sua transferência.<sup>177</sup>

Do ponto de vista real, a propriedade adquirida pelo fiduciário, derivada de negócio atípico, é plena e sem caráter resolúvel. Como já enunciado, as situações obrigacionais são eficazes apenas entre as partes, enquanto a situação real proprietária do fiduciário tem eficácia *erga omnes*. Pontes de Miranda ressalta que a propriedade adquirida pelo fiduciário não apresenta nenhuma diferença em relação às demais formas de aquisição,<sup>178</sup> o que para muitos evidencia a situação de fragilidade<sup>179</sup> em que se encontra o fiduciante, tendo em vista que não possui medidas judiciais protetivas contra possíveis abusos do fiduciário, que pode, por exemplo, alienar a propriedade para terceiro, cuja transferência seria válida e eficaz. Nesta hipótese, restaria ao fiduciante apenas pretensão reparatória em face do fiduciário por perdas e danos, em vista do descumprimento dos deveres obrigacionais, que são as restrições por ele sofridas.

Contudo, tendo em vista que o negócio fiduciário é regido pelas disposições do Código Civil no que diz respeito aos negócios jurídicos e aos contratos, algumas medidas legalmente previstas podem conferir ao fiduciante uma maior proteção.<sup>180</sup>

Numa hipótese de negócio fiduciário com escopo de administração, o fiduciário tem todos os poderes para exercer a melhor gestão dos bens a ele conferidos, podendo, se for necessário, até mesmo aliená-los. Neste caso, a disposição do bem é permitida. Contudo, o fiduciário pode exercer seus

---

<sup>177</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 43.

<sup>178</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. III....., p. 124.

<sup>179</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 118; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – direitos das coisas**. 31 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 358; RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária: direitos e ações – manual teórico e prático com jurisprudência**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 503; RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – direito das coisas**, v. V. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002), p. 346.

<sup>180</sup> As principais medidas protetivas analisadas estão presentes no livro de FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 180-186.

poderes abusivamente, podendo o fiduciante ficar desprotegido, tendo em vista que o Código Civil não apresenta critérios subjetivos que possam invalidar a transferência de propriedade feita de má-fé.<sup>181</sup> Nessa medida, para evitar abusos, caberia a aplicação análoga de alguns dispositivos da legislação civil, que reduziriam certos poderes do fiduciário.

Primeiro, poder-se-ia limitar o direito de disposição do fiduciário, o que tornaria uma possível alienação inválida. Essa hipótese é possível nos casos de fideicomisso, em que testador pode gravar determinados bens com cláusula de inalienabilidade.<sup>182</sup>

Um dos pontos mais importantes no quesito de proteção ao fiduciante é observar se a boa-fé subjetiva foi respeitada durante a alienação da coisa, afinal, a presença da boa-fé deve ser analisada nos casos em que o terceiro adquirente souber previamente da existência do negócio fiduciário, o que colocaria em questão a validade ou invalidade dessa transmissão.

De acordo com Fabian, se o terceiro sabia da existência do negócio fiduciário, e mesmo assim decidiu por adquirir o bem, sua intenção era prejudicar o fiduciante, ou, no mínimo, ele teria consciência que ajudaria o fiduciário a praticar ato abusivo. Assim, ele não merecia a proteção do direito, pois é apenas aceitável que os interesses do terceiro de boa-fé seja tutelado diante de situações como a apresentada.<sup>183</sup>

Por último, seria oportuna a seguinte indagação: alienações de bens objeto de negócio fiduciário violariam o princípio da boa-fé objetiva?

---

<sup>181</sup> O Código Civil exige, para a transferência de direitos reais, apenas o título e o registro, em caso de bens imóveis, ou a tradição, no caso de bens móveis.

Art. 1.227 - Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

<sup>182</sup> É necessário que o testador apresente justa causa no testamento para que a inalienabilidade do bem seja possível, conforme determina o art. 1.848.

Art. 1.848 - Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

<sup>183</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**..., p. 184.

O art. 422 do Código Civil estabelece que os “contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A boa-fé objetiva é reconhecida como uma cláusula geral, espécie de técnica legislativa que possibilita a elasticidade e oxigenação do sistema jurídico, na medida em que permite a entrada de elementos provenientes dos usos e costumes para a resolução de conflitos.<sup>184</sup> A partir dessa remissão aos conteúdos reconhecidos e socialmente relevantes para o negócio jurídico que estiver sob análise, é possível a construção de preceitos concretos, formados jurisprudencialmente, cuja violação poderá resultar em sanções marcadas por diferentes efeitos jurídicos, conforme a análise objetiva das circunstância do caso concreto.<sup>185</sup>

Fabian defende que a “disposição indevida do fiduciário é válida, salvo se o terceiro *soubesse* que o fiduciário não devia dispor do bem”.<sup>186</sup> Assim, de acordo com o autor, o fiduciante poderia obter a declaração de nulidade da disposição indevida da coisa apenas se comprovasse que o adquirente sabia que o bem era objeto de negócio fiduciário, o que evidenciaria sua má-fé no momento de aquisição do bem.<sup>187</sup>

Ainda que não abordado por Fabian, caberia a análise da consequência de possíveis atos abusivos exercidos pelo fiduciário na titularidade do direito de propriedade numa relação fiduciária. O art. 1.228, § 2º do Código Civil tratados denominados atos emulativos, que se constituem por ações ou omissões praticados pelo proprietário manifestadamente direcionadas a prejudicar terceiros.<sup>188</sup> A emulação pode ser orientada para a tutela de

---

<sup>184</sup> Ressalta-se que a cláusula geral não confere um espaço de discricionariedade para o juiz, pois este deve resgatar do ambiente social valorizações concretas e já aceitas (MARTINS-COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários ..., p. 299).

<sup>185</sup> MARTINS-COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários ..., p. 298-300.

<sup>186</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**..., p. 186.

<sup>187</sup> A possível sanção da nulidade apontada pelo autor ao tratar de casos em que o terceiro adquirente do bem sabia da existência da relação fiduciária pode excessiva ao se considerar a possível cadeia de titulares que a propriedade pode pertencer. Além do mais, o ônus do fiduciante em provar um dado subjetivo, no caso, a consciência da existência da relação fiduciária pelo terceiro, apresenta-se como uma tarefa particularmente difícil.

<sup>188</sup> Art. 1.228 - O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha



situações vicinais, quando o proprietário pratique ato intencionalmente direcionado para prejudicar vizinhos. Contudo, seu principal foco é proibir o uso culposo da propriedade com o objetivo de prejudicar terceiros, sejam eles vizinhos, proprietários ou não proprietários. Não se deve confundir a tutela de direitos de vizinhança – cuja estrutura não apresenta elemento subjetivo, pois atos prejudiciais aos vizinhos configuram-se independente de culpa – com a emulação, uma espécie de abuso de direito, cujo elemento subjetivo (culpa ou dolo) é obrigatório,<sup>189</sup> e engloba qualquer sujeito, mesmo fora do espaço da vizinhança, que seja prejudicado por ações culposas do proprietário. Sendo assim, o fiduciante poderia utilizar a vedação ao uso emulativo da propriedade, dentro do suporte fático estabelecido pela lei, para proteger a coisa objeto da relação fiduciária de possíveis danos causados pelo fiduciário, uma vez que ele é interessado direto na manutenção da coisa.

Em vista das exposições, nota-se que o fiduciante pode fazer uso de várias formas de tutela de seus interesses na relação fiduciária, ao menos no que diz respeito aos atos praticados culposamente pelo fiduciário, o que torna a sua posição um pouco menos arriscada ou perigosa, conforme aponta grande parte da doutrina.

#### 4.3. NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO E PACTO COMISSÓRIO

Neste momento, refletir-se-á acerca do intrincado tema do pacto comissório no direito brasileiro, assunto vagamente tratado pela doutrina nacional, principalmente no que diz respeito à restrição e à extensão de sua aplicação, atualmente determinada exclusivamente pelos Tribunais, que ainda não encontram uma solução pacífica e homogênea para a discussão.

Em termos gerais, pacto comissório é um acordo, a princípio proibido pelo direito nacional, que confere ao credor a prerrogativa de permanecer com o bem dado em garantia caso a obrigação não seja adimplida até seu

---

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

<sup>189</sup> PENTEADO, Luciano. **Direito das coisas...**, p. 327-328.

vencimento. O Código Civil determina que a vedação desse pacto ocorreria nos casos que envolvam uma das garantias reais típicas (penhor, hipoteca e anticrese).

Desde o Código Civil de 1916, o direito brasileiro disciplinava o tema ao dispor no art. 765 que é “nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. A aquisição da propriedade se daria sob pendência de uma condição, qual seja, o inadimplemento da dívida no seu vencimento.

O Código Civil de 2002 repetiu o referido dispositivo legal em seu art. 1.428, com a novidade de inclusão dum parágrafo único, que determina a possibilidade do devedor “após o vencimento, (...) dar a coisa em pagamento de dívida”.

A inovação trazida pela atual codificação civil permite que, em momento posterior ao vencimento da obrigação, o devedor utilize o bem dado em garantia para o seu adimplemento, na forma de dação em pagamento<sup>190</sup>. Na época do Código Civil revogado, tal hipótese era repudiada pela maior parte da doutrina<sup>191</sup>, ainda que sem justificativas suficientes.

São claramente perceptíveis as razões para a proibição do credor dotado de garantia real adquirir o bem dado em garantia caso a obrigação não seja adimplida em seu vencimento. Como apontado pela doutrina, o devedor, crente de que conseguiria quitar sua dívida, ofereceria qualquer bem em garantia, com a esperança de restituí-lo, conforme o pactuado. Isso ocorre pela posição de fragilidade em que se encontra o devedor, uma vez que se sente moralmente coagido a garantir o adimplemento da obrigação. Assim, se fosse permitido utilizar o pacto comissório como cláusula de garantia em contratos que constituem uma garantia real, na hipótese de a obrigação não ser adimplida até seu vencimento, a consequente absorção do bem pelo

---

<sup>190</sup> A dação em pagamento, disciplina pelo Código Civil nos arts. 356 a 359, é uma modo de extinção da relação jurídica obrigacional na qual o credor aceita como forma de adimplemento coisa diversa a ele devida.

<sup>191</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das coisas**. V. II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 42; GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**. 4 ed., rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 118; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – direitos das coisas**. 31 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 358.

patrimônio do credor não seria condicionada por uma vontade livre e consciente do devedor, mas apenas pela necessidade econômica de garantia de crédito ditada pelas trocas negociais que pressiona o devedor a onerar seus bens.

Outro ponto negativo apontado acerca da realização desse pacto seria que o bem dado em garantia corresponderia à quitação da dívida, proporcionando a possibilidade de enriquecimento sem causa por parte do credor quando o bem tiver valor superior ao da dívida.<sup>192</sup>

Em suma, a vedação do pacto comissório assenta-se na proteção do devedor contra eventuais atitudes usurárias do credor, protegendo-o na situação em que ele se encontra mais fragilizado.

Contudo, não há justificativa para proibir que, após o vencimento da obrigação, as partes pactuem pela utilização da dação em pagamento como forma de adimplemento da dívida, sendo o bem dado em garantia objeto desse acordo. Em momento posterior ao vencimento, o devedor está livre para alienar qualquer bem para quitação de sua dívida, diferente da situação anterior, em que aceitaria a possibilidade do bem dado em garantia passar ao patrimônio do credor apenas porque acreditava que tal fato não ocorreria, devido à crença na quitação da obrigação no tempo, forma e lugar acordados.

Felizmente, a redação do parágrafo único do art. 1.428 do Código Civil de 2002 veio a esclarecer qualquer dúvida acerca da possibilidade do bem dado em garantia ser utilizado, em data posterior ao vencimento da obrigação, como forma de adimplemento da mesma.

Outra discussão relevante acerca do pacto comissório envolve o seu papel como parte principal do contrato de garantia ou como mera cláusula acessória.

Poucos autores têm se preocupado em abordar o assunto, ainda que tal determinação seja indispensável, pois, uma vez que a existência do pacto comissório é sancionada com a pena de nulidade, caso ele componha a parte principal do negócio jurídico de garantia, todo o contrato será invalidado.

---

<sup>192</sup> *Art. 884 - Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*

Contudo, se representar apenas uma cláusula acessória, a nulidade atingirá apenas esta cláusula, não contaminando o restante do negócio jurídico.

O melhor posicionamento acolhe o pacto comissório como parte acessória do negócio jurídico, estando aquele logicamente e juridicamente dependente deste. Caso o pacto comissório seja tido como nulo, o negócio jurídico ao qual está ligado restará incólume, em respeito ao art. 184 do Código Civil, que estipula:

*Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.*

Agora, voltando à discussão anterior, quais seriam os motivos que justificariam a proibição do pacto comissório além da proteção do devedor?<sup>193</sup>

De acordo com Pontes de Miranda,<sup>194</sup> o princípio da *inampliabilidade dos direitos dos credores com garantia real* rege o conteúdo do art. 1.248 do CC. Os credores com garantia real não podem ter seus direitos ampliados, devendo as garantias serem limitadas aos meios normais de satisfação do crédito disponibilizados processualmente, evitando situações de extrema desigualdade entre os credores com garantia real – a mais forte das garantias

---

<sup>193</sup> Por último, seria importante não confundir o pacto comissório, objeto deste estudo, com o que se prefere nomear de cláusula comissória, então presente no art. 1.163 do Código Civil de 1916, que estabelece:

*Art. 1.163. Ajustado que se desfaga a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço.*

*Parágrafo único. Se, em 10 (dez) dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda.*

O citado artigo, localizado no capítulo acerca do contrato de compra e venda, representa uma venda sob condição resolutiva, também nomeada pela codificação civil revogada como pacto comissório, e apresenta equivalência no atual Código Civil no artigo que trata da cláusula resolutiva.

*Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.*

Esta norma encontra-se localizada no Livro Das Obrigações, e no Título dos Contratos em Geral, sendo desse modo, aplicável a todos os contratos, inclusive ao de compra e venda, conforme previa o artigo 1.163 da legislação cível revogada.

<sup>194</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. XX, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 30 – 31.

– e os demais credores. O autor complementa, ainda, afirmando que essa vedação ocorreria tanto no plano do direito das coisas como no direito obrigacional.

É importante o questionamento de se o pacto comissório seria vedado apenas nas hipóteses determinadas pelo Código Civil, que envolvem os direitos reais de garantia de penhor, hipoteca ou anticrese, ou se tal proibição estender-se-ia a outras espécies de negócios jurídicos.

Como aponta Orlando Gomes, a lei que disciplina a alienação fiduciária em garantia,<sup>195</sup> uma espécie de fidúcia legal, em seu art. 66, §6º,<sup>196</sup> proíbe o pacto comissório, com o “propósito de impedir que o devedor, para obter o financiamento, seja constrangido a admitir como conseqüência do inadimplemento a consolidação da propriedade resolúvel do credor”.<sup>197</sup> Pode-se observar que, assim como nas hipóteses legais trazidas pela codificação civil, o propósito da vedação é a proteção do devedor.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a vedação do pacto comissório não se limita às hipóteses legais, mas se aplica a qualquer negócio jurídico, ainda que não haja suporte legal para tal sustentação. A análise de alguns acórdãos provenientes do Superior Tribunal de Justiça auxiliará no entendimento da questão.

No presente caso,<sup>198</sup> os recorridos, por se encontrarem em péssima situação econômica, obtiveram um empréstimo dos recorrentes, que, por sua vez, lhes exigiram uma garantia. Para tanto, constitui-se um contrato de compra e venda pelo qual se alienou, por valor vil, determinada propriedade que exerceria, de acordo com as partes, uma função análoga a uma garantia hipotecária.

---

<sup>195</sup> Decreto-lei n.º 911 de 1º de outubro de 1969.

<sup>196</sup> Art. 66. (...)

§6º. *É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.*

<sup>197</sup> GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia...**, p. 118.

<sup>198</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 475040/MG**. Rel. Min. Ari Pargendler. Diário de Justiça em 26 de abril de 2003.

Posteriormente, em sede de primeiro grau, os recorridos propuseram ação de desconstituição do contrato de compra e venda sob a alegação de que se tratava de um negócio simulado. O pedido foi reconhecido pelo magistrado que, além de decidir pela desconstituição do contrato, apontou a existência de pacto comissório, vedado expressamente pela legislação nacional.

Ocorreu apelação contra a decisão do juiz de direito; contudo, ela foi confirmada pelo Tribunal *a quo*, que considerou flagrante a presença de simulação, constatada, principalmente, pela diferença entre o valor real da propriedade e o valor pelo qual foi alienada, mantendo-se, assim, a anulação do contrato de compra e venda.

Os recorrentes então ajuizaram recurso especial na tentativa de reverter a anulação, sob a alegação de que os recorridos não poderiam obter qualquer benefício ao alegarem a própria torpeza. Contudo, o recurso não foi conhecido, pois os ministros pontuaram que, se não fosse pela ocorrência de simulação, o contrato deveria ser anulado pela existência de pacto comissório, pelo fato de os recorrentes terem ficado com o bem dado em garantia ao contrato de mútuo. Os ministros afirmaram enfaticamente que o pacto comissório não se limita às hipóteses elencadas no Código Civil, adotando, assim, entendimento contrário ao Supremo Tribunal Federal<sup>199</sup>.

Sob o argumento de proteção do devedor, defendeu-se a proibição de pacto comissório em qualquer tipo de negócio jurídico, como contratos de mútuo ou de compra e venda, ainda que o bem tenha sido usado em garantia de um negócio jurídico obrigacional. Pela análise jurisprudencial, percebe-se que esse é o entendimento majoritário adotado pelo Tribunal.

Mas, uma vez que o Código Civil veda o pacto comissório apenas quando este se encontra ligado a garantias reais, parece ser inadequada a extensão dada à proibição de seu uso em outras espécies de negócios jurídicos, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>199</sup> Ressalta-se que a análise das posições dos tribunais superiores não levou em consideração qualquer aspecto cronológico por não ser possível tal contraposição, tendo em vista que o acórdão do Supremo Tribunal Federal mais recente acerca do tema data da década de 90, enquanto o Superior Tribunal de Justiça apresenta decisões de 2003. De qualquer modo, a intenção foi ressaltar a homogeneidade de entendimento da matéria em cada tribunal, que apesar do transcorrer do tempo, manteve-se a mesma.

Aparentemente, esta extensiva vedação ao pacto comissório poderia ser aceita sob a alegação de que, em situações similares às obtidas com as garantias reais, em que um bem imóvel garante uma obrigação, a lógica da vedação do pacto não seria nada mais que a *ratio legis*. Contudo, a aplicação de tal analogia pode ser perigosa, especialmente quando se trata de casos envolvendo a autonomia privada.

A analogia é um meio de interpretação extratextual de caráter integrativo, ou seja, ocorre no interior do ordenamento jurídico com o uso de meios determinados pelo próprio ordenamento.<sup>200</sup> Para que a analogia seja verdadeira, é necessário que as duas situações sob análise apresentem alguma característica ou elemento em comum que seja a *condição* ou *razão suficiente* para justificar a aplicação da mesma disciplina jurídica a ambas<sup>201</sup>.

No caso em questão, o tribunal faz uma interpretação analógica entre dois tipos de relações jurídicas com o mesmo escopo, de garantia, mas de naturezas jurídicas diferentes (garantia real e garantia obrigacional). Tendo em vista a existência desse fim em comum, o tribunal justifica a aplicação da norma proibitiva do pacto comissório também para as garantias obrigacionais. Na lógica desenvolvida, os ministros sustentam que se nem mesmo as garantias reais, as mais fortes garantias do ordenamento jurídico, usufruem de tal efeito (permanência com o credor do bem dado em garantia depois do vencimento), não haveria motivos para que tal eficácia fosse irradiada por uma relação obrigacional com escopo de garantia.

Mas o fim comum desses dois negócios constituiria a condição ou razão suficiente para a aplicação da norma proibitiva? Primeiro, deve-se encontrar a condição ou a *ratio legis*, nas garantias reais, que fundamenta a proibição do pacto comissório nessas relações. Como já exposto anteriormente, o art. 1.428 do Código Civil tem por finalidade evitar que o credor titular de garantia real, que já conta com várias proteções e meios para satisfação de seus interesses, possa fazer uso de mais um meio de segurança, o que o colocaria numa posição de desigualdade perante os demais credores.

---

<sup>200</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito; PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. (trad.). São Paulo: Ícone, 2006, P. 217.

<sup>201</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**....., p. 217.

Desse modo, para que a mesma disciplina fosse aplicada às relações obrigacionais com escopo de garantia, mostrar-se-ia necessário que nessas relações o pacto comissório também representasse uma forma de privilégio, injustificado juridicamente, perante os demais credores. Contudo, ao se analisar as garantias obtidas por meio obrigacional, é possível constatar que elas não apresentam as mesmas vantagens das garantias reais. Por exemplo, o credor com garantia de natureza obrigacional não é titular dos direitos de preferência e sequela que, respectivamente, colocam o credor em posição preferencial de adimplemento em relação aos demais credores, e permitem que ele possa perseguir a coisa, onde quer que ela se encontre, para satisfazer seu crédito. Com isso, não se poderia afirmar que permitir o pacto comissório em relações obrigacionais levaria às mesmas injustiças da permissão de tal pacto nas relações de garantia real. Assim, se a mesma *ratio legis* não se encontra presente em ambas os casos, a aplicação do art. 1.428 do Código Civil às relações obrigacionais de garantia seria incorreta. Cabe agora analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Em sede de recurso extraordinário,<sup>202</sup> discutiu-se a possibilidade de pacto comissório num contrato de natureza meramente obrigacional. Em primeiro grau, os recorridos requereram a declaração de nulidade de contrato de compra e venda com pacto de retrovenda constituído entre os recorrentes, sob o fundamento de ocorrência de pacto comissório, tendo em vista que o negócio, na verdade, dissimularia a existência de um contrato de mútuo.

Os recorridos constituíram contrato de promessa de permuta com um dos recorrentes pelo qual se obrigou a transferir-lhe três lotes para, em troca, receber dois lotes. Dentro do prazo acordado, os recorridos transferiram os lotes; ainda que em momento posterior ao combinado, o recorrente também transferiu os dois lotes, cuja posse foi tomada pelos recorridos.

Posteriormente, os recorridos perderam um dos lotes em ação executiva movida por uma instituição financeira e foram citados pelo outro recorrente, que teria adquirido o outro lote, numa ação reivindicatória, que foi conexa à ação de declaração de nulidade pela identidade de causas.

---

<sup>202</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 98947/PR**. Rel. Min. Alfredo Buzaid. Diário de Justiça em 17 de agosto de 1984.



Em primeiro grau, julgou-se procedente a ação declaratória de nulidade e improcedente a ação reivindicatória, gerando a interposição de apelação pelo recorrente. A decisão de segundo grau confirmou a sentença ao reconhecer a nulidade do contrato de compra e venda com pacto de retrovenda por este supostamente encobrir um pacto comissório.

Interposto o recurso extraordinário, o ministro relator sustentou que a norma proibitiva do pacto comissório tem aplicação limitada aos casos expressamente determinados, ou seja, aos direitos reais de garantia. Uma vez que o caso sob julgamento não envolvia garantias reais, a aplicação analógica do dispositivo seria impossível. Desse modo, julgou-se improcedente a ação declaratória de nulidade e procedente a ação reivindicatória, uma vez que a posse dos recorridos, fundada em contrato de permuta não inscrito no registro imobiliário, era injusta, não podendo ser oposta ao recorrente titular do domínio adquirido por escritura pública devidamente transcrita.

No mesmo sentido, encontram-se diversos julgados<sup>203</sup> no Supremo Tribunal Federal que defendem a vedação do pacto comissório apenas na presença de direitos reais de garantia, sendo permitido nos demais casos, como em negócios jurídicos obrigacionais.

Perante posicionamentos conflitantes entre os Tribunais Superiores, qual seria o entendimento mais adequado para o ordenamento jurídico brasileiro? Recordando os ensinamentos de Pontes de Miranda, o princípio regente da norma proibitiva do pacto comissório é *a inampliabilidade dos direitos dos credores com garantia real*, o que parece sensato, tendo em vista que credores com um poder protetivo dotado de tamanha força jurídica sobre seus créditos, caso pudessem alargar esse direito ainda mais, ficariam em situação de extrema desigualdade perante os demais credores.

---

<sup>203</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 63668/SP**. Rel. Min. Hermes Lima. Diário de Justiça em 18 de outubro 1968; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 90648/SP**. Rel. Min. Soares Munoz. Diário de Justiça em 05 de agosto de 1994; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 82442/MT**. Rel. Min. Cunha Peixoto. Diário de Justiça em 25 de outubro de 1977; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 82447/SP**. Rel. Min. Moreira Alves. Diário de Justiça em 08 de junho de 1976; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 70497/RS**. Rel. Min. Luiz Gallotti. Diário de Justiça em 03 de setembro de 1970; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 63128/SP**. Rel. Min. Hermes Lima. Diário de Justiça em 08 de março de 1968.

Mas a proibição do pacto comissário faria sentido nos casos em que tal acordo não se encontra ligado a uma garantia real, mas apenas é utilizado como um modo de garantia em uma relação jurídica obrigacional?

Notoriamente, na hipótese de um pacto comissário garantir, por exemplo, um contrato de mútuo, deve ser observada a proporção entre o bem dado em garantia e o crédito a ser garantido, assim como o comprometimento do credor em devolver o valor do bem que exaltar o valor do crédito. Caso tal desproporção ocorra, a anulação do pacto dar-se-ia pela ocorrência de dolo<sup>204</sup> e não pela forma de garantia escolhida pelas partes, que por si só não coloca devedor e credor em situação de desvantagem entre si, nem este em relação ao demais possíveis credores.

É crucial observar-se que, tendo em vista o princípio da tipicidade dos direitos reais,<sup>205</sup> que proíbe a criação de novos direitos dessa natureza por particulares, é natural que nos casos analisados pelos Tribunais, em que o bem é alienado em garantia a um negócio jurídico obrigacional, não ocorra a constituição de uma garantia real e, conseqüentemente, o credor não se torna titular dos poderes inerentes à posição do credor com esse tipo de garantia, como o direito de preferência.<sup>206</sup> Na verdade, neste caso surge uma relação fiduciária atípica com escopo de garantia, que em nada se aproxima, principalmente em termos eficaciais, da relação jurídica proveniente de garantias reais.

---

<sup>204</sup> De acordo com Marcos Bernardes de Mello, constitui dolo “a ação ou omissão intencionais de um dos figurantes, ou de terceiro, neste caso com o conhecimento de um deles, com a finalidade de induzir, fortalecer ou manter o outro figurante em falsa representação da realidade, visando, em benefício próprio, a que pratique ato jurídico que não realizaria se conhecesse a verdade (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**....., p. 168).

<sup>205</sup> O princípio da taxatividade significa que os direitos reais são *numerus clausus*, ou seja, estão limitados aos tipos estabelecidos pelo legislador. Não há disposição normativa expressa acerca da taxatividade, mas pode deduzir-se sua existência pelo fato do ordenamento jurídico reconhecer poder gerador de novas figuras jurídicas no direito privado apenas no campo dos negócios jurídicos (PENTEADO, Luciano. **Direito das Coisas**....., p. 92).

<sup>206</sup> Preferência é a “pretensão que têm [os credores pignoratícios e hipotecários] de receber antes de qualquer outro o pagamento de suas dívidas, por conta da garantia real” (PENTEADO, Luciano. **Direito das Coisas**....., p. 436).

Assim, não seria razoável a vedação do pacto comissório em contratos obrigacionais, pois o credor fiduciário não se encontra em posição de vantagem em relação aos demais credores do devedor. Em termos práticos, a constituição desse tipo de garantia fiduciária é interessante para o credor, pois ele já possuiria o título de propriedade sobre o bem, o que facilitaria eventuais atos necessários para a aquisição da posse ou mesmo a venda da coisa, em caso de inadimplemento por parte do devedor, e também porque impediria a alienação do bem dado em garantia pelo devedor.

Desse modo, em correspondência ao entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, defende-se que a vedação do pacto comissório limite-se às espécies de garantias reais exaustivamente arroladas em lei, uma vez que, conforme demonstrado, a lógica regente de tal proibição não se apresenta em situações diversas das previstas no art. 1.428 do Código Civil.

Nesses casos, o bem, a princípio pertencente ao patrimônio do comprador, pode voltar ao domínio do vendedor, conforme acordado entre as partes, sem que tal conduta seja vedada por lei.

Desse modo, as reflexões acerca do pacto comissório são muito complexas, e não há razão para proibi-lo no ordenamento jurídico brasileiro, já que as possibilidades de seu uso não se limitam às hipóteses elencadas pelo art. 1.428 do Código Civil.

#### 4.3.2. POSSIBILIDADE DE GARANTIA REAL E PACTO COMISSÓRIO NUMA MESMA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

Com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação do pacto comissório, acolheu-se a posição de que este pacto seria vedado apenas nas hipóteses arroladas no Código Civil, sendo possível a sua existência em relações jurídicas obrigacionais. Mas seria possível que um direito real de garantia e o pacto comissório garantissem a mesma relação obrigacional?

Massimo Bianca defende que a execução de um pacto comissório não pode ser um modo de realização da garantia típica ao qual ele está vinculado. Assim, o credor que for titular de uma garantia real deve utilizar os meios disponibilizados pelo ordenamento jurídico para satisfazer seus interesses,

sendo proibido que fique com o bem para tal finalidade. Contudo, isso não necessariamente impediria que a garantia típica e o pacto comissório pudessem coexistir. Esclarece o autor que “sobre um mesmo bem poderia, em tese, coexistir um pacto comissório e um direito de penhor, hipoteca ou anticrese a garantir a mesma relação obrigacional”<sup>207</sup>.

Ele explica que no caso da anticrese, a coexistência é clara pelo fato de o direito de anticrese limitar-se ao gozo dos frutos do bem. Caso, no término do tempo estipulado, o credor ainda não tiver sua obrigação adimplida, poderia realizar-se um pacto comissório para tanto.

Já no caso do penhor e da hipoteca, o credor que também estipulou o pacto comissório teria a possibilidade de escolha, isto é, de satisfazer seus interesses pelos meios disponibilizados pelo pacto, ou utilizar os meios para satisfação de seu crédito disponibilizados pelas garantias típicas. Tal escolha seria confiada ao credor, que na hipótese de inadimplemento da obrigação, poderia escolher o meio pelo qual o crédito seria satisfeito.<sup>208</sup>

Ressalta, ainda, o autor, que é passivo o entendimento de que a utilização do pacto comissório para satisfação da obrigação inadimplida excluiria os outros meios legalmente possíveis disponibilizados pela garantia típica.<sup>209</sup>

Optar pelo uso do pacto comissório, na hipótese da obrigação não ter sido adimplida até seu vencimento, é uma opção prática e segura para o credor, tendo em vista que o bem dado em garantia integrará seu patrimônio imediatamente, o que corresponderia a uma espécie de tutela direta, além de seus efeitos serem oponíveis a terceiros. Contudo, não há suporte legal, doutrinário ou jurisprudencial no direito brasileiro que permita ao credor com garantia real escolher a satisfação de seus interesses pelos meios normais disponibilizados por aquelas garantias ou fazer uso do pacto comissório.

---

<sup>207</sup> BIANCA, C. Massimo. **Il divieto del patto comissorio**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, p. 61.

<sup>208</sup> BIANCA, C. Massimo. **Il divieto del patto comissorio...**, p. 61.

<sup>209</sup> BIANCA, C. Massimo. **Il divieto del patto comissorio...**, p. 03.

## 5. A FIDÚCIA E O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

### 5.1. O DISCURSO DO DIREITO ROMANO NA CONSTRUÇÃO DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

A maior parte da doutrina, ao tratar acerca do negócio fiduciário, tende a iniciar seu estudo pela análise da fidúcia no direito romano, procurando encontrar nesta figura do passado alguma similaridade que permita o entendimento sobre as relações fiduciárias modernas. Ainda que tal metodologia seja questionável, cujos motivos serão expostos na próxima seção, acredita-se na importância de tratar-se da fidúcia romana nos primórdios de seu surgimento, com a pretensão de alcançar os significados semânticos que constituíram essa figura jurídica.

Menezes Cordeiro aponta que a *fides* romana carrega em si as bases linguísticas e conceituais da boa-fé no Direito civil português, e apesar do interesse e importância que seu estudo traz, alguns fatores dificultam a reconstrução dessa figura romana.<sup>210</sup> Seriam os principais entraves para essa pesquisa:

a falta de documentação histórica, a impossibilidade de reconstruir o ambiente sócio-cultural preciso, onde os escassos elementos existentes devem ser integrados, para ganhar uma força expressiva plena e a persistência duma tradição pós-clássica e romanística dotada de um dinamismo autónomo.<sup>211</sup>

Essas dificuldades podem tornar o estudo da *fides* meramente especulativo, o que talvez justifique o desinteresse da doutrina em tratar do tema. Considerando-se essas limitações, o autor, ciente da impossibilidade de uma determinação conceitual e abstrata da *fides*, propõe-se a fazer um estudo

---

<sup>210</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984, p. 53.

<sup>211</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 53.

a partir das situações práticas nas quais essa figura manifestava-se, na tentativa de esclarecer quais eram as funções da *fides* no Direito romano.<sup>212</sup>

Os elementos históricos sobre a *fides* primitiva ramificavam-se em três grupos semânticos distintos: a *fides-sacra*, a *fides-fato* e a *fides-ética*.<sup>213</sup>

A *fides-sacra* estava presente na Lei das XII Tábuas e determinava sanções religiosas contra quem defraudasse a *fides* do cliente<sup>214</sup>. Também está presente no culto da deusa Fides, focado na sua mão direita, que simboliza a entrega e a lealdade e na extensão e limitação dos poderes pertencentes ao *pater*.<sup>215</sup>

Já a *fides-fato* era destituída de conteúdos morais ou religiosos, sendo reconhecida como uma noção de garantia e associada ao instituto da clientela. Neste prisma, a *fides* representava uma ligação entre os envolvidos nesta relação de poder.<sup>216</sup>

A *fides-ética*, desenvolvida por Fraenkel, teria se constituído no “momento em que a ‘garantia’ expressa pela *fides* passou a residir na qualidade de uma pessoa”,<sup>217</sup> o que lhe conferiu um caráter moral. A *fides* também teria ganho o sentido de dever, ainda que não derivado do Direito.

Menezes Cordeiro critica essas teorizações que representariam a *fides* arcaica por considerá-las, em geral, imprecisas e duvidosas. A *fides-sacra*, por exemplo, comumente ligada à Lei das XXI Tábuas, não apresenta o conteúdo da sanção religiosa que seria aplicada na hipótese apresentada. Mas o maior obstáculo para esclarecer as linhas gerais dessa *fides* seria a sua ligação com

---

<sup>212</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 58 – 59.

<sup>213</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 54.

<sup>214</sup> Trata-se aqui do instituto da clientela, que “correspondia a um tipo de estratificação social que pressupunha uma graduação entre o cidadão livre totalmente *sui iuris* e o escravo. Implicava a existência de pessoas adstritas a certos deveres de lealdade e obediência perante outras, em troca de protecção” (MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 59-60). A clientela era marcada por grande desigualdade jurídica, tendo em vista que o *cliens* era incluso na família, e, conseqüentemente, sujeito ao poder do *pater*.

<sup>215</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 55.

<sup>216</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 55-56.

<sup>217</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 56.

conteúdos religiosos, que por estarem ligados a uma sociedade pré-moderna, não possibilita o estabelecimento de generalizações ou significados uníssonos. Assim, o estudo da *fides-sacra* pouco adicionaria ao estudo sobre o tema.<sup>218</sup>

A *fides-ética* conteria o mesmo problema, tendo em vista que a história do desenvolvimento da cultura apenas demonstra que a conceitualização de uma figura histórica somente é possível a partir da análise das manifestações morais na realidade concreta, conteúdo este não apresentado pelas fontes analisadas pelo autor.<sup>219</sup>

Por último, a *fides-fato* garantia também seria vítima dessa construção racionalizante, que pretende alcançar um sentido homogêneo e abstrato acerca do significado de garantia no Direito romano. Essa escolha leva a uma construção linear e historicamente arbitrária, tendo em vista que os diversos significados de *fides* encontrado nas fontes não permitem a presunção que o primeiro sentido concreto desse tipo estaria ligado à garantia, a partir do qual todos os demais significados teriam de desenvolvido.<sup>220</sup>

Com bases nessas críticas, e com o aviso inicial acerca da impossibilidade de uma construção abstrata e geral do conceito de *fides*, o autor propõe que se analisem, em primeiro plano, as manifestações concretas desta figura na sociedade romana, uma vez que é partidário da hipótese levantada por Wieacker, de que a *fides* teria como base inicial comportamentos sem construção jurídica, manifestando-se, inicialmente, com conotações mágica, então religiosa e depois moral.<sup>221</sup>

Nas sociedades pré-modernas, é admissível a existência de um instituto que apresenta significados múltiplos num mesmo momento histórico, uma vez que seu conteúdo desenvolve-se no seio social e apenas mais tarde será passível de sofrer um processo de diferenciação, que separará os diversos planos em que o instituto poderia manifestar-se.

---

<sup>218</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 56-57.

<sup>219</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 57.

<sup>220</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 58.

<sup>221</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 58-59

Desse modo, Menezes Cordeiro aceita a hipótese que a *fides* fosse, simultaneamente, “uma ligação-garantia fáctica, com níveis de representação mágico-sacrais e, mais tarde, morais”.<sup>222</sup> Em contrapartida, é inadmissível acreditar que, anterior a esse desenvolvimento social e cultural do instituto, conceituações abstratas e objetivas já determinassem o conteúdo que o constituiria.

Isso posto, far-se-á a exposição de algumas manifestações concretas dessa figura tão enigmática. Dentro das cidades, a clientela figurava como um modo de aplicação da *fides*, na qual o *cliens*, em marcada submissão, oferecia sua total lealdade e obediência a outrem, em troca de proteção<sup>223</sup>. Nessa relação desigual, a *fides* manifesta-se em dois prismas: a *fides* como poder discricionário do patrão e a *fides* como promessa (no caso, de proteção). Em sua fase inicial, a *fides*-poder não era reconhecida pelo Direito, estando o *cliens* desprovido de qualquer tipo de proteção contra os atos do patrão, tendo apenas a confiança de que o laço moral que os envolvia fosse suficiente para a manutenção da relação constituída.<sup>224</sup>

Essa função protetiva da *fides* nas relações de clientela também é reconhecida por Max Kaser ao afirmar que o estrangeiro que se colocasse como “hospede” sob a segurança de um cidadão romano ou mesmo de Roma, gozava, por seu status de *cliens* (‘dependente’), de maior proteção, uma vez que seu patrono lhe devia fidelidade (*fides*), uma obrigação proveniente do direito sacral.<sup>225</sup>

Já a *fides*-promessa foi considerada, por certo período, apenas como um reflexo formal da submissão à *fides*-poder, sendo reconhecida como um ato-promessa de garantia e de sujeição.<sup>226</sup> Posteriormente, ela assumiu

---

<sup>222</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 59.

<sup>223</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 59.

<sup>224</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 60.

<sup>225</sup> KASER, Max. **Direito privado romano**. RODRIGUES, Samuel; HÄMMERLE, Ferdinand (trad.). SAINT-MAURICE, Maria Armanda de (rev.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 100.

<sup>226</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 61.



posição semelhante em outras figuras promissórias.<sup>227</sup> Essa promessa manifestava-se de modo formal e simbólico, sendo que, apenas mais tarde, com a passagem do formalismo ao voluntarismo, que o seu sentido ganhou caráter subjetivo. O ato formal de promessa, simbolizado pelo ritual de “dar a mão direita”, ganhou então uma base valorativa, que estaria presente no íntimo do homem.

Ligado a este significado a doutrina reconhece a *fides* como o fundamento primitivo do caráter obrigatório das relações obrigacionais, uma vez que representava o dever de todos os homens, sem distinções, a cumprir a palavra dada, que a princípio estava sob proteção divina.<sup>228</sup>

Durante sua evolução, a *fides* apresentou significados divergentes, uma vez que figurava apenas como uma manifestação da estrutura social e ganhava representações que se adequassem aos interesses em jogo. Assim, a *fides* foi associada inicialmente a conteúdos mágico-religiosos e, finalmente, à Moral. Em certa medida, funcionava como um espectro de uma relação caracterizada pela garantia-serviço.<sup>229</sup>

Com o esvaziamento de seu conteúdo, a *fides* perdeu força, e sem significado certo, qualquer significado a ela era atribuído. O fato de a *fides* não ter alcançado o status de expressão jurídica também possibilitou que ela fosse relacionada a diversos institutos jurídicos, sendo seu significado construído dentro da nova figura a qual pertencia.<sup>230</sup>

Desse modo, a *fides* apresentava apenas significados populares, não sendo ainda contemplada pelo ordenamento jurídico da época. Por essa circunstância, é essencial que não se limite a pesquisa sobre o tema apenas traduzindo em termos técnicos o significado vulgar ou corrente que essa figura apresentava.<sup>231</sup>

---

<sup>227</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 62.

<sup>228</sup> KASER, Max. **Direito privado romano.....**, p. 50.

<sup>229</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 67.

<sup>230</sup> MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil...**, p. 69.

<sup>231</sup> LIPARI, Nicolo. **Il negozio fiduciario**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 38.

Apenas mais tarde, tendo a *fides* a si ligada o adjetivo *bona*, foi possível que o novo instituto conquistasse um patamar significativo que a *fides*, por si só, não pode alcançar: uma força vinculativa. A multiplicidade de significados e aplicações da *fides* não permitiu a segurança necessária para sua consolidação, mas ela manteve um valor moral profundo, traduzido pelo Cristianismo, que ainda se conserva: fé.<sup>232</sup>

Considerados os obstáculos para o entendimento da *fides* no Direito Romano, expor-se-á o instituto da fidúcia romana conforme tratado pela maior parte da doutrina, desde já com a ressalva de que a fidúcia romana apresenta características tão distintas da fidúcia moderna que uma análise atemporal do instituto mostra-se impossível. Assim, a retomada do instituto em momentos pretéritos tem caráter meramente histórico.

A fidúcia no Direito Romano manifestava-se em duas espécies: a *fiducia cum creditore* e a *fiducia cum amico*. A primeira tinha a função de dar uma coisa em garantia ao credor,<sup>233</sup> já a outra corresponderia a dar uma coisa a alguém de confiança para que essa pessoa a guardasse e protegesse de eventual situação que ameaçasse o bem, devendo este ser devolvido ao dono quando o perigo cessasse.<sup>234</sup> Característica comum entre as duas figuras era o fato de a propriedade ser transferida para outrem, para determinado fim, havendo a obrigação desta pessoa devolver o bem quando o escopo fosse alcançado.<sup>235</sup>

Na prática, as duas figuras eram instrumentalizadas por um dos negócios formais específicos datadas da época romana arcaica: a *mancipatio* e a *in iure cessio*.<sup>236</sup> Aquela corresponderia a um ato formal pelo qual alguém cedia a outrem a propriedade ou um poder semelhante à propriedade sobre determinadas pessoas ou coisas. Essa figura poderia ser entendida como a

---

<sup>232</sup> LIPARI, Nicolo. **Il negozio fiduciario...**, p. 70.

<sup>233</sup> LIMA, Otto de Souza. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 93.

<sup>234</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário...**, p. 13.

<sup>235</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário...**, p. 13.

<sup>236</sup> KASER, Max. **Direito privado romano.....**, p. 64.

permuta do direito antigo, uma vez que, em troca de determinada quantia em dinheiro, se recebia um poder sobre uma pessoa ou coisa.<sup>237</sup> O pacto fiduciário poderia ser ligado a este instituto porque a *mancipatio* podia ter em si incluída “aditamentos”, ou seja, declarações unilaterais que se acrescentavam ao formulário regular e que pertenciam ao ritual.<sup>238</sup> Desse modo, uma vez que o *pactum fiduciae* fosse ligado à *mancipatio*, surgia a obrigação do adquirente a restituir o objeto segundo determinados pressupostos.<sup>239</sup>

Já a *in iure cessio* era um negócio para transmissão, cessão ou extinção de determinados direitos, usado, como já se afirmou, para que o adquirente mantivesse o bem alienado em segurança até o momento necessário.

Resumidamente, esses dois negócios formais tinham a função de gerar a obrigação do adquirente usar o bem conforme o fim a que ele foi destinado, com o dever de restituí-lo quando o escopo fosse alcançado.<sup>240</sup>

Essa definição expressa o entendimento homogêneo da doutrina brasileira sobre o tema, que pode ser condensado no conceito apresentado por Otto Lima, que reconhece a fidúcia como “uma convenção pela qual aquele que recebeu uma coisa ou um direito, pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*, se obriga à restituição, quando satisfeito o fim ou preenchida a destinação”.<sup>241</sup>

## 5.2. AS RUPTURAS DA MODERNIDADE E A RECONSTRUÇÃO DA NOÇÃO DE FIDÚCIA

Tendo em vista as considerações feitas na seção anterior, reconhece-se a impossibilidade de construir um conceito de fidúcia com base nas

---

<sup>237</sup> KASER, Max. **Direito privado romano**....., p. 64.

<sup>238</sup> KASER, Max. **Direito privado romano**....., p. 66.

<sup>239</sup> KASER, Max. **Direito privado romano**....., p. 66.

<sup>240</sup> BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di diritto romano**, 10. ed., Torino: G. Giappichelli, 1946, p. 472.

<sup>241</sup> LIMA, Otto de Souza. **Negócio fiduciário**....., p. 41.

experiências que constituíram a *fides* no passado, sendo necessária uma crítica à análise historiográfica do Direito, tão comum na doutrina civilista, que procura o nascimento, a função e o significado de determinados institutos modernos num passado remoto que, na verdade, apresenta enormes diferenças em relação à realidade social, econômica e jurídica presentes.

Como alerta Ricardo Marcelo Fonseca,

o estudo linear da história (e de modo particular da história do direito), que amontoa tudo o que já passou numa superposição harmônica e coerente de institutos jurídicos através do tempo, acaba impondo uma lógica ao passado que em verdade lhe é estranha, ao mesmo tempo em que lança sobre a época pretérita as questões, preocupações, valorações e ansiedades que pertencem ao presente (e ao cientista que produz tal tipo de conhecimento).<sup>242</sup>

Considera-se oportuno abordar o pensamento de Pietro Costa acerca da metodologia e epistemologia que deve ser aplicada aos estudos jurídicos que lidam com conteúdos históricos, tendo em vista a tentativa constante dos juristas em buscar explicações para nosso presente em fatos passados logicamente interligados.

Pietro Costa afirma que o século XIX e boa parte do século XX foram marcados pelo enfrentamento entre “grandes teorias”,<sup>243</sup> como o positivismo e o marxismo, que buscavam explicar em termos gerais os acontecimentos da realidade social.

Em certo momento essas grandes narrativas entraram em crise, principalmente pelo reconhecimento da enorme dificuldade em utilizá-las para uma explicação globalizante da realidade. Com isso, houve uma desintegração de tais narrativas, tornando-se predominante, até os tempos atuais, diversos *microcosmos cognitivos*,<sup>244</sup> que não mais contam com a segurança dada pelas

---

<sup>242</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: Editora LTr, 2002, p. 26.

<sup>243</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**.: ensaios de história do pensamento jurídico. Juruá : Curitiba, 2010, p. 18.

<sup>244</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**..., p. 19.

grandes narrativas, marcadas pela totalidade e coerência de suas constatações.

O autor considera ingênua a epistemologia usada pelas grandes narrativas, pois é questionável a possibilidade de alcançar-se fatos históricos puros, principalmente quando estes são observados pelos homens, indivíduos histórica e culturalmente inseridos num plano social complexo, que unido a seus valores sociais, influencia sua percepção da realidade.

Na discussão da epistemologia em geral, começou-se a questionar a validade do paradigma neopositivista, uma vez que não existe uma observação neutra dos fatos. De acordo com Pietro Costa, a observação

é necessariamente 'sobrecarregada de teoria'; o cientista não registra passivamente os fatos, mas os seleciona, os ordena, os constrói: em resumo, os compreende a partir da sua específica formação cultural e profissional. Não é possível colher os fatos em sua nua objetividade, mas é inevitável perceber-los através da mediação da cultura, da linguagem, do saber próprios do ambiente histórico e da camada profissional aos quais se pertence.<sup>245</sup>

Assim, é impossível uma observação pura dos fatos e, conseqüentemente, uma teorização pura a respeito deles. Segundo o autor, o próprio caráter temporal do saber histórico afeta a sua compreensão. Isso porque este é *voltado ao passado*, procura dar sentido a uma realidade que não mais existe, que ocorreu e não mais se encontra no tempo presente daquele que a observa. E é exatamente esses fatos do passado que o historiador deve reconstruir em seu trabalho.

Por isso a epistemologia utilizada pelo historiador não pode propor-se como pura, positivista. Ele não tem frente a seus olhos fatos que deve descrever, mas apenas documentos fragmentários que retratam a realidade passada, e que não são fatos, mas apenas *sinais*.<sup>246</sup>

Assim, a historiografia tem grande caráter hermenêutico, pois trata da interpretação de um discurso feito acerca desses sinais do passado, que não têm significado próprio a ser percebido pelo historiador, mas, sim, possíveis

---

<sup>245</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia...**, p. 20.

<sup>246</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia...**, p. 20.

sentidos que podem ser retirados do texto. Para Pietro Costa, o “texto é uma ‘obra aberta’, capaz de assumir sempre novos significados graças à criativa solicitação do intérprete”.<sup>247</sup>

Além dessa característica temporal da historiografia, tem-se a difícil tarefa de atribuição de sentido, não sendo possível a percepção de um sentido unívoco acerca do passado, mas apenas possíveis “verdades” a ser construídas, e que nunca representarão com fidelidade os fatos ocorridos.

É notório que muitos termos utilizados nos ordenamentos jurídicos atuais são encontrados nas civilizações antigas, como propriedade, liberdade, família, e fidúcia. Contudo, deve-se considerar que eles não mantiveram seus significados inalterados no curso da história, sendo a maleabilidade semântica característica essencial para a manutenção do termo por tantos séculos, pois possibilitou que novos significados fossem atribuídos ao conceito de acordo com as circunstâncias sociais e políticas.

Por isso, a fidúcia romana, à qual usualmente remete-se com o intuito de explicar a fidúcia moderna, pouco pode ajudar na busca dos conteúdos materiais desse instituto, que dizem respeito aos seus sentidos, funções e efeitos. Em relação ao objeto de estudo deste trabalho, deve-se lembrar, por exemplo, que a propriedade romana difere muito da propriedade moderna,<sup>248</sup> e que a fidúcia romana tinha funções impensáveis aos moldes atuais, como aquisição de direito familiar sobre a mulher, filhos e escravos,<sup>249</sup> mas que eram comuns na sociedade romana patriarcal.

Por esses motivos, o sentido de fidúcia utilizado neste estudo não se baseará em construções doutrinárias de fontes fragmentárias do Direito

---

<sup>247</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**..., p. 22.

<sup>248</sup> Uma das principais distinções entre a propriedade moderna e a romana (primitiva) é que esta era uma manifestação muito mais ampla do poder do *paterfamilias*, uma vez que englobava não apenas bens materiais, mas determinadas pessoas, como filhos e mulher. Ainda, seus contornos não são bem definidos e alcança um âmbito muito mais amplo do que a propriedade moderna, uma vez que inclui os antecedentes dos direitos reais limitados e não tem de si separada a posse. Também era diferente a valoração dada a propriedade clássica, que não era vista exclusivamente do ponto de vista patrimonial, mas segundo seu valor coletivo para a família. (KASER, Max. **Direito privado romano**....., p137 – 139; BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di diritto romano**....., p. 250 – 253).

<sup>249</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria**. Barcelona: Bosch, 1950, p. 32.

Romano, por entender-se, pelos motivos expostos, que não possam corresponder à realidade social e jurídica modernas.

O acesso atual às fontes romanas limita-se aos estudos realizados por alguns juristas modernos, que por sua vez se basearam em construções de juristas que os antecederam ou em interpretações de compiladores das fontes romanas, que se constituem de documentos fragmentários e descontinuados, cujos sentido e interpretação podem ser o mais variável possíveis, tendo em vista a relatividade da reconstituição histórica, nos termos sustentados por Pietro Costa.

As informações que foram reproduzidas na seção acerca da fidúcia romana representa apenas uma noção majoritária acerca do tema na doutrina jurídica, uma das possíveis “verdades” que podem ser construídas quando se lida com fatos do passado, sobre os quais se tem acesso por impressões e interpretações realizadas por determinados autores.

Assim, buscar-se-á uma definição moderna da fidúcia, procurando-se afastar das amarras do passado, e cujas configurações apresentam-se a seguir.<sup>po</sup>

Ascarelli afirmava que os negócios indiretos detinham grande importância nos ordenamentos jurídicos rígidos e com poucos institutos, pois seria o único meio possível de satisfação de novas necessidades sociais que ainda não eram tuteladas pelo Direito<sup>250</sup>. Com o tempo, essas novas práticas que dinamizavam o ordenamento da época eram absorvidas pelo sistema, sendo o instituto e sua estrutura disciplinados pelo Direito.

Lipari supõe que, caso esse processo realmente tenha ocorrido, não é irrazoável pensar que alguns negócios fiduciários surgidos no passado puderam dar surgimento a institutos jurídicos dos sistemas modernos<sup>251</sup>. Contudo, isso não seria suficiente para se acreditar que aqueles negócios indiretos não possuem, ainda hoje, características funcionais que atendem, de

---

<sup>250</sup> ASCARELLI, Tullio. **Problema das sociedade anônimas e direito comparado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 93.

<sup>251</sup> O autor cita, como exemplo de possível instituto derivado de negócios fiduciários passados, a venda com escopo de garantia. (LIPARI, Nicolo. **Il negozio fiduciario...**, p. 71).

forma exclusiva, certos tipos de interesses<sup>252</sup>; ou mesmo afirmar que, pela existência da fidúcia legal, os negócios fiduciários não poderiam exercer papel relevante no direito contemporâneo.

Mas qual seria a função exercida pela fidúcia numa sociedade moderna, marcada por estruturas e princípios tão distintos das sociedades passadas, nas quais se basearam a maior parte dos estudos sobre esse tipo negocial? Acredita-se ser possível responder a esta pergunta, ainda que em termos gerais, ao analisar-se um das mais importantes figuras do direito moderno: a autonomia privada.

Alguns autores, como Cariota-Ferrara,<sup>253</sup> sustentam que, no mundo moderno, o negócio fiduciário não é mais uma figura necessária e indispensável para satisfação de necessidades específicas. Seu uso seria facultativo, representando uma escolha dos particulares para alcançar vantagens periféricas não atingíveis pela via direta dos institutos típicos.<sup>254</sup> Essa seria uma das maiores diferenças entre a fidúcia antiga e a fidúcia moderna, uma vez que os sistemas jurídicos modernos são marcados por certa elasticidade e um extenso rol de institutos que absorve boa parte das necessidades sociais insurgentes. Contudo, mesmo atualmente, não se pode imaginar que o ordenamento jurídico seja completo a ponto de oferecer meios para a realização de todos os fins economicamente possíveis.

Tendo em vista que a função dos negócios fiduciários no passado mostra-se bem diferente de seu papel no direito moderno, algumas hipóteses podem ser levantadas acerca de seu uso no direito contemporâneo.

Lipari afirma que, em termos funcionais, o negócio fiduciário atualmente aproxime-se muito mais da figura do *trust* do que da fidúcia romana,<sup>255</sup> conforme a maior parte da doutrina brasileira costuma insinuar nos estudos

---

<sup>252</sup> LIPARI, Nicolo. **Il negozio fiduciario...**, p. 72.

<sup>253</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari** – trasferimento, cessione e girata a scopo de mandato e di garanzia. Processo fiduciário. Milano: CEDAM, 1933. p. 23.

<sup>254</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari...**, p. 73 e p. 226, nota 4. Contudo, alguns autores como Otto de Souza Lima (p. 177), afirmam que os negócios fiduciários ainda têm a função de preencher lacunas do ordenamento jurídico.

<sup>255</sup> LIPARI, Nicolo. **Il negozio fiduciario...**. 75.



acerca do tema. A suposição feita pelo autor naturalmente não pode se dar em termos estruturais pois, conforme será apresentado no último capítulo desta parte, é precisamente em sua estrutura que esses dois negócios melhor se diferenciam. Entretanto, em termos funcionais, o negócio fiduciário pode aproximar-se, por exemplo, do papel do trust como meio de administração especializada de capitais (imóveis, créditos, ações), que na economia atual exerce papel importante em investimentos de médio e grande porte.

## 6. DISTINÇÃO DE FIGURAS SIMILARES

### 6.1. NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO

A distinção entre negócio fiduciário e negócio simulado é especialmente importante, tendo em vista que é com esta figura que as relações na fidúcia são comumente confundidas, especialmente nos tribunais brasileiros.<sup>256</sup> A princípio, é necessário estabelecer os delineamentos do negócio simulado, para então confrontá-lo com a estrutura do negócio fiduciário, na tentativa de identificar suas potenciais diferenças e similitudes.

Simular seria provocar a falsa crença num estado não real, uma vez que o objetivo dos que praticam atos simulados é enganar os demais ao fazê-los acreditar na existência de uma situação não verdadeira.<sup>257</sup> Em termos subjetivos, o ato simulado constitui uma mentira consciente com o intuito de ludibriar terceiros.<sup>258</sup>

De acordo com Ferrara, o negócio simulado “tem uma aparência contrária à realidade, ou porque não existe em absoluto ou porque é diferente de sua aparência”.<sup>259</sup> O simulacro criado pelos contratantes faz com que terceiros acreditem em algo que não existe, ou esconde um negócio diferente do aparentemente declarado pelas partes.<sup>260</sup>

Seguindo a redação do Código Civil sobre a matéria, poder-se-ia apontar dois elementos essenciais para a ocorrência da simulação: (1) existência de um ato jurídico cujo conteúdo seja intencionalmente inverídico

---

<sup>256</sup> Na última parte deste trabalho analisar-se-á a posição dos tribunais nacionais no que diz respeito ao reconhecimento dos negócios fiduciários, sendo possível notar a grande dificuldade dos ministros em magistrados em distinguir tais negócios de figuras, muitas vezes ilícitas, que podem com ele ser confundidas.

<sup>257</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari...**, p. 50.

<sup>258</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari...**, p. 50

<sup>259</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari...**, p. 51.

<sup>260</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari...**, p. 51

quanto ao ato em si, quanto às disposições negociais, quanto às pessoas ou à data; (2) ciência da simulação por todos os figurantes do ato, já que a falsidade diz respeito a todas as partes.<sup>261</sup>

O mais importante a ser observado nos negócios simulados é que a vontade declarada pelas partes é *intencionalmente*<sup>262</sup> diversa de suas vontades internas. Por isso, o declarado é vazio, falso, o que leva Ferrara a considerar tais atos como “fantasmas jurídicos”.

Também é indispensável que todas as partes estejam cientes da simulação, e caso algum dos sujeitos não souber a respeito, em relação a ele haverá dolo, e não simulação<sup>263</sup>. Assim, deve haver um acordo entre as partes para que ambas trabalhem na construção do ato fictício.

Por último, deve existir a intenção de enganar terceiros. O negócio simulado é praticado para que outros acreditem na existência de algo não verdadeiro, ou então para encobrir a natureza de certo ato que não se gostaria de ser conhecido<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> Art. 167. *É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*

§ 1o *Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*

*I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*

*II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;*

*III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.*

<sup>262</sup> Caso haja uma manifestação de vontade diversa da vontade interna da parte e ela não tenha sido intencional, ter-se-á a ocorrência do erro, que se caracteriza por uma falsa representação psicológica da verdade grave o bastante para, caso a conhecesse, não praticaria o ato (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade..., p. 149).

<sup>263</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade..., p. 129. Como esclarece o autor, o dolo consiste “na ação ou omissão de um dos figurantes (...) com a finalidade de induzir, fortalecer ou manter o outro figurante em falsa representação da realidade, visando, em benefício próprio ou de terceiro, a que pratique ato jurídico que não realizaria se conhecesse a verdade” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade..., p. 168). Se uma das partes desconhece a intenção dos demais em simular determinado negócio, ela será vítima dessa falsa representação, o que faz transparecer o interesse dos demais em beneficiar-se da situação ou mesmo prejudicar outrem.

<sup>264</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari...**, p. 53.

Contudo, deve-se levar em consideração que nem toda simulação esconde um ato ilícito. Nesse caso, seria mais adequado juridicamente declarar-se a nulidade do negócio jurídico simulado lícito, pelo simples fato de conter uma simulação, ou considerá-lo hígido, uma vez que não se produziu danos a outrem? Para refletir sobre esta questão, é necessário analisar o tratamento jurídico dado ao tema na codificação brasileira.

No Código Civil de 1916, o ato simulado era sujeito à sanção da anulabilidade, e apenas seria evitado de vícios se houvesse a intenção de causar danos a terceiros ou infringir a lei.<sup>265</sup>

Contudo, no Código Civil de 2002, o antigo art. 103 foi suprimido. Assim, para a configuração do ato simulado não se depende da intenção das partes em causar dano. Ainda, o ato simulado tornou-se suscetível à sanção mais grave (nulidade).

A solução fica clara considerando-se o regime jurídico revogado dessa matéria. Se as partes praticam um negócio jurídico cuja declaração não corresponde às suas intenções, mas sem a finalidade de prejudicar terceiros ou infringir a lei, não haveria motivo algum para que esse ato fosse sancionado com a anulabilidade.

Com a nova redação do Código Civil, uma análise literal da lei levaria ao entendimento de que qualquer ato simulado, nocente ou inocente,<sup>266</sup> seria nulificado, tendo em vista a indistinção feita no Código a respeito das duas categorias. Mas uma análise crítica da matéria apontaria para uma nova direção.

Marcos Bernardes de Mello defende que o fato de o negócio simulado ser nocente ou inocente afetaria diretamente sua eficácia, sendo importante observar se a simulação causou ou não danos a terceiros. O autor defende

---

<sup>265</sup> Art. 103 – *A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver a intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei.*

<sup>266</sup> De acordo com a doutrina, nocente seria o ato simulado que gera danos à vítima e, por sua vez, inocente o ato simulado que não os gera.

que, caso a simulação seja nocente, o ato *dissimulado*,<sup>267</sup> que estava encoberto pelo ato aparente, poderá ser válido caso presente os requisitos materiais e formais de validade elencados no art. 167, *caput*,<sup>268</sup> do Código Civil. É pelo fenômeno da extraversão que ocorre a validação do ato dissimulado, que prevalece não obstante a nulidade do ato simulado. A manutenção do ato dissimulado em casos de simulação nocente é justificada pelo *princípio da conservação dos atos jurídicos*,<sup>269</sup> pelo qual se defende que, caso haja um defeito na formação do negócio jurídico e ele possa ser isoladamente resolvido, o negócio jurídico deve ser conservado. Tal posição tem como fundamento a proteção da autonomia privada pelo ordenamento, pois, se as relações entre os sujeitos têm grande importância social, quando possível, devem ser mantidas íntegras.

Tendo em vista essas considerações, pode-se chegar a uma resposta à questão anteriormente lançada. Acredita-se que o melhor entendimento seja pela preservação do ato dissimulado nas hipóteses em que este não prejudique terceiros e atenda aos requisitos de validade referentes à sua espécie jurídica, uma vez que declarar a nulidade de um ato lícito, ainda que simulado, não seguiria os princípios do ordenamento jurídico nacional, que presa pela manutenção, quando possível, das manifestações da autonomia privada.

Expostos os princípios basilares acerca da simulação, cabe agora confrontar essa figura com o negócio fiduciário, na procura de elementos que distingam ou aproximem os dois institutos.

Observou-se que o traço característico da simulação é a distinção entre o declarado entre as partes e o efetivamente querido, já que se cria uma aparência com o intuito de encobrir o ato verdadeiramente desejado pelas

---

<sup>267</sup> Ato dissimulado seria aquele que efetivamente as partes querem e que foi encoberto pelo ato simulado, que no caso, é o ato aparente (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade..., p. 132).

<sup>268</sup> Art. 167. *É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*

<sup>269</sup> Essa orientação, presente em muitos sistemas jurídicos modernos, pretende evitar que se percam as consequências práticas pretendidas pelas partes do ato possivelmente inválidável, em busca do maior aproveitamento possível da intenção negocial apresentada (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da validade....., p. 226.

partes com o objetivo de enganar terceiros. Como defende a maior parte da doutrina, o negócio fiduciário é sério, e não representa uma aparência, mas uma realidade.<sup>270</sup> O declarado entre os figurantes é realmente querido, e desejam-se todos os efeitos jurídicos decorrentes do negócio praticado, ainda que este seja utilizado com um intuito econômico diverso do tipicamente estabelecido.<sup>271</sup> Assim, o negócio fiduciário já não apresenta o principal elemento do negócio simulado – uma incoerência entre o declarado e o internamente desejado pelas partes.

A simulação tem a finalidade de encobrir determinado ato praticado pelas partes, seja por motivos lícitos ou ilícitos, ou enganar terceiros. Já a fidúcia surgiu como uma forma de oxigenar um sistema jurídico fechado e com institutos insuficientes para atender às necessidades econômicas.<sup>272</sup> Seu propósito nunca esteve ligado a atos contrários ao ordenamento jurídico, e apenas representa uma escolha das partes para completar eventuais lacunas do sistema.

Para Cariota-Ferrara, a existência ou não de vontade é o elemento distintivo entre o negócio simulado e o negócio fiduciário: enquanto a vontade encontra-se presente no negócio fiduciário, a sua falta no negócio simulado é marcante.<sup>273</sup> Desse modo, para descobrir se um negócio é fiduciário ou simulado será necessário fazer uma interpretação da declaração de vontade das partes.<sup>274</sup>

O autor aponta o posicionamento de Pestalozza, para o qual qualquer negócio cujo conteúdo aparente a terceiros uma titularidade maior que a vontade das partes constitui sempre simulação.<sup>275</sup> Acertadamente, Cariota-Ferrara afirma que tal pensamento não pode ser acolhido, pois desejar um

---

<sup>270</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**..., p. 53.

<sup>271</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari**..., p. 76.

<sup>272</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari**..., p. 24.

<sup>273</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari**..., p. 44.

<sup>274</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari**..., p. 48.

<sup>275</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari**..., p. 49.

escopo diferente do tipo negocial adotado não torna um negócio simulado. Até porque no negócio fiduciário o efeito típico é quisto pelas partes, pois é necessário para alcançar o fim econômico desejado.

Outro ponto ressaltado pelo autor é que no negócio fiduciário as partes não simulam a transferência da propriedade, para fins de garantia, administração, mas esta de fato acontece. E por não existir entre os figurantes um acordo para simular uma transferência fictícia, não há negócio simulado, ainda que a transferência dirija-se a um escopo menor.<sup>276</sup>

## 6.2. NEGÓCIO JURÍDICO COM INFRAÇÃO INDIRETA ÀS NORMAS JURÍDICAS (*FRAUDE À LEI*)

Inicialmente, cabe ressaltar que a fraude à lei não se confunde com o negócio simulado, pois se apresenta como um negócio sério, sendo desejados pelas partes os efeitos jurídicos decorrentes.<sup>277</sup>

Tendo essa distinção em mente, é necessário abordar o tema dos negócios indiretos, espécie de negócio jurídico comumente ligado aos negócios fiduciário e em fraude à lei.

Tullio Ascarelli aponta que é constante o surgimento de novas situações da vida social que, muitas vezes, não encontram tutela específica no ordenamento jurídico existente. Desse modo, é comum que os fatos socialmente relevantes forcem seu caminho para dentro do ordenamento jurídico, o que em certa medida pode perturbar a suposta simetria do sistema. Contudo, essa permeabilidade é necessária, pois permite a adequação do direito à sociedade, sem a necessidade de destruição do sistema para tanto.<sup>278</sup>

Um dos possíveis modos de tutela de interesses que ainda não foram abarcados pelo ordenamento é a utilização de institutos já existentes que, com

---

<sup>276</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I negozi fiduciari...*, p. 50.

<sup>277</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I negozi fiduciari...*, p. 91.

<sup>278</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto, "negotium mixtum cum donatione". *In: Revista dos Tribunais*, ano 44, v. 233, p. 03 – 17, março 1955. p. 91-92.

as modificações necessárias, permitem a proteção de novas situações da realidade social. De acordo com Ascarelli, é com a evolução desses institutos antigos que novos conteúdos e necessidades são enquadrados no sistema, levando a criação de novas figuras jurídicas.<sup>279</sup> Um dos planos sociais em que esse fenômeno mais ocorre é no campo das atividades negociais, e foi desse modo que o uso de institutos existentes com a finalidade de tutelar novos fatos sociais deu surgimento aos chamados negócios indiretos.

O autor explica que nos negócios indiretos

as partes recorrem a um determinado negócio jurídico, mas o escopo prático visado não é, afinal, o normalmente realizado através do negócio adotado, mas um escopo diverso, muitas vezes análogo àquele de outro negócio ou sem forma típica própria no sistema jurídico.<sup>280</sup>

Assim, utiliza-se o negócio indireto para se alcançar um resultado, conscientemente desejado pelas partes, diverso do tipicamente estabelecido pelo ordenamento para aquela espécie jurídica.

Os figurantes sujeitam-se à forma e à disciplina do tipo negocial escolhido, cuja estrutura serve para a satisfação de interesses até então não alcançáveis por intermédio dos velhos institutos. Naturalmente, a escolha da espécie jurídica não é aleatória, pois as partes escolhem-na, e sujeitam-se ao seu regime jurídico, porque reconhecem que seus efeitos típicos poderão auxiliá-las na consecução do escopo econômico desejado.<sup>281</sup>

Nessa medida, a doutrina tende a incluir os negócios fiduciários como um tipo de negócio indireto, já que o negócio escolhido é querido pelas partes, em todos seus efeitos, mas o fim visado não corresponde ao fim típico do negócio. Por exemplo, tem-se negócio fiduciário quando há uma transferência de propriedade, com efeitos de direito real limitado por um pacto obrigacional que estabelece o fim para o qual a propriedade deve ser utilizada. Tipicamente, a transferência da propriedade tem fins de troca, mas é utilizada no negócio

---

<sup>279</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 93.

<sup>280</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 94.

<sup>281</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 94.



fiduciário, de modo indireto, para atingir escopo diverso, como garantia ou administração.

Na hipótese apontada, é evidente que há um desequilíbrio na relação jurídica, tendo em vista que os efeitos do direito real decorrentes da transferência da propriedade vão além do necessário para o alcance do objetivo das partes. É neste momento que fica clara a importância do pacto obrigacional constituído, cujo papel é reestabelecer o equilíbrio da relação, condicionando o uso da propriedade alienada para fins indiretos.

Esclarecido o pertencimento do negócio fiduciário a uma espécie de negócio indireto, ainda é oportuno um desenvolvimento teórico acerca deste instituto, tendo em vista que há regras gerais aplicáveis que precisam ser consideradas quando do enfrentamento de situações que envolvem relações fiduciárias.

Ascarelli questiona se o negócio indireto seria constituído por apenas um negócio único ou por uma combinação de negócios conexos economicamente, mas juridicamente distintos.<sup>282</sup> A resposta para esta questão é importante pois determinaria quantos e quais regimes jurídicos deveriam ser aplicados num caso de negócio indireto. O autor ressalta que, para tanto, deve-se observar quantas são as fontes do negócio sob análise,<sup>283</sup> ou seja, quais os fatos jurídicos envolvidos na formação do negócio indireto como um todo. Mas o autor aponta que, ainda que as partes tenham praticado um ato único, este pode ter originado mais de um negócio jurídico, fato que o leva a acreditar na impossibilidade de determinação de critérios formais para distinguir as duas hipóteses levantadas.<sup>284</sup>

Um ponto importante neste tema é a determinação dos regimes jurídicos aplicáveis ao negócio indireto em cada caso concreto. Ascarelli afirma que o negócio indireto será regido pela disciplina normativa dos negócios que o constituírem. Assim, as partes estão sujeitas ao regime jurídico acerca do

---

<sup>282</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 98.

<sup>283</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 98.

<sup>284</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 98.

negócio escolhido e também à disciplina acerca da função econômica por ele exercida.<sup>285</sup>

Numa hipótese de negócio fiduciário com escopo de garantia, as partes deverão respeitar as disposições acerca da constituição de relações obrigacionais, marcada pelo pacto fiduciário, assim como a disciplina aplicável à transferência da propriedade, móvel ou imóvel, independentemente da função econômica por ela exercida, e também a disciplina do uso de bens em garantia, que corresponde ao escopo da relação fiduciária. O tratamento dado pelos figurantes a estas três disciplinas jurídicas é que possibilitará verificar se o negócio indireto está ou não infringindo indiretamente normas jurídicas cogentes. Ainda, deve-se ressaltar que são as cláusulas especiais criadas pelas partes que também modelam o negócio para o fim a ser atendido.<sup>286</sup>

O autor também aborda uma interessante questão acerca da possibilidade de um instituto jurídico servir a escopos diferentes, de acordo com as necessidades econômicas das partes.<sup>287</sup> A finalidade típica das figuras jurídicas é fixada pelo ordenamento jurídico. Assim, são as possíveis variações nos *motivos* das partes que permitem que um negócio atinja fins diversos do determinado. De todo modo, não se pode esquecer que o fim típico do negócio escolhido também é desejado, uma vez que sua ocorrência é necessária para a consecução do fim ulterior.

Primeiro, deve-se ressaltar que a vontade, manifestada pelas partes, elemento do suporte fático dos atos jurídicos em sentido amplo, não se confunde com o motivo. Este diz respeito à justificativa interna do sujeito para praticar determinado ato jurídico ou, em outras palavras, os desejos subjetivos das partes quando da constituição de um negócio jurídico.<sup>288</sup> A regra geral aplicável aos negócios jurídicos é o *princípio da irrelevância dos motivos*. Assim, os motivos não costumam compor a formação do negócio jurídico nem influenciam na sua eficácia. Para que um eventual motivo venha afetar a

---

<sup>285</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 117.

<sup>286</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 117.

<sup>287</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 106.

<sup>288</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 111.

interpretação do negócio jurídico, é necessário que ele tenha relevância e seja expresso por todos os figurantes.<sup>289</sup> Ascarelli ressalta a necessidade de analisar em que medida os fins práticos desejados pelas partes devem ser tutelados pelo Direito, sendo indispensável que a disciplina do negócio jurídico escolhido suporte o escopo desejado.<sup>290</sup> Assim, o negócio indireto é marcado pela distinção entre o objetivo típico do negócio e os possíveis objetivos extraordinários desejados pelas partes. Uma vez que os motivos sejam considerados relevantes na função visada pelos figurantes, eles constituirão elemento do negócio jurídico, sendo evidente a impossibilidade de considerar apenas a *causa jurídica* na análise de cada negócio.<sup>291</sup>

Importante apontar que, ainda que haja a possibilidade de prática de negócios indiretos, como os negócios fiduciários, isso não quer dizer que todos os negócios indiretos sejam válidos.<sup>292</sup> Para Ascarelli, quando o fim visado pelas partes for ilícito, o negócio indireto será nulo, e ter-se-á um negócio em fraude à lei que, assim como o negócio fiduciário, são subespécies do negócio indireto.<sup>293</sup> Assim, o que determina a nulidade do negócio em fraude à lei não é sua causa indireta, mas a ilicitude de seu objeto.

Para se determinar se um negócio indireto é ou não válido, deve-se considerá-lo no campo da fraude à lei. Se o seu escopo for ilícito, ter-se-á um negócio fraudulento. Caso contrário, o negócio indireto seja válido<sup>294</sup>. O autor esclarece que o que se pretenderia vedar com a teoria da nulidade dos

---

<sup>289</sup> Todos os figurantes devem manifestar os motivos que os impulsionaram a escolher determinado negócio jurídico. Caso alguma das partes não o faça, ter-se-ia uma hipótese de reserva mental, que não será considerada pelo ordenamento jurídico, em respeito ao art. 110 do Código Civil, que determina: “A *manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento*”.

<sup>290</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 117.

<sup>291</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 106. A problemática da causa jurídica no negócio fiduciário será abordada na última parte deste trabalho.

<sup>292</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 112.

<sup>293</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 112.

<sup>294</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto..., p. 114.

negócios em fraude à lei é que determinado resultado prático seja alcançado, independente do meio utilizado.<sup>295</sup>

Apesar do exposto, Ferrara fez uma comparação entre as duas espécies de negócio indireto, os negócios fiduciário e em fraude à lei, e apresenta diversos pontos de encontro entre ambos, questionando a existência efetiva de diferenças estruturais.

Segundo o autor, tanto o negócio fiduciário como o negócio fraudulento são dotados de realidade<sup>296</sup> (não fictícios), e por isso diferenciam-se dos negócios simulados; têm na sua estrutura uma combinação de diversas formas jurídicas para atingir um escopo que a lei não confere uma forma de realização,<sup>297</sup> necessitando-se, para tanto, do uso de uma via indireta,<sup>298</sup> sendo, também, ambos parte da categoria de negócios indiretos.

Cariota-Ferrara, ao analisar o tema, concorda com os indicativos de aproximação entre os dois negócios, mas critica os demais apontamentos apresentados, já que, ao contrário de Ferrara, não acredita que os negócios fiduciários e fraudulentos façam parte da mesma categoria.

Ferrara afirma que nos dois negócios utiliza-se uma forma jurídica mais ampla para a consecução do fim desejado. Contudo, Cariota-Ferrara lembra que a desproporção entre meio e escopo é característica essencial apenas dos negócios fiduciários. Afinal, há negócios fraudulentos que não apresentam esta desproporção e, mesmo assim, são considerados como tais.<sup>299</sup>

Ainda, Cariota-Ferrara reafirma que nem todos os negócios indiretos atuam fraudulentamente. E, por isso, nem todo negócio fiduciário será uma infração indireta à lei. O autor lembra que quando um negócio fiduciário apresenta também fraude à lei, ele não deixa de ser fiduciário, mas apenas é

---

<sup>295</sup> ASCARELLI, Tullio. *Contrato misto, negócio indireto...*, p. 114.

<sup>296</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I negozi fiduciari...*, p. 111.

<sup>297</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I negozi fiduciari...*, p. 111 – 112.

<sup>298</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I negozi fiduciari...*, p. 112.

<sup>299</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I negozi fiduciari...*, p. 55.

paralisado em sua validade e efeitos, o que ocorre em consequência de se agir contra a lei.<sup>300</sup>

Desse modo, o autor refuta a posição de Ferrara acerca da *unidade substancial*<sup>301</sup> das duas figuras jurídicas. O negócio fiduciário e o negócio fraudulento não correspondem à mesma forma de negócio que apenas muda de acordo com o escopo desejado pelas partes. A única característica que os dois negócios dividem é a utilização de meios indiretos para a consecução do fim buscado pelas partes, não sendo razoável minimizar a complexidade e importância dos negócios fiduciários ao compará-los, diretamente, com os negócios fraudulentos.

### 6.3. TRUST

O trust, muito mais do que um instituto jurídico, corresponde a uma ordem jurídica paralela a *common law*, e possibilita usos diversos, sendo considerado um dos maiores instrumentos da jurisprudência.<sup>302</sup> O trust, em termos de figura jurídica, não é um contrato, mas uma relação obrigacional fiduciária que, na Idade Média, limitava-se à transmissão de propriedade, e no direito moderno, prevalece seu papel na administração de bens, principalmente nas áreas bancária e comercial.<sup>303</sup>

Uma vez que o trust apresenta características muito distintas, e até mesmo conflitantes com o Direito continental, uma breve evolução histórica auxiliará no entendimento dessa figura amplamente usada nos países anglo-saxões.

Até o século XV, a construção jurídica e social que originou o trust chamava-se *use*,<sup>304</sup> sendo utilizado principalmente para abolir as restrições

---

<sup>300</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari...**, p. 56 – 57.

<sup>301</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari...**, p. 112.

<sup>302</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 131.

<sup>303</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p.140.

<sup>304</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 134.

feudais impostas para a transferência de bens imóveis.<sup>305</sup> O vassalo tinha diversos deveres e obrigações diante do suserano, que surgiam, dentre outros modos, da relação formada entre eles pela concessão de terras do suserano para o vassalo. Para se desviar de tantas obrigações onerosas, o vassalo transferia suas terras para um terceiro, pela forma conhecida como *use*. O beneficiário dessa relação era o próprio vassalo ou alguém por ele indicado, sendo essa prática utilizada para a libertação da propriedade fundiária dos laços feudais. A princípio, os tribunais não reconheciam juridicidade ao *use*, impedindo, desse modo, que o beneficiário da relação exigisse judicialmente que o *trustee* (aquele que recebia o bem e tinha como dever administrá-lo no melhor interesse do beneficiário) cumprisse suas obrigações.<sup>306</sup> Com isso, o *trustee* era dotado de uma posição que possibilitava a prática de abusos, pois apenas o valor moral da confiança poderia compeli-lo a cumprir suas obrigações. É neste momento que surge a importância do papel do *Chancellor*, membro da Igreja e funcionário mais alto do rei,<sup>307</sup> que tinha como tarefa evitar abusos por parte do *trustee* sob a argumentação de que, por uma questão de equidade, ele era obrigado a cumprir suas promessas.<sup>308</sup> Com o tempo, o beneficiário teve sua posição jurídica protegida pela jurisdição do *Chancellor*. Com isso, o beneficiário também ganhou um direito sobre a propriedade, chamado de *equitable right* sobre o mesmo bem, o *trustee* tem o *legal right*.<sup>309</sup> Se o sistema da *equity* não houvesse sido criado para tutelar os direitos do beneficiário, o *trustee* exerceria um direito de propriedade em termos

---

<sup>305</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; VAZ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro. **A propriedade fiduciária (trust)** – estudo para a sua consagração no direito português. Almedina: Coimbra, 1999, p. 26.

<sup>306</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; VAZ TOMÉ, M. J. Romão Carreiro. **A propriedade fiduciária...**, p. 22.

<sup>307</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 137

<sup>308</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; VAZ TOMÉ, M. J. Romão Carreiro. **A propriedade fiduciária...**, p. 22.

<sup>309</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 138.

absolutos, respeitando os interesses do beneficiário apenas se desejasse, por motivos morais, uma vez que não poderia ser compelido para tanto.<sup>310</sup>

Depois de sua evolução, o *use* parou de ser praticado, principalmente pela pressão dos reis e senhores feudais, já que eles eram usados, principalmente, para desviar bens imóveis do poder feudal.<sup>311</sup>

Contemporaneamente, o trust não se apresenta apenas como um resquício, pois certas modificações ocorridas propiciaram que ele sobrevivesse à Idade Média. Com o tempo, o trust deixou de ser um mecanismo de transmissão da propriedade, e sua maior função ligou-se à administração de bens financeiros.<sup>312</sup> Essa mudança expressa a diminuição da valorização da propriedade imóvel e um maior interesse em investimentos financeiros.

Uma das principais mudanças nos últimos tempos referente à funcionalização do trust diz respeito ao surgimento do exercício “profissional” do papel do *trustee*, que se mostra, muitas vezes, como um administrador especializado e remunerado para exercer sua função, tendo amplo poder de administração sobre os bens, podendo fazer uso de sua discricionariedade conforme desejar. Para balancear essa posição dotada de tantos poderes, o regime de responsabilidade do trust exige que o *trustee* coloque seu patrimônio pessoal como garantia ilimitada do cumprimento de suas obrigações. Esse enorme risco assumido pelo *trustee* nos tempos atuais garante enorme proteção ao beneficiário, já que a elevada responsabilidade atribuída ao *trustee* força-o a cumprir suas obrigações com boa-fé.<sup>313</sup>

Esse quadro formado pela relação fiduciária no trust mostra-se muito interessante, principalmente numa economia em que o investidor de capital corre a maior parte dos riscos. Apesar das mudanças substanciais, a

---

<sup>310</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; VAZ TOMÉ, M. J. Romão Carreiro. **A propriedade fiduciária...**, p. 25.

<sup>311</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; VAZ TOMÉ, M. J. Romão Carreiro. **A propriedade fiduciária...**, p. 25.

<sup>312</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; VAZ TOMÉ, M. J. Romão Carreiro. **A propriedade fiduciária...**, p. 26.

<sup>313</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; VAZ TOMÉ, M. J. Romão Carreiro. **A propriedade fiduciária...**, p. 26.

importância duma administração idônea pelo *trustee* continua presente, já que o elemento essencial dessa relação é trazido pela fidúcia, pois o *trustee* não é mero administrador, mas aquele ao qual o *settlor* (aquele que aliena o bem ao *trustee* em interesse próprio ou de terceiro confiou a adequada administração de seus bens. Por conta desta promessa, protegida juridicamente pelo sistema da *equity*, surgem rígidas obrigações que são respeitadas, ainda que coativamente, que destaca o marcante valor da justiça.<sup>314</sup>

A relação jurídica no trust é marcada pelos princípios da lealdade e da diligência, que são pontos basilares que sustentam o poder discricionário do *trustee*. Em termos de natureza jurídica, o trust é tido como uma figura do direito das coisas, mas seu caráter negocial é marcante, tendo em vista que são as disposições acordadas entre o *settlor* e o *trustee* que vão estabelecer os poderes e deveres deste para a administração dos bens. O *trustee* é titular do direito de propriedade por conta do pacto fiduciário, de natureza obrigacional, e não pode gozar dos benefícios deste direito.<sup>315</sup>

Uma característica essencial do trust é o fato de *trustee* e beneficiário serem titulares de direitos reais sobre o bem objeto do trust,<sup>316</sup> o que constitui dupla titularidade sobre um direito real, o que é proibido em direito nacional, em que rege a disciplina dos direitos reais o princípio da unicidade do domínio. Perante terceiros, o *trustee* figura como o único proprietário, ainda que todos os benefícios devam ser prestados ao beneficiário.

Outra importante diferença entre o trust e o negócio fiduciário é que este não oferece ao fiduciante, que transmitiu a coisa para um fim determinado, qualquer tutela de natureza real, mas apenas com eventual pretensão indenizatória proveniente da violação do pacto obrigacional pelo fiduciário.

Assim, a fidúcia pode cumprir certos papéis similares ao trust, principalmente em termos de administração de bens, mas sua estrutura

---

<sup>314</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; VAZ TOMÉ, M. J. R. Carreiro. **A propriedade fiduciária...** p. 26 – 27.

<sup>315</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; VAZ TOMÉ, M. J. Romão Carreiro. **A propriedade fiduciária...**, p. 28.

<sup>316</sup> CAMPOS, Diogo Leite de; VAZ TOMÉ, M. J. Romão Carreiro. **A propriedade fiduciária...**, p. 30.



vinculada ao Direito de tradição romano-germânica e a fraca tutela conferida ao fudiciante afastam-na claramente do instituto de raiz anglo-saxã.

### PARTE III - ELEMENTOS DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

#### 7. PLANO DA EXISTÊNCIA E ELEMENTOS DO NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO

##### 7.1 MODELOS ANALÍTICOS DO SUPORTE FÁTICO CONCRETO

Uma vez que a última parte deste trabalho analisa os elementos necessários para a composição do negócio fiduciário no direito brasileiro, é pertinente uma breve retomada de determinados conceitos presentes na teoria do fato jurídico, tendo em vista que ela se propõe a compreender analiticamente os elementos de constituição da estrutura da norma jurídica na tentativa de fornecer um modelo científico de identificação do momento de nascimento do fato jurídico e também da determinação de sua natureza jurídica (fato jurídico em sentido amplo, ato-fato jurídico, ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico). Nesta seção limitar-se-á a um panorama geral sobre os elementos constitutivos da norma jurídica, uma vez que estes serão desenvolvidos individualmente nos capítulos posteriores em que se tratará dos caracteres indispensáveis para a existência do negócio jurídico fiduciário no direito brasileiro.

Como já desenvolvido no Capítulo III da primeira parte deste trabalho, a norma jurídica apresenta um suporte fático composto por acontecimentos da realidade (volitivos ou avolitivos) que, por serem considerados relevantes para o Direito, são disciplinados pelo ordenamento jurídico. O suporte fático é composto pelos elementos nucleares (cerne) e elementos completantes, cuja ocorrência na realidade é necessária para a existência do fato jurídico. Aquele é constituído por determinados fatos que, por serem vistos como essenciais para a existência do fato jurídico, representam seu dado fundamental; já os elementos completantes marcam a diferenciação do fato entre as espécies de mesma natureza jurídica.<sup>317</sup>

---

<sup>317</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. ..., p. 54.

Principalmente no que diz respeito aos atos jurídicos em sentido estrito, é muito importante a consideração dos elementos complementares - *completam* o núcleo do suporte fático mas não o integram - no que diz respeito à perfeição do ato em relação ao ordenamento jurídico e influem diretamente nos planos da validade e eficácia.

Por último, tem-se os elementos integrativos, que também não compõem o núcleo do suporte fático, mas são responsáveis pela atribuição de uma eficácia especial a determinados negócios jurídicos que requerem a ocorrência de atos jurídicos de autoridades públicas para irradiarem uma eficácia além da eficácia normal do negócio jurídico.<sup>318</sup>

## 7.2 A NOÇÃO DE ELEMENTO NA COMPOSIÇÃO DO FATO JURÍDICO

Na seção anterior pode-se observar que Pontes de Miranda utiliza o termo “elemento” para enunciar todos os caracteres que compõem a estrutura do negócio jurídico (elementos cerne, completante, complementar e integrativo). Ainda que essa metodológica seja utilizada no trabalho, considera-se oportuno abordar outra visão terminológica proposta pela doutrina, tendo em vista que seu entendimento pode auxiliar na compreensão do modelo analítico do suporte fático desenvolvido por Pontes de Miranda.

Com base na filosofia escolástica, Antônio Junqueira de Azevedo propõem uma terminologia distinta e mais precisa para enunciar os conteúdos presente em cada um dos três planos pelos quais o negócio jurídico perpassa.

Num primeiro momento, utiliza o termo “elemento” para designar os caracteres necessários para a existência do ato, tendo em vista que elemento relaciona-se com a ideia de algo que compõem uma realidade mais complexa<sup>319</sup>. O termo elemento expressa a essencialidade de conteúdos necessários para a constituição de algo e, aplicando-se tal entendimento à teoria do fato jurídico, chegar-se-ia ao entendimento de que elemento “do

---

<sup>318</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência..., p. 56.

<sup>319</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código. São Paulo: Saraiva: 2002, p. 30.

negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito”.

320

No plano da validade, o autor adota o termo “requisitos”, que remetem à ideia de satisfação de certas exigências para o alcance de um escopo específico, no caso, a conformação qualitativa dos elementos do negócio jurídico ao direito.<sup>321</sup>

Por último, refere-se a “fatores” para enunciar àquilo que contribui para determinado resultado<sup>322</sup>, no caso, para o que concorre para a possível irradiação da eficácia jurídica relacionada ao negócio constituído.

Resumidamente, a construção estrutural do negócio jurídico desenvolvida por Junqueira apresenta-se como a junção de elementos, requisitos e fatores necessários para que um negócio jurídico existente, válido e eficaz.

---

<sup>320</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico...**, p. 30.

<sup>321</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico...**, p. 30.

<sup>322</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico...**, p. 30.

## 8. O NÚCLEO DO NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO

### 8.1 ELEMENTO CERNE (MANIFESTAÇÃO DE VONTADE E AQUISIÇÃO PATRIMONIAL)

Normalmente, o suporte fático de uma regra jurídica é composto por diversos fatos, mas apenas alguns deles são considerados essenciais para a constituição do fato jurídico. Em outras palavras, somente determinados fatos são indispensáveis para a existência do fato jurídico, sendo assim considerados como seu núcleo ou *elementos nucleares do suporte fático*<sup>323</sup>.

A descrição desses elementos necessários para a formação do fato jurídico são encontrados na norma jurídica, e dentre eles há sempre um fato responsável pela determinação do momento, no tempo e no espaço, em que o suporte fático entra no mundo jurídico pelo fenômeno da incidência e transforma-se, assim, em fato jurídico. Esse fato compõe o *cerne* do núcleo do fato jurídico, que também é formado pelo elemento completante.<sup>324</sup> Tendo em vista que o núcleo determina a existência do fato jurídico, caso não ocorra no mundo dos fatos a concreção do cerne ou do elemento completante, a existência do fato jurídico será impossível.

Na teoria do fato jurídico, o negócio fiduciário faz parte da categoria dos negócios jurídicos – fatos jurídicos cujo núcleo do suporte fático é composto por uma manifestação de vontade consciente com a função de não apenas compor o ato, como também para escolher as categorias eficaciais. Desse modo, o *elemento cerne do negócio fiduciário é formado pelo acordo consciente de vontade com poder de autoregramento* (a escolha das categorias eficaciais) e a *aquisição/atribuição patrimonial*, que pode ser transmissão de

---

<sup>323</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da existência....., p. 52.

<sup>324</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da existência....., p. 53.

propriedade, da posse direta ou indireta, cessão de direito, procuração em causa própria etc<sup>325</sup>.

No negócio fiduciário a aquisição patrimonial se dá em favor do fiduciário, o responsável por utilizar o bem transmitido de acordo com os fins estabelecidos entre as partes. A aquisição patrimonial no negócio fiduciário ocorre como qualquer outra, tendo o adquirente a mesma posição jurídica que qualquer outro teria num negócio jurídico transmitente de direitos. Desse modo, o negócio jurídico de transmissão deve respeitar os requisitos e as formalidades da categoria negocial escolhida.

Como destaca Pontes de Miranda, a “atribuição patrimonial, a que se une a fidúcia, tem de obedecer aos mesmos princípios jurídicos e regras jurídicas, que incidiriam, se concebida fôsse em fidúcia: quanto ao suporte fático, quanto à forma e quanto à eficácia”<sup>326</sup>. Por exemplo, caso se trate de transmissão de bem imóvel, devem ser seguidas as formalidades específicas e o registro; na hipótese de alienação de bem móvel, a tradição será o ato dispositivo, e assim por diante.

A relação fiduciária existente entre o fiduciário e o fiduciante, por ser de natureza pessoal, não afeta, de modo algum, a relação entre o fiduciário e terceiros. Assim, o fiduciário pode alienar o bem, e este pode até mesmo ser objeto de execução judicial por seus credores. Uma vez ocorrida a aquisição patrimonial, o bem ou direito é plenamente absorvido pela esfera jurídica do fiduciário, e sua posição de titularidade sobre o bem é plena, assim como nas demais relações jurídicas de mesma natureza.

Nos negócios fiduciários a atribuição patrimonial é indispensável para que o fim colimado pelas partes seja atendido. Caso as partes façam uso da relação fiduciária com escopo de garantia, utilizarão a aquisição patrimonial para constituí-la. Assim, o bem é transferido ao credor para que, em caso de inadimplemento da dívida, permaneça com ele para a satisfação de seu

---

<sup>325</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** – parte geral, T. III..., p. 118.

<sup>326</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** – parte geral, T. III..., p. 121.

crédito; caso a obrigação seja solvida, o bem retornará à esfera jurídica do devedor<sup>327</sup>.

## 8.2 ELEMENTO COMPLETANTE – CAUSA JURÍDICA

O debate sobre o papel da causa no negócio fiduciário mostra-se fértil na doutrina, questionando-se a própria existência de uma *causa fiduciae* e, caso a resposta seja positiva, se ela justificaria o efeito translativo da propriedade. Mas antes de se adentrar à esta discussão, mostra-se necessária uma análise sobre o significado de causa jurídica, para num momento posterior questionar-se sua importância nos negócios fiduciários.

Um dos principais autores a tratar do tema da causa jurídica foi Emillio Betti, que a considerava como a função econômica-social característica de cada negócio jurídico<sup>328</sup>, sendo representativa da própria “razão” do negócio.<sup>329</sup>

Segundo o autor, “em qualquer negócio jurídico (...) pode distinguir-se um regulamento de interesses nas relações privadas e, concretizada nele (...) uma razão prática típica que lhe é imanente, uma ‘causa’, a que ele deve corresponder”.<sup>330</sup> Com a perspectiva de buscar a base social dos fenômenos jurídicos, Betti defende que a causa seja entendida teleologicamente e ligada à sociabilidade, não podendo, assim, a autonomia privada ser exercida em oposição à função social a que a causa é destinada.<sup>331</sup> Exatamente para afastar a influência de conteúdos subjetivos no conceito de causa, o autor foge da visão unilateral e subjetivista, vista como “o elemento subjetivo do negócio, quer com o consenso, nos contratos, quer com a vontade e os seus motivos,

---

<sup>327</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** – parte geral, T. III..., p. 126.

<sup>328</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 111.

<sup>329</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 333.

<sup>330</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 334.

<sup>331</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 334.

nos negócios unilaterais”.<sup>332</sup> Assim, não é possível confundir causa com motivos pessoais para a prática do negócio<sup>333</sup>, que por serem variáveis e internos não são dignos de tutela jurídica<sup>334</sup>. Em sentido contrário, também não seria adequado identificar a causa como o “conjunto dos ‘circunstâncias objetivas’ ou como o ‘elemento objetivo’ do negócio, ou ainda como a ‘vontade da lei’”.<sup>335</sup>

Para Betti, o mais importante é notar-se que a causa, antes de ser uma noção jurídica, é uma *noção social*<sup>336</sup>, não sendo, desse modo, possível extrair suas características de outro lugar senão do espaço social. Contudo, o autor não pretende que essa perspectiva social seja vista como uma desconsideração da autonomia privada, pois o direito protege o poder de autorregramento dos particulares, mas não em qualquer circunstância, senão quando “se persegue um objectivo e típico interesse para a modificação do estado de facto e se dirige a funções sociais dignas de tutela”.<sup>337</sup> Assim, a causa é tão importante que se identifica com o interesse típico que determina a própria vontade privada<sup>338</sup> e transparecer como o escopo prático imediato do negócio jurídico.<sup>339</sup> Com isso, o interesse individual que leva à formação da vontade passa pelo crivo do socialmente aceitável como uma função a ser exercida pelo negócio jurídico.

Em resumo, o autor reconhece a causa (ou razão) do negócio jurídico como a função econômico-social de todo o negócio, representando a síntese

---

<sup>332</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 340.

<sup>333</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 342.

<sup>334</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 340.

<sup>335</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 346.

<sup>336</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 347.

<sup>337</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 348.

<sup>338</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 348.

<sup>339</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 347.



de seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada.<sup>340</sup>

Mas qual seria a razão prática que justifica a relevância jurídica da causa? Ao observar-se a resposta conferida por Betti, fica claro que ele considera a causa como um elemento necessário para a existência do negócio jurídico. Isso porque a causa teria importância jurídica pela “necessidade de retirar à autonomia privada a delimitação do conteúdo mínimo indispensável ao próprio negócio, de modo a não estar no poder das partes dispensarem, arbitrariamente, a presença de elementos que constituem parte integrante da sua função típica”.<sup>341</sup>

O autor defende tal posicionamento ao afirmar que um negócio jurídico só é um negócio jurídico na medida em que cumpre a função econômico-social que caracteriza o mesmo tipo, e essa função seria representada pela causa.<sup>342</sup>

Pelos argumentos trazidos pelo autor, aparentemente seria possível a recepção do negócio fiduciário no direito brasileiro caso fique evidente sua relevância social. Contudo, tal investigação será realizada apenas no final desta seção, continuando-se, agora, a análise de outros autores acerca da causa jurídica.

Naturalmente, o discurso de caráter quase totalitário de Betti foi motivo de muitas críticas. Uma delas é trazida por Luciano Penteadado que, apesar de ressaltar a importância da teoria bettiana, alerta que a noção de causa pode

---

<sup>340</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 350.

<sup>341</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 354.

<sup>342</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 355 – 356. Frente a alegações tão restritivas, seriam pertinentes algumas críticas à limitação da autonomia privada defendida por Betti. Primeiro, deve-se salientar que nem todo contrato nasce amparado por uma função social previamente determinada. Atualmente, muitos contratos de compra e venda são constituídos pela simples vontade do comprador expor, por vaidade, suas capacidades aquisitivas ou seu suposto bom gosto para obras de arte ou jóias. Ainda que a compra e venda tenha função de troca, esta pode ser perfeitamente motivada por motivos pessoais que não interessam ao Estado, motivo que não deve impedir tais negócios jurídicos de receber a devida tutela jurídica. Segundo, a função social é um termo vago, e pela dificuldade de sua determinação é possível um excessivo controle estatal sobre os indivíduos e organizações, o que fere garantias fundamentais base de um Estado democrático. Por último, parece razoável que a função social poderia atuar como *limite* à liberdade negocial, sendo que, caso o negócio tenha finalidade contrária ao bem comum, ele poderia ser nulificado com base na teoria da nulidade virtual.

ser uma forma de controle social sobre a vontade individual por meio da regulamentação restritiva feita pelo direito acerca dos elementos essenciais do negócio jurídico<sup>343</sup>. Ressalta, também, que nem todo negócio tem a si ligado uma função econômica, e é praticado por ter um valor em si, como promessas ligadas a interesses de cunho social, religioso, artístico ou cultural.<sup>344</sup>

A teoria sobre a causa, do modo restritivo como foi desenvolvido por Betti, não é compatível com a ordem jurídica constitucional brasileira, uma vez que todo cidadão tem para si resguardado um espaço de autorregulação de seus interesses, não sendo possível, e nem mesmo aceitável, que o Estado apenas considere como jurídico os negócios que tenha a si ligados uma função econômico-social típica.<sup>345</sup>

Como ressalta Martorell<sup>346</sup>, a maior parte da doutrina considera que o negócio fiduciário consiste em uma transmissão abstrata de um direito de propriedade ou crédito limitado por um escopo de mandato ou administração que obriga o fiduciário a retransferir o bem ao fiduciante ou a terceiro. Justificar a transferência de propriedade em sistemas jurídicos abstratos aparenta ser mais fácil, tendo em vista que é possível a alienação de propriedade sem a consideração de uma causa jurídica. Contudo, Cariota-Ferrara alerta que, mesmo nos sistemas jurídicos abstratos, a falta de causa pode gerar algumas complicações. Realmente, a existência e validade do negócio abstrato são independentes da causa, mas está não é irrelevante em possíveis confrontos dentro do mesmo negócio, já que, mesmos nos sistemas abstratos, a abstração nunca é absoluta.<sup>347</sup> No negócio fiduciário, a falta de causa conferiria ao fiduciante a pretensão de pedir a resolução<sup>348</sup> do negócio com base na

---

<sup>343</sup> PENTEADO, Luciano. **Doação com encargo e causa contratual**. Campinas: Mellinnium, 2004, p. 53.

<sup>344</sup> PENTEADO, Luciano. **Doação com encargo...**, p. 53.

<sup>345</sup> PENTEADO, Luciano. **Doação com encargo...**, p. 54.

<sup>346</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria: la fiducia histórica, los modernos negocios fiduciarios, la propiedad fiduciaria**. Barcelona: Bosch, 1950, p. 103.

<sup>347</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari...**, p. 105.

<sup>348</sup> Ressalva-se que esse posicionamento corresponde ao defendido por Cariota-Ferrara, para o qual, nos sistemas abstratos, a falta de causa poderia gerar a resolução do negócio jurídico.

inexistência de uma causa idônea, que juridicamente é representada pela figura do enriquecimento sem causa, o que tornaria o fiduciante titular do direito de repetição da coisa.<sup>349</sup> A ocorrência de tal hipótese geraria um alto grau de insegurança em relação a esses negócios que, independente de terem sido constituídos validamente, estariam a mercê da irresponsabilidade ou capricho do fiduciante, que poderia requerer a repetição da coisa a qualquer momento.<sup>350</sup>

Tendo em vista essas considerações, alguns autores<sup>351</sup> defenderam que a transmissão da propriedade no negócio fiduciário seria justificada pela relação obrigacional existente entre as partes. Desse modo, a causa jurídica seria a própria relação obrigacional presente no negócio fiduciário<sup>352</sup>.

Não se acredita que esse entendimento seja o mais adequado ao direito nacional, pois, tendo em vista a separação relativa entre os planos real e obrigacional, não é possível que a relação obrigacional gere efeitos no plano real, ou, em outras palavras, a mera existência de uma relação obrigacional não permite a transferência da propriedade.

Outro ponto de vista interessante é trazido por Christoph Fabian, defensor da ideia de que tentar utilizar a teoria da causa para justificar a eficácia real do negócio fiduciário só importaria para aqueles que admitem a causa como elemento para a validade ou eficácia do negócio jurídico.<sup>353</sup> O autor ressalta que uma das maiores críticas feitas à *causa fiduciae* diz respeito a sua impossibilidade de justificar a transmissão da propriedade, pois o direito

---

O autor não faz alusão às possíveis consequências da falta de causa num sistema predominantemente causalista, como o brasileiro, motivo pelo qual não se acredita ser adequado estender seu entendimento também a estes sistemas.

<sup>349</sup> CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari...**, p. 106.

<sup>350</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 105.

<sup>351</sup> Martorell considera-se adepto da teoria que considera a causa jurídica correspondente à relação obrigacional. De acordo com o autor, também seriam partidários desse entendimento Cariota-Ferrara, Schöny, Grassetti e Crome (MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 108 – 109).

<sup>352</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 109.

<sup>353</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia...**, p. 35.

privado “não prevê negócios translativos para fins de garantia, mas estão previstos a hipoteca e o penhor. Igualmente, não se transfere a propriedade para fins de administração, mas o administrador recebe a posse”<sup>354</sup>.

Contudo, o autor lembra que o negócio fiduciário não é um contrato de mandato ou de depósito, mas um *negócio autônomo* que, por isso, tem causa própria e distinta das causas que justificam os negócios tipicamente translativos.<sup>355</sup> Assim, a *causa fiduciae* seria a “transferência em confiança da titularidade, normalmente a propriedade, para fins limitados. A função é entregar em confiança um bem para um determinado fim”<sup>356</sup>.

Fabian ressalta que a *causa fiduciae* justificaria apenas um transmissão limitada da propriedade, motivo pelo qual, ao ser alcançado o fim pretendido, o fiduciário será obrigado a retransferir a propriedade ao fiduciante.<sup>357</sup> O argumento exposto pelo autor para provar a admissibilidade da *causa fiduciae* no direito brasileiro teria como base o art. 1.228 do Código Civil, pois este artigo não se preocupa com as limitações materiais mas também não as exclui, sendo defensável que tais limitações existam no plano obrigacional na tentativa de funcionalizar o negócio fiduciário ao escopo pretendido.<sup>358</sup>

Depois de tantas considerações, seria interessante voltar ao pensamento de Betti no que diz respeito à análise acerca da tipicidade das causas jurídicas. De acordo com Betti, num significado antigo, as causas eram consideradas típicas, ou seja, eram especificadas e taxativamente disciplinadas pela legislação pertinente. Mas, recentemente, as causas são tidas como típicas por serem admitidas pela consciência social, o que o leva a preferir o termo “tipicidade social” para expressar o modelo atual de causas jurídicas<sup>359</sup>. Assim, o sistema atual não apresenta uma rigidez das causas jurídicas, mas é

---

<sup>354</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**..., p. 36.

<sup>355</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**..., p. 36.

<sup>356</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**..., p. 36.

<sup>357</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**..., p. 36.

<sup>358</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**..., p. 37.

<sup>359</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 372 – 373.

muito mais elástico na configuração dos tipos e, na medida em que se realiza, remete para as valorações econômicas ou éticas da consciência social.<sup>360</sup>

Essa noção de tipicidade social é essencial para a compreensão e recepção do negócio fiduciário nos sistemas jurídicos modernos, pois, na medida em que não é disciplinado pela legislação brasileira, o negócio fiduciário não apresenta uma causa jurídica evidente como a maior parte dos institutos do direito privado.

Betti explica que é comum que a intenção prática das partes corresponda ao tipo do negócio praticado; contudo, tal ocorrência não seria necessária. É possível que um negócio seja realizado e atinja-se fim diverso daquele que a causa jurídica representa<sup>361</sup>, uma vez que não há qualquer proibição da divergência consciente entre a intenção prática e a causa típica do negócio. Para o autor, essa divergência pode configurar uma *incompatibilidade*, cuja maior representação é a simulação; ou pode haver apenas *incongruência* ou discordância entre os meios utilizados e o escopo pretendido, mantendo-se, contudo, a sua compatibilidade. E são os negócios indiretos, categoria à qual pertence o negócio fiduciário, o principal fenômeno dessa “inadequação”.<sup>362</sup>

Betti esclarece que a

incompatibilidade exclui qualquer verdadeira correspondência entre a causa típica do negócio e a determinação causal da parte: pelo que, neste caso, pode parecer que o negócio não é querido na realidade, mas apenas na aparência; não é o que, pelo contrário, sucede com a simples incongruência. Convém, todavia, acrescentar que a incompatibilidade não é uma coisa absoluta e exteriormente verificável, mas é, antes, o produto, essencialmente relativo, de uma avaliação contingente e dependente das concepções dominantes na consciência social.<sup>363</sup>

As palavras do autor são altamente elucidativas no que diz respeito à possibilidade de uma causa própria do negócio jurídico, comumente denominada pela doutrina como *causa fiduciae*. Independente do negócio fiduciário representar a utilização de institutos existentes no ordenamento

---

<sup>360</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. I..., p. 373 – 374.

<sup>361</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. II..., p. 374.

<sup>362</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. II..., p. 375.

<sup>363</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, t. II..., p. 375 – 376.

jurídico para atingir escopo diverso do representado pela causa típica, sua recepção pelo direito é possível na medida em que o meio social reconheça a *causa fiduciae* como correspondente a uma necessidade duradoura da vida relacional e exerça uma função de interesse social, sendo de competência do direito analisar se o negócio é merecedor de tutela jurídica.

Na primeira parte deste estudo abordou-se a perspectiva de António Manuel Hespanha sobre o papel atual das codificações, em que se conclui pela consideração do direito como moldura a ser preenchida pela realidade social, com a consequente recepção pelo direito dos fatos que ganhassem relevância no cenário social. Também se ressaltou que, um dos modos possíveis de recepção desses fatos seria por via jurisdicional, na medida em que, conforme determinadas situações geram conflitos de amplitude e interesse sociais, os tribunais reconhecem a importância de atribuir relevância jurídica a fatos que já possuem grande relevância social. Acredita-se que possivelmente este foi o ocorrido com os negócios fiduciários no direito brasileiro, pois, apesar de não apresentarem regulamentação jurídica, foram considerados como existentes, válidos e eficazes pelos tribunais nacionais, sendo atribuída a esses negócios não uma força normativa, que já possuíam, mas uma força jurídica, cujos exemplos serão retratados no último capítulo deste trabalho acerca do tratamento dado pela jurisprudência aos negócios fiduciários.

### 8.3 DEMAIS ELEMENTOS COMPLETANTES – FIDÚCIA E TRANSMISSÃO FIDUCIÁRIA

Até este momento, analisou-se por diferentes aspectos o instituto da fidúcia, que em sua feição contemporânea representa um dos elementos mais importantes do negócio fiduciário, uma vez que é pela confiança existente entre as partes que se opta pela constituição de um negócio que, apesar dos efeitos jurídicos irradiados, não oferece tutela jurídica específica a todas as posições jurídicas do fiduciante, como o direito que surge em contraposição ao dever do fiduciário de restituir o bem quando o escopo for atingido.

Nessa medida, apenas se reforça que a fidúcia contemporânea apresenta caráter facultativo, uma vez possibilita que as partes alcancem fins já

tutelados pelo ordenamento jurídico mas que, por algum motivo, tem a si ligados institutos que se apresentam como inconvenientes para os particulares.

Já a transmissão da propriedade, de caráter pleno e definitivo, da esfera jurídica do fiduciante para a esfera jurídica do fiduciário é elemento indispensável para a configuração do negócio fiduciário, principalmente porque esta translação possibilitará o atingimento do escopo colimado.<sup>364</sup> Contudo, deve-se lembrar que não há qualquer garantia que o fiduciário cumpra o estipulado e, posteriormente, devolva a propriedade ao fiduciante, e nem meio específico para determinar o cumprimento forçado da obrigação. Desse modo, os únicos direitos e deveres existentes no negócio fiduciário são aqueles estipulados na relação jurídica obrigacional, que apresenta apenas eficácia pessoal. E são por essas peculiaridades que a transmissão da propriedade torna-se elemento essencial para a qualificação de um negócio jurídico como negócio fiduciário.

Como ressalta Martorell, são diversos os tipos negociais que podem servir de instrumento idôneo para a realização desta transmissão, como a transmissão fiduciária com escopo de garantia, a compra e venda com fim de garantia, a doação fiduciária, a cessão fiduciária etc.

A transmissão para fins de garantia é uma das finalidades mais utilizadas em termos de negócio fiduciário. Acertadamente, a doutrina alerta sobre o erro comum de aplicar, analogicamente, os preceitos das garantias reais a casos de transmissão fiduciária em garantia.<sup>365</sup> Seria possível identificar tal incorreção ao observar-se que algumas das principais consequências práticas das garantias reais não podem ser geradas pelos negócios fiduciários, como a carência de pretensão de natureza real do fiduciante para reaver o bem dado em garantia no momento adequado.<sup>366</sup>

Resumidamente, as finalidades negociais alcançadas pelo negócio fiduciário com escopo de garantia seriam (a) tornar o fiduciário titular do domínio da coisa dada em garantia, permitindo-lhe dispor do bem em toda sua

---

<sup>364</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 285.

<sup>365</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 290.

<sup>366</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 290.

amplitude e ficar subordinado ao fiduciante apenas na esfera obrigacional; e (b) o fiduciário assegurar ao fiduciante a continuidade do aproveitamento da coisa, uma vez que ele permanecerá na posse do bem.<sup>367</sup>

Nos casos de compra e venda ou promessa de compra e venda para fins de garantia, as disposições acima desenvolvidas também lhe são aplicáveis, sendo facilmente encontrada essa forma de constituição de negócio fiduciário na jurisprudência brasileira.

Já a doação fiduciária não encontra grandes reflexos no direito nacional, mas a possibilidade de sua aceitação é discutida pela doutrina estrangeira. Uma das hipóteses trazida por Martorell diz respeito a um doador que deseja transmitir a propriedade de uma ou várias coisas a uma pessoa de confiança para que esta transfira-as a um terceiro, e pretende valer-se de um contrato de doação para operacionalizar a primeira transmissão.<sup>368</sup>

Tal caso representa algo realmente querido pelas partes, pois o doador deseja verdadeiramente entregar algo de sua propriedade para o donatário, e este, por sua vez, encontra-se obrigado, pelo negócio fiduciário, a dar à propriedade fiduciária um uso previamente determinado pelo doador.<sup>369</sup> Seria essa hipótese reconhecida pelo direito brasileiro?

A doutrina nacional não apresenta qualquer indagação sobre o tema, sendo necessário analisar os argumentos utilizados por autores italianos e espanhóis. Martorell traz a posição de Coviello, defensor de que as doações fiduciárias seriam doações feitas por intermédio de interposta pessoa (donatário), nas quais o doador, por confiança, acredita que o donatário, a título gratuito, destinará o bem ao fim anteriormente combinado.<sup>370</sup> Ainda, esclarece que o verdadeiro beneficiário não poderia ser considerado donatário porque, para tanto, seria necessária sua aceitação; e, conseqüentemente, a transmissão da interposta pessoa para o beneficiário seria meramente o adimplemento de uma obrigação jurídica cuja fonte foi um contrato de

---

<sup>367</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 290.

<sup>368</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 303.

<sup>369</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 304.

<sup>370</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 306.



doação.<sup>371</sup> Naturalmente, tal hipótese não pode ser aceita, pois se a transmissão constituir uma obrigação por parte do donatário, a falta de gratuidade extrapola a causa jurídica do contrato de doação.

Contudo, Martorell discorda que a doação fiduciária seria uma doação por interposta pessoa, mas, sim, que uma doação “feita a pessoa interposta”, tendo em vista que ela se encontra interposta num negócio mais amplo, o negócio fiduciário, sendo a doação apenas parte desse negócio (a transmissão real ao fiduciário), constituindo a outra parte o cumprimento do fiduciário da obrigação assumida em relação ao destino da propriedade fiduciária.<sup>372</sup>

O autor espanhol justifica sua posição ao lembrar que a transmissão da propriedade do donatário ao beneficiário não se justificaria por essa doação, uma vez que, a comum discricção e, muitas vezes, o próprio segredo em relação à existência do negócio fiduciário, impossibilitaria que o beneficiário soubesse da doação e que, muito menos, conseguisse aceitá-la.<sup>373</sup>

De qualquer modo, não se encontrou na jurisprudência nacional casos de doação fiduciária que permitissem ao menos um esboço acerca da possível recepção do instituto. Mas é importante notar que não se encontra no direito brasileiro qualquer proibição expressa acerca da constituição desse tipo de doação. Contudo, deve-se atentar que as disposições presentes no Código Civil sobre o tema devem ser respeitadas, por se mostrarem como o principal meio de controle formal de uma figura jurídica ainda desconhecida pelo direito brasileiro.

Finalmente, é possível no direito nacional a cessão fiduciária de créditos, que terá a si ligada obrigações de natureza pessoal cujo papel seja delimitar a finalidade para qual a cessão deverá ser utilizada – comumente de garantia.

Apenas se deve destacar que a disciplina presente no Código Civil acerca da cessão de créditos<sup>374</sup> deve ser respeitada, principalmente por se tratar de uma forma de transferência de obrigações que afeta terceiros.

---

<sup>371</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 307.

<sup>372</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 309.

<sup>373</sup> MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria...**, p. 308.

<sup>374</sup> Arts. 286 a 298.

## 9. NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

### 9.1. NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E A VEDAÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

Uma das maiores discussões jurisprudenciais relacionadas ao negócio fiduciário diz respeito à possibilidade de sua constituição violar a proibição do pacto comissório presente no direito nacional. Como já defendido no primeiro capítulo da segunda parte deste trabalho, acredita-se que o entendimento mais adequado vai no sentido de que o negócio fiduciário não gera privilégios abusivos ou desproporcionais ao fiduciário, sem criar, desse modo, possibilidades para a ocorrência do pacto comissório; além da importante constatação de que o negócio fiduciário não constitui um direito real de garantia, mas apenas a transferência de um direito real *em* garantia, o que afasta a incidência do art. 1.428 do Código Civil. Assim, mostra-se pertinente neste momento analisar o posicionamento defendido pelos tribunais superiores acerca do tema, na tentativa de observar se há pertinência entre o entendimento jurisprudencial e a disciplina do Código Civil. Em termos metodológicos, o tema será abordado numa perspectiva cronológica, na busca de sua evolução no decorrer do tempo.

Aproximadamente até a década de 70, o Supremo Tribunal Federal apresentou posição homogênea no sentido de vincular automaticamente a ocorrência do negócio fiduciário à violação do pacto comissório.<sup>375</sup> As justificativas para tal entendimento são variadas.

---

<sup>375</sup> Em 1962, o Tribunal apresentou um acórdão paradigmático no qual reconheceu a ocorrência do negócio fiduciário, mas com a impossibilidade de violação do então art. 765 do Código Civil de 1916 (atual art. 1.428), tendo em vista que esta regra apenas proibiria o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto dado em garantia caso a dívida não fosse paga no vencimento. A justificativa apresentada pelo ministro relator baseia-se no entendimento de que o negócio fiduciário geraria apenas “direitos contratuais”, que não se transfigurariam por si só em direitos reais, e assim não violaria qualquer direito real de garantia. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REx. 51.994/SP**. Rel. Min. Cândido Motta Filho. Diário de Justiça em 04 de dezembro de 1962). Ainda que neste trabalho defenda-se que o negócio fiduciário não é fonte geradora de garantia real atípica, não se pode acolher o voto do ministro em sua integralidade. Até porque a eficácia do negócio fiduciário não se limita ao direito das obrigações, uma vez que a transferência fiduciária opera a aquisição de direito de propriedade pleno e ilimitado. Como já apontado, não há ocorrência de pacto comissório nos negócios fiduciários porque esses não constituem

No recurso extraordinário n.º 55.679/SP<sup>376</sup> reiterou-se o entendimento do Tribunal de Justiça acerca da existência de pacto comissório tendo em vista que o “negócio fiduciário (...) viola o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais de garantia, criando, ao arrepio da lei, um novo direito dessa ordem”, o que levaria à incidência do art. 765 do Código Civil de 1916.

Em momento anterior, ressaltou-se neste estudo que o uso de um direito ou de uma propriedade para fins de garantia não passa do uso de um direito *em* garantia, que em nada se assemelha aos direitos reais, seja em termos de estruturais ou eficaciais, o que não justifica o posicionamento adotado pelo tribunal.

No relatório do mesmo acórdão, que também foi confirmado pelo tribunal, sustentou-se que o negócio fiduciário representaria uma violação da proibição do pacto comissório por uma interpretação extensiva do art. 765, sob a alegação de que, se

nem mesmo o credor munido de garantia hipotecária pode ficar com o imóvel se a dívida não for paga no vencimento, seria incivil que isso se permitisse a credor sem a aludida garantia. E seria absurdo, ao demais, que proibição dessa ordem pudesse ser contornada pelo poder dispositivo dos interessados, através do acórdão de vontades.<sup>377</sup>

Novamente, tem-se uma compreensão equivocada do artigo citado, uma vez que o pacto comissório ocorre apenas nos casos em que há garantia real porque esta já oferece uma enorme força protetiva ao credor, assim como pela possibilidade de ocorrência de abuso contra o devedor, tendo em vista a posição de fragilidade econômica em que este se encontra<sup>378</sup>.

---

garantias reais, sendo apenas nessas proibido o pacto comissório porque conferiria uma privilégio desproporcional ao fiduciário em relação aos demais credores e exporiria o fiduciante a possíveis práticas usurárias.

<sup>376</sup> Brasil. **RExt. 59.679/SP**. Rel. Min. Cândido Motta Filho. Diário de Justiça em 03 de junho de 1967.

<sup>377</sup> BRASIL. **RExt. 59.679/SP**. Rel. Min. Cândido Motta Filho....., p. 02 – 03.

<sup>378</sup> Além dos acórdãos citados, os seguintes também sustentam a ocorrência de pacto comissório por consequência da constituição de negócio fiduciário: . **RExt. 58.072/SP**. Rel. Min. Evando Lins e Silva. Diário de Justiça em 23 de junho de 1965; . **RExt. 72.533/SP**. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. Diário de Justiça em 27 de abril de 1973.

Mas a partir de 1970 tem-se um cenário diverso no Supremo Tribunal Federal, pois prevaleceu o entendimento de que não haveria pacto comissório nos negócios fiduciários exatamente porque estes não representam garantias reais, mas apenas a transmissão de um direito ou bem transmitido em garantia de uma relação obrigacional. Desse modo, o tribunal restringiu a aplicação do art. 765 do Código Civil de 1916 às hipóteses legais, ou seja, apenas ocorreria pacto comissório quando o credor titular de garantia real ficasse com o bem dado em garantia caso a obrigação não fosse adimplida até o vencimento.

Tal posição é marcante no acórdão do recurso extraordinário n.º 68.966/SP<sup>379</sup>, em que foi reiterada a decisão do Tribunal de Justiça e o parecer da Procuradoria Geral da República, em que ambos negavam a aplicação do art. 765 por ser impertinente, tendo em vista que não se tratava de direito real de garantia, mas, sim, de um negócio fiduciário.

Contudo, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça não coincide com a posição do Supremo Tribunal Federal. Há poucos acórdãos sobre negócio fiduciário neste tribunal, e nenhum dos encontrados tratava simultaneamente sobre o pacto comissório. Mas todos os acórdãos que tratavam do pacto comissório, muitos ligados a negócios jurídicos de mútuo, em que um bem era dado em garantia de um crédito, o que aventa a possibilidade de se tratar de uma espécie de negócio fiduciário, o tribunal é claro em proibir que o credor fique com o bem dado em garantia caso o adimplemento não ocorra até o vencimento, o que foi considerado como hipótese de pacto comissório, ainda que no caso não se trate de uma garantia real. O Superior Tribunal de Justiça sustenta que o pacto seria negado não

---

<sup>379</sup> BRASIL. **RExt. 68.966/SP**. Rel. Min. Carlos Thompson Flores. Diário de Justiça em 11 de novembro de 1970.

Encontra-se a mesma compreensão sobre o tema nos acórdãos dos seguintes recursos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 63128/SP**. Rel. Min. Hermes Lima. Diário de Justiça em 08 de março de 1968; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 63668/SP**. Rel. Min. Hermes Lima. Diário de Justiça em 18 de outubro 1968; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 82447/SP**. Rel. Min. Moreira Alves. Diário de Justiça em 08 de junho de 1976; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 70497/RS**. Rel. Min. Luiz Gallotti. Diário de Justiça em 03 de setembro de 1970; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 82442/MT**. Rel. Min. Cunha Peixoto. Diário de Justiça em 25 de outubro de 1977; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 98947/PR**. Rel. Min. Alfredo Buzaid. Diário de Justiça em 17 de agosto de 1984; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 90648/SP**. Rel. Min. Soares Munoz. Diário de Justiça em 05 de agosto de 1794.

apenas nas hipóteses elencadas pelo art. 1.428 do Código Civil, tendo em vista que ele seria aplicado a qualquer situação em que uma obrigação utilizasse um bem como forma de garantia e este pudesse permanecer na esfera jurídica do credor na falta de pagamento da dívida depois do vencimento.

## 9.2. RECONHECIMENTO DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DAS PARTES

Na segunda parte deste estudo tratou-se do papel da fidúcia no direito moderno, que muito difere da função que a fidúcia exercia nos ordenamentos jurídicos clássicos. Como ressaltado, antes da modernidade, tendo em vista a inflexibilidade dos sistemas jurídicos, era muito comum que os particulares utilizassem negócios indiretos para atender interesses que o direito não tutelava por disponibilizar aos particulares apenas um pequeno número de institutos jurídicos. Mas com o advento da codificação moderna, além do surgimento de inúmeros institutos, reconheceu-se que os sujeitos tinham o direito de autorregular seus interesses da maneira como desejassem, respeitando, naturalmente, os limites legais estabelecidos. Com essa mudança, a fidúcia, que num momento histórico remoto teve grande importância, pois os interesses que não eram protegidos pelo direito contavam apenas com a confiança entre as partes para que fossem cumpridos, ganhou caráter facultativo, representando uma opção das partes no exercício de sua autodeterminação. Como já apontado, o negócio fiduciário não é disciplinado pelo direito nacional, mas pelo fato do direito brasileiro reconhecer a autonomia privada, seu uso é permitido desde que em conformidade com o ordenamento jurídico nacional.

Talvez pela notoriedade do princípio da legalidade e a consequente liberdade reconhecida aos privados para agirem conforme seus interesses, desde que a conduta não seja defesa em lei, os tribunais não se preocuparam muito em frisar que o negócio fiduciário provém da liberdade de iniciativa privada. Contudo, encontrou-se dois acordãos do Superior Tribunal de Justiça que ressaltaram que, apesar do negócio fiduciário não ter regramento

determinado no direito positivo, ele se insere dentro da liberdade de iniciativa dos particulares, típica do direito privado.<sup>380</sup>

Álvaro Villaça Azevedo defende que o negócio fiduciário, mesmo sendo um tipo de negócio inominado, deve sofrer restrições para que a liberdade privada não seja exercida abusivamente, uma vez que a liberdade incondicionada permite que aqueles quem atuam de má-fé “escravizem” os demais. Ainda que se concorde que todo negócio jurídico deve ser exercido dentro de certos limites, talvez não seja necessário que estes sejam disciplinados por lei, pois a disciplina geral do negócio jurídico também se aplica a este caso, assim como o abusivo de direitos.

O negócio fiduciário, além de não precisar de uma disciplina legislativa, nem mesmo pode ser previsto normativamente, pois a garantia e o respeito de suas disposições conta exclusivamente com o laço de confiança existente entre as partes. Caso o direito elencasse o negócio fiduciário como forma de negócio tipificado esse elemento de garantia, carente de medidas constritivas para sua realização, perderia sua plasticidade do ordenamento jurídico.

### 9.3. NEGÓCIO FIDUCIÁRIO, SIMULAÇÃO E FRAUDE À LEI

É indissimulável que alguns acordãos apontam a controvérsia acerca da correspondência entre negócios fiduciários e negócios simulados, ligando-os, ainda, algumas vezes, aos negócios em fraude à lei.

Um julgado interessante<sup>381</sup> diz respeito à reiteração pelo Supremo Tribunal Federal acerca da improcedência de um pedido de adjudicação compulsória, baseado numa cessão de promessa de compra e venda, pelo fato dos magistrados de primeiro e segundo grau entenderem que houve a ocorrência de um negócio fiduciário, com fraude à lei, que objetivava dissimular

---

<sup>380</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **REsp 57.991/SP**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário de Justiça em 29 de setembro de 1997; BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **REsp. 155.242/RJ**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.. Diário de Justiça em 02 de maio de 2000.

<sup>381</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 55.679/SP**. Rel. Min. Cândido Motta Filho. Diário de Justiça em 03 de junho de 1964.

um contrato de mútuo garantido por bem imóvel na tentativa de evitar a incidência do art. 765 do Código Civil de 1916. No caso, o negócio simulado que encobriria essa fraude seria a promessa de compra e venda.

Neste acórdão, o Tribunal de Justiça de São Paulo apresentou interessante argumentação para justificar a ocorrência de simulação nesse negócio fiduciário. Ele sustenta que a notoriedade da simulação é constatada por dois pontos trazidos pelas partes nos autos: (a) o promitente comprador nem sequer teria olhado o imóvel que supostamente iria adquirir e (b) apesar da quitação do compromisso de compra e venda, o imóvel permaneceu em posse do promitente vendedor.

Ainda que essas constatações possam denunciar a ocorrência de um negócio simulado, tendo em vista que os magistrados reconhecem que o negócio constituído pelas partes é uma espécie de negócio indireto, que em momento algum é proibido no direito nacional, os dados apresentados podem ser interpretados de outro modo: se considerado que o promitente comprador, na verdade, é o fiduciário, o fato dele não ter apresentado interesse em conhecer o imóvel não causaria estranhamento, pois seu intento não seria adquiri-lo para uso próprio, mas apenas como forma de garantia de seu crédito; ainda, o fato do imóvel permanecer na posse do promitente vendedor, no caso, o fiduciante, é comum nas hipóteses de negócio fiduciário, uma vez que o fiduciário não teria interesse em fazer uso do imóvel a ele alienado em garantia, o que favorece também o fiduciante, que, apesar de ter alienado um bem em garantia ainda pode dele fazer uso.

Contudo, a posição homogênea nos tribunais é de reconhecer os negócios fiduciários como atos jurídicos verdadeiros cuja manifestação de vontade corresponde ao desejado pelas partes, não se apresentando apenas como uma aparência, como no caso dos negócios simulados.<sup>382</sup>

Mas, ainda que o negócio fiduciário seja reconhecido como verdadeiro e válido, podem aparecer situações que o marquem com certa ilicitude. Esse é o

---

<sup>382</sup> Acórdãos neste sentido: BRASIL. SupremoTribunal Federal. **RExt. 51.994/SP**. Rel. Min. Cândido Motta Filho. Diário de Justiça em 14 de dezembro de 1962; BRASIL. SupremoTribunal Federal. **RExt. 68.966/SP**. Rel. Min. Carlos Thompson Flores. Diário de Justiça em 11 de novembro de 1970; BRASIL. SuperiorTribunal de Justiça. **REsp. 57.991/SP**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário de Justiça em 29 de setembro de 1997; BRASIL. SuperiorTribunal de Justiça. **REsp. 155.242/RJ**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário de Justiça em 02 de maio de 2000.

caso presente no Recurso Especial n.º 155.242/RJ, no qual o fiduciário foi penalizado por violação da fidúcia na medida em que, por meio de “conduta maliciosa”, recusou-se a devolver o apartamento financiado que o fiduciante o havia alienado como meio de levantar dinheiro para a reforma de seu restaurante, com a confiança de que o fiduciário, seu amigo, devolveria-lhe o imóvel quando ele estivesse com uma melhor condição econômica. Ainda que a propriedade alienada nos negócios fiduciários seja funcionalmente limitada pela fidúcia, essa limitabilidade tem eficácia apenas no plano obrigacional, uma vez que um direito real apenas pode ser restringido por lei. Assim, a única garantia que o fiduciante tem para que o acordado seja cumprido é a confiança que ele depositou no fiduciário. Caso ele quebre a fidúcia, não é possível judicialmente obrigá-lo a praticar um negócio jurídico dispositivo por meio do qual o bem voltaria ao domínio do fiduciante. Já que o fiduciante havia pago sessenta e duas prestações mensais de um financiamento de cento e oitenta meses, além de ter despendido a importância referente ao Fundo de Garantia do fiduciário, que foi liberado em virtude do financiamento, ficou clara a ocorrência de enriquecimento sem causa do fiduciário. Desse modo, frente a tamanha injustiça, os ministros deram provimento ao recurso para que o fiduciante tivesse respeitada a sua legítima pretensão de ressarcimento das quantias pagas, desconstituindo a situação de locupletamento do fiduciário.

Com base nos acórdãos comentados, pode-se perceber a complexidade das situações fáticas e jurídicas nas quais se desenvolve o negócio fiduciário, cuja constituição pode oferecer aos particulares caminhos mais vantajosos ou mesmo não disponíveis pelo direito legislado. Porém, tem-se a desvantagem do fiduciante sofrer um maior risco de frustração, tendo em vista a falta de tutelas específicas de coerção que obrigariam o fiduciário a agir conforme o acordado. Contudo, o ordenamento jurídico ainda consegue fornecer algumas soluções para tais problemáticas que, se de um lado não possibilitam o cumprimento específico do contrato, do outro procuram reestabelecer uma posição de igualdade entre as partes.



## 10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade do estudo do negócio fiduciário no direito brasileiro, assim como a escassa doutrina disponível, transformou a trajetória até aqui desenvolvida num desafio reflexivo acerca de temas tortuosos de diversos campos do direito civil, como de teoria geral, direito das obrigações, direitos reais etc. Em certa medida, o quadro histórico desenvolvido no começo do estudo auxiliou na tarefa de repensar algumas premissas tidas como fortemente concretizadas no cenário jurídico atual, como a consideração do Estado como fonte maior, senão única, do direito, a necessidade dum enorme formalismo nos procedimentos de feitura das leis baseado na suposta garantia democrática, entre outros. Mas ao observar-se o funcionamento do direito na Idade Média, alcança-se uma visão mais concreta sobre a possibilidade de funcionamento de um ordenamento jurídico pluralista, uma hipótese muitas de difícil visualização, tendo em vista o poder centralizador e legalista que caracteriza a realidade jurídica contemporânea. Assim, evidenciou-se a possibilidade de um direito mais aberto às influências sociais. Contudo, acredita-se que o pluralismo jurídico não deve substituir as formas atuais de produção legislativa, mas apenas complementar um sistema que há muito tempo não acompanha os anseios sociais.

Para que essa realidade seja possível, recorreu-se à proposta oferecida por Hespanha, defensor dum Estado sem a pretensão exauriente acerca da produção legislativa e capaz de delimitar a moldura geral que caracterizará o ordenamento jurídico de cada localidade, com o intuito de facilitar a recepção de novos fatos sociais pelo direito. Ainda que esse modelo ideal pareça distante, o estudo do negócio fiduciário demonstrou que mesmo atualmente o reconhecimento da relevância social de alguns fatos é possível, não configurando como impeditivo a falta de previsão legislativa para que o direito tutele novos interesses sociais que emergem constantemente.

Na busca de um meio auxiliador da difícil tarefa de preenchimento dessa moldura jurídica, encontrou-se na teoria do fato jurídico desenvolvida por Pontes de Miranda um instrumento facilitador desse processo, uma vez que sua estruturação analítica auxilia na determinação do suporte fático de um fato

jurídico com definição jurídica carente, pois a teoria se funda num conhecimento da norma jurídica por meio da fragmentação de seus componentes, que foi aplicada ao estudo do negócio fiduciário com a ressalva de que a norma sob análise não precisa ser uma norma tipificada pelo direito.

Com esses pressupostos, estabeleceu-se as bases do tratamento conferido ao negócio fiduciário pelo direito brasileiro, constatando-se a existência da chamada fidúcia legal, negócios jurídicos tipificados que são reconhecidos comumente como forma aproximativa dos negócios fiduciários, principalmente por representarem uma forma de alienação patrimonial com escopo de garantia – uma das finalidades mais buscadas pelos que constituem negócios fiduciários. Contudo, não se pode olvidar que, historicamente, o único meio de segurança disponível ao fiduciante era a sua confiança na lealdade do fiduciário, motivo que faz do negócio fiduciário um tipo negocial que se legislado perderá sua identidade, uma vez que contará com a tutela estatal assim como os demais institutos jurídicos disciplinados.

Tal fato apenas evidencia que a previsão legislativa não é critério essencial para averiguar a possibilidade ou não de existência dum fato jurídico. Naturalmente, essa previsão facilita a visualização de seus elementos constitutivos, mas não se mostra como indispensável, pois doutrina e a jurisprudência também podem determinar quais seriam esses elementos.

Já em relação ao turbulento debate sobre a ocorrência do pacto comissório nos negócios fiduciários, defendeu-se a impossibilidade da aplicação analógica do art. 1.428 do Código Civil, uma vez que nesses negócios não está presente a *ratio legis* desse dispositivo, que procura evitar tanto a possível exploração usurária do fiduciante quanto a ocorrência de desigualdade entre o credor dotado de garantia real e dos demais credores. Afinal, o negócio fiduciário não é uma espécie de garantia real, mas apenas um possível modo de alienar uma propriedade *em* garantia, motivo pelo qual não atribui ao fiduciante as mesmas vantagens das garantias reais, como os direitos de preferência e sequela.

Também se mostrou necessário um estudo cuidadoso acerca da fidúcia, elemento caracterizador do negócio fiduciário, buscando-se uma construção da evolução histórica da fidúcia de Roma à modernidade. Pelas informações analisadas, ficou evidente que não é possível utilizar institutos do passado para

explicar a realidade jurídica atual. Não se pode esquecer que os institutos não são anacrônicos, mas, sim, inseridos dentro de certo contexto histórico que lhe dá significado. E se a fidúcia está presente nos tempos atuais é porque adaptou-se às mudanças ocorridas em sociedade e ganhou contornos distintos. Tal constatação fica clara quando se verifica o papel que a fidúcia detinha no direito clássico, já que estava ligada à realização de diversas práticas negociais, pois era um meio pelo qual os particulares constituíam negócios indiretos, como o negócio fiduciário, como meio de alcançar interesses ainda não tutelados pelo direito. Contudo, a partir da modernidade, com o reconhecimento da autonomia privada e a flexibilidade dos ordenamentos jurídicos, a fidúcia ganhou papel facultativo, cabendo aos particulares optarem por sua escolha quando parecer mais conveniente.

Finalmente, alcançou-se o momento de determinação dos elementos do suporte fático do negócio fiduciário. Seguindo a teoria do fato jurídico, primeiro buscou-se a natureza do negócio fiduciário, o que já demonstrou algum de seus elementos nucleares. E uma vez que o negócio fiduciário corresponde a uma espécie de negócio jurídico, mostra-se indispensável que no cerne de seu núcleo encontre-se uma manifestação de vontade com poder de autoregramento, que no caso em questão tem presença marcante da fidúcia. Chegou-se à conclusão de que também compõe o núcleo a aquisição patrimonial em favor do fiduciário, uma vez que é por meio dela que o fim colimado pelas partes poderá ser atingido.

Na busca pelos elementos completantes, elencou-se como tais a fidúcia, a transmissão fiduciária, representativa da relação jurídica obrigacional baseada na fidúcia cujo credor é o fiduciante, e a causa jurídica, que pela complexidade do tema exigiu um estudo mais apurado. Para tanto, iniciou-se pela compreensão de uma das principais teorias da causa jurídica, desenvolvida por Emilio Betti. Para o autor italiano, a causa é elemento indispensável para a formação do negócio jurídico, pois figura como a sua própria razão de ser, uma vez que representa a função socioeconômica da prática negocial.

Também se mostrou importante a contribuição de Christoph Fabian, para o qual não se deve buscar a causa do negócio fiduciário nos tipos negociais dos quais ele pode fazer uso para sua formação. O autor defende

que o negócio fiduciário é um negócio autônomo, o que lhe confere causa própria distinta das que justificam os demais negócios típicos.

Julgou-se acertado o entendimento do autor, pois o negócio fiduciário apresenta um fim prático diverso dos tipicamente atribuídos aos meios negociais de que ele faz uso. E para complementação da defesa de uma causa própria do negócio fiduciário retornou-se à teoria bettiana, que ressalta a possibilidade da causa jurídica ser incongruente, ou seja, que haja discordância entre os meios utilizados pelas partes e o escopo por elas pretendido, um quadro que representa claramente a estrutura do negócio fiduciário.

Desse modo, o negócio fiduciário pode ter causa própria, distinta das causas típicas dos negócios que se encontram em sua composição. Para que essa causa própria receba aceitação jurídica, é necessário que ela seja socialmente reconhecida como relevante e, por isso, merecedora de tutela jurídica. Acredita-se que essa conclusão é complementar às teorizações de Hespanha, trazidas na primeira parte do estudo, acerca do papel das novas codificações jurídicas. Se o direito realizar sua função de estabelecer uma moldura delimitadora do que representa o direito para cada sociedade, conforme proposto pelo autor, novos fatos sociais podem preencher com maior facilidade os vazios normativos presentes em todo sistema, assim como aconteceu com o negócio fiduciário, o que auxilia na busca pela pretensão de um direito mais democrático e plural.

Em certa medida, alguns dos principais pontos aqui retomados são tema de debate nos tribunais superiores. Infelizmente, a leitura da maior parte dos acórdãos deixa claro o desinteresse dos magistrados e ministros em estabelecer os elementos caracterizadores do negócio fiduciário, o que é preocupante, pois esse passo é indispensável para que se descubra qual regime jurídico deve ser aplicado no caso sob análise.

Com isso, espera-se que o presente estudo seja útil nas reflexões acerca do tratamento jurídico conferido ao negócio fiduciário, um instituto que, pela obscuridade apresentada no direito nacional, denuncia as dificuldades carregadas pelo jurista brasileiro frente a institutos que, apesar da falta de previsão legislativa, exercem seu papel em sociedade e necessitam de tutela adequada por parte do Estado.

## 10. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria. *In: Revista dos Tribunais*, ano 67, v. 512, p. 11 – 19, março.

ALVIM, Arruda. Alienação fiduciária de bem imóvel – o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características. *In: Revista de direito privado*, ano 1, n. 2, p. 147 – 176, abr/jun. 2000.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil** – Introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro. *In: Revista de direito civil, agrário e empresarial*, ano 6, v. 22, p. 36 – 49, out/dez. 1982.

ARANGIO – RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de derecho romano**. FERRO, José Caramés (trad.) Buenos Aires: Depalma, 1952.

ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto, “negotium mixtum cum donatione”. *In: Revista dos Tribunais*, ano 44, v. 233, p. 03 – 17, março 1955.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Contratos Inominados ou Atípico e Negócio Fiduciário**. 3. ed. Belém: CEJUP, 1988.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico** – existência, validade e eficácia. 4 ed., atual de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, EMILIO. **Teoria geral do negócio jurídico** – tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, p. 1969.

BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed. corrig. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das coisas**. V. II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BIANCA, C. Massimo. **Il divieto del patto comissorio**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957.

BISOGNI, Lígia Cristina de Araújo. Da alienação fiduciária em garantia. *In: In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. Ano 11, n. 42, p. 100 - 114, out./dez.. 1987.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. (trad.). São Paulo: Ícone, 2006.

BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di diritto romano**, 10. ed., Torino: G. Giappichelli, 1946.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **REsp 57.991/SP**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário de Justiça em 29 de setembro de 1997.

\_\_\_\_\_. SuperiorTribunal de Justiça. **REsp. 155.242/RJ**. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário de Justiça em 02 de maio de 2000.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 475040/MG**. Rel. Min. Ari Pargendler. Diário de Justiça em 26 de abril de 2003.

\_\_\_\_\_. SupremoTribunal Federal. **RExt. 51.994/SP**. Rel. Min. Cândido Motta Filho. Diário de Justiça em 14 de dezembro de 1962.

\_\_\_\_\_. SupremoTribunal Federal. **RExt. 55.679/SP**. Rel. Min. Cândido Motta Filho. Diário de Justiça em 03 de junho de 1964.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 58.072/SP**. Rel. Min. Evando Lins e Silva. Diário de Justiça em 23 de junho de 1965.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 59.679/SP**. Rel. Min. Cândido Motta Filho. Diário de Justiça em 03 de junho de 1967.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 63128/SP**. Rel. Min. Hermes Lima. Diário de Justiça em 08 de março de 1968.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 63668/SP**. Rel. Min. Hermes Lima. Diário de Justiça em 18 de outubro 1968.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 70497/RS**. Rel. Min. Luiz Gallotti. Diário de Justiça em 03 de setembro de 1970.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 68.966/SP**. Rel. Min. Carlos Thompson Flores. Diário de Justiça em 11 de novembro de 1970.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 72.533/SP**. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. Diário de Justiça em 27 de abril de 1973.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 82447/SP**. Rel. Min. Moreira Alves. Diário de Justiça em 08 de junho de 1976.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 82442/MT**. Rel. Min. Cunha Peixoto. Diário de Justiça em 25 de outubro de 1977.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RExt. 98947/PR**. Rel. Min. Alfredo Buzaid. Diário de Justiça em 17 de agosto de 1984.

Supremo Tribunal Federal. **RExt. 90648/SP**. Rel. Min. Soares Munoz. Diário de Justiça em 05 de agosto de 1994.

BUZAID, Alfredo. Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia. *In: Revista dos Tribunais*, ano 58 v. 401, p. 09 – 29, março 1969.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti...[et al.], (coord.). **comentários ao Código Civil** – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CARIOTA-FERRARA, Luigi. **I negozi fiduciari** – trasferimento, cessione e girata a scopo de mandato e di garanzia. Processo fiduciário. Milano: CEDAM, 1933.

CASTRO JR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do fato jurídico inexistente** – reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. **El negocio jurídico** – *introducción de Juan Vallet de Goytisolo*. Madri: Civitas, 1985.

CAVASSANI, Marcelo Tesheiner. Princípios gerais da alienação fiduciária e a jurisprudência. *In: Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. Ano 10, n. 35, jan./mar. 1986, 196 – 210.

CHALHUB, Melhim Namem. A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. *In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. Ano 1, n. 2, p. 113 -..., maio/ago. 1984.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia.**: ensaios de história do pensamento jurídico. Juruá : Curitiba, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 11. ed., rev., aum e atual de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume I: teoria geral do direito civil, 26. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.



- DINIZ, Maria Helena. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FABIAN, Christoph. **Fidúcia** – negócios fiduciários e relações externas. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis Editor, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das coisas, vol. 15 (arts. 1.277 a 1.368); AZEVEDO, Antônio Junqueira (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.
- FALCÃO, Alcino Pinto. Alienação fiduciária em garantia. *In: Revista Forense*, ano 66, v. 230, abr/mai/jun. 1970, p. 398 – 403.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Trato de alienação fiduciária em garantia**: das bases romanas à lei n. 9.514/97. São Paulo: LTr, 1999.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito**: técnica, decisão, dominação, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- FIUZA, César. **Direito civil** – curso completo. Inclui comentário sobre a Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008 (guarda compartilhada). 12. ed rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: DelRey, 2008.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: Editora LTr, 2002.
- FOSTER, Nestor José. **Alienação fiduciária em garantia**. Porto Alegre: Sulina Editora, 1976.
- FOSTER, Nestor José. O negócio fiduciário. *In: Revista Forense*, ano 62, v. 216, out/nov/dez. 1966, p. 16 – 22.
- FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga. Contratos inominados, mistos e negócio indireto. *In: Revista dos Tribunais*, ano 63, v. 233, junho 1974, p. 34-46.

FREIRE, J. Renato Corrêa. Negócio fiduciário – fidúcia: uma forma brasileira de “trust” ?. *In: Revista dos Tribunais*, ano 4459 v. 411, p. 24 – 28, jan. 1970.

GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. 9 ed con atlante di diritto comparato. Padova: CEDAM, 1996.

GOMES, Orlando. Contrato de fidúcia (“trust”). *In: Revista Forense*, ano 62, v. 211, jul/ago/set. 1965, p. 11 – 20.

GOMES, Orlando. **Alienação fiduciária em garantia**, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. ÁLVAREZ, Clara; TOMÁS, Francisco (trad.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

GROSSI, Paolo. Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). *In: GROSSI, PAOLO. História da propriedade e outros ensaios*. FRITOLI, Luiz Ernani; e FONSECA, Ricardo Marcelo (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 123-137.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. rev. e atual. DAL RI JÚNIOR, Arno (trad.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. FONSECA, Ricardo Marcelo (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HESPANHA. António Manuel. **Caleidoscópio do direito**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA. António Manuel. **Cultura jurídica europeia** – síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KASER, Max. **Direito privado romano**. RODRIGUES, Samuel; HÄMMERLE, Ferdinand (trad.). SAINT-MAURICE, Maria Armanda de (rev.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LARENZ, Carl. **Metodologia da ciência jurídica**. SOUZA e BRITO, José; VELOSO, José Antonio. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Otto de Souza. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

LIPARI, Nicolo. **Il negozio fiduciario**. Milano: Giuffrè, 1964.

LONGO, Carlo. **Corso di diritto romano: fatti giuridici, negozi giuridici, atti illecite**. Milano: Giuffrè, 1935.

MARTINS-COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários – Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. [s.l.]: RT, ano 79, v. 657, p. 37 – 50, jul. 1990.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio fiduciário. *In*: **Revista trimestral de direito civil**, v. 20. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2004, p. 35 – 63.

MARTORELL, Mariano Navarro. **La propiedad fiduciaria – la fiducia histórica – los modernos negocios fiduciarios – la propiedad fiduciaria**. Barcelona: Bosh, Casa Editorial, 1950.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENEZES, Cordeiro. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

MESSINA, Giuseppe. **Scritti Giuridici**. V. 01. Milano: A. Giuffrè, 1948.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários. *In: Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. Ano 8, jul./set. 1984, 30 – 94.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – direitos das coisas**. 31 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2 ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOZOS, José Luis de los. **El negocio juridico – estudios de derecho civil**). Madrid: Editorial Montecorvo S.A, 1987.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 4 ed., rev., atual e ampl. – atualizado até 20 de maio de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NUZO, Massimo. Negozio fiduciario. *In: Rivista di Diritto Civile*, ano XXXI, n. 06, nov./dez. 1985, p. 645 – 655.

PASSARELLI, F. Santoro. **Teoria geral do direito civil**. ALARCÃO, Manoel (trad.). Coimbra: Atlântida, 1967

PENTEADO, Luciano. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PENTEADO, Luciano. **Doação com encargo e causa contratual**. Campinas: Millennium, 2004.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado** – parte geral – introdução; pessoas físicas e jurídicas, t. I, 4. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado** – parte geral, t. III, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado** – parte geral, t. IV, 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado** – parte geral, t. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado** – parte especial, t. XX, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado** – parte especial, t. XXI 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

REALE, Miguel. **O direito como experiência** (Introdução à Epistemologia Jurídica). São Paulo: Saraiva, 1998.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária: direitos e ações** – manual teórico e prático com jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** – direito das coisas, v. V. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002).

RODRIGUES, Sizino. Os “trusts” em face do direito brasileiro. *In: Revista Forense*, ano XLI, v. XCIX, jul. 1944, p. 315 – 319.

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil** – Estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro; CAMPOS, Diogo Leite de. **A propriedade fiduciária (trust)** – estudos para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Comentários Direito Civil**, Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. BERLINER, Cláudia (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WALD, Arnoldo. Da alienação fiduciária. *In: Revista dos Tribunais*, ano 58, v. 400, p. 25 – 47, fev. 1969.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 3 ed. HESPANHA, A. M. Botelho (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.