

Negócio fiduciário

1 — Reaparecimento da figura. 2 — A fiducia, em Direito Romano. 3 — Idem, em Direito Germanico. 4 — Conceito. 5 — Notas características. 6 — Negócio sério e real. 7 — Observação final.

DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE

1) — Certas necessidades da vida moderna suscitaram a reelaboração doutrinária da *fiducia* romana, para configurar-se, com base no princípio da *liberdade das convenções* e independentemente de assento legal específico, um novo tipo de negócio — o *negócio fiduciário*.

NAVARRO MARTORELL, excelente monografista do tema, encontra a explicação dessa atividade na diferença de ritmo entre os avanços da vida e os do Direito, decorrente aquela da inércia dos últimos, pois que, por mais progressista que seja um ordenamento jurídico, “nunca llega a una sincronia tal con el aumento de las necesidades, que sea imposible el hallar algún determinado fin económico al que no le corresponda un medio jurídico adecuado” (La propiedad Fiduciaria, p. 72). Recorda a observação de FRANCESCHELLI de que os particulares, à falta de uma forma legalmente estabelecida para satisfazer um interêsse urgente, valem-se de expedientes fiduciários, para fins atípicos e menores do que os típicos, já que o princípio do *numerus clausus* impossibilita a criação de novos *negócios reais*. Mas recusa-lhe adesão. Considera que os particulares não querem “crear ningún nuevo negocio ni derecho real”; querem apenas utilizar-se de um negócio real ou de um direito real já reconhecido, para um fim diverso do que lhe é próprio (obr. cit., p. 70).

Embora marginal, operando fora da área do direito positivo, o *negócio fiduciário* é mencionado pelo BGB alemão, em seu § 223, que alude à *transmissão* de um direito para *segurança* de uma pretensão.

Esse tipo negocial não tem merecido, senão em raros casos, a atenção dos nossos doutores. Só por isso, daremos aqui breve notícia de sua construção, no plano doutrinário.

2 — Convém começar com uma rápida informação sobre a *fiducia*, em Direito Romano.

Roma conheceu dois tipos de *fiducia*, a saber: a *fiducia cum creditore* e a *fiducia cum amico*.

A primeira constituiu enérgica forma de garantia real. O devedor transferia ao credor, por *mancipatio* ou *in iure cessio*, a propriedade da coisa, mas, simultaneamente, pelo *pactum fiduciae*, convencionava com o credor que, paga a dívida, o domínio lhe voltaria, por remanipação ou retrocessão.

A segunda se realizava no interesse do fiduciante, para facilitar a administração, o depósito, o comodato, o mandato, etc.

Nos dois casos, conjugavam-se a relação *real* (transmissão do direito) e a *obrigacional*, contida no *pactum fiduciae* (obrigação de fazer certo uso e restituir a coisa, ao verificar-se certa condição ou termo). A obrigação, não cumprida, resolvia-se em indenização.

A posição do fiduciante, que transmitia a propriedade e se tornava credor apenas da prestação (de natureza *pessoal*) prometida, o privava da ação de reivindicação, quando a obrigação não fôsse cumprida. Esse inconveniente, ao lado da habitual desproporção entre o valor da coisa e o do crédito na *fiducia cum creditore*, deu origem ao progressivo declínio da figura, no comércio jurídico romano.

3 — No direito germânico, a *fiducia* assumiu aspecto particular.

A transmissão da propriedade do fiduciante ao fiduciário não se fazia de modo ilimitado. A propriedade, ao contrá-

rio, era *resoluvél*, possibilitando-se, assim, a reivindicação se e quando o fiduciário violasse a obrigação de fazer dela o uso predeterminado.

O sistema germânico de publicidade tornou possível esse aperfeiçoamento da relação, melhorando, pois, a posição do fiduciante. O registro tornava o contrato conhecido de terceiros, impedindo que êles alegassem a ignorância da limitação da propriedade, decorrente do *pactum fiduciae*.

4 — Conhecidos tais precedentes históricos, torna-se oportuno conceituar o *negócio fiduciário*.

VON TUHR salienta os seus traços principais, sem tentar, todavia, defini-lo. Observa que o *negócio fiduciário* põe em relêvo a *confiança* que o transmitente (o fiduciante) demonstra depositar no adquirente (o fiduciário) ao conceder-lhe poderes jurídicos que *excedem à finalidade perseguida*, constituindo-o proprietário ou credor, respectivamente, em vez de limitar-se a reconhecer-lhe um simples direito pignoratício ou de outorgar-lhe um poder representativo para a cobrança (Tratado de las Obligaciones — Trad. de ROCES — tomo 1, § 25).

ENNECCERUS pretende conceituar o *negócio fiduciário* ao dizer que êle consiste na transmissão de um direito para um fim (econômico) que não exige tal transmissão. Ilustra a pretensa definição com alguns exemplos: transmissão da propriedade para fins de administração ou para garantia de um crédito, cessão de um crédito ou endosso pleno de uma letra para fins de cobrança. O efeito jurídico querido, afirma, não se acha em harmonia com o fim econômico proposto, pois que o excede (Derecho Civil — Parte General — Trad. de GONZALEZ Y ALGUER — v. II, p. 84). A definição se mostra insuficiente para exprimir o definido quando o tratadista, omitindo um traço essencial como é a *confiança*, ainda se vê na contingência de recorrer a exemplos esclarecedores e de acentuar, fora dela, como nota característica do negócio, a desproporção entre os fins queridos e os meios utilizados para atingi-los.

Mais feliz, parece-nos, é o conceito proposto por NAVARRO MARTORELL, quando diz que por *negócio fiduciário* se entende aquele “en que una persona (fiduciario) recibe de otra (fidu-

ciante), que *confía* en ella, una *plena titularidad* de derecho en nombre propio, comprometiéndose a usar de ella *sólo en lo preciso para el fin restringido acordado*, ya en interés suyo, ya también en el del transmitente o de un tercero" (obr. cit., p. 67).

5 — Essa definição fixa, como bem realça o autor, as três características do *negócio fiduciário*, a saber:

- a) — confiança,
- b) — desproporção entre o meio jurídico usado e o fim prático ou econômico em vista,
- c) — contraposição entre o direito *real* e o *pesoal* (ou *obligacional*) resultantes do negócio.

A *confiança*, a *fiducia*, é que leva o fiduciante a transmitir um *direito real* ao fiduciário, substituindo-o por um direito mais fraco, como é o *obligacional* ou *pesoal*. Tal substituição assinala a desproporção entre o meio jurídico utilizado e o fim prático ou econômico pretendido. Para atingí-lo, o fiduciante poderia usar outro expediente jurídico, de consequências menos arriscadas. Dispõe-se, não obstante, o fiduciante, por *confiança* no fiduciário, a assumir os riscos oriundos da adoção de meios jurídicos mais eficazes. A flexibilidade da solução prepondera sôbre a conveniência da segurança do fiduciante.

A *desproporção entre o meio jurídico usado e o fim prático ou econômico* perseguido pelo fiduciante decorre da desnecessidade da utilização de meios tão amplos para alcançar fins restritos. Voltemos aos exemplos lembrados por ENNECERUS. Para administrar um bem, não é necessário transferir o domínio, mas o proprietário (fiduciante) o transfere quando, confiando no fiduciário, quer ampliar ao máximo os seus poderes de administração. Para cobrar uma letra, não se impõe o endosso pleno, bastando a cláusula *por procuração*, lançada no endosso (art. 8º, § 1º, da lei n. 2.044, de 1908), mas o credor quer atribuir poderes ilimitados ao banco de sua confiança e recorre a um meio técnico excessivo.

Por fim, a contraposição entre o *direito real* e o *direito pessoal* fornece o mecanismo de *negócio fiduciário*. Com exatidão, doutrina o já citado VON TUHR que o fiduciário se constitui em proprietário da coisa (ou do crédito), com o poder de livre disposição, incluindo-se nêle o de oneração. Mesmo quando, alienando-a ou onerando-a, infrinja *obrigações* assumidas perante o transmitente (a transmissão se realiza para que o fiduciário faça da coisa ou do crédito certo uso), “el derecho de este fiduciante a exigir la restitución tiene carácter *personal*, y no se halla assistido de ningún privilegio, en caso de concurso de acreedores” (loc. cit.). FRANCISCO FERRARA, vendo no negócio fiduciário “uma forma complexa que resulta da união de dois negócios de índole e efeitos diferentes, colocados em recíproca oposição”, o decompõe em um *contrato real positivo* (a transferência da propriedade ou do crédito, que se realiza de forma perfeita e irrevogável) e um *contrato obrigacional negativo* (a obrigação do fiduciário de usar somente de certa forma do direito adquirido, para depois o restituir ao transferente ou a um terceiro). A convenção negativa, acrescenta, não afeta a eficácia *real* da transmissão, não a limita nem a subordina, recebendo proteção apenas por meio de uma obrigação, que, descumprida, resolve-se em indenização (A simulação dos negócios jurídicos — Trad. de BOSSA, ps. 77 - 78).

Considera ENNECCERUS que, o fiduciário, embora *juridicamente* seja titular do direito real, deve, do ponto de vista *econômico*, conduzir-se como administrador, credor pignoratício, mandatário, etc., conforme o caso (loc. cit.). Não merece aplausos a lição quando reduz os deveres do fiduciário ao âmbito *econômico*. Também *juridicamente*, êle é obrigado a conduzir-se assim. Trata-se, entretanto, de simples *obrigação*, correlata a direito de natureza *pessoal*, não a direito *real*.

6 — Os *negócios fiduciários*, professa FRANCESCO FERRARA, “são sérios e efetivam-se realmente entre as partes com o fim de obter um efeito prático determinado”, pois que “os contratantes querem o negócio com tôdas as suas consequências jurídicas, ainda que se sirvam dêle para uma finalidade econômica diversa” (Obr. cit., n. 5).

Não se trata, pois, de *negócio simulado*. O seu *revestimento jurídico* é sério e real, mesmo quando haja interêsse na ocultação da finalidade econômica querida pelos contratantes. Ele produz, válidamente, todos os efeitos próprios da figura jurídica usada.

A êsse respeito, estão, no geral, concordes os doutores.

7 — Outros aspectos do *negócio fiduciário* merecem exposição e análise.

Mas os limitados propósitos desta rápida notícia não os torna oportunos aqui. Apenas nos propusemos a colocar em fóco os traços fisionômicos mais salientes do *negócio fiduciário*, que as relações econômicas da vida contemporânea vão fazendo ressurgir, na esperança de que os doutos dispensem atenção a essa curiosa e complexa figura.