



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima

Negócios Indiretos e Negócios Fiduciários

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

SÃO PAULO

2015



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP

Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima

Negócios Indiretos e Negócios Fiduciários

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil sob a orientação da Profa. Doutora Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery

SÃO PAULO

2015

“Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota” (Madre Teresa de Calcutá)

Dedicatória e Agradecimentos

A opção pela vida acadêmica não foi fruto do acaso. Particularmente, a minha opção decorre de várias experiências que tive ao longo da vida, somadas a algumas particularidades inatas, como a curiosidade, a vontade de questionar o mundo, e uma certa dose de paixão pelos estudos. Mas experiências e características inatas de nada adiantariam sem modelos de conduta a serem seguidos. É da vida humana aprender através da observação; não à toa que várias vezes dizemos que pessoas da mesma família tem uma forma idêntica de falar, de caminhar e, de maneira geral, de se comportar. Posso afirmar que tive a sorte de ter um aprendizado pautado por várias pessoas que foram – e ainda são – modelos para a minha vida. Para não retornar ao primeiro grau de educação, o que deixaria a lista interminável, posso dizer que tive, mais que professores, mestros que me ajudaram na difícil missão de estudar e compreender o direito. Cito, sem medo de errar, mas com receio de cometer injustiças com aqueles não citados, os professores Mairan Gonçalves Maia Júnior, Gilson Delgado Miranda e Vitor Moraes de Andrade, todos integrantes da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mais do que mestros, souberam despertar minha paixão pela vida acadêmica. Na especialização, encontrei a Professora Karla Cristina França, de quem fui aluno e orientando, e que certamente muito contribuiu para minha formação. Mas foi agora no Mestrado que posso afirmar que tudo mudou drasticamente. *Ab initio*, tive a honra de ter sido aluno da última turma de mestrado do Professor Renan Lotufo; além de seus preciosos ensinamentos, me abriu as portas da Universidade de Camerino, a qual ainda hoje frequento, e sem ela esta dissertação provavelmente não tivesse metade de toda a pesquisa realizada. Na sequência, cursei ainda as lições – e não apenas aulas – dos Professores Arruda Alvim (três vezes, admito), Giovanni Nanni, a quem dirigirei mais palavras oportunamente e Rosa Nery, minha brilhante orientadora, a quem agradeço pela atenção dedicada, pelas sugestões recebidas e pelo incentivo constante. Se minha orientadora tanto me ajudou a desenvolver este trabalho e chegar ao fim desta jornada, tive a enorme sorte de poder chamar outras pessoas de co-orientadores: são eles o Professor Giovanni Nanni, que teve a paciência de aplacar as minhas dúvidas (elas nunca terminaram, e acho que nunca terminarão, infelizmente); o Professor Mairan

Maia, não só paciente a ponto de ter sido meu professor e orientador na graduação, mas principalmente por ter me aceito como assistente nas aulas de Direito Civil ao longo do último quinquênio e por ter lido esta dissertação mais de uma vez para tentar encontrar resposta para meus (eternos) questionamentos; a Professora Maria Cristina De Cicco, da Universidade de Camerino, por ter me recebido tão bem na Universidade e por todo o suporte que me deu com pesquisa e discussão sobre os pontos centrais deste estudo; Professor Arruda Alvim, pela oportunidade de ouvir experiências e ideias sobre o trabalho e Professor Everaldo Augusto Cambler, pelas inúmeras interrupções que causei a fim de tentar escolher o caminho mais adequado para sair das minhas incontáveis encruzilhadas. Se alguns tiveram o prazer conviver com o orientador, posso me sentir honrado por ter tido a oportunidade de receber influência acadêmica de seis dos mais brilhantes juristas que poderiam ter cruzado o meu caminho. A eles sou eternamente grato por toda a experiência, auxílio e, acima de tudo, tempo com que se dedicaram a me ajudar. Mas não apenas de maestros é formado um trabalho acadêmico. Amigos são indispensáveis, seja para também trocar experiências e ideias, seja simplesmente por receber um tapinha no ombro para não desistir jamais. Por essa razão, sou também grato aos amigos Carlos Alberto Garbi, Rafael Marinângelo, Dante Catuzzo Júnior, João Lotufo, Gianvito Ardito, Daniel Willian Granado, Leonard Ziesemer Schmitz, Nathália Gonçalves de Carvalho Macedo, Rosane Pereira Santos e Rennan Faria Kruger Tamay. Deixo também meus especiais agradecimentos aos colegas de escritório que me permitiram pesquisar e aprender um pouquinho do Direito Europeu, o que foi fundamental para o desenvolvimento deste trabalho; agradeço especificamente ao Arruda Alvim, Thereza Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim, Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Gianfrancesco Genoso, Armando Verri Júnior, Fernando Neves, Fernando Anselmo e Aluizio Cherubini. Por fim, reservo o final para aqueles que merecem minha eterna gratidão não apenas porque atuaram diretamente ou indiretamente sobre este trabalho, mas acima de tudo porque foram, são e continuarão sendo meus maestros e modelos de conduta em qualquer época da minha vida. Assim, agradeço aos meus pais por tudo o que fizeram e tem feito por mim desde que me conheço por gente; por terem me ensinado valores indispensáveis e por terem me afastado de caminhos tortuosos. Agradeço o esforço que fizeram para propiciar toda a minha base educacional e a tranquilidade para me desenvolver como pessoa. Agradeço igualmente a toda a minha família, porque se não são perfeitos (ainda bem), foram e são

perfeitamente adequados para meu desenvolvimento, a ponto de eu ter certeza que são insubstituíveis. Um ano e três meses de desenvolvimento desta dissertação certamente muito me afastaram de finais de semana prazerosos; praias apenas em imagens no computador. Livros, livros e mais livros formaram toda a minha base relacional neste período. E ousou dizer que ninguém foi mais diretamente afetado que minha companheira incrível que tive a sorte de encontrar. Você merece gratidão pelo apoio constante e por (quase) sempre me deixar sozinho com este trabalho interminável. Bastaria um sinal de insatisfação para que eu abandonasse tudo (ao menos por um dia), mas isso nunca foi necessário; posso dizer até mesmo que muito me ajudou e me incentivou, e, por tudo isso, serei sempre grato.

Resumo

Os *negócios indiretos em sentido estrito* e os *negócios fiduciários* não são nenhuma novidade no mundo jurídico (a origem é desconhecida, embora se pode afirmar que os romanos já a conheciam), não obstante a doutrina apenas tenha começado a estudá-los já no final do século XIX. São antigos modelos negociais que ainda hoje se fazem presentes, dada sua versatilidade para concretizar o legítimo interesse das partes. Os institutos em análise são figuras que durante séculos ficaram à margem dos estudos jurídicos e que, ainda hoje, não possuem muito aprofundamento dogmático. Assim sendo, o objetivo desta dissertação é analisar ambas as figuras do ponto de vista estrutural, dogmático e legal. Muito embora sejam figuras que derivam da espécie *negócios jurídicos encobertos* (Alemanha), *anómalos* (Espanha) ou *indiretos* (Itália, Portugal, França e Brasil), junto com a *simulação / interposição fictícia de pessoa / negócio em fraude à lei*, do ponto de vista jurídico não podem ser alçadas ao mesmo *status*. Isto porque os *negócios indiretos em sentido estrito* e os *negócios fiduciários* traduzem uma ideia de negócio jurídico válido, ao contrário de seus irmãos, que se configuram como negócios inválidos. A aparência externa é, de fato, semelhante – e daí o elo entre as figuras –, na medida em que uma parte do negócio não é necessariamente exteriorizada (e daí a nomenclatura alemã de *negócios jurídicos encobertos*). Para ser possível a melhor compreensão do tema e aprofundar a discussão do argumento escolhido, aprofundar-se-á no presente trabalho a discussão a respeito da complexa questão da *causa contratual* e sua implicação nestas duas figuras negociais (como elemento que busca justificar a operação econômica realizada pelas partes através da função econômico-individual), bem como a teoria dos negócios jurídicos típicos e atípicos, a fim de se permitir um estudo mais detalhado a respeito da estrutura destas duas figuras. Por fim, o estudo e a interpretação do direito alienígena é premissa essencial para a tentativa de estruturação destas figuras no Brasil, razão pela qual se recorreu ao Direito Italiano, Português, Alemão, Espanhol, Inglês, Francês e de grande parte dos países pertencentes à América Espanhola para, de acordo com os problemas encontrados nestes ordenamentos jurídicos, tentar encontrar a melhor solução no direito pátrio. Do resultado, emergirá a importância destas figuras e, principalmente, sua ampla aceitação na *praxis* tanto no Brasil quanto nos demais países do globo. Mais do que isso, a conclusão ressaltará a legalidade destes modelos negociais no ordenamento jurídico brasileiro e mundial, bem como sua cada vez maior regulamentação como importante instrumento econômico à disposição da autonomia privada.

Palavras Chave: negócio fiduciário; negócio indireto; causa contratual; negócio jurídico

Riassunto

Gli *negozi indiretti strictu sensu* e gli *negozi fiduciari* non sono una novità nel mondo giuridico (l'origine è sconosciuta, nonostante si possa dire che già i romani li conoscessero), nonostante la dottrina abbia solamente iniziato a studiarli alla fine del secolo XIX. Sono vecchi modelli di negoziazione che ancora sono presenti, data la loro versatilità per la realizzazione del legittimo interesse delle parti. Si tratta di figure che per secoli sono rimaste ai margini degli studi giuridici di studi legali e che, ancora oggi, non hanno molti studi dogmatici. Così, lo scopo di questa tesi, è analizzare entrambe le figure da un punto di vista strutturale, dogmatico e legale. Per quanto ci siano figure derivate dalle specie di *negozi giuridici nascosti* (Germania), *anomali* (Spagna) o *indiretti* (Italia, Portogallo, Francia e Brasile), con la *simulazione / interposizione fittizia di persona / trattative in frode alla legge*, dal punto di vista legale non possono essere erette allo stesso status. Questo perché il *negozio indiretto strictu sensu* e il *negozio fiduciario* riflettono una idea di negozi giuridico valido, a differenza dei loro fratelli, che si caratterizzano come negozi giuridici invalidi. L'apparenza esteriore è davvero simile - e quindi il legame tra le figure – nella misura in cui una parte del negozio non è necessariamente esteriorizzata (da qui la denominazione tedesca *negozi giuridici nascosti*) Per rendere possibile una migliore comprensione del tema e approfondire la discussione dell'argomento prescelto, è necessario discutere la complessa questione della *causa contrattuale* e la sua implicazione in queste due figure negoziali (come elemento che cerca di giustificare l'operazione economica effettuata dalle parti attraverso la funzione economico -individuale) così come la teoria di accordi giuridici tipici e atipici, al fine di rendere possibile un approfondimento sulla struttura di queste due figure. Lo studio e l'interpretazione del diritto alieno è premessa indispensabile per tentare di strutturare queste figure in Brasile, ragione per cui si è ricorsi al Diritto italiano, portoghese, tedesco, spagnolo, inglese, francese e della maggior parte dei Paesi appartenenti all'America ispanofona affinché, in base ai problemi incontrati in tali ordinamenti giuridici, si cercasse di ottenere la migliore soluzione al diritto brasiliano. Dal risultato emergerà l'importanza di queste figure, e, soprattutto, la sua ampia accettazione nella prassi, sia in Brasile quanto nei Paesi di tutto il mondo. Più di questo, la conclusione metterà in evidenza la legalità di questi modelli negoziali nell'ordinamento giuridico brasiliano e internazionale, così come la sua crescente regolamentazione come un importante strumento economico a disposizione dell'autonomia privata.

Parola Chiave: negozio fiduciario; negozio indiretto; causa contrattuale; negozio giuridico

Resumen

El *negocio indirecto strictu sensu* y *negocio fiduciario* no son nada nuevo en el mundo jurídico (el origen es desconocido, aunque se puede decir que ya los romanos sabían), aunque la doctrina acaba de empezar a estudiarlas al final del siglo XIX. Ellos son viejos modelos negociales que aún están presentes, dada su versatilidad para cumplir con el interés legítimo de las partes. Estas son las cifras que durante siglos permanecido fuera de los estudios legales y que, aún hoy, no tienen muchos estudios dogmáticos. Por lo tanto, el objetivo de este trabajo es analizar ambas figuras desde un punto de vista estructural, dogmática y jurídica. A pesar de que son cifras que se derivan de especies *negocios juridicos encubiertos* (Alemania), *anormales* (España) o *indirecta* (Italia, Portugal, Francia y Brasil), junto con *la simulación / interposición ficticia de la persona / negocio en fraude de ley*, desde el punto de vista legal no puede parir el mismo estatus. Esto es porque el *negocio indirecto strictu sensu* y *negocio fiduciario* reflejan una idea de negocio jurídico válido, a diferencia de sus hermanos, que se caracterizan como negocio inválido. El aspecto exterior es de hecho similares - y por lo tanto la relación entre las cifras - en la medida en que una parte de lo negocio no está necesariamente exteriorizada (de ahí la denominación alemana *negocio jurídico encubierto*). Para poder comprender mejor el tema y mayor discusión sobre el argumento elegido, es necesario discutir la compleja cuestión de *causa contractual* y su implicación en estas dos figuras de negociación (como un elemento que busca justificar la operación económica realizada por las partes por función económica -individual) y la teoría del negocio jurídico típico y atípico, con el fin de permitir un mayor estudio sobre la estructura de estas dos figuras. El estudio y la interpretación de la ley extranjera es premisa esencial para tratar de estructurar estas cifras en Brasil, por lo que hizo un llamamiento a la legislación italiana, Portugués, Alemán, Español, Inglés, Francés y la mayoría de los países pertenecientes a la América española a que, de acuerdo con los problemas que se plantean en estas jurisdicciones, tratando de conseguir la mejor oferta en la patria potestad. El resultado va a surgir la importancia de estas cifras, y sobre todo su gran aceptación en *la praxis* tanto en Brasil como en otros países de todo el mundo. Más que eso, la conclusión destacará la legalidad de estos modelos de negocio en la legislación brasileña e internacional, así como su creciente regulación como un importante instrumento económico a disposición de la autonomía privada.

Palabras Clave: negocio fiduciario; negocio indirecto; causa contractual; negocio juridico

Abstract

Indirect act stricto sensu and *fiduciary act* are nothing new in the legal world (the origin is unknown, although it can be said that already the Romans knew), even if the doctrine just started to study them at the end of the 19th century. They are old business models that still are present, given its versatility to fulfill the legitimate interest of the parties. The institutes in question are a figure that for centuries remained outside of legal studies and that, even today, does not have much dogmatic deepening. Therefore, the aim of this master dissertation is to analyze both figures from a structural point of view, dogmatic and legal. In spite of they are figures that are derived from species *hidden juridical act* (Germany), *abnormal* (Spain) or *indirect* (Italy, Portugal, France and Brazil), along with *simulation / fictitious interposition of person / business in circumvention of the law*, from the point of legal view can not be considered the same thing. This is because the *indirect act stricto sensu* and *fiduciary act* reflect a valid legal business idea, unlike his brothers, who are characterized as invalid business. The external appearance is indeed similar - and therefore the link between the figures - to the extent that a part of the business is not necessarily externalized (from here the German naming *hidden juridical act*). To be able to better understanding of the subject and further discussion of the chosen argument, it is necessary to discuss the complex issue of *contractual cause* and its implication in these two negotiating figures (as an element that seeks to justify the economic operation carried out by the parties by economic function -individual) and the theory of typical and atypical juridical act, in order to allow further study concerning the structure of these two figures. The study and interpretation of foreign law is essential premise for attempting to structure these figures in Brazil, which is why it fall back on Italian law, Portuguese, German, Spanish, English, French and most countries belonging to the Spanish America to that, according to the problems encountered in these jurisdictions, trying to get the best deal on Brazilian law. The result will emerge the importance of these figures, and especially its wide acceptance in *praxis* both in Brazil and in other countries around the world. More than that, the conclusion will highlight the legality of these business models in the Brazilian and international law, as well as its increasing regulation as an important economic instrument at the disposal of private autonomy.

Keyword: fiduciary act; indirect act; contractual cause; juridical act

Résumé

Les *actes indirects stricto sensu* et les *actes fiduciaires* sont rien de nouveau dans le monde juridique (l'origine est inconnue, mais on peut dire que les Romains les connaissaient déjà), bien que la doctrine a juste commencé à les étudier à la fin du siècle XIX. Ils sont des anciens modèles de transaction encore présentes, étant été donné leur polyvalence à rencontrer l'intérêt légitime des parties. Ce sont des figures que pendant des siècles sont restés au-dehors des études juridiques et qui, aujourd'hui encore, n'ont pas eu de nombreuses études dogmatiques. Par conséquent, l'objectif de cet article est d'analyser les deux figures à partir d'un point de vue structurel, dogmatique et juridique. Même si elles sont des figures qui sont dérivées d'espèces de *acte juridique dissimulées* (Allemagne), *anormale* (Espagne) ou *indirect* (Italie, Portugal, France et Brésil), ainsi que la *simulation / interposition fictive de la personne / acte dans le contournement* de la loi, du point de vue juridique ne peut pas être élevée au même statut. Ceci est parce que *l'acte indirect strictement* et *l'acte fiduciaire* reflètent un' idée d'acte juridique valable, contrairement à ses frères, qui sont caractérisés comme acte invalide. L'aspect extérieur est, en effet, similaire - et donc le lien entre les figures - dans la mesure où une partie de l'acte n'est pas nécessairement extériorisée (d'où la dénomination allemande de *l'acte juridique dissimulé*). Pour rendre possible une meilleure compréhension du sujet et approfondir la discussion de l'argument choisi, il est nécessaire de discuter de la question complexe de la *cause contractuelle* et son implication dans ces deux figures de négociation (comme un élément qui cherche à justifier l'opération économique effectuée par les parties en fonction économique Individuel) comme la théorie de l'acte légale typique et atypique, afin de permettre une étude plus approfondie sur la structure de ces deux figures. L'étude et l'interprétation du droit étrangère est prémisses essentielles pour tenter de structurer ces figures au Brésil, c'est la raison pour laquelle, on a fait appel au droit italien, portugais, allemand, espagnol, anglais, français et à la plupart des pays appartenant à l'Amérique espagnole que, afin que les problèmes rencontrés dans ces systèmes judiciaires, en essayant d'obtenir la meilleure solution dans le Droits brésilien. Du résultat va émerger l'importance de ces figures, et surtout sa large acceptation dans la pratique à la fois au Brésil et dans des autres pays du monde. Plus que cela, la conclusion mettra l'accent sur la légalité de ces modèles de transaction dans le système judiciaire brésilien et internationale, ainsi que sa réglementation croissante comme un instrument économique important à la disposition de l'autonomie privée.

Mots Clés: acte fiduciaire; acte indirect; cause contractuelle; acte juridique

Sumário

INTRODUÇÃO	13
1. O PROBLEMA DA CAUSA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	18
1.1. A IMPORTÂNCIA DE ANALISAR A <i>CAUSA CONTRATUAL</i>	35
1.2. NEGÓCIOS CAUSAIS E NEGÓCIOS ABSTRATOS	38
1.3. A <i>CAUSA</i> NO DIREITO BRASILEIRO	47
1.4. DESDOBRAMENTOS DA DEFINIÇÃO DE <i>CAUSA</i> ADOTADA PARA FINS DESTES TRABALHO	52
1.5. CONCLUSÃO.....	54
2 TEORIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	56
2.1. NEGÓCIOS ATÍPICOS E SOCIALMENTE TÍPICOS (TIPOS EXTRALEGAIS).....	86
2.2. NEGÓCIOS ATÍPICOS MISTOS OU COMPLEXOS	90
2.3. NEGÓCIOS COLIGADOS	98
3. TEORIA DOS NEGÓCIOS INDIRETOS	105
3.1. OS NEGÓCIOS INDIRETOS NA PRÁTICA JURÍDICA.....	116
(A) <i>MANCIPATIO</i>	116
(B) <i>NEGOTIUM MIXTUM CUM DONATIONE</i>	117
(C) CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE PARA POSTERIOR CONCENTRAÇÃO DAS AÇÕES NAS MÃOS DE UM ÚNICO SÓCIO	124
(D) <i>SOCIETÀ DI COMODO</i>	126
(E) <i>PROCURAÇÃO IN REM SUAM</i>	128
(F) RETROVENDA COM FUNÇÃO DE GARANTIA.....	131
(G) DOAÇÕES INDIRETAS	133
3.2. NEGÓCIO INDIRETO E LIMITES OBJETIVOS	140
4. TEORIA DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS	146
4.1. <i>FIDUCIA</i> NO SISTEMA JURÍDICO ROMANO.....	147
4.2. <i>FIDUCIA</i> NO SISTEMA JURÍDICO GERMÂNICO	154
4.3. <i>FIDUCIA</i> NO SISTEMA JURÍDICO ANGLO-SAXÃO	156
4.4. <i>FIDUCIA</i> NO DIREITO MODERNO	163
(A) NEGÓCIO FIDUCIÁRIO PROPRIAMENTE DITO	170
(B) NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS IMPRÓPRIOS	185

(C) NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS LEGAIS OU TÍPICOS	186
(D) NEGÓCIOS DE FIDÚCIA.....	189
(E) CAUSA DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO	192
4.5. OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS NA PRÁTICA JURÍDICA.....	202
(A) GESTÃO DE PATRIMÔNIO	203
(B) ATRIBUIÇÃO DE GARANTIA (NEGÓCIO ATÍPICO BASEADO NA FIDÚCIA ROMANA)	206
(C) ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA (NEGÓCIO TÍPICO).....	208
(D) FIDÚCIA TESTAMENTÁRIA (ART. 627 CÓDIGO CIVIL ITALIANO).....	223
(E) FIDEICOMISSO TESTAMENTÁRIO NO BRASIL	225
(F) FIDEICOMISSO NA AMÉRICA ESPANHOLA	230
(G) TRUST E AS IMPLICAÇÕES DA CONVENÇÃO DE HAIA	236
(H) REPRESENTAÇÃO INDIRETA – MANDATO SEM REPRESENTAÇÃO.....	247
4.6. NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS E LIMITES OBJETIVOS.....	253
CONCLUSÃO.....	259
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	264

INTRODUÇÃO

Se a História é cíclica, como pareceram crer os gregos, cíclico também parece ser o Direito. Decorridos quase dois mil anos do apogeu do Império Romano, eis que, no fim do século XIX, voltamos nossa atenção à interpretação de suas criações jurídicas, o que se deu na Alemanha através dos Pandectistas.

Povo caracteristicamente prático e pouco filosófico, os romanos criaram um arcabouço jurídico riquíssimo, que até hoje influencia os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais. O rígido e formalista ordenamento jurídico do período arcaico¹ foi sendo, ao poucos, mitigado, em prol de uma maior e necessária agilidade no tráfego comercial. As constantes guerras travadas por Roma e a crescente e contínua expansão territorial do Império obrigaram que novas soluções fossem encontradas no Direito, especialmente no Direito Civil e Comercial. Os mais de mil anos de Império Romano produziram evoluções notáveis em diversas áreas do direito, mas talvez nenhuma delas tenha sido mais profícua do que as matérias destinadas aos contratos e às propriedades, que, não por acaso, formavam o centro de interesse de Roma (não muito diferente da retomada do liberalismo pelo Código Civil Francês, de 1804, que centrou sua unidade nas matérias dos contratos e das propriedades).

Especificamente em relação ao direito contratual, a origem do tema que aqui se propõe a estudar parece estar intimamente ligada ao sistema jurídico romano arcaico. Um dos valores cardinais do direito arcaico – e talvez da maior parte dos grupos sociais daquela época – era que *toda relação deve se desenvolver de acordo com o princípio da <<fides>>*² –, ou seja, esperava-se que todos os Romanos agissem e se comportassem

¹ “Il *ius* della comunità originaria è dominato – in ogni sua manifestazione – da un rigoroso formalismo, che ne investe ogni attività: se si vuole che siano efficaci (possano cioè produrre gli effetti attesi), queste devono essere compiute attraverso comportamenti definiti nei gesti e nelle parole (spesso, per gli atti più importante, in entrambi questi elementi). Ciò per l’evidente ragione che, dovendo essere riconoscibili (e talora anche memorizzabili, al fine di provarne successivamente l’avvenuto compimento), tali attività devono essere compiute in modi coerenti con un sistema di comunicazione sociale improntato pressoché esclusivamente alla <<oralità>> e alla <<visività>> e nel qual ela memorizzazione dei comportamenti è perciò tanto più possibile quanto più essi siano realizzati attraverso stereotipi verbali e gestual.” (CERAMI, Pietro. CORBINO, Alessandro. METRO, Antonio. PURPURA, Gianfranco. *Roma e il Diritto*. Napoli: Jovene Editore, 2010, pag. 178).

² CERAMI, Pietro. CORBINO, Alessandro. METRO, Antonio. PURPURA, Gianfranco. *Roma e il Diritto*. Napoli: Jovene Editore, 2010, pag. 179.

de acordo com a <<*buona fides*>>, caracterizada por um comportamento leal entre os concidadãos.

Este valor social/moral/jurídico da <<*fides*>> que caracterizava a sociedade romana daquela época permitiu surgir figuras negociais que, embora se submetessem aos aspectos formais que caracterizavam o ato da celebração, se desprendiam das finalidades abstratamente tipificadas pelo legislador (vale lembrar que apenas no período pós-clássico os modelos negociais tipificados à disposição dos romanos deixaram de ser taxativos). Aí está a pedra angular do contrato de *fidúcia* romano, que seria tipificado no período clássico (abarcava a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*).

A extinção da *fiducia* no Direito Justiniano – que, inclusive mandou apagar de todos os textos qualquer referência ao instituto – fez com que o tema ficasse esquecido, parece que à espera dos pandectistas alemães do final do século XIX. Não que isto signifique que ele deixou de existir na *praxis* (inclusive porque rapidamente se espalhou para o sistema jurídico germânico e anglo-saxão, onde gerou frutos importantes e que perfuram até os dias atuais, como, por exemplo, o *trust*), o que seria impossível dada sua grande utilidade econômica, mas apenas que ele deixou de ser estudado com o cuidado e atenção que merecia.

Quando Ihering, e mais tarde Kohler, se debruçaram sobre o *contrato de fidúcia* praticado em Roma, perceberam, de imediato, a importância e a aplicabilidade do tema, que ganhou notoriedade através das obras de Kohler e Ferdinand Regelsberger, este último, inclusive, pai do termo *negócio fiduciário*.

Identificou Kohler uma série de figuras negociais que visavam esconder uma parte de seus efeitos, o que ele convencionou chamar de *negócios jurídicos encobertos*. Embora as figuras que ele identificou sejam muito diferentes entre si (negócio indireto, negócio fiduciário e interposição fictícia de pessoas), o fato é que, em todas elas, os efeitos jurídicos externalizados não correspondem aos efeitos jurídicos internos (*inter partes*). No sistema jurídico alemão – essencialmente abstrato – esta construção não

encontrava óbice legislativo. Todavia, nos sistemas jurídicos causais, tais como a Itália, França, Portugal e Espanha, a figura foi – e ainda é – alvo de diversas críticas.

Como o enfrentamento da problemática passa necessariamente pelo estudo da *causa contratual*, optou-se por trabalhá-la adequadamente – embora longe de esgotar a matéria, que, aliás, parece ser uma inesgotável fonte de debates – no primeiro capítulo desta dissertação. Assim, analisar-se-á a figura da *causa contratual* desde sua origem em Roma, muito embora com mais ênfase na história recente, quando surge na França através das concepções de Dolmat e, na sequência, Pothier. A evolução do conceito de causa nos últimos cinquenta ou setenta anos ajudou a melhor enquadrar as figuras dos *negócios fiduciários* e dos *negócios indiretos*, como se verá ao longo da dissertação.

Pode-se dizer, portanto, que o estudo da *causa* é uma premissa necessária para a correta compreensão dos *negócios fiduciários* e *indiretos*, razão pela qual ela foi desvinculada do capítulo a qual pertence (teoria dos negócios jurídicos) e alçada ao tema central do primeiro capítulo desta dissertação.

O capítulo segundo é destinado ao estudo da teoria geral dos negócios jurídicos, centralizado principalmente na *autonomia privada* e na formação dos negócios jurídicos típicos e atípicos, de onde advem outro importante tema para a compreensão e estudo dos *negócios fiduciários* e *indiretos*. O estudo dos *negócios mistos* e da *coligação negocial* também merecem destaque neste capítulo, principalmente porque também são frutos da nova realidade social e econômica, que exigem figuras negociais cada vez mais complexas que acabam por, vez ou outra, desvirtuarem os estancos tipos contratuais encontrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Os dois primeiros capítulos correspondem ao pilar jurídico de toda a discussão que será travada nos capítulos terceiro e quarto, quando especificamente se trabalhará as figuras dos *negócios indiretos* (capítulo terceiro) e dos *negócios fiduciários* (capítulo quarto).

Como a *prática* sempre caminha conjuntamente com a *teoria*, o capítulo destinado aos *negócios indiretos* possui uma primeira parte de teoria, na qual se

analisará a doutrina alienígena (principalmente Itália, Espanha e Portugal) para o fim de compreender os problemas do instituto e tentar traçar suas principais características, e uma segunda parte destinada à análise de algumas hipóteses concretas de aplicação dos *negócios indiretos*, tais como a *mancipatio*, do Direito Romano, o *negotium mixtum cum donazione*, a *procuração in rem suam*, a *retrovenda com função de garantia* e as chamadas *doações indiretas*. Por fim, ainda neste capítulo, serão traçados os *limites objetivos* para a utilização dos *negócios indiretos*, e a distinção entre eles e o *negócio simulado*.

O quarto – e mais longo capítulo – é destinado ao estudo dos *negócios fiduciários*. Partindo de sua origem, no Direito Romano, e sua evolução no tempo, principalmente na Alemanha e nos países de origem Anglo-Saxã, procurar-se-á traçar suas principais características e sua ainda grade utilidade prática no tráfego comercial.

Neste capítulo, propõe-se uma classificação dos *negócios fiduciários* balizada em quatro espécies distintas: (i) o negócio fiduciário tal como criado no Direito Romano Arcaico; (ii) o negócio fiduciário como modelo de criação germânico durante a Idade Média; (iii) o negócio fiduciário que com o tempo se tornou típico e (iii) os chamados negócios de fidúcia, que guardam estreito liame com as figuras romanas das quais descendem.

Após, e tal como proposto no capítulo anterior (destinado aos *negócios indiretos*), serão analisadas as principais figuras de *negócios fiduciários* praticadas no Brasil e no mundo, com especial foco na figura do *trust* e sua repercussão na América Espanhola através do *fideicomisso* e na figura tipificada pelo legislador brasileiro da *alienação fiduciária em garantia*. Por fim, são traçados os limites objetivos para a utilização dos *negócios fiduciários* e, principalmente, sua distinção com o instituto da *simulação*.

O tema é riquíssimo e vasto, como ficará claro ao longo desta dissertação. Ao mesmo tempo, é fascinante, na medida em que se estuda, ainda que indiretamente, como a evolução econômica influenciou e ainda influencia no mundo jurídico (pois os *negócios indiretos* e *fiduciários* nada mais são do que frutos da evolução econômica).

Apesar de sua origem longínqua, estas figuras negociais retornam com ainda mais força, frutos da nossa moderna necessidade econômica. Estudar o passado não é, portanto, um luxo, mas uma real necessidade. Como lembra Tullio Ascarelli, *o direito evolve, às vezes, lenta, mas continuamente; os novos institutos não surgem de improviso, mas se destacam, às vezes, aos poucos do tronco de velhos institutos que sem cessar se renovam, preenchendo novas funções. É através dessa contínua adaptação de velhos institutos a novas funções que o direito, às vezes, vai se desenvolvendo; não raro, ostentando, então, a história do seu passado, nas formas, que permanecem idênticas, a despeito da renovação das suas funções*³. Pois, como ainda lembra Ascarelli, *qualquer que seja a origem histórica de um determinado instituto e a sua justificativa originária, com frequência ele, no seu desenvolvimento, apresenta-se capaz de novas funções e aplicações, embora conservando elementos da sua estrutura originária*⁴.

Os negócios indiretos e fiduciários são exatamente isto: instrumentos do passado que ainda hoje servem para desempenhar funções semelhantes. Muito mais desenvolvido, após quase três mil anos de sua origem, eles se mostram prontos para serem um importante instrumento à disposição da autonomia privada.

³ ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 152/154.

⁴ ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 154/155.

1. O PROBLEMA DA CAUSA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Questão que aflige a doutrina civilista há séculos⁵, a *causa* nos negócios jurídicos é essencial para a compreensão do objeto deste estudo. Não é possível analisar as figuras do negócio indireto e do negócio fiduciário sem minimamente se trabalhar esta questão.

O vocábulo *causa* corresponde – seja como expressão da língua portuguesa ou seja como expressão jurídica – a mais de um significado. De Plácido e Silva pontua que ela pode ser compreendida como (i) *motivo*; (ii) *razão* e (iii) *princípio ou fundamento*⁶. Eis, portanto, o início (ou a *causa-princípio*) de todo o problema. A tão estudada *causa contratual* pode ser analisada sob 3 (três) prismas distintos: (i) como *causa-motivo*; (ii) como *causa-razão* (ou *causa-fim*) e (iii) como *causa-princípio*⁷. Para tentar responder melhor a questão sobre o que seria efetivamente a *causa*, os juristas buscaram o conceito de *causa* dentro de outra ciência: a filosofia, principalmente nas idéias de Aristóteles. Indagavam, desta forma, que se todas as coisas existentes no mundo tinham uma causa, o contrato igualmente deveria tê-la⁸. Filosoficamente, a *causa Aristotélica* é muito analisada, podendo ser dividida em 4 (quatro) acepções: (i) *causa impulsiva* (ou

⁵ “De fato, a noção de causa do contrato continua a ser tida como das mais difíceis e complexas em todo o direito civil.” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4.,/2013, pag. 02. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Data de acesso 01.04.2015).

⁶ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pag. 162.

⁷ “Idiomáticamente, causa es el fundamento u origen de algo; bien el motivo o la razón para obrar. Puede considerarse según su condición eficiente y filosófica, como el “primer principio productivo del efecto, o la que hace o por quien se hace alguna cosa. (...) En la órbita jurídica no hay mucha distancia para el estudio de la causa de dichas nociones generales. Puede hablarse de tres sentidos: uno como causa eficiente, productora o fuente de derechos; otro como causa final, fin determinante o aspecto teleológico del obra jurídico; en tercer lugar, según los móviles mediatos de ese obrar, como causa impulsiva, o motivo de los actos.” (CIFUENTES, Santos. *Negócio Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, pag. 181/182).

⁸ “Nel passato il termine causa è stato approfondito in una molteplicità di significati, che trascendevano anche l’universo strettamente giuridico, come dimostra tutta la tradizione scolastica, che attingendo alla filosofia greca há indagato il problema della causalità: se tutte le cose devono avere una causa, lo stesso deve valere per il contratto; ed è stato Baldo a trarre la relativa conseguenza giuridica, individuando nel requisito della causa, intesa qui come causa impulsiva, qualcosa che trascendeva la datio, il factum o un negotium anteriore.” (ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: CEDAM, 2008, pag. 06).

eficiente); (ii) *causa material*; (iii) *causa formal* e (iv) *causa final*⁹. Compartilhamos aqui a opinião de Federico de Castro y Bravo e José Luis de Loz Mozos¹⁰, para quem a *causa* jurídica não pode ser explicada apenas através da *causa* filosófica. São institutos diferentes, e existe a necessidade de *distinguir la figura jurídica que, eso sí, fuera desafortunadamente bautizada de causa*¹¹.

Santos Cifuentes traz em um único exemplo a atuação das espécies de causa no sentido jurídico: o matrimônio¹². A finalidade do casamento não é outra senão unir os nubentes através de um vínculo jurídico (ou sacro-jurídico) conjugal; esta é, portanto, a *causa-razão* (ou *causa-fim*) do matrimônio. Esta *causa-razão* independe dos motivos pessoais que levaram os nubentes a contraírem núpcias (amor, interesse patrimonial, evitar deportação, evitar a solidão, dentre outros); cada um terá seus motivos próprios, que nada – ou muito pouco – importam para o mundo jurídico. Estes motivos individuais correspondem a *causa-motivo*. Ademais, como sabido, o ato do matrimônio (celebração e formalização) acarreta em deveres e obrigações recíprocos entre os cônjuges (dever de assistência moral e material; dever de coabitação, etc.). Estes deveres e obrigações recíprocos tem como *causa-princípio* (igualmente conhecida como *causa-fundamento* ou *causa-fonte*) a própria celebração do ato. Desta forma, em um exemplo simples, percebe-se a atuação das 3 (três) espécies de causa, o que, *per si*,

⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 66.

¹⁰ “Lo importante es saber que los romanos utilizaron el término causa profusamente, y que esta utilización en el lenguaje jurídico confirió al término causa un significado técnico. Respecto de lo primero, ya hemos dado debida cuenta anteriormente. Lo segundo nos lo indica CALASSO aclarándonos que fuera del lenguaje jurídico donde el término adquiere una propia e inconfundible vida, se prestará a desconfianzas y a sarcasmos. En cambio, DUALDE entiende que el concepto de causa es un concepto filosófico, y que como los romanos no fueron filósofos, no supieron utilizarle debidamente; pero ésta es una cuestión al margen de la planteada, ya que si bien es verdad que en la formación y desarrollo posterior del concepto jurídico influyó el concepto escolástico de causa, aquí no tratamos de investigar el concepto filosófico de la causa, sino simplemente el jurídico, y es evidente que con vario sentido, como reconoce el autor citado, los romanos, tomándole de la vida vulgar, se utilizaron profusamente, y esto es lo que sí nos interessa: cómo se utilizaron jurídicamente.” (LOS MOZOS, José Luis de. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, pag. 215).

¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 178.

¹² “Un ejemplo que ilustra los tres sentidos de la causa, es el de lacto matrimonial: la celebración de las nupcias engendra un conjunto de derechos y obligaciones (causa fuente; acontecimiento que las produce), y se llega a dicha celebración con el fin determinante de unirse en matrimonio y realizar el vínculo conyugal (causa fin determinante; proposito jurídico del acto), para un cónyuge o para el otro o los dos, por amor, o para obtener beneficios económicos, o bien a fin de tener compañero en la soledad (causa móvil, o motivo; ocasional impulso oculto del acto).” (CIFUENTES, Santos. *Negócio Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, pag. 183/184).

ajuda a compreender a complexidade do tema que ora se propõe a debater em poucas linhas¹³. Como bem assinala Judith Martins-Costa, *a divergência terminológica, conceitual mesmo, é, talvez, a única unanimidade doutrinária*¹⁴ a respeito de tão complexo tema¹⁵.

Sem prejuízo dos conceitos de *causa* acima delineados, na tentativa de se estudar e delimitar a *causa* dos contratos ao longo da história, muito se falou em *causa da obrigação* e *causa da prestação*. Por *causa da obrigação* deve-se entender o *título* ou a *fonte* de onde nasce a obrigação (*causa-fonte*). Por *causa da prestação*, quer-se dizer a justificção de ordem econômica-material que justifiquem os movimentos de bens ou de serviços entre os sujeitos¹⁶; aqui se diz que a *causa* pode ser qualificada como *justa* ou *injusta*.

A jurisprudência medieval é a responsável pelo surgimento de um *sistema geral da causa*¹⁷, embora, ao que parece, a *doutrina* escolástica foi a responsável pela sua sistematização como *teoria geral da causa*, depois da queda do Império Romano do

¹³ Outro exemplo trazido pelo mesmo autor: “En la compraventa, la causa fuente es el contrato; la causa fin para el vendedor es obtener el precio y para el comprador la cosa; los móviles son variables y concretos: revender la cosa con ganancia, utilizarla, lucrar con el dinero, comprar otra o satisfacer un anhelo determinado, etcétera.” (CIFUENTES, Santos. *Negócio Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, pag. 183/184).

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro*. Revista da AJURIS, nº 45, março/1989, pag. 2/19.

¹⁵ No mesmo sentido é o ensinamento de Rosa Nery e Nelson Nery: “Para o vocabulário técnico ser compreendido pela ciência é necessário que ele seja claro, demonstre autoridade para a transmissão da ideia que se quer revelar e que tenha a consistência necessária para aceitação geral. *Causa* é expressão que não atende a nenhuma dessas exigências e é utilizada em direito em sentidos equívocos. Os legisladores colaboram com essa dificuldade, na medida em que, fazendo alusão à *causa lícita* e *verdadeira* e “*sendo tantas as causas, não hajam indicado qual delas se trata; e assim também que grande parte das teorias sobre a causa não cuide de determinar a sua matéria, dissipando os conceitos em cima d euma verdade casuística inconcludente*”. A palavra *causa* tem espectros tão amplos que pode aludir à estrutura dos atos (e se usa a expressão *causa existente* e *falta de causa*), à licitude dos atos (e se usa a expressão *causa lícita* ou *causa ilícita*), à validade do ato (e se usa a expressão *defeito da causa* ou *falsa causa*). (...) Em muitos sentidos, entretanto, o termo aparece, de forma muito confusa. Por tudo isso, a doutrina tem grande dificuldade para precisar em que sentido jurídico se usa o termo *causa*.” (ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Volume I, Tomo II, Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 169/171.)

¹⁶ “I movimenti dei beni contribuiscono a realizzare la distribuzione della ricchezza in un qualsiasi assetto sociale. Questi movimenti, se non vogliono rispondere a criteri arbitrari o essere il frutto del caso, debbono trovare giustificazione in specifiche <<cause>> o ragioni economico-materiali.” (DI MAJO, Adolfo. *Enciclopedia Giuridica – verbete “causa”*. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988, pag. 01.)

¹⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 63.

Ocidente¹⁸. Diz-se retomada porque em Roma já se conhecia e já se falava em *causa* das obrigações e dos contratos, mas inexistia uma construção dogmática para o instituto¹⁹. A *causa*, em Roma, foi uma criação pretoriana que permitia dar validade a alguns negócios jurídicos celebrados sem o cumprimento de todos aqueles rituais exigidos pela lei²⁰ (foi muito útil quando houve a flexibilização destes rituais e até mesmo dos tipos contratuais²¹). A doutrina escolástica deu seguimento às ideias romanas e aprofundou-as. Para a filosofia escolástica, a *causa é aquilo sem o que algo não pode ser; pois todo efeito depende de uma causa que lhe corresponde*; é esta a noção de *causa* para Santo Tomás de Aquino²².

O conceito de causa pós Santo Tomás de Aquino foi revisado pelos glosadores, pós-glosadores e canonistas. Foi nesta época que surge a *regra dos correlativos* no estudo da *causa* dos contratos sinalmáticos, que mais tarde influenciará a doutrina da *causa* idealizada por Domat, na França. Também parece ter sido aqui que se iniciou o *subjetivismo* da *teoria da causa*²³. Outro ponto relevante desta escola foi a escolha de Baldo e Bártolo pela *causa final*, pois, como lembra Luciano de Carmargo Penteadado,

¹⁸ “Os juristas medievais continuaram a elaboração romanística, e a eles se deve, em muito, o conceito atual de causa. Sob a influência de método e conceitos escolásticos, e convictos de que o *Digesto* era algo completo e perfeitamente concordante, começaram a elaborar um sistema, do qual emergiu a moderna ciência do direito.” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, pag. 47).

¹⁹ “On trouve dans le droit romain un assez grand nombre de textes où il est question d’une *causa*. Mais ce mot revêt des significations très diverse et jamais les jurists romains n’ont songé à élaborer une théorie générale de la cause, au sens où nous l’entendons.” (PLANIOL, Marcelo. *Traité Élémentaire de Droit Civil – Vol. 2*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, pags. 103).

²⁰ “A teoria da causa será, ao longo da história de Roma, como também de outros sistemas de direito, um *temperamento* a uma teoria de direito excessivamente rigorosa quanto ao cumprimento de declarações, apesar de mudanças nas circunstâncias e de qualidades especiais do contrato ou da prestação. Ela permite, contudo, evitar um excesso de formalismo à hora de qualificar as espécies concretas ou os efeitos dela decorrentes. Exerce, de modo semelhante ao que já se tem observado com relação à boa-fé, uma função pretoriana e por vezes “dulcificadora”, ao mesmo tempo em que propicia uma tutela mais efetiva da parte que realizou a sua prestação, com certa abstração da vontade individual da outra parte ou da alegação de um vício de forma.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 50).

²¹ “Los pactos innominados requieren una causa que los vista; así la cosa ya dada o lo ya hecho será causa eficiente para lo que se de o para lo que se haga.” (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 164/165)

²² PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 66.

²³ “O subjetivismo, que se reclama haver na teoriad da causa, começa a surgir aqui. Bártolo, comentando um texto de Gaio, acaba por definir a causa como *animis impulsio a nobis expressa* (um impulso da alma expresso por nós), justamente na tentativa de não permitir que se contamine – o tema de que trata é o legado – a causa com a vontade individual.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 73)

*toda promessa tem causa, e a pesquisa se centrará com mais rigor na ideia de causa final, entendida como o intento prático visado pelos contratantes*²⁴. Os estudos da *causa* foram retomados pela doutrina francesa, principalmente Domat e Pothier, nos idos do século XVIII. Para estes autores, não bastava a simples vontade de se auto-regulamentar; deveria existir junto com a vontade um *fundamento*²⁵. A *causa*, portanto, era o *elemento* que conferia *fundamento* à relação jurídica contratual, como ensina Marcelo Planiol ao dizer que, *le fait qui explique et justifie la création d'une obligation par la volonté des parties*²⁶

Mas, afinal, o que se deve entender juridicamente (e para fins deste trabalho) por causa contratual? Como já explicado, o conceito de causa *na modernidade* foi formulada pela doutrina francesa, principalmente Domat e Pothier, nos idos do século XVIII²⁷. A *causa francesa* rompeu com a *causa romana e escolástica*, principalmente por terem observado que aquela não poderia ser transportada para o direito moderno, como lembra Rita Rolli²⁸.

Naquela época, a justificativa da causa contratual encontrava guarida na causa das obrigações que originavam dos contratos, uma vez que o contrato não era visto como uma unidade, mas sim como a somatória de consensos que geravam obrigações²⁹.

²⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 74.

²⁵ “Si afferma così il principio causalista: quello per cui *l’attribuzione di un diritto e l’assunzione di un obbligo non sono ammissibili se non risultano giustificati da una causa*; ovvero, sinteticamente, se non ha una causa il contratto che li produce.” (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 342).

²⁶ PLANIOL, Marcelo. *Traité Élémentaire de Droit Civil – Vol. 2*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, pags. 101/102.

²⁷ “Depuis Domat, la théorie de la cause n’a pas changé. Pothier, notamment, n’a fait que reproduire les idées de son devancier.” (PLANIOL, Marcelo. *Traité Élémentaire de Droit Civil – Vol. 2*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, pags. 105).

²⁸ “Per lungo tempo non si è giunti ad un’elaborazione della nozione di contratto in generale, ciò che rende subito evidente come sia erroneo trasferire la nostra causa, element del contratto, ad un’esperienza giuridica, che fino a tempi più recenti non ha conosciuto alcuna teorizzazione di tale figura né concetto unitario di causa.” (ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: CEDAM, 2008, pag. 06).

²⁹ “Ocorre osservare che, nel codice del 1865, sulle orme di quello francese, la causa era riferita all’obbligazione e non al contratto (art. 1104 c.c. 1865). La giustificazione era da vedere nel fatto che, prevalendo in quel codice il modello del *contratto obbligatorio* o meglio il modello di un contratto ancora concepito come la risultante delle singole <<promesse>> dei contraenti, il punto di riferimento della causa era la singola <<promessa>> e non il contratto unitariamente considerato, come nel codice

Assim, para justificar que as partes estivessem vinculadas a um contrato sinalagmático, dizia-se que a causa do adimplemento obrigacional de um era o adimplemento obrigacional do outro³⁰. O que vinculava as partes, portanto, não era a manifestação de vontade, mas sim a reciprocidade das obrigações (nos contratos sinalagmáticos), a ponto de se dizer que se uma parte não arcasse com sua obrigação, a outra também não precisaria fazê-lo, pois a *causa* deixaria de estar presente.

Por meio deste entendimento, era possível defender que um contrato tinha tantas *causas* quanto as *obrigações recíprocas existentes*; como ensina Torquato Castro, “a causa é procurada na *obrigação* de cada parte, donde decorre que o contrato poderá comportar tantas causas, quantas as obrigações que dele se originem”³¹, fazendo com que a consequência deste entendimento acarretasse na “*pluralidade de causas* para um só ato”³².

Nos contratos reais, por seu turno, a *causa* da obrigação de restituir residia na obrigação originária de entregar. Desta forma, se o depositante deixa a coisa em depósito, o depositário terá o dever de restituir; e o que justificaria a restituição seria exatamente a *causa*. Tanto nos contratos sinalagmáticos quanto nos contratos reais, o descumprimento da obrigação correlata acarretava no *enriquecimento sine causa* (se o depositário não devolvesse a coisa depositada, ele estaria se enriquecendo sem justificativa e, portanto, *sem causa*)³³.

Essa tese poderia sofrer abalos quando se estivesse diante da *causa* nos contratos gratuitos, uma vez que nestas figuras contratuais inexistente contraprestação (ou obrigação da parte agraciada). Sabedores desta delicada questão, os franceses diziam que a *causa*

attuale.” (DI MAJO, Adolfo. *Enciclopedia Giuridica – verbete “causa”*. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988, pag. 02/03).

³⁰ “Todo compromisso deve ter uma causa honesta. Nos contratos *interessados*, a causa do compromisso que contrata uma das partes está naquilo que a outra parte lhe dê, se comprometa a dar ou no risco pelo qual se responsabilize.” (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2002, pag. 59).

³¹ CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 16.

³² CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 16.

³³ PLANIOL, Marcelo. *Traité Élémentaire de Droit Civil – Vol. 2*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, pags. 105.

nos contratos gratuitos residia na própria intenção de agraciar (intenção liberal ou *animus donandi*)³⁴⁻³⁵.

Fica fácil perceber, desta forma, que a *causa* da doutrina francesa clássica era a *causa-fim*³⁶ que visava justificar uma obrigação através de outra obrigação, e que, diante de contratos gratuitos, se justificava diante do *fim* “faço porque quero/tenho vontade de”. Era, também, uma *causa* identificada objetivamente, através da correspondência recíproca da *causa das obrigações*³⁷.

Possivelmente esta causa-fim dos negócios gratuitos ajudou a confundir *causa* e *motivo*, e fadou a teoria da causa, naquele momento, ao insucesso prático e teórico. Se a *causa* dos negócios gratuitos residia, de certa forma, na justificativa da *vontade do agraciando*, a *causa* tomou o espaço do *motivo*³⁸, só podendo ser auferida por

³⁴ “Nos contratos de *beneficência*, a generosidade que uma das partes quer exercer para com a outra é uma causa suficiente do compromisso a que se compromete para com ela.” (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2002, pag. 59).

³⁵ “A *causa* na doutrina francesa é sinteticamente explicada pela doutrina da seguinte forma: “A doutrina tradicional francesa limitou a sua investigação às obrigações derivadas dos contratos. A causa era analisada nas convenções em geral, e, por extensão, nas liberalidades testamentárias. Característico, porém, nessa doutrina, é que ela investiga a causa final na atividade de cada contratante, isoladamente considerado, e não a causa do contrato, como ato jurídico que se forma pelo encontro dessas vontades isoladas. Desde DOMAT e POTHIER, a causa nas convenções apresentava os seguintes aspectos fundamentais, vistos pela doutrina clássica: a) nos contratos sinalagmáticos, a obrigação assumida por uma das partes, tem por causa a obrigação assumida pela outra, de modo que a correspectividade de fundamentos (dupla causa) garante em plano comutativo, a interdependência das obrigações originadas do contrato; b) nos contratos *reais*, como o empréstimo, o depósito ou o penhor, em que há apenas uma obrigação, a entrega anterior da coisa pelo credor é a *causa* da obrigação do devedor, de restituí-la; c) nos contratos gratuitos, ou nas *liberalidades* à falta de reciprocidade de obrigações, a causa é vista na própria intenção liberal (*animus donandi*).” (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 15).

³⁶ “A causa é, portanto, *finalidade que integra a manifestação de vontade da obrigação como seu elemento essencial*, eis que l’obligation n’est-ce qu’un moyen pur arriver à un but.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro*. Revista da AJURIS, nº 45, março/1989, pag. 7/19).

³⁷ PLANIOL, Marcelo. *Traité Élémentaire de Droit Civil – Vol. 2*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, pags. 106.

³⁸ “La cause est la justification que l’économie du contrat donne de la création d’une obligation; ele est toujours la même pour un même type de contrat. (...) Le motif au contraire est la raison purement individuelle et contingente pour laquelle une personne a contracté.” (PLANIOL, Marcelo. *Traité Élémentaire de Droit Civil – Vol. 2*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, pags. 106).

abstração, confundindo doutrinadores e magistrados que operavam o Código Napoleônico³⁹.

Mas não é só: a análise fria desta proposta demonstra grandes falhas teóricas, como elucida Paulo Barbosa de Campos Filho⁴⁰: (i) se nos *contratos sinalagmáticos* as obrigações derivassem “de um só e mesmo efeito, ter-se-ia –objeta Planiol⁴¹ – o que em geral se qualifica de “círculo vicioso, pois elas seriam, a um só tempo, causa e efeito uma da outra, num incompreensível fenômeno de produção recíproca”⁴²; (ii) nos *contratos reais*, se a obrigação de restituir resultasse da obrigação de entrega da coisa, a *causa* seria ao mesmo tempo *fato gerador* (fonte) e *finalidade*; (iii) por fim, nos *contratos gratuitos*, mais do que a concreta confusão entre *causa* e *motivo*, ao se admitir que a *causa* encontra-se na *vontade (animus donandi)*, admitir-se-á, portanto, que ela se confunde com o próprio *consentimento*, o que é inadmissível do ponto de vista lógico-estrutural dos negócios jurídicos (o elemento que forma e aperfeiçoa o contrato seria também a sua própria *causa*).

A chamada *doutrina anticausalista*⁴³⁻⁴⁴, ao que parece teve como precursor Ernst, professor da Universidade de Liège⁴⁵, não deixou passar em branco o que eles sustentavam como falha teórica idealizada no Código Napoleônico (principalmente o

³⁹ “A dificuldade na pronta apreensão do seu conceito técnico, levou muitas vezes os juízes franceses a confundirem causa e motivo; e os anti-causalistas taxaram-na de instrumento *perigoso*, na mão dos juristas práticos, assim como, sobretudo, inútil.” (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 18).

⁴⁰ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O Problema da Causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, s.d., pag. 14.

⁴¹ A crítica do autor francês recai sobre a tentativa de justificação da causa contratual através da ideia da causa da obrigação. Todavia, para ele, o Código Civil Francês está certo em positivar a ideia de *causa da obrigação*, na medida em que o elemento causal pode ser encontrado fora dos contratos. Aqui reflete, uma vez mais, sua preocupação com o termo *causa*, que possui uma conceituação plúrima e, por essa razão, de difícil estudo. (PLANIOL, Marcelo. *Traité Élémentaire de Droit Civil – Vol. 2*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, pags. 102).

⁴² CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O Problema da Causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, s.d., pag. 14.

⁴³ “Os anticausalistas não desconhecem a causa, na realidade do seu conceito. Recusam-lhe, sim, qualquer valor para a construção científica ou técnica, na análise dos elementos essenciais do ato jurídico.” (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 10).

⁴⁴ “A propos de la revision du Code Civil, qu’on projetait alors dans son pays, Ernst demandait qu’on supprimât la théorie de la cause, comme entièrement inutile e come étant un source d’erreurs et de confusions.” (PLANIOL, Marcelo. *Traité Élémentaire de Droit Civil – Vol. 2*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, pags. 106/107, nota 2).

⁴⁵ PLANIOL, Marcelo. *Traité Élémentaire de Droit Civil – Vol. 2*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, pag. 106, nota (2).

artigo 1.108 que positivou o conceito de *causa das obrigações*). A interdependência das prestações contratuais não se justifica através da *causa*; não é ela que obriga que as partes arquem com suas obrigações. A vinculação dos direitos e obrigações assumidos pelos contratantes se dá pela *vontade consentida manifestada por ambas as partes* (acordo de vontades). É o consenso das partes que faz nascer as obrigações recíprocas ou dependentes e é este próprio consenso que justifica e legitima o adimplemento das obrigações.

Torquato Castro lembra, ademais, que a crítica se dirigiu também àquilo que deveria ser o ponto forte da teoria: a construção lógica. Relembrando Planiol⁴⁶, sustenta o autor recifense que a causa deve sempre preceder ao efeito. Assim sendo, se o efeito do contrato é gerar direitos e obrigações (recíprocos ou não, dependendo do tipo contratual), não pode ser ele, ao mesmo tempo, a causa das obrigações que dele mesmo resulte⁴⁷.

Marcel Planiol ainda sustenta que a grande divergência entre a escola causalista e a anticausalista, neste momento, reside no fato de que Domat pregava a concepção canônica da causa, ao passo que os anticausalistas eram fiéis às ideias romanas. Não era, portanto, apenas uma discussão sobre a *causa*, mas uma discussão em torno de qual escola deveria prevalecer (a canônica ou a romana)⁴⁸.

A crítica dos *anticausalistas* fez surgir uma nova doutrina *causalista*⁴⁹, que mantinha, contudo, sua base na *causa da obrigação*, e não na *causa do contrato*. Esta

⁴⁶ “a) Para o primeiro [Planiol], a teoria que vê na causa requisito de validade das condições, teria sido, em fins do século XVII, tãda ela arquitetada por Domat, partindo de falsa interpretação dos princípios do Direito Romano. *Causa*, em Roma, seria apenas o que hoje se denomina *fonte*, ou *fato gerador* da obrigação, sentido em que o tãrmo vem empregado em conhecido texto de Gaio; ou seria, numa acepção possivelmente mais prãxima, o ato ou o fato capaz de justificar um enriquecimento, impedindo o exercãcio de uma das *condictiones*. Desconhecedor dos segredos do Direito Romano o autor das *Leis Civis* teria desentendido a *causa* romana, transformando-a na que depois se incorporou ao Cãdigo Napolão, que afinal lhe adotara as idãias, que Pothier se limitara a reproduzir.” CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O Problema da Causa no Cãdigo Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, s.d., pag. 13).

⁴⁷ “PLANIOL atacou a teoria tãbãem sob o aspecto lãgico – precisamente aquãle que deveria residir a sua principal virtude. Devendo a causa preceder ao efeito – dizia ãle – é inconcebãvel que, nos contratos sinalagmãticos, duas obrigações nascidas simultãneamente possam constituir *causa*, ou *razã* de ser, uma da outra.” (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitãria, 1966, pag. 21/22).

⁴⁸ PLANIOL, Marcelo. *Traitã Élémentaire de Droit Civil – Vol. 2*. Paris: Librairie Gãnãrale de Droit et de Jurisprudence, 1947, pag. 108..

⁴⁹ Os expoentes desta teoria são Capitant e Josserand.

doutrina pugnava pela aplicação da *causa-fim* e ganhou importância por conta da confusão operada pelos Tribunais, que ainda confundiam *causa* e *motivo*. Os autores desta doutrina ampliaram o conceito de *causa* para abarcar também, em algumas hipóteses, *certos fins, visados pelo agente que se teriam de verificar, ou ser obtidos, no futuro, como resultado do ato*⁵⁰; trata-se na verdade de se buscar analisar se o resultado se adequou aos *motivos* declinados ou não declinados pelo agente. Era uma escola que pregava a identificação da causa através de um elemento subjetivo.

A crítica de Ripert reside exatamente na confusão estabelecida entre *causa* e *motivo*⁵¹. *Motivo* é elemento externo ao ato contratual, sem qualquer importância jurídica⁵² (exceto quando arguido como motivo essencial ou sob a forma de condição⁵³ – o que ainda não era debatido naquela época), razão pela qual não poderia ser utilizado para fins de conceituação de causa.

Essas doutrinas francesas, que não conseguiram distinguir satisfatoriamente a *causa* do *motivo* e que, ademais, inseriam a *causa* dentro da esfera da obrigação (e não do contrato) receberam o nome de *escola subjetiva*⁵⁴, exatamente pela necessidade de se recorrer constantemente aos *elementos psicológicos* do agente (descobrir a finalidade que as partes visavam)

⁵⁰ CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 30.

⁵¹ “Primeiramente, confundiu-se a *causa* com o *motivo*, que impele a contratar, ou a *finalidade* perseguida por quem se obriga, como razão de ser da obrigação. A amplitude da noção, notam Planiol et Ripert, pôs em risco a própria segurança do comércio jurídico, porque os *motivos* provocadores do contrato, além de variáveis, podem ser ignorados do outro contratante.” (BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pag. 136).

⁵² “Afirma-se que os motivos individuais, extrínsecos ao ato, embora constituam uma realidade relevante, não interessam ao Direito, porque, desenvolvendo-se nas profundidades do ser pensante, apresentam valor simplesmente psicológico.” (BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pag. 140/141).

⁵³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, pag. 40.

⁵⁴ “La teoría *subjetiva*, en cambio, asume el elemento o momento psicológico que determina a la voluntad; la razón decisiva que la induce a negociar, el fin particular, variable, concreto que persiguió cada uno en el negocio. En general, no desecha ya la incorporación del motivo o móvil que impulsó a las partes. En el ámbito de la doctrina alemana habla de la representación mental de las circunstancias, que pueden reputarse la base de la voluntad negocial.” (CIFUENTES, Santos. *Negócio Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, pag. 188).

O contraponto da *escola subjetiva* é a *escola objetiva*, formulada por Liebe, e que finalmente conseguiu romper a *causa* dos *motivos* psicológicos do agente⁵⁵. Esta escola se caracteriza pela conceituação da *causa* como *finalidade do ato praticado* (também *causa-fim* ou *causa-razão*, tal como a *escola subjetiva*, mas com um viés diferente: a *escola subjetiva* visava identificar a finalidade buscada pelas partes – e daí se dizer *subjetiva*); ou seja, buscava-se um elemento externo ao negócio jurídico (externo ao processo volitivo), como a finalidade daquele negócio no mundo jurídico. Como ensina Torquato Castro, *o fim é causa porque atrai o agente; é o estímulo da sua vontade, a idéia que conduz e subordina a sua vontade, no sentido de sua própria realização*⁵⁶.

Vale ressaltar que a escola objetiva não é uniforme, possuindo diversas ramificações sem que, contudo, perca sua essência na comparação com a escola subjetiva. Uma destas ramificações mais estudadas e de maior sucesso teórico e prático é a teoria de Emilio Betti⁵⁷, que definia a causa como *função econômico-social* (causa função) do contrato e, de forma mais precisa, como *função econômico-social típica*. Também é conhecida como *teoria abstrata da causa*⁵⁸, uma vez que se preocupa em identificar a causa comum do *tipo contratual abstratamente considerado*⁵⁹ e não a *causa*

⁵⁵ “Dizia-se, também, que a “causa”, concebida subjetivamente, mal podia distinguir-se dos motivos, por serem todos – causa e motivos – representação mentais capazes de induzir à ação, nada havendo, porém, que em particular credenciasse qualquer delas a uma função distinta, específica. Fôra sempre êsse, aliás, no dizer de Brugi, “um dos pontos débeis da doutrina da causa, mesmo na jurisprudência”, pois na sua aplicação, “passava-se insensivelmente do exame da causa para o do motivo psicológico”. E a escola objetiva, retirando a “causa” dêsse terreno comum, também impossibilitou tal confusão.” (CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O Problema da Causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, s.d., pag. 128).

⁵⁶ CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 36. E continua o autor: “O fim, portanto, se revela, por último, no próprio ato. No ato êle se integra e o ato, por sua vez, o objetiva, como o elemento que deu causa ao seu aparecimento. Nesse sentido, é certo dizer que a *causa* do ato é o escopo fundamental, a função específica que êle realiza.”

⁵⁷ “A possível confusão entre causa e motivo que houve na história do direito francês está definitivamente afastada, porque aquela é o endereçamento dado pela lei à vontade individual através da *fattispecie*. Ao se falar de doutrina da causa em sentido objetivo, normalmente é essa a doutrina que se quer reportar. A causa não se refere ao efeito jurídico, mas ao *pôr no ser do preceito do negócio*. A perspectiva bettiana torna-se interessante porque vincula a causa ao tipo e à qualificação,” (PENTEADO, Luciano de Camargo, *Doação com encargo e causa contratual*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo (USP) para a obtenção do título de mestre. São Paulo, 2002, pag. 66).

⁵⁸ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 343.

⁵⁹ “La causa astratta è la funzione economico-sociale che tipicamente il contratto realizza, esempio paradigmatico nella vendita è lo scambio di cosa con prezzo. Astratta in quanto fotografa la funzione astrattamente considerata, come schema asettico e costante di regolamentazione di interessi, che prescinde dal contesto concreto, dalle finalità pratiche perseguite dai contraenti. La causa così intesa

concreta dos negócios jurídicos analisados individualmente. Para Betti, a causa negocial é a própria função econômico-social que caracteriza o tipo contratual e determina o seu conteúdo mínimo⁶⁰. Sustentava, ainda, que a *funzione caratteristica del tipo che si considera, e che il diritto protegge, non è altro che la sua causa*⁶¹.

A noção de *causa* como *função econômica-social* engloba a de *causa fim* (entendida como finalidade abstrata do negócio jurídico), na medida em que a *causa-função* apenas pode ser auferida através da busca e compreensão da *finalidade abstrata* do tipo negocial.

Nesta seara, ensina Betti, que a finalidade (*causa-fim*) que move o indivíduo a celebrar determinado ato, acaba por integrá-lo; e, ao integrá-lo, se torna a *causa-fim* do próprio ato. Analisemos o seguinte exemplo: determinada pessoa A é movida a celebrar um contrato porque quer adquirir o imóvel que pertence a B, que, por sua vez, quer vendê-lo – a *causa-fim* de A é adquirir o imóvel e a *causa-fim* de B é vender o imóvel –; ao celebrarem o instrumento adequado – contrato de compra e venda –, a *causa-fim* de ambos os contratantes se integram ao mencionado instrumento, que por sua vez o objetiva no mundo jurídico e faz surgir a *causa-fim* do contrato, que nada mais é do que a soma das *causas-fim* individuais dos dois contratantes: adquirir um imóvel mediante uma contraprestação equivalente (sinalagmática).

A reiteração desta soma de *causas-fim* individuais propicia a identificação, por parte do legislador, das finalidades precípua que movem os indivíduos. A consequência é a tipificação da função do modelo contratual⁶²⁻⁶³ adotado pelas partes, cuja *causa*, não

realizza la funzione típica e costantemente ripetuta del tipo perseguita dai contraenti.” (ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: CEDAM, 2008, pag. 67).

⁶⁰ BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 181.

⁶¹ BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 183.

⁶² “É pelo fim que a nossa lei define o próprio ato jurídico, assim como é pelo aspecto causal que o legislador procede à nominação dos contratos. A base de uma tipicidade eminentemente finalística distingue a lei, entre si, os contratos nominados: compra e venda, doação, locação, mútuo, etc.” (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 9).

⁶³ “Os catálogos de modelos de contratos que o direito privado coloca à disposição das pessoas para que os utilizem nas suas relações recíprocas não são, as mais das vezes, inventados pelo legislador “ex novo” e correspondem à recolha que é feita na lei daquilo que é característico dos contratos que com maior

pode ser outra senão a soma das *causas-fim* individuais consideradas abstratamente, explicitada e exteriorizada como *função econômica-social*. Se em uma determinada sociedade, a reiteração da soma das *causas-fim* individuais permitir identificar que um dos fatores que movem seus indivíduos é a celebração de um instrumento jurídico que propicie a troca de um bem por outro de valor equivalente⁶⁴, será possível ao legislador abstrair aquilo que tem de comum em todos eles (ou na maioria substancial deles) e tipificar a função abstrata do contrato de permuta. A *causa* é, portanto, aquele *quid* imutável e presente em todas as operações jurídicas formuladas através da mesma pretensão (também identificada como função econômica-social útil).

Desta forma, ainda na visão de Emilio Betti, o contrato tem uma, e somente uma, *causa* (ao contrário daqueles que pregavam a possibilidade de *pluralidade de causas* com base na *pluralidade de obrigações*). E mais do que isso: os atos que pertencem ao mesmo tipo contratual possuem também uma única *causa* (*causa-função*), que não guarda relação nenhuma com os *motivos individuais* (*causa-motivo*). Todo contrato de comodato tem como *causa* o uso de um bem infungível pela parte que o recebe, sem a necessidade de contraprestação pelo uso (exceto as obrigações *propter rem*). É a *causa* que individualiza e identifica a função do tipo contratual⁶⁵. Juridicamente é irrelevante se o comodato ocorreu por razões filantrópicas, humanitárias ou simplesmente para evitar eventual desapropriação para fins de reforma agrária por não utilização do bem de forma adequada.

Esta modelo de teorizar a *causa* ganha importância, na visão de Betti, na medida em que o legislador, ao tipificar o modelo negocial, elimina dos contratantes a delimitação do conteúdo mínimo do contrato. Assim, a relevância jurídica da *causa*, na

frequência se celebram na prática. A maior parte, senão a quase totalidade, dos tipos contratuais legais nasceram da prática na contratação. Alguns deles têm uma origem imemorial, como é o caso da compra e venda, cuja gênese se perde na história, e outros são milenares, como a locação ou a sociedade. Raros são seguramente os tipos contratuais legais com origem totalmente legal, como é o caso da sociedade por quotas. A generalidade dos tipos contratuais legais tem origem extralegal, em práticas contratuais típicas, socialmente típicas, que o legislador recolheu e modelou na lei." (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 22).

⁶⁴ Betti denomina esse fenômeno de *tipificação social*. O tipo não é dado pela lei, mas "è impiegato e di fatto codificato nella prassi dei traffici". (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 343).

⁶⁵ "Mentre poi è uniforme e costante in tutti i concreti negozi che appartengono al medesimo tipo." (BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 183).

forma como proposta pelo mestre italiano, reside na exigência de subtrair da autonomia privada a delimitação do conteúdo mínimo indispensável do negócio jurídico em questão⁶⁶; em outras palavras, a *causa* é auferida através da *síntese dos efeitos essenciais* do negócio jurídico. Abstratamente, todos os negócios jurídicos produzem efeitos, de sorte que o conteúdo mínimo de um determinado tipo negocial é aquele *quid* imutável sem o qual o negócio não existe como aquele tipo negocial.

A crítica hoje dirigida à teoria de Betti recai também sobre o aspecto lógico: se a causa é a função típica do negócio, não seria possível se falar em *causa ilícita* nos contratos tipificados (não se pode admitir que o legislador crie um tipo contratual ilícito), como pontuam Vincenzo Roppo⁶⁷ e Santos Cifuentes⁶⁸, salientando, ademais, que a discussão sobre eventual *causa ilícita* se restringiria apenas aos contratos atípicos. Frise-se, contudo, que o ordenamento jurídico italiano (que adotou a teoria da causa objetiva) resolveu esta questão através do entendimento de que o tipo não se atrela necessariamente aos tipos negociais permitidos pela lei, mas sim à *admissão pela consciência social como referentes a um interesse social durável e recorrente*⁶⁹. Ademais, restringir a *causa* ao tipo contratual apenas teria o condão de empobrecer a importância jurídica dos elementos que excedem o *núcleo* dos tipos contratuais. Por essas razões, a *causa Bettiana* figura como importante mecanismo na proteção legal dos contratos atípicos⁷⁰.

Da evolução da teoria de Betti, surge a teoria da *causa concreta*, que se preocupa não com a análise da *causa* nos negócios tipificados (legal ou socialmente) *abstratamente*, mas sim com a análise da causa *come ragione que concretamente giustifica il particolare contratto in esame*⁷¹, ou seja, o tipo tem sim importância para a

⁶⁶ BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 182.

⁶⁷ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 343.

⁶⁸ “Esta razón típica y constante de los autores objetivistas dentro del esquema negocial, tropieza con un serio contrasentido. En los negocios típicos no podría haber causa ilícita pues el esquema esta presupuesto en la ley, de la cual no podría proceder un hecho ilícito.” (CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, pag. 187).

⁶⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4,./2013, pag. 11. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica-com-a.2.n.1.2013.pdf>. Data de acesso 01.04.2015.

⁷⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 64.

⁷¹ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 344.

definição da causa, mas ela também deve ser analisada sob a luz do negócio concretamente celebrado. A bem da verdade, não é que exista uma *causa abstracta* e uma *causa concreta*, mas sim que a *causa* (única) pode ser analisada sob dois aspectos distintos: o aspecto abstrato, tal qual idealizado por Emilio Betti, e o aspecto concreto, que ora se analisa⁷². Com efeito, a causa do negócio jurídico não se esgota no tipo contratual ao qual pertence, como delimita o aspecto abstrato; ela também abarca os elementos específicos que concorrem para formar a justificativa concreta de um negócio jurídico particular e que podem ou não estar presentes (ou ainda se apresentarem de forma diversa) em diversos negócios jurídicos pertencentes ao mesmo tipo negocial⁷³.

Se a *causa abstracta* de Betti é auferível pela síntese dos efeitos essenciais abstratamente produzidos pelo tipo negocial, não se pode ignorar que *concretamente* estes efeitos podem não coincidir exatamente com os *efeitos abstratos*, daí a razão de ser do estudo da causa concreta.

Assim, a teoria da *causa concreta* engloba a *causa típica do contrato* (Betti) mais os *motivos típicos do contrato*, estes últimos não se confundindo com os motivos pessoais de cada contratante⁷⁴, mas sim o *fim imediato (causa final*⁷⁵). É a busca da causa como *núcleo essencial do negócio jurídico concretamente analisado*.

⁷² “Causa in astratto e causa in concreto non sono altro che espressioni che trovano la loro sintesi nell’unitario concetto di causa del contratto che dà luogo ad un controllo concreto ed effettivo sul profilo oggettivo del contratto. La causa concreta altro non è, dunque, se non l’attuazione della causa astratta nella singola operazione contrattuale.” (ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: CEDAM, 2008, pag. 85).

⁷³ “Seguendo questa linea è stato, infatti, osservato che <<la causa non s’identifica (meglio: non si esaurisce) nel tipo cui il contratto appartiene, come vorrebbe la teoria della causa in astratto, ossia della <<causa quale funzione encomico-sociale típica. Questa teoria impedisce di cogliere la causa nella sua dimensione concreta: impedisce di dare rilevanza agli specifici elementi che concorrono a formar la ragione giustificativa di ciascun particolare contratto e che possono non essere presenti – o presentarsi diversamente – in ciascun altro contratto, anche se appartenente al medesimo tipo>>.” (ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: CEDAM, 2008, pag. 67)

⁷⁴ “Causa não é qualquer propósito psicológico do agente, mas aquêle propósito ou escopo-imediato que tem a virtude de informar o ato, garantindo-lhe a individualidade conceitual, entre outros atos (*finis operis*). *Motivo (finis operantis)* é, por contraste, definido como o móvel psicológico *externo ao ato*, ou o propósito, ocasional, mediato, que tem em vista o agente, ao assumir a obrigação. A causa, pois, em sentido próprio, sòmente se concebe em relação ao ato no qual se integra. O “motivo”, ao contrário, não desempenha no ato nenhum papel fundamental, nem na sua formação, nem nos seus defeitos. Êle é irrelevante, em regra, para o direito; salvo, quando as partes convencionam conceder-lhe a importância de razão determinante, ou condicionadora, do ato, ou quando a lei, em situações especiais, o erige à categoria de elemento capaz de influir sobre a eficácia da relação.” (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 15).

Aqui vale fazer uma importante ressalva. O aspecto concreto da *causa* não deixa de ser identificável através de função econômica visada pelas partes no negócio jurídico⁷⁶. Se a teoria de Betti encontra na causa a *função econômico-social*, na teoria abstrata se funda na *função econômico-individual*; é percebida, ademais, na relação entre os interesses que as partes visam satisfazer e os meios jurídicos por elas utilizados⁷⁷. É o que ensina a Corte de Cassação Italiana, em recente julgado:

“Viene in primo luogo in risalto, come evidenziato dal più recente dibattito dottrinale, la tematica della causa concreta. Una definizione di questa Corte (Cass. 10490/06) la qualifica come “scopo pratico del negozio...sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato”. Sono molti i casi in cui la Corte, dichiaratamente o meno, ha lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell’analisi dell’interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell’affare. L’indagine relativa alla causa concreta, - è stato evidenziato - giova sia come criterio d’interpretazione del contratto sia come criterio di qualificazione dello stesso: “La rispondenza del contratto ad un determinato tipo legale o sociale richiede infatti di accertare quale sia l’interesse che il contratto è volto a realizzare”.”⁷⁸

Pegemos como exemplo o contrato de fiança. Com base no tipo contratual temos que a *causa típica* (em sentido abstrato) do contrato de fiança é a *garantia pessoal* do fiador, por liberalidade (sem nenhuma contraprestação). Todavia, é possível que em um determinado contrato o fiador receba uma contraprestação para figurar como garante (ex. carta de fiança bancária); hipótese na qual a *causa* do contrato de fiança

⁷⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 64.

⁷⁶ ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: CEDAM, 2008, pag. 82/83.

⁷⁷ “In senso análogo, mediando tra la concezione di causa come funzione economico-sociale e come funzione economico-individuale, si è proposto di costruirne la nozione cercando un punto di equilibrio tra la struttura, intesa come regolamento programmato, e l’interesse contrattuale proprio di ogni singola operazione. La causa sarebbe così la funzione del contratto che si esprime nella relazione fra gli interessi da soddisfare e mezzi giuridici utilizzati dalle parti; non già un interesse meramente soggettivo, inespresso, ma l’interesse obiettivato nel regolamento contrattuale, risultante cioè dallo stesso regolamento e perciò per definizione comune alle parti. Pertanto, quando si individua la causa nello scopo pratico individuale occorre tenere presente che si riferisce all’individualità del contratto e non alle individualità delle parti: in questo senso la causa è lo scopo comune alle parti e obiettivato nel contratto.” (ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: CEDAM, 2008, pag. 71/72)

⁷⁸ Corte Suprema di Cassazione n° 4628 de 06.03.2015. Sezione Unite Civili.

deixará de ser a *garantia por liberalidade* para ser também o *recebimento de uma contraprestação*⁷⁹.

Via de regra, haverá coincidência entre a *o aspecto abstrato* e o *aspecto concreto da causa*, uma vez que em apenas uma pequena parcela dos contratos se verifica a presença de *motivos determinantes* ou *busca de finalidade diversa daquela do tipo contratual pactuado*, o que levaria a uma distanciação entre os aspectos abstratos e concretos. É exatamente aqui a importância do estudo que ora se faz, na medida em que os negócios indiretos e os negócios fiduciários tem como característica a ruptura deste esquema predominante.

A questão dos *motivos determinantes* encontra guarida nos artigos 140 e 166, inciso III, ambos do Código Civil. No Código Civil de 1916, a opção legislativa havia sido pelo termo *causa*, ao passo que no atual Código, o termo foi mudado para *motivo*, o que ainda gera problemas na doutrina. Com efeito, o *motivo* que interessa ao ordenamento jurídico (e que merece proteção do Estado) é aquele que foi manifestado como *determinante* para a concretização do negócio jurídico. Deve ele ser expresso e de conhecimento de ambos os contratantes, sob pena da parte prejudicada não poder alegá-la em seu favor (vedação da reserva mental), como ensinam Rosa Nery e Nelson Nery⁸⁰. Por essa razão, o vício do falso motivo (erro) apenas pode ser alegado se ele for conhecido da outra parte (artigo 140 do Código Civil) e a nulidade por ilicitude do motivo (artigo 166, inciso III, do Código Civil) apenas ocorre quando se estiver diante de um *motivo determinante*, ou seja, expresso e conhecido por ambos os contratantes.

Esta teoria da *causa concreta* é hoje tida como a mais aceitável na Itália – e até mesmo pela doutrina francesa⁸¹ e espanhola⁸² – e é com base nela que analisaremos se

⁷⁹ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 353.

⁸⁰ “Se o motivo não vem expresso como determinante da declaração de vontade é irrelevante, isto é, não pode ser levado em consideração quando da análise de seu teor, quer no plano da validade, quer no plano da eficácia. É apenas o substrato empírico da declaração. Se não houver referência ao motivo na declaração de vontade, não há que se falar em motivo relevante, portanto, em justificação jurídica para a contratação.” (ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Volume I, Tomo II, Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 324).

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro*. Revista da AJURIS, nº 45, março/1989, pag. 6/19.

⁸² DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio juridico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 191.

as figuras dos *negócios jurídicos indiretos e fiduciários* podem ou não serem submetidas a uma *teoria da causa*, principalmente à luz do Direito Brasileiro.

1.1. A IMPORTÂNCIA DE ANALISAR A CAUSA CONTRATUAL

A outra grande discussão que envolve a *causa* diz respeito a saber se ela é um *pressuposto* ou um *elemento* do contrato; ou ainda se ela não é nem um e nem outro, devendo ser totalmente alijada da análise contratual⁸³.

Para tentar responder esta pergunta, não basta simplesmente realizar um estudo de direito comparado e importar as ideias dos sistemas jurídicos alienígenas. Carlos Ferreira de Almeida⁸⁴ ensina que a discussão sobre a *causa* deve ser analisada e interpretada sobre 2 (dois) importantes pontos: (i) política legislativa⁸⁵ e (ii) tradição, com o que tendemos a concordar.

Nos parece que o problema da *causa* não é propriamente a questão dela ser classificada como elemento, ou não, do negócio jurídico⁸⁶. Ela serve para delimitar *la*

⁸³ BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pag. 135.

⁸⁴ “Nenhum sistema jurídico confere exclusividade aos regimes da causalidade ou de abstração negocial. A predominância de um ou de outro dos modelos depende de escolhas de política legislativa, decididas pelos méritos de cada um deles, mas condicionadas pela tradição.” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II – conteúdo – contratos de troca*. Coimbra: Almedina, 2012, pag. 105).

⁸⁵ “La señalada dificultad de las cuestiones sobre la causa, resulta de que ellas están en el centro mismo del choque de importantes intereses y corrientes ideológicas. Aunque impulsadas por muy diversos motores y razonamientos, se enfrentan respecto de ella dos corrientes: La que propugna imponer el cumplimiento de cualquier promesa, sin detenerse en considerar su origen y su contenido; en ella coinciden cultivadores de una teología moral formalista, individualistas liberales, representantes del neomercantilismo, juristas proclives al formalismo y la abstracción y, en general, los partidarios de la lucha libre social. La que favorece el control de las promesas, para no considerar obbligatorias las que no merezcan por su contenido el apoyo jurídico; es seguida por quienes tienen una concepción realista de la moral, los paternalistas, los socialistas, los amigos de la moralización del Derecho y por todos los que piensan que no hay por qué imponer el cumplimiento de promesas irracionales, inmorales, contra los intereses generales, o que son repudiadas por el buen sentido y el generale sentir.” (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 164/165).

⁸⁶ “(...) infatti, si è giustamente avvertito che oggi <<il problema della causa non è tanto il problema di un elemento, pur peculiare del contratto, ma quello più complessivo del ruolo del contratto nel sistema>>.” (ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: CEDAM, 2008, pag. 01).

*natura dell'interessi che le parti perseguono*⁸⁷. Até mesmo na Itália, onde a *causa* encontra-se positivada como um dos elementos do contrato, existem autores que a tratam como um elemento especial⁸⁸. Através da *causa* é consentido um controle complexo sobre a operação desejada pelas partes e o resultado final produzido, ainda que oculto. O problema da *causa* não é tanto *positivo*, mas muito mais *negativo*, ou seja, se ela contraria norma imperativa, a ordem pública ou o bom costume (na esteira do art. 187 do Código Civil). A ilicitude da *causa*, apta a gerar a nulidade do negócio jurídico, decorre da função de controle exercitada pelo ordenamento jurídico sobre os atos da autonomia privada; serão nulos os negócios que contratarem com os valores protegidos pelo próprio ordenamento jurídico. É exatamente aqui que a *causa* exercita uma função insubstituível, que não pode ser realizada por nenhum outro elemento do negócio jurídico (objeto, forma, etc.)⁸⁹.

A adoção da *causa* como pressuposto ou elemento do contrato impacta na interpretação de todo o sistema jurídico do Estado, razão pela qual se faz extremamente importante a sua análise do ponto de vista de política legislativa. A adoção da teoria *causal* permite, em tese, maior proteção dos devedores, ao passo que a não adoção da *causa*, em tese, protege mais os credores⁹⁰. Trata-se, portanto, de importante política legislativa no sentido de trazer maior ou menor segurança jurídica ao sistema⁹¹; como pontua Judith Martins-Costa, a política legislativa no que concerne à *causa* é um *signo de incidência da tutela estatal sobre a vontade individual e, paralelamente, como busca*

⁸⁷ DI MAJO, Adolfo. *Enciclopedia Giuridica – verbete “causa”*. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988, pag. 06.

⁸⁸ DI MAJO, Adolfo. *Enciclopedia Giuridica – verbete “causa”*. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988, pag. 06.

⁸⁹ DI MAJO, Adolfo. *Enciclopedia Giuridica – verbete “causa”*. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988, pag. 06.

⁹⁰ “A causalidade protege mais os declarantes imponderados, os devedores em geral e os proprietários legitimados por um título contratual. A abstração, reduzindo os fundamentos de impugnação do negócio, protege mais os profissionais do comércio, os credores em geral e os terceiros de boa-fé, valorizando a celeridade, a segurança do tráfico jurídico e o mercado.” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II – conteúdo – contratos de troca*. Coimbra: Almedina, 2012, pag. 105).

⁹¹ “Com efeito, a problemática da *causa* parece vincular-se à da busca da segurança nas transações jurídicas, em razão da qual, em certos sistemas, a existência de um vínculo jurídico, de um compromisso balizado pelo Direito, deve ser atestada por um signo ou sinal aparente.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro*. Revista da AJURIS, nº 45, março/1989, pag. 1/19).

de segurança jurídica⁹². Maria Celina Bodin de Moraes, aprofundando a questão, explica que *a principal utilidade da análise do elemento causal é apontada, exatamente, no serviço que presta como meio de recusa de proteção jurídica a negócios sem justificativa ou sem significação social*⁹³.

Ao analisar desta forma, é facilmente identificável que os sistemas jurídicos mais adeptos à teoria da causa são o sistema francês⁹⁴ (Pothier e Planiol) e o italiano⁹⁵ (Betti), onde as teorias surgiram e mais de desenvolveram. O direito português e espanhol⁹⁶, desenvolvidos à luz destes sistemas, também são adeptos da *causa*, o que restringe os negócios jurídicos abstratos⁹⁷ a situações excepcionais e pontuais permitidas pela Lei. Por outro lado, no sistema jurídico alemão, os negócios jurídicos dispositivos são em sua maioria abstratos (independentemente da indicação da *causa*), ao passo que os negócios jurídicos translativos são *causais*, sob pena de invalidade⁹⁸, como será visto no próximo capítulo.

A *causa* possui outra importante função no plano jurídico. Ela permite qualificar os negócios jurídicos, através da síntese de seus elementos essenciais⁹⁹⁻¹⁰⁰. Ela é o *elo*

⁹² MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro*. Revista da AJURIS, nº 45, março/1989, pag. 1/19.

⁹³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4.,/2013, pag. 07. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Data de acesso 01.04.2015.

⁹⁴ Arts. 1.108, 1.131, 1.132 e 1.133, todos do Código Civil Francês.

⁹⁵ Arts. 1.325, 1.343, 1.344 e 1.345, todos do Código Civil Italiano.

⁹⁶ Art. 1.275 do Código Civil Espanhol.

⁹⁷ “A abstração é um processo através do qual se desliga de modo absoluto o acto de seus motivos.” (FERREIRA, Vasco Taborda. *Do conceito de causa dos Actos Jurídicos*. Monografia de doutoramento em Ciências Jurídicas apresentada na Universidade de Lisboa. Lisboa, 1946, pag. 255).

⁹⁸ “No direito alemão e noutros direitos em que vale o princípio da separação, os negócios dispositivos (*Verfügungsgeschäfte*) são em regra abstratos e indispensáveis para obter o efeito atributivo da compra e venda e de outros contratos com finalidade transmissiva. Estes, dotados apenas de efeitos obrigacionais (*Verpflichtungsgeschäfte*), têm em regra natureza causal (no sentido de a sua validade depender da indicação de um fim (*Zweck*).” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II – conteúdo – contratos de troca*. Coimbra: Almedina, 2012, pag. 105).

⁹⁹ “A causa também serve para isto: é através dela que se individualizam os elementos essenciais a um determinado contrato e a partir daí se pode proceder à investigação da presença (ou ausência) de tais elementos no concreto regulamento de interesses estabelecido pelas partes. A causa permite, portanto, que se qualifique o negócio jurídico. Desta forma, ainda que o elemento causal, como requisito do contrato, não esteja expresso no ditado do Código Civil, ele lhe é inerente uma vez que “a causa é a função que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia”. A necessidade de qualificação dos institutos não é apenas um problema de sistematização dogmática. A causa releva, por exemplo, quando se tem

entre a vontade das partes e o ordenamento jurídico, a ponto, de inclusive, poder restringir a liberdade contratual das partes¹⁰¹.

1.2. NEGÓCIOS CAUSAIS E NEGÓCIOS ABSTRATOS

Negócios causais são aqueles nos quais a *causa* deve estar vinculada ao negócio jurídico que lhe deu origem; os negócios abstratos, ao contrário, são aqueles nos quais a desvinculação da *causa* em nada vicia o negócio jurídico¹⁰². A desnecessidade de vinculação da *causa* não significa que o negócio não tenha uma *causa*; significa apenas que a *causa* se desvinculou do título que a deu origem. Como ensinam Díez-Picazo e Gullón, *no es que existan negocios jurídicos que no tengan causa, porque todos se hacen por y para algo*¹⁰³.

A abstração pode ser processual ou material. Se for material, pode ser, ainda, absoluta ou relativa. *Abstração processual* é aquela que só tem eficácia processual; por

que saber a que negócio jurídico pertence o efeito que se analisa. Somente ao se estabelecer o nexo de causalidade entre o efeito e o negócio é que se pode determinar, com pertinência, a disciplina a ele aplicável. Importa ainda, particularmente, na análise dos chamados contratos mistos e dos contratos coligados, ou conexos.(BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4/2013, pag. 04. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Data de acesso 01.04.2015).

¹⁰⁰ “E se la causa astratta era stata criticata proprio nell’effetto di fare coincidere la nozione di causa con il tipo, proprio alla causa concreta si ricorre come strumento duttile, che non si identifica nel tipo, ma permette di individuarlo in confronto con lo schema astratto di contratto, nell’ambito del processo di <<sussunzione>>, che come tale renderebbe non necessario il diverso procedimento tipológico. La causa concreta fornirebbe nella presente prospettiva un valido strumento per procedere alla qualificazione ed individuazione del contratto.” (ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: CEDAM, 2008, pag. 73/74)

¹⁰¹ O direito brasileiro ignorou não apenas o exame da causa em concreto, como condição para a validade de um determinado negócio jurídico, mas, principalmente, a análise da causa em abstrato – elemento de qualificação e de diferenciação dos tipos negociais –, da função do negócio em tese, elemento que oferece a sua justificação normativa e desvenda a natureza jurídica propriamente dita do ato.” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4./2013, pag. 04. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Data de acesso 01.04.2015).

¹⁰² BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 468.

¹⁰³ “Negocio juridico abstrato es el que produce sus efectos jurídicos desvinculados de la causa. Se quiere decir con ello que se prescinde de la causa para su operatividad; de ahí el calificativo de <<abstracto>>. Por tanto, no es que existan negocios jurídicos que no tengan causa, porque todos se hacen por y para algo.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume II, Tomo I, Madrid: Tecnos 2012, pag. 55).

meio dela, se verifica a inversão do *onus probandi*, de sorte que existe uma presunção de que o negócio foi celebrado. Exemplos da abstração processual são encontrados no art. 1.988¹⁰⁴ do Código Civil Italiano e no art. 458¹⁰⁵ do Código Civil Português, que, para fins meramente processuais, estabelecem uma presunção de existência e validade dos negócios que envolvam promessa de pagamento ou de reconhecimento de débito, mesmo quando não mencionem a *causa* da estipulação¹⁰⁶. Estas, aliás, aparentam ser as únicas hipóteses de abstração processual no sistema jurídico italiano, como salienta Francesco Galgano¹⁰⁷.

Assim sendo, o credor que demandar em juízo com base nesses negócios não precisa mencionar a *causa* pela qual ele foi celebrado (se atrelado à alguma outra relação jurídica – compra e venda, por exemplo –, se é mera liberalidade, etc.); sequer precisa fazer prova de sua existência e de sua validade. Por ser apenas uma presunção processual de existência e validade, nada impede que o devedor faça prova de que a *causa* destes negócios seja ilícita ou que o negócio tenha sido celebrado *sine causa* (abstração material), hipóteses nas quais a existência e a validade do negócio estarão comprometidos.

Ademais, as hipóteses de abstração processual são sempre tipificadas, e nos sistemas jurídicos de origem romana não se admite a abstração processual nas hipóteses de negócios translativos e nos negócios envolvendo direitos reais¹⁰⁸.

¹⁰⁴ “Art. 1.988 CCI: La promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale à fatta dall’onere di provare il rapporto fondamentale. L’esistenza di questo si presume fino a prova contraria.”

¹⁰⁵ “Art. 458 – Promessa de cumprimento e reconhecimento de dívida

1 – Se alguém, por simples declaração unilateral, prometer uma prestação ou reconhecer uma dívida, sem indicação da respectiva causa, fica o credor dispensando de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário.

2 – A promessa ou reconhecimento deve, porém, constar de documento escrito, se outras formalidades não forem exigidas para a prova da relação fundamental.”

¹⁰⁶ “Perciò la dichiarazione ha solo efficacia processuale, <<dispensa colui dal quale è fatta dall’onere di provare il rapporto fondamentale>> cioè la causa in forza della quale si è promesso il pagamento o riconosciuto il debito. Se attua una inversione dell’onere della prova: <<l’esistenza di questo si presume fino a prova contraria>>.” (GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico – Trattato di Diritto Civile e Commerciale (Cicu-Messineo)*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pag. 115).

¹⁰⁷ GALGANO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 261.

¹⁰⁸ GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico – Trattato di Diritto Civile e Commerciale (Cicu-Messineo)*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pag. 115.

Apesar de se admitir esta *abstração processual*, não se trata de uma verdadeira hipótese de abstração, mas sim de uma presunção de que a *causa existe e é válida*. É requisito da abstração processual que o negócio tenha uma *causa*.

O verdadeiro fenômeno da abstração é também conhecido como *abstração material*, consistente na declaração do legislador de que um determinado negócio é efetivamente *abstrato*. Por essa razão, todo negócio abstrato encontra previsão legal, sendo, portanto, negócio típico. Mas por qual razão é vedado aos contratantes formularem negócio atípico abstrato? A resposta é a *segurança jurídica*, mais especificamente a *segurança do tráfego comercial*. O *negócio abstrato* permite maior fluidez no tráfego comercial, impedindo que eventual nulidade de um negócio antecedente possa vitimar o negócio posterior, como no sistema alemão. Ao mesmo tempo, a preservação da *causa* possibilita que o Estado limite, ainda mais, a autonomia privada, e, com base nisso, tenha maior controle sobre as relações jurídicas privadas. É o que acontece nos países de tradição romana, notadamente Itália, Portugal¹⁰⁹, França e Espanha. Antagonicamente, o sistema jurídico alemão concede maior abertura aos *negócios abstratos*, visando, como já explicitado, garantir maior fluidez nas relações jurídicas¹¹⁰ e maior preservação dos interesses dos terceiros de boa-fé.

Ainda assim, não se pode afirmar que um sistema jurídico é totalmente abstrato ou totalmente causal. Lembra Vincenzo Roppo que se trata de um balanceamento de interesses e não de valores absolutos¹¹¹; pode-se, portanto, indicar uma maior tendência

¹⁰⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 141.

¹¹⁰ “Este sistema está ligado a uma preocupação exacerbada de proteção do tráfego jurídico, própria das ordens jurídicas germânicas. Não é esta a situação em Portugal e nos restantes países da base romanística.” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 137.

¹¹¹ “Ma queste formulazioni devono essere precisate. Va premesso che qui *si tratta di bilanciare interessi, non di affermare valori assoluti*. Dunque non è questione di bianco o di nero, ma di grigi variamente sfumati. I sistemi giuridici non sposano in modo totale e incondizionato il principio della causa ovvero il principio dell’astrazione; bensì fanno *scelte intermedie e tendenziali*, ora più proiettate verso la causa, ora più sensibili all’astrazione. Alcuni sistemi – come quello italiano, e in genere quelli romanistici – sono *più sensibili alla tutela del promittente o disponente contro gli impegni assunti senza ragione*, e quindi *più marcatamente causalisti*: ma ciò non toglie che anche questi sistemi avvertano in qualche misura l’esigenza di tutela dei terzi, e in nome di questa facciano aperture al principio dell’astrazione. In altri sistemi l’equilibrio si assesta su posizioni più favorevoli al principio dell’astrazione. Così, nel sistema tedesco la *maggiore preoccupazione per la sicurezza del traffico giuridico (e dunque per la tutela dei terzi)* porta a un *più ampio riconoscimento del contratto astratto*: ma ciò non toglie che anche questo

dos sistemas jurídicos adotarem o fenômeno da abstração ou o fenômeno causal, mas não uma escolha absoluta. Por essa razão é que os sistemas jurídicos de origem romana são tendencialmente causais, embora admitam – exceções pontuais, é verdade – o fenômeno da abstração (títulos de crédito, por exemplo), e o sistema jurídico alemão é tendencialmente abstrato, embora igualmente admita hipóteses de negócios causais.

Feita esta breve explicação, haverá *abstração absoluta* quando a lei efetivamente dispensar a indicação da *causa negocial*. Ainda assim não se trata de inexistência de causa, mas tão somente de irrelevância de sua demonstração¹¹². Parece-nos, contudo, que esta hipótese de abstração absoluta venha a existir somente na Alemanha¹¹³; ainda que não seja, é uma espécie de abstração muito difícil de ser encontrada nos sistemas jurídicos alienígenas ocidentais. Isto ocorre, como ensina Clóvis V. do Couto e Silva¹¹⁴, porque o sistema alemão foi galgado nas Pandectas, que trabalhavam a área do direito obrigacional e do direito real de forma estanques, de sorte que a causa deveria existir no direito obrigacional (contratos) e não nos atos de transmissão da propriedade (direitos reais e, portanto, abstratos).

O melhor exemplo de *abstração substancial* é – não por acaso – retirado do sistema alemão de transmissão da propriedade, o qual é dividido em duas fases distintas: (i) no primeiro momento realiza-se o *ato de alienação*, cujos efeitos são apenas obrigacionais (não tem o condão de transferir a propriedade), no sentido de obrigar o vendedor a *celebrar o ato de alienação*; (ii) a *celebração do ato de alienação* (*Einigung*), ato posterior, consiste na efetiva entrega da coisa (bens móveis) ou no registro da coisa (bens imóveis); para a entrega/registo da coisa não necessita haver

subisca ripercussioni dal constatato difetto della causa.” (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 374).

¹¹² “No direito germânico, o acordo de transmissão de propriedade de bens móveis e imóveis é abstrato, em razão de dispositivo do ordenamento jurídico que torna a causa irrelevante.” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, pag. 49).

¹¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 142.

¹¹⁴ “E o direito alemão de nossos dias é o resultado da elaboração realizada pela última fase da pandectística, na qual ressalta o conceito de negócio jurídico de direito das coisas. No sistema alemão, direito das obrigações e direito das coisas se encontram rigidamente separados, de sorte que o acordo de transmissão – ou seja, o negócio jurídico dispositivo que adimple a obrigação – é abstrato e se situa no plano do direito das coisas. A compra e venda, porém, é causal.” COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, pag. 49/50).

menção da *causa* que deu origem à transmissão da propriedade, razão pela qual se diz que este ato é *abstrato*. A vantagem deste sistema é que a transmissão da propriedade estará protegida de quaisquer vícios encontrados no *ato de alienação* (contrato obrigacional); desta forma, o terceiro que adquirir a coisa do comprador estará protegido de eventual invalidade do negócio celebrado originariamente entre vendedor e comprador¹¹⁵.

Se na *abstração absoluta* se está diante de negócio realmente *sem causa*, na *abstração relativa*, na verdade, se trata de *negócio causal*. Com efeito, se o negócio não tiver *causa* ou se a *causa* for ilícita, o negócio será inválido. Contudo, se terceiro se beneficiar deste negócio, os efeitos da eventual invalidade do negócio originário não o atingirão, uma vez que a *causa originária* se desvincula do *negócio posterior*. É, tal qual a abstração substancial, uma forma de proteger terceiros de boa-fé. Desta forma, se um título de crédito¹¹⁶ dado entre A e B não tem causa (supõe-se que A emitiu um título de crédito em favor de B apenas para que ele pudesse obter crédito junto a uma instituição financeira), o devedor pode alegá-la para não pagar diretamente a B; mas se o título já estiver em circulação (isto é, se B houver repassado o título para eventuais terceiros de boa-fé), o devedor não poderá alegar a *falta de causa* ou a *causa ilícita* como obstáculo para o não pagamento (a menos que o título de crédito seja falso).

Apesar de serem teoricamente diferentes, a finalidade prática de ambas as espécies (substancial e relativa) é muito parecida: proteger terceiros dos defeitos do título originário. Desta afirmação, retira-se a *regra de ouro* dos *negócios abstratos*, explicada por José de Oliveira Ascensão, na qual a *abstração só se justifica perante conjunturas de circulação*. Isto porque *não tem sentido perguntar se um título em si é abstrato ou causal. Abstração e causalidade só surgem quando intervêm pessoas estranhas à relação originária*¹¹⁷.

¹¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 137.

¹¹⁶ “L’astrazione ha spazio ancora maggiore in tema di *cambiale*. E anche qui si manifesta sul piano non solo probatório ma sostanziale, sotto specie di *inopponibilità delle eccezioni relative a difetti della causa*.” (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 377).

¹¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 136.

A ironia da *regra de ouro* é o reconhecimento de que os *chamados negócios abstratos* (salvo o modelo alemão – *abstração substancial*) não são *originariamente abstratos*, mas apenas assim poderão serem considerados após a *desvinculação da causa*, que só ocorre com a *circulação* do título.

A *abstração* encontra limites, principalmente nos sistemas de origem romana, nos quais não é admitida nos negócios translativos da propriedade ou de outros direitos reais; o fenômeno da *causalidade* exige que se mencione expressamente a *causa da transferência* (razão de ser; justificativa) no negócio celebrado, sob pena de nulidade¹¹⁸.

Existe, contudo, outra corrente doutrinária que visa explicar os negócios abstratos não através da *desvinculação da causa*, mas sim através da *forma* do negócio jurídico. Dentre nós, esta corrente está representada por Antônio Junqueira de Azevedo¹¹⁹, para quem os *negócios causais* são aqueles em que o elemento categorial inderrogável é o *objeto*, ao passo que os *negócios abstratos* são aqueles em que o elemento categorial inderrogável é a *forma*¹²⁰.

A doutrina portuguesa possui estudos relevantes que permitem melhor compreensão da tese aqui delineada. Explica Pedro Pais de Vasconcelos que a qualificação de alguns negócios dentro de um tipo legal muitas vezes requer um *ato formal* para a sua celebração: *neste caso, a forma é consequente à qualificação*¹²¹. A

¹¹⁸ “Il contratto deve *enunciare la causa* in forza della quale la proprietà o altro diritto reale è trasferito: l’atto traslativo che manchi della *expressio causae*, che non menzioni cioè la causa del trasferimento, è per ciò stesso nullo; la giurisprudenza esclude ogni possibilità di dare altrimenti dimostrazione della causa.” (GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 260).

¹¹⁹ “O negócio abstrato pode ser definido como aquele cujos efeitos jurídicos se produzem independentemente de causa; ele tem, portanto, causa, mas sua causa é juridicamente irrelevante para a validade ou a eficácia; eles se caracterizam pela forma, e não pelo conteúdo; tem *forma típica*.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de.. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 141).

¹²⁰ “Considerando-se que toda declaração de vontade compõe-se de três elementos – circunstâncias negociais, forma e objeto –, e considerando-se que o primeiro elemento é o que caracteriza a essência de todo e qualquer negócio, as variações, que vamos encontrar de tipo para tipo de negócio originam-se nos outros dois (forma e objeto). Há, pois, tipos de negócio que se caracterizam pela forma, e outros em que tal ocorre, pelo objeto; pode-se mesmo dizer que há uma grande divisão dos negócios, conforme sua *caracterização típica* se faça ou por um ou por outro daqueles dois elementos constitutivos, isto é, há negócios cujo elemento categorial inderrogável é *formal* e outros cujo elemento categorial inderrogável é *objetivo*. Os primeiros são chamados de *negócios abstratos* e os segundos de *negócios causais*.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 140).

¹²¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 161.

inobservância da forma, nestes casos, leva à invalidade do negócio jurídico (neste sentido o art. 104 do Código Civil), atuando, portanto, no plano da validade.

Existem outros casos, entretanto, no qual a *forma* não funcionará como requisito de validade, mas sim como elemento de existência. Sem sua observância, o negócio não existirá. Neste caso, estar-se-á diante dos chamados tipos contratuais definidos pela *forma constitutiva*¹²², *interna ou, ainda, forma típica* (todos sinônimos).

A *forma interna* não se confunde com a *forma externa*, esta segunda sim apta a ser classificada, ainda, como *forma ad substantiam* e *forma ad probationem*. A *forma interna típica faz parte do tipo do contrato, enquanto que a forma externa é algo que lhe acresce*¹²³. A *forma interna* é aquela suficiente (ou quase) para a qualificação do negócio jurídico celebrado. *Nos negócios cambiários, por exemplo, a presença ou a ausência da forma interna típica determina ou exclui a qualificação. A forma, nestes casos, pode dizer-se mesmo, mais do que um índice, é um fator de qualificação*¹²⁴. Um endosso exige a assinatura no local específico; sem a assinatura neste local, não existirá endosso. Dependendo do local da assinatura, poderá, inclusive, vir a ser aval. A *forma externa* não tem todo esse *poder*. Um contrato de compra e venda celebrado sem instrumento público (acima do valor mínimo de 30 salários mínimos estabelecido no art. 108 do Código Civil) será nulo, mas continuará a ser *compra e venda*; neste caso, a inobservância da forma adequada não é capaz de alterar o tipo negocial¹²⁵.

A *stipulatio* no Direito Romano é o exemplo perfeito do contrato formal no qual a inobservância da forma não acarretava na sua invalidade, mas sim na sua inexistência. A forma da *stipulatio* era, portanto, o elemento que qualificava o negócio como

¹²² ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Teoria Geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1972, pag. 142.

¹²³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 161.

¹²⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 161.

¹²⁵ “FLUME distingue a forma interna, que designa “absolute Form”, e que caracteriza por estar de tal maneira ligada ao modo de ser e de ocorrer do contrato que sem ela é o próprio contrato que não existe, e a forma externa, que denomina “Zweckform”, e que constitui um simples meio ao serviço de um certo fim, seja esse fim o da certeza de celebração ou de conteúdo, de publicidade ou outro.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 162/163).

stipulatio (forma interna); e não por acaso é tida pela doutrina como *negócio abstrato*¹²⁶.

Assim, Antônio Junqueira de Azevedo salienta que todo *negócio abstrato* tem sim causa, mas ela é juridicamente irrelevante para a análise da validade ou da eficácia do negócio jurídico; o que o qualificará será a *forma típica*¹²⁷. Desta forma, todo negócio abstrato é necessariamente formal (o elemento categorial inderrogável é a *forma*), ao contrário dos negócios causais, que podem ou não serem formais (o elemento categorial inderrogável nos negócios causais pode ser (i) objetivo, como por exemplo a compra e venda de coisa inferior a 30 salários mínimos ou (ii) formal e objetivo, como por exemplo o contrato de doação, que exige forma escrita + a gratuidade). Este pensamento também encontra eco na Itália, onde Alberto Trabuchi ensina que *i titoli astratti in senso proprio sono soltanto quelli ammessi come tali dalla legge, la quale li assoggetta a precisi requisiti formali*¹²⁸.

Já os *negócios causais* caracterizados pela essencialidade do objeto, são *causais* pois o *objeto típico* (aqui vale o mesmo raciocínio da *forma típica* em relação à qualificação do negócio) é o que determina a qualificação do *negócio jurídico* (e não a *causa*). Este *objeto típico* pode se referir a um fato pretérito (*causa pressuposta*) ou a um fato futuro (*causa final*). Assim, Junqueira conclui que são negócios com *causa pressuposta* todos os contratos reais (no qual a existência depende da entrega da coisa); a confissão de dívida, a novação, a delegação e a dação em pagamento (a *causa pressuposta* é a existência de uma dívida, dentre outros; ao passo que são negócios com *causa final* a troca (fundamento para a transferência da coisa); o mandato (visa constituir poderes de representação), dentre outros¹²⁹. Não significa que inexista *causa*, mas sim que a *causa* não se encontra como parte integrante da estrutura do negócio jurídico (ela é extrínseca à constituição). É importante mencionar que a *causa fim* repetida diversas vezes pelo Autor, diz respeito à *causa abstrata*, como modelo do tipo

¹²⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de.. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 142.

¹²⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de.. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 141.

¹²⁸ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 2013, pag. 1119.

¹²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de.. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 147/148.

contratual. O que definiria o *tipo negocial*, portanto, seria o *objeto típico* e não a *causa do contrato*.

A importância desta distinção é notada quando Junqueira traz o exemplo da compra venda, e salienta que nela, em regra, se observa a correspondência da *função causal* com a do *objeto típico*. A distinção entre *causa* e *objeto típico* proposta por ele apenas seria notada quando a compra e venda fosse utilizada para uma outra finalidade, como por exemplo, a compra e venda com função de garantia, pois nesta, a *causa função* divergiria do *objeto típico*, e seria o *objeto típico* que definiria a operação como sendo de *compra e venda*, e não a *causa função*. Assim ensina ele:

“Se tomarmos como objeto de reflexão a compra e venda e se aceitarmos que ela se caracteriza pelo consenso em trocar uma coisa por certo preço, verificaremos que, em princípio, isto é, nas hipóteses normais, não há necessidade da distinção que fizemos, entre elemento categorial, a integrar o objeto, e causa, definida conforme geralmente se faz, como função prático-social do negócio, ou como função econômico-social; pois haverá total correspondência entre ambos. Todavia, nada impede que se use a compra e venda, já não mais com a finalidade de circulação de bens, mas com função diversa, por exemplo, com escopo de garantia, como acontece na compra e venda com pacto de retrovenda. Aí muda a função, e se realmente fosse esta que determinasse diretamente o tipo do negócio e respectivo regime jurídico, estes também mudariam. Tal, porém, não ocorre, nem nesse caso (o negócio, ainda que a função seja outra, continua a ser compra e venda), nem em todas as outras hipóteses de negócio indireto, justamente porque é o elemento categorial inderrogável, e não a função, que fixa o tipo e o regime jurídico de cada negócio.”¹³⁰

A problemática, muito bem observada e delineada por Antônio Junqueira de Azevedo, ainda é válida, mesmo tendo em vista o novo conceito de *causa*, aqui debatido como *função econômica-individual*, que traz mais ênfase ao aspecto da *concretude* e não da *abstração*. A *causa concreta*, aliás, vem dar razão às ideias de Junqueira, principalmente porque reconhece que a *função típica* nem sempre é suficiente para justificar o negócio jurídico realizado pelas partes, mormente quando o *negócio típico* for utilizado para *escopo diverso*, tal qual há muito já advertido por ele.

¹³⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de.. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 150/151.

1.3. A CAUSA NO DIREITO BRASILEIRO

O Código Civil de 1916, inspirado no sistema jurídico alemão (BGB), *não erigiu a causa, como faz o direito italiano e o francês, dentre os requisitos de validade do contrato*¹³¹⁻¹³². E nem poderia ser diferente, uma vez que Clóvis Beviláqua sempre foi extremamente crítico em relação à adoção da teoria da causa. Isto, todavia, não impediu o surgimento e crescimento da doutrina causalista (como exemplo e por todos Torquato Castro¹³³, Paulo Roberto de Campos Filho¹³⁴ e Orlando Gomes¹³⁵) em terras brasileiras. Isto porque nossa doutrina, à época, possuía formação essencialmente derivada do direito francês, o que trouxe – e ainda traz – algumas interessantes antinomias jurídicas, como a *causa*. Maria Celina Bodin de Moraes pontua que a ausência do tratamento legislativo – e porque não jurisprudencial – a respeito da causa talvez se deva a *motivações de ordem psicológica, mormente as dificuldades de se fixarem o conceito e o papel jurídico da causa*¹³⁶, com o que não se pode discordar, principalmente tendo em vista a enorme dificuldade de se estudar o tema.

A doutrina brasileira também foi muito inspirada nas lições de Pontes de Miranda, para quem este suposto anticausalismo legislativo não prevaleceria ante o fato da *causa*, apesar de não expressa, decorrer de toda a lógica do sistema jurídico. Mas não é só: Pontes de Miranda eleva a *causa* ao plano da existência, como percebido por

¹³¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato – confronto com o Direito Europeu Futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pag. 138.

¹³² “No sistema brasileiro a causa não consta entre os elementos de validade do ato jurídico, postos no art. 82 do CC.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro*. Revista da AJURIS, nº 45, março/1989, pag. 5/19).

¹³³ CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

¹³⁴ - CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O Problema da Causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, sem data.

¹³⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹³⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4.,/2013, pag. 03. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica-com-a.2.n.1.2013.pdf>. Data de acesso 01.04.2015.

Judith Martins-Costa¹³⁷, o que fatalmente enterraria os negócios jurídicos abstratos no Brasil, o que não se pode defender nos dias de hoje.

Assim, Judith Martins-Costa pontuou¹³⁸, ainda na vigência do Código Civil de 1916, que o sistema brasileiro não adota a causa como elemento autônomo de validade dos contratos, o que nos parece correto. Todavia, não nega também a sua presença, mas de forma distinta de suas fontes criadoras (modelos francês e italiano).

Outros¹³⁹ defendem a existência, no Brasil, de uma teoria causalista fundada no antigo art. 82 CCB 1916 e no atual art. 104 CCB 2002, galgada essencialmente no *objeto lícito*¹⁴⁰ dos negócios jurídicos. É que a definição de *objeto lícito* permitiria alcançar, em tese, os mesmos efeitos da *causa contractual* (regular e limitar a autonomia contratual). Orlando Gomes, no entanto, critica este entendimento, pontuando que *o objeto do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as prestações das partes, não o intercâmbio delas, pois este é a causa*¹⁴¹.

Modernamente, já na vigência do Código Civil de 2002, a teoria da causa voltou a ganhar força por conta da redação do art. 421 do Código Civil, *a liberdade de*

¹³⁷ “Nessa concepção, todavia, a causa não é ‘elemento de validade’ da obrigação ou do contrato. Há causa no negócio jurídico, mas esta se coloca antes no *plano da existência* do que no *plano da eficácia*, como ocorre no sistema francês.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro*. Revista da AJURIS, nº 45, março/1989, pag. 05/19).

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro*. Revista da AJURIS, nº 45, março/1989, pag. 05/19.

¹³⁹ “A referência à *ilicitude do objeto*, quando produzida pela desconformidade da finalidade visada com a *utilidade social*, expressa na *ordem pública* ou nos *bons costumes*, é, na verdade, à *ilicitude da causa* do contrato, quer dizer: da razão que impeliu os sujeitos para a avença. Entendendo-se assim, o art. 82 do Cód. Civil (*vide o art. 104 do PCC*), ao dizer que a validade do ato jurídico requer *objeto lícito*, refere-se à *licitude da causa* do ato ou, pelos menos, inclui no *objeto* também a finalidade, visada pelas partes, que, enquanto as impulsiona no sentido do contrato, é a causa dele.” (BESSONE, Darcy. *Do Contrato – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pag. 136/137).

¹⁴⁰ “Retratada a doutrina objectiva da causa, determinar-lhe-emos o valor. Os anti-causalistas criticam-na, na formulação comum, dizendo que, afinal, o conceito de causa por ela traçado se identifica com o próprio conceito de objeto. Pretendendo-se responder a esta objecção, afirma-se que (...) a causa, conclui-se, não se identifica com o objecto do contrato, <<mas constitui apenas um dos elementos componentes do objecto>>, e, assim, desempenha uma função e deve ser mantida. Este raciocínio, é manifesto, aparece vicioso.” (FERREIRA, Vasco Taborda. *Do conceito de causa dos Actos Jurídicos*. Monografia de doutoramento em Ciências Jurídicas apresentada na Universidade de Lisboa. Lisboa, 1946, pag. 121/122).

¹⁴¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 65.

contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Apesar de novamente (tal qual no CCB 1916) a *causa* não estar inserida dentre os requisitos de validade dos negócios jurídicos (art. 104 CCB 2002), há quem sustente¹⁴²⁻¹⁴³ a adoção da teoria causalista muito parecida com a teoria de Betti e com o sistema jurídico italiano, erigindo a função social como causa de todos os contratos. A função social seria, portanto, a figura sobre a qual todos os contratos devem gravitar, a fim de serem protegidos pelo sistema jurídico.

A mesma crítica feita à teoria de Betti pode ser repetida aqui. O conceito positivo de contrato *socialmente útil e produtivo* se reduz àquele negativo de contrato *não socialmente danoso ou ilícito*; desta forma, os contratos que se definem como nulos por violação da *função social* ou da *utilidade social* são, em realidade, contratos socialmente danosos e, por isto mesmo, já ilícitos ou proibidos pela lei¹⁴⁴.

Ademais, a autonomia contratual poderia sofrer um duro golpe. Embora hoje já se tenha sedimentado o dogma da autonomia privada em detrimento da ampla e ilimitada liberdade de contratar, o fato é que sujeitar a validade de um contrato a uma cláusula geral (função social do contrato) seria permitir que o seio da liberdade das pessoas se auto-regulamentarem estaria sujeita às diferentes interpretações pessoais e temporais dadas ao conceito¹⁴⁵⁻¹⁴⁶. Para aplacar esta preocupação, a doutrina italiana faz

¹⁴² “Nesta linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos da cláusula geral do art. 421, o princípio da “causalidade negocial”. Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio “não cumpre a sua função social”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4./2013, pag. 24. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Data de acesso 01.04.2015).

¹⁴³ GOGLIANO, Daisy. *A função social do contrato (causa ou motivo)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 99, 2004, pag. 162.

¹⁴⁴ DI MAJO, Adolfo. *Enciclopedia Giuridica – verbete “causa”*. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988, pag. 07.

¹⁴⁵ “Tal afirmação, todavia, pode trazer em seu bojo conotação ideológica, cujo conteúdo, conforme o que se entenda por função social, pode transmutar o contrato em instrumento de dirigismo paternalista para realizar o interesse público em detrimento da natureza do contrato enquanto instrumento de autonomia privada (...)” (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato – confronto com o Direito Europeu Futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pag. 139).

¹⁴⁶ “A função social, entretanto, não parece ser a forma mais correta de vislumbrar essa relação de pessoa e comunidade, em nenhum dos papéis que seus defensores costumam distinguir no campo contratual. O papel restritivo, isto é, de vedar contratos contra aquilo que se entende por função social, é bastante deficiente na medida em que a vagueza semântica do termo é claramente contrária à

uma importante ressalva, lembrando que *se la causa è al tempo stesso funzione del contratto e limite all'autonomia contrattuale, la mutevolezza del concetto di autonomia privata non può che riflettersi sulla causa e viceversa le diverse elaborazioni sulla causa incidere sui confini dell'autonomia contrattuale*¹⁴⁷.

Também não se pode perder de vista que a redação do artigo 421 do CCB 2002 é infeliz e inoportuna. Com efeito, é impossível que algo seja *razão (causa-fim)* e *limite* ao mesmo tempo¹⁴⁸. Assim, tendo em vista que já refutamos que a função social seja *razão*, deve ela ser interpretada como limite à autonomia privada¹⁴⁹; sendo inadmissível que um único contrato viole a função social. A reforçar a tese do *limite*, o art. 187 do CCB 2002 descreve como ato ilícito aquele que sendo titular de um direito, exceda manifestamente os *limites* impostos pelo seu *fim econômico ou social*, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Ademais, como lembra Luciano de Camargo Penteado, *a causa, vista como função social, não detecta um fundamento hic et nunc para os atos lícitos e sua obrigatoriedade*¹⁵⁰.

Não obstante estas considerações, parece-nos que a *função social do contrato* pode sim ser entendida como a *causa contratual* no sistema jurídico brasileiro, em posição muito semelhante ao sistema jurídico italiano. Gustavo Tepedino, defensor da ideia, explica que *é a função que permite que o controle social não se limite ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados – segundo o qual, por exemplo, uma locação cujo objeto fosse lícito seria sempre legítima – dando lugar ao exame do merecimento de tutela do tipo em concreto – a verificar qual a função econômico-individual que desempenha aquela locação no caso concreto. Por isso, a função*

segurança dos negócios, por exemplo.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 113).

¹⁴⁷ ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: CEDAM, 2008, pag. 02.

¹⁴⁸ “A adoção da tese da função social pelo CC/2002 é fato inquestionável. A formulação do art. 421, no entanto, é infeliz. Se a liberdade de contratar é exercida em razão da função social do contrato, afora o erro lógico, é de notar a concessão da autonomia privada pela comunidade social ou política. Entretanto, a ideia de que possa consistir em um limite à liberdade parece razoável. Contratos que tenham finalidade contrária ao bem comum da sociedade política poderiam assim ser cominados de nulidade por ofensa à lei imperativa.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 113).

¹⁴⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato – confronto com o Direito Europeu Futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pag. 139.

¹⁵⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 111.

*consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia privada. Não para subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supra individuais – repita-se ainda uma vez –, mas para instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo o controle dinâmico e concreto da atividade privada*¹⁵¹. A *função social*, ao contrário do que pode parecer, deve ser analisada sob o aspecto concreto da *causa*, ou seja, a partir da *função econômico-individual* do negócio jurídico, e não abstratamente considerada, sob pena de naufragar no mesmo problema teórico de Emílio Betti (a impossibilidade de que um negócio típico seja ilícito).

Ensina Luciano de Camargo Penteado que *é possível afirmar com relativa segurança a existência de uma teoria brasileira da causa*¹⁵², embora reconheça que as *consequências dogmáticas do causalismo não estão precisadas e especificadas*, além de notar que *há uma fuga para a ideia da invalidade, mas não há precisão na categoria, o que seria desejável*¹⁵³.

A doutrina da causa no Brasil se configura como uma mistura dos modelos francês/italiano/espanhol (causalista) e do modelo alemão/suíço (anticausalista): seria um *causa* no sentido instrumental ou funcional¹⁵⁴, que dependeria da análise do caso concreto para que seja melhor compreendida.

¹⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf> - acessado em 28.07.2015, pag. 08.

¹⁵² PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 118.

¹⁵³ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 118.

¹⁵⁴ “No sistema brasileiro, inobstante as imprecisões que ainda cercam a matéria, a noção de causa, referenciada aos contratos, vem se tornando mais segura. Como se viu, é incontroverso que a causa não é elemento autônomo de validade dos contratos, mas há autores que propugnam a conveniência de a expressão 'objeto lícito' constante do art. 82 servir também como instrumento para a função de controle sobre a autonomia privada que a noção de causa vem apresentando, na linha apontada pioneiramente na Itália por Emílio Betti. Entre nós, quando admitida a posição causalista, esta tem sentido 'instrumental' ou 'funcional', e há quem afirme, nesta perspectiva, que a doutrina brasileira, ao se posicionar sobre o objeto lícito, em matéria de ato jurídico, vem construindo uma espécie de teoria brasileira da causa. A construção dessa possível 'teoria brasileira' não se furta, contudo, à influência de sistemas declaradamente anticausalistas, como o alemão e o suíço das obrigações, para os quais os atos jurídicos se formam essencialmente mediante 'declarações de vontade' e não 'manifestações de vontade', referindo-se, portanto, ao *declarado* por forma a se afirmar que o que não está aí contido e expresso não integra a essência do ato.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro*. Revista da AJURIS, nº 45, março/1989, pag. 15/19). E continua a autora: “O Direito brasileiro, todavia, adotou sistema 'misto'. Em princípio, os atos de disposição são causais, mas ocorre uma 'separação relativa' dos planos da relação

Ademais, o fato da *causa* não estar prevista no texto da lei¹⁵⁵ *não preocupa, porque a causa do contrato não se extrai do texto da lei, mas da manifestação do fato*, como lembram Rosa Nery e Nelson Nery¹⁵⁶. Ela é inerente à existência de todos os negócios jurídicos no sistema jurídico brasileiro (inclusive nos *abstratos* – exceto na abstração substancial do sistema jurídico germânico –, embora nestes ela se desvincule do título em um segundo momento, como já explicado).

1.4. DESDOBRAMENTOS DA DEFINIÇÃO DE CAUSA ADOTADA PARA FINS DESTES TRABALHOS

A *causa concreta*, em tese, é muito mais fácil ser identificada nos contratos típicos, uma vez que o próprio *tipo contratual* já permite a identificação da *causa abstrata*, faltando apenas a identificação dos *motivos-fins* que levaram às partes a celebrarem determinado negócio jurídico. Problema maior se dá nos contratos atípicos, exatamente pela falta de balizamento de um *tipo contratual*. Nestes casos, a *causa* deverá ser auferida através da correspondência econômica (função econômica)¹⁵⁷ e dos fins concretos visados pelas partes que possam ser extraídos dos elementos essenciais do negócio (síntese dos elementos essenciais). A respeito da *causa* dos negócios

obrigacional, de sorte que 'a declaração de vontade que dá conteúdo ao negócio dispositivo pode ser considerada como co-declarada no negócio jurídico antecedente, considerando-se a vontade de adimplir o prometido 'naturalmente inserida' na vontade de criar obrigações. Além do mais, nosso sistema está 'pontilhado de negócios jurídicos abstratos sem que se fale em 'falta de causa' como ausência de um elemento da validade do negócio jurídico. Por isso, ao contrário do sistema francês, admite-se que todos os atos têm causa, mas 'não se tem que baixar à investigação da causa'. Diversamente, como se considera que a causa não tem existência independente do ato, examina-se 'o querer que se emitiu, nas circunstâncias em que foi emitido.'" (pag. 12)

¹⁵⁵ "Não é correta a afirmação de que o CC/2002 não é causalista apenas porque a causa não aparece mencionada no art. 104 (...)" (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 87).

¹⁵⁶ ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Volume I, Tomo II, Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 177.

¹⁵⁷ "Se o contrato é *nominado*, a designação do tipo a que pertence importa na consideração da causa. Quando, porém, o contrato é *inominado*, isto é, quando não tem uma regulamentação legal própria, há de corresponder necessariamente a um função econômica certa, que se poderá provar por qualquer meio, quando porventura resultar omissa das declarações." (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 43).

atípicos, assinala Federico de Castro y Bravo que, tal qual nos demais contratos típicos, a causa deve ser estimada através do resultado prático que os particulares se propõem a alcançar com o negócio celebrado¹⁵⁸.

Sobre os *motivos-fins* da *causa concreta*, convém ressaltar que eles não podem ter como finalidade fraudar a lei imperativa, a moral ou os bons costumes. Assim sendo, *se alguém utiliza um contrato para alcançar um fim ilícito, diz-se que esse contrato é nulo por ter “falsa causa” ou “causa ilícita”*¹⁵⁹. É o caso da simulação, na qual as partes simulam a celebração de um contrato através da celebração de um outro modelo contratual.

A maior dificuldade, entretanto, recai sobre os negócios indiretos (*lato sensu* – englobam *negócios fiduciários, indiretos strictu sensu e contratos com pessoa interposta*), que, via de regra, partem de um *contrato típico* para atingirem uma *finalidade diversa* daquela prevista no *tipo contratual* utilizado. Esta *finalidade diversa* não pode ser igualmente ilícita, sob pena da *causa poder vir a ser também ilícita* e, conseqüentemente, ser declarado nulo o contrato.

Não se pode perder de vista que os contratos são meros instrumentos da autonomia privada para perseguir *fins socialmente úteis*, como ensina Darcy Bessone, de sorte que *há fins, ou resultados, inequivocamente condenáveis*¹⁶⁰ que não podem ser protegidos pelo ordenamento jurídico. Mesmo nas hipóteses em que, tal qual nos negócios indiretos e simulados, a *finalidade prática* visada pelos agentes seja diversa da *finalidade típica* pactuada. Ou, ainda, mesmo nas hipóteses de utilização de um contrato típico que vise, de uma forma ou outra, violar preceitos legais¹⁶¹.

¹⁵⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio juridico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 208.

¹⁵⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 64.

¹⁶⁰ BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pag. 142.

¹⁶¹ “O contrato há de desenvolver uma função econômica que mereça o amparo da lei. Seria nulo, por contrário à ordem pública, o contrato em que alguém, mediante certa soma, se obrigasse a não exercer o pátrio poder; como ilícito seria o contrato em que, sob pagamento, se prontificasse alguém a uma atividade criminosa, ou contrária à dignidade humana.” (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 43).

1.5. CONCLUSÃO

A fim de melhor compreender e clarear este capítulo, temos que a *causa* possui um viés objetivo e outro subjetivo, como assinala Federico de Castro y Bravo. O aspecto subjetivo é *o que se pretende conseguir como resultado social e para o que se busca ou espera o amparo jurídico*; ao passo que o aspecto objetivo é *o metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada*¹⁶², e, modernamente, o viés objetivo possui maior relevância para o estudo do instituto.

Ademais, a *causa* deve ser analisada no seu *aspecto concreto* (apurada através da síntese dos efeitos essenciais no plano concreto), e que é exatamente este *aspecto concreto* que permite a qualificação do negócio jurídico celebrado em algum tipo legal ou sua qualificação como negócio atípico.

A causa cumpre três importantes funções, nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes: (i) dá ou retira juridicidade aos negócios, especialmente aos negócios atípicos, mistos e coligados; (ii) delimita os negócios jurídicos através do exame da função que o negócio irá desempenhar e (iii) serve para qualificar os negócios jurídicos e definir a disciplina a eles aplicável¹⁶³.

O Direito Brasileiro é *essencialmente causal*, muito embora a *causa* não figure como um dos elementos de validade do negócio jurídico traçados no art. 104 do Código Civil. Ainda assim, ela encontra-se presente como um elemento indissociável dos negócios jurídicos, e tem como função responder as perguntas “porque” e “qual é a razão de ser do negócio jurídico”¹⁶⁴.

¹⁶² DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio juridico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 191/192.

¹⁶³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4/2013, pag. 12. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Data de acesso 01.04.2015.

¹⁶⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4/2013, pag. 12. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Data de acesso 01.04.2015.

Nos negócios jurídicos indiretos o aspecto concreto da causa contraria o aspecto abstrato, na medida em que as partes de utilizam de um modelo negocial típico (e da causa no seu aspecto abstrato) para imputar uma finalidade diversa (ou não característica) do modelo negocial escolhido. Já nos negócios jurídicos fiduciários, a *causa* depende de qual espécie de negócio fiduciário se esteja estudando. Nos *negócios fiduciários propriamente ditos* e nos *negócios fiduciários impróprios*, falar-se-á em *causa fiduciae*; nos *negócios fiduciários legais ou típicos* e nos *negócios de fidúcia*, falar-se-á na *causa típica* do negócio em si; observadas as particularidades de cada uma das espécies. Tal qual nos *negócios indiretos*, a *causa* dos *fiduciários* será sempre analisada no seu aspecto concreto, como função econômico-individual da operação jurídica realizada.

2 TEORIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Tudo o que acontece ao nosso redor são *atos*. Como aduz José de Oliveira Ascensão: *num ponto de vista realístico, a dinâmica social é produto de atos: sendo ato todo o acontecimento que tenha um mínimo de exteriorização*¹⁶⁵. O nascer do sol; a criança que chora; o casal que corre no parque; as fases do semáforo; a variação de temperatura ao longo de um determinado período; o sol encoberto; o vulcão em erupção; o bebê que nasce; o homem que morre; o acidente automobilístico; o avião que decola e pousa no seu destino; a gota de orvalho que escorrega pela flor; a ida para Pasárgada e a amizade com o rei¹⁶⁶; as palmeiras da minha terra e o canto do sabiá¹⁶⁷; a pedra no meio caminho¹⁶⁸; a aldeia cortada pelo rio Tejo¹⁶⁹: todos estes exemplos são considerados *atos*, os quais podem ou não terem consequências jurídicas¹⁷⁰.

O simples nascer do sol não tem nenhuma relevância jurídica, a menos que, por exemplo, seja o nascer do sol do dia determinado no qual A deveria pagar a B uma determinada quantia. O choro da criança igualmente não parece ter nenhuma consequência jurídica, mas se ela chora porque alguém está batendo nela, o ato passa a ter uma consequência jurídica. O vulcão em erupção é um ato puramente natural; poderá, todavia, ter relevância jurídica se fechar o espaço aéreo europeu por um mês inteiro¹⁷¹. A pedra no meio do caminho igualmente não produz efeitos jurídicos; todavia, se um caminhão de transporte de cargas colidir com a pedra e tombar, o ato da pedra estar naquele determinado local e ela ser visível ou não, pode ser importante para fins de responsabilidade civil.

¹⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 2 – Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 09.

¹⁶⁶ BANDEIRA, Manoel. *Vou-me embora pra Pasárgada*.

¹⁶⁷ DIAS, Gonçalves. *Canção do exílio*.

¹⁶⁸ ANDRADE, Carlos Drummond de. *No meio do caminho*.

¹⁶⁹ CAEIRO, Alberto. *Pelo Tejo vai-se para o mundo*.

¹⁷⁰ “Nell’infinita varietà dei fatti, alcuni sono giuridicamente irrilevanti ed altri giuridicamente rilevanti (...)” (CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 07).

¹⁷¹ “Em abril de 2010, uma erupção do vulcão islandês Eyjafjallajökull provocou um caos mundial, forçando o maior fechamento do espaço aéreo europeu em tempos de paz, com mais de 100 mil voos cancelados e oito milhões de viajantes em terra ao longo de um mês.”

(<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2011/05/22/um-ano-apos-eyjafjill-outro-vulcao-fecha-espaco-aereo-na-islandia.jhtm> - acessado em 26.04.2015).

Obviamente que o Direito não se preocupa com quaisquer fatos; mas apenas com aqueles *acontecimentos em virtude dos quais as relações jurídicas nascem e se extinguem*¹⁷². Há aqui, contudo, interessante observação a ser feita. Não é que realmente existam fatos alheios ao Direito. Eles são alheios ao Direito apenas e tão somente porque o Direito assim permitiu; e assim o faz quando deixa de chancelar aquele determinado fato com efeitos jurídicos¹⁷³.

Assim é que, da categoria *fatos*, subdividem-se os chamados *fatos jurídicos (lato sensu)*¹⁷⁴ e *fatos ajurídicos*, estes últimos caracterizados como os eventos da natureza, as ações humanas que não geram por si só efeitos jurídicos (ex. beber água, acordar, estudar), dentre outros.

Os *fatos jurídicos lato sensu* não podem ser classificados como uma categoria dogmática uniforme¹⁷⁵, na medida em que abrangem uma série de eventos em muito diferentes entre si¹⁷⁶. Esquematizando o problema, Menezes Cordeiro aduz que a teorização deve ter como premissa a eficácia jurídica; é este o elo que unifica os diversos eventos jurídicos na categoria maior (*fatos jurídicos lato sensu*). Lembra ele que *o que pode haver de comum entre uma inundação, que aciona os mecanismos de um contrato de seguro, uma extração da lotaria, que confere direitos a determinados prémios e o nascimento de uma pessoa, que dá lugar a um novo centro de imputação de normas jurídicas é, justamente, a presença de eficácia jurídica*¹⁷⁷.

¹⁷² BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Servanda, 2015, pag. 265.

¹⁷³ TEPEDINO, Gustavo. *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*. In *Direito Civil – Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão – vol 2* (coords. José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão). São Paulo: Atlas, 2015, pag. 92.

¹⁷⁴ “São por exemplo fatos jurídicos:

- a morte

- o decurso do tempo que faz vencer o prazo

- o naufrágio que permite exigir a indenização ao segurador

- a queda acidental que configura acidente de trabalho.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 2 – Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 09).

¹⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil II – Parte Geral – Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 83.

¹⁷⁶ “I fatti che danno luogo ad un effetto giuridico hanno nome di fatti giuridici. Tali fatti sono più numerosi di quanto non si possa a prima vista credere (...)” (CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 07).

¹⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil II – Parte Geral – Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 83.

Em relação aos *efeitos jurídicos* operacionalizados pelo *fato jurídico*, ensina Francesco Galgano que eles decorrem do ordenamento jurídico¹⁷⁸. Desta forma, o *fato* será *jurídico* se ele se enquadrar em alguma das hipóteses abstratas previstas no ordenamento jurídico. Afirma-se, portanto, que *todo o Direito gira em torno do fato jurídico, considerando-o a verdadeira causa genética das relações jurídicas*¹⁷⁹.

A contrário senso, os *atos ajurídicos* são aqueles cujos efeitos não se enquadram em nenhuma das hipóteses legais prevista no ordenamento jurídico. Isto não significa, contudo, que deixam de se submeterem a qualquer conjunto de regras. Pode ser que se submetam aos *costumes* e/ou à *moral* e/ou à *ética*. É o que ensina Cariota-Ferrara ao dar como exemplo o galanteio, a cortesia e a honra profissional¹⁸⁰.

Questão interessante é aquela que advém da justificativa clássica de que os *efeitos jurídicos* devem visar a criação, modificação ou extinção de um direito subjetivo. Cariota-Ferrara, parece-nos que com razão, explica que esta definição é muito restrita, lembrando que é possível que os *efeitos jurídicos* visem criar, modificar ou extinguir um interesse legítimo ou um direito potestativo, razão pela qual ele define o conceito de *fato jurídico* como *ogni fatto che determina la nascita, la modificazione o la estinzione di uno <status>, di una situazione o posizione, di una qualità dei soggetti, di un diritto soggettivo, di un potere giuridico o di una potestà giuridica*. Arremata o autor, na tentativa de sintetizar sua ideia, que os *fatti giuridici sono quelli che attuano la nascita, la modificazione o la estinzione di rapporti giuridici*; mas, para tanto, deve-se dar ao termo *rapporti giuridici* (relações jurídicas) um sentido mais abrangente (lato), para o fim de compreender, também, *gli status e le qualità dei soggetti*¹⁸¹. Como também enfatiza Emilio Betti¹⁸², o esquema lógico do *fato jurídico*, em síntese, se obtém através

¹⁷⁸ “Si suole definire, nei termini più generali, come fatto giuridico ogni accadimento, naturale o umano, al verificarsi del quale l’ordinamento giuridico ricollega un qualsiasi effetto giuridico, costitutivo o modificativo o estintivo di rapporti giuridici.” (GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 1*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 35).

¹⁷⁹ MARINÂNGELO, Rafael. *Dos Atos Jurídicos Lícitos*. In *Teoria Geral do Direito Civil* (coords. Lotufo, Renan. Nanni, Giovanni Ettore). São Paulo: Atlas, 2008, pag. 702.

¹⁸⁰ CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 08.

¹⁸¹ CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 09.

¹⁸² BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 09.

da subsunção dele à um comando legal, no qual se verificará a transformação ou conservação da situação inicial (pré-existente) para uma situação final (nova), visando a constituição, modificação ou a extinção de um poder e um vínculo ou de uma qualificação e posição jurídica.

Visando cada vez mais atingir grupos que formem uma categoria dogmática uniforme, os *atos jurídicos lato sensu*, por sua vez, subdividem-se em *atos jurídicos stricto sensu* e *atos jurídicos lato sensu*. Os primeiros são os *atos jurídicos (lato sensu)* que tem como origem acontecimentos fortuitos (da natureza – força maior) e daí sua classificação em *extraordinários*, ou naturais (como o nascimento e a morte¹⁸³) e daí sua classificação em *ordinários*¹⁸⁴; ou seja, em nada dependem da obra do homem ou, ainda que o homem tenha participação, ela é irrelevante¹⁸⁵. Aqui cabe a mesma crítica que Menezes Cordeiro faz aos *atos jurídicos lato sensu*, em relação à impossibilidade de se estabelecer uma categoria dogmática uniforme, como ensina José de Oliveira Ascensão¹⁸⁶. Em relação a estes, é interessante notar que eles não podem ser classificados como ilícitos, uma vez que a *ilicitude* é resultado apenas de atos humanos (só o homem age ilicitamente¹⁸⁷). Já os segundos são aqueles *atos jurídicos (lato sensu)* decorrentes de ações humanas¹⁸⁸ comissivas ou omissivas que produzem efeitos jurídicos destinados a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. A característica destes está na *combinação harmônica do querer individual com o reconhecimento da*

¹⁸³ Outros exemplos são dados por Clóvis Bevilacqua: “enfermidades, decurso de tempo, aluvião, avulsão, desvio do curso das águas.” (BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Servanda, 2015, pag. 267).

¹⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*. In *Direito Civil – Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão – vol 2* (coords. José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão). São Paulo: Atlas, 2015, pag. 94.

¹⁸⁵ “Può anche accadere che il concorso dell’opera dell’uomo ci sai, ma anche resti giuridicamente irrelevante: così, ad esempio, il proprietario del suolo acquista la proprietà dei frutti del suolo (art. 821); ma ne acquista la proprietà per il solo accadimento di un fatto naturale, quale la nascita dei frutti dal suolo, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di frutti spontanei (come può accadere per alberi, arbusti, ecc.) o che siano il prodotto dell’opera di coltivazione (art. 820).” (GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 1*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 36).

¹⁸⁶ “É muito difícil fazer uma teoria geral do fato jurídico que abranja estes fatos *stricto sensu*. A unificação é meramente funcional – têm a característica comum de produzirem efeitos de direito. Mas a sua variabilidade é extrema.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 2 – Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 12).

¹⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 2 – Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 12.

¹⁸⁸ “Os principais fatos jurídicos, de longe, são as ações humanas.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 2 – Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 11).

*sua eficácia por parte do direito positivo*¹⁸⁹. Nos *atos jurídicos*, portanto, existe um *querer*, ao passo que nos *atos jurídicos stricto sensu* se observa apenas um *acontecer*. O *querer* encontra-se atrelado necessariamente a uma *vontade racionalizada* (e não mero impulso), ao passo que o *acontecer* independe de uma *vontade*.

Os *atos jurídicos (lato sensu)* podem ser (i) ilícitos ou (ii) lícitos. O ato ilícito é aquele que *na definição clássica de Planiol, nada mais é do que a violação de um dever preexistente, que se impõe ao agente. É a transgressão de um dever jurídico*¹⁹⁰. Integra o preceito romano clássico de Ulpiano, que serve até hoje como modelo jurídico universal, configurando, inclusive, as aspirações máximas de todo ordenamento jurídico: *Honeste Vivere, Alterum non Laedere e Suum Cuique Tribuere*¹⁹¹. *Não lesar ninguém* é exatamente o fundamento para e vedação do ato ilícito; descumprido o preceito (e o Direito), nasce a pretensão da responsabilidade civil. Não é propriamente um *ato jurídico*, na medida em que *não consiste em ato de vontade destinado a criar, praticar, alterar ou extinguir direitos conforme a ordem jurídica*, o que leva a doutrina a trata-lo como *ato jurídico impróprio*¹⁹².

A categoria dos *atos jurídicos (lato sensu) lícitos* também se subdivide em outras duas: (i) *ato jurídico stricto sensu* e (ii) *negócios jurídicos*.

Os *atos jurídicos stricto sensu* são todos os *atos jurídicos (lato sensu)* através dos quais o resultado dos efeitos jurídicos produzidos é alheio à vontade (*querer*) do agente. A produção de efeitos existe e integra a vontade, mas o agente não consegue alterá-la (é definida pela lei). Menezes Cordeiro salienta que *os primeiros postulam mera liberdade de celebração; os segundos vão mais longe: assentam na liberdade de*

¹⁸⁹ BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Servanda, 2015, pag. 266.

¹⁹⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Ato Ilícito*. In *Teoria Geral do Direito Civil (coords. Lotufo, Renan Nanni, Giovanni Ettore)*. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 723.

¹⁹¹ Título I (*De justitia et de jure*), §3º das Institutas de Justiniano: “Praecepta juris sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere (os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu).” - JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano (trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pag. 21).

¹⁹² MARINÂNGELO, Rafael. *Dos Atos Jurídicos Lícitos*. In *Teoria Geral do Direito Civil (coords. Lotufo, Renan Nanni, Giovanni Ettore)*. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 716.

*celebração e na liberdade de estipulação*¹⁹³. Exatamente por esta restrição na liberdade de estipulação é que se pode afirmar que a *autonomia privada*¹⁹⁴ é encontrada apenas nos *negócios jurídicos*, e não nos *atos jurídicos stricto sensu*. Isto porque o exercício da autonomia privada é reconhecido como a possibilidade de auto-regulamentação do interesse de um ou mais centros de interesse, que se caracteriza pela possibilidade de regulamentar o conteúdo do negócio e os efeitos jurídicos dele decorrentes¹⁹⁵. Esta dupla possibilidade existe apenas no negócio jurídico, uma vez que o ato jurídico *stricto sensu* é aquele no qual o conteúdo está previsto na Lei, bem como os efeitos a serem produzidos¹⁹⁶ (ex. reconhecimento de um filho – não se pode reconhecer um filho e não querer arcar com os alimentos).

É possível defender, entretanto, uma autonomia privada mitigada. Isto porque o ato jurídico *stricto sensu* pode sim decorrer da vontade das partes (ex. reconhecimento voluntário de um filho, que decorre da vontade do pai), embora não seja possível dispor em relação aos seus efeitos.

Também decorrente da impossibilidade dos agentes se auto-regulamentarem é que aparece uma distinção de regime jurídico entre as duas figuras. O regime jurídico

¹⁹³ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil II – Parte Geral – Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 85.

¹⁹⁴ “La autonomía privada es el poder conferido o reconocido (según la concepción del Derecho que se tenga) a la persona por el ordenamento jurídico para que gobierne sus propios intereses o atienda a la satisfacción de sus necesidades. El negocio jurídico es la expresión máxima de esa autonomía, en tanto que a través de él se cumple una de sus funciones: el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas para la satisfacción de aquellos intereses o necesidades. La autonomía privada, por medio del negocio jurídico, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas, y autorreglamenta las mistas.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume I, Madrid: Tecnos 2013, pag. 455)

¹⁹⁵ “Mais precisamente, a mais relevante diferença entre o ato e o negócio está na presença de liberdade na construção do negócio, que assenta principalmente na existência de uma declaração de vontade, destinada a dar vida à relação jurídica desejada pelas partes (Serpa Lopes, *Curso*, p. 422). A esta vontade, amparada e garantida pelo ordenamento jurídico, e apta a produzir os efeitos jurídicos desejados, se denomina vontade negocial (Francisco Amaral, *Direito Civil*, p. 380). O princípio que informa tal sentido de vontade é denominado de *autonomia privada*, significativamente chamado de *autonomia da vontade* pela doutrina clássica, de molde a pôr em destaque o conteúdo voluntarista da iniciativa privada.” (TEPEDINO, Gustavo. MORAES, Maria Celina Bodin de. BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado – Tomo I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pag. 211).

¹⁹⁶ “No ato jurídico *strictu sensu* o conteúdo está condicionado pela lei, enquanto no negócio jurídico o conteúdo é disposto pela vontade das partes que, pelo exercício da autonomia privada, auto-regulamentam seus interesses, embora não possam, nesse mister, contrariar o ordenamento jurídico (MARINÂNGELO, Rafael. *Dos Atos Jurídicos Lícitos*. In *Teoria Geral do Direito Civil* (coords. Lotufo, Renan. Nanni, Giovanni Ettore). São Paulo: Atlas, 2008, pag. 712).

do *negócio jurídico* é entabulado pelo Código Civil brasileiro através dos arts. 104/184, ao passo que o regime jurídico dos *atos jurídicos stricto sensu* é regulamentado pelo art. 185 do Código Civil, que expressamente determina que *aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do título anterior, sobre negócios jurídicos*. A locução *no que couber* chama especial atenção¹⁹⁷. Via de regra¹⁹⁸, aos *atos jurídicos stricto sensu* não se aplicam às normas referentes ao plano da eficácia, a saber condição, termo e encargo (arts. 121/137 Código Civil). Como explica Rafael Marinângelo¹⁹⁹, o plano da eficácia é aquele destinado por excelência à concretização da auto-regulamentação dos efeitos desejados pelas partes. Como os efeitos jurídicos dos *atos jurídicos stricto sensu* são aqueles previstos na Lei, não é permitido que as partes disponham em relação ao momento de produção destes efeitos e em relação a quais destes efeitos elas desejam que se concretizem.

Ainda em relação aos *atos jurídicos stricto sensu*, é possível separá-los em *próprios e impróprios*. *Atos jurídicos stricto sensu próprios* são aqueles que guardam afinidade com a linha de classificação e subdivisão entrelaçada acima. São aqueles que surgem da vontade humana e, mais do que isso, tem como causa determinante da produção da vontade um *querer* (a produção daqueles efeitos é intencional), mas cujos efeitos encontram-se disciplinados pelo ordenamento jurídico. Os *impróprios* são aqueles em que a causa determinante dos efeitos produzidos pelo ato não se encontra na vontade, mas sim no comportamento. Este comportamento, obviamente, é movido por uma vontade (ocupo aquele pedaço de terra, porque quero ocupa-lo), contudo, os efeitos jurídicos produzidos por essa ocupação não são necessariamente planejados (podem ocorrer inconscientemente), como a possibilidade de se pleitear usucapião depois de

¹⁹⁷ “O novel Código Civil não esmiuçou a disciplina jurídica do ato jurídico em sentido estrito, mas o art. 185, atentando para as similitudes entre as duas espécies, determina que se apliquem a esta figura de ato jurídico, no que couber, as regras atinentes ao negócio jurídico, ficando, ao operador do direito, a tarefa de verificar até que ponto e de que maneira tais regras podem incidir e disciplinar essa espécie de fato jurídico.” (MARINÂNGELO, Rafael. *Dos Atos Jurídicos Lícitos*. In *Teoria Geral do Direito Civil* (coords. Lotufo, Renan. Nanni, Giovanni Ettore). São Paulo: Atlas, 2008, pag. 714.

¹⁹⁸ Existem exceções, como, por exemplo, a declaração de domicílio, que pode conter um termo inicial ou final

¹⁹⁹ “Aos atos jurídicos *strictu sensu*, porém, não se aplicam as regras dos arts. 121 a 137 do Código Civil vigente, que dispõem sobre a condição, o termo e o encargo, porquanto pressupõem necessária presença da autonomia privada, ou seja, a faculdade de as partes estarem livres para estipular o conteúdo negocial, característica esta restrita aos negócios jurídicos.” (MARINÂNGELO, Rafael. *Dos Atos Jurídicos Lícitos*. In *Teoria Geral do Direito Civil* (coords. Lotufo, Renan. Nanni, Giovanni). São Paulo: Atlas, 2008, pag. 717).

determinado lapso temporal. São também classificados pela doutrina como *ato-fato jurídico*²⁰⁰.

Nos *negócios jurídicos* ocorre exatamente o inverso: a vontade (*querer*) determina os efeitos jurídicos a serem produzidos pelo(s) agente(s). As primeiras codificações (dentre as quais se destacam o Código Civil Napoleônico (França, 1804), Código de Seabra (Portugal, 1868), Código Civil Italiano 1865 e Código Civil Espanhol 1889) não dedicavam uma única linha ao instituto, que só veio a surgir na Alemanha no meio do século XIX. Ironicamente, aponta a doutrina que os precursores do estudo sobre *negócios jurídicos* apenas o fizeram por conta de uma série de problemas práticos encontrados nos reinos que deram origem à Alemanha; e estes problemas práticos se concretizaram exatamente pelo fato de que inexistia um Código Civil Unificado vigente naqueles territórios²⁰¹⁻²⁰². Um instituto criado para sanar um problema prático decorrente da falta de um sistema civil não codificado ganhou o mundo e se tornou parte essencial para a melhor compreensão dos *atos jurídicos*.

Ainda assim, o instituto demorou a ganhar corpo. Mesmo o Código Civil Alemão (BGB) de 1896 não menciona uma única vez o termo *negócio jurídico*, embora regule de maneira mais homogênea institutos como o casamento, o contrato e o testamento²⁰³.

²⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*. In *Direito Civil – Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão – vol 2* (coords. José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão). São Paulo: Atlas, 2015, pag. 94.

²⁰¹ “La primera de las características que la figura conceptual del negocio jurídico presenta es su *historicidad*. La construcción teórica y racional del negocio jurídico aparece a principios del siglo XIX entre los juristas alemanes porque en Alemania no había tenido lugar todavía al fenómeno de la Codificación. Con ese sistema puramente racional, cuyo presupuesto de partida es la declaración de voluntad de la persona, se pretende resolver una serie de problemas prácticos, y presupone una evolución determinada del pensamiento jurídico, muy marcada por su tendencia hacia el racionalismo y hacia la abstracción.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume I, Madrid: Tecnos 2013, pag. 455).

²⁰² “A ideia, no direito alemão, de se criar um conceito geral de negócio jurídico, ao contrário, se punha na esteira da construção de um sistema jurídico dogmático, com institutos genéricos, concebidos de forma abstrata, para subsunção indistinta das diversas ocorrências do mundo fático. Foi mesmo um trabalho de se erigirem categorias jurídicas estruturais, levadas, no BGB, a uma parte geral que se tencionava espraiasse suas regras para todos os livros da parte especial da normatização civil.” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Dos Fatos Jurídicos e do Negócios Jurídico*. In *Teoria Geral do Direito Civil* (coords. Lotufo, Renan. Nanni, Giovanni Ettore). São Paulo: Atlas, 2008, pag. 394).

²⁰³ “En Europa occidental, hasta el siglo XX sólo el Código civil alemán contiene preceptos que disciplinan de manera especial el negocio jurídico. En ellos hay normas que regulan los contratos, los testamentos,

As primeiras codificações do século XX também ignoraram o instituto, como se observa do próprio Código Civil Brasileiro (1916), que regulava a matéria sob a alcunha de *atos jurídicos*²⁰⁴. A reviravolta se deu apenas com o advento do Código Civil Italiano 1942 e do Código Civil Português 1966, oportunidade na qual a massiva doutrina passou a aceitar e estudar mais profundamente a questão.

O termo *negócio* é formado pela expressão latina *neg + otium*: negação do ócio. Traduz a ideia de *movimento*, de *atividade*. Por *negócio jurídico* deve-se entender todo o *ato jurídico* decorrente da vontade do(s) agente(s) cujos efeitos são por ele(s) estipulado(s). Como ensina Cláudio Luiz Bueno de Godoy, *conceitua-se o negócio jurídico como sendo a manifestação de vontade voltada à obtenção de efeitos jurídicos previstos no ordenamento; mas não quaisquer efeitos jurídicos: cuida-se do sujeito declarar uma vontade consciente e qualificada, que tem por objetivo alcançar determinados efeitos jurídicos relacionais, de aquisição, modificação ou extinção de direitos*²⁰⁵.

É o *negócio jurídico*, portanto, a *espinha dorsal* da concretização da *autonomia privada*. Por meio dele, as partes podem autorregular seus próprios interesses (nos limites do ordenamento jurídico), no sentido de criarem, modificarem ou extinguirem direitos e obrigações; podem, ademais, expandirem ou restringirem os efeitos típicos de cada ato, o que nos leva diretamente ao objeto deste estudo, os *negócios indiretos* e os *negócios fiduciários*, que são nada mais do que *negócios jurídicos* por meio dos quais as partes ou alteram a finalidade de um negócio típico ou expandem / restringem os efeitos típicos de um negócio jurídico igualmente típico.

É importante não confundir *autonomia da vontade* com *autonomia privada*. A *autonomia da vontade* perdurou durante o século XIX e a primeira metade do século XX, tendo ganhado corpo com o Código Civil Napoleônico de 1804, que preconizava

los matrimonios, etc., pero no existen sobre el negocio jurídico, ni esta expresión es utilizada por el legislador." (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume I, Madrid: Tecnos 2013, pag. 456).

²⁰⁴ Art. 81 e ss.

²⁰⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Dos Fatos Jurídicos e do Negócios Jurídico*. In *Teoria Geral do Direito Civil* (coords. Lotufo, Renan. Nanni, Giovanni Ettore). São Paulo: Atlas, 2008, pag. 390.

os ideais revolucionários da *liberdade, igualdade e fraternidade*. A *liberdade* ganhou sua expressão máxima em duas das principais áreas de interesse: (i) na Economia, através do Liberalismo Econômico e (ii) no Direito, através da plena e irrestrita liberdade na esfera contratual, onde as partes eram totalmente livres para se auto-regulamentarem da forma como quisessem. Ademais, a noção de que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) nunca foi tão evidente. A consequência não poderia ser outra: sem limites legais, as partes mais vulneráveis passaram a ser escravizadas contratualmente pelas partes que detinham o capital econômico, o que foi muito evidente durante a Segunda Revolução Industrial, na qual os trabalhadores voluntariamente aceitavam trabalhar em condições sub-humanas em troca de remunerações inglórias²⁰⁶⁻²⁰⁷.

²⁰⁶ “Como os negócios jurídicos (de que os contratos são espécie) fazem *lei* entre as partes, a interpretação dos contratos sempre foi tema de pouquíssima elasticidade, pois qualquer interpretação do contrato esbarrava em sua força obrigatória, não dando ocasião para que o intérprete dessa “norma particular” pudesse questionar algo que não estivesse posto entre as partes, com esse sentido de perfeição (negócio jurídico celebrado = ato jurídico perfeito). O sistema jurídico moderno, entretanto, já não contém a mesma inflexibilidade de antes. Há no sistema mecanismos de controle de cláusulas gerais que podem gerar a intervenção do juiz, por exemplo, naquilo que as partes convencionaram livremente. É esse o momento, então, em que o ordenamento jurídico se vê diante de um fenômeno novo que, de certa maneira, põe em risco a denominada “certeza do direito”. Isto passa a constituir, na seara do direito privado, um ponto nevrálgico que polariza a discussão em dois lados da análise científica: a) de um lado, vê-se o valor prezado pelo direito privado, relativo à liberdade do sujeito, de querer e de gerar regras particulares no ordenamento jurídico, ponto fundamental da estrutura sistêmica do direito privado; b) de outro, vê-se o crescente intervencionismo estatal no conteúdo jurígeno da vontade de contratar, limitando pretensões e adequando de forma compulsória, e até por determinação judicial, aspectos da vida privada. Essa querela, que já era visível nos últimos quartéis do século XIX, tornou-se evidente no século XX e foi um dos pontos de reexame do fenômeno e da técnica jurídica, já à luz do que se logrou denominar de *crise do direito*. Isso porque se vislumbrou que aquele modelo de liberdade privada absoluta, no âmbito das relações privadas, celebrado pelo *Code Napoléon*, continha em sua estrutura um sem-número de falhas geradas pela maneira exagerada com que tratou os sujeitos de direito diante de sua pretensa (mas não efetiva) igualdade e diante da pouca preocupação com os interesses de toda a comunidade. Melhor explicando. O fenômeno político do fim do século XVIII, as convulsões sociais dessa época e o postulado da liberdade incondicional que inspiraram o *Code Napoléon* desconsideraram fenômenos sócio-jurídico-econômicos que se tornaram muito evidentes no decorrer do século XIX e fizeram medrar outra estrutura de ordenação jurídica, não mais à luz do que se logrou denominar *liberdade negocial*, mas à luz do que hoje podemos identificar como representativa da expressão *função negocial*. O aspecto econômico-social desse fenômeno evidencia-se a partir do início da sociedade industrial, das negociações celebradas em massa e na cadência da impessoalidade com que vínculos negociais, antes firmados sob os auspícios da absoluta igualdade entre os sujeitos vinculados, passaram a ser firmados em volume muito maior do que aquele sobre cuja disciplina a função regulatória do direito tinha condições de incidir. Era como se as pretensões e necessidades da sociedade, com o passar de pequeníssimo lapso de tempo, tivessem adquirido contornos que disputassem solução muito diferente daquela que, pouco tempo antes, tinha gerado estrutura tão bem montada como a do primado da autonomia da privada, já agora insuficiente para evitar o colapso do equilíbrio desejado para a harmonia das relações contratuais e de todo o tecido social.” (ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. *Introdução ao pensamento jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pag. 88/89).

Reconhecido este conflito, o *pacta sunt servanda* foi sendo mitigado em detrimento de maior proteção aos contratantes vulneráveis ou que se tornavam vulneráveis durante a execução do contrato²⁰⁸. Foram retomadas as técnicas de revisão contratual²⁰⁹ (que existiam desde o Código de Hamurabi²¹⁰, mas que haviam perdido espaço durante a primeira metade do século XIX), dentre as quais se destacam as teorias da (i) pressuposição de Windscheid²¹¹, em 1850; (ii) quebra da base subjetiva, de Paul Oertmann²¹², no início do século XX; (iii) quebra da base objetiva²¹³⁻²¹⁴ de Karl Larenz,

²⁰⁷ “A decantada liberdade de contratar passa a receber temperamentos e interpretações moderadas, deixando de lado a liberdade absoluta e o que se convencionou denominar de *pacta sunt servanda*.” (ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. *Introdução ao pensamento jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pag. 87).

²⁰⁸ “Este princípio mantém-se no Direito atual dos contratos com atenuações que lhe são não mutilam a subsistência. As exceções preconizadas, e já admitidas, com hesitação, em poucas legislações revelam forte tendência para lhe emprestar significado menos rígido, mas não indicam que venha a ser abandonado, até porque sua função de segurança lhe garante a sobrevivência. O que não mais de admite é o sentido absoluto que possuía. Atribui-se-lhe, hoje, relatividade que a doutrina do individualismo recusava. O intransigente respeito à liberdade individual que gerara intolerância para com a intervenção do Estado cedeu antes novos fatos da realidade social, cessando, em consequência, a repugnância a toda limitação dessa ordem.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 39).

²⁰⁹ “A mudança de orientação deve-se a acontecimentos extraordinários, que revelaram a injustiça da aplicação do princípio [*pacta sunt servanda*] nos seus termos absolutos. Após a primeira conflagração mundial, apresentaram-se, em alguns países beligerantes, situações contratuais que, por força das circunstâncias, se tornaram insustentáveis, em virtude de acarretarem onerosidade excessiva para um dos contratantes.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 39).

²¹⁰ “Art. 48. Se alguém tiver um débito de empréstimo e uma tempestade prostrar os grãos ou a colheita for ruim, ou os grãos não crescerem por falta d’água, naquele ano a pessoa não precisa dar ao seu credor dinheiro algum. Ele deve lavar sua tábua de débito na água e não pagar aluguel naquele ano.”

²¹¹ “Depois de um longo período de esquecimento das teorias revisionistas, que se preocupavam com a alteração das circunstâncias posteriores à contratação, o que perdurou desde o final do século XVIII e durante o século XIX, o alemão Bernard Windscheid lançou, em 1850, a teoria da pressuposição. A pressuposição seria uma condição não desenvolvida, uma autolimitação da vontade verdadeira e não da vontade efetiva. O contratante manifesta a declaração negocial sob a certeza de que certas circunstâncias apareçam ou não se alterem, e que, por isso, não são postas como condição. Seria determinação inеха, a qual poderia constar de forma expressa ou tácita. Windscheid sustentava que a manifestação de vontade é feita sempre tendo em conta certos pressupostos, à semelhança de quem declara sua vontade submetida à condição de que a eficácia do negócio venha a se produzir em um determinado estado de coisas. Se esse pressuposto sobre o qual a vontade se assentou não se verifica ou se altera, pode resistir ao cumprimento do ajuste exigido pela outra parte.” (COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pag. 73/75).

²¹² “Observa-os claramente que Oertmann deu ênfase ao conhecimento expresso ou tácito pelo contratante a respeito da *representação* do outro e o significado desta para a contratação, ou seja, a certeza que a motivação do contratante baseia-se no fato de que determinada circunstância existe, subsistirá ou virá a ocorrer, a ponto de nem ser preciso inseri-la como condição do negócio. Tentava contornar o problema da representação mental de somente uma das partes, a levar para o terreno dos motivos, como verificamos na pressuposição de Windscheid. Esse seria o sucesso da teoria de Oertmann em relação à pressuposição de Windscheid: assegurar uma ampla tutela da confiança. Base do negócio, portanto, seria a “representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del

também no início do século XX; (iv) imprevisão²¹⁵⁻²¹⁶, surgida na França²¹⁷ como derivação da cláusula *rebus sic stantibus*²¹⁸ também no início do século XX; e (v) onerosidade excessiva²¹⁹, na segunda metade do século XX e (vi) principalmente a cláusula *rebus sic stantibus*, que surgiu na passagem do Direito Romano para o Direito Medieval e que serviu como importante instituto jurídico por ao menos um milênio. Ademais, a autonomia da vontade foi sofrendo abalos, na medida em os Estados impunham restrições à liberdade de contratar, tais como a observância da *boa-fé objetiva*, da *função social do contrato*, dos *bons costumes*, dentre outros. Com estas restrições e esta mudança de paradigma, a doutrina passou a reconhecer que não mais se

negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial.” COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pag. 82/83).

²¹³ Para alguns doutrinadores encontra fundamento no Direito Brasileiro por meio do art. 6º, inciso V, do Código de Defesa e Proteção do Consumidor: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”

²¹⁴ “O ponto central da teoria da base do negócio em sentido objetivo é que o contrato permaneça sempre dotado de sentido, o que deixa de existir quando é destruída a relação de equivalência entre as prestações, de tal modo que não se pode mais falar em “contraprestação”, ou que resulte inalcançável a finalidade objetiva do contrato, expressa em seu conteúdo, mesmo quando seja possível a prestação.” (COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pag. 102)

²¹⁵ “Na justificação moderna da atividade do poder vinculante do contrato, a ideia de *imprevisão* predomina.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 41).

²¹⁶ Art. 317 Código Civil Brasileiro: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

²¹⁷ “Na França, o Conselho de Estado admitiu, então relativamente a contratos de concessão de serviço público, que seu conteúdo poderia ser revisto, desde que novas circunstâncias, fora de toda previsão, houvessem determinado, para o cumprimento das obrigações, tamanha onerosidade que a sua execução importasse a ruína econômica do devedor. A Lei *Failliot*, de 21 de maio de 1918, embora de emergência, consagrou, de modo nítido, o princípio da *revisão*, dispondo que os contratos mercantis estipulados antes de 1º de agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo, poderiam ser resolvidos se, em virtude do estado de guerra, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer contratante lhe causasse prejuízos cujo montante excedesse de muito a previsão que pudesse ser feita, razoavelmente, ao tempo de sua celebração.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 40).

²¹⁸ “Para justificar as exceções que a equidade impõe ao princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos, a doutrina, inicialmente, faz ressurgir antiga proposição do Direito Canônico, a chamada cláusula *rebus sic stantibus*, e, em seguida, adotou a construção teórica conhecida por *teoria da imprevisão*.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 40).

²¹⁹ “Art. 478 Código Civil: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

estava diante da antiga noção de *autonomia da vontade*, mas sim de uma nova figura: *autonomia privada*²²⁰.

Por conta desta mudança de paradigma sobre o direito contratual, muitos chegaram a questionar se o contrato tenderia a desaparecer²²¹ e alguns chegaram a profetizar, inclusive, sua morte²²². Esta situação ficou conhecida como a *crise dos contratos*, mas já se encontra efetivamente rechaçada pelos autores modernos, como lembra Flávio Tartuce²²³.

Os *negócios jurídicos* podem, ainda, serem subdivididos em outras espécies, dentre as quais se destaca o *contrato*. As subespécies são muito diversas entre si, o que também é alvo de crítica da doutrina; mas o ponto é que o instituto é peça vital para operacionalizar uma série de atos jurídicos que tem como núcleo a *autonomia privada*

²²⁰ “Assim, ante a impossibilidade do legislador de regulamentar todas as formas contratuais, que vão surgindo no mundo moderno, abre-se um campo fértil à liberdade das partes. Nesse clima de liberdade, a autonomia da vontade semeia novas formas de progresso, procurando resolver os problemas advindos das necessidades, sempre crescentes, de ordem socioeconômica (...). Contudo, importante é que essa liberdade seja condicionada, pois a liberdade, sendo um bem nas mãos de pessoas de bom-senso, pode transformar-se em uma mal, quando dirigida por forças que escravizam o ser humano, de uma forma ou de outra. Dessa maneira, a liberdade está condicionada a certos princípios de convivência intersubjetiva, para que não se verifiquem abusos e para que se reafirme, sempre, a ideia de que o Direito pode não ser a própria Justiça, mas para ela deve tender. O direito de um há que chegar até o limiar do direito de outrem, para que haja o respeito mútuo entre as pessoas, numa reafirmação constante da ideia segundo a qual o Direito deve harmonizar sua vida.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 111).

²²¹ Entre nós, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao analisar a sociedade de massa e as novas formas de contratação assim escreveu: “Estamos vivendo numa sociedade sem liberdade. Se a tendência for essa é muito provável que diante da pergunta – qual o destino do contrato? – tenhamos que, num futuro, não sei se próximo ou longínquo, que responder: é o seu progressivo desaparecimento. Isso pelo menos nos termos como ele foi entendido, tradicionalmente, pela teoria jurídica. O que virá em seu lugar? É a interrogação que deixamos em aberto.” (*Destino do Contrato*. In *Revista do Advogado*, Ano III, nº 9, pag. 54 – Conferência pronunciada em 30 de abril de 1980, no Curso sobre Contratos, realizado pela AASP).

²²² Por todos: GILMORE, Grant. *La morte del contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999.

²²³ “É um grave equívoco aceitar e compreender o contrato com sua estrutura clássica, concebido sob a égide do *pacta sunt servada* puro e simples, com a impossibilidade da revisão das cláusulas e do seu conteúdo. Surgem princípios sociais contratuais como a boa-fé objetiva, a função social dos contratos, a justiça contratual e a equivalência material. Diante de um *campo minado negocial*, em que muitas empresas cometem abusos no exercício da autonomia privada, tais princípios mitigam sobremaneira a força obrigatória do contrato, em prol de uma interpretação mais justa, baseada na lei e nos fatos sociais. Assim, é de se repudiar a ideia de *crise dos contratos*, conforme construída por alguns autores do direito alienígena. O melhor caminho é acreditar em um novo conceito emergente, dentro da nova realidade do direito social. Acatam-se as antigas, mas sempre atuais palavras de Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, pelas quais “os contratos hão de ser sempre a fonte mais fecunda, mais comum e mais natural dos direitos de crédito””. (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 3 – teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. São Paulo: Ed. Método, 2014, pag. 07).

por excelência²²⁴. O pressuposto básico desta figura é agrupar uma série de atos que tem como característica comum a manifestação da vontade do(s) agente(s); através dela (figura do negócio jurídico), é possível estabelecer um conjunto de regras mínimas para regular o fenômeno²²⁵. Embora as espécies não sejam homogêneas, o gênero estabelece *critérios o directrices que facilitan la solución a los casos concretos, ajustando a cada caso la suya propia*²²⁶.

A questão fulcral e que demonstra a enorme importância do instituto dos *negócios jurídicos* é que eles englobam as duas principais modalidades de circulação de riquezas existentes no mundo: (i) os contratos e (ii) os testamentos. Por meio dos contratos, se verificam os atos de circulação de riquezas *inter vivos*, ao passo que, por meio dos testamentos, se verificam os atos de circulação de riquezas *causa mortis*. Sem a possibilidade de se estipular e concretizar estas duas figuras, a economia estaria fadada ao insucesso, uma vez que seria impossível a livre circulação de bens e serviços. O contrato é, portanto, a coluna que dá sustentação a todas as relações e situações jurídicas que envolvem a propriedade. Se o Direito Romano foi marcado pela centralidade da *propriedade* no ordenamento jurídico e se o Código Civil Francês de 1.804 foi marcado pela revitalização da figura do contrato para que servisse de instrumento para a concretização da propriedade privada, não é exagero dizer que vivemos a *era dos contratos*, dada sua importância central nos ordenamentos jurídicos modernos²²⁷.

²²⁴ “La manifestazione precipua di codesta autonomia è il negozio giuridico.” (BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 50).

²²⁵ “el negocio jurídico es una construcción que tiene como presupuesto básico la agrupación de actuaciones o manifestación de voluntad de la persona con caracteres comunes, a fin de estudiar y aplicar unas mismas reglas para la regulación de los fenómenos agrupados *em razón al papel relevante que se concede a la voluntad de la persona en orden a la producción de efectos jurídicos*.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume I, Madrid: Tecnos 2013, pag. 456).

²²⁶ “La crítica desde el punto de vista técnico-jurídico a la construcción del negocio jurídico se fundamenta en la duda razonable de que sea posible la unificación de figuras heterogéneas para obtener de ellas unas soluciones unificadas a sus problemas. Si éstos no son idénticos, aquéllas tampoco pueden serlo. A ello es posible responder que la teoría del negocio jurídico es una pieza muy útil del sistema jurídico para su mejor comprensión, y que, si bien no ofrece soluciones uniformes, es posible, al menos, establecer criterios o directrices que faciliten la solución a los casos concretos, ajustando a cada caso la suya propia.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume I, Madrid: Tecnos 2013, pag. 456).

²²⁷ GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 147/148.

Aqui cabe uma indagação pertinente. Se o *negócio jurídico* engloba, dentre outras, estas duas principais figuras (contratos e testamentos) e se exatamente por este fato ele é tão importante, qual a razão de sua criação, na medida em que os contratos e os testamentos são figuras jurídicas milenares? Reformulando a pergunta: por qual razão criou-se a figura dos *negócios jurídicos* se suas principais espécies são conhecidas há milênios? A resposta é dada por Emílio Betti; explica ele que quando se eleva o *contrato* (e o *testamento*) à categoria dos *negócios jurídicos*, o Direito reconhece que estas figuras possuem uma função social extremamente relevante, e, por essa razão, ele reforça e torna estes vínculos ainda mais seguros, estabelecendo normas gerais a serem obedecidas pelo(s) agente(s), sob pena de uma sanção própria²²⁸.

Passemos aos *contratos*, figura essencial para a compreensão dos *negócios indiretos* e *negócios fiduciários*. *Contratar* deriva do termo latino *contrahere*, que significa *contrair, tratar com, vir a ser parte de uma relação jurídica*²²⁹. Todo contrato visa uma operação econômica através de um modelo jurídico adequado para a concretização desta operação. Aliás, é exatamente a operação econômica que o diferencia do gênero *negócio jurídico*, uma vez que o escopo de todo contrato é permitir e viabilizar a circulação de riquezas²³⁰, ao passo que se admitem *negócios jurídicos extrapatrimoniais*, como o testamento por meio do qual a única disposição venha a ser o reconhecimento da paternidade (ainda que eles possam ter consequências patrimoniais; no caso do testamento acima mencionado, a consequência patrimonial se verifica no fato de que o filho reconhecido passará a ser herdeiro do testador) . O conceito moderno de contrato é bem delineado por Darcy Bessone, para quem o *contrato é o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial*²³¹.

²²⁸ “Ora il diritto, quando si decide ad elevare i contratti in parola al livello di negozi giuridici, altro non fa che riconoscere, in vista della sua funzione socialmente rilevante, quel vincolo che, secondo la coscienza sociale, i privati stessi già per l’innanzi sentivano di assumersi nei rapporti fra loro. Non fa che refferzare e rendere piú sicuro tal vincolo, aggiungendovi la propria sanzione.” (BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 46).

²²⁹ “*contrahere* não significa concluir *contrato*, mas *vir a ser parte de uma relação jurídica*.” (MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 470, nota 3).

²³⁰ MARTINS-Costa. Judith. *Contratos. Conceito e evolução*. In *Teoria Geral dos Contratos (orgs. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni)*. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 52.

²³¹ BESSONE, Darcy. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949, pag. 21.

Do ponto de vista prático, como nasce um contrato ou um negócio jurídico? Seriam eles uma construção meramente jurídica que visem resolver determinados problemas encontrados na sociedade ou, ao contrário, decorreriam da própria *praxis* quotidiana e das necessidades sociais para, após estarem socialmente sedimentados, virem a serem regulamentados pelo ordenamento jurídico? Não nos parece que seja a primeira hipótese. O Direito nada mais é do que o reflexo das próprias necessidades sociais; ele nunca inova, apenas regulamenta aquilo que precisa ser regulamentado. Como explica Álvaro Villaça de Azevedo, *as regulamentações legais dos institutos jurídicos surgem depois de seu aparecimento, reafirmando-se perante a sociedade, que os criou pelos usos e costumes*²³². É, afinal, o que ensina Miguel Reale em sua teoria tridimensional do direito: a norma resulta da implicação dialética entre fato e valor; se o valor corresponder ao fato, surgirá a norma, que permanecerá em vigor até a alteração do fato e/ou do valor que serviram como substrato para sua afirmação.

Os exemplos dados por Emilio Betti e Renan Lotufo²³³, adaptados a uma realidade experimentada nos primeiros anos do descobrimento do Brasil ajuda a compreender o problema e a resposta. O contrato de troca (permuta) é um dos mais primitivos instrumentos de circulação de riquezas conhecido pela humanidade. A existência dele dependeria de um ordenamento jurídico ou ele existe por si só, ainda que inexistia um ordenamento jurídico? Para não precisarmos recorrer a uma época muito antiga, foquemos no descobrimento do Brasil (antes do território descoberto ser considerado colônia portuguesa e antes da aplicação das Ordenações nas terras recém descobertas). Os portugueses praticavam o chamado *escambo* (nada mais do que troca, permuta) com os indígenas, por meio do qual aqueles entregavam pequenos objetos (espelhos, pentes, sombreiros, roupas) em troca de riquezas naturais, como madeira e pedras preciosas. Obviamente que naquela época inexistia ordenamento jurídico vigente no território sul-americano apto a regulamentar as relações jurídicas celebradas entre

²³² E continua o próprio Autor: “Daí o fato de ser o Direito a própria vida humana em relacionamentos contínuos. A atuação dos seres humanos cria, modifica e extingue os fenômenos jurídicos. O Direito é uma ciência que nasce da sociedade, daí a expressão famosa segundo a qual *ubi societas ibi ius*. Realmente, sem a sociedade não pode haver direito, porque ela o dinamiza e o faz ser uma célula em constante transformação, como um fogo sagrado, que as pessoas mantêm aceso pelo tempo como condição de sua própria existência.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 109).

²³³ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 303.

indígenas e portugueses. Assim, o que legitimava e como se operacionalizava aquele *escambo*? Como os índios tinham conhecimento do contrato de permuta, se inexistia naquele ordenamento jurídico qualquer matéria que regulamentava aquela figura negocial? A resposta, dada por Betti²³⁴, recai no fato de que as figuras negociais se desenvolvem espontaneamente, de acordo com a necessidade da sociedade; independentem, portanto, da existência de um ordenamento jurídico.

Qualquer civilização rudimentar entende um comando de troca; desta forma, bastava aos portugueses deixarem alguns objetos na praia e recuarem para o mar para que os indígenas os pegassem e deixassem outros em seu lugar. Se não pegassem, inexistia contrato. Não à toa que Álvaro Villaça de Azevedo ensina que o *contrato é tão antigo quanto o próprio ser humano*²³⁵. Vamos além: o contrato surge antes mesmo da própria consciência psíquica de que se está celebrando um contrato. Pensemos em uma criança de quatro ou cinco anos de idade: elas compreendem muito bem contratos simples como a troca e a compra e venda, muito embora sequer tenham ideia do que estão fazendo (sabem apenas que entregando aquela moeda na padaria, o sujeito do outro lado do balcão lhe dá um doce). É verdade que este contrato poderá vir a ser declarado nulo, mas isso não exclui o fato de que até mesmo uma criança de pouca idade entende os contratos mais simples. Com isto, pretende-se demonstrar que as figuras negociais são, antes de tudo, uma criação humana (uma real necessidade), decorrente da *praxis* de um determinado grupo social e, acima de tudo, um reflexo da *autonomia privada*²³⁶.

²³⁴ “I negozi giuridico hanno la loro genesi nella vita di relazione: sorgono come atti coi quali i privati dispongono per l’avvenire un regolamento impegnativo d’interessi nei loro rapporti reciproci e si sviluppano spontaneamente sotto la spinta dei bisogni, per adempiere svariate funzioni economico-sociali, all’infuori dell’ingerenza di ogni ordine giuridico. Si pensi, anzitutto, al contratto che adempie nella forma piú rudimentale la funzione dello scambio di merci: la permuta. Ebbene, noi la vediamo universalmente praticata anche da tribú selvagge presso le quali non v’è traccia di uno stato, sai nelle relazioni fra loro, sia nei rapporti con popoli vicini. Vediamo come, nonostante la mancanza di un ordinamento superiore, le trattative antecedenti alla conclusione del contratto, vengono condotte con scrupolosa correttezza, e come, raggiunto l’accordo, entrambe le parti mostrino, nel concludere il contratto, piena consapevolezza del suo valore impegnativo.” (BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 45).

²³⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 109.

²³⁶ “Codesta genesi che i negozi giuridici sogliono avere sul terreno sociale, in ordine all’esigenza della circolazione dei beni, mostra chiaramente come essi rampollino dall’iniziativa privata e siano essenzialmente atti coi quali i privati provvedono in vista di quell’esigenza a regolare da sé i propri interessi nei rapporti reciproci: atti di *autonomia privata* in questo senso, atti cioè di

A consequência deste raciocínio é que toda figura negocial surge como figura atípica. Ela apenas se tornará típica quando sua repetição na sociedade atingir um determinado grau de importância que leve o legislador a optar por tipificá-la no ordenamento jurídico para trazer maior segurança jurídica aos envolvidos. A melhor experiência no Direito Brasileiro é a *alienação fiduciária em garantia*, que nada mais é do que a positivação de uma garantia que historicamente consistiu na transferência da propriedade para fins de garantia.

Essa é a principal razão pela qual um ordenamento jurídico que trate as figuras negociais de forma restrita e limitada é fadado ao insucesso prático. E é por essa mesma razão que o sistema jurídico romano, que no início inadmitia os *negócios atípicos e inominados*, e limitava os *negócios típicos* a três ou quatro *fattispecies*, precisou, ao longo dos séculos, se reinventar, sem que antes, tenha sido um campo vastíssimo da engenharia jurídica criativa daquela sociedade, que permitiu o surgimento dos *negócios fiduciários* e dos *negócio indiretos*, por meio dos quais a sociedade visava suprir as necessidades sociais através das poucas ferramentas que dispunham²³⁷.

A impossibilidade de se estipular contratos atípicos no Direito Romano foi sendo mitigada na medida em que surgia a necessidade prática de se formular novos tipos contratuais²³⁸. Entretanto, antes desta lenta flexibilização, os romanos começaram a utilizar as figuras contratuais até então típicas para a concretização de finalidades diversas daquelas tipificadas pelo legislador. Foi neste cenário, que surgiram as figuras dos negócios fiduciários e indiretos²³⁹, o que se deu, em um primeiro momento, através

autodeterminazione, di autoregolamento dei propri interessi fra gli stessi interesatti.” (BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 46).

²³⁷ “Ocorrem situações nas quais as partes se veem impedidas de criar tipos especiais de negócios, pelas mais variadas espécies de óbice de natureza jurídica e, em tal situação, tentam se valer dos negócios jurídicos existentes para atingir o fim desejado.” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 14, número 2, agosto/2014, pag. 75).

²³⁸ “No entanto, a criação de novas figuras contratuais, nascidas das necessidades socioeconômicas, no passar dos tempos, desencadearia o processo de abrandamento do rigor do antigo quadro quiritário dos contratos.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 112).

²³⁹ “O negócio indireto seria o instrumento do preenchimento desse descompasso entre o direito e a vida uma vez que se fala nesse tipo de negócio quando as partes recorrem a um negócio típico (nominado) como meio de obterem um resultado ulterior que não é típico do negócio adotado, mas de

da *fiducia cum creditore* e da *fiducia cum amico*, as duas mais antigas figuras negociais nas quais se verifica a ruptura entre a finalidade jurídica (ou seja, a finalidade delimitada pelo *tipo negocial*) e a finalidade econômica do próprio *tipo negocial* escolhido pelas partes (ex. o contrato de compra e venda passa a ser utilizado não mais com a finalidade de transmissão perpétua da propriedade, mas sim com a finalidade de garantia, o que ficou conhecido como *fiducia cum creditore*). O ponto de observação para a compreensão da ruptura entre a finalidade econômica e a finalidade jurídica apontada acima não é aquela finalidade desejada pelas partes²⁴⁰, mas sim a finalidade determinada pelo tipo negocial escolhido por elas (abstratamente considerado).

Embora a figura do contrato no Direito Romano tenha passado por diversas evoluções até a visão moderna do instituto, pode-se afirmar que o *contrato romano* é o ascendente comum dos *contratos modernos*; de sorte que *toda evolução do sistema contratual romano deve ser considerada como a árvore genealógica das modernas figuras contratuais*²⁴¹.

Como ensina Darcy Bessone, no Direito Romano os *contratos* eram espécies do gênero *convenção*, tal quais os *pactos*. *O pacto era a convenção produtiva apenas de obrigações naturais. O contrato era a que engendrava obrigações civis. A distinção deitava raízes no direito mais antigo, pelo qual o simples acordo de vontades não era suficiente para gerar obrigações dotadas de eficácia civil*²⁴². Os *contratos* eram apenas aqueles tipificados²⁴³ e nominados²⁴⁴ pelo sistema jurídico romano; ao passo que os

um outro negócio típico, ou ainda, mais freqüentemente, um escopo simplesmente atípico.” (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Negócio Indireto e Negócios Fiduciários*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 6, pág. 1261, junho/2011).

²⁴⁰ Nos *negócios indiretos* e *fiduciários*, a finalidade econômica desejada pelas partes é efetivamente aquela realizada, daí porque não se pode afirmar que do ponto de vista subjetivo existiria divergência entre a finalidade econômica e a finalidade jurídica.

²⁴¹ SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil – Ius Romanum*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, pag. 293.

²⁴² BESSONE, Darcy. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949, pag. 09.

²⁴³ “Como visto, o sistema romano dos contratos foi marcado pela tipicidade.” (ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito Contratual Contemporâneo*. São Paulo: Método, 2008, pag. 10).

²⁴⁴ “Come si è già detto, nell’esperienza romana, il semplice accordo delle parti crea obbligazioni solo quando integri una delle fattispecie tipiche previste.” (TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 606).

pactos englobavam as diversas outras figuras negociais não tipificadas e, para maior segurança, eram protegidos por uma ação própria²⁴⁵.

A mais antiga figura contratual romana é provavelmente o *nexum*²⁴⁶. A exigência social decorrente da prática comercial fez com que as espécies de contratos crescessem gradativamente ao longo de todo o Império Romano²⁴⁷, principalmente no período compreendido entre o Direito Clássico e o Direito Justiniano²⁴⁸, sem que, contudo, algumas características se alterassem. Lembra Moreira Alves²⁴⁹ que o Direito Romano (durante todo o Império) apenas reconhecia como *contrato* os acordos de vontade que visavam criar relações jurídicas obrigacionais (não eram *contratos* os acordos de vontade destinados a modificar ou extinguir uma relação jurídica obrigacional) e, além do mais, nem todo acordo de vontades lícito gerava obrigações (*pactos* não geravam obrigações, mas sim exceção^{250,251}).

No sistema jurídico romano mais antigo²⁵², o vínculo contratual não nascia do consenso, mas sim de algumas solenidades: (i) a entrega da coisa; (ii) a pronúncia de algumas palavras; verdadeiro ritual e (iii) redação de documento com certo conteúdo. Apenas mais tarde passou-se a ser admitido o estabelecimento do vínculo contratual através do consenso, mesmo assim limitado a apenas quatro hipóteses, como lembra Cristiano Zanetti²⁵³, a saber, *emptio venditio, locatio conductio, societas e mandatum*.

Estas quatro formas de estabelecerem um vínculo contratual ficaram conhecidas como *obligari re, verbis, litteris, consensu* (*Prius est, ut de his, quae ex-contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quattuor species: aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut*

²⁴⁵ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pag. 222.

²⁴⁶ “Supõe-se que o *nexum* tenha sido o mais antigo contrato formal romano.” (CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, pag. 358).

²⁴⁷ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pag. 426.

²⁴⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 471.

²⁴⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 470.

²⁵⁰ “Os *pactos* não geravam obrigações, na expressão de Ulpiano: *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*. Exceção era uma espécie de proteção ou defesa que poderia ser invocada pela parte demandada. Consistia não em negar o fato, mas em apresentar uma justificativa ou a existência de um impedimento que impossibilitava o cumprimento do pacto.” (SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil – Ius Romanum*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, pag. 294).

²⁵¹ Digesto 2,14,7,4: “*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”.

²⁵² ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito Contratual Contemporâneo*. São Paulo: Método, 2008, pag. 03.

²⁵³ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito Contratual Contemporâneo*. São Paulo: Método, 2008, pag. 03.

*litteris, aut consensu*²⁵⁴) e se contrapunham à obrigação em razão do delito. Como as obrigações em razão do delito formavam uma categoria mais uniforme do que a *obligari re, verbis, litteris, consensu*, os romanos agruparam estas em outra categoria, a das *obligationes ex contractu* (obrigações que nascem do contrato)²⁵⁵. Assim, todas as obrigações passaram a surgir dos *contratos* ou dos *delitos*.

No sistema jurídico romano, portanto, eram conhecidas quatro obrigações decorrentes de contratos: (i) *obligatio re*; (ii) *obligatio verbis*; (iii) *litteris* e (iv) *consensu*.

A *obligatio re* se destinava ao mútuo, à fidúcia, ao depósito, ao comodato e ao penhor²⁵⁶, e seu aperfeiçoamento se dava com a entrega da coisa (atual conceito de direito real). O conteúdo jurídico da *entrega da coisa*, porém, é diverso em cada uma das modalidades. Como explica Biondo Biondi, no mútuo e na fidúcia, a *entrega da coisa* caracteriza transferência da propriedade; no penhor, fica caracterizada a transferência da posse; no depósito e no comodato caracterizava a detenção²⁵⁷.

A *obligatio verbis* se destinava aos contratos de compra e venda, permuta, fiança e muitos outros; tinha como espécies mais conhecidas o *nexum*, a *sponsio*, e a *stipulatio*. A celebração de um contrato *verbis* exigia um ritual por meio do qual as partes eram obrigadas a repetir as palavras certas para que ele se aperfeiçoasse: estas palavras consistiam em uma *interrogazione orale seguita da una risposta impegnativa ugualmente orale, fatte entrambe nel modo stabilito dalla legge*²⁵⁸. O *nexum* é um *negócio jurídico arcaico*²⁵⁹, destinado a várias finalidades. Por meio dele, chegava-se a

²⁵⁴ “Tratemos, primeiramente, das obrigações que nascem de um contrato, as quais, por sua vez, se desdobram em quatro espécies, conforme se formam pela tradição da coisa (*re*), por palavras (*verbis*), por escrito (*litteris*) ou pela consensu (*consensu*).” (JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano* (trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pag. 185).

²⁵⁵ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito Contratual Contemporâneo*. São Paulo: Método, 2008, pag. 04.

²⁵⁶ SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil – Ius Romanum*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, pag. 299.

²⁵⁷ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pag. 428.

²⁵⁸ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pag. 428.

²⁵⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 478.

um *propósito bárbaro e vexatório*²⁶⁰ para os dias atuais: o credor dispunha da própria pessoa do devedor e também de sua família (naquela época o devedor respondia com o próprio corpo pela dívida, o que foi abolido por meio da *Lex Poetelia Papiria* em 326 a.C.). Maiores explicações sobre o *nexum* são rechaçadas por Moreira Alves²⁶¹. A *sponsio* com o tempo foi substituída pela *stipulatio*, tida como o contrato mais importante do Império Romano²⁶². Alguns autores sustentam, contudo, que a *sponsio* seria uma espécie de *stipulatio* exclusiva dos cidadãos romanos (*ius civile*), em contrapartida à *fidepromissio* que seria destinada tanto aos cidadãos romanos quanto aos peregrinos (*ius gentium*)²⁶³. Independentemente desta discussão, a *sponsio* consistia numa *séria de perguntas e repostas, diante do altar de Júpiter, estabelecendo o negócio*²⁶⁴. A *stipulatio*, por sua vez, se caracterizava por ser um *contrato verbal cuja observância da forma ritual permitia abraçar os mais variados conteúdos possíveis*²⁶⁵; ademais, era um contrato entre presentes, cuja existência dependia da imediatidade, congruência e sequencia do rito verbal (perguntas e respostas), que consistia nas seguintes palavras: *Responder? Respondo; Prometes? Prometo; Garantes? Garanto; Afianças? Afianço; Darás? Darei. Farás? Farei*²⁶⁶.

A *obligatio litteris* era constituída pela escritura (transcrição de créditos), nos termos da lei. Só podia ter como objeto uma certa quantia pecuniária²⁶⁷. Podia ocorrer

²⁶⁰ SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil – Ius Romanum*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, pag. 296.

²⁶¹ “O *nexum* é um negócio jurídico arcaico sobre o qual há muita controvérsia, em virtude de os informes a respeito dele nos terem sido transmitidos por autores literários, e, por isso mesmo, serem imprecisos. Demais, há que se salientar que, segundo se verifica de um texto célebre de Varrão (*De Língua Latina*, VII, 105), os próprios juriconsultos romanos do século I a.C. já não tinham noção exata do *nexum*. Dele, com certeza, sabemos apenas: a) que, como a *mancipatio*, se celebrava *per aes et libram*; e b) que era extremamente penosa a situação dos *nexi* (devedores). Tudo o mais é conjectura dos autores modernos, que, note-se, têm demonstrado verdadeira atração pelo tema.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 472).

²⁶² BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pag. 438.

²⁶³ “A *stipulatio* podia apresentar-se sob duas formas, a *sponsio*, modo do *ius civile*, acessível apenas a cidadãos romanos (*Spondesne mihi dare centum? Spondeo*) e a *fidepromissio*, modo do *ius gentium*, mais recente que o anterior, acessível tanto aos cidadãos romanos quanto aos peregrinos (*Fidepromittisne...? Fidepromitto*).” (CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, pag. 359).

²⁶⁴ SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil – Ius Romanum*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, pag. 299.

²⁶⁵ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito Contratual Contemporâneo*. São Paulo: Método, 2008, pag. 11.

²⁶⁶ JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano (trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pag. 188.

²⁶⁷ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, pag. 365.

de duas formas: entre duas pessoas (*persona in personam*) ou entre uma pessoa e uma coisa (*re in personam*). Na primeira, ocorria a substituição de um devedor por outro (muito semelhante à cessão de posição contratual). Na segunda, *transformava-se uma obrigação que não resultara de contrato litteris, em obrigação decorrente deste*²⁶⁸.

Por fim, a *obligatio consensu*, que se constituía através do consenso das partes e cuja aplicação era restrita tão somente aos contratos de compra e venda, locação, sociedade e mandato²⁶⁹. Pontua Biondo Biondi que esta espécie de contrato foi o germe da noção moderna de contrato, entendida como acordo produtivo de efeitos jurídicos fundados sobre uma *causa contratual*²⁷⁰.

Uma característica marcante destes contratos é que lhes faltava uma noção genérica e abstrata do próprio conceito de contrato; faltava no sistema jurídico romano categoria capaz de abarcar todos estas espécies de contratos de forma mais abstrata. Ainda assim, os contratos foram – e ainda são – um dos institutos mais importantes do Direito Romano; ainda que tenham sido poucas e determinadas²⁷¹ as espécies contratuais existentes naquela época.

Apesar deste esquema contratual rígido, existiam pequenas aberturas para o exercício da autonomia privada, o que se dava por meio da *stipulatio*. Contudo, ela não resolveu todos os problemas decorrentes da rigidez do sistema romano, uma vez que servia apenas para os negócios entre presentes (forma oral solene) que resultasse em efeitos jurídicos unilaterais²⁷².

Na passagem do Direito Clássico para o Direito Justiniano, o conceito de contrato foi sendo alargado (muito por conta do Direito Pretoriano e da jurisprudência)²⁷³⁻²⁷⁴, a fim de permitir e se admitir até mesmo os contratos atípicos.

²⁶⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 507.

²⁶⁹ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pag. 428.

²⁷⁰ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pag. 429.

²⁷¹ BESSONE, Darcy. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949, pag. 10.

²⁷² ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito Contratual Contemporâneo*. São Paulo: Método, 2008, pag. 12.

²⁷³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 472.

²⁷⁴ “Questo è il sistema contrattuale che troviamo verso la fine dell’epoca repubblicana. Lo sviluppo non si arresta qui. La giurisprudenza, continuando la secolare tradizione, si sforza di allargare la cerchia dei

Pode-se afirmar, com base nestas premissas, que o Direito Antigo foi o cenário propício para o início dos estudos sobre os negócios jurídicos encobertos, anómalos ou indiretos²⁷⁵. A explicação é simples: estes sistemas jurídicos, via de regra, não permitiam, como já visto, a criação de contratos atípicos ou inominados²⁷⁶⁻²⁷⁷, o que enrijecia o sistema através da limitação do exercício da autonomia privada.

Mais tarde, no século XIX, quando se passou a reestudar o Direito Romano (Pandectas), a doutrina alemã se deu conta desta *engenharia jurídica* praticada em Roma²⁷⁸ e começou a tentar traçar o conceito de negócio indireto e negócio fiduciário.

contractus per includervi quei *nova negotia*, che si praticavano già nei quotidiani rapporti di affare e apparivano meritevoli di riconoscimento giuridico.” (BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pag. 429).

²⁷⁵ “Es evidente que los negocios indirectos se han desarrollado con mayor frecuencia en los ordenamientos antiguos, sea por la rigidez de éstos, sea por la preeminencia de la forma, que mantenía bajo su protección las nuevas funciones del negocio.” (RUBINO, Domenico. *El Negocio Jurídico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 35).

²⁷⁶ “Os romanos não aceitavam, nos primeiros tempos, uma categoria geral de contratos, dado que estes se apresentavam com um único fundamento e tipicidade. Assim, a distinção entre contratos nominados e inominados tinha em Roma importância capital, pois os contratos-tipo, romanos, impediam a existência de qualquer pacto que não estivesse admitido pelo costume e consolidado segundo o Direito dos Quirites, e os contratos que não figurassem, expressamente, nesse rígido sistema, ficavam à margem da proteção jurídica. Eram conhecidos como pactos (*pacta*). (...) Essa limitação na maneira de contratar existiu até a época do Imperador Justiniano. Os mencionados tipos clássicos de contrato eram garantidos cada um por sua respectiva ação civil, que levava o mesmo nome do contrato que assegurava. No entanto, a criação de novas figuras contratuais, nascidas das necessidades socioeconômicas, no passar dos tempos, desencadearia o processo de abrandamento do rigor do antigo quadro quiritário dos contratos.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 112).

²⁷⁷ A justificação de tal desvirtuação a doutrina encontra na falta de tipos mais adaptados à disposição da autonomia privada, o que conduz à necessidade de aproveitamento de um tipo de negócio, *para se conseguir um fim diverso daquele que a sua causa típica tem em vista*.” (FILHO, José Abreu. *Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, pag. 167/168).

²⁷⁸ “No direito antigo, muitos exemplos são encontrados na rica casuística do *Corpus Juris*, e nas já numerosas coleções papirológicas. Esses exemplos são interessantes para os fins das nossas sucessivas investigações de direito moderno, por serem aqueles em que, como nos exemplos de direito moderno, é, por um lado, mais dúbia a distinção da simulação e, por outro lado, apresenta-se o problema da fraude à lei. Assim em D. 24, 1,64 Trebacio fala de uma doação entre cônjuges, *divorcio facto*; realizada a doação os cônjuges voltam a reunir-se; em D. 12, 1,20 Juliano lembra a doação de uma importância que o destinatário imediatamente depois dá em empréstimo ao doador; em C. 4, 6,4, em um rescrito de Valeriano e Gallieno, faz-se a hipótese de quem, tendo recebido de empréstimo uma importância com a promessa de assistência por parte do próprio credor, se obriga a devolver, a título de mútuo, uma importância maior; em um rescrito de Juliano, em C. 2, 6,3 faz-se a hipótese de quem se compromete a pagar os honorários do próprio advogado, declarando este dever devolver-lhe uma importância tomada em empréstimo. Numerosos papiros nos informam sobre a compra e venda como instrumento para um *datio in solutum*; mais frequentemente para um empréstimo. É conhecida a prática da libertação de escravos através da venda à divindade. Frequente, nos papiros, é a assunção da obrigação *ex mutuum* para pagamento do preço de uma venda. É também nos papiros que se encontra o caso de assunção de um compromisso para restituição de empréstimo como meio de constituição de garantia. E assim por

Mais do que isso: perceberam que os negócios jurídicos nos quais se verificava a ruptura entre o fim econômico e o fim jurídico possuíam – e ainda possuem – larga aplicação ao redor do mundo²⁷⁹.

Ihering parece ter sido o primeiro autor a se debruçar sobre o tema²⁸⁰, embora Kohler mereça os créditos por ter sido o pioneiro em formalizar uma elaboração sistemática do instituto²⁸¹; vislumbrou ele que o aspecto jurídico dos negócios causais podem não coincidir com o aspecto econômico, o que foi a base para os estudos posteriores. Kohler observou, ademais, a existência de uma categoria de negócio jurídicos celebrados com o escopo de se atingir finalidades diversas do tipo contratual escolhido, categoria esta que ele chamou de *negócios jurídicos encobertos* (*Verdeckte Geschäfte*)²⁸²⁻²⁸³. Parte da doutrina (principalmente a espanhola) preferiu a alcunha de *negócios jurídicos anômalos*, dado o fato de poder ocorrer uma deformação da figura

diante.” (ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 161/162).

²⁷⁹ “Em todos os sistemas jurídicos são muito freqüentes os negócios indiretos. As partes estabelecem entre si um negócio jurídico, é certo, mas o objetivo prático final a que elas visam não é, de fato, o que normalmente decorre do negócio por ela adotado, e sim um objetivo diferente, muitas vezes análogo ao de outro negócio, mais freqüentemente sem forma típica própria num determinado ordenamento. E a obtenção deste fim ulterior é assegurada por meio de cláusulas particulares, que são no entanto compatíveis com a estrutura basilar do negócio adotado, ou por meio de simples elementos de fato, com os quais as partes concordam. Existe, portanto, um negócio indireto porque as partes recorrem a êle para atingirem, por seu intermédio, e de modo indireto, objetivos diferentes dos que se poderiam induzir da estrutura do negócio adotado.” (ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011).

²⁸⁰ RUBINO, Domenico. *El Negocio Juridico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 03.

²⁸¹ RUBINO, Domenico. *El Negocio Juridico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 04.

²⁸² MOREIRA ALVES, José Carlos de. *A retrovenda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pag. 06.

²⁸³ “Por ello interesa aquí el recuerdo “in extenso” de su teoría. Comienza distinguiendo entre el negocio simulado y el que llamará ocultado (“verdeckte”). El primero se encuentra en su totalidad sobre suelo jurídico, y no hay negocio, sino una apariencia; mientras que el segundo nace en suelo económico, “se quiere el negocio con todas sus consecuencias, pero para fines económicos, que ya no son homogéneos con el negocio mismo o con sus efectos jurídicos”. Estos negocios ocultados pueden ser, dice, “específicamente jurídicos”, como la letra de cambio, y entonces no hay problemas. Este se presentará en aquellos otros negocios en los que se tiene en cuenta el lado económico (compra, permuta, préstamo, arrendamiento). Lo intenta solucionar diciendo que en ellos tampoco corren juntos lo jurídico con el fin económico, y pone como ejemplo la venta por un centimo, lo que (para él) a pesar de ello, es venta, y la transmisión de la propiedad que se produce con la “fiducia cum creditore” y en la “cum amico”. La señalada separación del fin económico puede además conseguirse mediante una combinación de negocios. (...). En tales casos, se elige un camino clandestino o indirecto (“Schleichweg”), mediante el que no aparece el fin económico buscado y se le oculta mediante el negocio ostensible (negocios ocultados).” (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio juridico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 444/445).

negocial para atingir os reais objetivos desejados pelas partes²⁸⁴. Estes chamados *negócios jurídicos encobertos* ou *anômalos* são modernamente conhecidos (graças à doutrina italiana) como *negócios indiretos*²⁸⁵, e abrangem três figuras negociais: (i) os negócios fiduciários; (ii) os negócios indiretos em sentido estrito e (iii) os negócios com pessoa interposta.²⁸⁶ (que se subdividem, graças à Francesco Ferrara²⁸⁷, em interposição real, hipótese de negócio fiduciário, e interposição fictícia, esta última atrelada ao conceito de simulação subjetiva²⁸⁸). Daí hoje a enorme confusão que a doutrina faz com a nomenclatura dos institutos. Negócio indireto em sentido estrito e negócio fiduciário não se confundem; são institutos diferentes que decorrem de um gênero maior, qual seja o dos *negócios indiretos* que eram chamados por Kohler de *negócios jurídicos encobertos*, mas que na Itália passaram a ser conhecidos como *negócios indiretos*, atrapalhando um pouco a compreensão e os estudos sobre sua espécie homônima (que aqui chamaremos de *negócios indiretos em sentido estrito*).

Coube então à doutrina o árduo papel de analisar as hipóteses concretas e distinguir as lícitas das ilícitas, o que gerou – e ainda gera – inúmeros debates, principalmente em relação ao instituto da simulação. Ainda assim, foi possível

²⁸⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 329.

²⁸⁵ “La vieja figura del negocio clandestino (“verdeckte”), del rodeo astuto y tortuoso (“Schleichweg”), para esquivar el mandato de las leyes, tuvo la suerte de llegar a la doctrina italiana con el nombre más decente de “negocio indirecto”, con el que le tradujera Ferrara.” (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 446).

²⁸⁶ “Diante desses argumentos, e ampliando o conceito inicial de interposição, pode-se sintetizar afirmando que se cuida do remédio jurídico através do qual o contratante atua em seu próprio nome, mas no interesse e por conta e risco de terceiro, a quem serão repassados os proveitos do negócio, com ou sem o conhecimento da contraparte. A remuneração do interposto é usual, mas a gratuidade não descaracteriza a figura, e por essa razão não integra o seu conceito.” (TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo (USP) para a obtenção do título de doutor. São Paulo, 2004, pag. 58).

²⁸⁷ “FRANCESCO FERRARA escreveu *ex professo* sobre o tema da simulação dos negócios jurídicos. A viga mestra da sua doutrina repousa justamente no exame minucioso da figura da *interposição de pessoa*, levando-o a engendrar lição que se tornou clássica, à qual é inarredável fazer referência, não apenas pela coerência lógica, mas pela amplitude de sua disseminação, sendo certo que fez escola entre os especialistas que escreveram sobre o tema, em época posterior.” (TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo (USP) para a obtenção do título de doutor. São Paulo, 2004, pag. 59).

²⁸⁸ “A *interposição* pode, então, ser real ou fictícia. A primeira ocorre nos negócios fiduciários, no mandato sem representação, e está próxima de determinadas figuras que também se prestam à tutela dos interesses de terceiros, tal como a gestão de negócios. Já a *interposição* fictícia desloca-se para o campo da simulação, na medida em que opera uma voluntária e ilícita alteração da causa do negócio jurídico. (TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo (USP) para a obtenção do título de doutor. São Paulo, 2004, pag. 63).

identificar dois tipos lícitos de negócios jurídicos cuja finalidade econômica é diferente da finalidade jurídica: (i) os negócios indiretos e (ii) os negócios fiduciários.

A Itália, influenciada pela doutrina alemã (principalmente Ihering, Kohler e Ferdinand Regelsberger²⁸⁹), passou a tratar a questão pouco tempo depois, quando Francesco Ferrara²⁹⁰, Giuseppe Messina²⁹¹, Cesare Grasetti²⁹², Tullio Ascarelli²⁹³⁻²⁹⁴ e, mais tarde, Rubino²⁹⁵, formularam suas teorias e apresentaram seus estudos. Ascarelli foi o primeiro a defender com mais ênfase a legalidade dos *negócios indiretos*, quando a doutrina até então via apenas a possibilidade do negócio fraudulento²⁹⁶.

O *negócio indireto* se caracteriza pela utilização de um contrato típico (há quem defenda que o negócio indireto²⁹⁷ possa se dar através de contrato atípico, com o que, desde já discordamos; se o negócio for atípico, não há como defender que a finalidade

²⁸⁹ Criador da teoria moderna do *negócio fiduciário* (

²⁹⁰ FERRARA, Francesco. *I negozi fiduciari*. In *Studi di Diritto Romano, di Diritto Moderno e di Storia del Diritto – pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*. Milão: Editore Ulrico Hoepli, 1905, pag. 743/758.

²⁹¹ MESSINA, Giuseppe. *Negozi Fiduciari. Non in commercio*, 1910.

²⁹² GRASSETTI, Cesare. *Del negozio fiduciário e dela sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*. In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*. Volume XXXIV, Parte Prima, 1936, fls. 364.

²⁹³ “Escolhendo um determinado negócio, as partes quiseram submeter-se às suas formas e à sua disciplina, pouco lhes importando os motivos que as determinaram. E exatamente esta disciplina, e são justamente estas formas, que levam as partes a escolher um determinado negócio para alcançarem os fins indiretos que têm em vista. Negar a aplicação desta disciplina seria trair ao mesmo tempo a lógica jurídica e a própria vontade das partes.” (ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011).

²⁹⁴ “La puesta en circulación moderna de la figura del negocio indirecto, se debe al mercantilista italiano Ascarelli.” (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 444).

²⁹⁵ RUBINO, Domenico. *El Negocio Jurídico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

²⁹⁶ “Come expressivamente se há dicho, Ascarelli “ponde sobre los altares al negocio indirecto”. A tal efecto, si afirma: “No hay acuerdo para simular ni interés alguno en esconder a los terceros el fin último al que se dirige e lacto; frecuentemente dicho fin resulta claro de las cláusulas del negocio, cláusulas que no se subtraen en modo alguno al conocimiento de terceros y que, a menudo, forman parte de aquel mismo documento que menciona el negocio creado entre las partes. El procedimiento se desarrolla a la luz del sol y ningún hombre experto se engaña sobre su fin último”. La habilidosa redacción de estas frases no llega a ocultar su discrepancia con la realidad social.” (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 446/447).

²⁹⁷ “No segundo sentido dispuseram Manuel de Andrade e Orlando Carvalho. Mas, para qualquer das posições, a circunstância de se tratar de um negócio indirecto não implicará significativas especialidades do regime jurídico, ao contrário do que exige um contrato atípico puro. Parece-nos que, para que haja negócio indirecto, deve haver referência a um tipo negocial.” (PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pag. 90).

visada pelas partes seja distinta da própria finalidade do negócio utilizado – a menos que se esteja diante de um *negócio atípico*, porém *socialmente típico*) para a persecução de um fim diverso daquele normalmente produzido. É exatamente daí a nomenclatura como *indireto* (embora Tullio Ascarelli pontue que *seria, talvez, mais exato falar de negócio com fins indiretos*²⁹⁸): ao estabelecer o negócio típico, as partes visam *indiretamente* a produção de outros efeitos²⁹⁹⁻³⁰⁰ que lhes sejam mais convenientes; este é, também, o ponto de contato (*ponto de conexão*) entre as duas figuras, através do qual a doutrina os analisa.

A diferença primária entre os *negócios indiretos* e os *negócios fiduciários*, como pontua Tullio Ascarelli, é que os *indiretos* surgem de negócios únicos, ao passo que os *fiduciários* surgem de pluralidade de negócios. Ainda rememorando a *nomenclatura de negócios jurídicos encobertos entabulada por Kohler, que atualmente evoluiu para o gênero negócios indiretos*, ensina o autor italiano que *no âmbito dos negócios indiretos, podemos encontrar, quer negócios únicos, quer pluralidade de negócios que permitem às partes alcançar, através da sua combinação, o escopo indireto visado; é óbvio que a primeira possibilidade é, a meu ver, a de maior interesse e aquela em que se pode falar de negócio indireto, em sentido rigoroso*³⁰¹ (aqui chamada por nós como *negócios indiretos em sentido estrito*; a segunda hipótese proposta por Ascarelli faz referência aos negócios fiduciários, espécie do gênero negócio indireto, anteriormente conhecido como negócio encoberto).

²⁹⁸ “Adotei a denominação de negócios indiretos, por me parecer ser essa a terminologia agora mais conhecida na Itália, após as observações de Ferrara e de Messina. Seria, talvez, mais exato falar de *negócio com fins indiretos*.” (ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 156, nota 227).

²⁹⁹ “Há negócio indireto quando as partes recorrem a tipo (legal), para obter um resultado cuja via normal e direta da obtenção não é essa.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 249).

³⁰⁰ “Negócio fiduciário é aquele em que se transmite uma coisa ou direito a outrem, para determinado fim, assumindo o adquirente a obrigação de usar deles segundo aquele fim e, satisfeito este, de devolvê-los ao transmitente.” (LIMA, Otto de Sousa. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, pag. 170 *apud* JUNQUEIRA, Antônio Azevedo de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 111).

³⁰¹ ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 170.

Como aduz Menezes Cordeiro, normalmente todos os contratos nominados serão também contratos típicos, mas nem sempre isso acontece³⁰². Os contratos nominados são aqueles aos quais o ordenamento jurídico confere um *nomem juris*, ao passo que os contratos típicos são aqueles aos quais o ordenamento jurídico confere um regime jurídico³⁰³.

Uma das consequências da adoção de um negócio atípico é exatamente poder dar a ele qualquer contorno jurídico (o que inclui *efeitos desejados* e *regras próprias*, desde que compatíveis com a teoria geral na qual se encaixam – teoria geral dos negócios jurídicos ou teoria geral dos contratos³⁰⁴), fugindo daquelas qualificações já tipificadas e solidificadas pelo legislador. É uma importante ferramenta para trazer maior flexibilidade ao sistema jurídico, além de permitir maior alcance da autonomia privada e, com isso, melhores resultados práticos em determinados setores negociais, principalmente aqueles envolvendo as novas tecnologias³⁰⁵. Ademais, a *causa* dos negócios atípicos é auferida pela função econômica-individual contida no próprio negócio (*causa concreta*).

³⁰² No Brasil, pode-se citar o contrato de franquia, que é nominado pela Lei de Franquia, mas não é considerado contrato típico, pelo fato da lei não regular adequadamente seu conteúdo.

³⁰³ “O contrato nominado tem uma designação própria (um *nomem* ou nome), fixo na lei. O inominado não a tem: ou dispõe de uma denominação habitual, na gíria do sector ou entre os juristas ou é referenciado através de perífrases. Pelas regras habituais de formação do Direito, o *nomem* anda habitualmente associado a um regime. Embora possível, não é expectável a existência de figuras contratuais típicas, com sede legal e sem designação. Paralelamente: a existência de nomes induz a organização das correspondentes normas. (...) O contrato típico é aquele cujas cláusulas nucleares constem da lei. Normalmente, isso sucederá em torno de um *nomem iuris*: os contratos típicos tendem a ser nominados. O núcleo assim regulado é o tipo. O contrato atípico, pelo contrário, resulta do exercício da autonomia privada. O tipo, por seu turno, é o conjunto concatenado das regras legais aplicáveis ao contrato visado: apresenta uma lógica interna, podendo funcionar como um específico subsistema.” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 190/191).

³⁰⁴ Sobre a questão, António Junqueira de Azevedo entende que “também os contratos inominados têm tipo. Uma vez que nos libertemos da “tirania dos nomes”, vemos que os contratos inominados têm também um regime jurídico; ainda que se admita para eles uma maleabilidade maior, a verdade é que, no mínimo, eles estão submetidos às regras dos contratos em geral, e mais do que isso, às regras dos contratos causais.” (AZEVEDO, António Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 146).

³⁰⁵ “Hoje em dia, os contratos detêm escopo cada vez mais técnico, abarcando matérias sofisticadas e alheias ao cotidiano jurídico tipificado. Se antes eram marcados pela tipicidade, simplicidade e autonomia, é crescente o surgimento de relações negociais que contradizem tais características.” (NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos Coligados. In Teoria Geral dos Contratos (coords. Renan Lotufo e Giovanni Nanni)*. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 227).

Os *negócios fiduciários e indiretos*, tais quais os contratos atípicos, encontram respaldo no próprio princípio da autonomia privada. Se podem as partes criar negócios jurídicos atípicos, também lhes é lícito adaptar negócios jurídicos típicos para alcançarem finalidades diversas daquelas estabelecidas pelo próprio tipo negocial. Domenico Rubino clareia este posicionamento ao pontuar que, *la libertad contractual, reconocida a los particulares como el poder de crear en colaboración con la ley nuevas figuras jurídicas, con mayor razón debe considerarse como el poder de adaptar las formas conocidas a nuevas funciones*³⁰⁶.

A mesma ideia é compartilhada por Emilio Betti, quando analisa a figura da autonomia privada. Entende ele que *l'iniziativa privata è il congegno motore di ogni consapevole regolamento reciproco d'interessi privati. (...). L'iniziativa privata si esplica non solo nell'aspirare a determinati scopi pratici, ma anche nel creare mezzi corrispondenti*³⁰⁷. Desta forma, Emilio Betti legitima os *negócios indiretos e fiduciários* com base na própria autonomia privada dos contratantes de se auto-regulamentarem através das figuras jurídicas que melhor se adaptem aos seus interesse legítimos.

Mais do que esta simples adaptação de negócios jurídicos típicos para alcançarem finalidades diversas daquelas do tipo negocial, os *negócios fiduciários* permitem, ainda, *manobrar os efeitos negociais*³⁰⁸, de forma a moldá-los e orientá-los a fim de que possam servir melhor aos interesses das partes.

A regra dos sistemas jurídicos modernos é a permissão para a formalização de *negócios atípicos*, ainda que outros tantos estejam tipificados. Ainda assim, mesmo estes modelos tipificados podem ser alterados pelas partes, de forma a melhor se adequarem a um interesse legítimo. Daí que San Tiago Dantas afirma que não conhecemos verdadeiramente a tipicidade dos negócios jurídicos. Sustenta ele que

³⁰⁶ RUBINO, Domenico. *El Negocio Juridico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 36.

³⁰⁷ BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 44/45.

³⁰⁸ "Del contratto fiduciario si parla in questa sede per la sua connessione col tema degli *effetti contrattuali*: esso si configura come uno dei mezzi con cui l'autonomia privata può *manovrare gli effetti*, conformandoli e orientandoli al migliore servizio degli interessi delle parti." (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 638).

quase todas as figuras negociais são válidas (se não afrontarem a lei)³⁰⁹; incluíamos aqui os negócios atípicos, os socialmente típicos e os negócios transfigurados (como os negócios mistos, coligados e alguns dos negócios fiduciários e indiretos).

2.1. NEGÓCIOS ATÍPICOS E SOCIALMENTE TÍPICOS (TIPOS EXTRALEGAIS)

Os negócios atípicos, como já explicados, são produtos da criação humana, destinados a serem instrumentos para a concretização da autonomia privada das partes³¹⁰, cuja finalidade é trazer maior mobilidade e flexibilidade ao sistema jurídico. Já foi igualmente dito que *tipicidade* não se confunde com os negócios nominados³¹¹. Nos negócios típicos a lei estabelece um regime jurídico, ao passo que nos negócios nominados a lei estabelece apenas um *nomem juris*³¹². Ademais, também já mencionamos no capítulo destinado à *causa contractual*, que a *tipicidade* decorre da própria *causa negocial*³¹³, o que gera uma *causa abstracta*, ao passo que o *negócio*

³⁰⁹ “No direito moderno, não conhecemos a tipicidade do ato jurídico. Todo ato jurídico, desde que se dirija a um fim protegido pela lei, é válido e não tem necessidade de se enquadrar num tipo preestabelecido pelo legislador. Isso não impede que haja atos jurídicos típicos e que haja mesmo alguns atos jurídicos em que a tipicidade é obrigatória, como, por exemplo, o testamento. Existem cinco tipos de testamento e não mais.” (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pag. 222).

³¹⁰ “Contratti atipici sono invece quei contratti che, non previsti da alcuna norma di legge, sono creati dalle parti nell’esercizio dell’autonomia privata.” (BAUSILIO, Giovanni. *Contratti Atipici*. Padova: CEDAM, 2014, pag. 05).

³¹¹ “A expressão “contratos atípicos” e a expressão “contratos inominados” são muitas vezes tidas como sinónimas. Outras vezes as expressões são usadas com sentido distinto; a nomeação é referida aos casos em que o contrato tem um “nomen juris” na lei e a tipicidade aos casos em que tem nela uma regulação própria. O “nomen juris” foi originariamente equivalente ao tipo. No Direito Romano e no Direito Intermediário dizia-se dos contratos típicos que tinham um “nomen”. Hoje em dia é possível distinguir e é útil que a distinção seja feita.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 213/214).

³¹² “*Nominados* são aqueles contratos que têm designação própria. Os contratos *nominados* diferenciam-se dos contratos *típicos*, porque nestes, além do nome que lhes identifica, há regramento específico para a modalidade contratual (p. ex. compra e venda, locação, prestação de serviço, empréstimo, doação, etc.), todos eles caracterizados por regras que dizem respeito apenas e tão somente a eles, enquanto que os *nominados* detêm apenas o designativo particular (p. ex. contrato de hospedagem, de turismo).” (JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Direito dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 86).

³¹³ “A tipicidade, que distingue os contratos nominados dos inominados, é fator preponderante nesta matéria, e a tipicidade advém do elemento causa do escopo contratual.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 121).

atípico não possui *causa abstracta*, mas sim *causa concreta*, na medida em que não é conhecido abstratamente pela sociedade (a menos que seja socialmente típico).

Os *negócios típicos* são hipóteses abstratas daqueles negócios mais utilizados – e, portanto de maior importância – socialmente, com base nos quais o legislador outorga maior proteção jurídica. Se a *tipicidade*, como já explicado anteriormente, decorre da prática reiterada de um determinado negócio em uma determinada sociedade, existe um período temporal no qual este negócio vive, lembrando Shakespeare, entre o *ser ou não ser* (sua prática reiterada não permite que seja qualificado como atípico, ao passo que igualmente não será típico, na medida em que o legislador ainda assim não estabeleceu). É deste *ser ou não ser* que se dá a origem dos *negócios socialmente típicos* (ou *negócios com tipo extralegal*). Tomemos como exemplo o contrato de *know-how*; sua utilização é tão disseminada na vida prática que esta figura negocial possui toda uma teoria que a engloba. Desta forma, apesar de ser um *negócio atípico*, uma vez que não é regulado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ela não terá o mesmo regime jurídico dos *negócios essencialmente atípicos*. Ensina Pedro Pais de Vasconcellos que em regra todos os *tipos legais* correspondem a um *tipo social*, uma vez que aqueles são *tipificados* a partir de uma determinada realidade social. Existem, contudo, *tipos sociais* que não correspondem a um *tipo legal*; *tal sucede, ou porque se trata de tipos de configuração recente que o legislador ainda não recebeu, ou porque se trata de tipos que o legislador não considerou necessário ou útil receber*³¹⁴. O regime jurídico dos *tipos sociais* deverá levar em conta, portanto, as regras que decorrem da própria prática negocial. *O conteúdo do modelo regulativo dos tipos sociais é o que é vulgarmente designado por “usos” ou por consequências usuais dos contratos*³¹⁵.

Todo *negócio típico* possui três espécies de elementos, como enfatizam San Tiago Dantas³¹⁶ e Antônio Junqueira de Azevedo³¹⁷; são eles (i) essenciais ou

³¹⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 61.

³¹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 64.

³¹⁶ “Dentre os contratos típicos, precisamos aprender a distinguir os seus elementos. Os elementos do contrato típico podem ser essenciais, naturais e acidentais. (...) De maneira que, em todo contrato típico, temos que distinguir os elementos essenciais que enquadram o contrato no tipo, dos elementos naturais, que decorrem *ope legis* do próprio tipo, e os elementos acidentais que se acrescentam ao tipo *ope conventionis* – não se acrescentam por força de lei, acrescentam-se por força da convenção”

categoriais inderrogáveis; (ii) naturais ou categoriais derogáveis e (iii) acidentais ou particulares. A distinção entre eles é essencial para a melhor compreensão das figuras que vem na sequência deste estudo (*negócios mistos, coligados, indiretos e fiduciários*).

Os elementos essenciais são aqueles que permitem o enquadramento na própria *fattispecie*; *servem para definir cada categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência*³¹⁸. Desta forma, será compra e venda se houver a troca de uma coisa através do recebimento de um preço; será comodato se for outorgada a posse de um bem infungível por um determinado prazo sem nenhuma contraprestação.

Os elementos naturais são aqueles que a própria lei (*ope legis*) insere dentro de cada tipo negocial; são essencialmente caracterizados por darem maior proteção e segurança jurídica aos contratantes. Podem, contudo, serem afastados *pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo*³¹⁹. Como exemplos, podemos citar a responsabilidade por evicção nos contratos de compra e venda e a obrigação de salvar a coisa dada em comodato antes mesmo das coisas de propriedade do próprio comodatário (art. 583 CC³²⁰).

Os elementos acidentais ou particulares, por sua vez, são aqueles que *existem em um negócio concreto, sem serem próprios de todos os negócios ou de certos tipos de negócios*³²¹; por meio deles, é possível às partes melhor satisfazerem as próprias finalidades (são livremente estipulados pelas partes), como os clássicos exemplos da condição, do termo e do encargo.

(DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pag. 222/223).

³¹⁷ Junqueira fala em elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis, elementos categoriais naturais ou derogáveis e elementos acidentais ou particulares. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pags. 34/35 e38).

³¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 35.

³¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 35.

³²⁰ “Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.”

³²¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 38.

Os *negócios atípicos* podem se formar através de (i) elementos originais; (ii) da somatória entre um *tipo negocial* e outro *atípico*; (iii) da somatória entre dois ou mais *tipos negociais* e (iv) da somatória de vários *negócios atípicos*, este especificamente o mais problemático, com posição contraposta na doutrina. Para melhor compreensão, adotaremos aqui a classificação³²² de Álvaro Villaça de Azevedo³²³, para quem os contratos podem ser típicos ou atípicos (sentido amplo), e os atípicos em sentido amplo subdividem-se em (a) atípicos singulares (sentido estrito) e (b) mistos; estes últimos por sua vez podem ser formados por (b1) formas típicas e atípicas; (b2) formas típicas e atípicas e (b3) formas atípicas e atípicas.

Com base nesta classificação, retomemos aos critérios de formação dos *negócios atípicos*. Será ele formado por elementos originais quando sua elaboração teórica não for compatível com nenhum dos *tipos negociais* estabelecidos em lei; correspondem, na classificação dada acima, aos *negócios atípicos singulares* (ou *atípicos em sentido estrito*).

A formação pela somatória entre um *tipo negocial* e outro *atípico* (*negócio atípico misto com forma típica e atípica*) é pouco problemática e bem mais simples de ser compreendida. É a clássica hipótese dos contratos mistos.

A questão começa a ficar mais nebulosa quando o *negócio atípico* venha a ser formado pela somatória de dois ou mais *negócios atípicos*. Nos parece que esta hipótese apenas é logicamente admitida se um destes negócios for socialmente típico. Ora, se A é um contrato atípico e B é outro contrato atípico, a somatória deles só será A+B se uma destas figuras negociais for socialmente conhecida. Do contrário, como saber que o resultado (contrato formado) é decorrente da somatória de duas ou mais figuras atípicas? De qualquer forma, a solução será melhor analisada no capítulo destinado aos *negócios mistos e coligados*.

³²² Embora não concordemos com ela na íntegra, a adotaremos por ser aquela que mais nos parece adequada para a compreensão do tema. Nos parece que a formação de um negócio atípico através de duas formas atípicas apenas será possível se uma destas formas for socialmente típica. Questionamos também a possibilidade de um contrato atípico misto ser formado por duas formas típicas, tal qual criticado por Orlando Gomes.

³²³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 128.

O *negócio atípico* derivado da somatória de mais de um tipo negocial legal se dá, em tese, quando duas ou mais formas típicas são utilizadas para dar origem a um negócio diferente, que será, por essa razão atípico. Na classificação acima, correspondem aos *negócios atípicos mistos com formas típicas e atípicas*.

O regime jurídico destinado aos contratos atípicos varia conforme a própria espécie negocial. Se o negócio for *atípico puro*, serão aplicáveis tão somente as normas da teoria geral dos contratos, da teoria geral dos negócios jurídicos³²⁴ e os princípios da boa-fé objetiva e da confiança³²⁵. Se for *socialmente típico*, acrescentam-se as regras dos usos e costumes³²⁶. Mais complicada, contudo, é a definição do regime jurídico aplicável aos *negócios mistos*, cujo tratamento será dado no tópico seguinte.

2.2. NEGÓCIOS ATÍPICOS MISTOS OU COMPLEXOS

Os *negócios mistos* tem aplicabilidade cada vez mais crescente, muito por conta do aumento da complexidade das relações jurídicas³²⁷, que exigem maior interação entre os *tipos negociais*. Além de mistos, a doutrina usualmente também os identifica como *negócios complexos*³²⁸ ou compostos³²⁹, em contraposição aos *negócios coligados*. Ensina José de Oliveira Ascensão que *os negócios mistos, confrontados com a união de*

³²⁴ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 479.

³²⁵ “Digamos, para concluir, que los contratos atípicos, donde también impera la buena fe, no escapan a estos deberes, que suelen estar implícitos o no exteriorizados en el contrato.” (ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECADAS, Miguel A. *Contratos – Aspectos Generales*. Santa-Fé: Rubinzal – Culzoni, 2005, pag. 551).

³²⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 64.

³²⁷ “A prática contratual mostra que são cada vez; em maior número os exemplos de negócios (uso propositadamente este termo juridicamente vago) em que concorrem, combinam-se de diversos modos, elementos de vários contratos. (ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011).

³²⁸ ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 2013, pag. 456.

³²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 247.

*negócios, seriam negócios compostos; implicariam um regime próprio, que não é a soma dos regimes dos contratos que concorrem*³³⁰.

A correta qualificação e interpretação destas novas figuras negociais – e consequentemente os crescentes estudos sobre a matéria, principalmente em relação aos negócios mistos e coligados – são fundamentais para se definir o regime jurídico aplicável a estas espécies jurídicas.

O primeiro passo para que se descubra o regime jurídico aplicável às diversas modalidades de interação e integração dos *tipos negociais* passa por necessariamente saber se o *negócio* em questão é *típico, socialmente típico, atípico puro, atípico misto* ou *coligado*. Os três primeiros já tiveram seus regimes jurídicos definidos no capítulo anterior, razão pela qual nos preocuparemos, *prima facie*, com a distinção entre *negócios mistos* e *coligados*, para que, após, seja possível estabelecer critérios para a determinação do regime jurídico de cada modalidade *negocial*. O primeiro critério de identificação do *negócio misto* ou *coligado* é, portanto, saber se o *negócio* é típico, socialmente típico ou atípico. Se for típico ou socialmente típico, não será nem *negócio misto* e nem verdadeiramente *negócio coligado*³³¹, muito embora se possa falar em negócios mistos coligados derivados *ex lege*, como se verá no momento oportuno.

Identificado, portanto, que o negócio é atípico, o segundo ponto é responder adequadamente a questão formulada por Tullio Ascarelli³³²: *afinal, estamos perante um negócio único ou, pelo contrário, uma pluralidade de negócios?* Se a interação e/ou integração dos *negócios* se der através de um único negócio, pode ser que se esteja

³³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 247.

³³¹ “A questão da classificação de um acordo contratual como contrato misto ou como união de contratos nunca se coloca a propósito de contratos francamente típicos. Sempre que o “quid” contratado se subsume ao tipo legal sem diferenças, sem algo que falte ou que sobre, a subsunção é tranquila e as dúvidas não se suscitam. A questão surge sempre quando a estipulação não corresponde bem a um único tipo contratual legal, ou porque tem algo a mais, ou porque tem algo a menos, ou porque tem algo de diferente, ou porque se subsume a mais de um tipo. A questão nasce sempre de uma subsunção falhada.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 223).

³³² ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011.

diante de um *negócio misto*; todavia, se se der através da pluralidade de negócios, não haverá *negócio misto*, mas pode ser que haja *negócio coligado*.

Daqui retiramos, portanto, a primeira característica dos *negócios mistos*: são formas negociais nas quais se verifica a interação e/ou integração de dois ou mais negócios celebrados através de um único negócio, devendo ao menos um deles ser típico ou socialmente típico. Por *negócio único* não se deve entender necessariamente *um único instrumento jurídico*; mas sim uma *unicidade da fonte, isto é, da – ou das – manifestações de vontade da qual – ou das quais – resulta o negócio*³³³. Embora não exista um critério dogmático preciso para se averiguar a *unicidade da fonte* (porque mesmo nesta hipótese nada impede que as partes tenham desejado formular uma *pluralidade de negócios*), Tullio Ascarelli entende que o método mais seguro é o *da coligação da vontade das partes, dos vários fins que elas querem atingir, de sorte que quando os fins econômicos a atingir pelas várias partes estejam intimamente ligados entre si, pode então falar-se em negócio único*³³⁴. Mas como identificar concretamente esta ligação umbilical entre os *fins econômicos* dos diversos tipos identificados no *negócio*? Responde Ascarelli que no campo prático – fora da ciência jurídica –, a melhor forma é a observação das prestações e contraprestações: *um indício, apesar de não decisivo, da íntima conexão dos vários fins a atingir pelas partes – e, portanto, da unidade do negócio – pode com freqüência encontrar-se na unidade ou na não-unidade da contra-prestação, tomando como exemplo a unidade ou a pluralidade do preço recebido em troca de vários serviços*³³⁵.

Emilio Betti tem a mesma preocupação. Lembra ele que o negócio pode ser único, mas contar com uma pluralidade de declarações; pode ser também um negócio múltiplo formulado através de uma única declaração³³⁶. A distinção estaria, portanto,

³³³ ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011.

³³⁴ ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011.

³³⁵ ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011.

³³⁶ “Il problema posto in termini rigorosamente giuridici, è di vedere quando e perché si debba riconoscere un *negozio unico con pluralità di dichiarazioni*, e quando invece ci si trovi dinanzi una *molteplicità di negozi, collegati in una fattispecie complessa* da nessi che non escludono il valore a sé

em identificar, se a pluralidade de declarações subsiste isoladamente (cada uma por si); se não subsistirem, estar-se-ia perante um *negócio único*³³⁷. Díez-Picazo e Antonio Gullon oferecem outro critério, que também pode ser utilizado no caso concreto; pontuam eles que *un criterio aceptable puede ser el de considerar un supuesto de negocios coligados siempre que la realización del fin perseguido con un negocio presuponga la existencia o eficacia del otro*³³⁸. Fixada esta premissa, passemos a analisar mais concretamente a figura dos *negócios mistos*.

Os *negócios mistos* podem resultar da própria lei, hipótese em que não serão *negócios mistos propriamente dito*; da combinação convencional de dois ou mais negócios típicos num único negócio; da combinação convencional entre um tipo legal e um tipo social; da combinação convencional de dois ou mais tipos sociais ou, ainda, da combinação convencional entre um tipo legal e uma figura desconhecida³³⁹.

Vale relembrar que os *mistos*, tal como explicado anteriormente, são espécies de *negócios atípicos*³⁴⁰. Sua caracterização ocorre quando se verifica a fusão em um único negócio (que não se confunde com um único instrumento) de (i) dois ou mais contratos típicos; (ii) dois ou mais contratos atípicos ou ainda (iii) simultaneamente contratos típicos e atípicos³⁴¹. A terceira hipótese não rende grandes problemas teóricos e/ou práticos, na medida em que é a hipótese clássica de utilização. A primeira e a segunda,

stante di ciascuno.” (BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 297).

³³⁷ “Data una pluralità di dichiarazioni connesse, è da distinguere se ad *ognuna* di esse si ricolleghino siccome effetti propri e indipendenti gli effetti giuridici rispondenti alla loro destinazione, oppure se tali effetti non si ricolleghino che al *complesso* delle dichiarazioni insieme riunite. Nella prima ipotesi si hanno più negozi collegati; nella seconda, un negozio unitario che consta di più dichiarazioni fra loro complementari.” (BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 297/298).

³³⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume I, Madrid: Tecnos 2013, pag. 472/473.

³³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 247/248.

³⁴⁰ “Na maior parte dos casos, os contratos atípicos não são puros; são construídos a partir de um ou mais tipos que são combinados ou modificados de modo a satisfazerem os interesses contratuais das partes. Estes são os chamados contratos mistos. Na prática, quase todos os contratos atípicos são mistos. Os contratos mistos não são um “*tertium genus*” em relação aos contratos típicos e aos atípicos, nem uma categoria intermédia; os contratos mistos são atípicos, embora estejam mais próximos dos típicos do que os contratos atípicos puros” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 217).

³⁴¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 70.

contudo, merecem maiores considerações. O problema em relação à primeira hipótese (fusão de duas formas típicas) é relativamente simples. Álvaro Villaça de Azevedo explica que nesta hipótese as formas típicas formam *uma unidade indivisível, um todo uno e complexo*, razão pela qual deixam de serem formas típicas para se concretizarem como forma atípica³⁴². Orlando Gomes traz importante ressalva; só será *negócio misto* se a junção dos elementos de dois ou mais negócios típicos não confluírem para um determinado *negócio típico*³⁴³.

Maior complexidade é observada em relação à junção de duas ou mais figuras atípicas renderem um *negócio misto*. Em tese, a junção de dois ou mais negócios atípicos renderá fatalmente um único negócio atípico, e não um negócio misto. Se ambas as figuras são atípicas, é impossível delinear se se trata da junção de duas ou mais figuras negociais ou se se trata apenas de um negócio atípico. A caracterização do negócio misto se dá, como já explicitado, apenas quando se verifica a junção de diversas figuras negociais; se ambas as figuras são atípicas, o resultado será necessariamente um negócio atípico e não um negócio misto.

A exceção à regra – e hipótese que nos parece apta a justificar que dois negócios atípicos possam gerar um negócio misto – é a utilização de contratos socialmente típicos, mas legalmente atípicos. Pense-se, portanto, no contrato de *know-how* e no contrato de *engineering*: ambas as figuras são atípicas no Brasil, mas socialmente típicas; vale dizer, são largamente utilizadas a partir de diplomas estrangeiros ou pela necessidade cotidiana. Seus contornos jurídicos não são dados pela lei, mas pelo costume, pelo direito comparado e até mesmo pela jurisprudência. Assim, por serem estas figuras contratos socialmente típicos, dotados de um regime jurídico próprio, é possível identificar que um negócio misto surja de um contrato de *engineering*

³⁴² “Entendo, todavia, que os contratos que se formam de elementos de vários contratos típicos não são típicos, mas atípicos mistos, como adiante demonstrarei. (...) De minha parte, continuo entendendo que o somatório, em um, de dois ou mais contratos completos, em que circunstâncias sejam, não possibilita a consideração de cada avença como típica; isso porque as prestações desses contratos mesclam-se em um todo, sem possibilidade de separação. Todas as obrigações assumidas formam um só contrato, misto, ensejando sua rescisão, por exemplo, o descumprimento culposo de qualquer delas.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009, pag. 127).

³⁴³ “Uma vez que os contratos mistos constituem subdivisão dos contratos atípicos, não se incluem na categoria os que se formam de elementos de outros contratos, mas já se tornam típicos.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pag. 121).

cumulado com *know-how*. Desta forma, dois negócios atípicos podem formar um negócio misto desde que ao menos um deles seja um negócio socialmente típico.

Massimo Bianca³⁴⁴, com base na jurisprudência italiana, pontua que os *negócios mistos* podem ser formados através (i) da concorrência entre elementos de mais de um negócio típico que se fundam sobre uma única causa ou (ii) da pluralidade de causas concorrentes na unicidade da relação negocial (o resultado será uma única causa – causa concreta). Não reconhece ele, portanto, a formação de negócios mistos através da somatória de elementos atípicos. A primeira hipótese é aquela clássica dos *negócios mistos*, ao passo que na segunda, lembra ele do *negotium mixtum cum donatione*, que é compartilhado por Jorge Mosset Iturraspe e Miguel Piedecabras³⁴⁵.

Na primeira hipótese, o negócio será atípico, uma vez que a *causa unica* não é encontrada em nenhum outro tipo negocial. Na segunda hipótese, definir o regime jurídico é complicado e exige maiores cuidados. Aliás, como lembra Ascensão, *em todos os casos o problema está na determinação do regime jurídico aplicável a esses negócios*³⁴⁶. Quatro aparentam serem as formas de se determinar o regime jurídico³⁴⁷: (i) *teoria da absorção*, por meio da qual o regime jurídico aplicável será aquele do negócio típico que se encontrar presente na maior proporção dentro do contrato; (ii) *teoria da combinação*, cada elemento contratual deve ser regulado pelo contrato típico ao qual pertence; (iii) *teoria da aplicação analógica*, por meio da qual o resultado será atípico, de forma que só por analogia se chegaria ao regime que lhe fosse aplicável e (iv) *teoria da aplicação direta das normas gerais que regulam os negócios jurídicos e os contratos*. A melhor solução, contudo, parece ser a consideração como negócio atípico, com aplicação das normas gerais que regulam os negócios jurídicos e os contratos (mesma solução dada aos negócios atípicos). A teoria da absorção e da

³⁴⁴ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 479.

³⁴⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECABRAS, Miguel A. *Contratos – Aspectos Generales*. Santa-Fé: Rubinzal – Culzoni, 2005, pag. 549/550.

³⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 248.

³⁴⁷ Bianca entende serem apenas duas (absorção e combinação). Ascensão fala em três (absorção, combinação e aplicação analógica). Paolo Gallo defende todas as quatro. (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 480. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 248. GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede – buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Torino: UTET Giuridica, 2014, pag. 194.

combinação foram muito férteis no direito alienígena (principalmente Itália) durante o século XX, mas tem, cada vez mais, perdido força pela dificuldade de aplicação na esfera prática³⁴⁸.

Os *negócios mistos*, como gênero, ainda podem ser divididos em (i) *mistos em sentido strito*; (ii) *mistos combinados* ou *mistos gêmeos*³⁴⁹; (iii) *mistos dúplices* e (iv) *mistos típicos com prestações subordinadas de outra espécie*, conforme classificação de José Ignacio Gonzaga³⁵⁰, Jorge Mosset Iturraspe e Miguel A. Piedecabras³⁵¹ e António Menezes Cordeiro³⁵². Os primeiros se caracterizam por prestações correspondentes à negócios típicos diferentes (ex. *negotium mixtum cum donatione*); os segundos pela pluralidade de prestações correspondentes a um ou mais negócios típicos de uma parte em contrapartida à uma única prestação da parte contrária, que coincida com o tipo legal de qualquer uma das prestações devidas pela parte (ex. contrato de garagem: mistura figuras do depósito, guarda, prestação de serviços e locação, ao passo que a outra parte apenas precisa pegar uma quantia); os terceiros, por sua vez, compreendem a união entre dois contratos completos, no qual as prestações recíprocas configuram negócios típicos diversos (ex. zelador: em troca da prestação de serviços se promete habitação gratuita mais uma retribuição em espécie); os quartos, por fim, se caracterizam pela prestação única, com base em um tipo básico, obrigando-se, contudo, a uma prestação subordinada ao fim principal, que se regula por outra espécie de contrato³⁵³ (ex. compra e venda de cereais em sacos com obrigação de devolução dos sacos – compra e venda é contrato principal e a utilização dos sacos não desvirtua a compra e venda).

³⁴⁸ “Esta observação é exata, mas não é suficiente para resolver o problema em exame. Com efeito, entre as prestações convencionadas, pode não haver nenhuma que se possa dizer principal em relação às outras, correspondendo, no entanto, as várias prestações a tipo contratuais diversos; ou pode, a prestação principal, não corresponder a nenhum tipo legalmente previsto. É, então, mister recorrer, no primeiro caso, à teoria dos contratos mistos; no segundo, à dos contratos inominados.” (ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 169).

³⁴⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 123.

³⁵⁰ FRANCESCHINI, José Ignacio Gonzaga. *Contratos Inominados, mistos e negócio indireto*. Revista dos Tribunais 464/34, junho/1974.

³⁵¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECABRAS, Miguel A. *Contratos – Aspectos Generales*. Santa-Fé: Rubinzal – Culzoni, 2005, pag. 549/550.

³⁵² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 212.

³⁵³ FRANCESCHINI, José Ignacio Gonzaga. *Contratos Inominados, mistos e negócio indireto*. Revista dos Tribunais 464/34, junho/1974.

Embora os autores falem em pluralidade de prestações, este critério deve ser entendido apenas do ponto de vista prático. Isto porque, como lembra Massimo Bianca, do ponto de vista dogmático *il contratto misto è inteso come un contratto unico, essendo unica la causa o la prestazione*.³⁵⁴.

Uma análise um pouco mais criteriosa permite concluir que as duas últimas espécies (*mistos dúplices* e *mistos com obrigação subordinada*) não são, de fato, *negócios mistos*. Nos *negócios mistos dúplices* verifica-se a existência de *dois contratos completos, de modo que se apresentam como contratos tanto de uma espécie como de outra*³⁵⁵, o que não se coaduna com o *negócio misto*, na medida em que esse se caracteriza pela *combinação de prestação ou elementos simples de outros contratos*³⁵⁶.

Desta forma, não pode ser *negócio misto* a junção de dois contratos completos³⁵⁷. Ademais, nesta espécie, o regime jurídico é facilmente identificável: por serem dois contratos completos, aplicam-se diretamente as regras de um e de outro, não tendo de serem submetidos aos critérios acima identificados.

Já nos *negócios mistos com obrigação subordinada*, inexistente alteração do tipo contratual, o que, *per si*, é insuficiente para transformar o *negócio típico* em *negócio misto*, conforme pontuam Orlando Gomes³⁵⁸ e José Ignacio Gonzaga Franceschini³⁵⁹.

Por fim, José Ignacio Gonzaga Franceschini defende que os *negócios mistos em sentido strito* também não guardam muita relação com o instituto dos *negócios mistos*, devendo ser estudada como *negócio indireto*³⁶⁰. Orlando Gomes³⁶¹ igualmente expõe

³⁵⁴ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 479.

³⁵⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 123.

³⁵⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 123.

³⁵⁷ FRANCESCHINI, José Ignacio Gonzaga. *Contratos Inominados, mistos e negócio indireto*. Revista dos Tribunais 464/34, junho/1974.

³⁵⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 123.

³⁵⁹ FRANCESCHINI, José Ignacio Gonzaga. *Contratos Inominados, mistos e negócio indireto*. Revista dos Tribunais 464/34, junho/1974.

³⁶⁰ Temos para nós, outrossim, que a modalidade cognominada “contratos mistos em sentido estrito”, não se enquadra perfeitamente entre os contratos mistos, devendo formar, outrossim, uma terceira espécie, distinta, dos atípicos, sob a denominação de “negócio indireto”, que adiante será melhor analisada. (FRANCESCHINI, José Ignacio Gonzaga. *Contratos Inominados, mistos e negócio indireto*. Revista dos Tribunais 464/34, junho/1974).

esse pensamento, mas com fundamento diverso; defende ele que se trata de negócio simulado e, portanto, não de um *negócio misto*. Preferimos uma outra solução. A classificação em *negócios indiretos* não é uma categoria dogmática, dada a sua imensa diversidade. Por essa razão, nada impede que um determinado negócio (especificamente o *negotium mixtum cum donatione*) seja classificado tanto como *negócio misto* quanto como *negócio indireto*. Em relação ao argumento de Orlando Gomes, basta dizer que nem todo *negócio indireto* é *negócio simulado*. Concordamos, contudo, com a conclusão dos autores, no sentido de que não seja, de fato, *negócio misto*, na medida em que o *negotium mixtum cum donatione* se forma através da confluência de contratos típicos, no qual a venda por preço menor não afeta o *tipo negocial* da compra e venda. E, por ser negócio típico, não pode ser caracterizado como *negócio misto*, na medida em que estes são uma subclassificação dos *negócios atípicos*. Mas esta questão – especificamente do *negotium mixtum cum donatione* – será melhor estudada no capítulo destinado aos *negócios indiretos*.

2.3. NEGÓCIOS COLIGADOS

Os *negócios coligados* dificilmente possuem qualquer regramento jurídico positivado, dado o fato de que são instrumento típicos da nova realidade social e contratual. São filhos das novíssimas relações comerciais, que exigem, cada vez mais, uma crescente conexão negocial. Contudo, existe ao menos um ordenamento jurídico que regula a matéria e que, a partir de agora, servirá como importante marco teórico para o desenvolvimento da questão: trata-se do novo Código Civil Argentino, sancionado no fim de 2014.

A legislação argentina expressamente traz a definição dos *negócios coligados* e a forma de serem interpretados. Estabelece o art. 1.073³⁶² do Código Civil Argentino que

³⁶¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 123.

³⁶² “ARTÍCULO 1073.- Definición. Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser

há conexão quando dois ou mais contratos autônomos sejam vinculados entre si por uma finalidade econômica comum previamente estabelecida, de modo que um deles tenha sido determinante para a celebração do outro, tendo em vista o resultado perseguido; a finalidade pode ser estabelecida pela lei, pelas partes ou derivada da interpretação, nos termos do art. 1.074.

Em relação à interpretação dos negócios coligados, estabelece o art. 1.074³⁶³ do Código Civil Argentino que eles devem ser interpretados um por meio dos outros, atribuindo-lhes o sentido apropriado que surge do grupo de contratos, sua função econômica e o resultado perseguido.

O regime jurídico dos *negócios coligados* é aquele de *cada negócio jurídico isoladamente*. Todavia, a complexidade das relações negociais devem ser interpretadas, no direito brasileiro, segundo os critérios hermenêuticos do Código Civil, em especial os dos arts. 112 e 113, considerada a sua conexão funcional, nos termos do Enunciado nº 420³⁶⁴ da V Jornada de Direito Civil. Como lembra José de Oliveira Ascensão, *haverá quando muito repercussões jurídicas da união que não afastam a aplicação daqueles regimes*³⁶⁵. O direito argentino vai além, na medida em que estabelece um critério de interpretação próprio dos *negócios coligados*, o que parece ser realmente a melhor solução. Apesar de serem negócios isolados, eles encontram-se conectados por um vínculo funcional que não pode ser ignorado para fins de interpretação e aplicação do regime jurídico.

Em relação à definição dos *negócios coligados*, o Código Civil Argentino não traz maiores novidades, embora tenha o êxito de ter reconhecido esta modalidade negocial. Desta forma, nos negócios coligados verifica-se a presença de dois requisitos

establecida por la ley, expressamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone em el artículo 1074.”

³⁶³ “ARTÍCULO 1074.- Interpretación. Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido.”

³⁶⁴ Enunciado 420 da V Jornada de Direito Civil: “Os contratos coligados devem ser interpretados segundo os critérios hermenêuticos do Código Civil, em especial os dos arts. 112 e 113, considerada a sua conexão funcional.”

³⁶⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 247.

obrigatórios³⁶⁶, um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva: (i) o requisito objetivo é o da *coligação contratual*, na qual dois ou mais contratos se unem através de um *fim comum*; (ii) o requisito subjetivo deriva da *vontade das partes de estabelecerem a coligação contratual*.

Daí já se visualiza a distinção entre os *negócios coligados* e os *negócios mistos ou complexos*. Nos primeiros, na explicação de José de Oliveira Ascensão, ocorre uma *aplicação cumulativa dos regimes dos contratos em presença*, ao passo que nos segundos (mistos) *há a aplicação de um regime próprio*³⁶⁷. Pedro Pais de Vasconcellos ainda assinala, com razão, que nos *negócios coligados* (ou *união de contratos*) se verifica uma pluralidade de contratos isoladamente analisados, enquanto que nos *negócios mistos* existe apenas uma unidade contratual, ainda que este se caracterize pela junção de diversas figuras, uma vez que cada contrato não subsiste isoladamente³⁶⁸. Massimo Bianca ainda pontua que nos *negócios coligados* existe uma comunhão da finalidade prático-econômica perseguida pelas partes, que é o elemento que justifica a *coligação*³⁶⁹.

Ao contrário do *negócio indireto em sentido estrito* e dos *negócios mistos*, os *negócios coligados* se caracterizam não por serem um único instrumento contratual, mas sim vários deles, conectados para facilitar que o *fim comum* de todos eles seja alcançado. Cada um destes *negócios* continua a existir isoladamente e independentemente, com seus requisitos próprios, inclusive *causa abstracta própria* (causa Bettiana). A *causa concreta*, todavia, é exatamente a concretização do *fim*

³⁶⁶ GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede – buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Torino: UTET Giuridica, 2014, pag. 203.

³⁶⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 246.

³⁶⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 220.

³⁶⁹ “Dai negozi complessi e misti si distinguono i negozi collegati: essi sono negozi diversi e autonomi tra loro, collegati però da un nesso, che si dice funzionale; è solo lo scopo pratico che le parti vogliono conseguire che unisce i negozi collegati; mentre nel negozio complesso lo scopo è único, ed il contratto único (ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 2013, pag. 456).

comum, e, portanto, o elo das redes contratuais³⁷⁰⁻³⁷¹; é o que a doutrina italiana chama de *causa complessiva* da operação³⁷².

A *coligação contratual* pode ser observada sob três diferentes prismas, como assinalam Giovanni Ettore Nanni³⁷³ e Pedro Pais de Vasconcellos³⁷⁴: (i) uniões meramente externas; (ii) uniões com dependência recíproca ou unilateral e (iii) uniões alternativas. Na primeira, o vínculo de coligação é meramente acidental, o que *per se* representa um fato extremamente raro³⁷⁵, razão pela qual não se configura como verdadeira hipótese de coligação contratual³⁷⁶⁻³⁷⁷. Não se pode confundir, por essa razão, *negócios coligados com junção de contratos*. Na *junção contratual*, a modalidade é a da *união meramente externa*, onde vínculo é puramente exterior ou acidental, ao passo que na coligação existe realmente um *nexo funcional que influi na respectiva disciplina*³⁷⁸. Assinala Giovanni Ettore Nanni que nesse caso, *cada um dos contratos segue exclusivamente as regras que lhe são próprias*, de sorte que a união,

³⁷⁰ “Portanto, a causa concreta é o elemento que caracteriza a coligação contratual. Ela forma uma unidade funcional de operação econômica em comum.” (NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos Coligados. In Teoria Geral dos Contratos (coords. Renan Lotufo e Giovanni Nanni)*. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 249).

³⁷¹ “Questo interesse finale concorre a determinare la causa concreta del contratto poiché è l’interesse che il contratto è diretto a realizzare.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 482/483.).

³⁷² “Nei contratti collegati deve pertanto identificarsi la causa parziale dei singoli contratti e la causa complessiva dell’operazione. (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 484).

³⁷³ NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos Coligados. In Teoria Geral dos Contratos (coords. Renan Lotufo e Giovanni Nanni)*. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 249.

³⁷⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 220/221.

³⁷⁵ “(...) salta à vista que só muito raramente, se é que alguma vez, dois ou mais contratos se encontrarão por acaso no mesmo documento ou no mesmo acto, sem que algo de não ocasional, sem que algo de importante, tenha determinado a coincidência. A contextualidade e a contemporaneidade são geralmente indícios de uma ligação de outra ordem que exista entre os contratos. A união simplesmente externa é concebível, mas é rara na prática.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 222).

³⁷⁶ “Vaz Serra, que se inspira em Enneccerus/Lehmann e cuja exposição desta matéria é normalmente aceite entre nós, distingue da união meramente externa (que para nós não seria verdadeira união de contratos), a união: - com dependência bilateral ou unilateral; - com alternativa.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 247).

³⁷⁷ “A compra um relógio e manda consertar um outro ao mesmo relojoeiro. Certa empresa encomenda um projeto moroso a determinados arquitetos, ao mesmo tempo em que lhes aluga as instalações onde eles vão trabalhar. O dono de uma fábrica contrata um técnico para a realização de certa tarefa, comprando-lhe ao mesmo tempo o direito de utilizar patentes de sua invenção.” (NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos Coligados. In Teoria Geral dos Contratos (coords. Renan Lotufo e Giovanni Nanni)*. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 253.

³⁷⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 220/221.

*meramente externa, carece de toda influência, razão pela qual não constitui propriamente uma coligação contratual*³⁷⁹. Na segunda hipótese, a interdependência se dá de forma recíproca (ou, ainda, de forma unilateral, quando um contrato depende do outro³⁸⁰ (contrato A influencia no contrato B, mas B não influencia em A – exemplo típico dos negócios acessórios); trata-se da verdadeira³⁸¹ *coligação contratual*. Por fim, na terceira hipótese, também rara na prática³⁸², o vínculo acarreta na exclusão dos negócios; cumprida, ou não, determinada condição, estará concluído um ou outro contrato, de sorte que este um exclui aquele outro³⁸³⁻³⁸⁴.

O regime jurídico aplicável a cada uma das espécies é mais fácil de ser identificado do que o regime jurídico dos *negócios mistos*. Nas *uniões meramente externas* o regime jurídico será aquele de cada negócio individualmente analisado. Nas *uniões recíprocas ou unilaterais* aplicar-se-á o regime jurídico de cada negócio isoladamente considerado, acrescido da interpretação dada aos *negócios coligados*, tal como identificado no novo Código Civil Argentino e no Enunciado nº 420 da V Jornada de Direito Civil. Deve-se reconhecer, não obstante o quanto acima mencionado, que *há certa dependência justamente na união parcial, no elo que os liga*³⁸⁵. Nesta modalidade, que consiste a verdadeira *coligação negocial*, um contrato depende do outro, de forma

³⁷⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos Coligados*. In *Teoria Geral dos Contratos* (coords. Renan Lotufo e Giovanni Nanni). São Paulo: Atlas, 2011, pag. 250.

³⁸⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 122.

³⁸¹ “A união com dependência, também designada união interna constitui o modo, em princípio, natural de união de contratos.(...) Em sentido substancial, a união de contratos só existe verdadeiramente na união interna” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 222/223).

³⁸² “A união alternativa é outra figura que, tal como a união simplesmente externa, pouca realidade encontrará na prática. Se bem que conceitualmente possível, a estipulação da vigência alternativa de contratos mal consegue distinguir-se da configuração unitária de um contrato com estipulação de preceitos ou regimes de vigência ou de eficácia alternativa. Também aqui, o vínculo, a existir, arrasta o todo para a unidade.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 223).

³⁸³ NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos Coligados*. In *Teoria Geral dos Contratos* (coords. Renan Lotufo e Giovanni Nanni). São Paulo: Atlas, 2011, pag. 250.

³⁸⁴ “Dois contratos são previstos para que subsista um ou outro, realizada determinada condição. Um exclui o outro, quando a condição se verifica. Embora unidos, não se completam como na *união com dependência*; antes, se excluem.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 122).

³⁸⁵ “Do conceito e dos exemplos citados, percebe-se que há certa independência nos *contratos coligados*, mas há também certa dependência justamente na união parcial, no elo que os liga.” (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 3 – teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. São Paulo: Ed. Método, 2014, pag. 37).

que celebrados isoladamente o negócio é desinteressante³⁸⁶. Esta *certa dependência* permite, inclusive, que a inexistência, invalidade ou ineficácia de um dos negócios acarrete no desaparecimento de todos os negócios a ele vinculados, como pontuam Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón³⁸⁷. Isto se justifica por conta da *expansão da eficácia de um negócio a todos os outros* (mitigação da relativização dos efeitos do contrato)³⁸⁸. É o que ensina Pedro Pais de Vasconcellos ao explicar que *os dois contratos dependem um do outro, de modo que, se um for nulo, o é também o outro e, se um for revogado, se entende revogado também o outro, salvo se da interpretação da vontade das partes outra coisa se concluir*³⁸⁹. Por fim, nas *uniões alternativas*, aplicar-se-á o regime jurídico do negócio que sobreviver³⁹⁰.

A fonte da *coligação* pode ser a vontade das partes ou a própria lei. No primeiro caso falar-se-á em *coligação voluntária*³⁹¹, enquanto no segundo caso falar-se-á em *coligação necessária*³⁹², como o exemplo do transporte de passageiros e do seguro obrigatório e dos negócios acessórios³⁹³.

Do ponto de vista da sua formação, a coligação pode ser *formal* ou *substancial*, como ensina Paolo Gallo³⁹⁴. Será *formal* quando os contratos forem todos pactuados no mesmo ato. Por outro lado, falar-se-á em coligação *substancial* quando os contratos

³⁸⁶ NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos Coligados*. In *Teoria Geral dos Contratos* (coords. Renan Lotufo e Giovanni Nanni). São Paulo: Atlas, 2011, pag. 252.

³⁸⁷ “En los negocios coligados, el ligamen entre ellos es instituido por la voluntad de las partes a fin de alcanzar un determinado resultado. Conciben un negocio en función de otro, de tal modo que la inexistencia o ineficacia de éste hace desaparecer la razón de existir de aquél.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume I, Madrid: Tecnos 2013, pag. 472).

³⁸⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos Coligados*. In *Teoria Geral dos Contratos* (coords. Renan Lotufo e Giovanni Nanni). São Paulo: Atlas, 2011, pag. 264.

³⁸⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 220.

³⁹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 122.

³⁹¹ “Il collegamento si dice volontario quando è previsto specificamente, quando cioè risulta dallo specifico intento delle parti di subordinare la sorte di un contratto a quella dell’altro.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 482/483.).

³⁹² GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 122.

³⁹³ “En los negocios necesariamente conexos el ligamen entre los mismos se basa en una razón objetiva. Prototipo de esos negocios son los llamados negocios accesorios, en tanto que requieren un negocio principal para su existencia y efectividad.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume I, Madrid: Tecnos 2013, pag. 472).

³⁹⁴ GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede – buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Torino: UTET Giuridica, 2014, pag. 202.

aparecem ligados por um nexo de interdependência (sem que tenham sido pactuados no mesmo ato).

Podem, também, ser *genéticos* (quando um contrato exercita influência na formação de um ou mais contratos – ex. contrato preliminar e contrato definitivo³⁹⁵) ou *funcionais* (quando influencia no desenvolvimento da relação jurídica, que nasce de outro contrato – o destino dos contratos está interligado³⁹⁶). Ademais, como as classificações são distintas, nada impede que um negócio coligado seja *formal*, *voluntário* e ao mesmo tempo possua uma *coligação genética* ou *funcional*. Todas as combinações são em tese possíveis.

³⁹⁵ In dottrina si distingue anche il collegamento genético, e cioè quel collegamento per cui un negozio esercita un'azione (vincolativa o meno) sulla formazione di altro o di altri negozi (es. contratto preliminare e contratto definitivo)." (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 482/483).

³⁹⁶ Si dice funzionale quando risulta dalla unitarietà della funzione perseguita, ossia quando i vari rapporti negoziali posti in essere tendono a realizzare un fine pratico unitario. In tal caso i singoli rapporti perseguono un interesse immediato che è strumentale rispetto all'interesse finale dell'operazione..." (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 482/483).

3. TEORIA DOS NEGÓCIOS INDIRETOS

O negócio indireto (para fins deste capítulo, toda e qualquer referência a negócios indiretos deve ser entendida como *negócio indireto em sentido estrito*³⁹⁷) é constituído por meio de um único negócio jurídico, através do qual a finalidade pretendida pelas partes (escopo prático) é diferente daquela estabelecida pelo tipo legal (função típica) escolhido³⁹⁸⁻³⁹⁹ (ex. as partes celebram contrato de comodato por prazo indeterminado, mas, na realidade, desejam a finalidade da compra e venda), aqui conhecido como negócio-meio. Ao salientar que as partes *desejam a finalidade do negócio-meio*, deve ser entendido que o enquadramento jurídico (sua qualificação) do negócio indireto será o do próprio negócio celebrado (negócio-meio), de sorte que todo o regime jurídico (normas aplicáveis, interpretação, etc..) do negócio indireto deverá ser feita com base no *negócio-meio*⁴⁰⁰.

A nomenclatura dada pela doutrina – *negócios indiretos* – deixa claro que o tema não é restrito ao campo dos contratos, embora a vida prática faça com que a repercussão seja muito mais amplificada nestes do que nas outras categorias de negócios jurídicos. O recente Código Civil argentino, sancionado no fim de 2014, positivou a possibilidade dos chamados *atos indiretos*, que dada a classificação doutrinária dos Fatos Jurídicos na prática argentina (tal qual nosso Código Civil 1916, o novel Código Civil Argentino não

³⁹⁷ A antiga classificação de Kohler dos negócios encobertos evoluiu para a classificação dos negócios indiretos. Assim, o negócio indireto em sentido amplo se subdivide nos (i) negócios indiretos em sentido estrito (verdadeiro negócio indireto), (ii) nos negócios fiduciários e (iii) nos negócios com pessoa interposta.

³⁹⁸ “Il negozio c.d. indiretto invece è un modo di utilizzazione di uno schema negoziale per raggiungere uno scopo diverso o ulteriore da quello normalmente riconducibile a quel dato negozio (riscontrandosi quindi una distinzione tra scopo pratico e funzione típica).” (PERLINGIERI, Pietro. Manuale di Diritto Civile. 7ª edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pag. 575).

³⁹⁹ “Il negozio indireto ha come caratteristica la divergenza tra lo scopo pratico perseguito in concreto dalle parti e la funzione típica della categoria del negozio che viene posto in essere.” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 2013, pag. 118).

⁴⁰⁰ “Do que se expôs se vê que o negócio indireto submete-se à disciplina jurídica própria do negócio-meio, adotado pelas partes. As cláusulas que modificam o negócio-meio (tal o pacto de retrovenda) não determinando a imediata realização do fim ulterior visado, só em conjunto com o negócio-meio é que o revelam e, sendo necessariamente compatíveis com os elementos essenciais do tipo negocial adotado, sujeitam-se, no seu todo, à disciplina jurídica do negócio-meio.” (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Negócio Indireto e Negócios Fiduciários*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 6, pág. 1261, junho/2011).

traz uma teoria geral do *negócio jurídico* – a bem da verdade, inexistente um único artigo que mencione este termo – razão pela qual o conceito de *ato jurídico*⁴⁰¹ refere-se ao que hoje é estudado no Brasil como *negócio jurídico*) abarca todas as espécies de negócios jurídicos e, conseqüentemente os contratos. Assim, para o novel Código Civil argentino, o *ato indireto* é un *acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto*, sendo válido *si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero* (art. 385⁴⁰²).

É elemento essencial do negócio indireto que o negócio-meio seja um negócio tipificado. Todavia, a finalidade distinta pretendida pelas partes não pode ser tão ampla a ponto de desvirtuar o próprio tipo contratual escolhido. Se isso acontecer, não mais se estaria diante de um contrato típico, mas sim de um contrato atípico, hipótese na qual o regime jurídico que regularia o negócio indireto deixaria de ser o do tipo contratual escolhido para ser o regime geral dos negócios jurídicos. Assim é que Catarina Monteiro Pires, citando Orlando de Carvalho, salienta que as alterações causadas no tipo contratual por meio do negócio indireto não podem passar de *distúrbios de pequena importância que não transtornam a seriedade da arquitetura*⁴⁰³; do contrário o resultado não se identificará já com o negócio indirecto, mas ambicionará o espaço de conformação jurídica próprio da pura atipicidade, mais próximo da criação do que da procura do lugar comum de um tipo-padrão⁴⁰⁴.

O negócio indireto não pode resultar na criação de um negócio diferente do negócio-meio utilizado. Se resultar em um negócio novo, poderá ser negócio atípico, negócio coligado (ou conexos, que são a mesma coisa⁴⁰⁵) ou negócio misto, mas não será negócio indireto.

⁴⁰¹ “ARTÍCULO 259.- Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.”

“ARTÍCULO 260.- Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.”

⁴⁰² “ARTICULO 385.- Acto indirecto. Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero.”

⁴⁰³ PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pag. 90.

⁴⁰⁴ PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pag. 90.

⁴⁰⁵ “Em relação ao aspecto terminológico, o instituto recebe variadas designações. Assim é que no direito italiano se usa a expressão *contratti collegati* ou ainda mais amplamente se refere ao *collegamento negoziale*. E na França, *groupes de contrats*. Em Portugal, os autores empregam a

Neste campo, o estudo da *causa* é ainda mais problemático. Note-se que ela *assume especial relevância na solução de outro problema essencialmente técnico, o da individualização dos contratos, nas hipóteses de concurso ou cumulação de contratos autônomos, ou de conexão objetiva ou subjetiva entre contratos unitários*⁴⁰⁶. Nos negócios indiretos, no entanto, a *causa negocial abstracta* é a mesma do tipo negocial escolhido pelas partes (negócio-meio), espelhada na função econômico-social do tipo escolhido; no entanto a *causa negocial* pode ser alterada pelos aspectos concretos do negócio jurídico (*causa concreta* - ao que nos parece a *verdadeira causa contratual*), quando a busca pela finalidade diversa seja perceptível a ponto de integrar a própria *causa negocial*. Assim, nos negócios indiretos, portanto, pode haver discrepância entre a *intenção concreta* das partes e a *causa típica do negócio-meio*⁴⁰⁷, o que é corroborado por Emilio Betti, para quem *in realtà, se si ha riguardo alla causa concreta del negozio è agevole accertare che il fine “ulteriore” incide su talle causa*⁴⁰⁸.

Em acréscimo as considerações aqui realizadas, Domenico Rubino salienta que o elemento mais característico dos *negócios indiretos* é que *el procedimiento indirecto consiste, sobre todo, en que, aun existiendo un acuerdo, hasta en el terreno psicológico, la causa típica del negocio deve, en el ámbito de éste alcanzar ulteriormente un resultado que es verdaderamente ajeno a la figura concreta del negocio contemplado por las partes*⁴⁰⁹.

Tullio Ascarelli⁴¹⁰, em relação à questão da causa, aduz que o negócio indireto não traduz uma discrepância de causa (*a causa do negócio indireto é sempre a mesma*

terminologia união ou coligação de contratos. Na Espanha, geralmente se adota a expressão *contratos conexos*, assim como na Argentina, além de redes contratuais. No direito brasileiro, o tema vem ganhando destaque, especialmente em trabalhos monográficos oriundos de programas de pós-graduação *strictu sensu*. Cada qual, ainda que mantendo certa familiaridade em suas teorias, emprega uma designação diversa, embora sinônima: contratos coligados, coligação contratual, contratos conexos e redes contratuais, entre outros.” (NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos Coligados. In Teoria Geral dos Contratos (coords. Renan Lotufo e Giovanni Nanni)*. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 231/232).

⁴⁰⁶ CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, pag. 55.

⁴⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado segundo a Constituição da República – Volume III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pag. 726.

⁴⁰⁸ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 486.

⁴⁰⁹ RUBINO, Domenico. *El Negocio Juridico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 21.

⁴¹⁰ ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011.

do negócio direto; os fins ulteriores que as partes querem atingir entram no campo dos motivos). Para ele, a *causa* é aquela do *negócio-meio*, e os fins ulteriores constituem motivos dos contratantes: *tal consecução pode prender-se à vontade de apenas uma parte, constituindo então um motivo juridicamente irrelevante; pode, porém prender-se à vontade consensual de todas as partes que participam do negócio e é nesta hipótese que se apresenta o problema do negócio com fins indiretos*⁴¹¹. Ao se interpretar o autor italiano, deve-se ter certo cuidado a sua referência ao termo *motivos*, principalmente quando faz referência à vontade consensual de ambas as partes. Infere-se de seu texto que a referência a *motivos bilaterais que forma a relação negocial* guarda relação com os *motivos determinantes*⁴¹². Isto fica ainda mais claro quando ele expressamente salienta que *esses objetivos ulteriores constituem, sim, juridicamente apenas “motivos” desde que se queiram distinguir da “causa”; mas são motivos que se prendem à vontade de ambas as partes e não às intenções individuais peculiares de cada uma. Por isso, embora distintos da causa, podem eles, no entanto, ser tidos em conta na apreciação da licitude ou da ilicitude do negócio*⁴¹³.

Não se pode ignorar que a *teoria da causa* na época de Tullio Ascarelli não é a mesma dos dias atuais. Assim, parece-nos que sua ruptura da *causa* com os *motivos determinantes* (que ajudam a identificar a *causa concreta*) devem ser analisados e interpretados sem perder de vista o contexto histórico daquela época. Ao agir desta forma – e adotar a premissa da causa aqui estudada – veremos que as idéias de Ascarelli⁴¹⁴ são aquelas que aqui defendemos, no sentido de que a *finalidade diversa* pode sim influir na *causa do contrato*.

⁴¹¹ ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 172.

⁴¹² “Poder-se-a observar que a qualificação de um negócio jurídico como negócio indireto depende, afinal, dos motivos que animam as partes, e aos quais se concede, assim, relevância jurídica.” (ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 173, nota 264.

⁴¹³ ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 173/174, nota 264.

⁴¹⁴ “A característica do negócio indireto é constituída, pois, pela distinção entre o objetivo típico do negócio, em abstrato, e os eventuais objetivos ulteriores visados consensualmente, por todas as partes, no caso concreto, e, portanto, pela constatação da maneira por que um negócio pode, indiretamente, desempenhar funções que não correspondem à função típica decorrente da sua estrutura e pela qual se caracteriza.” (ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 173/175).

Como o mero *motivo* não integra a relação negocial e sequer é protegido pelo Direito, a intenção de se buscar uma finalidade diversa daquela estabelecida pelo negócio jurídico não afetaria, em tese, a *causa* do negócio típico, ao menos enquanto não materializado concretamente como *motivo determinante* da celebração do negócio jurídico. Ao se materializar como *motivo determinante* – necessariamente através de sua inserção no contrato (seja nos *considerandos* seja como *cláusula contratual* pactuada, ainda que nos contratos verbais), ele deixa de ser *motivo* para ser *causa*, uma vez que *la causa del contratto comprende gli interessi della parte che il contratto deve assicurarle, perché formano la ragione giustificativa del contratto stesso*⁴¹⁵.

Parece-nos que Ascarelli está parcialmente correto. Não nos parece, contudo, que, uma vez mais, seja problema de *preto e branco*. Na maioria das vezes a finalidade diversa encontra-se realmente no campo dos motivos, e daí a se dar razão ao Autor (pense-se nas hipóteses de doação indireta). Todavia, em outros casos, a ruptura na *causa abstracta do tipo* escolhido pelas partes é patente, ainda que os motivos sejam íntimos ou não proclamados (são as hipóteses de *negócios com cláusulas indiretas*): tome-se como exemplo os contratos de compra e venda com preço bem abaixo do mercado, como a venda de uma casa por 1 (um) real. Nesta hipótese, a *causa concreta* será a compra e venda com aspectos de doação. Ainda que os *motivos íntimos* das partes não se tenham revelados, não se pode ignorar que *objetivamente* existe *animus donandi*. Nestes casos, verificar-se-á a ruptura na *causa abstracta do tipo* escolhido pelas partes, como lembra José de Oliveira Ascensão⁴¹⁶. É o que já pregava Greco nos meados do século XX, ao salientar que existem negócios que não revelam na sua estrutura a intenção ulterior que os inspira e existem negócios unitários modificados exteriormente, que permitem a percepção externa⁴¹⁷. Em relação a estes, Rubino os qualifica como

⁴¹⁵ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Dott. Giuffrè Editore, 2011, pag. 357.

⁴¹⁶ “Daqui resulta já que no negócio indireto é a *causa* que se discute. As partes recorrem àquele negócio para conseguir um objetivo diferente do da função econômico-social típica do ato a que recorrem.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 249).

⁴¹⁷ *Apud* RUBINO, Domenico. *El Negocio Juridico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 09.

negócios com cláusula indireta, embora também os reconheça como integrantes do gênero *negócios indiretos*⁴¹⁸.

A regra que pode ser adotada para encontrar a solução mais adequada passa pela ciência de que a finalidade diversa, característica dos negócios indiretos, pode ser alcançada (i) *através da simples estipulação do tipo adequado*, hipótese na qual *o fim indirecto fica na intenção e na mente das partes sem se traduzir por cláusulas ou convenções especiais*⁴¹⁹ ou (ii) *através da adição de estipulações especiais* ao negócio meio que servem como elementos determinantes para a celebração do negócio jurídico⁴²⁰; nesta segunda hipótese, verifica-se a ruptura na causa abstrata do tipo escolhido pelas partes.

Ainda vale citar a opinião de Cariota-Ferrara, para quem inexistente negócio indireto se a finalidade estiver apenas no campo dos motivos psicológicos do agente, uma vez que neste caso seria impossível seu reconhecimento externo como negócio indireto; vale dizer, não passa de um *negócio jurídico normal*⁴²¹. Ainda assim, não se pode ignorar que as partes venham a provar que se tratava de negócio indireto, na hipótese de qualquer aspecto deste negócio ser levado ao Judiciário ou à arbitragem. A tese, contudo, não deixa de ser verdadeira.

Estritamente nas hipóteses de negócios indiretos no qual se verifica a ruptura na *causa contratual típica do negócio-meio*, as partes visam obter (i) uma finalidade correspondente à causa de um contrato típico diverso (por razão de oportunidade e

⁴¹⁸ RUBINO, Domenico. *El Negocio Jurídico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 21.

⁴¹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 250.

⁴²⁰ “Hay que tener en cuenta que, en las hipótesis más frecuentes y características, la fuerza determinante del motivo inviste todo el negocio, que sin él no sería estipulado; por el contrario, en los negocios con *cláusula indirecta*, al estar la función instrumental limitada a algunos elementos, solo por éstos tiene el motivo fuerza determinante, ya que sin él el negocio se habría realizado, pero con otra modalidad.” (RUBINO, Domenico. *El Negocio Jurídico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 25).

⁴²¹ “Quindi, se il fine perseguito in un caso concreto resta puramente psicologico, benchè comune ad entrambe le parti, di negozio indirecto non è da parlare, anche se esso consiste in un fine straneo al negozio adoperato. Si avranno, pertanto, le conseguenze proprie di ogni negozio compiuto per questo o per quel motivo.” (FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, pag. 257/258, nota 81).

conveniência das partes⁴²²) ou (ii) uma finalidade que não pode ser obtida através de nenhum outro contrato⁴²³; a última opção se aproxima dos negócios atípicos, muito utilizados para formular negócios jurídicos adequados às novas realidades sociais. Nesta primeira hipótese, o *negócio indireto* fica muito próximo do *negócio* misto, como lembra Domenico Rubino⁴²⁴. Manifestamos aqui, *data venia*, discordância com os ensinamentos de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, para quem o *negócio indireto* apenas é utilizado quando inexiste (ou se mostra impossível celebrar) tipo negocial mais adequado⁴²⁵. Como lembra Pedro Pais de Vasconcellos, no primeiro caso não é possível a identificação externa de que se trata de um negócio indireto, uma vez que ele tem o exato conteúdo de um negócio típico, vale dizer: *o tipo surge estipulado no seu estado puro, sem modificações ou adição de cláusulas, e o fim indirecto é tido como “propositum in mente retentum”*⁴²⁶. Já no segundo caso, é imprescindível um *pacto de adaptação* para que o negócio-meio atinja a finalidade diversa pretendida pelas partes; desde que este *pacto de adaptação* não ultrapasse a *elasticidade do tipo de referência*, a qual deve ser *suficiente para permitir que o contrato se mantenha no campo da tipicidade*⁴²⁷. Com o tempo, alguns destes pactos indiretos acabam sendo positivados pelo legislador, e, nesta oportunidade, deixam de caracterizar um *negócio indireto*, na medida em que a finalidade das partes é perfeitamente realizável através daquele determinado tipo; um exemplo desta situação é o que ocorreu com as doações remuneratórias. A doação tem como a *liberalidade*; todavia, o legislador optou por tipificar alguns motivos objetivos que eram comuns e

⁴²² “Se dan, aunque con menos frecuencia, casos en los que el resultado perseguido está exactamente tutelado por la ley con una forma *ad hoc*. Es necesario entonces recurrir al procedimiento indirecto por razones de oportunidad (...)” (RUBINO, Domenico. *El Negocio Jurídico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 29).

⁴²³ GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico – Trattato di Diritto Civile e Commerciale (Cicu-Messineo)*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pag. 493.

⁴²⁴ “Los negocios indirectos o responden a un fin último atípico o persiguen por vía indirecta simplemente el fin de un diverso negocio típico. En esta segunda hipótesis podrá discutirse la existencia de un negocio típico o de un contrato mixto, según se dé la preferencia al negocio medio o al fin perseguido (...)” (RUBINO, Domenico. *El Negocio Jurídico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 51/52).

⁴²⁵ “O negócio indireto, ao revés, embora apresente discrepância entre a sua causa típica e o fim perseguido pelas partes, realiza-se simplesmente por não existir (ou por se mostrar impossível celebrar) tipo negocial mais adequado.” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado segundo a Constituição da República – Volume III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pag. 726).

⁴²⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 251.

⁴²⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 251.

tolhiam o caráter liberatório da doação. Sobre as diversas espécies de doação, Luciano de Camargo Penteado salienta que, *apesar das proclamações da irrelevância dos motivos, nelas [nas espécies de doações], os motivos objetivos são considerados pela lei como relevantes a ponto de disciplinar cada uma das hipóteses de modo individualizado*⁴²⁸.

Como ensina Domenico Rubino, os negócios indiretos possuem campo de atuação limitado aos negócios causais; o que faz com que, conseqüentemente, não possam ser adotados no campo dos negócios abstratos⁴²⁹: *esencial al negocio indirecto es la existencia de un negocio causal, puesto que su característica viene dada por la divergencia entre la causa típica del negocio medio y el resultado ulteriormente perseguido*⁴³⁰. A incompatibilidade do *negócio indireto* com o *negócio abstrato* também é bem explicada pelo autor italiano na medida em que *no teniendo una función particular determinada, nunca podrá el negocio abstracto ser empleado con fines indirectos, sino sólo para fines prácticos distintos en cada caso*⁴³¹. No mesmo sentido é o ensinamento de Tullio Ascarelli, para quem *justamente por ser abstrato, o negócio pode ser usado para qualquer objetivo e, por conseguinte, é impossível distinguir o seu escopo típico e as ulteriores finalidades*⁴³².

Deve ser ressaltado, ademais, que a finalidade pretendida pelas partes podem ser (i) mais amplas ou (ii) mais restritivas do que a forma típica adotada. Como exemplo de negócio indireto no qual se busca uma finalidade mais ampla do que o negócio-meio,

⁴²⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 274.

⁴²⁹ “Pertanto è necessario, perchè si abbia negozio indireto: a) un negozio causale, típico realmente voluto; b) il perseguimento (attraverso il medesimo) di un fine ulteriore e diverso (motivo), che si rifletta in patti o clausole particolari.” (FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, pag. 257).

⁴³⁰ RUBINO, Domenico. *El Negocio Juridico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 78.

⁴³¹ “Pero, de la premissa de que el negocio abstracto está predispuesto a la satisfacción de una serie de innumerables relaciones concretas, se deriva un elemento de afinidad desde el punto de vista de su aspecto funcional con el negocio indirecto: ambos representan medios que sirven para dirigir dentro de los límites y de la disciplina del Derecho positivo, la multiplicidad de los fines prácticos. Sólo que el negocio abstracto es un medio proporcionado por la ley y el negocio indirecto un producto de la vida jurídica, de la iniciativa de las partes y de la elaboración del intérprete.” (RUBINO, Domenico. *El Negocio Juridico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 81).

⁴³² ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. Iin Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 176.

pode-se citar a procuração em causa própria (*in rem suam*); ao passo que o exemplo de um negócio indireto cuja finalidade pretendida é mais restritiva do que a finalidade do negócio-meio pode ser a venda por preço irrisório, no qual se busca uma liberalidade. Não se ignora, todavia, o posicionamento significativo da doutrina que restringe o âmbito de aplicação dos negócios indiretos apenas àqueles nos quais a finalidade visada é mais ampla do que a finalidade típica do negócio-meio⁴³³.

Simplificando a questão, Moreira Alves salienta que não é de vital importância analisar se a finalidade é mais ampla ou mais restritiva na seara dos negócios indiretos; o que importa é que ela é diferente da finalidade do negócio-meio⁴³⁴.

Cariota-Ferrara, ao tratar do tema⁴³⁵, sugere como exemplo mais restritivo a venda com escopo de garantia (efeitos mais restritivos). Tecnicamente, contudo, a venda com escopo de garantia se caracteriza por ser negócio atípico⁴³⁶, e, portanto, inapto a gerar um negócio indireto. Todavia, ainda que possa ser tipificada em algum ordenamento jurídico (como o Brasileiro, que o faz através da alienação fiduciária em garantia e o sistema europeu que o faz no âmbito do Decreto-lei nº 105/2004), seria hipótese de negócio fiduciário (negócio fiduciário legal, como será trabalhado no momento oportuno) e não negócio indireto, uma vez que se verifica a presença de mais um negócio jurídico (um contrato real de entrega de coisa e um pacto obrigacional que restringe os efeitos da compra e venda e determina a devolução da coisa após o adimplemento do contrato principal), ao contrário do negócio indireto que se caracteriza

⁴³³ “Não se confundem, tampouco, as noções de *negócio fiduciário* e de *negócio indireto*. Neste, dá-se fenômeno oposto: o tipo escolhido não é suficiente ao alcance da finalidade econômica pretendida.” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado segundo a Constituição da República – Volume III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pag. 726).

⁴³⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *A retrovenda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pag. 08.

⁴³⁵ “Rigorosamente e retamente intesi, negozi indiretti sono quei negozi *tipici* piegati, nei singoli casi concreti, ad uno scopo diverso – maggiore (procura a scopo di donazione) o minore (vendita a scopo di garanzia) – diverso, dicevamo, da quello che è la *causa* del negozio.” (FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, pag. 257).

⁴³⁶ A questão é extremamente complexa, principalmente na Itália. Em síntese, e por todos, Catarina Pires Monteiro: “o recurso ao *tipo padrão compra e venda* determinaria uma verdadeira *distorção* da alienação em garantia e um conseqüente desrespeito pela autonomia privada.” (PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pag. 97).

por um único negócio, como elucida Tullio Ascarelli, ao ensinar que *no sentido rigoroso da expressão, apenas no negócio único se poderia falar de negócio indireto*⁴³⁷.

Ainda sobre a questão, Tullio Ascarelli explica que não basta a unicidade de fonte para que se esteja diante de um único negócio jurídico. Isto porque as partes podem estabelecer vários negócios através de um único contrato (fonte), como, por exemplo, os negócios mistos, que misturam diferentes *tipos contratuais* a fim de criar algo maior. Teoricamente, estar-se-á diante de um único negócio *quando as intenções econômicas das partes estão ligadas entre si*⁴³⁸ e quando a *causa contratual* é única (e não uma pluralidade ou uma fusão delas, tal qual nas teorias que tentam justificar o contrato misto⁴³⁹).

É importante salientar que a adoção do regime jurídico do negócio típico (negócio-meio) escolhido pelas partes deve ser efetivamente desejado por elas⁴⁴⁰, do contrário, não se poderá falar em negócio indireto⁴⁴¹, mas sim em negócio simulado⁴⁴², o que será melhor trabalhado na sequência deste estudo. Consequentemente, pelo fato do negócio-meio ser aquele realmente desejado pelas partes, a interpretação do contrato, bem como sua qualificação e efeitos, será a do próprio negócio-meio⁴⁴³. Exatamente pelos efeitos do *negócio indireto* ser aqueles do *negócio-meio* é que eventual inadimplemento contratual, dará ensejo à execução do *negócio-meio*, que, por sua vez,

⁴³⁷ ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 155.

⁴³⁸ ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 155/156.

⁴³⁹ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 479.

⁴⁴⁰ “A escolha do negócio é feita deliberadamente pelas partes porque o consideram apto a exercer, de forma adequada, a função de meio para alcançarem o escopo último (típico, próprio de um outro negócio, ou ainda atípico) que visam e sujeitando-se intencionalmente à disciplina jurídica desse negócio-meio.” (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Negócio Indireto e Negócios Fiduciários*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 6, pág. 1261, junho/2011).

⁴⁴¹ “O negócio causal típico é realmente querido, mas as partes perseguem, através dele, um fim que lhe é estranho.” (PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pag. 89).

⁴⁴² “Il negozio indiretto si distingue rispetto a quello simulato in quanto le parti vogliono realmente gli effetti giuridici del negozio, che sono strumentali rispetto al fine ulteriore perseguito.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 485).

⁴⁴³ “(...) il negozio indireto, essendo sostanzialmente voluto, ha piena validità e la sua disciplina è quella stabilita per il negozio posto in essere (...).” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 2013, pag. 118)

será o instrumento utilizado pelas partes para atingir uma finalidade diversa daquela típica daquele negócio jurídico.

Vale, ademais, dar razão ao ensinamento de Menezes de Cordeiro, para quem o campo de atuação dos negócios indiretos recai sobre àqueles de execução imediata, nos quais o desvio da finalidade do negócio se dá no momento de sua celebração, se for contrato de execução contínua, falar-se-ia em negócio fiduciário e não negócio indireto⁴⁴⁴.

Interessante questão se coloca a respeito de eventual classificação dogmática dos negócios indiretos, cuja resposta aparenta ser negativa. A classificação em *negócios indiretos* é meramente instrumental, e não propriamente dogmática (enquadramento autônomo), como elucida Massimo Bianca⁴⁴⁵. Isto se dá pela impossibilidade de se encontrar elementos comuns em todos os possíveis *negócios indiretos*, o que impede qualquer tentativa de classificação. É o que explica Luigi Cariota-Ferrara, ao notar que *la varietà dei fini da conseguire, la varietà dei negozi prescelti (mezzo) e la stessa varietà dei modi di adattamento e di impiego dei negozi tipici a detti fini (ulteriori e diversi) tolgono la possibilità di trattare dei negozi indiretti come di una figura giuridica autonoma(...)*⁴⁴⁶.

Para ser uma categoria dogmática, pressupõem-se a existência de uma disciplina própria e geral, com um complexo de efeitos jurídicos próprios e, ainda, uma aplicação uniforme e constante a todas as espécies de negócios jurídicos indiretos. Assinala Domenico Rubino que isto não acontece nos *negócios indiretos*, que possuem efeitos jurídicos diversos dos efeitos do negócio-meio; ademais, a aplicação dos efeitos não é

⁴⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 250.

⁴⁴⁵ “Effettivamente il negozio indiretto non presenta caratteri che ne giustificano l’inquadramento in un'autonoma categoria giuridica. L’indicazione del negozio come indiretto vale solo a sottolineare che il negozio è strumento per il perseguimento di un fine che va oltre quello desumibile dal tipo legale.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 485).

⁴⁴⁶ CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, pag. 258.

uniforme e constante. Muito pelo contrário, cada espécie de *negócio indireto* terá seus próprios efeitos jurídicos⁴⁴⁷.

3.1. OS NEGÓCIOS INDIRETOS NA PRÁTICA JURÍDICA

(A) MANCIPIATIO

Provavelmente o mais antigo exemplo de negócio indireto seja a *mancipatio* do Direito Romano. Na origem, a *mancipatio* era um modo de aquisição derivado da propriedade (contrato de compra e venda real), na qual o simples acordo sobre o preço a ser pago pela coisa gerava a transferência da coisa (*res Mancipi*). No que pese suas inúmeras modificações ao longo do longo Império Romano, a *mancipatio* se caracterizava por ser, também, um negócio formal, com as partes devendo cumprir integralmente os rituais solenes, caracterizados pelas palavras (*hunc ego ex iure Quiritum meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra* – “digo que este é meu, conforme o direito dos Quirites, e que o comprei com este bronze e esta balança de bronze⁴⁴⁸) dirigidas pelo adquirente (*mancipio accipiens*) ao alienante (*mancipio dans*). Tinha de ser acompanhado por testemunhas (cinco) e pelo *libripens*, a quem era dada a função de pesar o bronze para certificar que o valor estava correto e a consequente entrega do bronze para o alienante. Se a coisa vendida fosse móvel, ela deveria estar presente na cerimônia; se fosse imóvel, uma parte da coisa deveria estar presente para representar a coisa toda⁴⁴⁹.

A *mancipatio*, porém, sofreu, no decorrer das necessidades do Império, algumas modificações, como a extensão de seu uso para a transferência da propriedade (ou outros poderes sobre a *res Mancipatio* – usufruto, por exemplo) à qualquer título, e não

⁴⁴⁷ RUBINO, Domenico. *El Negocio Juridico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 143

⁴⁴⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 318.

⁴⁴⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 317.

apenas restrita à compra e venda, como acentua Moreira Alves⁴⁵⁰. Como consequência, no Direito Clássico, a *mancipatio* se transformou em uma *imaginaria vendita*⁴⁵¹, e, mais do que isso, teve seu campo alargado para atingir finalidades diversas de seu próprio *tipo contractual*. Ensina Mario Talamanca que *gia nella forma più risalente, la mancipatio ha subito vari adattamenti dal punto di vista della funzione. Il <genere per aes et libram>, è stato utilizzato per funzione economico-sociali diverse dallo scambio fra una cosa ed il prezzo*⁴⁵². Quais funções diversas poderiam ser essas? Praticamente todas, desde uma simples doação.

Essa utilização da *mancipatio* para atingir uma finalidade diversa daquela para a qual foi criada (compra e venda real), faz com que Bianca⁴⁵³ – com razão – a considere como um dos primeiros casos – senão o primeiro – de *negócio indireto* conhecido.

(B) NEGOTIUM MIXTUM CUM DONATIONE

Seguramente a hipótese mais problemática e, ao mesmo tempo (não por acaso), a mais estudada pela doutrina, que se divide entre ser um *negócio indireto* ou um *negócio misto* envolvendo a figura da compra e venda e da doação (teoria da absorção, aplicada aos *negócios mistos*). A hipótese aqui estudada é a compra e venda por preço abaixo do mercado (ex1. compra e venda de um imóvel por 1 real; ex2. compra e venda por valor abaixo do valor real, mas não por valor irrisório).

⁴⁵⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 318.

⁴⁵¹ “La forma della *mancipatio* è nota, soprattutto, attraverso Gaio, che la descrive come *imaginaria venditio*. Si tratta di una forma ammordenata che permette, però, di cogliere la funzione originaria dell’istituto: quella di formalizzare lo scambio contestuale della cosa contro il prezzo.” (TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 429).

⁴⁵² TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 429.

⁴⁵³ “Storicamente il negozio indiretto ha segnato il decadere dello scopo tipico per cui originariamente era sorto un determinato strumento negoziale. Si tratta, precisamente, del fenomeno della utilizzazione nella pratica di figure giuridiche formali per soddisfare scopi nuovi e diversi rispetto a quelli per i quali le figure erano state create. Significativo è il riguardo l’esempio della *mancipatio* romana, originariamente sorta come vendita reale e convertita sucessivamente, nella pratica corrente, in astratto strumento di trasferimento della proprietà.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 486).

O problema se inicia pelo próprio nome *negotium mixtum cum donatione*, que imediatamente parece levar os intérpretes a qualificarem e interpretarem a figura como *negócio misto* e não como *negócio indireto*⁴⁵⁴. Porém, respeitada a opinião da doutrina divergente, da qual se destaca, entre todos, Massimo Bianca⁴⁵⁵, nos parece que a figura objeto de estudo (*negotium mixtum cum donatione*) seja hipótese tanto de classificação como *negócio misto* quanto de *negócio indireto*, muita próxima, aliás, das chamadas *doações indiretas* que serão estudadas na sequência. Como já explicado no capítulo destinado aos *negócios mistos*, os *negócios indiretos* não são uma categoria dogmática própria, razão pela qual nada impede que um determinado negócio seja *misto* e *indireto*. Todavia, como igualmente desenvolvido anteriormente, não nos parece que a categoria que engloba o *negotium mixtum cum donatione*, qual seja a dos *negócios mistos em senso strito* guarde, de fato, muita relação com o instituto dos *negócios mistos*, como assinalam José Ignacio Franceschini⁴⁵⁶ e Orlando Gomes⁴⁵⁷. Isto porque o *negotium mixtum cum donatione* se forma através de um *negócio típico*, razão pela qual não pode ser verdadeiramente caracterizado como *negócio misto*, uma vez que esta categoria apenas é possível aos *negócios atípicos*. Desta forma, embora o *negotium mixtum cum donatione* seja classificado por boa parte dos autores como *negócio misto em senso strito*, o que em tese derrubaria a argumentação aqui defendida de que os *negócios indiretos* só podem ser formados através de *negócios típicos*, verdadeiramente ele não é *negócio misto*, razão pela qual não existe conflito entre a atipicidade dos *negócios mistos* e a tipicidade obrigatória (legal ou social) dos *negócios indiretos*.

⁴⁵⁴ Provavelmente porque a figura que hoje entendemos por *negócio misto* não tem o mesmo conteúdo jurídico do *negócio misto* do Direito pré-comtemporâneo.

⁴⁵⁵ “La vendita mista a donazione costituisce un tradizionale esempio di contratto misto inteso nel significato di contratto unico caratterizzato da più cause concorrenti. La *fusione* delle cause deve certamente escludersi in quanto le cause della vendita e della liberalità sono incompatibili: dove c’è la causa di scambio non può esserci l’attribuzione gratuita, e viceversa. Tale incompatibilità esclude anche la configurabilità della vendita quale negozio indiretto attraverso il quale si realizzerebbe il risultato della liberalità.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 481).

⁴⁵⁶ FRANCESCHINI, José Ignacio Gonzaga. *Contratos Inominados, mistos e negócio indireto*. Revista dos Tribunais 464/34, junho/1974.

⁴⁵⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 123.

O problema é, antes de tudo, teórico. Relembremos aqui as teorias de Tullio Ascarelli⁴⁵⁸ e José de Oliveira Ascensão⁴⁵⁹ sobre a relação da *causa* com os *negócios indiretos*, nos termos explicitados anteriormente. Para Ascarelli, a finalidade diversa da finalidade típica dos *negócios indiretos* não implica na ruptura da *causa contratual*, na medida em que ela (finalidade diversa) é um simples *motivo* dos contratantes; e como *motivo*, encontra-se alijada da análise do contrato. Ascensão, por outro lado, entende que a finalidade diversa implica sim na *ruptura da causa contratual abstracta*.

Desta forma, Ascarelli defende que no *negócio misto com doação* não há ruptura da causa contratual abstracta, ao contrário do *negócio misto* por nós conhecido (no qual se verifica, no mínimo, uma *fusão de causas contratuais*), razão pela qual se trata de *negócio indireto*. Mas ele mesmo admite que essa distinção apenas é válida se adotadas as suas premissas⁴⁶⁰, com a qual já manifestamos parcial discordância, exatamente pelas considerações feitas por Ascensão (com as restrições que também foram feitas em relação a sua teoria).

Retomemos aqui os dois exemplos dados acima. A compra e venda celebrada por valor abaixo do valor real da coisa, mas por preço não irrisório é indiscutivelmente contrato de compra e venda, muito embora seja possível identificar uma finalidade diversa, qual seja a da liberalidade. Neste caso, portanto, estar-se-á diante de um *negócio indireto* no qual o negócio-meio é a compra e venda, mas cuja finalidade é (ao menos parcial) de doação. Esta *ruptura da causa abstracta* do tipo negocial (compra e venda), não necessariamente implica na *pluralidade de causas*⁴⁶¹ a ensejar a sua qualificação como *negócio misto*. Assim, (i) *causa do negotium mixtum cum donatione* não pode ser entendida como a *causa abstracta* de nenhum dos dois tipos contratuais envolvidos e igualmente (ii) não pode ser entendida como uma *pluralidade de causas*,

⁴⁵⁸ ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011.

⁴⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 249.

⁴⁶⁰ “O critério distintivo teórico apenas será válido se tivermos presente o que se disse nas páginas anteriores.” (ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011).

⁴⁶¹ A causa continua sendo única - correspondente à *causa concreta* e não à *causa abstracta* do tipo negocial. A *causa concreta*, por sua vez, é auferida através da somatória da *causa abstracta* e dos *motivos típicos do contrato*, estes últimos não se confundindo com os motivos pessoais de cada contratante, mas sim o *fim imediato (causa fina)*.

porque a *causa abstracta da compra e venda* é antagônica a *causa abstracta da doação* (é ilógico alguém querer *doar* e *vender* ao mesmo tempo – é um verdadeiro paradoxo: ou a pessoa quer *vender* ou ela quer *doar*⁴⁶²). A *causa* desta figura contratual é, portanto, única, consubstanciada na somatória da *causa abstracta* do negócio-meio (compra e venda) com os interesses legítimos das partes que a figura permite identificar (doação): e esta somatória, como já dissemos e defendemos neste trabalho, constitui a *causa concreta* do *negotium mixtum cum donatione*.

Desta forma, considerando a aplicação da *causa concreta* acima delineada e considerando que o preço é elemento indissociável do tipo contratual da compra e venda⁴⁶³ e, ao mesmo tempo, elemento completamente estranho ao do tipo contratual da doação pura, é inegável que se está diante do tipo contratual da compra e venda (negócio-meio), embora utilizada para atingir finalidade diversa (doação⁴⁶⁴), hipótese de configuração como *negócio indireto* e não como *negócio misto*.

A resposta para esta questão é trabalhada por Domenico Rubino de forma levemente diversa, embora no mesmo sentido da tese aqui defendida. Lembra o autor italiano que *para los contratos sinalagmáticos en general, la ley se cuida sólo de la presencia de dos prestaciones, y no su equilibrio economico*. E prossegue ele a defender que no *negotium mixtum cum donatione*⁴⁶⁵, a causa é única (compra e venda), exatamente porque a desproporção econômica não afeta a *causa abstracta* do tipo *compra e venda*.

⁴⁶²“(…) le cause della vendita e della liberalità sono incompatibili: dove c’è la causa di scambio non può esserci l’attribuzione gratuita, e vice-versa.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 481).

⁴⁶³ “O negócio é uma venda (para nos limitarmos a esta hipótese) e tem portanto os caracteres típicos da mesma: entrega de coisa contra preço. O reduzido montante do preço, ou mesmo o seu valor irrisório, o predomínio da intenção de doar sobre a de trocar, não impede que subsista sempre uma troca de coisa contra preço, e que tal seja, efetivamente, a vontade das partes. É somente quando o preço não apenas seja vil, mal falte completamente, que teremos de abandonar o campo da venda, seguindo assim o ensinamento romano (D. 18, I, 38).” (ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011).

⁴⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 215.

⁴⁶⁵ RUBINO, Domenico. *El Negocio Juridico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pag. 62/63.

É óbvio, todavia, que estas conclusões apenas sobrevivem se consideradas verdadeiras todas as premissas aqui adotadas (e, portanto, podemos receber as mesmas críticas que aqui se fez às premissas adotadas por Tullio Ascarelli e por José de Oliveira Ascensão).

Assim, o problema não se encontra mais no estudo da *causa*; mas se desloca para a questão do *preço*, e, mais do que isso, na *autonomia privada*. Vale dizer, é obrigatória a correspondência econômica entre as prestações no contrato de compra e venda ou as partes podem livremente estipular o preço que mais lhes aprouverem? Nos parece que a determinação do preço não é importante – a princípio – para a caracterização e para a validade do contrato de compra e venda, uma vez que ele se encontra no âmbito da autonomia privada⁴⁶⁶. Antigamente, é verdade, não se admitia a compra e venda por valores muito baixos, com base no instituto da lesão enormíssima⁴⁶⁷; mas a livre pactuação do preço hoje nos parece ser uma realidade, ressalvados, obviamente, a incidência da usura, dos defeitos e dos vícios sociais dos negócios jurídicos (especial atenção à fraude contra credores: a venda por preço muito inferior à da coisa pode gerar fraude exatamente pela possibilidade de frustrar o credor a obter seu crédito) e as normas protetivas dos direitos dos hipossuficientes (principalmente relações de consumo e relações de trabalho).

Apesar dos caminhos distintos, a consequência da teoria de Tullio Ascarelli e da teoria que aqui se propõe é a mesma: o *negotium mixto cum donatione* é hipótese de

⁴⁶⁶ “Como já aponte, o direito preocupa-se com a subsistência da causa, e não com a sua importância psicológica; com a subsistência de uma troca e não com a efetiva equivalência das prestações.” (ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011).

⁴⁶⁷ “Da lesão enorme enorme distinguimos ainda a enormíssima, que os praxistas e autores antigos nunca chegaram a defender com clareza. Dizia-se que a lesão enormíssima era aquela que passava muito além da metade do valor da coisa, como por exemplo, alguém que, ao invés de comprar certa coisa por 50 ou 40, comprasse por 10, ou por 15; quando a desproporção era muito maior do que no caso da lesão enorme, em que uma coisa no valor de 100 contos era vendida por 200 ou comprada por 500. E a lesão enormíssima tinha efeito mais enérgico do que a lesão enorme. Inclusive nisto, em que na enorme se podia provocar a anulação do contrato entre as partes que o tinham celebrado, enquanto que, na enormíssima, podia ser alegada contra o terceiro possuidor, indo buscar-se a coisa nas mãos de quem a detivesse. Dizia-se que todas as vezes que houvesse lesão enormíssima presumia-se que a parte beneficiada com a lesão agia com dolo. Os efeitos eram iguais. Lesão enormíssima, dolo *equiparatur*, dizia o repertório das Ordenações.” (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pag. 244).

negócio indireto e não de *negócio-misto*⁴⁶⁸. No mesmo sentido encontra-se a doutrina portuguesa, através dos ensinamentos de Carlos Ferreira de Almeida⁴⁶⁹, para quem *a doação mista qualifica-se como negócio indireto, entendido este como o negócio jurídico em que um tipo negocial serve para obter, no todo ou em parte, uma finalidade diferente da função típica. No caso da venda com preço baixo, o tipo usado é a compra e venda, em que o montante do preço serve para obter, em parte, uma finalidade típica da doação.*

Menezes Cordeiro, entretanto, entende que no *negotium mixtum cum donatione* o *negócio meio* é o da doação, e não o da compra e venda⁴⁷⁰, embora saliente que *como sempre, impõe-se uma sindicância caso a caso e norma a norma*⁴⁷¹. Preferimos uma outra solução, que será mostrada através dos exemplos dados acima (compra e venda por preço irrisório e compra e venda por valor abaixo do preço real da coisa, mas sem ser irrisório), que, para Menezes Cordeiro configuram *negócios indiretos* cujo *negócio-meio* é o de doação. A compra e venda por valor abaixo de mercado sem que seja irrisório já foi amplamente debatido acima, razão pela qual convém apenas repetir que se trata de *negócio indireto* com o *negócio-meio* sendo o da compra e venda e não o da doação. Poderia ter ele razão, todavia, no exemplo da compra e venda por preço irrisório, em tese muito mais próxima do regime jurídico da doação do que do regime jurídico da compra e venda.

Todavia, o segundo exemplo não parece configurar hipótese de *negócio indireto*: a compra e venda celebrada por valor irrisório (imóvel vendido por 1 real) tem sua

⁴⁶⁸ “Depois do que tenho vindo a dizer nestas páginas, é óbvio que em tais casos não se trata de contratos mistos, mas sim de negócios indiretos, ou melhor, para não fazer questão de palavras, não se trata daqueles contratos mistos referidos nos parágrafos precedentes desta nota.” (ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011).

⁴⁶⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III – contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. Coimbra: Almedina, 2013, pag. 57.

⁴⁷⁰ “Ora, um contrato (qualquer contrato!) é, sempre e apenas, um instrumento para a obtenção de um fim. E o fim resulta da função procurada pelo contrato. Num *negotium mixtum cum donatione*, o objetivo será a própria liberalidade. O regime prevalecente é, pois, o da doação.” (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 253).

⁴⁷¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 253.

função muito mais atrelada ao *tipo contratual da doação* do que o da *compra e venda*, uma vez que inexistente, nesta hipótese, contraprestação concreta. A verdade é que este exemplo se assemelha muito mais a uma doação onerosa do que a uma compra e venda. Portanto, na compra e venda por preço irrisório inexistente *negócio indireto*, mas sim um único negócio (doação) cuja finalidade não é outra senão a própria liberalidade atrelada a um encargo (pagar preço irrisório).

Apesar da análise concreta da compra e venda com doação, o mesmo raciocínio é aplicável ao outro exemplo trazido por Menezes Cordeiro⁴⁷² (arrendamento de um imóvel pela renda mensal de um centavo, a fim de atingir a finalidade de um comodato).

Vale fazer referência ao novel Código Civil Argentino, que expressamente regula a matéria, sob a alcunha de *doações mistas*. Estabelece o art. 1.544 que os *actos mixtos, en parte onerosos y en parte gratuitos, se rigen en cuanto a su forma por las disposiciones de este Capítulo; en cuanto a su contenido, por éstas en la parte gratuita y por las correspondientes a la naturaleza aparente del acto en la parte onerosa*. A Lei parece regulamentar que as chamadas *doações mistas* configurariam um *contrato misto*, com pluralidade de causas e pluralidade de *tipos contratuais*. Trata-se, aqui, de opção legislativa, o que não afasta as considerações acima realizadas em relação aos sistemas jurídicos que não regularam a matéria; embora, é verdade, a solução dada pelo Direito Argentino possa vir a ser utilizada analogicamente para defender a tese do *negócio* ser misto e não indireto. Ademais, recorde-se que não afastamos a possibilidade de que o *negócio misto* seja também um *negócio indireto*.

Em sede de conclusão, o *negotium mixtum cum donatione* se configura como hipótese de *negócio indireto*, ficando sujeito ao regime jurídico do contrato-meio (compra e venda ou doação), tanto nos aspectos formais quanto nos aspectos

⁴⁷² “Caracterizam-se pela utilização de um tipo contratual fora da função que este, normalmente, é chamado a desempenhar. Serão os casos da venda de uma casa por um euro ou do arrendamento de um imóvel pela renda mensal de um centavo: no primeiro exemplo, a compra e venda realiza o papel de uma doação e, no segundo, o arrendamento o de comodato.” (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 249).

substanciais (não se admite, por exemplo, a revogação por ingratidão, uma vez que não se aplica o regime jurídico da doação, salvo se o preço for irrisório, como já explicado).

(C) CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE PARA POSTERIOR CONCENTRAÇÃO DAS AÇÕES NAS MÃOS DE UM ÚNICO SÓCIO⁴⁷³

O sistema jurídico italiano determina que a constituição de uma sociedade por ações tem como requisito essencial a pluralidade de sócios, (o que, em regra, nada difere das legislações civis/comerciais de todos os outros países ocidentais). Todavia, existia – antes de 2003 – uma brecha, que permitia que a sociedade continuasse a existir se um dos sócios, posteriormente à sua constituição, concentrar a totalidade das *ações*. A pluralidade de sócios era, desta forma, requisito de constituição da sociedade, mas não de sua subsistência⁴⁷⁴. Nesta hipótese, a sociedade serviria para segregar o patrimônio individual do sócio.

A questão que muito se discutiu na Itália decorre da natureza jurídica do negócio jurídico que visava constituir a sociedade com a finalidade de concentrar nas mãos de apenas um dos sócios a totalidade das ações⁴⁷⁵. Parte dos doutrinadores entendia que não havia diferença entre a concentração casual (ou fortuita) e a concentração premeditada, ao passo que outra parcela entendia que a concentração premeditada configurava hipótese de simulação, razão pela qual deveria ser combatida pela jurisprudência. A concentração casual nunca trouxe grandes problemas práticos, ao contrário da concentração premeditada.

⁴⁷³ Esta hipótese não é aplicável ao direito brasileiro, mormente pela previsão expressa da *subsidiária integral* na Lei de Sociedades Anônimas: “Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira. § 1º A sociedade que subscrever em bens o capital de subsidiária integral deverá aprovar o laudo de avaliação de que trata o artigo 8º, respondendo nos termos do § 6º do artigo 8º e do artigo 10 e seu parágrafo único. § 2º A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do artigo 252.”

⁴⁷⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Negócio Indireto e Negócios Fiduciários*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 6, pág. 1261, junho/2011.

⁴⁷⁵ “Tizio intende trasferire a Caio una azienda; ma, anziché stipulare una vendita, costituisce con Caio una società, nella quale conferisce l’azienda; quindi vende a Caio, o a soggetto da questo indicato, le quota da lui sottoscritte.” (GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico – Trattato di Diritto Civile e Commerciale (Cicu-Messineo)*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pag. 498”.

Ascarelli encampou a tese de licitude da concentração premeditada e combateu os adeptos da teoria da simulação (absoluta, defendida por Messineo, e relativa, pela maioria esmagadora dos adeptos desta teoria). Realmente não parece ser o caso de simulação absoluta, uma vez que nesta modalidade, *o negócio limita-se a uma forma vazia destinada a enganar o público*⁴⁷⁶; mais do que isso: na simulação absoluta o negócio jurídico celebrado é apenas um invólucro vazio que visa transparecer para o público que algo existe, sem que, contudo, venha a se materializar dentro dele (é apenas uma casca vazia). Na constituição de uma sociedade visando a concentração das ações na mão de apenas um sócio, o negócio jurídico celebrado é muito mais do que apenas um invólucro, muito mais do que uma casca vazia. Ele existe para o público e produzirá efeitos, o que afasta qualquer enquadramento como simulação absoluta.

Um pouco mais complexa é a questão da simulação relativa, na qual as partes celebram um negócio jurídico quando na verdade queriam celebrar outro (negócio dissimulado, cuja finalidade é *iludir o público*)⁴⁷⁷ e usam aquele para ocultar este. Todavia, o negócio jurídico aqui debatido não apenas é querido pelas partes, como também produz os efeitos decorrentes de sua celebração⁴⁷⁸: a constituição da sociedade e a futura concentração das ações, o que, por sua vez, afasta o enquadramento da simulação relativa.

Desta forma, nos parece que *não existe simulação, porque a constituição da sociedade, para o efeito da separação dos patrimônios, é o objetivo real das partes e não só não contrasta com o fim último visado, mas representa o caminho necessário*

⁴⁷⁶ GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 59.

⁴⁷⁷ “Dá-se a simulação relativa quando se realiza aparentemente um negócio jurídico, querendo e levando-se a efeito outro diferente. Os contratantes concluem um negócio que é verdadeiro, mas o ocultam sob uma forma jurídica diversa. A aparência serve apenas para iludir o público. Detrás dela esconde-se a verdade, a que se chama *negócio dissimulado*. (...) A simulação é relativa, pois, quando sob a aparência de um negócio (falso), oculta-se outro (verdadeiro).” (GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 62).

⁴⁷⁸ “Qui non c’è simulazione: non c’è un meccanismo contrattuale format da più contratti collegati (contratto di società con conferimento in natura, più un contratto o una serie di contratti di vendita delle quote) che dissimula una compravendita. Le parti vogliono produrre gli effetti propri dei contratti che concludono; vogliono, in particolare, dare vita ad una società, per poi ceder ele relative quote (e la società sarà anche esercitata da esse in comune, ove sia prevista la cessione delle quota a *tranches*, fino al trasferimento dell’ultima *tranche*).” (GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico – Trattato di Diritto Civile e Commerciale (Cicu-Messineo)*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pag. 498).

*para o alcançar*⁴⁷⁹. Obviamente que esta finalidade diversa não poderia ter como fundamento tão somente fraudar terceiros ou fraudar o fisco⁴⁸⁰, como será melhor analisado em capítulo próprio.

Apesar de não ser simulado, seria esta uma hipótese de *negócio indireto*? Certamente sim. As partes recorrem a um negócio jurídico de constituição de sociedade (negócio-meio) na expectativa de que ele produza seus regulares efeitos (constituir uma sociedade) para atingirem uma finalidade diversa, qual (i) seja criar um patrimônio autônomo daquele do sócio ou, ainda, (ii) permitir uma compra e venda parcelada com transferência da propriedade também parcelada; na medida em que as *quotas* são adquiridas, a propriedade sobre a coisa integralizada também o é, e ainda por cima, de forma menos onerosa tributariamente para o adquirente⁴⁸¹. A *causa* é única e a finalidade diversa, nesta hipótese concreta, pode tanto estar no campo dos *motivos* (quando não estiver expresso no contrato o pacto de cessão das quotas) ou no campo da *causa concreta* (quando pré-estabelecido desde o início que um dos sócios concentrará todas as ações da sociedade).

(D) SOCIETÀ DI COMODO

Estabelece o art. 2247 do Código Civil Italiano que por meio do contrato de sociedade duas ou mais pessoas integralizam bens ou serviços para o exercício em comum de uma atividade econômica com a finalidade de dividirem os lucros⁴⁸². Não se admite, no sistema italiano, uma sociedade criada com a finalidade apenas de desfrutar dos bens integralizados pelos sócios. Se as partes celebrarem um contrato social no qual

⁴⁷⁹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Negócio Indireto e Negócios Fiduciários*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 6, pág. 1261, junho/2011.

⁴⁸⁰ GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico – Trattato di Diritto Civile e Commerciale (Cicu-Messineo)*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pag. 498.

⁴⁸¹ “Ma una giustificazione economica è presente quando fra le parti sai pattuito che il prezzo debba essere pagato a rate: avendo le parti sostituito all’azienda le quote di una società conferitaria della stessa, è possibile convenire che l’alienante ceda le quote in più *tranches*, in corrispondenza del pagamento delle singole rate.” (GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico – Trattato di Diritto Civile e Commerciale (Cicu-Messineo)*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pag. 498).

⁴⁸² “Art. 2247. Contratto di Società. Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l’esercizio in comune di un’attività economica allo scopo di dividerne gli utili.”

estipulem que a sociedade terá apenas a finalidade de desfrutar dos bens integralizados (e não uma atividade econômica), estabelece o art. 2248⁴⁸³ do Código Civil Italiano que ela deverá ser regida pelas regras aplicáveis ao condomínio, e não às regras destinadas às sociedades, como ensina Francesco Galgano⁴⁸⁴.

Esta espécie de sociedade também é regulada no artigo 30 da Lei nº 724 de 23 de dezembro de 1994, com as modificações trazidas pelo Decreto-Lei nº 223 de 4 de julho de 2006 e Lei nº 296 de 27 de dezembro de 2006. Estas leis deram especial tratamento às chamadas *holdings puras*, ou seja, aquelas empresas que tenham como objeto apenas ações de outras companhias (o que no Brasil é lícito, *ex vi* artigo 2º da Lei de Sociedades Anônimas); desta forma, a *holding pura* terá finalidade ilícita quando não movimentar um *mínimo legal*, que parece ser estipulado em 2% (dois por cento) dos bens integralizados.

A sociedade *di comodo*, portanto, é aquela sociedade criada regularmente, através da escolha de um modelo social lícito (normalmente uma sociedade destinada à administração de bens) com a finalidade oculta (diversa do tipo negocial escolhido pelas partes), de permitir que os sócios desfrutem dos bens integralizados, sem efetivamente nenhuma atividade econômica. O objetivo é muito claro: proteger os bens dos sócios (pessoas físicas) de eventuais credores e aproveitar as vantagens fiscais dadas às sociedades. Neste caso, existe negócio indireto, mas sua finalidade é ilícita, pois visa fraudar a lei⁴⁸⁵.

483 “Art. 2248. Comunione a scopo di godimento. La comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme del titolo VII del libro III.”

484 “Esclude, in particolare, l’ammissibilità di una società di solo godimento: se due o più persone concludono un contratto, che definiscono come società, in base al quale <<conferiscono beni>>, ossia mirano a formare un patrimonio sociale, ma non si obbligano ad esercitare, con questo patrimonio sociale, una attività di impresa, allora il contratto dovrà, nonostante il nome datogli dalle parti, essere considerato come costitutivo di una comunione volontaria. L’art. 2248 è esplicito nell’assoggettarlo alle norme del terzo libro <<la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose>>: al rapporto si applicheranno, perciò, l’enorme del terzo libro e non, come le parti avrebbero voluto, l’enorme del quinto libro sulla società.” (GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico – Trattato di Diritto Civile e Commerciale (Cicu-Messineo)*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pag. 494/495).

485 “La frode alla legge è, in questa fattispecie, di tutta evidenza.” (GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico – Trattato di Diritto Civile e Commerciale (Cicu-Messineo)*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pag. 496).

(E) PROCURAÇÃO IN REM SUAM

A procuração *in rem suam*, mais conhecida como *procuração em causa própria*, é um interessante exemplo de negócio indireto. Regulada em diversos ordenamentos jurídicos de origem romana (arts. 1.395⁴⁸⁶ e 1.723⁴⁸⁷, ambos CC Italiano; art. 261⁴⁸⁸ CC Português, arts. 368⁴⁸⁹ e 1.330⁴⁹⁰, ambos CC Argentino; no Brasil por meio dos arts. 117⁴⁹¹ e 685⁴⁹², ambos do Código Civil), trata-se, na realidade, de negócio de alienação, gratuito ou oneroso.

As partes recorrem ao tipo negocial da *representação* para obterem uma finalidade diversa, qual seja a celebração de um *negócio translativo*. Como ensina Orlando Gomes, *com esse nome designa-se um negócio jurídico que de procuração tem apenas a forma, ou, quiçá, a aparência. (...) A cláusula in rem suam desnatura a*

⁴⁸⁶ “Art. 1395. Contratto com se stesso. È annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte ⁽¹⁾, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi. L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato.”

⁴⁸⁷ “1723. Revocabilità del mandato. Il mandante può revocare il mandato; ma, se era stata pattuita l'irrevocabilità, risponde dei danni, salvo che ricorra una giusta causa. Il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi non si estingue per revoca da parte del mandante, salvo che sia diversamente stabilito o ricorra una giusta causa di revoca; non si estingue per la morte o per la sopravvenuta incapacità del mandante.”

⁴⁸⁸ “Art. 261 – Negócio consigo mesmo. 1 – É anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificamente consentido na celebração, ou que o negócio excluía por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses. 2 – Considera-se celebrado pelo representante, para o efeito do número precedente, o negócio realizado por aquele em quem tiverem sido substabelecidos os poderes de representação.”

⁴⁸⁹ “Art. 368 – Acto consigo mesmo. Nadie puede, en representación de otro, efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado. Tampoco puede el representante, sin la conformidad del representado, aplicar fondos o rentas obtenidos en ejercicio de la representación a sus propios negocios, o a los ajenos confiados a su gestión.”

⁴⁹⁰ “Art. 1130 – Mandato irrevocable. El mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos de los incisos b) y c) del artículo 380. El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad.”

⁴⁹¹ “Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos.”

⁴⁹² “Art. 685. Conferido o mandato com a cláusula "em causa própria", a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais.”

*procuração, porque o ato deixa de ser autorização representativa. Transmitido o direito ao procurador em causa própria, passa este a agir em seu próprio nome, no seu próprio interesse e por sua própria conta*⁴⁹³. Aqui, a finalidade diversa integra a própria *causa concreta* do negócio celebrado pelas partes, ficando fora do campo dos *motivos*.

A questão já foi, inclusive, objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, que atestou, com base nas lições de Tullio Ascarelli, que se trata sim de um negócio indireto:

“A procuração em causa própria, de fato, viceja no âmbito dos negócios indiretos (quando "as partes recorreram, no *caso concreto*, a um *negócio determinado para alcançar, consciente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas*" - Ascarelli, O Negócio Jurídico Indireto, in Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, Edição Saraiva, São Paulo, 1969, p. 94). "*Típicas a respeito*" - escreveu o grande jurista - "*são a história da cessão dos direitos, de início realizada por meio de uma procuração processual in rem propriam (no direito romano) e a da representação, de início realizada por meio da cessão (no direito germânico), alcançando, em ambos os casos, indiretamente, fins cuja licitude e utilidade é, hoje, correntemente reconhecida*" (op. cit., p. 98).”⁴⁹⁴

É possível, por essa razão, que as partes prefiram oficializar a venda de um imóvel através da representação *in rem suam*, ao invés de um contrato típico de compra e venda (desde que seja pago o preço e dada quitação pelo representado). O representante será o efetivo titular do direito; inclusive com eficácia *erga omnes* se a

⁴⁹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 439.

⁴⁹⁴ Ementa: “Ação anulatória de escritura pública de compra e venda. Alienação de imóvel de fundação. Retorno de imóvel antes doado para o patrimônio do originário doador por procuração *in rem suam* e posterior alienação a terceiro. Impossibilidade. Ausência de autorização judicial.
- A procuração *in rem suam* não encerra conteúdo de mandato, não mantendo apenas a aparência de procuração autorizativa de representação. Caracteriza-se, em verdade, como negócio jurídico dispositivo, translativo de direitos que dispensa prestação de contas, tem caráter irrevogável e confere poderes gerais, no exclusivo interesse do outorgado. A irrevogabilidade *lhe* é ínsita justamente por ser seu objeto a transferência de direitos gratuita ou onerosa.
- Para a validade da alienação do patrimônio da fundação é imprescindível a autorização judicial com a participação do órgão ministerial, formalidade que se suprimida acarreta a nulidade do ato negocial, pois a tutela do Poder Público - sob a forma de participação do Estado-juiz, mediante autorização judicial -, é de ser exigida.” (REsp 303.707/MG. Terceira Turma STJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 19.11.2011. DJU em 15.04.2002. RSTJ 156/252).

representação for lavrada por instrumento público e averbada no cartório de registro de imóveis. Outra possível vantagem é a diminuição dos custos tributários e registrais, uma vez que esta modalidade prescinde do registro da transferência no cartório de registro de imóveis. Ademais, poderá o *representante*, posteriormente, transferir a coisa diretamente a um terceiro, sem que precise registrar a coisa em seu próprio nome (e daí as razões pelas quais Orlando Gomes pontuou que esta modalidade de representação desnatura a própria natureza da figura).

Alberto Trabuchi atesta esta possibilidade, ao elucidar que *un mandato a vendere accompagnato da procura irrevocabile può venire efficacemente preferito a una vendita (pur senza voler nascondere l'intenzione di alienare), allo scopo di evitare alcune conseguenze, indirettamente voluta, sarà pure validamente raggiungibile, purché essa non sia illecita*⁴⁹⁵.

Outra forma de se atingir uma finalidade diversa do *tipo abstrato* – e muito símile à figura da doação indireta que será melhor analisada na sequência – é a utilização da representação *in rem suam* para instrumentalizar uma doação. Guido Alpa, nesta questão, é muito preciso: *M vuole donare a N un bene; ma per varie ragioni non vuol compiere il contratto di donazione; allora conclude con lui un contratto di mandato irrevocabile senza obbligo di rendiconto per l'alienazione a terzi; N acquista la piena disponibilità del bene, anche se non è effettivo proprietario; si realizzano gli scopi voluti, anche se con un mezzo (mandato) diverso da quello normale e diretto (donazione)*⁴⁹⁶.

Vale registrar também que esta espécie de representação é irrevogável, não extingue nem mesmo com o falecimento do representado, e, dada a sua natureza translativa, o representante está desobrigado a prestar conta nos termos do art. 685 do Código Civil

Obviamente que este instrumento jurídico não poderá ser utilizado se o fim for ilícito (o fim ilícito é um limite objetivo para o exercício da autonomia da vontade, cuja

⁴⁹⁵ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 2013, pag. 118.

⁴⁹⁶ ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 2013, pag. 455.

máxima é o dogma da *autonomia privada*), como, por exemplo, na hipótese de visar transferir a propriedade em detrimento de credores ou em detrimento dos descendentes, herdeiros, tutelados ou curatelados.

(F) RETROVENDA COM FUNÇÃO DE GARANTIA

A retrovenda é regulada pelo art. 505 do Código Civil e se configura como uma das chamadas *cláusulas especiais à compra e venda*; por *cláusula especial* se deve entender que não se trata de uma cláusula obrigatória (essencial) para a qualificação do tipo negocial *compra e venda*, mas sim como um elemento especial, que a transforma em *compra e venda com cláusula especial*.

O objeto do pacto adjeto de retrovenda é permitir que o alienante recupere a coisa para si, no prazo decadencial de 3 (três) anos, através do depósito integral do preço recebido e do reembolso das despesas do comprador, inclusive aquelas que se efetuaram com a sua autorização escrita ou para a realização de benfeitorias necessárias. Nesta modalidade especial de compra e venda, o adquirente tem propriedade resolúvel⁴⁹⁷ até que o prazo decadencial trienal transcorra sem o exercício do direito de resgate⁴⁹⁸ pelo alienante.

A *causa abstracta* da compra e venda com pacto de retrovenda é a alienação de um bem imóvel mediante contraprestação, com direito potestativo de o alienante resgatar para si a coisa anteriormente alienada. Pouco importa os motivos que levaram as partes a estipularem este pacto adjeto; esse motivo apenas ganha relevância quando

⁴⁹⁷ “O adquirente tem propriedade *resolúvel* que se extingue no momento em que o vendedor exerce o direito de reaver o bem vendido, mediante *declaração unilateral de vontade*, não sujeita à forma especial.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 306).

⁴⁹⁸ “Da retrovenda propriamente dita distingue-se o resgate. Pelo *pacto de resgate*, o vendedor se reserva o direito de, mediante ato unilateral, com eficácia *erga omnes*, reaver o bem vendido. A esse pacto nosso Direito chama impropriamente de *retrovenda*. O resgate vale, se inscrito, contra terceiros. Vendido o imóvel, o adquirente pode ser privado do seu direito de propriedade, se o vendedor quiser usar a faculdade de o reaver.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 306).

se verifica *in concreto* a *ruptura da causa abstrata do tipo legal*, como, por exemplo, na estipulação da retrovenda com função de garantia.

Tal qual a alienação com fins de garantia – figura que deu origem à nossa atual alienação fiduciária em garantia –, historicamente utilizada para fins diversos do seu *tipo abstrato*, a retrovenda também pode ser utilizada para garantir determinada operação jurídica, hipótese na qual se estará diante de um negócio indireto.

A finalidade da retrovenda não é garantir uma dívida, mas sim permitir que o alienante resgate a coisa anteriormente alienada. Todavia, nada impede que um bem alienado com pacto de retrovenda seja dado em garantia para cumprimento de determinada obrigação. Como ensina Moreira Alves, *as partes recorrem a um negócio jurídico típico (compra e venda com pacto de retrovenda), sujeitando-se à sua disciplina formal e substancial, para alcançar um fim prático ulterior (garantia de uma dívida), o qual não é normalmente atingido por meio desse negócio jurídico típico*⁴⁹⁹.

A questão que envolve a retrovenda com fins de garantia e o negócio indireto já foi, inclusive, alvo de apreciação do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu se tratar sim de negócio indireto⁵⁰⁰.

A hipótese, contudo, deve ser analisada com cuidado. Não será possível identificar a retrovenda com escopo de garantia com o negócio indireto quando o regime jurídico da compra e venda for alterado pelas partes, através da inserção de cláusulas que sejam incompatíveis com o tipo contratual (negócio-meio) escolhido⁵⁰¹. A

⁴⁹⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *A retrovenda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pag. 13.

⁵⁰⁰ “Compra e venda de ações, com pacto de retrovenda. Negócio jurídico indireto. Direito de resgate abrangente das ações acrescidas em razão de bonificações e do direito de subscrição. Desistência de recurso não devidamente formalizado.

- Qualificada a avença como negócio jurídico indireto, não contraria o art. 1.140 e par. único do CC a decisão que considera como compreendido no direito de resgate tudo quanto se acrescentou as ações vendidas, quer por força de bonificações, quer em razão do direito de subscrição.

(...)

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.”

(REsp nº 28598/BA. Quarta Turma STJ. Min. Rel. Barros Monteiro. Julgado em 05.11.1996. RSTJ 96/242).

⁵⁰¹ “A nosso ver, só não haverá negócio jurídico indireto em sentido estrito quando à retrovenda com escopo de garantia se aponham cláusulas que sejam incompatíveis com as consequências jurídicas da compra e venda. Assim, por exemplo, aquela segundo o qual, se a coisa vier a deteriorar-se no período

questão já foi explicada anteriormente: no negócio indireto, o regime jurídico que regulará o negócio será o do *negócio-meio* (compra e venda); se as partes modificarem este *negócio-meio* a ponto das alterações produzidas romperem o *tipo contratual legal*, o resultado poderá ser um negócio atípico ou um negócio misto, mas nunca um negócio indireto.

(G) DOAÇÕES INDIRETAS

As chamadas *doações indiretas* são o campo fértil para os *negócios indiretos*. Apesar de não serem muito estudadas no Brasil, recebem importante tratamento doutrinário na Itália e na França, principalmente por conta dos artigos 809, I⁵⁰² CC Italiano, e arts. 843⁵⁰³ e 1.099⁵⁰⁴ do CC Francês, respectivamente.

As doações indiretas decorrem de negócios jurídicos distintos do tipo legal da doação, mas que visam a mesma finalidade: a liberalidade. Como não são *doação propriamente dita*, estes negócios não precisam observar a forma (instrumento público, sob pena de nulidade) prevista no art. 782⁵⁰⁵ do Código Civil Italiano. Apenas por esta

em que o vendedor pode exercer o direito de retrato, está este obrigado a substituí-la por outra equivalente (exclusão, para o proprietário, do risco pelo perecimento ou perda da coisa). Em casos como esse, o que existe é um esquema negocial atípico, e não um negócio jurídico indireto, que, como vimos, só surge quando as partes recorrem a um negócio jurídico típico, *sujeitando-se à sua disciplina formal e substancial*, para alcançar um fim prático ulterior que não é normalmente atingido por meio desse negócio.” (MOREIRA ALVES, José Carlos de. *A retrovenda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pag. 17).

⁵⁰² “Art. 809. Norme sulle donazione applicabili ad altri atti di liberalità – [I]. Le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall’articolo 769 [1180, 1236, 1411, 1875, 1920], sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazione per causa d’ingratitude e per sopravvenienza di figli [800 ss.], nonché a quelle sulla riduzione delle donazione per integrar ela quota dovuta ai legittimari [555 ss.]”

⁵⁰³ “Art. 843. Tout héritier, même ayant accepté à concurrence de l’actif, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu’il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu’ils ne lui aient été faits expressément hors part successorale. Les legs faits à un héritier sont réputés faits hors part successorale, à moins que le testateur n’ait exprimé la volonté contraire, auquel cas le légataire ne peut réclamer son legs qu’en moins prenant.”

⁵⁰⁴ “Art. 1.099. Les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.”

⁵⁰⁵ “Art. 782. [I]. La donazione deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità. Se ha per oggetto cose mobili, essa non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell’atto

breve introdução, já fica fácil visualizar o negócio indireto: as partes recorrem a um negócio-meio (já analisaremos quais negócios podem ser utilizados) para atingir a mesma finalidade da doação, qual seja a liberalidade. É o que reconhece o art. 809, I, do Código Civil Italiano, ao dispor que a liberalidade pode resultar de ato diverso daquele previsto no art. 769, que regula o *tipo contratual da doação*. Carlos Ferreira de Almeida ensina que se trata de um *conjunto heterogéneo de atos que, sendo diferentes da doação, produzem, por força da lei, o mesmo efeito a outro título, designadamente quanto à sua relevância nos institutos da colação e da revogabilidade*⁵⁰⁶.

Não é apenas o ato formal de *doação* que gera uma liberalidade em favor de uma ou mais pessoas. Outros negócios jurídicos podem servir a este propósito, como lembram os autores espanhóis Díez-Picazo e Antonio Gullón⁵⁰⁷.

Como exemplo de doações indiretas, podem-se elencar os seguintes negócios jurídicos: (i) pessoa que paga a dívida do devedor, mas abre mão de se sub-rogar nos direitos do credor e de executar o devedor; (ii) estipulação em favor de terceiro sem que exista relação onerosa entre o estipulante e o beneficiário; (iii) a remissão do débito a que o credor tenha direito e, até mesmo, (iv) a abertura de conta-corrente conjunta. É o que ensinam Díez-Picazo, Antonio Gullón⁵⁰⁸, Paolo Gallo⁵⁰⁹ e Luigi Cariota-Ferrara⁵¹⁰.

medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio. [II]. L'accettazione può essere fatta nell'atto stesso o con atto pubblico posteriore. In questo caso la donazione non è perfetta se non dal momento in cui l'atto di accettazione è notificato al donante. [III]. Prima che la donazione sia perfetta, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione.

⁵⁰⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III – contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. Coimbra: Almedina, 2013, pag. 53.

⁵⁰⁷ “Pero el empobrecimiento del donante y el correlativo enriquecimiento del donatario se efectúa a veces mediante la celebración de otros negocios jurídicos, que tienen su causa propia y sus propios esquemas con los que se alcanzan sus fines típicos, con la intención de enriquecer al donatario.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume II, Tomo II. Madrid: Tecnos 2013, pag. 95/96).

⁵⁰⁸ “Es el caso del que paga una deuda ajena y no exige su importe ulteriormente al deudor (art. 1.158); de la estipulación en provecho de tercero (art. 1.257), cuando el estipulante obtiene del promitente que efectuará una prestación en favor de um tercero sin existir ninguna relación onerosa entre éste y aquel estipulante para que haya de recibir de él de hecho una prestación aunque sea a través del promitente, y obligándose tal estipulante respecto al promitente en razón de esa prestación que ha de realizar.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume II, Tomo II. Madrid: Tecnos 2013, pag. 95/96).

⁵⁰⁹ “Per esempio chi desidera effettuare una liberalità a favore di un'altra persona, può sia concludere um vero e proprio contratto di donazione rispettando le formalità di cui all'art. 782 c.c., ma può anche avvalersi di contratti o di altri atti che consentono di raggiungere in modo indiretto il medesimo risultato

Estabelece o Código Civil Brasileiro (arts. 346/351) as hipóteses do pagamento com sub-rogação, para aquelas hipóteses em que alguém – interessado ou não – pague a dívida de outrem e se sub-rogue em todos os direitos do credor⁵¹¹. Este mecanismo, contudo, pode ter *causa donandi* frente ao devedor e, por essa razão, configurar uma das hipóteses de *doação indireta*. Isto ocorre quando o terceiro que pague a dívida abra mão de se sub-rogar nos direitos do credor e de executar o devedor. É interessante a redação dada ao art. 1.158 do Código Civil Espanhol sobre a matéria, principalmente porque deixa claro que a sub-rogação é uma opção do terceiro (*El que pagare por cuenta de outro podrá reclamar deu deudor lo que hubiese pagado (...)*). O verbo *podrá* identifica, pois, que se trata de uma opção; quando esta opção não é exercida, estar-se-á diante de uma *doação indireta*.

A estipulação em favor de terceiro (CCB arts. 436/438) é outro instrumento jurídico que pode ter como fundamento a *causa donandi*. Ensina Massimo Bianca – à luz da falta de definição trazida no Código Civil Italiano – que *il contratto si dice a favore di terzi quando una parte (stipulante) designa un terzo quale avente diritto alla prestazione dovuta dalla controparte (promittente)*⁵¹². No mesmo sentido é o ensinamento de Gabriel Seijo Leal de Figueiredo⁵¹³, agora à luz da interpretação do instituto no vigente Código Civil Brasileiro.

(art. 809 c.c.). A questi fini può per esempio essere utilizzata la figura del contratto a favore del terzo (art. 1411 c.c.), la remissione del debito (art. 1236 c.c.), la cointestazione di un conto corrente bancario, e così via.” (GALLO, Paolo. *Tratato del contratto – Tomo 2: il contenuto e gli effetti*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 1033).

⁵¹⁰ “Infatti, sono negozi indiretti veri e propri solo quei negozi tipici impiegati ed adattati allo scopo di beneficiare la controparte: così il mandato ad amministrare con dispensa dal rendiconto; del pari, é negozio indiretto il pagamento del debito altrui con rinuncia al diritto di surrogarsi nelle facoltà del creditore e di rivalersi verso il debitore, e ciò al fine di avvantaggiare quest’ultimo; è anche il negozio indiretto, e costituisce ad un tempo donazione indireta, il riconoscimento che alcuno faccia di un diritto altrui contro di sé con la convinzione della falsità di ciò che riconosce (CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, pag. 261/262).

⁵¹¹ “Por *sub-rogação* entende-se “a transferência dos direitos de credor para aquele que solveu a obrigação ou emprestou o necessário para solvê-la”. Segundo esta definição, compreende-se que há casos em que, não sendo a obrigação solvida pelo devedor, outra pessoa a solveu. Os direitos que tinha o credor quanto à prestação passam, desse modo, para aquele que, em lugar do devedor, efetuou a requerida prestação, extinguindo-se, assim, a obrigação em relação ao credor primitivo, mas continuando o vínculo obrigacional entre o devedor e aquele que substituiu o credor.” (MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pag. 25).

⁵¹² BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 566/567.

⁵¹³ *Estipulação em favor de terceiro*. In *Teoria Geral dos Contratos (coords. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni)*. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 467.

A *causa da estipulação em favor de terceiro* é sempre *gratuita* em relação ao beneficiário, de sorte que não se pode admitir uma estipulação em favor de terceiro que lhe seja onerosa; é o que preceitua Orlando Gomes, ao assinalar que *é necessário que do contrato resulte [para o beneficiário] uma atribuição patrimonial gratuita. O benefício há de ser recebido sem contraprestação e representar vantagem suscetível de apreciação pecuniária, de sorte que a gratuidade do proveito é essencial, não valendo a estipulação que imponha contraprestação. A estipulação não pode ser feita contra o terceiro. Há de ser em seu favor*⁵¹⁴.

Ademais, estabelece o art. 1.411⁵¹⁵ do Código Civil Italiano que o estipulante deve ter *un interesse che giustifichi il suo atto dispositivo a favore del terzo*⁵¹⁶. A exigência deste *interesse*, aliás, é prevista para toda e qualquer obrigação, como expressamente previsto no art. 1.174⁵¹⁷ do Código Civil Italiano (pode ou não ser *econômico*). É este *interesse* que permite descobrir a *causa contratual* dos negócios jurídicos, inclusive da *estipulação em favor de terceiro*, como lembra Massimo Bianca⁵¹⁸.

Embora não tenhamos no Brasil a previsão legal deste *interesse*, parece-nos, como já explicitado no capítulo da *causa*, que ele é inerente a todo e qualquer negócio jurídico; a falta de um interesse legítimo é, ademais, hipótese de *repetição de indébito*.

A estipulação em favor de terceiro pode ser uma forma indireta de pagamento e pode ser uma forma indireta de doação. Será forma indireta de pagamento quando o estipulante for devedor do beneficiário e a *causa* da estipulação for exatamente o interesse na *quitação*, total ou parcial, do débito perante o credor-beneficiário. Por outro lado, e no mais das vezes, será forma indireta de doação. Para tanto, basta que inexista uma relação creditícia entre estipulante e beneficiário, uma vez que, neste caso, o beneficiário sempre estará diante de um *enriquecimento patrimonial* e o estipulante

⁵¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 197.

⁵¹⁵ “Art. 1.411. [I]. É valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse. (...)”

⁵¹⁶ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 568.

⁵¹⁷ “Art. 1.174. [I]. La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscetibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore.”

⁵¹⁸ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 568.

diante de um *empobrecimento patrimonial*. Nesta segunda hipótese, a *causa* da relação jurídica será a *causa donandi*, típica dos contratos de doação. É o que ocorre, em regra, no seguro de vida, reconhecido pela doutrina como um dos mais emblemáticos casos de estipulação em favor de terceiro, por meio do qual o segurado paga durante um determinado período de tempo um prêmio para que, após seu falecimento, os beneficiários recebam o valor da indenização.

A remissão da dívida (arts. 385/388 CCB) é mais fácil de ser compreendida como *doação indireta*. Por meio deste instituto, *a remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro* (art. 385 CCB). Cumpre distinguí-la da renúncia. A *renúncia* é figura atípica no Direito Brasileiro, ao contrário da remissão, prevista no art. 385 e seguintes do Código Civil. A diferença entre elas reside, sumariamente, nos seguintes aspectos: (i) a remissão é espécie do gênero renúncia⁵¹⁹; (ii) a remissão apenas tem como objeto relações jurídicas patrimoniais, ao passo que a renúncia pode ter como objeto não apenas as relações patrimoniais mas também algumas relações pessoais; (iii) a remissão é negócio bilateral, ao passo que a renúncia é negócio unilateral⁵²⁰. Seus efeitos, contudo, são os mesmos, a saber um *ato de liberalidade*⁵²¹ por parte do credor; embora possa ter também outras finalidades, como lembra Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, ao pontuar que *será realizada a título de liberalidade, mas pode ocorrer ainda por outra causa, como na hipótese de o credor se ter comprometido a remitir a dívida, uma vez verificados certos pressupostos*⁵²².

⁵¹⁹ “De modo geral, esta é gênero de que aquela é espécie” (SILVA FILHO, Artur Marques da. *Remissão. In Teoria Geral das Obrigações* (coords. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni). São Paulo: Atlas, 2011, pag. 532).

⁵²⁰ “A remissão da dívida não deve ser confundida com a renúncia ao crédito, que é uma figura atípica no direito brasileiro. (...). Cumpre distinguir: a remissão é bilateral, exigindo a concordância do devedor, ao passo que a renúncia é unilateral; a remissão aproveita ao devedor diretamente, ao passo que a renúncia só o atinge por efeito secundário ou reflexo; para aceitar remissão, o devedor deve ser pessoa civilmente capaz, enquanto a renúncia depende da capacidade apenas do renunciante.” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado segundo a Constituição da República – Volume I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 687).

⁵²¹ “É, portanto, um ato de liberalidade por parte do credor, que espontaneamente se demite do direito de receber a prestação que lhe é devida pelo devedor.” (MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pag. 32).

⁵²² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações – Vol. II*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 209.

Algumas considerações sobre o instituto: (i) é indiscutivelmente um meio indireto para a extinção da obrigação; (ii) a remissão deve ser aceita pelo devedor; ainda que o credor *perdoe a dívida*, poderá o devedor fazer questão de pagá-la; assim como a desistência da ação pelo autor depois da citação do réu depende de sua aceitação (embora pareça ser benéfico para o devedor o perdão da dívida e para o réu a desistência da ação, não se pode ignorar que o devedor possa ter suas razões morais para, ainda que com dificuldades, pague sua dívida – é o que permite, aliás, o pagamento do débito prescrito ou o pagamento espontâneo da dívida natural)⁵²³; (iii) os *terceiros* a serem protegidos (parte final do art. 385 CCB) são aqueles que possam ter interesse no pagamento do débito, tais quais os credores daquele que concedeu o perdão e, até mesmo, os demais herdeiros do credor se a remissão for em favor de um outro herdeiro (para fins de colação, uma vez que se trata de doação indireta).

Talvez a hipótese de *doação indireta* mais complexa e difícil de ser percebida pelos operadores do Direito seja a abertura de conta-corrente conjunta. Por meio dela, qualquer dos correntistas pode movimentá-la; desta forma, se apenas uma das pessoas deposita dinheiro (ou, ainda, quando (i) exista diferença entre o valor depositado por cada correntista e (ii) ainda que os valores depositados sejam iguais, mas um gaste mais do que o outro), o outro correntista utilizará uma quantia que não é dele, sendo, portanto, indiscutivelmente uma doação. Uma conta-corrente aberta entre um pai (A) e um dos filhos (B), na qual A deposite todo mês R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para que B a utilize da forma como desejar possui natureza jurídica de doação, podendo, inclusive, ser uma forma de lesar os demais descendentes de A.

Como se pode perceber, todas as hipóteses acima tem como resultado a obtenção de uma doação através da celebração de um negócio jurídico que não é típico para tal finalidade (que não tem a *causa abstracta donandi*). *En otras palabras, se consigue ese*

⁵²³ “Evidentemente, havendo na relação obrigacional, não apenas o direito do credor de exigir a prestação como o dever do devedor de efetuar-la, não poderá um ato voluntário do credor eximir o devedor de cumprir a prestação. Poderá, em última instância, o credor abster-se de receber a prestação, mas ao devedor cabe, em tal caso, fazer a consignação da mesma em favor do credor (...).”(MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pag. 33).

*resultado a través de un medio que no es el típicamente señalado en los cuadros legislativos de la donación*⁵²⁴.

As *doações indiretas* possuem os mesmos limites objetivos dos *negócios indiretos*, mas, na prática, possuem relevância ainda maior. Apesar de serem pouquíssimo estudadas – principalmente no Brasil – as *doações indiretas* são um instrumento facilmente utilizado para lesar terceiros e até mesmo para lesar a sucessão, mormente quando os beneficiários destas *doações indiretas* não trouxeram estes bens à colação. É verdade que, muitas vezes, deixam de serem trazidos até pelo pela dificuldade dos operadores do Direito identificarem as hipóteses acima descritas como *doações indiretas*. Daí a enorme necessidade deste instituto ser mais bem estudado pela nossa doutrina e jurisprudência, a exemplo do que acontece na Espanha, na França, na Espanha e, principalmente, na Itália.

Por integrarem a espécie *doação*, as *doações indiretas* devem submeter-se a *todas las normas de la donación propia que tienen por fin la protección de terceros o del interés social. Así, por ejemplo, las que regulan la revocación por ingratitud o por supervivencia o superveniencia de los hijos; las que declaran reducibles o rescindibles las donaciones en cuanto perjudiquen la legítima de los herederos forzosos o a los acreedores respectivamente. De lo contrario, el negocio indirecto se legitimaría como instrumento de evasión de normas imperativas*⁵²⁵. A exceção, neste ponto, recai sobre a desnecessidade das *doações indiretas* obedecerem aos aspectos formais do contrato de doação (uma vez que instrumentalizadas sob a forma de outros negócios jurídicos). Elas estão sujeitas, portanto, às normas que regulam a revogação das doações por ingratidão e por superveniência de filhos, bem como às normas sobre colação e redução das doações para integrar a quota dos demais herdeiros⁵²⁶.

⁵²⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume II, Tomo II. Madrid: Tecnos 2013, pag. 96

⁵²⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume II, Tomo II. Madrid: Tecnos 2013, pag. 96

⁵²⁶ “E’ da avvertire, però, che tutte le cosiddette donazioni indirette, costituiscano o meno negozio indiretto vero e proprio, si ritengono soggette *quoad substantiam* alle stesse norme delle donazioni.” (CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, pag. 262).

3.2. NEGÓCIO INDIRETO E LIMITES OBJETIVOS

O *negócio indireto* possui os mesmos *limites objetivos* de todas as demais figuras negociais (negócios jurídicos), bem como deve sobreviver ao crivo da *escala ponteana*, isto é, deve existir, ser válido e produzir efeitos. Os elementos de existência são bem delineados por Antônio Junqueira de Azevedo⁵²⁷, ao enfatizar que todos os negócios jurídicos devem ter (i) um ou mais agentes; (ii) determinação de lugar e tempo em que será celebrado e cumprido o negócio jurídico, (iii) uma forma, (iv) um objeto e (v) circunstâncias negociais.

O fato do Código Civil Brasileiro não fazer previsão do plano da existência do negócio jurídico não significa que ele não tenha importância. A justificativa é lógica: a lei apenas poderia tratar do plano da validade e eficácia se determinada coisa existisse. Assim sendo, o plano da existência (existe e é) é pressuposto para a aplicação das normas reservadas aos planos da validade e eficácia.

Ademais, a importância do estudo do campo da inexistência, principalmente em comparação com o campo da validade, reside em compreender a distinção entre estes planos. Apesar dos efeitos parecerem os mesmos (entre o negócio jurídico inexistente e o negócio jurídico nulo), a análise minuciosa permite ver que são muito diferentes. O que não existe, não é, ou seja, não está no campo jurídico. O que é nulo, existe, mas é inválido, ou seja, não superou o plano da validade (não contem todos os requisitos necessários para que a lei o considere válido).

Mas não é só isso: o nulo pode produzir efeitos (ainda que momentâneos), o que não se admite no campo da inexistência⁵²⁸. Ademais, o nulo pode ser convertido

⁵²⁷ JUNQUEIRA, Antônio de Azevedo. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. Saraiva, São Paulo:2002, pag. 32/33

⁵²⁸ Se não é negócio jurídico (ou seja, falta um ou mais requisitos essenciais para ser), poderá ser, contudo, um ato jurídico em sentido restrito ou até mesmo um fato jurídico, aí sim capazes de produzirem efeitos jurídicos, como bem pontua Antonio Junqueira de Azevedo: *Se, no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico; poderá haver um ato jurídico em sentido restrito ou um fato jurídico, e é a isso que se chama “negócio inexistente*. Em nota de rodapé, observa o mesmo autor que *ao negócio inexistente,*

(simulação), pode ser declarado parcialmente nulo, dentre outras hipóteses bem explicitadas por Pietro Perlingieri, para quem *sotto il profilo pratico, la discussa categoria dell'inesistenza serve ad individuare quelle fattispecie alle quali non si ricollegano determinati effetti: così il negozio inesistente, a differenza di quello nullo, non potrebbe essere oggetto di conversione (1424), di nullità parziale (1419), di conferma, di pubblicità sanante (2652) o di esecuzione volontaria*⁵²⁹. Assim sendo, o estudo da teoria da inexistência é fundamental para a compreensão da teoria do negócio jurídico.

Na sequência, para ser válido o *negócio indireto* deve preencher os já conhecidos requisitos de validade; aqueles elencados no art. 104 do CCB, a saber: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Por fim, para que produza efeitos – apenas após superados os planos da existência e da validade – o *negócio indireto* não pode estar submetido a (i) *condição suspensiva* e (ii) *termo inicial*, enquanto estes não se implementarem.

Ademais, não pode (i) configurar negócio jurídico simulado; (ii) ter finalidade ilícita e (iii) visar fraudar terceiros; e estas são algumas das questões mais estudadas sobre o *negócio indireto*.

O *negócio indireto* não se confunde com o *negócio simulado*. A opinião corrente é que a diferença reside no fato de que os efeitos produzidos pelo *negócio indireto* são realmente aqueles desejados pelas partes, ao contrário do *negócio simulado*, no qual as partes desejam *enganar* terceiros através da celebração de um negócio jurídico que não é desejado em todo ou em parte⁵³⁰.

seria preferível chamar “negócio aparente”: Essa denominação evitaria uma inútil discussão terminológica sobre a contradição que a expressão “negócio inesistente” contem, e principalmente, revelaria a principal característica do chamado negócio inesistente (isto é, a aparência de negócio). (AZEVEDO. Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002., pag. 63).

⁵²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2014, pag. 563.

⁵³⁰ “La differenza fra loro, secondo un’opinione corrente, è che il negozio indiretto sarebbe effettivamente <<voluto>> e il negozio simulato non lo sarebbe, e che in quello la discrepanza dalla funzione tipica del

A resposta para Emilio Betti, entretanto, é diversa, embora o resultado seja o mesmo. Assinala ele que a simulação gera uma incompatibilidade entre o negócio simulado e o negócio dissimulado, de sorte que *lo scopo dissimulato non si rende riconoscibile dal contenuto del negozio (perché sarebbe contraddittorio dire che la vendita si conclude senza un prezzo effettivo, o la società si stringe senza un contributo sociale da parte di uno dei partecipanti)*⁵³¹. Por outro lado, no *negócio indireto*, a ruptura da causa abstrata do negócio-meio gera apenas uma simples incongruência, a qual, todavia, não gera uma incompatibilidade perante o ordenamento jurídico⁵³².

Para colocar uma pá de cal sobre a questão – já abordada anteriormente quase à exaustão – vale transcrever a lição de Moreira Alves, para quem *enquanto o negócio indireto em sentido estrito é um negócio sério, real, querido efetivamente pelas partes, embora para atingir finalidade diversa da que decorre normalmente do negócio jurídico-meio, o negócio jurídico simulado é fictício, pois não é realmente desejado pelas partes que se valem dele, apenas, para ocultar o negócio jurídico dissimulado, que é o verdadeiro (simulação relativa), ou, então, para criar simplesmente uma aparência (simulação absoluta). Na linguagem imaginosa de Kuntze, o negócio jurídico simulado é um fantasma (... a vontade e sua exteriorização sem a vontade correspondente é um fantasma); ou como o caracteriza Baldo – um corpus sine spiritu*⁵³³. A questão do *negócio indireto* parece estar – erroneamente – mais associada à

negozio sarebbe palese, cioè riconoscibile dal contenuto stesso del negozio, laddove nessa simulazione sarebbe appunto dissimulata.” (BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 320).

⁵³¹ “Nel fenomeno della simulazione la discrepanza in parola configura una vera incompatibilità, e questa rende ragione del fatto che di solito, non però necessariamente, lo scopo dissimulato non si rende riconoscibile dal contenuto del negozio (perché sarebbe contraddittorio dire che la vendita si conclude senza un prezzo effettivo, o la società si stringe senza un contributo sociale da parte di uno dei partecipanti). Per contro nel negozio indiretto, in modo análogo come nel negozio fiduciario, la discrepanza dalla funzione tipica del negozio assume il carattere di una semplice incongruenza fra scopi che, per quanto diversi, sono fra loro perfettamente compatibili.” (BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 320).

⁵³² “La discrepanza fra la causa tipica del negozio prescelto e l’intento pratico perseguito in concreto può configurare una vera *incompatibilità*: e allora si ha il fenomeno della simulazione. Ma può avere anche il carattere di una semplice *incongruenza* o discordanza (inadeguazione) fra mezzi e scopi che sono fra loro compatibili: e allora si ha il fenomeno del negozio indiretto e quello del negozio fiduciario.” (BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 393).

⁵³³ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *A retrovenda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pag. 09.

hipótese da figura outrora conhecida como *simulação inocente*, como já reconheceu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina⁵³⁴. A *simulação inocente* é também nula no atual sistema jurídico brasileiro, ao contrário dos *negócios indiretos*, pelas razões já expostas.

Esgotada a questão que envolve o *negócio indireto* e o *negócio simulado*, mister se faz analisar a diferença entre *negócio indireto* e *negócio ilícito*. Embora o *negócio indireto* muitas vezes possa ser utilizado com o fim de *fraudar a lei*, não se pode ignorar que em tantas outras vezes, sua finalidade será lícita. A realidade é que *il contratto indiretto può a sua volta essere lecito, illecito, od in frode alla legge*⁵³⁵, como lembram Paolo Gallo e Vincenzo Roppo⁵³⁶; mas não se pode confundir *negócio indireto* com *negócio ilícito* ou *em fraude à lei*. Todo negócio jurídico pode ser utilizado para fins ilícitos, o que permite concluir, portanto, que esta não é uma exclusividade dos *negócios indiretos*. A diferença é explicada por Guido Alpa, ao ensinar que *il negozio indiretto si distingue dal negozio illecito, perché lo scopo perseguito dalle parti può anche essere lecito*⁵³⁷.

⁵³⁴ “apelação cível. Ação anulatória de negócio jurídico. Contrato particular de cessão de promessa de compra e venda de imóvel. Pacto formulado com o objetivo de saldar a dívida existente entre os litigantes, configurando-se verdadeira dação em pagamento. Simulação inocente demonstrada. Conduta perpetrada pelas partes sem o objetivo de prejudicar terceiros ou violar literal dispositivo de lei. Ausência de defeito no ato jurídico. Manutenção do negócio que se impõe. Pacto comissório que, alegado, não restou configurado. Sentença de improcedência mantida, complementando-se, contudo, a sua fundamentação. Recurso desprovido. “Diz-se inocente a simulação quando não visa prejudicar terceiros ou violar disposições de lei. Determina o legislador que essa simulação não constitui defeito do ato jurídico. Tal asserção se baseia na noção de liberdade do contrato. Se o negócio é lícito, nada impede que as partes alcancem os efeitos almejados, através de um meio indireto, quando permitido lhes era recorrer ao meio direto. Os exemplos de simulação inocente se multiplicam na jurisprudência. Ela ocorre na aquisição, por interposta pessoa, de cotas de sociedade, se o negócio é levado a efeito sem o intuito de prejudicar terceiros (RT, 210/510); ou na doação, ou dação em pagamento, feito sob forma de compra e venda (RT, 197/761); ou, ainda, na entrega de imóvel para realização do próprio capital em sociedade que se constituía, se os autores dissimularam tal entrega sob a aparência de uma compra e venda (RT, 152/516). [...] Há que se ter permanentemente em vista que na simulação há sempre o escopo de enganar, sendo este, como já se apontou, um seu característico elementar. Apenas o engano, por vezes, não visa prejudicar terceiro, nem o Fisco, nem ilidir disposição de Lei. Neste caso, embora se configure a simulação, é ela inocente.” (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Parte Geral, volume 1 - 34 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) São Paulo: Sara [...]” (TJ-SC - AC: 20130582784 SC 2013.058278-4 (Acórdão), Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior, Data de Julgamento: 07/11/2013, Câmara Especial Regional de Chapecó Julgado)

⁵³⁵ GALLO, Paolo. *Tratatto del contratto – Tomo 2: il contenuto e gli effetti*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 1032.

⁵³⁶ “Alla categoria del negozio indiretto si riconduce anche il contratto in frode alla legge.” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2011, pag. 641).

⁵³⁷ ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 2013, pag. 455.

Outro limite objetivo para a celebração do *negócio indireto* recai especificamente sobre a impossibilidade de *lesar terceiros*. Os terceiros que eventualmente deverão ter seus direitos protegidos apenas se materializarão dentro do caso concreto, mas se pode adiantar algumas questões. Como já mencionado, nas *doações indiretas* celebradas entre *ascendentes e descendentes*, ou, ainda, entre *pessoas do mesmo núcleo familiar*, os terceiros a serem protegidos serão também aqueles que porventura possam ter algum direito quando da abertura da sucessão. É que as *doações indiretas* também devem ser objeto de colação (art. 2.002 CCB), embora, na prática, isto não acabe acontecendo.

Já nos *negotium mixtum cum donatione*, deve-se proteger eventuais interesses dos terceiros que possam sofrer algum prejuízo em razão da alienação da coisa por preço abaixo do valor real. Assim, a alienação não pode frustrar o direito de crédito dos credores do alienante e, tal qual nas *doações indiretas*, não pode frustrar eventuais direitos dos demais herdeiros, devendo o bem alienado ser colacionado nos autos do inventário para que seja apurado o benefício econômico obtido pelo comprador (a parte referente ao *animus donandi*), se o negócio foi celebrado entre ascendentes e descendentes. Igual preocupação recai na *representação in rem suam*, na medida em que pode visar fraudar o interesse de credores do representado e, até mesmo, de eventuais herdeiros, como já explicitado.

Vale salientar, ademais, que o *negócio indireto*, tal como qualquer outro *negócio jurídico*, se submete integralmente às disposições da parte geral do Código Civil, de sorte que não poderá conter vícios na manifestação da vontade e nem os conhecidos vícios sociais; ademais, deverá passar incólume pelo crivo dos arts. 168 e 171, ambos do Código Civil, que tratam sobre as hipóteses de nulidade e anulabilidade respectivamente, lembrando, por oportuno, que o regime jurídico (forma e efeitos, principalmente), dos *negócios indiretos* será aquele do *negócio-meio*, e não aquele da finalidade a qual as partes pretendem atingir.

Por fim, lembrando ensinamento de José de Oliveira Ascensão a respeito dos *negócios indiretos* nos quais se verifique que a finalidade diversa altere a *causa abstrata* do *negócio meio*, não se admitirá a celebração de *negócios indiretos* se a finalidade for

ilícita ou se o negócio-meio não puder ter sua finalidade alterada; como exemplo desta segunda hipótese, Ascensão cita o *casamento*, por meio do qual a finalidade é a constituição de família e não a outorga de cidadania a um dos cônjuges⁵³⁸.

⁵³⁸ “Só haverá que condenar o recurso a um tipo legal disfuncionalizado quando:

- aquele objetivo for proibido, ou mais genericamente, haja fraude a lei – que já afastamos aqui
- a função do negócio utilizado for injuntiva; quer dizer, aquele negócio não pode ser disfuncionalizado. Assim acontece por exemplo quando um casamento é apenas uma via para uma vantagem alheia à família, por exemplo, fiscal, de aquisição de nacionalidade ou outra. O casamento não pode ser disfuncionalizado.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 250).

4. TEORIA DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

Deve-se compreender no conceito de *negócios fiduciários* todos aqueles negócios nos quais se faz presente o elemento da *fiducia*, e daí o nome de *fiduciário*. Aprofundando a questão, de *fidúcia*, se fala juridicamente para indicar dois diferentes fenômenos: (i) o *negócio fiduciário*, na forma como será estudado e (ii) a *propriedade fiduciária*, caracterizada (a) *dalla peculiarità che le facoltà di godere e di disporre di un dato bene sono attribuite al proprietario non per soddisfare un interesse proprio, bensì un interesse altrui*⁵³⁹ (como no *trust*) ou (b) da sua instituição através de um negócio fiduciário (nem todo negócio fiduciário gera uma propriedade fiduciária). No Brasil, a *propriedade fiduciária* se encontra tipificada tão somente para *fins de garantia*, como será visto no capítulo 4.5.(C).

A origem das relações fiduciárias parece ter se dado ainda no Código de Hamurabi⁵⁴⁰, muito embora apenas tenha ganhado relevância como instituto negocial no Direito Romano Antigo, tendo depois sofrido mutação no Direito Alemão no meio da Idade Média. Paralelamente a sua evolução no Direito Alemão, a figura passou a ganhar importantes contornos no Direito Anglo-saxão, como será visto na sequência. No Brasil a figura já é bem conhecida e estudada, embora se fale mais de uma espécie em particular (alienação fiduciária em garantia) do que ao gênero (negócio fiduciário) propriamente dito.

Ainda assim, todos os modelos de *negócios fiduciários* (romano, alemão, anglo-saxão e, porque não, brasileiro) coexistem e produzem seus regulares efeitos jurídicos ao redor do mundo. Como lembra Carlos Ferreira de Almeida, *os contratos fiduciários abrangem contratos com vários perfis e origens históricas – a fidúcia romana, a fidúcia*

⁵³⁹ GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 533.

⁵⁴⁰ “Fiduciary relationships have existed for thousand years in difference societies under different religions. The Code of Hammurabi has dealt with agents who are fiduciaries; the Roman law, Islamic law, and the law of Equity in Great Britain have dealt with trustees, who are fiduciaries.” (FRANKEL, Tamar. *Fiduciary Relationships in the Common Law. In La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milano: Giuffrè, 2012, pag. 145).

*germânica e o trust*⁵⁴¹. Daí a importância de estudar o tema e compreender exatamente o que se quer dizer por *negócios fiduciários* e como suas diferentes *facetas* figuram como importantes instrumentos jurídicos ao redor do globo.

Não se nega que em toda figura negocial a *confiança* de uma parte na outra seja elemento indissociável, inclusive a ponto da *teoria da confiança contratual* ser tida nos dias atuais como uma nova justificação da formação dos negócios jurídicos⁵⁴², incidindo até mesmo com mais ênfase na parte da responsabilidade civil⁵⁴³. Nos *negócios fiduciários*, contudo, se verifica o *reconhecimento de que existem contratos que envolvem uma confiança mais intensa do que aquela que se deposita ordinariamente no plano geral e indiferenciado do tráfico contratual*, o que vem a *justificar um tratamento diferenciado por parte da ordem pública*⁵⁴⁴. E aqui se visa englobar tanto os *negócios fiduciários* quanto os *negócios de fidúcia*, que serão estudados na sequência. *The foundation of fiduciary law is the duty of loyalty*⁵⁴⁵. *Fiduciary duties raise the highest and truest principles of morality*; estes princípios morais constituem uma importante parte dos *negócios fiduciários*, o que permite dizer que *loyalty, fidelity, Faith, and honor constitute its basic vocabulary*⁵⁴⁶.

4.1. FIDUCIA NO SISTEMA JURÍDICO ROMANO

Já foi explicado o problema da tipicidade dos atos negociais durante o Império Romano e de que forma esta questão engessava e impedia o desenvolvimento das mais diversas relações econômicas e contratuais. A figura da *fiducia* surgiu exatamente da necessidade social de desenvolver modelos negociais até então atípicos, que

⁵⁴¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos IV – Funções. Circunstâncias. Interpretação*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 54.

⁵⁴² LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵⁴³ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

⁵⁴⁴ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pag. 544.

⁵⁴⁵ FRANKEL, Tamar. *Fiduciary Relationships in the Common Law*. In *La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milano: Giuffrè, 2012, pag. 154.

⁵⁴⁶ FRANKEL, Tamar. *Fiduciary Relationships in the Common Law*. In *La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milano: Giuffrè, 2012, pag. 160.

permitted the celebration of various other transactions⁵⁴⁷. Thus, the *fiducia* developed as a fertile field of human creation.

Menezes Cordeiro reminds, in his turn, that the *fiducia* has its origin linked to the search for more just and adequate solutions, arising from the hand of the praetor, as a way of overcoming the rigidity of the primitive scheme of actions of the law⁵⁴⁸. It was, therefore, an instrument used to break the paradigm of contractual typicity provided in the Quirina legislation.

It is from the *fiducia* that the most varied types of transactions arise, such as the deposit, the loan, the guarantee of obligations in general, among others. It was a convention in virtue of which one of the parties, the fiduciary, received from the other, the fiduciant, a thing, through the formalities of the “*mancipatio*”, or the “*in iure cessio*”, and assumed the obligation to give or return a certain destination or to the fiduciant⁵⁴⁹.

This amplitude of effects propiciated by the *negócios fiduciários* led the doctrine to point out that in its historical evolution, these transactions tend, gradually, to give way to new types of transactions, whose typical scopes are precisely those of the fiduciary transactions from which they derive and which in few cases assume a form appropriate to these ends. Thus it is that, almost with certainty in English law and, probably, in Germanic and Greek law, the mortgage finds its origin in a sale with a purpose of guarantee⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ “La fiducia nell’ambito del *ius civile* ha la funzione importante di completamento dell’ordinamento giuridico: posta la tipicità dei negozi giuridici, per raggiungere scopi non riconosciuti dalla legge come negozi autonomi; è la fiducia che serve a conseguirli; quando la legge non riconosce ancora i contratti di pegno o di comodato o di deposito, la prassi ricorre alla *mancipatio fiduciae causa* per conseguire praticamente tali scopi, ed è dalla *mancipatio fiduciaria* che si sviluppa il testamento *per aes et libram*, che è la forma di testamento riconosciuta dal *ius civile* per tutta l’epoca classica.” (BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pag. 181).

⁵⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 255.

⁵⁴⁹ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, pag. 346.

⁵⁵⁰ ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 160.

No Direito Romano Arcaico, a *fidúcia* surgiu originariamente como uma forma de garantia e ganhou notoriedade através de duas espécies, a *fiducia cum creditore* e a *fiducia cum amico*. A primeira serve para proteger prevalentemente os interesses do fiduciário, ao passo que a segunda serve para proteger prevalentemente os interesses do fiduciante⁵⁵¹.

A *fiducia cum creditore* se caracterizava pela transferência da propriedade de um bem móvel/imóvel para garantir o cumprimento de uma determinada obrigação firmada entre credor e devedor. Aquele que ofertava a garantia era identificado como devedor-fiduciante e o que recebia a garantia era conhecido como credor-fiduciário.

Era a garantia real (no sentido de necessidade de entregar o bem para outra pessoa, que passava a ter a propriedade sobre a coisa) mais antiga do Direito Romano⁵⁵², mais tarde dando origem ao penhor e à hipoteca, que se caracterizam por serem garantias reais sobre coisa alheia, ao contrário da *fiducia cum creditore*, como bem ressalta Moreira Alves⁵⁵³.

Naquela época, a transferência da propriedade do bem dado em garantia impedia o seu uso (posse direta) pelo devedor-fiduciante, o que trazia alguns problemas, dos quais se destaca a frequente onerosidade excessiva que recaía sobre ele. Isto porque, muitas vezes, o bem dado em garantia possuía valor superior àquele da dívida. Ademais, a possibilidade de fruição da coisa pelo credor-fiduciário (inclusive o direito aos frutos) permitia que ele sempre estivesse auferindo vantagens patrimoniais às custas do devedor-fiduciante.

⁵⁵¹ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 637.

⁵⁵² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 362. No mesmo sentido Mario TALAMANCA, para quem a *fiducia cum creditore* representa a primeira garantia real e a mais antiga forma de propriedade fiduciária: “La prima figura di garanzia reale è, nell’esperienza romana, la *fiducia cum creditore*. (...) La *fiducia cum creditore* è la forma più antica della proprietà fiduciaria (... anche per quanto riguarda la *fiducia cum amico*).” (*Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 477/478).

⁵⁵³ “Assim sendo, não era a *fiducia cum creditore* um direito real sobre coisa alheia. Com efeito, a coisa dada em garantia do cumprimento da obrigação passava para a propriedade do credor; extinta a obrigação, o credor devia restituí-la, em virtude do *pactum fiduciae*, ao devedor.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 363).

Não sendo suficiente o desequilíbrio enfrentado pelo devedor-fiduciante, ele ainda tinha que assumir o risco de nunca mais recuperar o bem dado em garantia. Tendo em vista que o pacto fiduciário não possuía natureza de direito real (apenas pessoal), o credor-fiduciário podia livremente alienar a coisa recebida, sem que o devedor-fiduciante pudesse recuperá-lo, mesmo na hipótese de cumprimento integral de sua obrigação (neste caso, teria ele direito a uma indenização por perdas e danos)⁵⁵⁴. A confiança na pessoa do credor era a única expectativa do devedor-fiduciante em recuperar a coisa para si quando adimplisse sua obrigação, razão pela qual a garantia passou a ser conhecida como *fiduciária*⁵⁵⁵, que em latim significa *confiança*. É o que ensina Pontes de Miranda ao dizer que a fidúcia é o ato *entre declarantes ou manifestantes de vontade, um dos quais confia (espera) que o outro se conduza como ele deseja e, pois, tem fé*⁵⁵⁶.

É inegável que essa forma de garantia real apresentava inconvenientes⁵⁵⁷ tanto para o credor quanto para o devedor. Ao devedor porque ficava exatamente à mercê da

⁵⁵⁴ “Se il fiduciario viola il *pactum fiduciae*, trasferendo il bene a terzi, il fiduciante non può recuperare il bene, in quanto il patto ha valore obbligatorio ed è inopponibile ai terzi; può soltanto ottenere il risarcimento. L’inopponibilità del patto è volta a garantire la circolazione giuridica con una conseguente preminenza della posizione dei terzi rispetto a quella del fiduciante.” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 7ª edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pag. 537).

⁵⁵⁵ “Em essência, a fidúcia, desde a sua mais remota concepção, encerra a ideia de uma venda fictícia, ou provisória: era a convenção pela qual uma das partes (o fiduciário), tendo recebido de outra (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-la uma vez alcançado determinado fim, estipulado naquele pacto.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Direitos Reais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pag. 153).

⁵⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo 3. Campinas: Bookseller, 2000, p.148.

⁵⁵⁷ “Essa garantia real, porém, apresentava inconvenientes não só para o devedor como também para o credor: a) para o devedor (...) o devedor, para reaver a coisa, ficava, primitivamente, na dependência exclusiva da vontade do credor, pois não dispunha contra este de uma *actio* (ação) para compeli-lo à restituição da coisa; e, mesmo mais tarde, quando surgiu a *actio fiduciae*, era ela uma ação pessoal contra o credor, razão por que, se este alienasse a coisa a terceiro, em vez de restituí-la, o devedor, pela *actio fiduciae*, podia obter apenas a indenização pelo não-cumprimento do pacto de restituição da coisa (*pactum fiduciae*), e não a anulação da venda ao terceiro. b) para o credor, porque, embora com a transferência da propriedade da coisa ficasse ele perfeitamente garantido, se ela recaísse na posse do devedor, este, ao fim de apenas um ano (mesmo se se tratasse de imóvel), recuperaria a propriedade sobre ela, mediante uma modalidade especial de usucapião denominada *usureceptio*. É certo que o inconveniente que a *fiducia cum creditore* apresentava para o credor e uma dos que ela acarretava ao devedor (privá-lo do uso da coisa) podiam ser remediados se credor e devedor concordassem – o que, por certo, nem sempre ocorreria – em que a coisa continuasse na posse do devedor, a título de precário ou de locação. Assim, o devedor continuava a usar da coisa, e o credor não podia perdê-la pela *usureceptio*, porquanto a posse (ou a detenção) do devedor era a título de precário ou de locação, e não de propriedade.” (MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 363).

boa-fé do credor em não alienar a coisa dada em garantia. Ao credor porque, embora ele tivesse a posse e a propriedade, se a coisa retornasse à posse do devedor, poderia ele se aproveitar da usucapião (*usuresceptio*) ânua existente na época.

Paralelamente, quase na mesma época, surge a figura da *fiducia cum amico*, que não guardava relação com uma forma de garantia real, mas, na realidade, compreendia todas as outras aplicações do vínculo fiduciário. Mario Talamanca lembra que a figura guarda relação com o depósito⁵⁵⁸, com o comodato⁵⁵⁹ e com o empréstimo de escravos (*manumissionis causa*)⁵⁶⁰. Alexandre Lazio Clápis ainda cita a relação da *fiducia cum amico* com o contrato de mandato e de administração⁵⁶¹. Na realidade, foi a *fiducia cum amico* que deu origem à estas figuras negociais. Pietro Perlingieri pontua que a figura guardava utilidades diversas, dentre as quais se destaca a possibilidade de se evitar o confisco de bens em época de perseguição política, oportunidade na qual o fiduciante transferia seus bens para o fiduciário, sob a promessa de posteriormente, cessada a causa da transferência, recuperasse a propriedade⁵⁶². Manoel Justino Bezerra Filho ainda ensina que o instituto foi mais utilizado para *assegurar a defesa de um bem de propriedade de uma pessoa em condições de debilidade social, política ou com qualquer outra origem, por outra pessoa em situação de maior força*⁵⁶³. Ebert Chamoun lembra, por fim, de uma outra utilidade, curiosa nos dias atuais: *vender a mulher a um terceiro com a obrigação de o libertar (...), a fim de fugir à tutela de seus*

⁵⁵⁸ “D’altro canto, in base a Gai 2.60, si è ipotizzato che, per dare una veste giuridica al deposito in casi di particolare importanza, si utilizzasse l’istituto della *fiducia cum amico*.” (TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 549).

⁵⁵⁹ “Nel periodo anteriore all’introduzione della *formula in factum*, per le cose di maggior pregio, si poteva ricorrere alla *fiducia cum amico*, in cui il comodante si privava, però, della proprietà della cosa.” (TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 548).

⁵⁶⁰ “Gaiο sembrerebbe alludere soprattutto all’impiego di questa figura a scopo di deposito [v. sub d], ma la *fiducia cum amico* aveva luogo anche a scopo di comodato [v. sub. a] e *manumissionis causa* (quando si affidava uno schiavo ad una persona perché l’affrancasse, generalmente a certe condizioni o trascorso un determinato periodo di tempo). (*Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 553).

⁵⁶¹ CLÁPIS, Alexandre Laizo. *A propriedade fiduciária imobiliária – aspectos gerais e registrários*. Dissertação entregue para a obtenção do título de mestre na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), 2010, pag. 19/20.

⁵⁶² “L’operazione consegue gli scopi piú diversi: evitare, in epoche di persecuzioni razziali o politiche, una confisca di beni, per riaverne la proprietà alla loro cessazione.” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 7ª edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pag. 537).

⁵⁶³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 14, número 2, agosto/2014, pag. 43.

*agnados (coemptio fiduciaria) ou para afastá-la da manus do marido, na coemptio e no usus*⁵⁶⁴.

Em linhas gerais, o proprietário de um ou mais bens os alienava para alguém, para que este os utilizasse para determinada finalidade e lhe devolvesse a propriedade quando solicitado (o grau de confiança exigido era maior do que na *fiducia cum creditore*; ante o grau de incerteza jurídica, só poderia ser celebrado entre amigos, razão pela qual o instituto recebeu o nome de *fiducia cum amico*).

A *fiducia*, no Direito Romano, podia ser classificada como contrato real, bilateral imperfeito⁵⁶⁵, de boa-fé, por meio do qual *alguém (o fiduciário) recebe de outrem (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa infungível* [também as *res nec mancipi*], *mediante a mancipatio ou a in iure cessio, obrigando-se, de acordo com o estabelecido num pactum aposto ao ato de entrega, a restituí-la ao fiduciante, ou a dar-lhe determinada destinação*⁵⁶⁶.

Percebe-se, portanto, que a *fidúcia romana* se formava através de dois negócios distintos (ao contrário dos *negócios indiretos strictu senso*): o negócio translativo de um direito e o *pactum* que a ele era aposto, a fim de restringir (mais comum) ou alargar (mais raro) os efeitos do negócio translativo.

No início, o *pactum* era *nudo*, ou seja, desprovido de ação específica, o que sujeitava, como já explicitado, o fiduciário à inteira boa-fé do fiduciante. Com a evolução das relações negociais e dos problemas sociais, parece que o pretor, no direito romano clássico, transformou o *nudum pactum* em *pactum fiduciae*, conferindo ao fiduciário uma ação própria (a *actio in factum*), que agora já lhe trazia maior proteção, embora esta ação tivesse natureza apenas *pessoal* e não *real*; vale dizer, ela era

⁵⁶⁴ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, pag. 346.

⁵⁶⁵ “Quanto aos efeitos, o contrato de fidúcia gera sempre obrigações para o fiduciário, e, eventualmente, obrigações para o fiduciante (por isso, é um contrato bilateral imperfeito).” (MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 488).

⁵⁶⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 487.

inoponível perante o terceiro adquirente⁵⁶⁷. Já no fim da República, lembra Moreira Alves⁵⁶⁸ que surgiram duas ações *in ius*; desta forma, a ação de *fiducia* deixava de figurar apenas no direito pretoriano para também se inserir no *ius civile*. As ações reconhecidas pelo *ius civile* eram a *actio fiduciae directa* (a ser proposta pelo fiduciante na hipótese do fiduciário se recusar a devolver a coisa ou não dar a destinação específica pactuada a ela pactuada) e a *actio fiduciae contraria* (a ser proposta pelo fiduciário na hipótese do fiduciante não arcar com suas obrigações).

A *fiducia romana*, portanto, no século II a.C., passou a se distanciar daquele modelo típico da *fiducia* no período antigo e pré-clássico, na qual o elemento mais forte era a própria confiança na pessoa do fiduciário. Primeiro, com as ações pretorianas na época clássica e depois com as ações do *ius civile*, que reduziram um pouco o fator da confiança (*fides*) até então essentia e marcante destas atividades negociais. Aqui, o negócio fiduciário se encontrava entre o modelo *romano* e o modelo que alguns séculos mais tarde se notabilizaria nos reinos germânicos.

Ao que parece, a figura da *fiducia* se apagou no Direito Justiniano⁵⁶⁹, quando do desaparecimento da *mancipatio* e da *iure in re cessio*, como ensina Ebert Chamoun⁵⁷⁰. Mais do que simplesmente se apagar, a *fiducia* foi verdadeiramente apagada da história pelos compiladores do *Corpus Iuris Civilis*⁵⁷¹. Muito provavelmente, continua ele, porque a figura já tinha cumprido sua função, dando origem a diversas outras importantes figuras jurídicas, como as já mencionadas hipoteca, penhor, comodato e depósito.

⁵⁶⁷ “Nell’esperienza romana, l’accordo fiduciario integra il c.d. pactum fiduciae, che viene fatto valere con un’azione di origine pretoria, l’actio fiduciae, esperibile in tutti i casi si viene a creare una proprietà fiduciaria.” (TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 478).

⁵⁶⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 487.

⁵⁶⁹ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 7 – Le garanzie reali e la prescrizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, pag. 259.

⁵⁷⁰ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, pag. 347.

⁵⁷¹ “(...) os compiladores do *Corpus Iuris Civilis* procuraram apagar dos textos clássicos ou pós-clássicos, de que se utilizaram, toda e qualquer alusão à *fiducia* (...)” (MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 482).

4.2. FIDUCIA NO SISTEMA JURÍDICO GERMÂNICO

Mais tarde, este conceito da *fiducia romana*, que muito já havia sido modificada e até mesmo extinta no próprio direito romano, ressurgiu nos reinos germânicos, onde ficou conhecida como *fiducia germânica*, com características mais próximas do nosso conceito moderno de propriedade fiduciária⁵⁷². Embora muitos falem da *fiducia germânica* como um instituto homogêneo, a bem da verdade ele também possuía um duplo aspecto, tal como se mostrava no direito romano. É o que elucida Paulo Gallo ao pontuar que *in realtà non vi è un unico modello di fiducia germanistica, ma per lo meno due*⁵⁷³.

O primeiro modelo é aquele mais conhecido e amplamente difundido, caracterizado verdadeiramente como uma evolução da *fiducia romana*, e englobava tanto a *fiducia cum amico* quanto a *fiducia cum creditore*. A grande distinção entre os modelos *romanos* e *germânico* (se é que se pode dizer diferente, uma vez que as ações *in jus* do direito romano já haviam suprido esta lacuna), se dava na natureza real do *pacto fiduciae*, na sanção de ineficácia da eventual alienação do bem pelo credor-fiduciário e na condição resolutiva na transferência da propriedade.

Na modalidade *germânica*, o vínculo celebrado entre devedor-fiduciante e credor-fiduciário possuía natureza de direito real, razão pela qual o adimplemento da obrigação principal permitia que o devedor-fiduciante recuperasse para si a propriedade do bem dado em garantia (tratava-se de verdadeira propriedade resolutiva). A venda

⁵⁷² “Já na época de Justiniano, como visto, a fidúcia havia caído em desuso, tanto que as interpolações fizeram desaparecer seus últimos vestígios como lei positiva. Exatamente deste sistema de direito fundado em lei escrita, os povos germânicos mantinham absoluto distanciamento, ligado apenas ao direito consuetudinário, acatando como regras apenas aqueles costumes que o uso havia consagrado. Sem embargo de tudo isto, com a disseminação de negócios entre os povos e a penetração do direito romano, superior ao sistema germânico, acaba por ocorrer a recepção daquele como, aliás, normalmente sucedequando há contato de duas culturas e uma delas acha-se em estágio superior de desenvolvimento. Desta maneira, inúmeros institutos do direito romano vão se espalhando na civilização germânica, sofrendo alterações e criando novas formas, embora assemelhadas àquelas da origem.” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 14, número 2, agosto/2014, pag. 47/48).

⁵⁷³ GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2411.

deste bem pelo credor-fiduciário era tida como ineficaz em relação ao devedor-fiduciante⁵⁷⁴⁻⁵⁷⁵.

Por essa razão, inexistia a possibilidade de *abuso da fidúcia* por parte do fiduciário, e esta é tida como a grande diferença entre as facetas romanas e germânica do instituto⁵⁷⁶. Desta forma, não se verifica mais a presença da *fidúcia* em sentido técnico, uma vez que o fiduciante não tinha mais a necessidade de efetivamente confiar na promessa de devolução realizada pelo fiduciário.

Menezes Cordeiro e José de Abreu Filho lembram importantes funções deste instituto, como a possibilidade dos estrangeiros e judeus acederem à propriedade⁵⁷⁷ e a administração de bens na época das cruzadas⁵⁷⁸.

O segundo modelo é aquele encontrado no parágrafo 185 do BGB⁵⁷⁹. Por meio desta disposição legal, o fiduciário não recebe a plena propriedade, mas apenas a

⁵⁷⁴ “Já no direito germânico o poder jurídico do superficiário era limitado pelo caráter resolutório da propriedade que recebia, de modo que eventual alienação arbitrária, por parte do fiduciário, era considerada ineficaz, daí porque o fiduciante retomava a propriedade da coisa por efeito de condição resolutive.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Direitos Reais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pag. 154).

⁵⁷⁵ “Temos assim, que, na fidúcia romana, os negócios fiduciários caracterizam-se por um poder jurídico ilimitado do fiduciário, enquanto que no tipo germânico, o poder jurídico do fiduciário é limitado pela condição resolutive.” (NETO, Francisco dos Santos Amaral. *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*. Revista de Direito Civil RDCiv 22/36 out.-dez./1982).

⁵⁷⁶ “Diversamente do que se verifica na fidúcia romana, não há possibilidade de abuso, a condição resolutive neutralizando e atuando por forma a adaptar, “de maneira exata o meio jurídico às necessidades do fim ulterior” de sorte que “não há lugar para uma *fides* em sentido próprio.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.).

⁵⁷⁷ “No antigo Direito alemão, certas categorias de pessoas estavam inibidas de aceder à propriedade: tal o caso dos estrangeiros ou dos judeus. A fidúcia permitia contornar essa limitação: uma pessoa de confiança procedia à aquisição, em seu próprio nome, mas por conta do fiduciante.” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 256).

⁵⁷⁸ FILHO, José Abreu. *Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, pag. 162.

⁵⁷⁹ “In base ad una seconda concezione, che si riallaccia agli studi della dottrina tedesca (Ermächtigung), il fiduciario non trasferisce in modo pieno la proprietà del bene, ma si limita a trasferire la legittimazione. Questa figura è stata accolta in termini del tutto generali dal § 185 BGB, ai sensi del quale: “una disposizione, che un non avente diritto prende intorno a un oggetto, è efficace se essa avviene con il consenso dell’avente diritto.” In buona sostanza l’autorizzazione consente di disporre in nome proprio di diritti altrui, si distingue rispetto alla procura, dato che non implica spendita del nome.” (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2412).

legitimação para atuar em nome próprio, mas no interesse do fiduciante. Paolo Gallo assinala a importância deste instituto para a matéria dos *negócios fiduciários* na medida em que *è infatti possibile limitarsi a trasferire la legittimazione, conservando la titolarità dei titoli*⁵⁸⁰. Giuseppe Messina⁵⁸¹, um dos maiores estudiosos desta questão, explica que o *fiduciário* deverá ser considerado, perante terceiros, o titular do direito transmitido; contudo, na análise interna do contrato, ele atuará como *mandatário* do *fiduciante*.

Talvez seja o modelo jurídico mais próximo do *trust* anglo-saxão, que prevê a repartição da propriedade em substancial e formal, de modo análogo ao quanto disposto já mencionado Parágrafo 185 do BGB.

Esta possibilidade jurídica é, todavia, mais comum do que parece. É a hipótese concreta dos títulos de crédito, na qual se verifica a separação da *titularidade* (aspecto interno e substancial) e da *legitimação* (aspecto externo e formal)⁵⁸².

4.3. FIDUCIA NO SISTEMA JURÍDICO ANGLO-SAXÃO

Paralelamente ao ressurgimento do *negócio fiduciário* nos reinos germânicos, a figura também foi sendo desenvolvida e estruturada na Inglaterra⁵⁸³. Ao que consta, a origem do instituto guarda íntima relação com a conquista normanda no ano de 1.066 d.C.; por esta conquista, Guilherme I foi coroado rei e, através da compilação do

⁵⁸⁰ GALLO, Paolo. *Tratato del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2412.

⁵⁸¹ MESSINA, Giuseppe. *Negozi Fiduciari. Non in commercio*, 1910, pag. 21.

⁵⁸² “Si osserva, inoltre, che questa forma di trasferimento fiduciario, che determina il mantenimento della proprietà del bene in capo al fiduciante e il conferimento al fiduciario della sola legittimazione ad esercitare i diritti inerenti a quel bene, con l’obbligo di gestirli nell’interesse del fiduciante, appare del tutto conforme ai caratteri peculiari dei titoli di credito, e, pertanto, si presta a frequenti applicazioni nel settore azionario e, in particolare, nel campo dell’instestazione fiduciaria di azioni sociali.” (GAMBINI, Maria Luisa. *Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*. In *Rassegna di Diritto Civile n° 4 de 1998*. Edizione Scientifiche Italiane, pag. 854).

⁵⁸³ Col fenomeno della fiducia, proprio dei sistemi romano-germanici, presenta molti punti di contatto un istituto appartenente alla tradizione del common law: il trust (in inglese <<to trust>> significa <<fidarsi>>, <<avere fiducia>>.” (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 645).

Domesday Book, desapossou toda a aristocracia inglesa e transferiu as terras à aristocracia normanda.

Esta transferência de terras aos normandos, contudo, foi feita de forma diversa dos modelos até então conhecidos. Guilherme I, na distribuição das terras, marcou o início do sistema feudal na Inglaterra⁵⁸⁴.

As terras distribuídas pelo monarca à aristocracia moldaram o sistema feudal. Isto porque tanto o rei quanto seus principais senhores (aristocracia) precisaram ceder suas terras para aqueles que realmente desejassem trabalhar na terra (o que não era trabalho da aristocracia). As terras entregues pelos senhores feudais (rei e aristocracia) ao povo ficaram conhecidas como *tenures* e aqueles que as recebiam eram os *tenant*. Para receber as *tenures*, os *tenant* deveriam jurar lealdade ao senhor feudal; desta forma, passavam a ser seus vassalos. Os vassalos mais fiéis – que recebiam porções de terras maiores – foram erigidos a uma classe social distinta do povo, sendo-lhes deferido o direito de, inclusive, cederem parte de suas terras no mesmo modelo feudal. Desta forma, o *tenant* poderia ser, ao mesmo tempo, vassalo e senhor feudal.

Ademais, o *tenant* não detinha a propriedade plena da terra, uma vez que era característica do sistema feudal o fracionamento do domínio; o domínio direto pertencia ao senhor feudal enquanto o domínio útil era entregue ao *tenant*, que deveria trabalhar na terra e pagar os impostos devidos ao senhor feudal (laudêmio, principalmente). Como conclui Melhim Namem Chalhoub, essa estrutura permitia a coexistência simultânea *de mais de um direito de propriedade sobre o mesmo bem*⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ “A figura do *trust* passa a ser delineada na Inglaterra a partir da conquista normanda, em 1066, ocasião em que as terras da nobreza foram tomadas por Guilherme I, que as concentrou em sua propriedade e estabeleceu o sistema feudal, passando a concedê-las, direta ou indiretamente, em forma de *tenures*.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 17).

⁵⁸⁵ “A propriedade da terra no sistema feudal caracterizava-se pelo fracionamento do domínio, que se desdobrava em domínio direto, pertencente ao senhor, e em domínio útil, pertencente ao seu vassalo: o rei ou seus senhores mais poderosos concediam determinadas porções de determinadas contraprestações, que podiam ter natureza econômica, política ou militar. O senhor não tinha contato direto com a terra, não exercia atividade produtiva nela, mas reservava-se privilégios, como a percepção de prestações (rendar, laudêmios, serviços). Assim, a concessão do domínio útil era feita pelo senhor “ao seu vassalo visando assegurar-lhe o seu legítimo sustento e permitir-lhe prestar ao seu senhor o serviço requerido.” Os vassalos, por sua vez, podiam também conceder parte dos seus feudos,

Como todos os atributos da propriedade apenas poderia pertencer àquela pessoa que detinha a soberania para iniciar todo o processo de distribuição de terras (o rei)⁵⁸⁶, o sistema inglês, desde o início, admitiu a cisão dos atributos da propriedade, diferentemente do sistema jurídico de origem romana (principalmente Itália, França, Espanha, Portugal e os países da América Latina), que sempre se basearam na exclusividade da propriedade e na taxatividade e na tipicidade dos direitos reais⁵⁸⁷⁻⁵⁸⁸. O que o direito inglês garantia aos diversos titulares do domínio é um *interesse*, juridicamente designado como *estate*, como ensina Melhim Namem Chalhuh ao pontuar que neste sistema jurídico não tem *especial relevância a distinção entre direitos reais e pessoais*⁵⁸⁹.

formando-se uma cadeia integrada pelo senhor, pelos vassallos e pelos cavaleiros. Dada essa estruturação, coexistiam, simultaneamente, mais de um direito de propriedade sobre o mesmo bem.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 09/10).

⁵⁸⁶ “Já a formação do conceito no direito inglês parte do princípio de que a propriedade garantida por uma ação real não existe em relação aos imóveis, pois “ninguém, exceto talvez o rei, seria capaz de concentrar em suas mãos a totalidade dos atributos de uma propriedade” (pois, então, a propriedade correspondia à soberania).” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág 14).

⁵⁸⁷ “La codificazione civile vigente, ponendosi nella tradizione del Code civil (1804) non accoglie però, almeno espressamente, la figura del negozio giuridico e mantiene al centro del sistema la proprietà immobiliare. Appunto da tali peculiarità scaturirebbero il *numerus clausus* dei diritti reali e, persino, un sistema dei contratti subordinato alla proprietà.” (DIURNI, Giovanni. *Variazioni sul tema fides e fiducia nella storia giuridica. In La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milão: Giuffrè Editore, 2012, pag. 23).

⁵⁸⁸ “Uno sguardo d’insieme alla dottrina che si è interessata alla problematica in esame rivela una alternanza di orientamento in senso ora favorevole ora contrario alla affermazione del principio del numero chiuso dei diritti reali e della tipicità di essi. (...). Peraltro, anche allora non mancavano voci discordanti sulla ammissibilità del principio del numero chiuso e della tipicità dei diritti reali. La mostra più recente dottrina, che dagli anni ’60 ad oggi si è occupata della problematica in esame, ha posto l’attenzione sulla necessità di operare *in primis* una distinzione tra il concetto di numero chiuso e quello di tipicità, per affermare in tal modo l’esistenza della “chiusura” dei diritti reali nei riguardi della autonomia privata, ma non della legge, alla quale è assicurata la funzione di creare nuovi tipi di diritti reali e di intervenire sulla struttura di quelli già esistenti. Ci domandiamo, infatti, che fondamento abbia riconoscere al legislatore l’esclusivo compito di fissazione del “tipo” ed al privato il potere di delineazione del suo contenuto. La fissazione del tipo legale deve, infatti, comprendere, tra gli altri, anche il profilo dell’oggetto, che, invece, a torto, viene negletto dalla dottrina che si occupa della nozione di tipicità.” (SANTORO, Laura. *Il negozio fiduciario*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, pag. 237/238).

⁵⁸⁹ “Disso resultará um conceito segundo o qual, no direito inglês, uma pessoa não teria uma propriedade plena sobre um imóvel, mas um determinado interesse, a que se denomina *estate*, não tendo especial relevância a distinção entre direitos reais e pessoais.”(CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 15).

Ao se ignorar essa realidade e essas particularidades do direito inglês, é impossível compreender a figura do *trust*, ainda que sua utilização nos sistemas jurídicos de origem romana sofra uma pequena mutação, como será visto adiante. Apesar de se falar em outorga do domínio direto ao vassalo, a verdade é que no sistema jurídico inglês isto consistia em um verdadeiro reconhecimento de dupla propriedade.

Esta breve explicação torna mais fácil compreender o surgimento e desenvolvimento dos *negócios fiduciários* na Inglaterra. Como o conceito de propriedade originariamente estava atrelado à soberania, apenas o soberano-mor (rei) poderia deter, ao mesmo tempo, todos os atributos da propriedade. Todos os seus vassalos (*tenant*) detinham apenas e tão somente o domínio direto sobre a coisa (*tenures*). Por essa razão, as *tenures* se extinguíam com a morte dos *tenant*, o que tolhia o direito de sucessão. E igualmente por essa mesma razão, os *tenant* não poderiam ceder as *tenures* sem expressa autorização do soberano.

Muitas vezes, contudo, essa necessidade imperava. Era o caso daqueles que iriam lutar nas cruzadas⁵⁹⁰ e precisavam garantir que suas propriedades estariam protegidas se ele retornasse vivo.

Por conta dessas restrições ao exercício do direito de propriedade, desenvolveu-se um *negócio fiduciário* conhecido como *trust*, por meio do qual o detentor do domínio direto (*settlor*) entregava a terra a alguém de sua confiança (*trustee*) para que este a utilizasse para uma determinada finalidade e, mais tarde, restituísse a coisa ao próprio detentor do domínio direto ou a quem ele indicasse (beneficiário ou *cestuis que trust*).

É, portanto, formado normalmente por 3 (três) pessoas: o constituinte (*settlor*), o fiduciário (*trustee*) e o beneficiário (beneficiary). É possível que o constituinte seja também o beneficiário, oportunidade na qual o negócio poderá ser formado por 2 (duas) pessoas. É igualmente possível que o constituinte se autodenomine o fiduciário, a favor do beneficiário, hipótese na qual não se verificará a transferência de titularidade da

⁵⁹⁰ GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2438.

coisa⁵⁹¹. Também é possível que seja formado por 4 (quatro) ou mais pessoas, especialmente quando o constituinte estipular um ou mais *guardiões*, que repartirão os poderes que tradicionalmente são conferidos ao fiduciário (*trustee*).

O grande inconveniente é que tal como no direito romano antigo, o *negócio fiduciário* não era protegido pela legislação inglesa, de sorte que o *settlor* não dispunha de nenhum remédio legal para recuperar a coisa na hipótese do *trustee* não a devolver espontaneamente.

As comoções sociais foram tamanhas que várias petições passaram a ser dirigidas ao rei, a fim de reclamar a proteção real para essa situação jurídica. Para as hipóteses que não eram protegidas pelo sistema jurídico inglês (sistema de precedentes), era permitida (tal como permite até os dias atuais) a aplicação das *regras de equidade* (*equity rules*), conferidas pelo rei ou pelo *chanceler* por ele nomeado, nas hipóteses de uma pessoa abusar de um direito estrito, não agindo com os preceitos morais devidos⁵⁹².

O *chanceler* reconheceu o direito dos *settlor*, galgado na palavra empenhada pelo *trustee* ao receber a propriedade e os encargos que dela derivavam (utilizá-la para uma finalidade específica e devolver a coisa oportunamente). Foi igualmente reconhecida a existência de um *dever de cuidado, informação e de lealdade, que, nos países de tradição romano-germânica, seriam associados aos standards impostos pela boa-fé objetiva*⁵⁹³.

⁵⁹¹ “Il trust può costituirsi anche con atto unilaterale del settlor; e il trustee può identificarsi con il settlor medesimo (nel qual caso non c’è trasferimento, ma solo costituzione di un vincolo sul proprio bene).” (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 645).

⁵⁹² “O formalismo da Idade Média, apesar de gradualmente atenuado, foi conservado até o século XIX, circunstância que impedia a *common law* de adaptar-se às necessidades impostas pela evolução social e que deu causa à intensificação das petições dirigidas ao rei, que tinha poderes para, apesar dos padrões dos precedentes, julgar de acordo com a consciência e com a equidade, proibindo que uma pessoa abusasse de determinada situação que lhe assegurava um direito estrito e determinando que agisse de acordo com a moral.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 13/14).

⁵⁹³ MARTINS, Raphael Manhães. *Análise da “aclimatação” do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária*. Revista de Direito Privado, vol. 42, abril/2010, pag. 244 e ss., Editora Revista dos Tribunais.

Desta forma, a Inglaterra passou a proteger o *trust* através das *regras de equidade*, fazendo com que o *trust*, até os dias atuais, seja um instrumento não propriamente do direito tradicional inglês, mas sim um instrumento de *equity*⁵⁹⁴⁻⁵⁹⁵.

A formalização do *trust* se dá, na Inglaterra, através da conjugação de dois negócios distintos: (i) um negócio constitutivo do próprio *trust* e (ii) o negócio que visa o transferimento da propriedade. O ato constitutivo deve ter um tempo máximo de duração, que varia dependendo da espécie de *trust* a ser pactuada; no Direito Inglês, o prazo máximo é de 80 anos. Ao transferir a propriedade, o constituinte abre mão de, inclusive, interferir na administração do fiduciário⁵⁹⁶. Apesar da forma de operacionalização ser diversa, não parece existir dúvida de que o *trust* é realmente um *negócio fiduciário*⁵⁹⁷.

O entendimento a respeito da conjugação de dois negócios distintos não é unânime. Melhim Chalhub defende que o *trust* é negócio unitário, *composto de duas partes, que tem uma finalidade única, sintetizada na função que o settlor definiu para os bens ou direitos cuja propriedade transmitiu em trust; essa função corresponderia aos estates que cada uma das partes tem sobre o bem ou direito objeto do trust*,

⁵⁹⁴ “Storicamente il *trust* affonda le sue radici nel medioevo; in questo periodo molti possidenti si trovavano nella necessità di lasciare per un certo periodo di tempo i loro beni, per esempio perché dovevano partecipare ad una crociata; era diffusa pertanto l’abitudine di trasferire i beni ad una persona di fiducia. L’inconveniente principale era che il rapporto di fiducia si poneva del tutto al di fuori del diritto, il quale non sanzionava in alcun modo gli obblighi assunti dal fiduciario nei confronti del fiduciante; finché ad un certo punto il cancelliere del Re iniziò a ritenere che il beneficiario dovesse essere protetto mediante *injunctions*. In questo modo è nato il *trust*, quale lo conosciamo attualmente.” (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l’apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2438).

⁵⁹⁵ “É a partir da Idade Média que a Corte de Chancelaria passa a reconhecer, na prática da *equity*, as pretensões formuladas pelos *cestuis que trust* contra o *trustee*, para compelir a restituir os bens, considerando que, embora este último ostentasse a posição de proprietário exclusivo da terra, essa atribuição de propriedade tinha uma finalidade específica decorrente de um vínculo que comprometia o *trustee* perante o *cestui que trust*, daí porque a eventual recusa do *trustee* em restituir-lhe a terra ou dar-lhe o resultado econômico dela extraído constituía ofensa à equidade.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 20/21).

⁵⁹⁶ GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l’apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2438.

⁵⁹⁷ “(...) não há dúvida de que dele resulta uma relação fiduciária que vincula determinados bens ou direitos a uma destinação específica, criando-se para o proprietário (*trustee*) o ônus de praticar os atos necessários à concretização dessa destinação.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 68).

*encerrando esse ato, assim, a conjugação de elementos próprios das relações de natureza real e das relações de natureza obrigacional*⁵⁹⁸.

A análise deve ser feita, nos parece, de acordo com as características de cada sistema jurídico. Assim, se um determinado sistema jurídico admite negócios abstratos (tal qual o alemão), o *trust* será formalizado por dois negócios jurídicos distintos. Nos sistemas jurídicos essencialmente causais, tal qual o italiano e o espanhol, por exemplo, a questão passa pela análise da causa do *trust*, o que será debatido neste estudo em capítulo apropriado (sobre a causa dos negócios fiduciários). Na Espanha, fala-se em negócio único, caracterizado pela *causa fiduciae*, ao passo que na Itália se fala em dois negócios distintos, porém coligados, caracterizados pela *causa coligacional*. Assim, a análise deve levar em consideração diversos fatores, dentre os quais a posituação ou não do instituto e as características próprias e particulares do sistema jurídico objeto do estudo.

A grande vantagem do *trust* em relação a todos os demais *negócios fiduciários*, e o que o coloca em grande vantagem operacional e econômica nos países de *common law*, é a formação do *patrimônio especial*, vinculado à finalidade estipulada no ato de constituição do *trust*⁵⁹⁹. Vale dizer, o bem recebido pelo *trustee* não passa a integrar seu próprio patrimônio, o que garante o direito do beneficiário ao fim do prazo de duração do *trust*. Mas as vantagens não acabam por aí. O fato de consistir um patrimônio segregado do patrimônio do *trustee* faz com que os credores dele não possam atacar esta massa patrimonial destacada, e tampouco esta massa patrimonial é passível de sucessão pelos herdeiros do *trustee*. Ademais, a transferência dos bens do *settlor* ao *trustee* possui natureza de direito real (*equitable ownership*), podendo ser oponível, inclusive, a terceiros de má-fé que adquiram estes bens diretamente do *trustee* (são igualmente considerados de má-fé aqueles que adquirem a título gratuito). É o que ensina Paulo

⁵⁹⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág 78.

⁵⁹⁹ “Essa estrutura corresponde a uma afetação da propriedade do *trustee*, implicando limitação dos seus poderes na exata medida em que vincula seu direito subjetivo à finalidade do *trust*, vale dizer, à destinação dos bens ou direitos que constituem o objeto do *trust*.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág 76).

Gallo, terminando por dizer que *queste caratteristiche rendono il trust un strumento estremamente duttile ed utilizzabile per le finalità più svariate*⁶⁰⁰.

4.4. FIDUCIA NO DIREITO MODERNO

O *negócio fiduciário* no direito moderno foi reconstruído a partir da doutrina de Regelsberger⁶⁰¹, no final do século XIX. Percebeu ele que o modelo negocial servia como meio alternativo para realização de negócios, os quais (i) visavam suprir lacunas que atendessem os diversos interesses dos contratantes (muito similar ao surgimento dos negócios indiretos no sistema romano) ou (ii) perfazer determinados objetivos com mecanismos e institutos jurídicos diferentes daqueles em vigor⁶⁰². Ensinava o autor alemão que os *negócios fiduciários* teriam como característica *a incongruência ou não homogeneidade entre o escopo objetivado pelas partes e o meio jurídico empregado para obtê-lo*⁶⁰³.

⁶⁰⁰ “Un primo elemento di forza del *trust* è che i beni conferiti vengono a costituire un patrimonio separato a tutti gli effetti; ne consegue pertanto che i beni non potranno essere aggrediti da parte dei creditori personali del *trustee*, non entrano in comunione dei beni e non ricadono nella sua successione. Un secondo punto di forza consiste nella tutela di cui gode il beneficiario; i beni conferiti in *trust* sono infatti gravati da un vincolo di natura reale (*equitable ownership*) opponibile anche nei confronti dei terzi aventi causa, purché in mala fede o a titolo gratuito. In altre parole, se i terzi non acquistano in buona fede ed a titolo oneroso, sarà possibile recuperare in forma reale i beni presso di essi (*tracing* e *constructive trust*); in caso viceversa di acquisto in buona fede ed a titolo oneroso, il diritto di sequela viene meno, ma nel contempo il beneficiario può rivalersi sul ricavato dell’alienazione; nel caso in cui anche il ricavato sia stato disperso, il beneficiario non ottiene più nulla, salva l’eventuale responsabilità civile e penale del *trustee*. Queste caratteristiche rendono il *trust* un strumento estremamente duttile ed utilizzabile per le finalità più svariate.” (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2439/2440).

⁶⁰¹ “De fato, a utilização do *negócio fiduciário* foi suscitada por Regelsberger no final do século XIX, como meio alternativo para realização de negócios, visando suprir lacunas, porque não se lograva realizar determinados objetivos com os mecanismos e institutos jurídicos em vigor.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág 166).

⁶⁰² CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág 166.

⁶⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.

Ele não se confunde com a figura do *negócio indireto strictu sensu*⁶⁰⁴. Todavia, é normal encontrar referências doutrinárias que coloquem os *negócios fiduciários* como espécies do *negócio indireto*. Dentre os estudiosos que poderiam ser lembrados, fiquemos com Tullio Ascarelli, para quem *também o negócio fiduciário constitui um negócio indireto: o fim realmente visado pelas partes, com efeito, não corresponde ao fim típico do negócio adotado: o negócio é querido e seriamente querido pelas partes, mas para fim diverso do seu fim típico*⁶⁰⁵.

Existem aqui duas hipóteses para tentar explicar esta classificação. A primeira delas parte do pressuposto de se analisar as figuras através da perseguição de um fim diverso daquele estipulado pelas partes. Ao analisar a figura do *negócio fiduciário* desta forma, a doutrina italiana que recepcionou os ensinamentos de Regelsberger entendeu que eles eram espécies dos *negócios indiretos*, na medida em que visavam a mesma coisa (produção de efeitos diversos daquele estipulado inicialmente⁶⁰⁶). O mesmo parece ter acontecido em Portugal, como se verifica das lições de António Menezes de Cordeiro⁶⁰⁷ e José de Oliveira Ascensão⁶⁰⁸. A crítica possível a esta doutrina é que esta tese apenas prevalece se o *ponto de conexão* for a perseguição de um fim diverso daquele estipulado pelas partes. Todavia, não se pode dizer que *negócio fiduciário* é espécie de *negócio indireto* se o *ponto de conexão* escolhido for, por exemplo, (i) existência de *fiducia* ou (ii) a quantidade de negócios utilizados para se atingir a finalidade almejada. Esta é uma das grandes dificuldades de se classificar e analisar o *negócio fiduciário* e o *negócio indireto*: a doutrina não estabelece um ponto em comum

⁶⁰⁴ “O negócio fiduciário, todavia, não se confunde (...) com o negócio indireto (que é válido, como o fiduciário, mas não exige a confiança e o *pactum fiduciae*.” (JUNQUEIRA, António Azevedo de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 112).

⁶⁰⁵ ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 159.

⁶⁰⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 265.

⁶⁰⁷ “Os contratos indirectos colocam problemas específicos. Além disso, eles comportam uma submodalidade relevante: a dos contratos fiduciários: grosso modo, contratos indirectos que, não sendo de execução imediata, exigem, das partes, uma colocação em status fiduciae, de modo a assegurar uma execução desconforme com o tipo em jogo.” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 215).

⁶⁰⁸ “O negócio fiduciário é uma modalidade do negócio indireto. (...) É caracterizado, pelo menos se remontarmos à sua origem, pela fiducia. Haveria o recurso a um negócio que ultrapassaria o que as partes realmente pretendiam, mas a parte confiava que esse efeito seria apenas utilizado na medida necessária para a satisfação do fim visado.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 251).

entre estas figuras, de sorte que as análises normalmente recaem sob diferentes *pontos de conexão*.

A segunda hipótese parte da aparente confusão que se deu pela nomenclatura dada na Itália (*negócios indiretos*) aos então chamados *negócios jurídicos encobertos* na Alemanha e *negócios jurídicos anômalos* na Espanha. É preciso recordar que na Itália, a nomenclatura adotada (*negócios indiretos*) é gênero, dos quais são espécies o *negócio indireto strictu sensu*, o *negócio fiduciário* e o *negócio simulado*. Desta forma, percebe-se que quando a doutrina faz referência aos *negócios fiduciários* como espécie dos *negócios indiretos*, o faz em relação ao gênero e não a própria figura dos *negócios indiretos strictu sensu* estudadas no capítulo anterior.

Como já adiantado, o estudo de Regelsberger foi bem recepcionado na Itália por Ferrara, ao pontuar que o *negócio fiduciário é aquele que vai além do escopo das partes, supera o intento prático, produz mais consequências jurídicas do que seria necessário para alcançar aquele fim determinado*⁶⁰⁹.

Cesare Grassetti possivelmente tenha sido o primeiro a refutar parcialmente os ensinamentos de Regelsberger e Ferrara, principalmente no que diz respeito ao excesso dos meios em relação à finalidade pretendida. Para ele, a *não homogeneidade* (entre o escopo visado e o meio pelo qual as partes se socorrem para atingí-lo) *não deveria ser entendida como desproporção entre o escopo econômico e o meio jurídico, mas ao contrário, careceria da perspectiva ditada pelo aspecto da necessidade, porquanto, através do negócio jurídico resultante da declaração, o que as partes desejam é justamente, a obtenção de escopo que não é aquele típico do negócio, e que, portanto, está <<fora da lei>>*⁶¹⁰. Aqui, e tal como já explicado anteriormente, Grassetti se preocupa em diferenciar a análise do ponto de vista objetivo e subjetivo (do ponto de vista subjetivo, inexiste, realmente, essa distinção).

⁶⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.

⁶¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.

O problema do espectro de eficácia é complexo. A doutrina majoritária entende ainda hoje que o espectro de eficácia dos negócios fiduciários é mais amplo do que o efetivamente desejado, de sorte que competiria ao *pacto fiduciae* limitar a eficácia do negócio translativo. Neste sentido, é o posicionamento de (i) Biondo Biondi⁶¹¹; (ii) Luigi Cariota-Ferrara⁶¹²; (iii) Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes⁶¹³ e (iv) Antônio Junqueira de Azevedo⁶¹⁴. Todavia, e não sem razão, Francesco Galgano, bem ilustrado nas lições de Cesare Grassetti, prefere dizer que, nos negócios fiduciários, as partes perseguem uma finalidade diversa daquela engendrada pelo *negócio translativo*. Lembra ele, que *lo scopo delle parti non può concretamente realizzarsi se non investendo il fiduciario della formale proprietà del bene del fiduciante*. Desta forma, defende o autor que não se pode dizer em *efeitos mais amplos* do que aqueles realmente desejados se, ao menos em algumas hipóteses, a concretização do *negócio fiduciário* depende especificamente da concretização daqueles efeitos mais amplos (ou seja, se estes efeitos mais amplos não fossem realmente desejados, seria impossível a concretização do *negócio fiduciário*)⁶¹⁵. É a tese que nos parece mais adequada, corroborada, ainda, por Cesare Grassetti⁶¹⁶ e Nicolò Lipari⁶¹⁷.

⁶¹¹ “Si chiama fiduciario quel negozio che si compie per uno scopo minore di quello insito normalmente nel tipo di negozio che si conclude.” (BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pag. 180).

⁶¹² “La caratteristica dei negozi [fiduciario] in parola sta nell’eccedenza del mezzo sullo scopo (...)” (FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, pag. 238).

⁶¹³ “Considera-se negócio fiduciário aquele cujo tipo escolhido produz espectro de eficácia maior do que os efeitos econômicos pretendidos. Daí a fidúcia consistente do dever, atribuído a uma das partes, em fazer retornar à outra a titularidade dos direitos que, lhe tendo sido transmitidos, excedam o escopo da operação econômica subjacente à declaração de vontade.” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pag. 725).

⁶¹⁴ “Desenvolvendo o conceito, pode-se dizer que haverá negócio fiduciário toda vez que uma atribuição patrimonial (a transmissão de um direito) for realizada com um fim prático mais restrito em relação à totalidade das faculdades e poderes transferidos, estabelecendo as partes, com base na confiança (fidúcia), que, apesar desse excesso, o fiduciário (parte beneficiada com a atribuição patrimonial) deverá exercer a posição jurídica que lhe é outorgada somente em conformidade com o fim mais limitado visado especificamente pelas partes.” (JUNQUEIRA, Antônio Azevedo de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 111).

⁶¹⁵ “La teoria dell’eccesso della causa rispetto allo scopo non è, tuttavia, idonea a dare piena ragione del contratto fiduciario. Il trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario non è, di regola, un <<eccesso>> rispetto allo scopo perseguito dalle parti, giacché lo scopo delle parti non può concretamente realizzarsi se non investendo il fiduciario della formale proprietà del bene del fiduciante. Si pensi all’ipotesi, che è statisticamente la più frequente, della intestazione fiduciaria di beni: qui è vero che il fiduciario è incaricato di agire, sostanzialmente, quale mandatario del fiduciante, giacché si è vincolato ad eseguire le sue istruzioni, in ordine al godimento o alla disposizione del bene; ma è vero pure che l’intento perseguito dal fiduciante, e concordato con il fiduciario, è di non apparire di fronte ai

O conceito trazido por Pontes de Miranda, ademais, salienta com precisão teórica que *sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio fiduciário*⁶¹⁸. Não se vislumbra nenhuma menção ao espectro de eficácia mais amplo, o que ajuda a corroborar a tese aqui defendida.

Na Itália, muito por influência da doutrina alemã, o tema começou a ser abordado no início do século XX, embora com uma série de restrições apontadas pela doutrina. Isto porque o *negócio fiduciário* guarda íntima relação com os *meios de transferência da propriedade*. Na Alemanha, como já dito, a transferência da propriedade é negócio abstrato, ao contrário do sistema jurídico italiano (e brasileiro) onde a transferência é ato causal⁶¹⁹. Desta forma, durante muito tempo, debateu-se (e ainda se debate, embora com menos força) sobre a (im)possibilidade da subsistência deles no sistema jurídico italiano⁶²⁰.

O principal argumento à admissão do instituto na doutrina italiana recai sobre o fato de que (i) apesar da taxatividade dos meios de transferência da propriedade, as hipóteses previstas na legislação não são *numerus clausus* e (ii) as partes podem livremente celebrar negócios jurídicos com efeitos reais-obrigatórios, e que no *negócio*

terzi quale proprietario del bene. Il mandato ad amministrare è un *minus* rispetto alla scopo delle parti; il quale non può compiutamente realizzarsi se non con il trasferimento della proprietà del bene dal fiduciante al fiduciario. Più corretto è, dunque, qualificare il contratto fiduciario come il contratto mediante il quale si persegue uno scopo diverso dalla causa del contratto prescelto, avendo il *pactum fiduciae* la funzione di piegare il contratto prescelto alla realizzazione dello scopo perseguito.” (GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 538).

⁶¹⁶ “Non vi è sproporzione tra mezzo e scopo, perchè l’attribuzione patrimoniale è indispensabile pel conseguimento del fine pratico avuto di mira dale parti.” (GRASSETTI, Cesare. *Del negozio fiduciario e dela sua ammissibilità nel nostro oridinamento giuridico*. In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale dele obbligazioni*. Volume XXXIV, Parte Prima, 1936, fls. 364).

⁶¹⁷ LIPARI, Nicolò. *Il negozio fiduciario*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1971, pag. 91 e ss.

⁶¹⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral. Tomo 3*. Campinas: Bookseller, 2000, pag. 123.

⁶¹⁹ No que pese a tentativa de parte da doutrina (minoritária) defender que o sistema jurídico italiano é, tal como o alemão, abstrato, na medida em que o ato de disposição não se confunde com o ato de transferência. Sobre a matéria ver (i) BERTINI, Alessandro. *I negozi fiduciario di preparazioni dell’adempimento*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1940 e (ii) GORLA, *L’atto di disposizione dei diritti*. Perugia, 1936.

⁶²⁰ GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l’apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2409.

fiduciário, as partes realizam *come effetto reale il trasferimento della titolarità di un diritto e come effetto obbligatorio la costituzione, a carico dell'accipiente, di un obbligo di usare il diritto trasferitogli in un determinato modo*⁶²¹.

A questão, desta forma, restou superada nos países de tradição romana, principalmente na Itália, na França e em Portugal e, hoje, o *negócio fiduciário* é estudado em vários sistemas jurídicos alienígenas, onde, não à toa, é utilizado como importante instrumento negocial.

Superadas estas questões, cumpre neste momento definir e delimitar o escopo de tais negócios nos sistemas jurídicos modernos. Ficará claro que ainda hoje subsistem os modelos fiduciários romanos (tanto na sua aceção *cum creditore* quando na sua aceção *cum amico*), germânicos e anglo-saxão.

A *fiducia* no direito moderno ainda encampa os dois aspectos do direito romano: (i) como garantia real, denominada no Brasil de *propriedade fiduciária* e (ii) para todas as outras finalidades, onde ganhou a alcunha de *negócio fiduciário* (o *negócio fiduciário* pode, inclusive, gerar uma *propriedade fiduciária*).

Para fins deste trabalho, nos interessa mais o estudo dos *negócios fiduciários* do que propriamente da propriedade fiduciária, embora dela também falaremos oportunamente.

O conceito de *negócio fiduciário* na modernidade não diferete muito dos modelos estudados anteriormente⁶²². A dificuldade de se estudar o tema de forma harmônica e sistemática decorre exatamente dessa diversidade de modelos surgidos ao longo da história. Com efeito, *o direito positivo vai consagrando a designação*

⁶²¹ BERTINI, Alessandro. *I negozi fiduciario di preparazioni dell'adempimento*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1940, pag. 05.

⁶²² "Entende-se por negócio fiduciário o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de determinado bem ou a titularidade de certo direito a outra pessoa (fiduciário), que se obriga a lhe dar determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir o bem ou o direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário." (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 167).

*fiduciária às mais diversas figuras que se vão construindo no direito moderno, mediante conciliação entre a noção da fidúcia romana e a idéia geral do trust, e isto porque, a despeito da tutela especial que protege o investidos-beneficiário, continuam presentes no negócio as regras da boa-fé e a confiança*⁶²³. Isto porque *il termine fiduciario non caratterizza la causa o la struttura di un contratto, ma un tipo di rapporto, fondato sull'acquisto di una legittimazione in relazioni a un dato bene altrui*⁶²⁴. E estes tipos de relações *are many and varied, incluindo non only agents and trustees, but also partners, corporate directors and executives, lawyers, medical doctors, money managers and advisers*⁶²⁵.

Por esta razão, defendemos sua subdivisão em 4 (quatro) espécies: (i) *negócios fiduciários propriamente ditos*; (ii) *negócios fiduciários impróprios*; (iii) *negócios fiduciários legais ou tipificados* e (iv) *negócios de fiducia*.

Como se verá, os três primeiros possuem estrutura semelhante, ao passo que o último destoa complementamente dos outros. Nos dois primeiros, a estrutura é aquela já anunciada anteriormente: dois negócios jurídicos distintos, tendo o primeiro um efeito translativo (*negócio translativo*) e o segundo uma limitação dos efeitos translativos (*pacto fiduciae*) através da criação de uma obrigação (de administrar e/ou de devolver)⁶²⁶. A distinção entre um e outro se dá em relação aos efeitos do *pacto fiduciae*, tendo o primeiro efeitos meramente obrigacionais e o segundo efeitos reais. Ademais, utiliza-se negócios típicos que visem a produção de efeitos atípicos. O terceiro se caracteriza, essencialmente, pela utilização de um negócio anteriormente fiduciário, mas agora tipificado pelo legislador. O quarto, por último, era fiduciário, tornou-se típico (ao menos socialmente típico), mas ainda se exige um grau de confiança maior do que as

⁶²³ CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 172

⁶²⁴ GINEVRA, Enrico. *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia "Romanistica", "Germanistica", "Anglosassone"*. In *La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milano: Giuffrè, 2012, pag. 109.

⁶²⁵ FRANKEL, Tamar. *Fiduciary Relationships in the Common Law*. In *La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milano: Giuffrè, 2012, pag. 145/146.

⁶²⁶ "(...) *il pactum fiducie non amplia né modifica il contenuto di un altro negozio, ma si limita a creare obblighi che devono essere adempiuti dal fiduciario (...)*" (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2417).

outras figuras negociais; diferencia-se dos *negócios fiduciários legais* na medida em que não se vislumbra a separação entre o *negócios translativo* e o *pacto fiduciae*.

Vale trazer aqui uma outra noção de *fidúcia*, que poderá ser visualizada em qualquer das quatro espécies aqui propostas: trata-se da *fidúcia dinâmica* (mais comum) e da *fidúcia estática*. A primeira se dá através da efetiva transferência da propriedade do fiduciante para o fiduciário, e daí seu nome como *dinâmica*; ao passo que, na segunda, a coisa já se encontra na propriedade do fiduciário ou então é por ele adquirida através de meios colocados à disposição pelo fiduciante⁶²⁷. Na *fidúcia estática*, ademais, o objeto do *negócio fiduciário* se limitará a gestão do bem no interesse do fiduciante com posterior transferência ao próprio fiduciante ou a um terceiro por ele indicado⁶²⁸. Nicolò Lipari⁶²⁹ ainda explica que é o caso clássico no qual o *settlor* se declara o próprio *trustee* para concretizar interesse de outrem, hipótese na qual não se verifica nenhuma passagem patrimonial do *settlor* para o *trustee*.

(A) NEGÓCIO FIDUCIÁRIO PROPRIAMENTE DITO

Esta espécie é aquela que guarda maior relação com a *fiducia romana*⁶³⁰ no período antigo e pré-classico. Delimita-se por *negócio fiduciário propriamente dito* a transferência de um bem pelo fiduciante ao fiduciário, para que este se obrigue a conservar ou administrar o bem de acordo com os critérios pactuados, e, ao fim do

⁶²⁷ GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2411.

⁶²⁸ GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2411.

⁶²⁹ LIPARI, Nicolò. *Fiducia statica e trusts*. In *Rassegna di Diritto Civile n.º 3 de 1996*. Edizione Scientifiche Italiane, pag. 483, nota 1.

⁶³⁰ “Como se verifica, o negócio fiduciário dentro da estruturação romana demanda, sobretudo, muita confiança entre os partícipes da negociação e, no que tange ao fiduciário, muita honestidade de sua parte, porque dela depende o êxito do fiduciante. É que o desejo deste, como nos foi dado acentuar, é que a propriedade transferida retorne ao seu patrimônio, uma vez cessado o motivo que o levou a realizar a negociação. Daí se sublinhar Orlando Gomes, com inteira razão, que o negócio fiduciário só se faz com pessoa honesta, de plena confiança do fiduciante. Não obstante, acrescenta o mestre baiano, é preciso que tenha alguma garantia contra o risco que está correndo. Obtém-na por meio do negócio obrigacional de restituir o que lhe transferiu, ou prestar o equivalente.” (FILHO, José Abreu. *Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, pag. 160).

contrato, devolva a coisa ao próprio fiduciário ou a entregue a um terceiro por ele indicado⁶³¹.

Para a concretização deste esquema negocial, utiliza-se os já mencionados *negócios fiduciários*. Grande discussão reside na estrutura do *negócio fiduciário*. A doutrina alemã, galgada em Regelsberger e Kohler, defende que ele se forma pela utilização de dois negócios jurídicos distintos: o primeiro com efeito translativo e o segundo como limitador do espectro de eficácia do efeito translativo do primeiro negócio. Em outras palavras, o segundo negócio tolhe, total ou parcialmente, os efeitos do negócio translativo. Consequentemente, o *negócio fiduciário propriamente dito* teria como regra a produção de efeitos diversos do que aqueles pretendidos pelas partes (*espectro de eficácia*); o *pacto fiduciae* serviria, portanto, como direcionador da eficácia do negócio translativo.

Como no sistema jurídico italiano não se admite a transferência abstrata da propriedade, surgiu o problema da identificação da *causa* do *negócio fiduciário* e, consequentemente da estrutura do negócio em si (*negócio unitário* ou *negócio dúplice*). Para se admitir a figura do *negócio fiduciário* na Itália, parte da doutrina moldou a figura dentro das normas jurídicas italianas e passou a defender que se tratava de um negócio único consubstanciado em uma *causa fiduciae*⁶³². Seria, de acordo com estes autores, a única forma de se admitir a transferência limitada da propriedade dentro do sistema causal italiano. As teorias correram o mundo, ora com preferência à concepção unitária e ora com preferência à concepção dualista.

A crítica dos defensores da teoria unitária do negócio jurídico recaiu sobre a *causa do negócio translativo*, que não teria o condão de ser instrumento hábil para a

⁶³¹ “Il contratto fiduciario è quello con cui il fiduciante trasferisce un bene al fiduciario, che si obbliga a conservarlo e/o amministrarlo secondo certi criteri, e a ritrasferirlo sucessivamente allo stesso fiduciante o a un terzo.” (ROPPO, Vincenzo. Il Contratto. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 637).

⁶³² Neste sentido e como criador da tese, Cesare Grassetti. Atualmente, o conceito unitário é também defendido por Menezes Cordeiro: “Na fidúcia, as partes inserem, numa estrutura contratual típica, com as inerentes prestações principais, prestações secundárias e valorações que, por seu turno e perante a boa-fé, irão gerar deveres acessórios vocacionados para a tutela do escopo do contrato, uma cláusula fiduciária. O resultado da inserção não é um aditamento: contrato mais cláusula fiduciária. Antes será um contrato unitário, todo ele transmutado em prol do escopo anómalo.” (*Tratado de Direito Civil VII – Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 269/270).

transferência da propriedade, na medida em que (i) ele não poderia justificar a devolução da coisa pelo fiduciário, de tal forma que ou se deveria entendê-lo como negócio abstrato⁶³³ ou então se deveria elaborar uma construção causal apta a resolver este problema e (ii) inexistiria verdadeiramente *causa* para dar sustentáculo à transferência, na medida em que a parte realmente não desejava a transferência (do contrário, não estipularia o *pacto fiduciae* como limitador da eficácia do *negócio translativo*). Como o negócio abstrato não subsiste nos países de tradição romana-germânica (com exceção da Alemanha), os defensores desta tese logo galgaram a construção teórica da *causa fiduciae*, e passou a ser ela a justificativa unitária do negócio fiduciário⁶³⁴. É o que lembra Massimo Nuzzo, ao salientar que *una volta escluso che il trasferimento avvenga in base ad una causa típica, delle due l'uma: o si ritiene che il trasferimento sia astratto ovvero che la causa fiduciae sia sufficiente per la trasmissione del diritto dal fiduciante al fiduciario*⁶³⁵.

Por outros caminhos, os ensinamentos de Judith Martins-Costa defendem a concepção unitária do *negócio fiduciário*. Para ela, a questão passa pela compreensão dos planos da relação obrigacional (nascimento, desenvolvimento e adimplemento). Nos sistemas jurídicos onde a separação dos planos é absoluta (tal qual na Alemanha e na França), *o negócio dispositivo tem vida autônoma, exigindo, em consequência, vontade diversa da do ato que cria dever e, assim, causa também diversa*⁶³⁶. Por outro lado, nos sistemas jurídicos onde esta separação dos planos não reina absoluta (Brasil, por exemplo), *o negócio dispositivo não tem "vida autônoma a ponto de exigir vontade diversa do ato que cria dever" de modo que "a declaração de vontade que dá conteúdo*

⁶³³ "I negozi fiduciari, attuati a mezzo dei negozi astratti, constano di due negozi, uno traslativo, l'altro obbligatorio; l'uno è astratto, l'altro rappresenta la causa del primo. Ciò, del resto, accade per tutti i negozi di trasferimento astratti (...) che hanno, appunto, la loro base in separati negozi causali." (CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, pag. 255).

⁶³⁴ "A divergência se coloca com certo *frisson* na doutrina porquanto entendeu-se que, se aceita a existência de dois negócios, dever-se-ia, por consequência, concluir pela abstração da causa, de maneira que os negócios fiduciários só seriam possíveis em sistemas onde os atos de transferência do domínio fossem abstratos." (MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss).

⁶³⁵ NUZZO, Massimo. *Negozio fiduciario*. In *Rivista di Diritto Civile*, anno XXXI, 1985. Padova: CEDAM, pag. 651/652.

⁶³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.

ao negócio dispositivo pode ser considerada como co-declarada no negócio obrigacional antecedente", pois "na vontade de criar obrigações insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido"⁶³⁷. A autora, através deste ensinamento, defende o reconhecimento do *negócio fiduciário* como *negócio único*, exatamente pelo fato do *pacto fiduciae*, de natureza obrigacional, não poder se desvincular do negócio translativo, precedente. É o mesmo argumento utilizado pela doutrina italiana e espanhola que defendem a unitariedade estrutural do *negócio fiduciário*.

Francesco Galgano exprime o que ele considera ser um equívoco desse entendimento. Para ele, os defensores da *tese unitária* não perceberam que o *negócio translativo* tem a sua própria causa (venda, doação, mandato, etc), por si só idônea a justificar a transferência da propriedade (inclusive propriedade plena). Esta transferência da propriedade plena permite ao fiduciário o direito de exercê-la da forma como melhor lhe aprouver, inclusive para devolver a coisa ao fiduciante. E ainda conclui o autor italiano dizendo que *i limiti alla facoltà del proprietario-acquirente non sono intrinseci al contratto traslativo, ma derivano dal separato patto fiduciario, avente efficacia puramente interna*⁶³⁸.

Ademais, o argumento de que a concepção dúplice priva de *causa* o *negócio translativo*, na medida em que inexistente a *causa* típica do ato translativo (porque inexistente vontade de transferir a propriedade de forma permanente) não parece subsistir, mormente porque o *negócio translativo* é sim desejado e querido pelas partes, ainda que por pouco tempo. Sem a realização desta transferência, as partes não conseguirão lograr êxito na formalização de um instrumento jurídico que permita a concretização daquela finalidade visada.

⁶³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.

⁶³⁸ GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 541.

Na Itália, a questão parece estar superada em favor da conceituação dúplici do *negócio fiduciário*, tanto do ponto de vista jurisprudencial⁶³⁹, quanto do ponto de vista doutrinário⁶⁴⁰, ressalvado entendimento minoritário em sentido contrário. Mesmo nos demais sistemas jurídicos de origem romana-germânica, ambos os problemas (o *negócio translativo* como negócio abstrato e a elaboração de uma *causa* apta a justificar o transferência da coisa pelo *negócio translativo*) apresentados por esta parte da doutrina (negócio unitário) já parecem ter sido resolvidos. Isto porque foi elaborada a tese da *causa complessiva*, galgada exatamente na coligação negocial existente entre o *negócio translativo* e o *pacto fiduciae*, que resolve as duas questões trazidas pelos defensores da teoria do *negócio unitário*.

Embora se fale em dois negócios distintos, o *negócio translativo* e o *pacto fiduciae* seriam interdependentes e conexos, mas com eficácia e intensidade diversos⁶⁴¹-⁶⁴². Ao que parece, seriam negócios coligados⁶⁴³, presentes os requisitos objetivo (união de dois ou mais contratos para atingir um *fim comum*) e subjetivo (vontade das partes de estabelecerem a coligação contratual) necessários para sua configuração. A coligação, neste caso, será interna, de sorte que se pode dizer estar diante da *verdadeira coligação negocial*.

⁶³⁹ . Sobre o acolhimento da tese pela doutrina e pela jurisprudência: “Questa concrezione, nonostante i suoi caratteri di indubbio rigore, non ha però attecchito né presso la dottrina successiva, né presso la giurisprudenza, salvo sporadiche applicazioni.” (GALLO, Paolo. *Trattato del Contratto*. Milano: UTET Giuridica, 2010, pag. 2415)

⁶⁴⁰ “Si è piú volte tentato, in passato, di costruire il contratto fiduciario come un unitário contratto, avente causa propria, la *causa fiduciae*; ma è tentativo da tempo abbandonato.” (GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 541).

⁶⁴¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 170.

⁶⁴² “Caratteristica imediata del contratto fiduciario è la *produzione combinada di effetti reali in capo al fiduciario, e di effetti obbligatori a vantaggio del fiduciante*. L’effetto reale è il *trasferimento della proprietà* dal fiduciante al fiduciario. Gli effetti obbligatori sono: l’obbligo del fiduciario verso il fiduciante di *ritrasferire* a suo tempo il bene; e inoltre *osservare modalità vincolare nell’amministrazione* del bene per il tempo in cui resterà proprietà del fiduciario.” (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 637/638).

⁶⁴³ “(...) risulti accertata l’esistenza del collegamento tri di essi.” (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l’apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2414).

Como ensina Francesco Galgano, *la costruzione oggi accreditata è quella secondo la quale il contratto traslativo ed il patto fiduciario costituiscono contratti separati, anche se tra loro collegati*⁶⁴⁴.

É importante, contudo, lembrar que a coligação não tira a independência de ambos os contratos; de tal sorte que se pode afirmar que seriam conexos, mas juridicamente independentes⁶⁴⁵.

Na Espanha, ao que parece, a questão tomou rumo diferente. Tendo um modelo jurídico muito próximo ao italiano (em relação a tipicidade dos modos de aquisição da propriedade⁶⁴⁶), lá o *negócio fiduciário* é encarado como *negócio unitário*, como se observa das lições de José Luiz de Los Mozos⁶⁴⁷ e Federico de Castro y Bravo⁶⁴⁸. Para estes autores, a teoria do duplo negócio não subsiste em razão (i) de que a propriedade é adquirida tão somente por consequência de certos contratos de natureza translativa e mediante a tradição; (ii) assim sendo, a transferência é necessariamente causal, e esta causa deve corresponder a uma causa própria e adequada para esta finalidade⁶⁴⁹. Os efeitos translativos do *negócio translativo* não podem ser produzidos, de acordo com este raciocínio, na medida em que inexistiria, de fato, *causa translativa*, pelo fato de que o fiduciante não desejaria realmente transferir a propriedade ao fiduciário, do contrário não estipularia o *pacto fiduciae*⁶⁵⁰.

Mesmo a aceitação da teoria do *negócio unitário* é alvo de críticas na Espanha⁶⁵¹. O problema se dá pela enorme variedade de *negócios fiduciários*, que não poderiam ser todos analisados sob um único prisma. Ao se admitir um único negócio jurídico, a *causa fiduciae* seria a de mandato (se na modalidade *cum amico*) ou de

⁶⁴⁴ GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 541.

⁶⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 406.

⁶⁴⁶ Artigo 609 e seguintes do Código Civil Espanhol.

⁶⁴⁷ LOS MOZOS, José Luis de. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, pags. 474 e ss.

⁶⁴⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pags. 405 e ss.

⁶⁴⁹ Artigos 1.261 e 1.274 do Código Civil Espanhol.

⁶⁵⁰ “Aplicando estas reglas, por ejemplo, a la venta de garantía, resulta que el negocio transmisor de la propiedad (la venta) carece de su causa propia, al no haber el precio (art. 1.445) y que no tiene otra causa, porque no puede servir de tal el pacto fiduciario, al haberse predicado la independencia total entre los dos negocios, el transmissivo de eficacia real y el pacto de mera eficacia obligatoria.” (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 406/407).

⁶⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 406/407.

garantia (se na modalidade *cum creditore*). Todavia, nenhuma delas teria o condão de servir como justa causa para a transferência da propriedade, como assinala Federico de Castro y Bravo ao dizer que *la transmisión de la propiedad requiere un título o causa adecuada de sorte que el garantizar un cobro o el cumplir un encargo no son títulos que puedan justificar, respectivamente, una pérdida y una adquisición de propiedad, de modo pleno y definitivo*⁶⁵².

Em Portugal, a doutrina aponta pela maior prevalência da *teoria unitária*, consoante as lições de Menezes de Cordeiro⁶⁵³ e Pedro Pais de Vasconcelos⁶⁵⁴.

No nosso país, a doutrina, recentemente, tem se posicionado de forma majoritária para a concepção unitária do *negócio fiduciário*. É o entendimento manifestado por Judith Martins-Costa⁶⁵⁵, Melhim Namem Chalhoub⁶⁵⁶ e Christoph Fabian⁶⁵⁷.

A questão é muito interessante. Com efeito, apenas se pode falar em *negócio fiduciário* quando presentes ao mesmo tempo o *negócio translativo* e o *pacto fiduciae*.

⁶⁵² DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 409.

⁶⁵³ MENEZES DE CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 269/270.

⁶⁵⁴ “A fidúcia é muito difícil de definir, dadas as cambiantes com que se apresenta, e, como contrato atípico que é, não deve mesmo ser definida. Mas pode ser descrita. A descrição é naturalmente menos exacta do que seria uma definição, mas tem a vantagem de não ser redutora e de ser mais expressiva. O contrato fiduciário pode ser descrito como um contrato atípico, construído geralmente por referência a um tipo contratual conhecido susceptível de ser adaptado a uma finalidade diferente da sua própria, através de uma convenção obrigacional de adaptação. Constitui um único negócio e não uma dualidade negocial.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 263).

⁶⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.

⁶⁵⁶ “A nosso ver, a concepção unitária deve prevalecer, pois, ao formalizar o negócio fiduciário, não têm as partes intenção de destacar dois atos com finalidade distinta e independente, mas, sim, celebrar um único negócio que, embora tenha uma função real e uma função obrigacional, visa estabelecer uma conexão entre essas duas funções, produzindo um complexo de modificações subjetivas da relação jurídica preexistente, de uma parte, mediante a transmissão de domínio, e, de outra parte, mediante a simultânea constituição de obrigações vinculantes àquela transmissão de domínio. Na relação fiduciária, a vontade das partes não é desvincular os efeitos do negócio, mas, ao contrário, é estabelecer rigorosa interdependência entre a transmissão de domínio e a constituição de obrigações, havendo perfeita compatibilidade entre os efeitos do contrato, pois, como observa Massimo Nuzzo, não obstamte seja o negócio composto por duas partes, é dirigido a um escopo diverso do fim típico. (CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pag. 42).

⁶⁵⁷ FABIAN, Christoph. *Fidúcia – negócios fiduciários e relações externas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, pag. 41.

Ainda que o *negócio translativo* e o *pacto fiduciae* subsistam por si mesmo, como assinalam Francesco Galgano⁶⁵⁸ e Francesco Ferrara⁶⁵⁹ respectivamente, o fato é que sem a concretização do *pacto fiduciae*, não se pode identificar o *negócio fiduciário* entre as partes. Em síntese, o que qualifica o *negócio fiduciário propriamente dito* é exatamente a coexistência do *negócio translativo* com o *pacto fiduciae*. É, por fim, o que assinala Otto de Souza Lima, em monografia sobre o tema, ao pontuar que *é evidente e seria mesmo desnecessário ressaltar que o negócio fiduciário só poderá resultar da conjugação daqueles dois elementos, na medida em que a falta de qualquer deles desfigura o negócio, que deixará, então, de ser fiduciário, para assumir qualquer outra forma jurídica*⁶⁶⁰.

Não é incorreto afirmar, portanto, que muito embora o *negócio fiduciário* possa vir a ser formado por dois negócios distintos, ele apenas existirá como tal no momento em que estes dois negócios estiverem celebrados. Ainda que eles tenham vida autônoma, o *negócio fiduciário* depende da conjugação simultânea de ambos⁶⁶¹.

Ademais, devemos relembrar aquilo que já foi explicado quando da análise dos negócios mistos e dos negócios coligados, especificamente em relação à pluralidade de fontes e à pluralidade de negócios. Ocorre pluralidade de negócios quando houver *pluralidade das fontes de manifestação de vontade* das partes. Para permitir a correta interpretação da *pluralidade de fontes*, a doutrina traçou alguns critérios: (i) Tullio Ascarelli diz que há unicidade de fonte quando os fins econômicos visados pelas partes estejam intimamente ligados entre si, e uma das formas de se apurar isto é analisar se a

⁶⁵⁸ GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 541.

⁶⁵⁹ FERRARA, Francesco. *I negozi fiduciari*. In *Studi di Diritto Romano, di Diritto Moderno e di Storia del Diritto – pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*. Milão: Editore Ulrico Hoepli, 1905, pag. 745.

⁶⁶⁰ E continua o autor: “Assim, a falta do elemento real tornaria sem sentido o elemento obrigacional, sendo evidente que ninguém poderá restituir, através de uma obrigação para esse fim assumida, senão o que lhe fôra transmitido. A falta do elemento obrigacional, torna definitiva a transmissão, retirando qualquer possibilidade de existência de negócio fiduciário.” (LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, pag. 185).

⁶⁶¹ “Nestas condições, é evidente que o negócio fiduciário só poderá resultar da combinação dos dois citados elementos. À falta de qualquer deles, inexistente o negócio fiduciário.” ((LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, pag. 187).

contraprestação é única ou plúrima⁶⁶²; (ii) Emilio Betti, por outro lado, pontua que haverá *pluralidade de fontes* quando as vontades declaradas não subsistirem isoladamente (cada um por si)⁶⁶³.

Destas considerações resulta, a nosso ver, que o *negócio fiduciário* tem estrutura unitária. Isto porque, galgado nas lições de Tullio Ascarelli e Emilio Betti, (i) os fins econômicos da figura negocial é único, muito embora possa ser formado por dois instrumentos jurídicos autônomos, e (ii) as vontades destes dois instrumentos jurídicos autônomos não sobrevivem isoladamente, na medida em que o *pacto fiduciae* depende da existência do *negócio translativo*, inclusive para permitir a devolução da coisa e/ou estabelecer o modo como a coisa será gerida pelo fiduciário. Acompanhamos, portanto, os ensinamentos de, dentre outros, Judith Martins-Costa⁶⁶⁴, Melhim Namem Chalhub⁶⁶⁵, Christoph Fabian⁶⁶⁶, Tullio Ascarelli⁶⁶⁷, Pedro Pais de Vasconcellos⁶⁶⁸, António

⁶⁶² ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011.

⁶⁶³ “Data una pluralità di dichiarazioni connesse, è da distinguere se ad *ognuna* di esse si ricollegghino siccome effetti propri e indipendenti gli effetti giuridici rispondenti alla loro destinazione, oppure se tali effetti non si ricollegghino che al *complesso* delle dichiarazioni insieme riunite. Nella prima ipotesi si hanno più negozi collegati; nella seconda, un negozio unitario che consta di più dichiarazioni fra loro complementari.” (BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 297/298).

⁶⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.

⁶⁶⁵ “A nosso ver, a concepção unitária deve prevalecer, pois, ao formalizar o negócio fiduciário, não têm as partes intenção de destacar dois atos com finalidade distinta e independente, mas, sim, celebrar um único negócio que, embora tenha uma função real e uma função obrigacional, visa estabelecer uma conexão entre essas duas funções, produzindo um complexo de modificações subjetivas da relação jurídica preexistente, de uma parte, mediante a transmissão de domínio, e, de outra parte, mediante a simultânea constituição de obrigações vinculantes àquela transmissão de domínio. Na relação fiduciária, a vontade das partes não é desvincular os efeitos do negócio, mas, ao contrário, é estabelecer rigorosa interdependência entre a transmissão de domínio e a constituição de obrigações, havendo perfeita compatibilidade entre os efeitos do contrato, pois, como observa Massimo Nuzzo, não obstante seja o negócio composto por duas partes, é dirigido a um escopo diverso do fim típico. (CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pag. 42).

⁶⁶⁶ FABIAN, Christoph. *Fidúcia – negócios fiduciários e relações externas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, pag. 41.

⁶⁶⁷ No mesmo sentido (pela teoria unitária), Tullio Ascarelli : *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 170, nota 258.

⁶⁶⁸ “A fidúcia é muito difícil de definir, dadas as cambiantes com que se apresenta, e, como contrato atípico que é, não deve mesmo ser definida. Mas pode ser descrita. A descrição é naturalmente menos exacta do que seria uma definição, mas tem a vantagem de não ser redutora e de ser mais expressiva. O contrato fiduciário pode ser descrito como um contrato atípico, construído geralmente por referência a um tipo contratual conhecido susceptível de ser adaptado a uma finalidade diferente da sua própria,

Menezes de Cordeiro⁶⁶⁹, Francesco Ferrara⁶⁷⁰, Massimo Nuzzo⁶⁷¹, Cessare Grasseti⁶⁷², José Luiz de Los Mozos⁶⁷³ e Federico de Castro y Bravo⁶⁷⁴. Isto tudo sem, obviamente, desmerecer as considerações dos defensores da teoria dualista, capitaneadas por Luigi Cariota-Ferrara⁶⁷⁵, Francesco Galgano⁶⁷⁶, Paolo Gallo⁶⁷⁷ e Vincenzo Roppo⁶⁷⁸.

Aqui vale a mesma ressalva feita em relação à análise do *trust* (*fidúcia no sistema jurídico Anglo-Saxão*). A análise da estrutura deve levar em consideração diversos fatores, como a positivação ou não do instituto e as características particulares próprias de cada sistema jurídico. Para tanto, vale lembrar que nos ordenamentos jurídicos abstratos, não existe dificuldade em justificar o *negócio fiduciário* como dois negócios distintos, ao contrário dos sistemas jurídicos causais.

Partindo destes pressupostos, entendemos que o *negócio fiduciário propriamente dito* no direito brasileiro deve ser estruturado através do reconhecimento da existência de um único negócio jurídico, dividido em duas partes, o *negócio translativo* e o *pacto fiduciae*, na forma como mencionada acima.

através de uma convenção obrigacional de adaptação. Constitui um único negócio e não uma dualidade negocial.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 263).

⁶⁶⁹ MENEZES DE CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 269/270.

⁶⁷⁰ FERRARA, Francesco. *I negozi fiduciari*. In *Studi di Diritto Romano, di Diritto Moderno e di Storia del Diritto – pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*. Milão: Editore Ulrico Hoepli, 1905, pag. 745.

⁶⁷¹ NUZZO, Massimo. *Negozi fiduciario*. In *Rivista di Diritto Civile, anno XXXI, 1985*. Padova: CEDAM, pag. 651/652.

⁶⁷² GRASSETTI, Cesare. *Del negozio fiduciário e dela sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*. In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*. Volume XXXIV, Parte Prima, 1936, fls. 364.

⁶⁷³ LOS MOZOS, José Luis de. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, pag. 474 e ss.

⁶⁷⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 405 e ss.

⁶⁷⁵ CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I Negozi Fiduciari – trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia; processo fiduciário*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, sem data. Ristampa Università di Camerino, pag. 28.

⁶⁷⁶ GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 541.

⁶⁷⁷ “(...) risulti accertata l’esistenza del collegamento tri di essi.” (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l’apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2414).

⁶⁷⁸ “Il negozio fiduciario è una forma complessa che resulta dal’unione di due negozi d’indole ed effetti diferente posti reciprocamente in antítese.” (FERRARA, Francesco. *I negozi fiduciari*. In *Studi di Diritto Romano, di Diritto Moderno e di Storia del Diritto – pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*. Milão: Editore Ulrico Hoepli, 1905, pag. 746)

Enquanto nos *negócios indiretos* o *negócio-meio* deve ser obrigatoriamente típico, nos *negócios fiduciários* a questão é um pouco mais complexa. Tanto *negócio translativo* quanto o *pacto fiduciae* devem ser típicos⁶⁷⁹ ou atípicos⁶⁸⁰, desde que, nesta segunda hipótese, os efeitos visados (*negócio translativo + pacto fiduciae*) pelas partes sejam equivalentes ao de um negócio obrigatoriamente atípico.

Aliás, é interessante a crítica de Aurelio Gentili a respeito da tipicidade do negócio translativo dentro da estrutura do *negócio fiduciário propriamente dito*. Questiona ele esta premissa, analisando que no negócio translativo (i) não tem pagamento de preço na transferência (e daí não seria compra e venda) e (ii) não existe *causa donandi*, principalmente porque não existe vontade de agraciar o fiduciário (e daí não ser doação). E ainda assim, assinala, *si insiste sul negozio típico de trasferimento (?)*⁶⁸¹. Por outro lado, como lembra o próprio autor, a atipicidade do *negócio translativo* e conseqüentemente da *causa (fiduciae)* não permite ao fiduciante retomar a coisa para si.

Mas não basta isto para sua qualificação como *negócio fiduciário propriamente dito*, uma vez que a característica acima delineada é idêntica nos *negócios fiduciários impróprios*.

Nos *negócios fiduciários propriamente ditos*, o negócio translativo é oponível *erga omnes* (por exemplo, a transferência de um direito real) ao passo que o segundo

⁶⁷⁹ A doutrina majoritária afirma que decorre apenas de negócios típicos. Neste sentido, e por todos, Menezes Cordeiro: “O contrato fiduciário pode ser construído como o resultado de um tipo ao qual foi adjunta uma cláusula que limite os poderes, dele resultantes, para uma das partes, de forma a obriga-la a exercê-los, seja no interesse da contraparte, seja no de terceiros.” (*Tratado de Direito Civil VII – Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 269).

⁶⁸⁰ “Provavelmente em virtude da configuração romana do negócio fiduciário, a hipótese de utilização indireta de tipos contratuais para o alcance de finalidades fiduciárias é a que normalmente recebe a dedicação e o estudo da doutrina, que pouco tem se debruçado sobre a segunda possibilidade de verificação de negócio fiduciário, qual seja, diretamente mediante contrato atípico. Neste segundo caso, como já aludido, o contrato atípico fiduciário serve de causa à transmissão do domínio ou do crédito, sem que se recorra a negócio típico para justificar a transferência de titularidade.” (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 11/12).

⁶⁸¹ GENTILI, Aurelio. *La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*. In *La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milão: Giuffrè Editore, 2014, pag. 44.

negócio (*pacto fiduciae*) será meramente obrigacional⁶⁸², com vinculação *inter partes*. Por não ter natureza de direito real, a inobservância do *pacto fiduciae* não permitiria à parte lesada recuperar a coisa para si⁶⁸³ se a outra parte a tivesse gravado com ônus reais ou a tivesse alienado para terceiros de boa-fé, recuperando a ideia da *fiducia romana*. É o que a doutrina explica como *poder de abuso* por parte do fiduciário^{684- 685}.

Como lembra Menezes Cordeiro, *a cláusula fiduciária apenas se reporta às partes que a tenham celebrado. Os terceiros não podem sofrer com ela, salvo em casos especiais. Por outro lado, os direitos reais estão sujeitos a uma regra de tipicidade. Assim sendo, não é possível criar pretensões reais de (re) aquisição, fora daquilo que a lei preveja: elas terão mera eficácia obrigacional. Mantemos, pois, a validade do modo fiduciae: as com mera eficácia inter partes, salvo exceção legal. A inobservância da dimensão fiduciária dá, ao fiduciante, apenas direito à competente indenização*⁶⁸⁶.

Vincenzo Roppo ainda salienta que o *poder de abuso* é o coração do *negócio fiduciário*, e é exatamente por essa característica que o fiduciante apenas o celebra com as pessoas em quem confia⁶⁸⁷. O aspecto moral também se encontra delineado nos *negócios fiduciários*, como ensina Tamar Frankel, ao dizer que *it is wrong to injure*

⁶⁸² “Nel negozio fiduciario l’effetto reale e traslativo è soltanto limitato da un patto obbligatorio (*pactum fiduciae*) tra le parti che compensa e corregge l’effetto traslativo realmente prodotto. (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 7ª edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pag. 575).

⁶⁸³ “O negócio fiduciário faz, em especial grau, apelo à confiança: foi na base da crença legítima de que a cláusula fiduciária iria ser observada que o fiduciante aceitou concluir o contrato.” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 270).

⁶⁸⁴ “Esse poder de abuso é peculiar ao negócio fiduciário, em face da situação de inferioridade em que se coloca o fiduciante, que antes da celebração do negócio era o titular do domínio; uma vez transmitida a titularidade ao fiduciário, fica este em condições de transmitir a coisa ou o direito, porque, perante terceiros, é ele o proprietário ou titular.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 170).

⁶⁸⁵ “La possibilità di abuso nasce dal fatto che il fiduciario riceve una posizione giuridica più ampia rispetto ai limiti obbligatori che lo vincolano alla realizzazione di un determinato scopo.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 712).

⁶⁸⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 271.

⁶⁸⁷ “Il rischio di abuso del fiduciario è il cuore del fenomeno: appartiene alla struttura stessa del meccanismo il rischio che il fiduciario abusi della fiducia; e proprio perché il rischio di abuso è obiettivamente elevato, il fiduciante affida il bene a una persona do cui ha fiducia. Per questo, al centro della disciplina giuridica sta il problema della tutela del fiduciante contro gli abusi del fiduciario.” (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 641).

*anyone. But it is more reprehensible to injure someone who cannot protect himself, as an entrustor in a fiduciary relation is*⁶⁸⁸.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de analisar, em 1984, um *negócio fiduciário*, que envolvia a cessão fiduciária de títulos mobiliários (ações), na qual os fiduciários alienaram as ações para um terceiro, estranho ao negócio fiduciário celebrado. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a alienação era válida, na medida em que os fiduciários eram os legítimos proprietários das ações e caberia aos fiduciante apenas e tão somente o pleito indenizatório⁶⁸⁹:

“No estudo das relações entre o fiduciante e o fiduciário, se este vende a terceiro a coisa, abusando da confiança, não poderá aquele reivindicá-lo no poder do adquirente de boa-fé. A obrigação de restituir se resolve em perdas e danos pelas quais responde o fiduciário infiel.”⁶⁹⁰

Alguns doutrinadores tentam justificar o *negócio fiduciário* através de algum negócio típico. Neste sentido, Paolo Gallo explica que *sebbene in passato si sia discusso circa l'esatta qualificazione di questo rapporto, sembra preferibile far*

⁶⁸⁸ FRANKEL, Tamar. *Fiduciary Relationships in the Common Law. In La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milano: Giuffrè, 2012, pag. 161.

⁶⁸⁹ Ementa: “Ação visando seja declarada a titularidade das autoras sobre 37, 50% das ações de companhia, transmitidas aos reus, seus irmãos, fiduciariamente, pelos pais já falecidos. Existência de negócio fiduciário - conclusão do acórdão adotada, com base no conjunto probatório. Não provaram os reus houvesse doação de todas as ações, com exclusividade, aos filhos varões. Aplicação da súmula 279. Não se configura, na espécie, negativa de vigência do art-333, i e ii, do CPC. Quanto a alegada negativa de vigência do art-177, do CCB, bem assim do art-31 e 33, da lei n. 6404/1976, os temas não se ventilaram, no acórdão recorrido ou em embargos de declaração, incidindo, no particular, as sumulas 282 e 356. Não cabe considerar a alegada negativa de vigência do art-524 e art-622, do CCB, não constante da petição de recurso extraordinário das autoras. A parte incumbe, na referida petição, indicar, explicitamente, as regras do direito federal, que sustenta vulneradas pelo acórdão recorrido. De qualquer sorte, essas normas, bem assim os artigos 865, segunda parte, 867 e 878, todos do código civil, não foram objeto de expresse prequestionamento, no acórdão, que julgou a apelação, e no aresto, referente aos embargos de declaração, interpostos pelas autoras. Incidem as sumulas 282 e 356. Inviável, também, o conhecimento do recurso extraordinário das autoras, fundado, tão só, no art-119, iii, alínea 'a', da constituição. O acórdão recorrido, extraordinariamente, pelas autoras, ressaltou-lhes as vias próprias, para pedir indenização por descumprimento da fiducia. Recursos extraordinários de autoras e reus não conhecidos.” (Recurso Extraordinário nº 99.640-1. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Rafael Mayer. Relator para acórdão Min. Néri da Silveira. Julgado em 28.08.1984).

⁶⁹⁰ Recurso Extraordinário nº 99.640-1. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Rafael Mayer. Relator para acórdão Min. Néri da Silveira. Julgado em 28.08.1984.

*riferimento al contratto di mandato*⁶⁹¹. Ele justifica a proximidade do *negócio fiduciário* e do mandato com base na observação de que o contrato interno entre as partes (*pacto fiduciae*) seria regulado por um contrato de mandato sem representação, com a consequente aplicação do regime jurídico próprio do mandato⁶⁹².

O raciocínio é válido, principalmente em relação ao maior dos problemas dos *negócios fiduciários propriamente ditos*. Com efeito, a alienação da coisa pelo fiduciário tem a mesma solução do que a alienação da coisa pelo mandatário sem representação; ou seja, em ambos os casos o fiduciante e o mandante não poderão reclamar mais a coisa alienada, na medida em que existe apenas e tão somente um vínculo obrigacional entre as partes (e não um direito real de seqüela). Percebe-se, portanto, que as semelhanças são bem salientes.

Muitos autores parecem defender a mesma propositura, talvez sem se dar conta da questão levantado por Paolo Gallo. Neste sentido, ensina Antônio Junqueira de Azevedo que o *pactum fiduciae, que consubstancia o acordo entre as partes para limitar os efeitos do negócio excessivo, cria a obrigação de o fiduciário exercer as faculdades e poderes que lhe foram transferidos nos exatos termos do fim visado*⁶⁹³.

Mas não é só. O próprio contrato de mandato surgiu no direito romano como evolução da *fiducia cum amico*, o que permite, ao menos supor, que a razão do desaparecimento da *fiducia cum amico* na prática negocial romana possa ter sido causada exatamente pelo surgimento do contrato de mandato⁶⁹⁴.

Ainda assim, deve-se ter prudência ao tornar esta tese uma verdade. Principalmente porque a razão de ser do *negócio fiduciário propriamente dito* decorre

⁶⁹¹ GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2425/2426.

⁶⁹² “Il rapporto interno tra le parti è in altre parole regolato da un normale contratto di mandato senza rappresentanza, con conseguente applicazione del regime tipico del mandato.” (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2425/2426).

⁶⁹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 112.

⁶⁹⁴ CLÁPIS, Alexandre Laizo. *A propriedade fiduciária imobiliária – aspectos gerais e registrários*. Dissertação entregue para a obtenção do título de mestre na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), 2010, pag. 19/20.

exatamente de sua atipicidade. Assim, ao se pretender qualificar em demasia a figura negocial em questão, talvez suas vantagens sejam perdidas para todo o sempre.

É bem verdade que o fato de se qualificar o *pacto fiduciae* como *mandato sem representação* em nada implica em tornar típico o *negócio fiduciário*, na medida em que ele se forma através de dois ou mais negócios (típicos ou atípicos⁶⁹⁵) para a produção de efeitos atípicos.

Não se pode ignorar, também, que muito embora a figura do mandato sem representação seja uma figura *atípica* no direito brasileiro, ela se encontra devidamente tipificada em outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o Português (art. 1.180 e seguintes do Código Civil). Assim, a se admitir que o *pacto fiduciae* deva ser interpretado de acordo com as regras do mandato sem representação, estar-se-ia diante de um problema técnico-interpretativo naqueles sistemas jurídicos que desconhecem essa figura (ao menos como tipo legal).

Ademais, dada a incrível variação de modelos negociais atualmente classificados como *fiduciários*, nos parece que o raciocínio exposto acima não é de todo preciso. E para tanto, socorre-se do quanto ensina Menezes Cordeiro a respeito do tema. Segundo ele, *se a um contrato se acrescentasse toda uma regulamentação sobre a forma de exercer as posições dele derivadas, apenas teríamos um negócio misto comum: em regra a compra e venda com mandato. A fidúcia não pormeniza nem sequer especifica: apenas indica o modo*⁶⁹⁶⁻⁶⁹⁷. Em outras palavras, nos *negócios fiduciários*, o fiduciante

⁶⁹⁵ “Provavelmente em virtude da configuração romana do negócio fiduciário, a hipótese de utilização indireta de tipos contratuais para o alcance de finalidades fiduciárias é a que normalmente recebe a dedicação e o estudo da doutrina, que pouco tem se debruçado sobre a segunda possibilidade de verificação de negócio fiduciário, qual seja, diretamente mediante contrato atípico. Neste segundo caso, como já aludido, o contrato atípico fiduciário serve de causa à transmissão do domínio ou do crédito, sem que se recorra a negócio típico para justificar a transferência de titularidade.” (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 11/12).

⁶⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 269.

⁶⁹⁷ “Por derradeiro, observe-se que a transmissão fiduciária, por si só, não altera o conteúdo do direito transmitido ou os poderes atribuídos ao titular. O vínculo fiduciário se relaciona à maneira como devem ser exercidos os plenos poderes advindos com a titularidade. A título ilustrativo, em caso de propriedade fiduciária que desempenhe função de garantia, o proprietário deverá agir apenas e tão somente para concretizar aludida finalidade. No mesmo sentido, se a constituição da propriedade

apenas delimita o escopo, sem especificar em demasia como, de que forma e o que o *fiduciário* deverá fazer para atingir este escopo final. Há também quem sustente, a nosso ver acertadamente, que o escopo do mandato sem representação e da fidúcia são distintos, na medida em que o fiduciário age como se dono fosse, e com isso tenha ampla atuação, o que não se verifica no mandato sem representação⁶⁹⁸.

Um raciocínio não exclui o outro. As premissas de Paolo Gallo e Menezes Cordeiro são ambas corretas, na medida em que a diversidade dos modelos negociais pode exigir uma ou outra resposta. Para reforçar a tese de Paolo Gallo, basta lembrar do *trust*, pelo qual as regras estipuladas pelo *settlor* devem ser integralmente obedecidas pelo *trustee*, em hipótese fática muito próxima do *mandato sem representação*. Para dar sustentáculo à tese de Menezes Cordeiro, pode ser utilizada a venda com fins de garantia, onde a única obrigação colocada em desfavor do *fiduciário* é conservar a coisa e devolvê-la ao final.

(B) NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS IMPRÓPRIOS

Se o *pacto fiduciae* tiver natureza de direito real, não existirá *negócio fiduciário propriamente dito*, uma vez que o devedor não precisará confiar no credor para retomar para si a coisa; bastará ingressar com a medida judicial adequada e retomar a coisa. Esta hipótese – igual à *fiducia germânica* – extingue o *risco* do devedor, razão pela qual não se pode admitir como negócio fiduciário na sua acepção-mor (mais forte e restritiva)⁶⁹⁹. Talvez seja adequado nominar estes negócios como *negócios fiduciários impróprios*.

fiduciária tiver por objetivo a gestão, o proprietário apenas poderá agir para realizar esse escopo.” (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 45).

⁶⁹⁸ OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 14.

⁶⁹⁹ “Aliás, esta colocação a que estamos aludindo, de que a estrutura germânica se caracterizaria, exatamente, pela presença desta condição resolutiva, assecuratória dos interesses do fiduciante, merece da parte de Rubino uma advertência, consistente na assinalação de que tal posição desvirtuaria a negociação calcada no modelo alemão de sua essência fiduciária, uma vez que, para ele, a *confiança* é o traço fundamental neste tipo de negócio, que, na sistemática germânica, desapareceria, como também se eliminaria a possibilidade de *perigo* para o fiduciante.” (FILHO, José Abreu. *Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, pag. 165/166).

Maiores considerações sobre esta modalidade encontram-se delineadas no tópico destinado à fidúcia no sistema jurídico germânico.

É a questão da propriedade quando utilizada como garantia contratual de natureza real⁷⁰⁰ nos sistemas que a admitem desta forma (como natureza real), hipótese na qual se caracterizará por ser propriedade resolúvel. Também é requisito que seja negócio atípico, do contrário será classificada como *negócios fiduciários legais ou atípicos*, como se verá no tópico seguinte.

Por estas restrições particulares, *os negócios fiduciários impróprios* são um pouco raros na prática, de sorte que se pode afirmar que a fidúcia romana é a mais aceita globalmente, uma vez que a germânica esbarra no problema da tipicidade dos direitos reais nos sistemas de origem romana⁷⁰¹.

(C) NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS LEGAIS OU TÍPICOS

Importante observação traz José de Oliveira Ascensão, no sentido de que o negócio fiduciário deve ter como objetivo a produção de efeitos de um negócio atípico⁷⁰², pois, se típico fosse, não necessitaria do elemento da *fidúcia* (o fiduciante não

⁷⁰⁰ “O exemplo típico é o da alienação dum bem com função de garantia duma dívida. As partes não querem realmente que aquele bem seja transmitido; mas o devedor consente na transmissão para assegurar ao credor que, em caso de inadimplemento, se possa satisfazer por aquele bem.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 251).

⁷⁰¹ “La decisione conferma l’orientamento giurisprudenziale prevalente, che attribuisce rilievo alla sola concezione c. d. <<romanistica>> del negozio fiduciario, caratterizzata dalla atribuzione <<al fiduciario di un diritto pieno ed incondizionato dal punto di vista reale con il vincolo, avente effetti meramente obbligatori (perciò efficace solo tra le parti), di farne un determinato uso>> (...). In effetti, la concezione c.d. <<germanica>> del negozio fiduciario, che si presenta in una delle sua forme più notte come una fattispecie che prevede il trasferimento di un diritto condizionato risolutivamente, talché l’eventuale esercizio del diritto da parte del fiduciario in contrasto con lo scopo convenuto comporta l’operatività della condizione ed il conseguente automatico riacquisto del diritto da parte del fiduciante (...), non è affatto considerata da parte della mostra giurisprudenza e la stessa dottrina appare orientata in linea di massima a negarne l’ammissibilità (...).” (NUZZO, Massimo. *Negozio fiduciario*. In *Rivista di Diritto Civile*, anno XXXI, 1985. Padova: CEDAM, pag. 646/647).

⁷⁰² “Entende-se por negócio fiduciário o negócio jurídico inominado (...).” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 167).

precisaria confiar no fiduciário), uma vez que ela estaria englobada na própria *fattispecie contratural*⁷⁰³ (o *pacto fiduciae* seria elemento intrínseco da *fattispecie* e asseguraria que o fiduciário devolvesse o bem recebido).

Como salienta a doutrina, nesta espécie de *negócio fiduciário*, não existiria a *fides peculiar do negócio fiduciário*, mas somente a *fides comum a qualquer negócio jurídico*, até porque no *negócio tipificado o fiduciante dispõe de tutela legal para exigir o cumprimento da finalidade da fidúcia*, sendo impostas ao fiduciário restrições *explicitas, que integram o contrato*⁷⁰⁴. Ao contrário da *fiducia propriamente dita*, nesta modalidade não se verifica a possibilidade de *abuso* por parte do fiduciário, uma vez que a própria *fattispecie* restringe os efeitos do *negócio translativo*.

Judith Martins-Costa⁷⁰⁵ ainda lembra que se o *negócio fiduciário* se tornar típico, passará a encontrar no Direito posto regras que o tutelem, definam e amoldem, de sorte que *fides* estará para sempre perdida em detrimento da coação resultante do dever de observância das regras jurídicas. Cesare Grassetti já se posicionava neste mesmo sentido há quase um século⁷⁰⁶.

⁷⁰³ “Enquanto não tiverem nenhuma cobertura legal, os contratos baseiam-se exclusivamente na *fides*, que pode ser frustrada. Se a tiverem, deixa de ser adequado falar em contrato fiduciário, pois lhe passa a corresponder um tipo legal.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 251).

⁷⁰⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 171/172

⁷⁰⁵ “O que não se pode pretender é que o negócio fiduciário se torne *típico*, isto é, que encontre no Direito posto regras que o tutelem, definam e amoldem, por que aí se terá cessada, “sua própria razão de ser considerado, como tal, fiduciário”, não estando suas características básicas, como se sabe, subsumidas a rigorosos meios de coação legal, mas, ao contrário, voltando-se mais de perto ao atendimento de um leal comportamento.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.).

⁷⁰⁶ “Innanzi tutto, se il negozio fiduciario è (...) divenuto típico, è evidente essere ormai cessata ogni ragione di considerarlo tale, cioè di considerarlo fiduciario, nel senso dianzi accennato. Si tratta di una vera e propria contraddizione in termini. Se, (...), il negozio fiduciario è mezzo per addattare gli schemi giuridici alla vita, e la sua essenza sta in un vincolo puramente obbligatorio che limita gli effetti del negozio típico reale, se è vero che sua caratteristica è che non dar rigorosi mezzi di coazione legale, ma solo dal comportamento leale del fiduciario si può attendere il pieno raggiungimento dello scopo pratico perseguito, occorre dire che la fiducia che è divenuta *legale*, cioè che è tutelata in modo assoluto dalla legge, e non permette potestà di abuso, *non è più fiducia*, in senso tecnico.” (GRASSETTI, Cesare. *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*. In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*. Volume XXXIV, Parte Prima, 1936, pag. 552).

É o que se pode chamar de *fundamento da confiança*, na medida em que *a necessidade que o sujeito tem de confiar varia na razão inversamente proporcional ao grau de protecção que lhe é permitido alcançar através desses deveres*⁷⁰⁷ (garantidos pela legislação).

Ademais, nesta hipótese, inexistem dois negócios e duas causas: mas apenas um negócio com uma única causa (todo negócio só pode ter uma única causa). O *negócio translativo* e o *pacto fiduciae* são uma coisa só e integram a mesma *fattispecie contratural*.

Nesta análise, que nos parece correta, a figura da alienação fiduciária em garantia no Brasil não pode ser considerada um negócio fiduciário em sentido técnico, como já prega parte da doutrina⁷⁰⁸⁻⁷⁰⁹. Para fins de distinção, podem-se nominar estes negócios como *negócios fiduciários legais*.

Parte da doutrina (minoritária) sustenta que não seria correto dizer que a previsão de sanção pelo legislador (parece-nos, portanto, que fala dos *negócios fiduciários típicos*), não teria o condão de retirar o caráter fiduciário do negócio jurídico, principalmente porque o que a doutrina entende por *poder de abuso*, nada é mais do que a possibilidade de inadimplemento, que abstratamente pode ocorrer em qualquer outro negócio jurídico⁷¹⁰.

Data venia, parece-nos que o entendimento não é de todo correto. A uma porque o *poder de abuso* apenas é verificado nos *negócios fiduciários* que não se encontram tipificados. Se tipificados forem, certamente inexistente *poder de abuso* e certamente a não devolução do bem acarretará o simples *inadimplemento contratural*, com as sanções

⁷⁰⁷ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pag. 555.

⁷⁰⁸ "(...) o devedor não transfere ao credor o domínio e a posse indireta por confiar nele, até mesmo porque frequentemente nem o conhece. Faz tal transferência por confiança em si mesmo, o que quer dizer que, ao celebrar o contrato de garantia, está certo de que terá condições para solver o débito e, por consequência, reaver o domínio e a coisa, por efeito de condição resolutiva, que a lei estabelece." (BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, pag. 452).

⁷⁰⁹ Em sentido contrário: no direito alemão, a confiança possui uma denotação mais objetiva (ao invés de ligada à pessoa do fiduciário), galgada na confiança que estabelece a posição jurídica do devedor-fiduciante e do credor-fiduciário.

⁷¹⁰ OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 17.

previstas pelo próprio legislador. Daí decorre a assertiva que nem todo *negócio fiduciário* tem como traço marcante o *poder de abuso*. A duas porque o *poder de abuso* nos *negócios fiduciários propriamente ditos* (lembrando que é a única espécie de negócio fiduciário na qual se verifica a presença do *poder de abuso*) não pode ser simplificado no esquema de inadimplemento tradicional, abstratamente considerado igual em todas as *fattispecies*. Ele é algo a mais, *um plus*. O negócio fiduciário é caracterizado pela transferência da coisa com a obrigação do fiduciário devolvê-la posteriormente (depois de vencido o prazo; de liquidado o débito ou do implemento da condição resolutiva oposta no contrato). O devedor fiduciante tem a justa expectativa de que recuperará a coisa para si. Disto resulta que o *poder de abuso* tem guarida nesta expectativa do devedor fiduciante de retomar para si a coisa que já era sua. Ao *abusar do seu poder de credor fiduciário* (ou seja, se alienar a coisa, gravá-la com ônus reais etc.), não se pode dizer apenas que houve o inadimplemento. Este se daria apenas com a não devolução. Mas a usurpação dos poderes de proprietário pleno, quando ciente de que sua propriedade está condicionada, é algo mais do que este mero inadimplemento, e daí a razão de se dizer em *poder de abuso*.

E daí também a razão de se dizer que nos *negócios fiduciários impróprios* e nos *negócios fiduciários legais*, este poder de abuso inexistente. Nos *impróprios*, porque o *pacto fiduciae* tem natureza de direito real, e, portanto, oponível *erga omnes*, excluindo qualquer possibilidade de que o credor fiduciário abuse da sua posição de proprietário. E nos *legais*, porque a própria lei vai determinar as sanções para a violação do negócio fiduciário, inclusive trazendo mecanismos para a proteção do devedor frente à terceiros (pensemos, como exemplo, a alienação fiduciária em garantia do direito brasileiro, que exige o registro do contrato para produzir eficácia *erga omnes*). Nos *legais*, portanto, parece-nos correto afirmar que a não devolução da coisa acarretará no mero inadimplemento, e não no abuso do poder do credor fiduciário.

(D) NEGÓCIOS DE FIDÚCIA

Também vale colacionar aqui outra classificação de negócios fiduciários que não pode ser confundida com as anteriores (negócio fiduciário, negócio fiduciário impróprio e negócio fiduciário legal). Trata-se dos negócios jurídicos típicos⁷¹¹ marcados pela forte presença da *fidúcia* como elemento de qualificação do negócio jurídico, tais quais a representação, o contrato de mandato, o contrato de administração, o contrato de depósito, o contrato de comodato, dentre outros. Ninguém nomeará como representante⁷¹², mandatário ou administrador uma pessoa em quem não confia; da mesma forma, não depositará bens se não confiar que eles permanecerão íntegros. Como ensina a doutrina, *o padrão de conduta exigível é pois <<mais estrito do que aquele que vigora para os contratos em geral>>*⁷¹³.

A confusão nesta classificação é antiga e guarda relação com a origem destes contratos no Direito Romano: antes de serem tipificados, apenas podiam ser concretizados através da *fiducia cum amico*, como lembra Mário Talamanca⁷¹⁴. Na origem, eram, portanto, verdadeiros negócios fiduciários. Todavia, após serem tipificados, deixaram de ser realizados através de dois negócios jurídicos distintos (*negócio translativo e pacto fiduciae*), tornando-se um único negócio jurídico (cuja finalidade, aliás, não é diversa daquela estabelecida pelo tipo contratual – as partes celebram contrato de mandato porque efetivamente desejam que produza os efeitos do contrato de mandato), e, portanto, distinto das figuras mencionadas anteriormente. Convém chamar esta espécie de negócios fiduciários como *negócios de fidúcia*, pois fogem completamente da tipificação dada pela doutrina, estando presente apenas o elemento da fidúcia.

⁷¹¹ Se for atípico, se enquadrará ou como *negócio fiduciário propriamente dito* ou como *negócio fiduciário impróprio*, dependendo da natureza e dos efeitos do *pacto fiduciae* (direito pessoal ou real e efeitos *inter partes* ou *erga omnes*).

⁷¹² “A representação depende da confiança, da crença do representado no agir idôneo do representante, esta a razão da outorga de poderes. Por isso, deve o representante atuar em consonância com os poderes a ele outorgados para a concretização dos interesses do representado.” (LOTUFO, Renan. *Observações sobre a representação no Código de 2002. In Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo – reflexões sobre os 10 anos do Código Civil* (coords. Renan Lotufo, Giovanni Ettore Nanni e Fernando Rodrigues Martins). São Paulo: Atlas, 2012, pag. 125).

⁷¹³ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pag. 550/551.

⁷¹⁴ TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 548/549.

Os *negócios de fidúcia* são encontrados (i) nas atividades que exigem alto grau de especialização de um lado⁷¹⁵ e vulnerabilidade do contratante do outro (no sentido de que o contratante não detem esse conhecimento especializado para avaliar a capacidade do contratado) e (ii) nas atividades na qual se verifica uma posição de poder conferido por uma das partes à outra, como nos casos de mandato, representação e administração em geral⁷¹⁶. Estas figuras *envolvem por tudo isto, normalmente, negócios intuito personae, pressupondo de modo especial qualidades de lealdade, probidade ou honorabilidade entre os contratantes*⁷¹⁷. São caracteristicamente presentes nos negócios com finalidade de administração⁷¹⁸.

Muito embora os *negócios de fidúcia* sejam marcados pela tipificação negocial, eles não se confundem como os *negócios fiduciários legais* ou *típicos*, na medida em que se distinguem pela existência ou não do elemento da *fidúcia*. Como já explicitado, os *negócios fiduciários legais* não são caracterizados pela presença da *fidúcia*, uma vez que o próprio ordenamento jurídico estipula a sanção na hipótese de descumprimento do dever de devolução da coisa dada pelo fiduciante. De *fiduciário*, portanto, eles guardam conexão apenas histórica, uma vez que na origem – ou em outros ordenamentos jurídicos – não eram/são tipificados.

Já os *negócios de fidúcia*, não obstante serem tipificados, exigem o elemento da *fidúcia* na escolha da pessoa apta a exercer determinada atividade, como, por exemplo, na escolha do representante, do mandatário, do médico, do advogado, dentre outras, caracterizadas de maneira geral como *negócios intuito personae*.

⁷¹⁵ “One element is indispensable expertise, which requires investment of time and cost. For example, it takes years to become a heart surgeon.” (FRANKEL, Tamar. *Fiduciary Relationships in the Common Law. In La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milano: Giuffrè, 2012, pag. 147).

⁷¹⁶ “The second elemento of fiduciary relationships is entrustment of property or power. Whithout entrustment, fiduciaries cannot perform their services. For example, investment managers require entrustment of the client investors’ property. An agent cannot deliver valuables, unless entrusted with their possession.” (FRANKEL, Tamar. *Fiduciary Relationships in the Common Law. In La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milano: Giuffrè, 2012, pag. 147).

⁷¹⁷ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pag. 548.

⁷¹⁸ CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I Negozi Fiduciari – trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia; processo fiduciário*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, sem data. Ristampa Università di Camerino, pag. 07.

(E) CAUSA DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Determinar a *causa* dos *negócios fiduciários* é trabalho complexo. A primeira observação a ser feita é que a *causa* será diferente em cada uma das subespécies modernas acima delineadas, uma vez que as particularidades de cada uma não permitem um tratamento doutrinário homogêneo. A segunda observação é que a *causa* será analisada sob o viés da *causa concreta*, delineada a partir da função econômico individual do negócio jurídico, como já explicado no primeiro capítulo.

Partindo destas premissas, a *causa* dos *negócios fiduciários propriamente ditos* decorre, essencialmente, da compreensão de como será entendida a sua natureza jurídica. Em outras palavras, ao entender que se trata de dois negócios coligados, a *causa* será *complexa*, erigida da coligação negocial observada entre o *negócio translativo* e o *pacto fiduciae*. Por outro lado, a vingar a tese de um único negócio jurídico – muito centrada na questão da impossibilidade do *negócio translativo* ser negócio jurídico abstrato – a *causa* não será complexa e fatalmente será mais simples de ser identificada; falar-se-ia, nesta hipótese de *causa fiduciae*, a ensejar e justificar as obrigações assumidas pelas partes^{719_720_721}.

⁷¹⁹ “La cuestión se presenta de modo diferente según se entienda el negocio fiduciario como el resultado de dos negocios distintos, conexos pero jurídicamente independientes o como un negocio, aunque de naturaleza compleja. La posición que se adopte respecto a la duplicidad o unidad del negocio es muy importante; en un caso, habrá que preguntar por la causa del negocio real transmissivo y también por la causa del negocio obligatorio; en el otro caso, habrá que averiguar cuál sea la causa única, “causa fiduciae”, de ese negocio complejo.” (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985, pag. 406).

⁷²⁰ “A questão é portanto de saber se a estrutura comporta dois negócios (complexidade) ou apenas um negócio composto por duas partes, e permeado pela *causa fiduciae*. No primeiro caso (tese dualista) configurando-se negócio de natureza real positiva (cujo efeito é externo e cuja função é a de transferir definitivamente bens ou direitos) e negócio obrigacional negativo (cujo efeito é interno, sendo sua função a de neutralizar os efeitos do primeiro negócio). E, no segundo (tese unitária), havendo um só negócio, e decorrendo da causa fiduciae: a) efeitos reais, de alcance externo, oponíveis, portanto, erga omnes e, b) efeitos obrigacionais, de alcance interno, consolidados mediante o pactum fiduciae cuja função seria, justamente, a de “corrigir” a eficácia real.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss).

⁷²¹ “E isso porque, como afirma Massimo Nuzzo, a fattispecie complexa reclama a presença de dois elementos, quais sejam, um negócio idôneo à transferência do domínio, separado do negócio causal, e a abstração desse negócio, de modo a produzir efeitos reais mesmo na hipótese de falta de uma causa idônea à transferência do domínio. A solução estaria, portanto, no que aponta a tese unitária, ou da compositividade, entendendo tratar-se o negócio fiduciário de “negócio causal uno e incidível que se

Em ambos os casos, o problema reside na identificação da *causa* do *negócio translativo*. Isto porque os *negócios translativos típicos de propriedade* produzem efeitos permanentes, vale dizer, não preveem a devolução da coisa depois de um determinado período (basta pensar nos exemplos clássicos da compra e venda e da doação – lembrando que não se enquadra nesta hipótese a retrovenda, na medida em que nela se verifica uma propriedade resolúvel⁷²², incompatível com as formas negociais puras).

Esta construção teórica não encontra problemas na Alemanha, cujo sistema jurídico abstrato permite a devolução da coisa sem que seja necessário indicar sua causa. Todavia, como isto é impossível nos sistemas jurídicos *causalistas*, a doutrina passou a tentar encontrar soluções para o problema⁷²³. E foi aí que surgiram as teorias do *negócio unitário* e do *negócio dúplice*, já detalhadas no capítulo 4.4.A.

Na Itália, os ensinamentos iniciais de Francesco Ferrara⁷²⁴, que defendia a teoria unitária, centrada no negócio único (atípico) formalizado através de dois negócios distintos (negócio complexo ou misto), ganharam muito eco, principalmente porque lá o sistema causal dos modos de transferência da propriedade em tese não permite que o

projeta na direção de um escopo unitário", composto por duas partes, e *instrumentalmente* dirigido a um escopo diverso do fim típico." (MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.).

⁷²² "O adquirente tem propriedade *resolúvel* que se extingue no momento em que o vendedor exerce o direito de reaver o bem vendido, mediante *declaração unilateral de vontade*, não sujeita à forma especial." (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pag. 306).

⁷²³ "Nos sistemas jurídicos que desconhecem o negócio abstrato de transmissão, a dificuldade de explicar a alienação fiduciária faz-se mais penosa porque a transferência fiduciária da propriedade exige justificação causal. O *titulus adquirendi* — no caso, o contrato de compra e venda — precisa ser válido e eficaz, e, para a sua validade e eficácia, importa que sua causa final seja congruente com o fim típico do negócio translativo. O intento natural de quem aliena por venda é transferir definitivamente a propriedade do bem, em troca do recebimento do preço. O fim normal da alienação por qualquer negócio translativo é a transferência incondicionada da propriedade da coisa vendida. Quando, portanto, alguém vende para outro fim, a causa da transferência é inadequada e não o justifica, porque, sendo mais estreita, não pode legitimar negócio jurídico mais amplo. Ocorreria, em síntese, vício da causa." (GOMES, Orlando. *Perfil dogmático da alienação fiduciária*. Revista dos Tribunais 850/749, ago./2006).

⁷²⁴ "Il negozio fiduciario è una forma complessa che resulta dall'unione di due negozi d'indole ed effetti diferente posti reciprocamente in antitesi." (FERRARA, Francesco. *I negozi fiduciari*. In *Studi di Diritto Romano, di Diritto Moderno e di Storia del Diritto – pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*. Milão: Editore Ulrico Hoepli, 1905, pag. 746).

negócio translativo seja título idôneo para justificar a devolução da propriedade ao fiduciante (faltaria a real intenção de transferir a propriedade).

Os sistemas jurídicos Francês⁷²⁵ e Italiano⁷²⁶ ainda trazem uma outra dificuldade: a eficácia real dos contratos translativos. Como lembra Orlando Gomes, estes sistemas jurídicos rejeitaram a tradição romana, que separava o título do modo de aquisição; ao contrário, fundiu-os, o que garante a mencionada eficácia real aos contratos. Ao contrário do nosso sistema jurídico, no qual a propriedade se transfere mediante registro no cartório competente (bem imóvel), lá basta o consenso entre as partes (o simples contrato) para que ela se concretize. O registro visa tão somente conferir eficácia *erga omnes* do direito de propriedade. Assim, para trazer maior segurança jurídica ao tráfego comercial, nem todos os negócios jurídicos tem a força necessária para transferir a propriedade, de sorte que se pode falar em *formas típicas e taxativas para a transferência da propriedade*. E nenhuma destas formas típicas seria idônea para justificar a transmissão da coisa condicionada à sua própria devolução, na hipótese de se verificar o implemento da condição resolutiva⁷²⁷. O problema é que, desta forma, os negócios translativos seriam apenas aqueles tipificados pelo ordenamento jurídico (e, portanto, com *causa típica*); sendo, em tese, vedada a *causa fiduciária* (por ser atípica)⁷²⁸.

No início do século passado, alguns autores (defensores da dualidade negocial, tal como era proposto na Alemanha) chegaram a sustentar que o *pacto fiduciae* seria a *causa* a justificar a transferência da propriedade, na medida em que ele teria o condão de determinar o escopo da transferência realizada pelo negócio translativo. Assim, lembra Cariota-Ferrara que a não conclusão do *pacto fiduciae* faria o negócio translativo ser privado de *causa*, sujeito ao remédio jurídico do enriquecimento sem causa. Ainda

⁷²⁵ Artigo 1.138 do Código Civil Francês.

⁷²⁶ Art. 1.440 do Código Civil Italiano.

⁷²⁷ BERTINI, Alessandro. *I negozi fiduciario di preparazioni dell'adempimento*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1940, pag. 05.

⁷²⁸ “No direito francês, tornava-se ainda mais difícil a justificação da alienação fiduciária porque, tendo rejeitado o sistema romano que distinguia o título (*emptio-venditio*) do modo de aquisição (*traditio*), fez coincidi-los, atribuindo *eficácia real* ao contrato. Nesse sistema jurídico, o negócio jurídico de venda é bastante para transferir a propriedade da coisa ao comprador, tornando-se necessário, por conseguinte, admitir, na lei, uma *causa fiduciae* para tipificar os contratos de alienação fiduciária.” (GOMES, Orlando. *Perfil dogmático da alienação fiduciária*. Revista dos Tribunais 850/749, ago./2006).

segundo ele, *con il negozio obbligatorio* [pacto fiduciae], *pertanto, si determina lo scopo, cioè si pone la causa del trasferimento. Qual'è lo scopo? Senza dubbio lo scopo di mandato o di garanzia*⁷²⁹. Assim, determinado o escopo, estaria constituída a *causa do negócio fiduciário*, sem a qual a alienação e a devolução da coisa seria caracterizada por um ato abstrato e, conseqüentemente, resolvido por ausência de *causa*⁷³⁰.

Na seqüência, Massimo Nuzzo⁷³¹ ainda defendeu que a relação *complessiva* do *negócio fiduciário*, muito embora seja unificada abstratamente pela *causa fiduciae*, permanece a ser enquadrada concretamente segundo as configurações individuais e as causas típicas.

Alguns autores ainda buscaram justificar a *causa* do *negócio fiduciário* na própria causa do mandato (*fiducia cum amico*), da garantia (*fiducia cum creditore*) e até mesmo em uma causa própria do *negócio de fidúcia* originada do Direito Romano. A crítica hoje feita por Massimo Bianca recai sobre o fato de que se devem observar os interesses concretos das partes que a operação jurídica venha a realizar, de sorte que seria *arbitrário* estabelecer uma única resposta verdadeira⁷³².

Mas as teorias que ganharam maior força no campo doutrinário foram a teoria da *causa fiduciae* e a teoria da *causa complessiva*.

⁷²⁹ CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I Negozi Fiduciari – trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia; processo fiduciário*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, sem data. Ristampa Università di Camerino, pag. 112.

⁷³⁰ “In primo luogo si tratterebbe infatti di chiarire la natura del negozio traslativo della proprietà, che secondo alcuni autore potrebbe essere solo astratta, con conseguente inammissibilità del negozio fiduciario nel diritto italiano, il quale a differenza rispetto a quello romano e a quello tedesco non conosce modi astratti de trasferimento della proprietà.” (GALLO, Paolo. *Trattato del Contratto*. Milano: UTET Giuridica, 2010, pag. 2415).

⁷³¹ NUZZO, Massimo. *Negozi fiduciario*. In *Rivista di Diritto Civile*, anno XXXI, 1985. Padova: CEDAM, pag. 650.

⁷³² “La causa del negozio fiduciario è stata ravvisata nella causa del mandato relativamente alle alienazioni volta a realizzare particolari scopi nell’interesse dell’alienante o di altri (*fiducia cum amico*) e nella causa della garanzia relativamente alle alienazioni a scopo di garanzia (*fiducia cum creditore*). Altri ravvisano nella stessa *fiducia* una specifica e autonoma causa del negozio. Probabilmente una tipizzazione è arbitraria dovendosi avere riguardo agli interessi concreti che l’operazione è diretta a realizzare.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 712/713).

Os defensores *do negócio unitário* justificaram a *causa* através da construção da ideia da *causa fiduciae*. Se o *negócio* é único, a *causa* deveria ser encontrada intrinsecamente; ou seja, dentro do próprio *negócio fiduciário*. Desta forma, a *causa* não se justificaria apenas e tão somente pela *causa* do *negócio translativo* (que não existe isoladamente como *negócio fiduciário* na concepção *unitária*), mas pela somatória de todos os interesses das partes. Assim, a solução que melhor se enquadrou foi a construção da *causa fiduciae*, ou seja, a *causa* própria dos *negócios fiduciários em sentido estrito*. O papel central na identificação da *causa fiduciae* é dada pelo próprio *pacto fiduciae*, na medida em que ele *é que funda, como causa fiduciae, o acto de investidura, seja ele um acto de transmissão ou uma simples retenção (fidúcia estática); o pacto fiduciário é que contém a regulação interprivada do modo como a situação fiduciária deve ser exercida e do fim a alcançar*⁷³³. Ainda que a justificativa possa variar de autor para autor⁷³⁴, a síntese da *causa fiduciae* é aquela delineada por Laura Santoro, para quem *la causa del negozio fiduciario consiste, allora, nel trasferimento della proprietà fiduciaria finalizzata all'adempimento di obblighi vari per scopi che possono essere molteplici (di gestione, di amministrazione, o di garanzia)*⁷³⁵. No Brasil, a *causa fiduciae* foi defendida, dentre outros, por Otto de Souza Lima⁷³⁶.

⁷³³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009, pag. 295/296.

⁷³⁴ Uma análise da *causa fiduciae* fora do esquema tradicional é aquela desenvolvida por Laura Santoro: “La *causa fiduciae* consiste, a nostro avviso, nella costituzione di un atipico diritto reale che dà senso e contenuto agli scopi perseguiti dalle parti. Essa va collocata tra le *causa atipiche*. Contro detta tesi si potrebbe rilevare che non si può parlare di un tipo negoziale innominato e insieme individuare le diverse funzioni che il meccanismo negoziale è destinato a svolgere. Noi cercheremo, tuttavia, di superare questa obiezione delineando una *funzione-causa* del diritto creato dalle parti che dia giustificazione al *negozio* stesso e che insieme sul piano pratico si adatti a diverse *funzioni-finalità* che le parti vogliono realizzare. La configurazione della *causa fiduciae* da noi proposta comporta una nozione particolare della *causa* del *negozio fiduciario*. La particolarità consiste, come si è accennato, nel comporsi di due momenti che potremmo chiamare *causa giustificazione*, da un lato, e *causa fine* dall’altro. Noi ci rappresentiamo, infatti, il *negozio fiduciario* come quello nel quale la *causa* della *fiducia* opera come un primo momento, che dà conto del particolare rapporto intanto costituito tra i contraenti, ma che non esaurisce la *funzione* del *negozio*, la quale si proietta – ecco il secondo momento – verso fini particolari che le parti vogliono raggiungere.” (SANTORO, Laura. *Il negozio fiduciario*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, pag. 206/207).

⁷³⁵ SANTORO, Laura. *Il negozio fiduciario*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, pag. 210.

⁷³⁶ “É indubitável a justeza destas afirmações. Comprova-o, sobretudo, a própria *fiducia cum amico*. Efetivamente, na transmissão da propriedade para fins de administração ou para fins de recomposição de uma *patrimônio dilapidado*, a *causa fiduciae* informa efetivamente a relação jurídica, surgindo, necessariamente, como sua *causa*.” (LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, pag. 216/217).

É Cesare Grassetti quem parece conseguir defender a *causa fiduciae* com maior propriedade. Ela não foi desenvolvida apenas para resolver o problema da eficácia real dos contratos translativos na Itália. Sustenta ele que o *pacto fiduciae* (negócio obrigatório) contem a *causa* para a constituição dos poderes jurídicos a serem exercidos pelo fiduciário e, neste sentido, é que se pode falar em *causa fiduciae*. E a justificativa da transferência do domínio, de acordo com a *causa fiduciae*, se dá pela função econômica que as partes perseguem através do *pacto fiduciae*⁷³⁷.

Merece particular atenção o fato da doutrina elaborar a construção de uma *causa* própria para um negócio jurídico atípico, o que apenas reforça a importância do instituto do *negócio fiduciário* e reflete a complexidade do tema que há mais de um século atormenta a mente de juristas ao redor do globo.

Outros autores seguiram um caminho diferente. Galgados na *teoria dúplice* do *negócio fiduciário propriamente dito* (formado por dois negócios jurídicos autônomos), buscaram justificar a *causa* através de um elemento externo à *causa* do negócio translativo. No início do século passado, alguns autores chegaram a sustentar que o *pacto fiduciae* justificaria a transferência da propriedade, na medida em que ele teria o condão de determinar o escopo da transferência realizada pelo negócio translativo. Assim, lembra Cariota-Ferrara que a não conclusão do *pacto fiduciae* faria o negócio translativo ser privado de *causa*, sujeito ao remédio jurídico do enriquecimento sem causa. Ainda segundo ele, *con il negozio obbligatorio* [pacto fiduciae], *pertanto, si determina lo scopo, cioè si pone la causa del trasferimento. Qual'è lo scopo? Senza*

⁷³⁷ “Come da ultimo ha affermato perspicuamente il Sibert, il rapporto giuridico obbligatorio nella fiducia non ha solo importanza limitativa per lo scopo. Non é creato solo per indebolire il contratto reale, ma esso contiene simultaneamente anche la causa per la costituzione del potere giuridico del fiduciario. È in questo senso che si può parlare di una *causa fiduciae*. E se causa dell’attribuzione patrimoniale può essere un dato rapporto obbligatorio, che a propria volta corrisponde ad un dato scopo pratico atípico; se tutto ciò è vero, ecco che per giudicare della idoneità della *causa fiduciae* a fungere da causa dell’attribuzione patrimoniale occorre rifarsi a quel medesimo intento economico-sociale che le parti perseguono attraverso il rapporto di obbligazione. Se quell’intento è sussumibile nel concetto di autonomia privata, esso verrà anche a giustificare la traslazione del domínio, sempre che questa sia necessaria per il raggiungimento degli intenti medesimi.” (GRASSETTI, Cesare. *Del negozio fiduciário e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*. In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*. Volume XXXIV, Parte Prima, 1936, pag. 375).

*dubbio lo scopo di mandato o di garanzia*⁷³⁸. Assim, determinado o escopo, estaria constituída a *causa* do *negócio fiduciário*, sem a qual a alienação e a devolução da coisa seria caracterizada por um ato abstrato e, conseqüentemente, resolvido por ausência de *causa*⁷³⁹.

A crítica feita a esta doutrina recaía na inutilidade de se supor uma *causa típica* (compra e venda ou doação) ao *negócio translativo* isoladamente considerado, na medida em que sua função não corresponde a nenhuma figura tipificada pelo ordenamento jurídico⁷⁴⁰.

O caminho trilhado pelos defensores da teoria do *negócio dúplici* foi facilitado pelo avanço dos estudos direcionados aos *negócios coligados*, que deu origem à teoria da *causa complessiva*, que permite, inclusive, expandir as hipóteses de utilização do negócio fiduciário para outras finalidades, que não o de mandato e o de garantia. Desta forma, a *causa concreta* deverá ser compreendida através da finalidade visada pelas partes, e não apenas e tão somente de cada negócio jurídico isoladamente considerado. Como já explicitado anteriormente, apesar de serem negócios isolados, eles estariam conectados por um vínculo funcional que não pode ser ignorado para fins de interpretação e aplicação do regime jurídico.

⁷³⁸ CARIOTA-FERRARA, Luigi. *I Negozi Fiduciari – trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia; processo fiduciario*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, sem data. Ristampa Università di Camerino, pag. 112.

⁷³⁹ “In primo luogo si tratterebbe infatti di chiarire la natura del negozio traslativo della proprietà, che secondo alcuni autore potrebbe essere solo astratta, con conseguente inammissibilità del negozio fiduciario nel diritto italiano, il quale a differenza rispetto a quello romano e a quello tedesco non conosce modi astratti de trasferimento della proprietà.” (GALLO, Paolo. *Trattato del Contratto*. Milano: UTET Giuridica, 2010, pag. 2415).

⁷⁴⁰ “La dottrina italiana ha ad un certo punto avvertito la difficoltà costruttiva del trasferimento sottesa alla concezione dualista. E l’inutilità di suporre una causa típica (compravendita, donazione), là dove in realtà manca perché il trasferimento è giustificato dalla *causa fiduciae*. Ha dunque combinato in un contratto atípico trasferimento e incarico. Costruzione monista meno dissimile che non sembri da quella clássica, dualista, prima rassegnata: semplicemente ripropone come combinazione di clausole ciò che là è combinazione di negozi. Ma in tal modo ottiene di sfrondare da elementi come il corrispettivo o l’intento liberale, che in quanto *abundant, vitiant*.” (GENTILI, Aurelio. *La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*. In *La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milão: Giuffrè Editore, 2014, pag. 47).

Esta parece ter sido a tese consagrada pela moderna doutrina e jurisprudência italiana como ensina Massimo Bianca⁷⁴¹.

Relembre-se ainda que nos *negócios coligados* existe uma comunhão da finalidade prática perseguida pelas partes, que é o elemento que justifica a *coligação*⁷⁴².

Cada um dos negócios (translativo e *pacto fiduciae*) continua a existir isoladamente e independentemente, com seus requisitos próprios, inclusive *causa abstracta própria*⁷⁴³. A *causa concreta*, todavia, é exatamente a concretização do *fim comum*, e, portanto, o elo das redes contratuais⁷⁴⁴⁻⁷⁴⁵; é o que a doutrina italiana chama de *causa complessiva* da operação⁷⁴⁶.

A crítica elaborada pelos defensores da *causa complessiva* (e do *negócio dúplice*) à doutrina *unitária* e da *causa fiduciae* é forte. Salientam eles que a *causa fiduciária* não diz nada sobre a razão justificativa do transferência patrimonial, mas tão somente faz um reenvio aos efeitos produzidos pelo contrato. Como lembra

⁷⁴¹ “I dubbi se la causa riscontrabile nei negozi fiduciari basti a giustificare il trasferimento del diritto in capo al fiduciario sono superati da un costante orientamento giurisprudenziale che riconosce senz’altro l’operatività del trasferimento fiduciario.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 712/713).

⁷⁴² “Dai negozi complessi e misti si distinguono i negozi collegati: essi sono negozi diversi e autonomi tra loro, collegati però da un nesso, che si dice funzionale; è solo lo scopo pratico che le parti vogliono conseguire che unisce i negozi collegati; mentre nel negozio complesso lo scopo è único, ed il contratto único (ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 2013, pag. 456).

⁷⁴³ Sobre a causa do *negócio translativo*, ver BERTINI, Alessandro. *I negozi fiduciario di preparazioni dell’adempimento*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1940, pag. 16 e ss. Vale destacar a seguinte passagem: “D’altra parte non può disconoscersi che alle attribuzioni fiduciarie si possono ben applicare le ter categorie generali di causa *solvendi*, *acquirendi*, *donandi*. Se, ad esempio, il debitore A si è obbligato a trasferire fiduciariamente al creditore B un determinato bene, l’attribuzione che verrà a porsi in essere sarà effettuata *solvendi causa*. Se poi A, pur non essendo obbligato a ciò e senza ricavare alcun vantaggio, trasferisce a B un oggetto affinché egli possa, in caso di inadempimento, ricavare da esso la soddisfazione del suo diritto, nessun dubbio vi è che ci troviamo di fronte ad una attribuzione fiduciaria ma nel contempo di fronte ad una *causa donandi*. Se infine A, sempre senza essere obbligato, trasferisce a B un oggetto per ottenere una dilazione, l’attribuzione fiduciaria non si può non considerare avvenuta *acquirendi causa*.” (pag. 17/18).

⁷⁴⁴ “Portanto, a causa concreta é o elemento que caracteriza a coligação contratual. Ela forma uma unidade funcional de operação econômica em comum.” (NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos Coligados. In Teoria Geral dos Contratos (coords. Renan Lotufo e Giovanni Nanni)*. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 249).

⁷⁴⁵ “Questo interesse finale concorre a determinare la causa concreta del contratto poiché è l’interesse che il contratto è diretto a realizzare.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 482/483.).

⁷⁴⁶ “Nei contratti collegati deve pertanto identificarsi la causa parziale dei singoli contratti e la causa complessiva dell’operazione. (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 484).

Vincenzo Roppo, *dire che il contratto fiduciario ha causa fiduciae è tautologico e autoreferenziale tanto quanto dire che causa della procura è il conferimento di poteri rappresentativi: laddove sappiamo che la causa della procura va cercata al di fuori, nei rapporti e interessi delle parti che giustificano quel conferimento. Anche la causa del contratto fiduciario va cercata fuori del meccanismo fiduciario*⁷⁴⁷. No mesmo sentido é o posicionamento de Nicolò Lipari⁷⁴⁸ e Francesco Galgano, para quem a *causa fiduciae* nada mais exprime que não a coligação entre os dois negócios (translativo e *pacto fiduciae*)⁷⁴⁹.

Muito embora a justificativa técnica da *causa complessiva* seja sedutora, e juridicamente muito difícil de ser combatida, a questão passa menos pelo seu significado e mais pela impossibilidade de se falar de *coligação negocial*, como já delineado no capítulo 4.4.A.

Por essas considerações, a *causa do negócio fiduciário propriamente dito* deve ser entendida como a *causa fiduciae*, ou seja, como a *causa* que permite identificar o escopo fiduciário da relação jurídica. Neste sentido, ela é identificada através da função econômico individual da relação jurídica, isto é, a partir dos interesses concretamente visados pelas partes. Ela não é apenas e tão somente a *causa individual* do *negócio translativo*, nem apenas a *causa individual* do *pacto fiduciae* e tampouco a *causa complessiva*, na medida em que inexistente coligação negocial.

A mesma solução deve ser dada ao *trust*, ao menos naqueles países no qual a figura não se encontra tipificada e que se verifica a possibilidade do *poder de abuso* pelo *trustee*. Isto porque, tal qual no *negócio fiduciário propriamente dito*, o *trust* parece ser caracterizado por um único negócio jurídico, formado pela conjugação do *negócio de instituição* e do *negócio translativo*, que podem se dar em um único

⁷⁴⁷ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 639/640.

⁷⁴⁸ “Il porre cioè il fondamento astratto dell’investitura fiduciaria a presupposto ineliminabile per la configurabilità nel nostro ordinamento di una *causa fiduciae* costituisce, a nostro avviso, una sorta di formalistica inversione del ragionamento, appunto perchè muove dall’assiomatica scissione tra i due momenti di quel comportamento che l’esperienza sociale qualifica come negozio fiduciario.” (LIPARI, Nicolò. *Il negozio fiduciario*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1971, pag. 246).

⁷⁴⁹ “(...) la nozione di *causa fiduciae* altro non esprime se non il collegamento fra i due contratti.” (GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 541).

momento ou em negócios distintos. Não existe *trust* sem a celebração do *negócio translativo* e igualmente não existe *trust* sem o *negócio de instituição*, que vai determinar os poderes e o escopo de atuação do *trustee*. Muito embora os dois negócios possam existir isoladamente, apenas a conjugação deles dá o contorno jurídico do *trust*. Assim, a *causa* do *trust* é a mesma dos *negócios fiduciários em sentido estrito*. O direito de propriedade exercido pelo *trustee* é resolúvel (válido por um determinado período no tempo) e condicionado à observância das finalidades estipuladas no *negócio constitutivo*⁷⁵⁰.

A *causa* contratual nos *negócios fiduciários impróprios* é a mesma dos *negócios fiduciários propriamente ditos*, uma vez que inexistente alteração da estrutura do negócio nestas duas hipóteses. A diferença entre elas, recorde-se, reside apenas no fato de que na *fidúcia imprópria* existe um mecanismo jurídico adequado para que o fiduciante recupere a coisa para si, independentemente da vontade do fiduciário a devolver. Todavia, nesta modalidade, o *negócio fiduciário* continua a ser formado por dois negócios jurídicos coligados, o *negócio translativo* e o *pacto fiduciae*, este último com natureza de direito real, ou seja, oponível *erga omnes*.

Mudança significativa de regime jurídico é observada nos *negócios fiduciários típicos ou legais*. Isto porque não se fala mais em coligação contratual ou *causa fiduciae*, na medida em que a tipicidade reduz a complexidade da operação e a sintetiza

⁷⁵⁰ “Dada essa estruturação, o *trust* não pode ser considerado apenas como meio de transmissão da propriedade separado do negócio que cria vínculos obrigacionais entre o *trustee* e o *cestui que trust* ou o *settlor*. Não se pode ver o *trust* somente sob a perspectiva de um desses atos ou somente em razão da causa peculiar de um desses atos – seja a transmissão da propriedade ou as obrigações e responsabilidades do *trustee*. Antes, é necessário considerar o *trust* sob a perspectiva da causa do negócio na sua totalidade, mediante combinação dos atos que o formam. É verdade que o *trust* é ato translativo, mas, simultaneamente, é relação obrigacional, na medida em que, ao mesmo tempo em que confere ao *trustee* a propriedade, condiciona seu exercício, impondo ao *trustee* o dever de exercê-la visando determinados fins. Reúnem-se, assim, numa combinação com finalidade definida, um ato de transmissão de propriedade, com uma afetação dos bens transmitidos, e uma obrigação que condiciona tal transmissão. O *trust* tem natureza patrimonial; sua criação se faz mediante combinação de atos distintos. A transmissão da propriedade que ele opera não se esgota em si mesma, mas é efetivada para que o bem transmitido exerça uma função determinada; a causa do *trust* não é a transmissão da propriedade, mas a realização dessa determinada função, e para tal fim é que a transmissão de propriedade vem atrelada à obrigação simultaneamente assumida pelo adquirente (*trustee*), isto é, a obrigação de praticar os atos necessários à realização da função definida para os bens ou direitos em *trust*, em benefício do próprio transmitente (*settlor*) ou de um terceiro (*cestui que trust*).” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág 74/75).

em um único negócio jurídico, ainda que dele decorram mais de um instrumento jurídico. O *pacto fiduciae* encontra-se positivado juntamente com o *negócio translativo*, de sorte que a não devolução da coisa, por exemplo, acarreta no imediato inadimplemento contratual, com as sanções impostas pelo ordenamento jurídico. É o caso da alienação fiduciária em garantia devidamente positivada no Direito Brasileiro (sobre a qual falaremos com mais profundidade oportunamente). A *causa contractual*, aqui, não é mais uma causa complexa ou uma *causa atípica*, na medida em que ela exprime o próprio negócio típico celebrado pelas partes. Portanto, a *causa dos negócios jurídicos impróprios ou legais* não se confunde com a *causa dos negócios jurídicos propriamente ditos*, na medida em que ela será sempre uma *causa típica*⁷⁵¹. Desta forma, a causa será expressa através da função individual econômica que decorre do próprio *tipo negocial*, acrescida das características concretas do negócio jurídico celebrado pelas partes (é a conjunção do aspecto abstrato do tipo legal com o aspecto concreto do negócio jurídico).

Já a *causa dos negócios de fidúcia* se resume, tal qual nos *negócios fiduciários típicos ou legais*, na síntese do aspecto abstrato do negócio típico com o aspecto concreto, ou seja, a função econômico individual que o negócio jurídico traduz. O fato de estar presente o elemento da *fidúcia* não serve para alterar a *causa* do negócio jurídico, mas tão somente para qualificá-lo como *fiduciário* e reforçar as obrigações assumidas por ambas as partes, agora interligadas não apenas pelo contrato, mas também pela confiança intrínseca na pessoa dos contratantes.

4.5. OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS NA PRÁTICA JURÍDICA

Dada a enorme quantidade de hipóteses de concretização de um *negócio fiduciário*, ainda mais levando em consideração suas quatro espécies, não se tem a

⁷⁵¹ “...un negozio com causa tipica non può confondersi o, almeno, non può equipararsi al negozio fiduciario, su cui la nostra dottrina e la giurisprudenza si sono cimentati (la c.d. fiducia romana), poiché il centro del negozio sarebbe soprattutto l'affidamento nel significato autentico di *fides* e i risultati sarebbero a vantaggio dello stesso fiduciante, a cui la *res* a sua richiesta deve essere ritrasferita in proprietà.” (DIURNI, Giovanni. *Variazioni sul tema fides e fiducia nella storia giuridica. In La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milão: Giuffrè Editore, 2012, pag. 27).

pretensão de esgotar a matéria ou de tratar de todas as hipóteses concretas. Serão individualmente tratadas apenas aquelas consideradas mais interessantes e significativas do fenômeno fiduciário, boa parte delas tiradas de sistemas jurídicos alienígenas, na medida em que ajudam a compreender a extensão e a importância do instituto em todo o mundo.

Não serão tratados alguns *negócios de fidúcia* mais clássicos e debatidos, como o mandato e a representação⁷⁵², tampouco especificamente as relações negociais ditas *intuitu personae*, como a relação paciente-médico; cliente-advogado, dentre outras.

O critério de escolha foi, portanto, a singularidade do instituto, a importância em termos quantitativos e econômico e o aspecto histórico.

(A) GESTÃO DE PATRIMÔNIO

Uma das importantes funções que pode ser desempenhada pelo *negócio fiduciário* é aquela da gestão de patrimônio. Geralmente, ela é executada através do *negócio de mandato*, que traz segurança as partes e, ao mesmo tempo, limita – embora não extinga – as situações de *abuso da posição de mandatário*.

Todavia, o *negócio fiduciário* pode deixar as coisas mais interessantes. Seria possível que a pessoa que desejasse ter seu patrimônio administrado (fiduciante), transferisse seus bens ao gestor (fiduciário) para que ele exerça a gestão de forma mais plena e nos limites do escopo determinado pelo fiduciante. Isto permitiria, talvez, maior

⁷⁵² Sobre o tema, no Direito Brasileiro: (i) MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; (ii) LOTUFO, Renan. *Observações sobre a representação no Código de 2002*. In *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo – reflexões sobre os 10 anos do Código Civil* (coords. Renan Lotufo, Giovanni Ettore Nanni e Fernando Rodrigues Martins). São Paulo: Atlas, 2012, pag. 125); (iii) GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008; (iv) FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Da representação*. In *Teoria Geral do Direito Civil* (coords. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni). São Paulo: Atlas, 2008, pag. 432.

eficiência na própria gestão. Como lembra Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci⁷⁵³, a falta de regulamentação, todavia, deixa essa figura de fora da prática quotidiana.

Deve ser lembrado que a gestão de patrimônio realizada através de negócio fiduciário pode ter como fundamento várias situações distintas. É o que lembra Paolo Gallo ao enumerar que (i) a gestão pode se dar porque a pessoa se ausentará por um certo tempo; (ii) a pessoa pode não ter tempo de gerir os seus bens ou (iii) a pessoa pode simplesmente preferir que seu patrimônio seja gerido por alguém com maior *expertise* e capacidade.⁷⁵⁴

Na sistemática portuguesa, parece que o artigo 1184º do Código Civil, que diz respeito ao mandato sem representação, pode ser utilizado para proteger o *fiduciante*, na hipótese do *negócio fiduciário de gestão patrimonial*. Estabelece o referido artigo que, no mandato sem representação, os bens adquiridos pelo mandatário e que devem ser repassados ao mandante não respondem pelas dívidas do próprio mandatário, desde que *o mandato conste de documento anterior à data da penhora desses bens e não tenha sido feito o registro da aquisição, quando este esteja sujeito a registro*. Ainda com esta abertura legislativa, a doutrina continua a salientar a admissibilidade geral dos contratos de gestão/administração nos limites da natureza meramente obrigacional, e não através da titularidade de um direito real de propriedade⁷⁵⁵.

⁷⁵³ “Esta lacuna da lei deixa à margem do direito positivo todas as questões afetas ao mandato para administrar, por força do qual o fiduciante transfere bens e direitos de sua propriedade ao fiduciário, com o escopo específico de que sejam objeto de negócios jurídicos, dos quais pretende auferir as vantagens, para recebê-los de volta, ao cabo de um determinado período de gestão.” (TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo (USP) para a obtenção do título de doutor. São Paulo, 2004, pag. 174).

⁷⁵⁴ “(...) l’instestazione fiduciaria ha luogo per finalità di interesse del fiduciante; esempi classici sono quelli di chi si deve assentare per un certo tempo, non ha tempo di gestire i suoi beni, vuole sottrarre il suo patrimonio ai creditori, o semplicemente preferisce far gestire i suoi beni da persone più esperte e capaci; nei casi di questo genere in virtù della fiducia è possibile trasferire i beni ad un altro soggetto, il quale sarà tenuto ad amministrarli in conformità alle istruzioni ricevute, ed infine ritrasferirle a favore del fiduciante o di altri soggetti.” (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l’apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2422).

⁷⁵⁵ “Em relação aos contratos de administração, entende-se geralmente que a sua admissibilidade tem como limite a natureza meramente obrigacional da posição jurídica do fiduciante-beneficiário, embora uma parte da doutrina reconheça no artigo 1184º virtualidades para a proteção do fiduciante e dos seus credores, aplicando ou generalizando o regime da responsabilidade patrimonial que, no quadro do mandato sem representação, protege os bens que o mandatário deve transmitir ao mandante.”

No sistema da *Common Law*, todavia, estas restrições não se configuram, razão pela qual uma das maiores utilidades do *trust* é exatamente a gestão patrimonial. Pode ser que a Convenção de Haia venha concretizar o *negócio fiduciário de gestão* nos países-membros da União Européia.

Particularmente na Itália, parece que a gestão fiduciária, ao menos no campo financeiro, encontra guarida no *Testo Unico della Finanza (dec. legis. n° 58/1998)*, que, inclusive determina, de forma análoga à ideia do *trust*, que os bens fiduciários formam um patrimônio distinto daquele da instituição financeira ou da sociedade fiduciária⁷⁵⁶. Como consequência deste patrimônio distinto, os credores do fiduciário não podem satisfazer seus débitos através destes bens, ao passo que os credores do fiduciante podem fazê-lo, mas até o limite dos bens objeto do negócio fiduciário.

Estas sociedades fiduciárias, cuja função è *proprio quella di amministrare in nome proprio titoli, come per esempio azioni, la cui titolarità compete ad altri*⁷⁵⁷, podem administrar em nome próprio ou em nome do fiduciário. Se o fizerem em nome próprio – e isso depende dos poderes concedidos pelo fiduciário, nos termos do mesmo artigo 22 do T.U.F. –, se verificará o que a doutrina aponta como cisão da titularidade e da legitimação, que como ensina Paolo Gallo, *consente applicazioni di notevole interesse in matéria di negozi fiduciari; è infatti possibile limitarsi a trasferire la legittimazione, conservando la titolarità dei titoli*⁷⁵⁸:

(ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos IV – Funções. Circunstâncias. Interpretação*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 54).

⁷⁵⁶ “Artt. 22. 1. Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori gli strumenti finanziari e le somme di denaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dall'impresa di investimento, dalla Sgr, dalla società di gestione armonizzata o dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del T.U. bancario, nonché gli strumenti finanziari dei singoli clienti a qualsiasi titolo detenuti dalla banca, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell' intermediario e da quello degli altri clienti. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario o nell'interesse degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale depositario o sub-depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse nei limiti del patrimonio di proprietà di questi ultimi.”

⁷⁵⁷ GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2413.

⁷⁵⁸ GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2413.

“l’intermedio finanziario (società d’investimento, banca, etc.) ha nel proprio controllo strumenti finanziari quali azioni, obbligazioni, quote de fondi comuni, etc., che sostanzialmente non gli appartengono, perché sono acquistati coi denari che l’investitore há affidato all’intermediario: e questi li ha nel proprio controlli perché deve gestirli nell’interesse dell’investitore. Ora, l’intermedio finanziario può svolgere la gestione secondo due schemi: *in nome del cliente* (e questo significa che gli strumenti finanziari restano anche formalmente di proprietà dell’investitore); oppure *in nome proprio e per conto del cliente* (art. 21 t.u.f.), e allora vuol dire che la proprietà dei valori è formalmente in capo all’intermediario. Quest’ultimo è il modo in cui tipicamente operano le società fiduciarie, le quali svolgono il loro servizio in favore del cliente <<mediante *intestazione fiduciaria*>> dei titoli di pertinenza del cliente stesso.”⁷⁵⁹

Como se pode notar, a utilidade é bastante ampla, inclusive com maiores benefícios do que institutos análogos, como, por exemplo, o mandato sem representação, principalmente pela massa destacada dos bens dados em fidúcia.

(B) ATRIBUIÇÃO DE GARANTIA (NEGÓCIO ATÍPICO BASEADO NA FIDÚCIA ROMANA)

A atribuição de garantia como negócio atípico se refere à clássica figura da *fiducia cum creditore*, na qual o devedor fiduciante transferia um determinado bem para o credor fiduciário a fim de que este bem servisse como garantia para o adimplemento de um segundo negócio (de crédito-débito) celebrado entre as partes.

Como já explicado anteriormente, foi a mais antiga garantia do Direito Romano e acabou por dar origem a uma séria de outras figuras negociais, como por exemplo a compra e venda com reserva de domínio, a retrovenda, a hipoteca e o penhor.

⁷⁵⁹ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 643/644.

Modernamente, a figura continua a existir, especialmente onde esta forma negocial não se encontra positivada (no Brasil está positivada pela alienação fiduciária em garantia), ou quando, mesmo positivada, ela venha a ser utilizada fora das hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico.

Trata-se, portanto, de hipótese de *negócio fiduciario propriamente dito*, principalmente porque, na falta de regulamentação do ordenamento jurídico, existe a possibilidade de abuso da posição do fiduciário. A síntese desta figura é bem delineada por Paolo Gallo⁷⁶⁰.

Por ser negócio atípico, não é capaz de gerar a *propriedade fiduciária* nos sistemas jurídicos que não a admitem, tal qual o sistema jurídico italiano. Isto porque os sistemas jurídicos de origem romano-germânica são, em sua maioria, caracterizados pela tipicidade dos direitos reais, de sorte que apenas se poderia admitir a propriedade fiduciária se a lei assim permitisse (tal qual ocorre no direito brasileiro).

Assinala Francesco Galgano que a existência da *propriedade fiduciária* apenas pode ser verificada quanto o *pacto fiduciae* tiver natureza de direito real (oponível *erga omnes*), razão pela qual a atribuição de garantia fiduciária, como negócio atípico, não gera a propriedade fiduciária em sentido técnico⁷⁶¹. De outra parte, Massimo Bianca entende que a *propriedade fiduciária* pode se dar mesmo nas hipóteses de *negócio*

⁷⁶⁰ “Si trata in buona sostanza di un normale contratto di vendita con patto di riscatto o retrovendita. I vantaggi rispetto alle normali forme di garanzia reale, quale il pegno e l’ipoteca, sono indubbi: a) in primo luogo il creditore è più garantito, dato che può contare sul diritto di piena proprietà, piuttosto che su un diritto reale di garanzia; b) in secondo luogo il creditore per soddisfarsi non ha bisogno di instaurare lunghe e costose procedure esecutive; c) in terzo luogo il creditore non corre il rischio del concorso degli altri creditori; d) in quarto luogo la vendita in garanzia, diversamente dal pegno, non implica necessariamente spossessamento. A fronte di questi indubbi vantaggi, occorre però altresì considerare il rischio di abuso nei confronti del debitore, specie con riferimento al divieto del patto commissorio.” (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l’apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2423).

⁷⁶¹ “Non si può, invece, parlare di proprietà fiduciaria in senso tecnico quando il vincolo di destinazione del bene al servizio di un interesse altrui sai, come accade nel caso del contratto fiduciario, oggetto di un rapporto puramente obbligatorio fra il titolare dell’interesse e il proprietario del bene, in quanto tale inopponibile ai terzi creditori del proprietario e ai suoi aventi causa.. Nel nostro sistema, dominato dal principio della tipicità dei diritti reali, la proprietà fiduciaria non può essere il prodotto dell’autonomia contrattuale. Può però derivare dall’applicazione, anche fra italiani, del cosiddetto *trust* interno, ammesso dalla convenzione dell’Aja (...).” (GALGANO, Francesco. *Tratato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015, pag. 534).

*fiduciário propriamente dito*⁷⁶². Nos parece, entretanto, que as idéias não são contrárias. A análise de Francesco Galgano encontra-se fundamentada na idéia de propriedade fiduciária em *sentido técnico*, ao passo que Massimo Bianca se refere a uma noção um pouco mais abrangente de *propriedade fiduciária*.

(C) ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA (NEGÓCIO TÍPICO)

A Alienação Fiduciária em garantia⁷⁶³ ingressou no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 4.728/65 que regula o mercado de capitais⁷⁶⁴, especificamente no então art. 66, posteriormente modificado pelo Decreto nº 911/69.

⁷⁶² “Tradizionali situazioni di proprietà fiduciaria sono quelle costituite a seguito di alienazioni a causa di garanzia o di salvaguardia contro espropriazioni. Es.: il debitore trasferisce un bene al creditore col patto che questi lo debba ritrasferire a seguito del pagamento del debito o, in caso di inadempimento, possa soddisfarsi su di esso; il proprietario, temendo di rimanere vittima di persecuzioni razziali, fugge all'estero: aliena ad un amico i beni che non può portare con sé, col patto che al rientro in patria i beni gli siano restituiti.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 6 – La proprietà*. Milano: Giuffrè Editore, 1999, pag. 200/201).

⁷⁶³ “A propriedade fiduciária em garantia é a transferência da propriedade, sob condição resolutiva, do adquirente de coisa móvel ou imóvel (devedor fiduciante) a quem financia a totalidade ou parte da aquisição, em garantia do adimplemento da dívida correspondente (credor fiduciário). Em virtude da operação de financiamento, o devedor adquire a propriedade e a posse da coisa, do vendedor, e, no mesmo instante, transfere para o credor a propriedade fiduciária resolúvel e a posse indireta.” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 292).

⁷⁶⁴ “O Brasil vem apresentando um processo de acelerada industrialização a partir de 1930, tornando irreversível o desenvolvimento econômico iniciado nas primeiras décadas deste século. Tal processo se demonstra pelo desenvolvimento da indústria, pelo crescimento de mercado interno e pela redistribuição da renda nacional. Ocorre que a partir de 1962 o Brasil, cuja taxa de produção industrial no período do pós-guerra teve a média de 9,4%, entrou em recessão econômica levando o parque industrial a apresentar crescente capacidade ociosa. Esses e outros fatores de ordem econômica, política e social, levaram ao movimento de 1964, cujo Governo apresentou um plano de ação econômica destinada a acelerar o ritmo de desenvolvimento, contendo a inflação e promovendo reformas sociais. Um dos sustentáculos desse plano de atuação era a empresa privada para a qual se tornava necessário canalizar recursos que a pudessem integrar efetivamente na dinâmica desenvolvimentista. Essa captação de recursos exigia uma nova estrutura econômica-jurídica. Surgiu, assim, o mercado de capitais, expressão designativa de um conjunto de instituições e operações destinadas a angariar recursos para transferi-los aos setores de produção, indústria e comércio. Para institucionalizar tal mercado, o governo revolucionário promulgou a Lei 4.595, de 31.12.64, conhecida como a Lei da Reforma Bancária, e a Lei 4.728, de 14.7.65, a chamada Lei do Mercado de Capitais. Esta última, entre outras matérias, estabeleceu, como instrumentos de realização de tais objetivos, a correção monetária em títulos societários, a reestruturação de um sistema de distribuição com particular realce das Bolsas de Valores, a criação de ações e obrigações endossáveis, a instituição de sociedades e fundos de investimentos e de sociedades de capital autorizado, a conversibilidade de ações em debêntures e a alienação fiduciária em garantia.” (NETO, Francisco dos Santos Amaral. *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*. Revista de Direito Civil RDCiv 22/36 out.-dez./1982).

Através da Medida Provisória nº 2.160-25/2001, foi inserido o art. 66-A na já mencionada lei de mercado de capitais e, por fim, em 2004, a Lei 10.931/2004 deu a atual tutela da alienação fiduciária ao revogar expressamente os artigos 66 e 66-A e acrescentar o art. 66-B.

Posteriormente ao advento da Lei nº 4.728/65, entrou em vigor o Decreto nº 911/69, o qual, além de modificar a redação do art. 66 da mencionada Lei nº 4.728/65, estabeleceu regras processuais a ser aplicado à *fattispecie* regulamentada pela Lei nº 4.728/65. Ampliando a possibilidade de aplicação da alienação fiduciária em garantia, a Lei 6.404/76, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas, estabeleceu (artigo 113) a possibilidade de aplicação do instituto sobre valores mobiliários.

No meio da década de 80, quando a alienação fiduciária já era uma realidade no país, surgiu a Lei 7.565/86 – Código Brasileiro de Aeronáutica –, que instituiu a alienação fiduciária de aeronaves, especificamente nos artigos 148 a 152.

Após muita pressão de outros setores da economia – causado pela falência das garantias tradicionais e pelo sucesso das experiências anteriores em relações aos bens móveis⁷⁶⁵ – a alienação fiduciária em garantia passou a ser utilizada também pelos incorporadores imobiliários ou por outras pessoas que desejassem dar em garantia bens imóveis, através da Lei 9.514/97 (arts. 22 a 33).

A alienação fiduciária em garantia, uma realidade social e jurídica amplamente aceita em diversos setores da economia, não poderia deixar de ser prevista e regulamentada (de forma geral) pelo Código Civil de 2002, o que se verifica no Livro III, Título III, Capítulo IX, que versa sobre a propriedade fiduciária, embora

⁷⁶⁵ “A boa receptividade e a larga utilização da alienação fiduciária em garantia de bens móveis, aliada à necessidade de se dar um novo impulso ao mercado imobiliário, possibilitando que o mesmo funcione em condições compatíveis com a economia de mercado, levou o Governo Federal a idealizar uma nova garantia real, dentro do também incipiente Sistema de Financiamento Imobiliário. Em 1997, por iniciativa do Poder Executivo, tramitou o Projeto de Lei 3.242, que se converteu, em 20.11.1997, na Lei 9.514, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.” (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa móvel*. Curitiba: Juruá, 2003, pag. 29).

estritamente destinada à finalidade de garantia (tal como a alienação fiduciária), como se observa no artigo 1.365 do Código Civil.

O regime da alienação fiduciária em garantia sofreu algumas alterações por conta da Lei 13.043/2014, a qual alterou o Decreto 911/69, o Código Civil e a Lei 9.514/1997. Por fim, a Lei de Falência e Recuperação de Empresas trouxe uma importante novidade para o instituto, ao dispor que a propriedade fiduciária não se extingue com a recuperação judicial (art. 49, §3º da Lei⁷⁶⁶), o que traz maior segurança de que os credores não terão prejuízo com esta modalidade de operação garantícia.

Por meio deste negócio jurídico⁷⁶⁷, o devedor-fiduciante transfere a propriedade resolúvel de determinado bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo⁷⁶⁸ (valores mobiliários), para o credor-fiduciário, o qual permitirá que o devedor-fiduciante permaneça na posse direta do bem dado em garantia, até ulterior pagamento da dívida. Desta forma, o credor tem a posse indireta e a propriedade resolúvel⁷⁶⁹ e o devedor tem a posse direta e é considerado depositário para todos os efeitos legais, na esteira do art. 1.363 CC. Nas palavras de Vera Helena de Mello Franco⁷⁷⁰, cuida-se de garantia real, prestada em contrato bilateral, comutativo, formal e, em regra, por adesão. Francisco

⁷⁶⁶ “Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.”

⁷⁶⁷ Art. 1º Decreto-Lei 911/69 - “a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que incumbem de acordo com a lei civil e penal.”

⁷⁶⁸ “Uma ressalva há de fazer. Se o objeto foi um direito (bem incorpóreo), não haverá alienação fiduciária, mas cessão fiduciária; não haverá propriedade fiduciária, mas titularidade fiduciária.” (FIUZA, César. *Direito Civil – Curso Completo*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pag. 1033).

⁷⁶⁹ “A propriedade em garantia é resolúvel, tanto para o credor fiduciário quanto para o devedor fiduciante.” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 293).

⁷⁷⁰ *Contratos-Direito Civil e Empresarial*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, pag. 90.

dos Santos Amaral Neto⁷⁷¹ ainda o classifica como espécie de *negócio fiduciário*, com o que concordamos. César Fiuza assinala que se o objeto for um direito (bem incorpóreo), *não haverá alienação fiduciária, mas cessão fiduciária; não haverá propriedade fiduciária, mas titularidade fiduciária*⁷⁷².

Existe também a discussão sobre quem deve arcar com as obrigações *propter-rem* da coisa, tais como o Imposto de Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), o Imposto de Propriedade Territorial Urbano (IPTU) e as despesas condominiais, que decorrem da coisa objeto do *negócio fiduciário*. Se o *negócio fiduciário* em questão for atípico, a obrigação será do próprio fiduciário, na medida em que ele será, para todos os fins, o verdadeiro proprietário da coisa. Todavia, se estivermos diante de um *negócio fiduciário legal*, tal qual o é a alienação fiduciária em garantia no Direito Brasileiro, a obrigação deverá ser suportada pelo fiduciante, na medida em que ele é o verdadeiro proprietário da coisa, tendo o fiduciário apenas propriedade resolúvel (ele não tem a real vontade de ser dono). É, aliás, o que está expressamente previsto no artigo 1.368-B, Parágrafo Único, do Código Civil⁷⁷³, recentemente modificado pela Lei nº 13.043/2014. Isto ocorre porque as *obrigações propter-rem* tem como fato gerador a *propriedade da coisa*; e, por propriedade, deve-se entender aquela prevista no artigo 1.228 do Código Civil⁷⁷⁴. Como lembra a doutrina, os *poderes do proprietário fiduciário* (desde que esta propriedade fiduciária seja tipificada) são limitados a uma certa destinação (no ordenamento jurídico brasileiro, a destinação é a de *garantia*). Desta forma, como

⁷⁷¹ NETO, Francisco dos Santos Amaral. *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*. Revista de Direito Civil RDCiv 22/36 out.-dez./1982.

⁷⁷² FIUZA, César. *Direito Civil – Curso Completo*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pag. 1033.

⁷⁷³ “Art. 1.368-B. A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor.

Parágrafo único. O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem.”

⁷⁷⁴ “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.”

lembra Melhim Namem Chalhub, o conceito de *propriedade fiduciária* não se subordina ao conceito de propriedade previsto no artigo 1.228 do Código Civil⁷⁷⁵.

Outra questão importante a respeito da alienação fiduciária em garantia diz respeito à vedação do pacto comissório⁷⁷⁶. Não se pretende debater aqui a (in)aplicabilidade da vedação do pacto comissório aos contratos de alienação fiduciária, uma vez que não é o objeto deste estudo. Registre-se, todavia, e por oportuno, que a jurisprudência entende ser aplicável (e não poderia ser diferente, uma vez que positivado no nosso ordenamento jurídico através do art. 1.365 do Código Civil), ao passo que na doutrina (no campo teórico) a resistência é um pouco maior, cujo principal crítico é Pontes de Miranda⁷⁷⁷.

Desde o Direito Romano existe a preocupação relacionada à vedação do pacto comissório, ou seja, ao ajuste das partes que permite ao credor (pignoratício, hipotecário, anticrético ou fiduciário) ficar com o objeto da garantia dada pelo devedor, se a dívida não for paga no vencimento. No Brasil, a matéria é regulada pelos arts. 1.365⁷⁷⁸ e 1.428⁷⁷⁹, ambos do Código Civil, cuja redação é praticamente idêntica à do Código Civil português (art. 694⁷⁸⁰⁻⁷⁸¹ C.C.) e do Código Civil italiano (arts. 1.963⁷⁸² e

⁷⁷⁵ “Na locução *propriedade fiduciária em garantia*, o vocábulo *propriedade* não traduz esse feixe de direitos subjetivos, pois é aí qualificada como direito de garantia; disso resulta que a propriedade fiduciária em garantia não se submete ao regime jurídico do art. 1.228 do Código Civil, mas, sim, evidentemente, ao regime jurídico dos direitos reais de garantia estabelecido pelos arts. 1.361 e seguintes do código civil”. (CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pag. 96).

⁷⁷⁶ “Uma questão que se coloca na alienação em garantia diz respeito ao pacto comissório. Efectivamente, em todas as garantias reais constituídas por negócio jurídico o legislador vem estabelecer expressamente a proibição do pacto comissório.” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2012, pag. 239).

⁷⁷⁷ “Quem é outorgado em pacto de transmissão em segurança não poderia ficar subordinado à ratio legis do artigo 765 do Código civil (atual, art. 1.428 do Código Civil) porque já é adquirente; não se poderia negar tornar-se aquilo que ele já é; pode-se vedar o vir a ser, não o ser, aplicar-se o art. 765 (atual, art. 1.428 do Código Civil) ao outorgado em pacto de transmissão em segurança seria negar-se a alguém poder continuar a ser o que já é.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XXI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. pg 333).

⁷⁷⁸ Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

⁷⁷⁹ 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.

⁷⁸⁰ Art. 694º “Pacto Comissório” - “É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada (pelo devedor ou por um terceiro) no caso de o devedor não cumprir.”

2.744⁷⁸³ C.C.). Embora com redação diferente, o art. 1.859⁷⁸⁴ CC espanhol segue a mesma razão de ser. O Direito alemão trata da matéria nos § 1229 e § 1149 do BGB. Sobre o Código Civil francês, tratemos dele mais abaixo, quando da análise do *pacto marciano*.

Essa proibição nasce⁷⁸⁵ junto com a constatação de que o credor-fiduciário, na *fiducia cum creditore*, encontra-se em situação extremamente vantajosa em relação ao devedor-fiduciante, como já explicitado anteriormente.

Com a evolução da *fiducia cum creditore* para as outras formas de direitos reais de garantia (hipoteca, anticrese e penhor), essa preocupação foi igualmente estendida a elas ao longo da história.

O escopo da proibição do pacto comissório seria evitar que o devedor, fragilizado pela dominação econômica de seu credor, se depare com uma situação de extorsão e perda para ele o bem dado em garantia, normalmente de valor superior ao da dívida⁷⁸⁶. Nos primórdios, guardava relação até mesmo com a vedação da usura e dos negócios usurários⁷⁸⁷. Essa dominação econômica poderia fazer com que o devedor, por necessidade ou coação, se visse obrigado a entregar o bem dado em garantia para o credor⁷⁸⁸.

⁷⁸¹ Aplica-se ao penhor e à consignação de rendimento por força dos artigos 665 e 678, ambos do Código Civil Portugal.

⁷⁸² Artt. 1963. Divietto del patto comissorio – È nullo qualunque patto, anche posteriori alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito.

⁷⁸³ Art.. 2744. Divietto del patto comissorio – È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore [1963]. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno [2796, 2798].

⁷⁸⁴ Art. 1859. El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.

⁷⁸⁵ Catarina Monteiro Pires assinala que a primeira vedação se deu através do Editto de Constantino *in Alienação em Garantia*, Coimbra: Almedina, 2010, fls. 33.

⁷⁸⁶ Neste sentido, e por todos, Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, Coimbra: Almedina, 2000.

⁷⁸⁷ "(...) Esta cominação terá sido motivada pela escassez de crédito na época pós-clássica e pela acumulação de abusos de exploração usurária, censurados pelo Cristianismo." (PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pág. 33).

⁷⁸⁸ "Gli elementi dai quali deriva la particolare situazione di iniquità a svantaggio del debitore può essere spinto dalla fiducia di un regolare adempimento dell'obbligazione, col quale sarebbe evitata la perdita

Esta tese, contudo, não pode prosperar nos dias de hoje. Isto porque já existe no sistema jurídico brasileiro – e nos sistemas jurídico romano-germânicos – institutos relacionados com o vício na manifestação da vontade (*in concreto*, estado de perigo, lesão e coação) aptos a lidarem com este tipo de problema, não existindo razão para a manutenção de outro instituto cuja *ratio* fosse a mesma. Da mesma forma, existem mecanismos para evitar o enriquecimento ilícito e até mesmo combater as chamadas cláusulas abusivas, principalmente porque grande parte dos contratos de alienação fiduciária em garantia decorre de relações de consumo.

Assim, nos parece que a vedação ao pacto comissório não tem relação com esta questão, mas sim com um conjunto de preocupações (e, portanto, de natureza complexa), que podem ser resumidas através da intenção de preservar a relação de equilíbrio entre os contratantes e os demais credores. Guarda também relação com a vedação do enriquecimento ilícito. Sobre a questão, vale citar um julgado da Corte de Cassação Portuguesa (Supremo Tribunal de Justiça) que analisa a problemática de forma lúcida:

“Daí que tenham surgido na doutrina e jurisprudência italianas outras justificações para a proibição do pacto comissório. Assim, BETTI associa a proibição à atribuição exclusiva ao Estado do controlo sobre o não cumprimento das obrigações; LOJACONO explica-a à luz da necessidade de efectivação do princípio *par conditio creditorum*; BIANCA invoca a existência de um interesse geral em evitar um "prejuízo social", ideia grosso modo retornada por CARNEVALI, quando se reporta a um interesse geral no regular e correcto desenvolvimento das relações jurídicas; finalmente, the last but not the least, COSTANZA considera que muito provavelmente devem ser relevadas todas as razões apresentadas, que não são entre si incompatíveis ou contraditórias, "respondendo, antes, à lógica unitária da correcção negocial.

Aderindo, grosso modo, à ideia de COSTANZA, parece-nos que a *ratio* da proibição do pacto comissório é plúrima e complexa, relevando, a um tempo, o

del bene offerto in garanzia, e, soprattutto, nello stato di bisogno in cui si trova il soggetto che cerca di ottenere del credito. Su quest'ultimo elemento è principalmente fondata la necessità di tutelare la volontà del debitore dalle coartazioni del creditore, il quale può facilmente imporre condizioni non accettabili in una libera contrattazione ed ottenere, in caso di inadempimento, un bene del debitore di valore molto superiore a quello del credito insoddisfatto.” (BIANCA, C. Massimo. *Il divieto del patto comissorio*. Milano: Giuffrè Editore, 1957, pag. 205).

propósito de proteger o devedor da (possível) extorsão do credor e a necessidade, que corresponde a um interesse geral do tráfego, de não serem falseadas as "regras do jogo", através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, em objectivo (seja ele efectivo ou potencial) prejuízo dos demais. A correcção negocial não se compadece com mecanismos que possam legitimar, directa ou indirectamente, a institucionalização de "castas" entre os credores, fora das vias transparentes e objectivas que justificam as excepções ao princípio *par conditio creditorum* ("Assunção Fidejussória de Dívida"- Almedina 2000 -, pág. 92 a 94).⁷⁸⁹

Uma das razões pouco trabalhadas pela doutrina ao analisar a *ratio* da vedação do pacto comissório – e a nosso ver uma das principais razões de ser –, é exactamente o risco de lesão aos possíveis outros credores do devedor-fiduciante. Isto porque, ao não receber a diferença entre o valor do bem dado em garantia e o valor da dívida, os outros eventuais credores do devedor-fiduciante podem não conseguirem obter seus créditos.

Ou seja, a vedação do pacto comissório não tem relação directa entre as partes do negócio jurídico originário (para isso, existem os chamados defeitos do negócio jurídico, o instituto do enriquecimento ilícito e a teoria das cláusulas abusivas), mas sim com todo o sistema jurídico obrigacional⁷⁹⁰. A permissão do pacto comissório poderia, em último caso, se caracterizar como uma forma especial feita para lesar os credores (figura próxima a compra e venda por preço inferior ao do bem ou da doação para se livrar da expropriação creditória). Seria a legalização da possibilidade de fraude contra credores⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ Processo nº 279/2002, 7ª Secção, Relator Ministro Lopes do Rego, julgado em 16.03.2011.

⁷⁹⁰ "A crítica que, quanto a nós, é devida é de outra natureza: é que custa a crer que a *ratio legis* de uma solução proibitiva no âmbito das garantias reais das obrigações se possa alhear dos interesses dos demais credores e, em geral, do mercado de crédito." (PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pag. 263).

⁷⁹¹ "Una più recente opinione, che há trovato largo accoglimento soprattutto sotto il nuovo codice, individua la ragione della nullità del patto commissorio nella tutela degli altri creditori, e precisamente, del loro diritto sul patrimonio del debitore come garanzia comune dei loro crediti. (...) La lesione potrebbe tuttavia essere intesa anche con riferimento al fatto che il patto commissorio creerebbe un soddisfacimento preferenziale del creditore al di fuori delle cause di prelazione previste dalla legge." (BIANCA, C. Massimo. *Il divieto del patto commissorio*. Milano: Giuffrè Editore, 1957, pag. 214/215). No mesmo sentido Francesco Carnelutti, para quem a permissão do pacto comissório fere o princípio *par conditio creditorum*, permitindo a lesão aos demais credores.

Não obstante essa busca pela *ratio*, as interpretações dadas à vedação do pacto comissório pela doutrina não parecem se adequarem ao seu escopo, seja ele qual for (com efeitos unicamente *inter partes* ou como conjunto de complexidades, principalmente o de proteger terceiros)⁷⁹².

Não é a possibilidade do credor-fiduciário tomar para si o bem que deve acarretar na tutela do Estado, mas sim o tomar para si o bem sem devolver a diferença pecuniária entre o valor do bem e o da dívida (aqui entendido como a somatória do principal, acessórios, mora, dentre outros). Até mesmo porque isto é o pacto comissório (pegar a coisa sem devolver a diferença pecuniária), e não a conceituação doutrinária/jurisprudencial que prevalece no Brasil. Ao pegar para si a coisa, sem devolver a quantia pecuniária referente a esta diferença (se houver), o credor-fiduciário lesa o próprio devedor-fiduciante e, como já explicitado, eventuais outros credores do devedor⁷⁹³. No mínimo é hipótese de enriquecimento ilícito.

Essa visão independe da forma como a doutrina enxerga a razão de ser da vedação ao pacto comissório. Ao simplesmente entender que a razão de ser é proteger o devedor-fiduciante, a devolução da diferença do preço atinge a finalidade de não lesar o devedor (e nem teria porque se falar em abuso do poder econômico, estado de perigo ou coação). Por outro lado, ao se entender que a razão de ser é o conjunto de preocupações de natureza complexa (dentre as quais entendemos que se destaca a proteção dos outros credores e de todo o sistema obrigacional), a devolução da diferença do preço permitirá que o devedor-fiduciante receba o justo preço e não lese seus eventuais outros credores,

⁷⁹² Bianca vai além e pontua que a proibição do pacto comissório não se justifica apenas pela possibilidade de lesar credores ou por uma obrigação complexa, que aqui defendemos, mas sim como um interesse geral (política legislativa): “Il danno di un prevalere del patto commissorio può essere visto, in altri termini, su un piano sociale, quando la regolamentazione dei rapporti di garanzia si uniformi in modo diffuso a tale patto, giustificando una sanzione che non sia intesa ad eliminare certe situazioni più gravi determinate di volta in volta dal patto commissorio, ma che copisca la possibilità stessa del prevalere di un sistema di garanzia e degli inconvenienti che a questo sistema sono legati.” (BIANCA, C. Massimo. *Il divieto del patto commissorio*. Milano: Giuffrè Editore, 1957, pag. 218).

⁷⁹³ “Não é ilícito, porém, o denominado *pacto Marciano* (por ser defendido pelo jurista romano Marciano e confirmado em rescrito dos imperadores Severo e Antonino). Por esse pacto, se o débito não for pago, a coisa poderá passar à propriedade plena do credor pelo seu justo valor, a ser estimado antes ou depois de vencida a dívida, por terceiro.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 107).

além de manter em equilíbrio todo o sistema de proteção obrigacional, permitindo maior segurança jurídica a todos os envolvidos.

Essa releitura do pacto comissório⁷⁹⁴ – no sentido de permitir que o credor tome para si a coisa mediante a devolução da diferença entre o valor do bem dado em garantia e o valor da dívida –, recebeu o nome de Pacto Marciano, e já é conhecido desde Roma. Existe, inclusive, recente julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo analisando as diferenças entre o pacto comissório e o pacto marciano e, no final, reconhecendo a validade do pacto marciano:

“Pacto comissório que se realiza por meio de negócios indiretos; necessidade de reprovação da conduta de conhecido agiota que, ao manipular atos consegue transmitir, para a filha, bem usurpado do devedor de quantias acrescidas com juros usurários - Ilegalidade (art. 1428, do CC) - Agravo retido e recurso de apelação não providos.

O pacto comissório vedado pela ordem jurídica incide para coibir o abuso que se comete contra o devedor fragilizado pela dominação de seu credor e que, por essa superioridade, se apropria dos bens oferecidos em garantia do mútuo, caracterizando uma usurpação e que ganha status de ilegalidade pela completa ausência de correspondência entre o valor do bem e o valor da dívida.

É importante que se conste não ser ilegal o que se chama de pacto Marciano, valendo esclarecer o seu conteúdo nas palavras do Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (Da alienação fiduciária em garantia, Saraiva, 1973, p. 127): “Não é ilícito, porém, o denominado pacto Marciano” (por ser defendido pelo jurisconsulto romano Marciano e confirmado em rescrito dos imperadores Severo e Antonino).

⁷⁹⁴ Vale citar a definição de pacto comissório trazida por Catarina Monteiro Pires: “Nestes termos, reunindo as críticas esboçadas e os elementos acabados de indicar, podemos definir o pacto comissório (proibido) como a convenção mediante a qual ocorre a perda ou a extinção da propriedade de um bem do devedor, a favor do respectivo credor, em virtude do incumprimento de uma obrigação a cargo daquele e sem que estejam previstos mecanismos que assegurem, com efectividade e actualidade, que o valor do bem apropriado não é superior ao valor da dívida garantida, ou que, sendo aquele superior a este, o credor não se apropriará do valor que exceda o necessário para a satisfação do seu crédito.” (in *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pag. 272).

Por esse pacto, se o débito não for pago, a coisa poderá passar à propriedade plena do credor pelo seu justo valor, a ser estimado, antes ou depois de vencida a dívida, por terceiros”^{795_796}

O pacto marciano encontra justificativa de validade em comparação com o pacto comissório exatamente porque não causa nenhum prejuízo ao devedor fiduciante e/ou a terceiros⁷⁹⁷. Em outras palavras, *la fondamentale giustificazione del patto marciano si è costantemente risolta nel richiamo alle mancate condizioni di iniquità che caratterizzano il patto comissorio*⁷⁹⁸.

No direito alienígena, o já mencionado julgamento do Processo 279/2002 pela Corte de Cassação portuguesa também analisa detalhadamente a questão que envolve o pacto marciano através da visão da doutrina:

“Importa, por outro lado, realçar que a absoluta proibição legal do pacto comissório tem sido recentemente temperada ou mitigada – particularmente após ter sido introduzido no nosso ordenamento jurídico o regime especial do penhor financeiro, através do DL 105/04, cujo preâmbulo proclama, como relevante inovação, ter sido aceite, no âmbito do contrato aí regulado, o pacto comissório, em frontal desvio à regra imposta pelo art. 694º do CC: a doutrina tem, porém, notado que tal afirmação do legislador peca por excessiva, face ao estatuído no nº2 do art. 11º desse diploma legal, ao impor ao beneficiário a obrigação de restituir, a quem presta a garantia, a diferença entre o valor objecto do penhor e o montante das

⁷⁹⁵ Processo nº 9103689-29.2008.8.26.0000. 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Des. Rel. Enio Zuliani. Julgado em 27.08.2009.

⁷⁹⁶ No mesmo sentido Apelação nº 1120758-0/2, 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Des. Rel. Romeu Ricupero. Julgado em 31.01.2008: “Se, porém, no contrato de alienação fiduciária em garantia, as partes tiverem estipulado um *pacto Marciano* — que, como acentuado na Primeira Parte, Cap. 3, n.º 1, é lícito —, não só a dívida em seu vencimento, pode o credor tornar-se proprietário pleno dela, pagando ao alienante o seu justo valor, que, ou já foi estimado por terceiro antes de vencido o débito, ou o será posteriormente ao não-pagamento. Outorgando o *pacto Marciano* ao credor uma faculdade, não está este adstrito a tornar-se proprietário pleno da coisa pelo valor estimado. Se quiser, poderá renunciá-la, não perdendo, por isso, a faculdade de vender a coisa, judicial ou extrajudicialmente, a terceiro, como lhe permite a qualidade de proprietário fiduciário.”

⁷⁹⁷ “o que a norma pretende evitar não é a aquisição pelo credor insatisfeito mas o “aproveitamento” da debilidade do devedor, o que leva a conferir decisivo relevo à “congruidade” entre o montante do débito e o valor do bem, só devendo, assim, ser tratada como venda comissória aquela em que a função de garantia se traduz numa “vantagem injustificada” para o credor.” (GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida*. Coimbra: Almedina, 2000, pag. 96).

⁷⁹⁸ BIANCA, C. Massimo. *Il divieto del patto comissorio*. Milano: Giuffrè Editore, 1957, pag. 204.

obrigações financeiras garantidas , consagrando, afinal, a lei, em bom rigor, um regime próprio do velho «pacto marciano».

É esta, aliás, a posição adoptada no parecer apresentado nos autos –generalizando tal entendimento para além do âmbito restrito do penhor financeiro - ao sustentar que *o negócio fiduciário cum creditore só é válido se da cláusula fiduciária resultar a obrigação de restituição que caracteriza o pacto marciano, análogo, nas suas consequências, às estatuídas no nº2 do art. 11º do DL nº105/04. Se tal não se verificar, a transmissão atípica em função da garantida é nula.*

Em sentido análogo, Catarina Monteiro Pires (ob. cit., pag. 272) define o âmbito do pacto comissório, efectivamente proibido, como *a convenção mediante a qual ocorre a perda ou a extinção da propriedade de um bem do devedor, a favor do respectivo credor, em virtude do incumprimento de uma obrigação a cargo daquele e sem que estejam previstos mecanismos que assegurem, com efectividade e actualidade, que valor do bem apropriado não é superior ao valor da dívida garantida ou que, sendo aquele superior a este, o credor não se apropriará do valor que exceda o necessário para a satisfação do seu crédito.*”

A menção ao Decreto Lei 105/04 (Portugal) no texto do julgado é precisa, pois tal Decreto trouxe ao ordenamento jurídico português a Directiva 47/2002 da União Européia⁷⁹⁹, que expressamente permite – em determinadas situações^{800_801_802_803} – que

⁷⁹⁹ “A alienação fiduciária em garantia acabou por vir a ser expressamente regulada no D.L. 105/2004, de 8 de Maio, alterado e republicado pelo D.L. 85/2011, de 29 de Junho, diplomas que transpõem a Directiva 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Maio. Efectivamente, no âmbito deste diploma, a alienação fiduciária em garantia é tratada como uma garantia financeira, a par do penhor financeiro, dele se distinguindo por, ao contrário deste, ter como efeito a transmissão da propriedade em função de garantia (art. 2º, nº 2, D.L. 105/2004).” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2012, pag. 240).

⁸⁰⁰ Art. 4º, Parágrafo 2º: 2. A apropriação só é possível nos seguintes casos: a) Ter sido convencionada entre as partes no acordo de garantia financeira com constituição de penhor; e b) Ter existido acordo entre as partes sobre a avaliação dos instrumentos financeiros no quadro do acordo de garantia financeira com constituição de penhor.”

⁸⁰¹ “Ao pacto comissório refere-se, ainda, o Decreto-lei nº 105/2004, em sede de penhor financeiro. De acordo com o nº 1 do artigo 11º deste regime jurídico, *no penhor financeiro o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo seus os instrumentos financeiros dados em garantia se tal tiver sido convencionado pelas partes e se houver acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros*. Dispõe, ainda o nº 2 deste artigo que o beneficiário da garantia fica obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente a diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas, Mais se prescreve que o facto de existir acordo entre as partes quanto à avaliação dos instrumentos financeiros não prejudica qualquer obrigação legal de proceder à realização ou avaliação da garantia financeira e ao cálculo das obrigações financeiras garantidas, de acordo com critérios comerciais razoáveis.” (PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pag. 252).

o credor tome para si o bem dado em garantia desde que mediante a devolução da quantia eventualmente superior ao valor da dívida. É o que lembra o autor português Luís Manuel Teles de Menezes Leitão ao pontuar que *a nossa lei não coloca, no entanto, obstáculos expressos ao pacto marciano, no âmbito do qual se autoriza o credor a apropriar-se da coisa entregue em garantia, pagando ao devedor a diferença entre o valor da mesma e o crédito garantido*⁸⁰⁴.

Desta forma, o pacto marciano volta a ser objeto de estudo⁸⁰⁵ – embora nunca devesse ter sido deixado de lado, principalmente em razão de que a expropriação dos bens dados em garantia através dos leilões judiciais/extrajudiciais quase nunca é interessante financeiramente para as partes; beneficiando apenas e tão somente os leiloeiros e os adquirentes, que adquirem a coisa por até metade do valor real da coisa.

O Código Civil francês é expresso⁸⁰⁶ ao admitir a figura do pacto marciano, o que apenas corrobora a ideia aqui defendida. Ademais, a reforma do Direito das garantias (*Ordonnance* n° 2006-346 – 23.03.2006) expressamente alterou o Código Civil francês para tornar a figura do *pacto marciano* ainda mais forte, através do artigo 2.348, que estipula *que as partes podem convencionar que, em caso de incumprimento*

⁸⁰² “Estando preenchidos todos estes pressupostos, a alienação fiduciária em garantia é expressamente admitida pelo art. 14º do D.L. 105/2004, atribuindo ao beneficiário a alternativa entre: a) restituir a garantia prestada ou objecto equivalente; b) entregar quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objecto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação; e c) librar-se da obrigação por meio de compensação, avaliando-se o crédito do prestador nos mesmos termos. Temos assim expressamente reconhecida a alienação fiduciária em garantia, sendo tutelada a posição do seu autor através da imposição da restituição do objecto ou do seu valor objectivamente determinado.” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2012, pag. 242).

⁸⁰³ “A alienação fiduciária em garantia foi acolhida, no nosso ordenamento, ainda que apenas no âmbito financeiro: artigo 14º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, nos condicionalismos aí previstos. Na verdade, ela depara com três óbices: - não pode ter natureza real, mercê do princípio da tipicidade; - pode contundir com a proibição de pactos comissórios, sendo nula; - é, em regra, muito violenta para o devedor.” (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 267/268).

⁸⁰⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2012, pag. 239.

⁸⁰⁵ “Apesar da história longínqua da proibição [do pacto comissório], conforme por nós já ilustrada, a tradição ocidental tem sofrido importantes desvios, sobretudo na última década.” (PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pag. 253.

⁸⁰⁶ Art. 2.078 C.C. Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage : sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle.

*da obrigação garantida, o credor poderá tornar-se proprietário do bem. Contudo, é imperativo que o valor do bem seja determinado no dia da transmissão por um perito designado por acordo amigável, pelo tribunal, ou, se for o caso disso, por referência à cotação do bem em mercado organizado*⁸⁰⁷.

A questão controversa não é, portanto, o apoderamento do bem dado em garantia pelo credor, mas sim a quantificação do justo preço da coisa⁸⁰⁸ e a forma de quantificação, o que muda completamente a maneira do operador do direito analisar o problema⁸⁰⁹.

Vem-se entendendo que a forma de quantificação da coisa dada em garantia deve estar previamente estabelecida pelas partes, não sendo possível a adoção de um critério distinto daquele estipulado⁸¹⁰. Uma das formas mais simples é a nomeação de um terceiro para determinar o valor do bem dado em garantia, o que pode ser feito extrajudicialmente (uma ou mais pessoas escolhidas pelas próprias partes) ou judicialmente, através do perito judicial⁸¹¹.

Se o valor dos bens dados em garantia for fácil de ser auferido – aqui se incluem ações com valor delimitado na Bolsa de Valores, dentre outros – o preço estipulado não poderá ser inferior ao do momento do apoderamento (veículos automotores teoricamente não podem ser avaliados desta forma, uma vez que a Tabela FIPE estipula apenas um valor de referência, e a *praxis* pontua que os valores são sempre inferiores àqueles previstos na Tabela).

⁸⁰⁷ PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pag. 254.

⁸⁰⁸ “Limite inderogabile è il divieto del patto commissorio che, come la giurisprudenza riconosce, si estende a qualsiasi negozio, che abbia come risultato l’assoggettamento di un bene al soddisfacimento del credito per il caso di inadempimento dell’obbligazione senza che del bene si proceda a giusta stima.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*, Tomo 7 – *le garanzie reali e la prescrizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, pag. 263).

⁸⁰⁹ “É esta interpretação, ao que pensamos, aquela que, não sacrificando a debilidade social da venda em garantia, melhor se harmoniza com a proibição do pacto comissório, por um lado e, por outro, com os “não poucos e não fáceis problemas” gerados pelo explícito reconhecimento legislativo, a um tempo, da validade da venda a retro e da invalidade do pacto comissório. Acresce ser esta a solução que melhor se articula com a reconhecida validade do pacto marciano.” (GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida*. Coimbra: Almedina, 2000, pág 96.

⁸¹⁰ “D’altra parte, sembra esclusa, in mancanza di un successivo accordo, la possibilità di tener fermo il patto ricorrendo ad una valutazione del bene non prevista dalle parti.” (BIANCA, C. Massimo. *Il divieto del patto commissorio*. Milano: Giuffrè Editore, 1957, pag. 223).

⁸¹¹ Esta é a forma tradicionalmente estipulada pelo direito francês.

Obviamente que na hipótese da comprovação de qualquer um dos defeitos do negócio jurídico (erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo principalmente), a prévia forma de estipulação do valor do bem dado em garantia poderá ser anulada, na forma prevista no Código Civil.

Embora a estipulação do valor em um momento anterior ao inadimplemento facilite o processo expropriatório, *a obrigação de restituição do superflum de pouco valeria se o credor pudesse controlar discricionariamente o valor do bem que constitui a garantia. (...) deve haver uma determinação verdadeira da existência (e do quantum) do eventual valor a devolver ao prestador da garantia, o que implica uma apreciação do valor do bem de garantia pautada por critérios de actualidade e correção*⁸¹²⁻⁸¹³.

Desta forma, (i) a apuração do valor do bem deve ser feita quando do inadimplemento, e não em momento anterior (ex. quando o contrato foi celebrado); nada impede, todavia, que o critério tenha sido estabelecido previamente pelas partes e (ii) o critério escolhido pelas partes seja legítimo, vale dizer, seja um critério isento da influência das partes.

At last, but not least, deve ser enfrentada a possibilidade da dação em pagamento da coisa dada em garantia prevista nos parágrafos únicos dos artigos 1.365 e 1.428, ambos do Código Civil brasileiro.

Embora a dação em pagamento seja um ato negocial e, portanto, derivada da própria autonomia privada, não pode ela servir como justificativa hábil para lesar eventuais outros credores do devedor-fiduciante. A dação deve ser analisada conjuntamente com os artigos relacionados à fraude à execução e à fraude contra credores. O dispositivo legal não pode servir como causa para afastar estes institutos, razão pela qual a dação em valor inferior ao valor da coisa dada em garantia poderá ser alvo de contestação judicial pelos outros eventuais credores.

⁸¹² PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010, pag. 278.

⁸¹³ No mesmo sentido Manuel Januário da Costa Gomes: "Assim, para que a venda em garantia seja válida, é mister que o devedor (e também o constituinte da garantia, se não houver coincidência entre ambos) fique em condições de controlar ou dominar a eventual diferença entre o valor do bem alienado e o *quantum* do débito." (in *Assunção Fidejussória de dívida*. Coimbra: Almedina, 2000, pag. 96).

Três são os cenários possíveis: (i) o bem dado em garantia possui o mesmo valor da dívida e a dação extingue o débito sem vantagem financeira para nenhuma das partes; (ii) o bem dado em garantia possui valor inferior ao da dívida, oportunidade na qual o credor, ao aceitar receber o bem em pagamento, abrirá mão de perseguir o restante do crédito (autonomia privada), seja por motivo de foro íntimo ou por entender que nada mais obteria do devedor; (iii) o bem possui valor superior ao da dívida, hipótese muito pouco provável na medida em que o devedor livremente arcaria com um certo prejuízo financeiro.

A hipótese (i) e a hipótese (ii) fatalmente seriam as mais frequentes, uma vez que a (iii) deixaria o devedor em uma situação econômica ainda mais difícil. Apesar de decorrer de ato da manifestação privada, a validade da dação em pagamento na hipótese (iii) apenas será possível se este devedor fiduciante não tiver outros credores, sob pena de, até mesmo, colocar em risco todo o sistema de garantias e servir como abertura legal para prejudicar terceiros (outros credores), que, como já explicitado, é uma das principais causas da vedação do pacto comissório em nosso ordenamento jurídico.

(D) FIDÚCIA TESTAMENTÁRIA (ART. 627 CÓDIGO CIVIL ITALIANO)

Esta hipótese de disposição testamentária talvez seja um dos melhores exemplos de *fiducia cum amico* que se possa encontrar. Aliás, parece ser o único artigo do Código Civil Italiano destinado a regular uma relação jurídica fiduciária, como assinala Massimo Nuzzo⁸¹⁴.

O artigo 627⁸¹⁵ do Código Civil Italiano se encontra dentro do Livro II (das sucessões), Título III (das sucessões testamentárias), Capítulo V (da instituição da

⁸¹⁴ “È noto che il codice civile si occupa del fenomeno fiduciario unicamente nell’art. 627, negando l’<<azione in giudizio per accertare che l’he disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona>> (comma 1º).” (NUZZO, Massimo. *Negoziio fiduciario*. In *Rivista di Diritto Civile*, anno XXXI, 1985. Padova: CEDAM, pag. 645).

⁸¹⁵ “Artt. 627 - Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona,

herança e dos legados), Seção I (disposições gerais). Portanto, refere-se à instituição da herança e dos legados.

Ele visa tratar diretamente do herdeiro ou legatário aparente, ou seja, aquela pessoa mencionada como beneficiária no testamento, mas que, da análise do conjunto das disposições testamentárias, não é a verdadeira beneficiária. Como pontua a própria redação do artigo 627 do Código Civil Italiano não se admite a correção das disposições testamentárias feitas a favor de pessoa declarada no testamento sob a alegação de que ela é apenas aparente e que em realidade fazem referência a outra pessoa, ainda que o conjunto das disposições testamentárias possa indicar ou faz presumir que se trata de pessoa interposta.

A hipótese em referência é aquela pela qual o testador não quis nomear o verdadeiro beneficiário e, por conta disso, instituiu outra pessoa, que teria a obrigação moral de transferir o que vier a receber àquela pessoa a quem o testador verdadeiramente gostaria de beneficiar. Como lembra Guido Alpa, *può accadere che il testatore attribuisca un bene ad un erede o a un legatario, perché a suo volta questi lo trasmetta a persona che il testatore non vuol nominare direttamente nel testamento (per ragioni di riservatezza, per non urtare la suscettibilità di altri persone, etc.)*⁸¹⁶.

A ideia da *fiducia cum amico* no Direito Romano era exatamente essa. Transferir a coisa a uma pessoa de sua confiança para que dela cuide por certo período de tempo e depois a devolva ou entregue a um terceiro nomeado pelo fiduciante.

Tendo em vista a literalidade das disposições testamentárias, o verdadeiro beneficiário não tem como questionar a disposição em favor da pessoa interposta, e daí se encontra presente o elemento da *fides* entre o testador e a pessoa interposta, na

anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratta di persona interposta .

Tuttavia la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito [590 c.c.] la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione , salvo che sia un incapace 2034, 2039 c.c.].

Le disposizioni di questo articolo non si applicano al caso in cui l'istituzione o il legato sono impugnati come fatti per interposta persona [599 c.c.] a favore d'incapaci a ricevere [462, 595 c.c.].”

⁸¹⁶ ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 2013, pag. 455.

medida em que se ela deixar de entregar a coisa ao beneficiário real, não existirão instrumentos jurídicos a protegê-lo.

Por outro lado, se o fiduciário (pessoa interposta) der cumprimento à vontade não escrita do testador, e entregar a coisa ao real beneficiário, não poderá ele (fiduciário) demandar pela revogação da transferência. A legislação considera esta obrigação fiduciária como obrigação natural; desta forma, ela não tem obrigação jurídica de entregar à coisa à pessoa real, mas se o fizer, não poderá mais reavê-la⁸¹⁷.

A única hipótese do fiduciário reaver a coisa para si é aquela prevista no próprio artigo 627 do Código Civil Italiano: o fiduciário ser incapaz. É o que, ademais, ensina Enrico Prato, ao salientar que *la regola è che, pur non essendovi azione, non è ammessa la ripetizione, salvo il caso di incapacità, da parte della persona dichiarata nel testamento che <<ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore>> (art. 627, 2° comma). Vige, dunque, lo stesso regime dell'adempimento dell'obbligazione naturale (art. 2034)*⁸¹⁸.

(E) FIDEICOMISSO TESTAMENTÁRIO NO BRASIL

O Fideicomisso no Direito Brasileiro encontra-se regulamentado pelos artigos 1.951 a 1.960 do Código Civil. Sua utilização é restrita às disposições testamentárias⁸¹⁹ e tem como objetivo *instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo-se que, por ocasião da sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário* (redação do art. 1.951 do Código Civil).

⁸¹⁷ “La regola stabilisce che se il fiduciario ha spontaneamente eseguito la prestazione questa non può più essere revocata; si ha attuazione di una obbligazione naturale; se invece non esegue, il destinatario effettivo nulla può fare per ottenere l'esecuzione (art. 627 c.c.). Non si può infatti porre nel nulla una disposizione testamentaria (eredità, legato) dimostrando che essa è apparente, e non reale (art. 627 c.c.)” (ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 2013, pag. 455).

⁸¹⁸ PRATO, Enrico del. *Le basi del Diritto Civile*. Vol. I. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, pag. 264.

⁸¹⁹ É o que dispõe o *caput* do artigo 1.951 do Código Civil. Sem prejuízo, o entendimento doutrinário foi reforçado pelo Enunciado 529 aprovado na V Jornada de Direito Civil da Justiça Federal: “O fideicomisso, previsto no art. 1.951 do Código Civil, somente pode ser instituído por testamento.”

No Direito Português, o instituto é regulamentado pelos artigos 2.286 a 2.292 do Código Civil Português, e tem o mesmo objetivo⁸²⁰ do instituto previsto no Código Civil Brasileiro. Além de Portugal, o fideicomisso testamentário é figura marcante na maioria dos sistemas jurídicos de origem romano-germânica.

Participam deste negócio três pessoas: (i) o testador, ou fideicomitente; (ii) o fiduciário, que recebe a coisa com o dever de transferi-la e (iii) o fideicomissário, que recebe a coisa das mãos do fiduciário e deve ser necessariamente filho do fiduciário⁸²¹, como atesta o art. 1.799, inciso I, do Código Civil Brasileiro.

A etimologia da palavra *fideicomisso* tem origem na expressão romana *fidei tua comitto*, que refletia a ideia de que o disponente deveria confiar na boa-fé do herdeiro para transmitir o bem ao fideicomissário.

O caráter *fiduciário* do *fideicomisso* reside no dever de guarda e conservação da coisa pelo fiduciário, a fim de que, verificada a condição ou o termo estipulado pelo testador⁸²², transfira a coisa ao *fideicomissário*, que a partir daquele momento se tornará proprietário pleno (o fiduciário terá sempre a propriedade resolúvel⁸²³, na medida em que seu direito estará sujeito ao advento de uma condição resolutiva ou de um termo).

⁸²⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 271.

⁸²¹ “(...) somente é possível instituir herdeiro ou legatário a pessoa ainda não concebida se filho – não qualquer descendente – de pessoas indicadas pelo testador (...)” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República - Volume IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pag. 798).

⁸²² “Por meio da substituição fideicomissária se permite a sucessão sucessiva, isto é, o autor da herança pode determinar que sobre o mesmo quinhão hereditário ou legado mais de uma pessoa o suceda, não conjuntamente, mas calda qual a seu tempo, pois o direito sucessório é sucessivo. Em razão do momento em que se inicia o direito do fideicomissário, Itabaiana de Oliveira identifica três espécies de fideicomisso (*Tratado*, II, p. 194): i) por morte do fiduciário; (ii) sob certa condição; (iii) a certo tempo. O fideicomisso é essencialmente condicional, pois o próprio art. 1.951 condiciona o início do direito do fideicomissário à morte, condição ou termo apostos pelo testador.” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República - Volume IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pag. 796).

⁸²³ Art. 1.593 CCB: O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel.

Assim, reside a *natureza fiduciária* do fideicomisso exatamente na obrigação de guarda, conservação e posterior entrega da coisa ao fideicomissário, na medida em que o testador confia na pessoa do fiduciário para cumprir a sua disposição testamentária⁸²⁴.

O *pacto fiduciae*, nesta hipótese, não se concentra na devolução da coisa para o fiduciário, tal qual na *fiducia cum creditore* (até porque não existe relação de garantia), mas sim na entrega da coisa a uma pessoa indicada pelo próprio testador/fiduciário, em modelo próximo ao da *fiducia cum amico*, que servia para a obtenção de todas as outras finalidades fiduciárias que não fossem derivadas de uma relação de garantia.

Distancia-se, porém, da *fidúcia romana* (ao menos da figura clássica, antes do advento das ações próprias que visavam esta finalidade) por garantir ao fideicomissário o direito de tomar para si a coisa, independentemente da vontade do *fiduciário*. O modelo é, portanto, mais próximo da *fidúcia germânica* do que da *romana*, lembrando, porém, que mesmo no modelo germânico, existia a distinção de finalidade galgada na *fiducia cum amico* e na *fiducia cum creditore*, como já explicitado.

Sobre a natureza da eficácia real da fidúcia testamentária, ensina Menezes de Cordeiro que o fideicomisso se caracteriza por ser *a situação clássica do reconhecimento da fidúcia com eficácia real*⁸²⁵. Esta *eficácia real*, contudo, se encontra positivada dentro do instituto do *fideicomisso*, razão pela qual entendemos que esta é uma hipótese de *negócio fiduciário legal* ou *típico*.

A *confiança* depositada na pessoa do fiduciário não tem o condão de aproximar esta figura em *negócio de fidúcia*. Isto porque a escolha da pessoa do fiduciário não é livre (deve ser necessariamente o genitor do fideicomissário), a ponto de permitir que o testador escolha a pessoa que ele confie mais. Assim, pela mitigação na escolha da

⁸²⁴ “Lembra Carlos Maximiliano que o “termo fiduciário advém de fidúcia (confiança), porque à sua fé e lealdade é cometido o encargo de conservar como bom pai de família e transmitir a pessoa determinada: *heredis fidei committere* – cometer-se à fé do primeiro sucessor.” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República - Volume IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pag. 795).

⁸²⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 271.

pessoa que figurará como fiduciária, não nos parece possível dizer que se trate de um *negócio de fidúcia*.

Modernamente, contudo, a utilização do fideicomisso começa a ganhar aplicações diferentes, ressaltando ainda mais o caráter fiduciário do instituto, o que tem levado a doutrina⁸²⁶ a questionar se este seria o modelo de *trust* brasileiro.

A similitude realmente existe. A primeira delas reside no fato de que o *trust* é caracterizado pela dualidade de negócios jurídicos (coligados), o primeiro deles constituidor do *trust* e o segundo o ato de transferência da coisa, ao passo que no fideicomisso, embora o negócio jurídico seja único (testamento), se verifica a cisão entre o momento da constituição (testamento) e a transferência do bem (após o falecimento do testados). A segunda semelhança é que em ambos os casos o fiduciário ou *trustee* não é mero administrador da coisa, mas efetivo proprietário (resolúvel, de acordo com as regras do ato de constituição). A terceira semelhança reside no fato de que a coisa entregue ao fiduciário/*trustee* não integra o seu patrimônio, mas forma uma massa amorfa que dele se destaca, impedindo, inclusive, que eventuais credores do fiduciário/*trustee* possam tomar para si a coisa (muito embora possam se aproveitar dos frutos, aplicando-se o regime supletivo do usufruto⁸²⁷). A quarta semelhança, por fim, é que o fiduciário/*trustee* é responsável pela preservação da coisa, respondendo por perdas e danos pelos prejuízos por ele causados.

As diferenças, por outro lado, estão igualmente presentes. A primeira delas é que a escolha do fiduciário/*trustee* não é livre como no *trust*, na medida em que deve

⁸²⁶ “Aparece assim claramente a figura do fiduciário que recebe os bens hereditários com a obrigação de transferi-los por sua morte (compendiosa) ou a prazo certo (fideicomissária) ao fideicomissário ou substituto. Ressalta neste tipo de relacionamento o fato de que o fiduciário tem na verdade uma propriedade, mas que é exercida em consonância também com o interesse do fideicomissário, que tem, também, no momento que realizada a condição, direitos de propriedade. Esta aproximação do conceito de um duplo direito de propriedade é que aproxima para alguns o fideicomisso ao “trust” (FREIRE, J. Renato Corrêa. *Negócio jurídico fiduciário fidúcia: uma forma brasileira de trust?* Revista dos Tribunais, RT 411/24, jan/1970, ed. Revista dos Tribunais, pag. 1295 e ss.).

⁸²⁷ Em Portugal, o regime supletivo do usufruto encontra-se positivado: “O fiduciário tem o gozo e a administração dos bens sujeitos ao fideicomisso (2290.º/1), mas exercendo-os no quadro aplicável ao usufruto (2290.º/2). Os credores pessoais do fiduciário não podem pagar pelos bens sujeitos ao fideicomisso mas, apenas, pelos seus frutos (2292.º).” (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 271).

obrigatoriamente recair sobre o genitor do fideicomissário. A segunda diferença é que o *trustee* não é obrigado a devolver a coisa *in natura*; pode inclusive aliená-la, desde que não cause prejuízo na massa patrimonial que futuramente deverá ser repassada ao beneficiário⁸²⁸. A terceira diferença reside na impossibilidade do *trustee* se aproveitar da renda gerada pelos bens que integram o *trust*, ao contrário do fiduciário, que pode se aproveitar dos frutos; por outro lado, o trabalho do *trustee* é normalmente reumerado⁸²⁹. A quarta, e parece que última, diferença recai sobre a não configuração de uma verdadeira dupla propriedade. Isto porque o fideicomissário tem apenas e tão somente uma expectativa de domínio, galgado no implemento do termo ou da condição resolutiva aposta pelo testador⁸³⁰. Desta forma, nos parece que no Direito Brasileiro não pode vingar a tese de o *trust* seria exercitado através do instituto do fideicomisso⁸³¹.

⁸²⁸ “Traço marcante da distinção entre essas figuras diz respeito à extensão dos poderes de disposição dados ao fiduciário e ao trustee: o trustee pode alienar os bens dados em trust sem qualquer limitação, estando obrigado apenas a colocar outro bem equivalente no lugar daquele que alienou; no fideicomisso, o fiduciário também pode alienar o bem, mas a propriedade continua resolúvel, de modo que, verificada a condição, o bem reverte automaticamente ao fideicomissário.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust – Breves considerações sobre a sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana*. Revista dos Tribunais, vol. 790, de agosto/2001. Ed. Revista dos Tribunais, pag. 79 e ss.).

⁸²⁹ “Outra distinção diz respeito ao destino da renda dos bens: enquanto no fideicomisso o fiduciário pode se apropriar dos frutos da herança ou do legado, no trust a renda pertence ao cestui que trust. De outra parte, a atividade do trustee é, em regra, remunerada, o que não ocorre no fideicomisso.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust – Breves considerações sobre a sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana*. Revista dos Tribunais, vol. 790, de agosto/2001. Ed. Revista dos Tribunais, pag. 79 e ss.).

⁸³⁰ “É de certa maneira errôneo vislumbrar um duplo domínio no fideicomisso. O fideicomissário não tem, até que se complete o evento resolutivo, outra coisa que uma expectativa de domínio. Por outro lado, o fiduciário tem o domínio e o exerce, para seu uso e gozo, mas de maneira restrita e resolúvel. O domínio sobre a coisa é assim um só e transita entre as figuras do fiduciário e do fideicomissário, na medida em que as condições impostas pelo fideicomitente vão se realizando. O fato do domínio se consolidar definitivamente no fiduciário, se o fideicomissário falecer ou renunciar a seu direito, não contraria esta afirmação, já que a morte do beneficiário frustra as condições impostas pelo fideicomitente, impossibilitando a substituição.” (FREIRE, J. Renato Corrêa. *Negócio jurídico fiduciário fidúcia: uma forma brasileira de trust?* Revista dos Tribunais, RT 411/24, jan/1970, ed. Revista dos Tribunais, pag. 1295 e ss).

⁸³¹ “Ressalte-se que o *trust* não é equiparável a nenhum instituto do ordenamento pátrio. Embora as hipóteses de afetação patrimonial existentes no direito brasileiro possam se assemelhar, em maior ou menor grau, à estrutura básica do *trust*, são previstas para a tutela de interesses determinados, sem aptidão para a realização de funções variadas. O *trust*, a seu turno, constitui negócio jurídico versátil, no qual a transmissão da titularidade se encontra funcionalmente relacionada com o escopo da afetação patrimonial estabelecido pelo *settlor*, podendo servir, por isso mesmo, à promoção de variados interesses.” (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 55).

(F) FIDEICOMISSO NA AMÉRICA ESPANHOLA

Muito embora no Brasil a figura do fideicomisso se distancie daquela do *trust* pelas razões já mencionadas, na América Espanhola é situação é diametralmente oposta, sendo o fideicomisso largamente utilizado como modelo jurídico muito semelhante ao *trust*. O que permite essa característica é a abertura do fideicomisso para diversas finalidades (e não apenas testamentária), bem como a possibilidade de afetação patrimonial⁸³² para estas finalidades.

Parece que o primeiro país se abriu ao *trust* através do fideicomisso foi o México⁸³³, ainda em 1924, através da Lei Geral das Instituições de Crédito e Estabelecimentos Bancário, reforçada pela Lei de Bancos de Fideicomissos em 1926, cuja exposição de motivos demonstrou a preocupação com o instituto:

“La institución del fideicomiso es nueva en México y en consecuencia la ley relativa importa una creación o mejor dicho, la legalización de una Institución Jurídica moderna que en otros países, especialmente en los anglosajones, se práctica hace largo tiempo y que ha producido fecundos resultados, permitiendo que las operaciones financieras y comerciales se hagan sin las trabas del derecho tradicional. El nombre de fideicomiso, aceptado por la nueva ley como el que tradicionalmente se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona, no significa de manera alguna lo que por el se ha entendido en el derecho antiguo, pues el nuevo fideicomiso es en realidad una institución distinta de todas las anteriores y muy particularmente del fideicomiso del derecho romano. La reglamentación sancionada en la ley constituye en el fondo, una adaptación de las

⁸³² “É essa concepção que possibilitou o desenvolvimento da denominada doutrina do fideicomisso latino-americano, pela qual os bens objeto do fideicomisso são segregados do patrimônio geral e passam a constituir um patrimônio especial, destinado ao fim convencionado no fideicomisso. Na raiz dessa concepção encontram-se as idéias de Pierre Lepaulle, que desenvolve interessante construção doutrinária, destacando a afetação patrimonial como um dos principais mecanismos do *trust* e vendo nela um dos meios pelos quais se pode assimilar a idéia do *trust*.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust – Breves considerações sobre a sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana*. Revista dos Tribunais, vol. 790, de agosto/2001. Ed. Revista dos Tribunais, pag. 79 e ss).

⁸³³ A mais fecunda experiência nessa matéria é a do México, que foi o primeiro país latino-americano a assimilar a ideia.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust – Breves considerações sobre a sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana*. Revista dos Tribunais, vol. 790, de agosto/2001. Ed. Revista dos Tribunais, pag. 79 e ss).

prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adecuadas para su adaptación a las demás disposiciones de nuestro derecho y muy particularmente a la legislación bancaria, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discordancias o conflictos entre unas y otras instituciones jurídicas.”⁸³⁴

A Argentina foi outro país da América Espanhola a normatizar o *trust* através da figura do fideicomisso, o que se deu em 1995, mediante a Lei nº 24.441. Como assinala Milena Donato Oliva, *trata-se, em linhas gerais, de negócio pelo qual o fiduciante transfere determinados bens ao fiduciário para que ele os administre em favor de um beneficiário, de sorte que tais bens formam um patrimônio segregado e insuscetível de ataque pelos credores pessoais, cônjuge ou herdeiros do fiduciário*⁸³⁵.

Com o advento do novo Código Civil Argentino, em substituição ao Código de Vélez Sarsfield, a matéria foi definitivamente incorporada, como se observa nos capítulos destinados (i) ao *contrato de fideicomiso* (arts. 1.666/1.700), que engloba também o fideicomiso testamentário; (ii) e ao *dominio fiduciario* (arts. 1.701/1.707), no que chama especial atenção a definição prevista no artigo 1.701⁸³⁶. Em relação ao ponto que aqui interessa, o artigo 1.685 expressamente prevê que *los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario*. Outros dois pontos interessantes do sistema argentino é a limitação temporal do fideicomisso prevista no artigo 1.668⁸³⁷ (30 anos, exceto na hipótese do beneficiário ser incapaz ou tenha capacidade reduzida, hipótese na qual será válido até que cesse a incapacidade ou se ela for permanente, até

⁸³⁴ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. *Análisis y jurisprudencias de la Ley de Instituciones de Crédito, exposición de motivos, disposiciones de la SHCP, Banxico, CNB y ABM* - Tomo II. Editorial Porrúa, Ciudad del México, 2003, pag.. 764/765.

⁸³⁵ OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 61.

⁸³⁶ “ARTÍCULO 1701.- Dominio fiduciario. Definición. Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.”

⁸³⁷ “ARTÍCULO 1668.- Plazo. Condición. El fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte. Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto. Cumplida la condición o pasados treinta años desde el contrato sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos.”

sua morte) e a obrigação do fiduciário de contratar um seguro de responsabilidade civil que cubra os danos causados por ele em relação aos bens objeto do fideicomiso (artigo 1.685, segunda parte).

A matéria também já é regulamentada à exaustão em países como Panamá (Lei nº 1/1984⁸³⁸), Porto Rico (Lei nº 219/2012⁸³⁹), Nicarágua (Lei nº 741/2010⁸⁴⁰),

⁸³⁸ O interessante da legislação panamenha é a previsão do artigo 15, que determina que o fiduciário pagará os impostos dos bens objeto do fideicomiso de forma separada dos impostos que constituem seu patrimônio pessoal:

“Artículo 1. El fideicomiso es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente. Las entidades de Derecho Público podrán retener bienes propios en fideicomiso y actuar como fiduciarios de los mismos para el desarrollo de sus fines, mediante declaración hecha con las formalidades de esta Ley.

Artículo 2. El fideicomiso puede ser constituido sobre bienes de cualquier naturaleza, presentes o futuros. Podrán añadirse bienes al fideicomiso por el fideicomitente o por un tercero, después de la creación del fideicomiso, con la aceptación del fiduciario.

(...)

Artículo 15. Los bienes del fideicomiso constituirán un patrimonio separado de los bienes personales del fiduciario para todos los efectos legales y no podrán ser secuestrados ni embargados, salvo por obligaciones incurridas o por daños causados con ocasión de la ejecución del fideicomiso, o por terceros cuando se hubieren traspasado o retenido los bienes con fraude y en perjuicio de sus derechos. En consecuencia, el fiduciario pagará por separado los impuestos, tasa u otros gravámenes que causen los bienes del fideicomiso.”

⁸³⁹ Em Porto Rico o fideicomiso encontrava-se positivado no Código Civil desde 1930. A recente Lei derrogou a matéria que se encontrava no Código, na medida em que *en la actualidad, y en la práctica, el fideicomiso ha superado enormemente su regulación en el Código Civil* (exposição de motivos). A matéria encontra-se bem sintetizada nos três primeiros artigos da Lei:

Artículo 1.-Definición.

El fideicomiso es un patrimonio autónomo que resulta del acto por el cual el fideicomitente le transfiere bienes o derechos, y que será administrada por el fiduciario para beneficio del fideicomisario o para un fin específico, de acuerdo con las disposiciones del acto constitutivo y, en su defecto, conforme a las disposiciones de esta Ley.

Artículo 2.-Patrimonio autónomo.

Los bienes o derechos fideicomitados constituyen un patrimonio totalmente autónomo y separado de los patrimonios personales del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, que queda afectado al fin particular que se le confiera al momento de la constitución.

Mientras subsista el fideicomiso, este patrimonio queda exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fideicomitente, el fideicomisario y del fiduciario, salvo lo establecido en la Sección Sexta de esta Ley.

Artículo 3.-Titularidad.

Durante la vigencia del fideicomiso, la masa de bienes fideicomitados corresponden a un patrimonio autónomo del Fiduciario y el fideicomisario es el titular de un interés beneficioso que se concreta a la terminación del fideicomiso, salvo que se trate de rentas o bienes que deba o pueda recibir periódicamente antes.”

⁸⁴⁰“Artículo 1 Objeto de la Ley.

La presente Ley tiene por objeto la creación de un marco de regulación de la figura del fideicomiso, como instrumento de administración de patrimonios, canalización de inversiones públicas y privadas, constitución de garantías, entre otros.

Art. 2 Definiciones.

Colômbia (Código Comercial Colombiano⁸⁴¹), Uruguay (Lei n° 17.703/2003⁸⁴²), Peru (Lei n° 26.702/1996⁸⁴³), Paraguay (Lei n° 921/1996⁸⁴⁴) e Venezuela (Lei n° 496/1956⁸⁴⁵),

Para efectos de esta Ley las definiciones contenidas en el presente artículo, tanto en mayúsculas como en minúsculas, singulares o plurales, tendrán el significado siguiente:

Fideicomiso: Operación en virtud de la cual el fideicomitente transmite la titularidad sobre un bien o conjunto de bienes o derechos determinados al fiduciario, quien se obliga a administrarlos a favor del beneficiario y transmitirlos al fideicomisario o al fideicomitente cuando se cumpla con un plazo, condición u otra causa de extinción de la obligación.

Fideicomitente: Persona que constituye el fideicomiso, la cual transmite o se obliga a transmitir los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario.

Fiduciario: Persona natural o jurídica a la que se le transmite la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y se encarga de la ejecución de lo acordado en el contrato de fideicomiso para la consecución de sus fines. **Fideicomisario:** También denominado beneficiario, es la persona a la que están destinados los derechos, frutos y beneficios obtenidos de la ejecución del fideicomiso.”

⁸⁴¹ “ARTÍCULO 1226. CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

(...)

ARTÍCULO 1233. SEPARACIÓN DE BIENES FIDEICOMITIDOS. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.”

⁸⁴² “Artículo 1°. (Definición).- El fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario.

Podrá haber pluralidad de fideicomitentes y de beneficiarios.

(...)

Artículo 6°. (Propiedad Fiduciaria).- Los bienes y derechos fideicomitados constituyen un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario.

El conjunto de bienes y derechos fideicomitados deberá individualizarse en el instrumento que los determine. El mismo deberá ser inscripto en la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura.

El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura, determinará las regulaciones que organicen la inscripción y demás condiciones registrales de los fideicomisos, dando cumplimiento a la Ley N° 16.871, de 28 de setiembre de 1997, y sus modificativas y concordantes.

Si el fiduciario fuera una persona casada bajo el régimen legal de sociedad conyugal, los bienes y derechos fideicomitados, no ingresarán a la masa de gananciales, rigiéndose a todos los efectos por las normas que regulan los bienes propios. La retribución que el fiduciario casado perciba por su actividad se rige por los principios generales.

Artículo 7°. (Derecho de Persecución de los Acreedores).- Los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario.

e tem em comum a característica do patrimônio especial, a fim de segregar o patrimônio do fiduciário do patrimônio objeto do fideicomisso.

Apesar da ampla utilização do fideicomisso para permitir as mesmas finalidades do *trust* no modelo do *Common Law*, o Brasil ainda não dá indícios de recepcionar o instituto, muito embora tenha um mecanismo análogo, mas tão somente voltado para as garantias, como a alienação fiduciária em garantia, que gera a propriedade fiduciária.

Los acreedores del beneficiario no podrán perseguir los bienes fideicomitados mientras éstos se encuentran en el patrimonio del fiduciario, pero podrán perseguir para la satisfacción de sus créditos los frutos que dichos bienes generen, pudiendo asimismo subrogarse en los derechos de aquél.

Habiéndose constituido el fideicomiso por acto entre vivos, los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir los bienes fideicomitados, pudiendo ejercer tan solo las acciones por fraude previstas por la ley. A los efectos del ejercicio de la acción pauliana, a los acreedores les bastará con acreditar el fraude del fideicomitente, salvo en casos en los que deba excluirse el ánimo de liberalidad directo o indirecto del fideicomitente. (...)"

⁸⁴³ "Artículo 241º.- CONCEPTO DE FIDEICOMISO. El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario. El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes. Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.(...)"

⁸⁴⁴ A Lei regula os *negócios fiduciários*. É interessante notar que o Paraguai regula não apenas o fideicomisso, no qual se exige a transferência de bens, mas também dos encargos fiduciários, que se distinguem do fideicomisso exatamente por não exigir a transferência de bens.

"Artículo 1º.- CONCEPTO DE NEGOCIO FIDUCIARIO: Por el negocio fiduciario una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, entrega a otra, llamada fiduciario, uno o más bienes especificados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta los administre o enajene y cumpla con ellos una determinada finalidad, bien o sea en provecho de aquella misma o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario. El negocio fiduciario que conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se denominara fideicomiso; en caso contrario, se denominara encargo fiduciario. El negocio fiduciario por ningún motivo podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con la Ley.

(...)

"Artículo 10º.- AUTONOMÍA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS: Los bienes fideicomitados y los que los sustituyan no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario ni a la masa de bienes de su liquidación. Dichos bienes únicamente garantizan las obligaciones contraídas por el fiduciario para el cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo; por consiguiente, en desarrollo de su actividad de gestión, el fiduciario deberá expresar siempre la calidad en la cual actúa."

⁸⁴⁵ "Art. 1.º El fideicomisso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlo en favor de aquél o de um tercero llamado beneficiario".

"Art. 2.º Los bienes transferidos y los que sustituyen a éstos, no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario. Salvo que la Ley disponga otra cosa, éste solo estará sujeto a cumplir con dichos bienes las obligaciones que deriven del fideicomiso o de su realización, y podrá oponerse a toda medida preventiva o de ejecución dictadas a solicitud de acreedores quo procedan en virtud de créditos quo no deriven del fideicomiso o de su realización."

A questão do fideicomisso na América Espanhola já mereceu estudos até mesmo por parte do Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDS), que descreve o instituto como um importante mecanismo facilitador de crédito⁸⁴⁶. O trabalho desenvolvido por integrantes do Departamento de Comércio Exterior e Integração da América do Sul, da área de Comércio Exterior do BNDS tem como finalidade:

“Este trabalho tem por escopo apresentar e discutir o fideicomisso, instituto do direito romano, que foi adaptado por diversos países da América do Sul para facilitar a obtenção de crédito destinado à execução de projetos de infra-estrutura. Na sua origem, o fideicomisso tem natureza de disposição testamentária, ou seja, faz parte do direito sucessório. Mas a possibilidade de transmitir a titularidade de ativos com a constituição de um patrimônio de afetação – uma característica do instituto – chamou a atenção de juristas para adequar as normas referentes ao fideicomisso a fim de viabilizar operações de natureza financeira. A restrição de crédito, sobretudo na década de 1990, fez com que o fideicomisso fosse adotado na legislação de vários países da região. Atualmente, há mais de US\$ 60 bilhões em propriedade transferida para fideicomissos, entre os quais cerca de US\$ 14 bilhões destinados a investimentos públicos. Tal proliferação refletiu-se em algumas operações submetidas à Área de Comércio Exterior do BNDES, que traziam a figura do fideicomisso em sua estruturação financeira, permitindo investimentos superiores a US\$ 1 bilhão em infra-estrutura, até o momento. Novas operações apresentadas ao BNDES sob a mesma estrutura superam o montante de US\$ 2 bilhões. Dada a dimensão que a utilização desse instrumento vem alcançando e levando-se em conta que tal disciplina inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se oportuno apresentar, em linhas gerais, como o fideicomisso é utilizado nos países sul-americanos, com exemplos extraídos de financiamentos do BNDES. Busca-se ainda apresentar algumas disposições que tratam do patrimônio de afetação no Brasil e como a adoção de alterações na legislação que poderia fomentar investimentos em infra-estrutura.”

⁸⁴⁶SENRA, Andressa Biato. FERREIRA, Leonardo Botelho. MACHADO, Marta Cunha da Cruz. MENESES NETO, Themistocles. *O fideicomisso como facilitador do crédito na América do Sul*. https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2961/1/BS%2025%20O%20Fideicomisso%20como%20Facilitador%20do%20Cr%C3%A9dito%20na%20Am%C3%A9rica%20do%20Sul_P.pdf – acessado em 29.09.2015.

Percebe-se, desta forma, que a instituição do fideicomisso nos países vizinhos foi muito bem sucedida, permitindo que esta nova figura ganhe cada vez a preferência do legislador, das instituições de crédito e até mesmo da população de forma geral.

(G) TRUST E AS IMPLICAÇÕES DA CONVENÇÃO DE HAIA

O *trust*, embora originado do Direito Inglês, como já exposto, possui larga aplicação ao redor do mundo. Na Europa (ao menos no âmbito da União Européia), muito por conta da Convenção de Haia, que reconheceu o instituto no Direito Positivo Europeu, firmada em 1º de julho de 1985⁸⁴⁷.

Assim, no que pese ter raízes no sistema da *Common Law*, hoje já se pode dizer que o *trust* é também um instituto reconhecido em muitos países que integram o sistema do *Civil Law*; e, por essas razões, a análise do instituto requer uma análise pontual para cada uma destas situações.

Obviamente que o *trust* nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica não pode ser encarado sob a mesma ótica dos sistemas jurídicos de origem inglesa. É exatamente sob esta premissa que a Convenção de Haia procura fundar bases sólidas para a aplicação do *trust* nos sistemas de origem romano-germânica sem, obviamente, desfigurar a premissa destes sistemas jurídicos, como por exemplo, na impossibilidade de reconhecimento da dupla propriedade típica do sistema da *Common Law*⁸⁴⁸.

⁸⁴⁷ “Nato e cresciuto in quell’alveo, il trust ha peraltro una forza espansiva che lo porta a varcare i confini del diritto inglese per diffondersi anche in altri ambienti giuridici. Lo testimonia la Convenzione dell’Aja (1985), ratificata in Italia con l. 364/1999, sul riconoscimento dei trust costituiti in uno dei paesi aderenti e sulle norme di diritto Internazionale privato applicabili.” (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 645).

⁸⁴⁸ “A compreensão do *trust* por países da família romano-germânica sempre foi marcada por dificuldades, haja vista a opinião, largamente difundida, de que o *trust* acarretaria divisão da propriedade em formal e substancial, o que é incompatível com os sistemas da *civil law*. Diante disto e da cada vez maior imprescindibilidade de países da *civil law* lidarem com a figura do *trust*, a Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Trusts e sobre o Reconhecimento desses procurou expressar os principais efeitos do *trust* – que o tornam expediente flexível e seguro na *common law* – em instrumentos compatíveis com os ordenamentos da família romano-germânica.” (OLIVA, Milena Donato. RENTERÍA, Pablo. *Fidúcia: a importância da incorporação dos efeitos do trust no direito*

A solução trazida pela Convenção de Haia, a fim de permitir que o *trust* produza os mesmos efeitos em ambos os sistemas jurídicos, recai essencialmente sobre a figura do *patrimônio de afetação*. Através dele, é possível realizar uma equiparação do espectro de eficácia nos sistemas romano-germânicos em comparação com o sistema da dupla propriedade do *Common Law*⁸⁴⁹. Judith Martins-Costa explica que muito embora a dupla propriedade seja incompreensível nos sistemas jurídico de origem romano-germânica, a adaptação do instituto às nossas regras é possível ante a sua grande maleabilidade⁸⁵⁰.

Mas antes de enfrentar propriamente os termos da Convenção de Haia, convém fazer uma breve explicação sobre as razões que levaram a Comunidade Européia a estipular regras sobre um instituto aplicável essencialmente apenas na minoria dos países europeus (aqueles que integram o Reino Unido) e nos Estados Unidos da América.

A primeira questão que merece ser considerada para fins de compreensão deste fenômeno diz respeito à inesgotável possibilidade de utilização do *trust* para as mais diversas finalidades, principalmente no mercado financeiro e no mercado de capitais, como lembra Melhim Namem Chalhub⁸⁵¹.

brasileiro. In *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Ed. Padma: Rio de Janeiro, vol. 48 de out/dez 2011, pag. 29).

⁸⁴⁹ “A admissão de massas patrimoniais unificadas para a persecução de certo escopo confere ao patrimônio ampla potencialidade funcional, permitindo que possa servir, com oponibilidade *erga omnes*, para a realização das mais variadas finalidades.” (OLIVA, Milena Donato. RENTERÍA, Pablo. *Fidúcia: a importância da incorporação dos efeitos do trust no direito brasileiro*. In *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Ed. Padma: Rio de Janeiro, vol. 48 de out/dez 2011, pag. 30).

⁸⁵⁰ “O trustee é um proprietário real, efetivo, limitado todavia pelo ato de constituição do trust e pelas regras da equity, usufruindo do direito de administrar e dispor dos bens, mas não podendo “usá-los” (no sentido que tem, para nós, a faculdade de uso), nem gozá-los e nem de destruir materialmente a coisa. Seu traço mais marcante reside, pois, na concepção da dupla propriedade, à primeira vista incompreensível nos sistemas marcados pelo princípio da exclusividade do domínio, mas, mesmo assim, passível de adaptação a esses sistemas, dada a sua grande maleabilidade.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.).

⁸⁵¹ “Com efeito, o processo evolutivo do *trust* introduziu nesse instituto importantes alterações estruturais e funcionais, levando-o a desempenhar papel preponderante nos mercados financeiros e de capitais, com vistas à delimitação de riscos e, conseqüentemente, à proteção de poupadores e investidores. Dada a versatilidade e amplitude que se extrai do seu conceito, que permite visualizá-lo como *um molde, uma colcha hospitaleira que se ajusta a inúmeras situações*, o potencial do *trust* parece inesgotável, pela capacidade de adaptação a cada nova demanda social ou econômica. Pelo seu aspecto multiforme, o *trust* penetra nos mais variados campos do direito e serve às mais variadas

A segunda questão decorre da massiva aplicação do instituto no maior país capitalista do mundo, os Estados Unidos da América. Disto resulta que a falta de reconhecimento do instituto nos países da União Européia traria uma enorme dificuldade operacional na área de Direito Internacional, além de afugentar investimentos das empresas americanas e inglesas, na medida em que o *trust* não encontra concorrência operacional nem mesmo nos demais *negócios fiduciários*⁸⁵². Há quem diga, inclusive, que o *trust* seja considerado como uma das criações mais originais da ciência jurídica britânica⁸⁵³.

Embora se fale normalmente em *trust*, existem diversas espécies desta figura, cada uma delas voltada à satisfação de um interesse ou uma função específica. Ele pode ser utilizado para cumprir um propósito específico para beneficiar uma ou mais pessoas ou, ainda, pode ser utilizado para um propósito que não se destina concretamente a pessoa alguma. Os primeiros são chamados de *private trusts*, exatamente porque visam satisfazer um interesse nitidamente privado, ao passo que os segundos podem ser divididos em *public trusts* e *charitable trusts*, na medida em que visam satisfazer um interesse público/social, cujo benefício atingirá não uma pessoa específica mas sim toda a sociedade⁸⁵⁴.

Mais profundamente, o *public trust* se diferencia do *charitable trust* pelo escopo: finalidade pública e finalidade caritativa, como lembra a doutrina, salientando, inclusive, que a utilidade destas figuras pode destinar-se a uma série de finalidades, sejam educacionais, científicas, religiosas, de assistência a deficientes, de melhoria a

situações jurídicas, seja no campo do direito público, seja no direito privado.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 03/04).

⁸⁵² “Questo fenomeno alla lunga può comportare una competizione, non solo Internazionale, ma anche interna di istituti, in cui è facile prevedere una progressiva prevalenza del *trust*, per lo meno rispetto al modello classico della fiducia. In questa prospettiva il riconoscimento del *trust* rischia di mandare in desuetudine istituti che non hanno saputo adeguarsi alle mutate esigenze della società. Chi sarebbe infatti ancora interessato a concludere un contratto fiduciario in un ordinamento in cui è possibile costituire un *trust*?” (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2437).

⁸⁵³ “O *trust* anglo-saxónico é considerado como uma das criações mais originais da ciência jurídica britânica, vindo a obter projecções nos diversos países. Entre nós, o *trust* foi acolhido pelo Decreto-Lei nº 352-A/88, de 3 de Outubro, para a Zona Franca da Madeira.” (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 257).

⁸⁵⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 33.

*determinadas localidades ou serviços comunitários, etc*⁸⁵⁵. Todas estas diversas aplicações foram recepcionadas pela Convenção de Haia⁸⁵⁶.

O *trust* com fins de garantia⁸⁵⁷ também possui regime jurídico próprio no sistema inglês. Caracteriza-se o *trust receipt*⁸⁵⁸ pela relação tripartite, entre devedor, credor e financiador. O financiador entrega o montante (parcial ou total) para o comprador, a fim de permitir que ele adquira determinado bem. Ao invés de entregar o bem para o comprador, o devedor transfere sua propriedade para o financiador, que, por sua vez, repassa a posse direta e parte da propriedade para o comprador, com a promessa documentada de que a mercadoria será alienada para o pagamento do saldo devedor⁸⁵⁹⁻⁸⁶⁰. Financiador e comprador terão a propriedade, mas nenhum deles terá a propriedade plena. É um esquema negocial muito parecido com a alienação fiduciária em garantia prevista no Direito Brasileiro, com a distinção mais marcante sendo a inexistência do pacto comissório no sistema jurídico do *Common Law*⁸⁶¹.

⁸⁵⁵ CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 33.

⁸⁵⁶ “O *trust* a que se refere a Convenção de Haia pode ter beneficiários ou simplesmente se destinar a um escopo, como no caso dos *charitable trusts*.” (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 55).

⁸⁵⁷ “Allo schema dell’alienazione in garanzia può riconsursi la figura del *trust* quando questo sia utilizzato a garanzia di un credito. Il *trust* è conosciuto nei paesi di *Common Law* quale atribuzione di beni da parte di un fiduciante (il *settlor*) ad un fiduciario (il *trustee*) da gestire nell’interesse di un terzo o del *settlor* o dello stesso *trustee*. Se si ammette che l’attribuzione dei beni abbia per effetto il loro trasferimento in proprietà al *trustee*, non vi sono particolari difficoltà ad ammettere che il trasferimento sia effettuato per una causa di garanzia, riconoscendo al creditore i diritti e gli obblighi che gli competono in un’ordinaria alienazione fiduciaria in garanzia.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 7 – Le garanzie reali e la prescrizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, pag. 262/263).

⁸⁵⁸ “O fim precípua do *trust receipt* é permitir ao devedor que venda a mercadoria, diretamente ou em nome do financiador (que geralmente estipula o preço mínimo da venda), a terceiro, a fim de obter os recursos necessários para saldar seu débito.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Forense, 1979, pag. 27).

⁸⁵⁹ “O *trust receipt* é utilizado para permitir o financiamento da compra de mercadorias (bens de consumo, matéria-prima, produtos semimanufaturados) com a participação, além do vendedor e do comprador, de um terceiro: o financiador, que, em geral, é entidade financeira.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Forense, 1979, pag. 23)

⁸⁶⁰ “Ai fini della garanzia occorre però che il vincolo creato dal *trust* sia opponibile ai terzi. Il recente riconoscimento della trascrivibilità degli atti di destinazione (2645-ter c.c.) prospetta la possibilità che il *trust* avente ad oggetto beni immobili si adegui e rientri nello schema degli atti di destinazione, assolvendo l’onere della pubblicità immobiliare.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 7 – le garanzie reali e la prescrizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, pag. 263).

⁸⁶¹ “Molto diffusi sono anche i *trusts* con finalità di garanzia. In buona sostanza viene costituito un *trust* a garanzia di un finanziamento erogato dalle banche, in virtù del quale il *trustee* sarà tenuto a devolvere i beni al debitore o al creditore a seconda che il debito sia stato estinto o meno. Ovviamente un istituto di questo genere presuppone l’inesistenza del divieto del patto comissorio, che in effetti non è presente

Evidenciada a importância do *trust* como instrumento jurídico a servir para as mais variadas aspirações da mente humana, já é possível entender as razões que levaram a União Européia a estabelecer regras sobre esta figura.

Assim, a Convenção de Haia copia em tudo o que é possível o *trust* tal como utilizado no sistema da *Common Law*. Ele pode ser criado através de contrato ou ato unilateral⁸⁶² (testamento, dependendo da aceitação por parte do *settlor* ou quando o constituinte se autoneamar como *settlor*); através de ato *inter vivos* (contratos) ou *causa mortis* (testamento), como dispõe o artigo 2º da Convenção⁸⁶³.

Ademais, estabelece o mesmo artigo 2º que o *trust* tem as seguintes características (i) os bens do *settlor* transferidos ao *trustee* constituem um fundo separado e não integram o patrimônio do *trustee*; (ii) os bens ficam em nome do *trustee*, o que clareia a separação patrimonial; (iii) o *trustee* tem poderes e deveres, em respeito aos quais ele deve gerenciar, empregar, ou dispor de bens em consonância com as regras previstas no *ato de instituição*⁸⁶⁴.

Deve-se ter cuidado ao se admitir a pluralidade de patrimônios concentrados em uma mesma pessoa. Isto porque a noção de patrimônio engloba o conjunto de relações jurídicas (ativas e passivas). Tradicionalmente, se fala que cada pessoa tem apenas e tão somente um patrimônio, que por sua vez abarca o complexo de direitos e obrigações desta pessoa (universalidade de direito – artigo 90 do Código Civil Brasileiro). É

nei Paesi di *common law*, salvi i soliti correttivi d'*equity* nei casi più gravi." (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2440).

⁸⁶² "Il trust può costituirsi anche con atto unilaterale del settlor; e il trustee può identificarsi con il settlor medesimo (nel qual caso non c'è trasferimento, ma solo costituzione di un vincolo sul proprio bene)." (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 645).

⁸⁶³ Sobre o texto da Convenção de Haia em língua portuguesa, acessar o site *Hague Conference on Private International Law*: http://www.hcch.net/index_pt.php?act=conventions.text&cid=59 – acessado em 24.09.2015.

⁸⁶⁴ "Come caratteristiche del *trust* vengono indicar ele seguenti: a) i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*; b) i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee*; c) il *trustee* è investito del potere ed onerato dell'obbligo, di cui deve rendere il conto, di amministrare, gestire o disporre i beni secondo i termini del *trust*." (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2441).

exatamente daí que advém a máxima da responsabilidade patrimonial, segundo a qual a pessoa responde com todos os seus bens, presentes e futuros⁸⁶⁵.

Mesmo quando se admita a criação de patrimônios especiais, tal qual aquele formado pelo *trust*, a concepção jurídica do conceito deve ser entendida como um único patrimônio, muito embora determinado conjunto de bens esteja destacado para a realização de uma atividade específica ou para a concretização de uma função específica⁸⁶⁶. Assim, o patrimônio especial deve ser entendido como integrante do patrimônio de seu titular, muito embora a massa de bens que compõem este patrimônio especial não esteja sujeita à regra geral da responsabilidade patrimonial. É exatamente esta a finalidade do patrimônio especial: evitar que estes bens respondam pelos débitos do titular (eles respondem apenas pelos débitos derivados da atividade específica para a qual foi destinado ou então para a concretização da função especificada)⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ “Há, em regra, um patrimônio para cada sujeito, e não poderia ser diferente, à vista do princípio segundo o qual a totalidade dos bens do indivíduo responde pelas suas dívidas; do contrário, se fosse facultado a cada sujeito, arbitrariamente, separar bens do seu patrimônio e como eles formar massas separadas, cada pessoa estaria livre para desfaltar impunemente a garantia geral dos seus credores.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 119).

⁸⁶⁶ “Esse princípio geral, entretanto, admite certa flexibilidade, que se mostra ainda mais nítida na medida em que o envolver das necessidades econômicas e sociais passem a recomendar a tutela especial de determinados interesses, mediante criação de massas especiais para cumprimento de finalidades específicas, tais como uma específica exploração econômica e a constituição de garantia, entre outras, pela qual esses acervos ficam vinculados à realização de determinada função. É a ideia da afetação de bens ou de massas patrimoniais, pela qual, segundo Brinz, admitir-se-ia a existência de patrimônios que não pertenceriam a pessoa alguma, pois seriam conjuntos de *bens afetados, como organismos independentes, à realização de um fim (zweckvermögen) (...) limitando-se, por esse modo, a ação dos credores*. A unidade do patrimônio, assim, como assinala Von Thur, perde significado na medida em que certos bens ou conjuntos de direitos subordinam-se a tratamentos normativos especiais, relativizando-se a noção de universalidade. Nesse mesmo sentido, Pontes de Miranda destaca que o fato de o patrimônio ser *unido pelo titular único (...) não quer dizer que a cada pessoa corresponda um patrimônio; há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais*. (...) Não há dúvida de que a expressão “patrimônio separado”, embora de uso corrente, deve ser tomada com reserva, pois, na verdade, o acervo segregado para fins especiais não é excluído do patrimônio do sujeito, continuando a integrar seu patrimônio, no qual apenas é destacado para ser alvo de tratamento especial na conformidade da função que a ele tiver sido atribuída.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 119/121).

⁸⁶⁷ “Com vistas a promover o escopo que o unifica sem interefências externas, o patrimônio separado é vocacionado a garantir, com exclusividade, as dívidas pertinentes ao fim que persegue. Esse efeito da afetação patrimonial constitui eficiente mecanismo jurídico para assegurar, da maneira mais plena possível, a realização da finalidade a que se dirige, pois tem como importante e fundamental

Apesar de regulamentar o *trust*, a Convenção de Haia tem como escopo definir a legislação aplicável aos *trusts* firmados no âmbito internacional (ou comunitário). Assim, cada país membro deverá criar uma lei que regule a validade do *trust*, sua formação, seus efeitos e a administração do patrimônio (artigo 8º da Convenção de Haia).

A lei de cada país não poderá alterar, todavia, a essência do instituto, e isto inclui a aceitação da segregação patrimonial do *trustee* em relação aos bens por ele recebido, bem como a legitimidade processual ativa e passiva do *trustee* em relação aos bens que lhe foram confiados (artigo 11 da Convenção de Haia). Ademais, serão minimamente garantidas as seguintes situações: (i) os credores pessoais do *trustee* não poderão atacar os bens objeto do *trust* (consequência do patrimônio segregado); (ii) os bens objeto do *trust* não integrarão o patrimônio do *trustee* na hipótese de insolvência ou falência (também consequência da segregação patrimonial); (iii) os bens objeto do *trust* não integram nem o acervo matrimonial e nem o acervo sucessório do *trustee* (igualmente decorrente da segregação patrimonial); (iv) o direito de seqüela ao *settlor*, na hipótese do *trustee* ter confundido seu patrimônio pessoal com o patrimônio do *trust* ou então quando alienar este patrimônio em desconformidade com as regras estipuladas no ato de instituição (eficácia *erga omnes* do *trust*).

Apesar de não se vislumbrar a confusão patrimonial entre os bens pessoais do *trustee* e os bens objeto do *trust*, o ato de constituição deve ser submetido, como aponta a doutrina, aos princípios de proteção dos credores; vale dizer, o *trust* não pode ser formado com o objetivo de fraudar credores ou terceiros, sob pena de anulabilidade (no Direito Brasileiro) ou das consequências legais de cada modelo legislativo⁸⁶⁸.

consequência blindar o patrimônio separado das vicissitudes atinentes ao patrimônio geral." (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 65).

⁸⁶⁸ "Os bens e direitos constituídos em *trust* deixam de integrar o patrimônio do *settlor* desde o momento em que o ato de desconstituição é formalizado, passando a formar o patrimônio do *trustee*; disso decorre que os credores do *settlor* não podem agredir esses bens e direitos, desde que em *trust*. Importa notar, entretanto, que a constituição de um *trust* submete-se aos princípios gerais relativos à proteção dos credores, de modo que se o *settlor* tiver constituído o *trust* em fraude o ato de constituição pode ser anulado. O direito inglês contempla uma espécie de ação revocatória falimentar nos casos de *trusts* constituídos a título gratuito ou mediante contraprestação desproporcional em relação ao negócio, desde que tal constituição tenha se verificado nos dois anos anteriores à falência, havendo igualmente uma ação revocatória ordinária para casos em que a constituição do *trust* implique desfalque no patrimônio do *settlor*, em que se subtraia bens à execução ou se atinja a garantia

É importante sublinhar que se inexistir vedação no ato constitutivo, o *trustee* pode gerir o patrimônio do *trust* da forma como lhe convier, podendo, inclusive, alienar bens, gravá-los e onerá-los⁸⁶⁹. O *trustee* estará vinculado não aos bens em si (isoladamente considerados), mas sim ao escopo determinado pelo *settlor* (à finalidade que ele instituiu)⁸⁷⁰.

Talvez os países europeus atualmente mais adeptos do *trust* sejam a França e a Itália. A França positivou⁸⁷¹ o negócio de fidúcia no Código Civil, especificamente artigos 2011 e seguintes. O artigo 2011 menciona que *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires*. Percebe-se que a fidúcia é a operação pelo qual um ou mais constituintes transferem bens, direitos ou garantias (ou um conjunto de bens, direitos ou garantias), presentes ou futuros, a um ou mais fiduciários, que deverá promover uma finalidade específica em proveito de um ou mais beneneficiários. Na fidúcia, verifica-se a separação patrimonial dos particulares do(s)

patrimonial geral.” (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 53).

⁸⁶⁹ “(...) em abstrato, não existe limitação para a atuação do *trustee*, o que pode dar bens em garantia hipotecária, firmar contratos de prestação periódica, alienar ativos, desde que em consonância com o escopo do *trust*.” (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 57).

⁸⁷⁰ “O fim do *trust*, assim, pautará o tipo de administração a ser empreendida pelo *trustee*, de forma que não se afigura possível a fixação de padrão único e abstrato de conduta válido para toda gestão de patrimônio em *trust*.” (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 57).

⁸⁷¹ “A seguito di un recente intervento legislativo la fiducias è divenuta in Francia un negozio típico, definito come l'operazione per la quale uno o più costituenti trasferiscono dei beni, presenti o futuri, ad uno o più fiduciari, che li tengono separati dal proprio patrimonio agendo per uno scopo determinato a vantaggio di uno o più beneficiari (art. 2011 code civil, come intr. dalla l. n. 2007-211 del 19 febbraio 2007). Riservata in un primo tempo alle persone giuridiche, la fiducias è stata poi resa utilizzabile da parte delle persone fisiche (art. 2014 code civil, come intr. dall'ord. n. 2009-112 del 30 gennaio 2009). Fiduciari possono essere solo enti bancari o avvocati. È istituito un registro nazionale delle fiducias (art. 2020 code civil, nuovo testo). Espressamente previsto è l'impiego della fiducias a scopo di garanzia (fiducias sûreté). Al riguardo è stabilito che in caso di inadempimento da parte del costituente il fiduciario deve restituire la differenza tra il credito garantito e il valore dei beni oggetto della fiducias, valutati da periti (art. 2372-3, 2372-4, code civil, come int. dall'ord. del 2009).” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 7 – Le garanzie reali e la prescrizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, pag. 259/260).

fiduciário(s) com aqueles recebidos por eles pela operação fiduciária. O prazo máximo da fidúcia no direito francês é de 99 (noventa e nove) anos⁸⁷².

Já a Itália passou a reconhecer o *trust* ainda na década de 80, quando ratificou a Convenção de Haia através da Lei nº 364/1989, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1992.

No Brasil, o *trust* nunca encontrou muita guarida. Ainda assim, houve um ou outro movimento que tentou implantar a figura no nosso sistema jurídico. Lembra Judith Martins-Costa que, na década de 50, quando da tentativa de codificação das obrigações civis, a Comissão de Juristas que elaborou o projeto *teve em mente as vantagens do instituto, explicitamente abeberado na figura do trust, do Direito anglo-americano, de modo a ser delineado o contrato suficiente à constituição de fidúcia atuando como partes o instituidor e o fiduciário, o beneficiário colocado na posição de terceiro, indispensável, todavia, à relação, e nada obstando a que o próprio instituidor, ou disponente, fosse o beneficiário*⁸⁷³. Estabelecem os artigos 672 e seguintes do Projeto de Código das Obrigações (Projeto de Lei nº 3.264/1.965) a tentativa de positivação do contrato de fidúcia no Direito Brasileiro, que, a bem da verdade, se voltava especificamente à implementação do *trust*. No relatório da Comissão Elaboradora do Projeto, assim constou sobre o negócio de fidúcia:

“Pela fidúcia, que teve ingresso no Projeto por proposta do Professor Nehemias Gueiros e redação deste e dos Professores Caio Mário e Orlando Gomes, ingressa em nosso direito o trust que tantos e bons resultados deu no direito anglo-americano. Para a articulação do respectivo capítulo valeu-se a Comissão dos estudos e publicações mais recentes. Por este contrato, uma pessoa recebendo de outra bens móveis ou imóveis presentes ou futuros, assume o encargo de administrá-los em proveito do instituidor ou de terceiro, mas com a livre disposição sem prejuízo do direito do beneficiário (art. 672). Requer forma escrita (art. 673), sendo obrigatório o instrumento público se recair em imóvel (art. 674). Falecido o fiduciário ou afastado da fidúcia, o imóvel inscrito em seu nome passa ao

⁸⁷² Artigo 2018, 2º Código Civil Francês.

⁸⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990, pag. 37 e ss.

substituto. Para o bom desempenho do contrato constituem patrimônio separado os bens dados em fidúcia, e serão administrados segundo as instruções do instituidor e na falta destas, com a diligência do homem de negócios leal e honesto (art. 675). Responde o fiduciário pelos prejuízos que causar por negligência ou administração temerária, e, sendo mais de um, solidariamente (art. 677). O juiz destituirá o que faltar à fidelidade ou se incompatibilizar para a fidúcia pela defesa de interesses opostos aos da administração ou do beneficiário (art. 678). Também ao juiz cabe designar o substituto do fiduciário, se o instituidor ou o sucessor deste não o fizer (art. 679). A administração fiduciária presume-se remunerada (art. 680), sendo lícito às instituições financeiras manter esse serviço mediante aprovação dos órgãos competentes (art. 681). Extinta a fidúcia pela revogação, vencimento do prazo, renúncia ou morte do fiduciário, os bens reverterem de pleno direito ao instituidor ou seus sucessores, salvo se o contrato houver disposto, para a hipótese, a consolidação da propriedade no patrimônio do beneficiário (art. 683).”⁸⁷⁴

Ademais, a fim de dar sustentáculo ao *trust*, o Projeto de Código Civil (PL nº 3.263/65) permitia expressamente a criação de patrimônios especiais destinados a uma finalidade específica, seja a partir da vontade privada, ou a partir da própria lei, como se verifica no artigo 332⁸⁷⁵. O tema, entretanto, sucumbiu e não esteve presente no Código Civil de 2002.

O *negócio fiduciário*, no Direito Brasileiro, apenas ganhou corpo com a Lei de Mercado de Capitais, que instituiu a alienação fiduciária em garantia. Ainda assim, o *trust* continua a ser figura estranha ao nosso sistema jurídico, não obstante o esforço de sistematização por parte da doutrina.

Há quem tenha sustentado que o *trust* poderia ser exercitado no Brasil através da enfiteuse, que trazia a possibilidade de se discutir uma dupla propriedade (a do proprietário e a do enfiteuta). É o que defendeu Renato Corrêa Freire, em artigo dedicado a analisar a *fidúcia* e a modalidade brasileira de *trust*. Pontuou ele que a

⁸⁷⁴ CÓDIGO CIVIL – Anteprojetos – Volume 4: Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (PL nº 3.263/65) ou Projeto de Código de Obrigações (PL nº 3.264/65). Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas: Brasília, 1989, pag. 421.

⁸⁷⁵ Art. 332 – Patrimônio Separado – Do patrimônio pode ser separado um conjunto de bens ou direitos vinculados a fim determinado, assim por mandamento legal como por destinação do titular.”

enfiteuse seria o instituto hábil a permitir o desdobramento da propriedade, em modo similar ao *trust*⁸⁷⁶. Isto porque o domínio direto do proprietário poderia ser enquadrado – por razões históricas – ao domínio direto exercido pelo soberano durante o Feudalismo, ao passo que o domínio útil do arrendatário perpétuo (enfiteuta) seria equivalente ao domínio útil exercido pelo vassalo. A crítica feita a este entendimento recai no fato de que o enfiteuta não tem domínio, mas sim direito real sobre coisa alheia⁸⁷⁷. De qualquer forma, a tese deixou de ter maior relevância prática na medida em que a enfiteuse foi ceifada do nosso ordenamento jurídico pelo atual Código Civil, mantidas apenas àquelas já existentes quando da entrada em vigor do Código (artigo 2.038⁸⁷⁸). O Direito Real de Superfície, substituto da enfiteuse no novel Código Civil, não tem a característica da suposta dupla propriedade encontrada na enfiteuse, uma vez que se configura como verdadeiro direito real sobre coisa alheia⁸⁷⁹.

⁸⁷⁶ “Vejamos agora, entretanto, se em outros setores do direito pátrio ocorre êsse conceito de duplo domínio e se há condições, na hipótese afirmativa, de adaptarmos o instituto do “trust”, guardadas suas desproporções históricas, ao nosso sistema, utilizando uma combinação de fidúcia e fideicomisso. Parece-nos que o melhor exemplo e que realmente pode conciliar as formas até aqui examinadas, é o da enfiteuse, ou arrendamento perpétuo. Nehemias Gueiros¹⁷ vê no desdobramento enfiteutico o elemento básico formativo da possibilidade dessa adaptação.” (FREIRE, J. Renato Corrêa. *Negócio jurídico fiduciário fidúcia: uma forma brasileira de trust?* Revista dos Tribunais, RT 411/24, jan/1970, ed. Revista dos Tribunais, pag. 1295 e ss).

⁸⁷⁷ “O Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro consagrou a enfiteuse tratando da mesma em vários dispositivos, em especial nos arts. 678 e 679. A incorporação foi feita por via romana, que a consagrara, mas não resta dúvida que sua consolidação e maior uso desenvolveu-se no direito feudal. Dois domínios aparecem claros na enfiteuse: o domínio direto do proprietário e o domínio útil do arrendatário perpétuo. No direito feudal o domínio direto denominava-se “superior” e pertencia ao soberano, o domínio útil, “inferior” e era atribuído ao vassalo. Esta dicotomia incorporou-se ao direito brasileiro e efetivamente é praticada em vários setores, sendo até mesmo lembrada em recentes leis tributárias. Há autores, entretanto, que sustentam, ser duplo domínio enfiteutico mera tradição, afirmando que o domínio útil não constitui outra espécie de domínio, mas, meramente, um direito real sôbre coisa de domínio alheio. Ainda que se aceite a tese divergente, que na opinião da maioria dos autores não prevalece, historicamente existe o duplo domínio no direito brasileiro, o que basta, a nosso ver, para afastar como demasiadamente precipitado o jacobinismo de alguns que consideram o aproveitamento do conceito como imitação, especialmente quando desta dicotomia quiseram os autores do anteprojeto do Código de Obrigações se aproveitar, para adotar, entre nós, o instituto jurídico do “trust”. (FREIRE, J. Renato Corrêa. *Negócio jurídico fiduciário fidúcia: uma forma brasileira de trust?* Revista dos Tribunais, RT 411/24, jan/1970, ed. Revista dos Tribunais, pag. 1295 e ss.).

⁸⁷⁸ “Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores.

§ 1º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso:

I - cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações;

II - constituir subenfiteuse.”

§ 2º A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial.

⁸⁷⁹ “O direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia, distinto e separado da propriedade imobiliária, cuja constituição se dá por registro do ato próprio no Cartório de Registro de Imóveis

Mais recentemente, passou-se a defender que o *trust* estaria presente no Direito Brasileiro, exercitado através da propriedade fiduciária. É o que pontua Raphael Manhães Martins⁸⁸⁰. Entendemos, todavia, que a distinção é marcante, na medida em que inexistente duplo domínio na propriedade fiduciária; vale dizer, o credor fiduciário é o detentor do domínio pleno, restando ao devedor fiduciante tão somente o exercício da posse direta.

Por fim, como já mencionado anteriormente, existe outra parcela da doutrina que entende que o *trust* encontra-se presente através do fideicomisso, o que igualmente não parece prosperar pelas razões expostas no capítulo apropriado.

Ainda assim, com todas as considerações feitas acima, entendemos que o *trust* continua a ser figura estranha ao nosso sistema jurídico, não obstante o esforço de sistematização por parte da doutrina.

(H) REPRESENTAÇÃO INDIRETA – MANDATO SEM REPRESENTAÇÃO

A representação é caracterizada por ser um negócio jurídico unilateral, no qual se verifica a outorga de poderes pelo representado para que o representante atue em seu nome (representado) e no seu próprio interesse.

Ela pode ser legal (*ex lege*) ou voluntária (artigo 115 do Código Civil⁸⁸¹). Será *ex lege* quando o representado não tem a possibilidade de escolher, voluntariamente, seu representado. São as hipóteses aplicáveis aos absolutamente incapazes, que são

competente e seu conteúdo consiste na faculdade de uso, no poder de fruição, no poder de disposição e na pretensão de seqüela, orientados preferencialmente à estrutura do solo fundiário, seja ele urbano, seja rural, embora possa ser prevista, conforme a modalidade da superfície ou o contrato de constituição, utilização ampla do subsolo e espaço aéreo.” (Penteado, Luciano de Camargo, *Direito das Coisas*, ed. RT, 2008, pág. 405).

⁸⁸⁰ MARTINS, Raphael Manhães. *Análise da “aclimação” do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária*. Revista de Direito Privado, vol. 42, abril/2010, pag. 244 e ss., Editora Revista dos Tribunais.

⁸⁸¹ “Artigo 115 – Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.”

representados por seus pais ou outra pessoa que detenha o poder familiar ou pelos tutores/curadores, nos casos previstos no ordenamento jurídico.

Na representação *ex lege* não existe ato voluntário de outorga de poderes, que é caracterizada pela *procuração*. É importante distinguir a *representação* do *mandato*. O mandato se caracteriza por ser negócio jurídico bilateral, através do qual pode ou não estar presente a *representação*. A legislação brasileira não contempla tipicamente a figura do mandato sem representação⁸⁸² (como se observa no artigo 653 do Código Civil, o legislador expressamente pontua que a *procuração é o instrumento do mandato*, além de que *opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses*), muito embora ela seja uma figura amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência, razão pela qual se pode dizer que é uma figura *socialmente típica*, na linha dos argumentos desenvolvidos no Capítulo 2.

Como alguns ordenamentos jurídicos expressamente preveem a hipótese do mandato sem representação (Portugal⁸⁸³ e Itália⁸⁸⁴⁻⁸⁸⁵, por exemplo), muito se começou a falar em representação direta e indireta⁸⁸⁶, esta última exatamente quando se verifica o

⁸⁸² Muito embora ele possa ser identificado no artigo 663, segunda parte, do Código Civil, isto não o torna típico, na medida em que a legislação não traça sua disciplina jurídica. Para maior detalhamento, consultar o capítulo 2 e 2.1 a respeito dos negócios atípicos.

⁸⁸³ Artigos 1.180 e seguintes do Código Civil Português.

⁸⁸⁴ “La rappresentanza indiretta, detta anche di interessi, indica il potere del soggetto di compiere atti giuridici in nome proprio nell’interesse altrui. (...) Il contratto tipico dal quale scaturisce tale obbligo è il mandato, cioè il contratto mediante il quale una parte si obbliga a compiere determinati atti o una determinata attività giuridica nell’interesse dell’altra.” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 120).

⁸⁸⁵ “Il mandatario senza procura è titolare di una posizione che in dottrina viene designata come di rappresentanza indiretta e che è pur sempre una posizione di potere in quanto il mandatario è autorizzato a incidere sulla sfera giuridica del mandante, che ha l’obbligo, oltre che il diritto, di recepire gli effetti dell’atto autorizzato. Taluni effetti del contratto stipulato dal rappresentante indiretto si producono direttamente in capo al mandante. Precisamente, i beni mobili e i crediti acquisiti dal mandatario in nome proprio ma per conto del mandante cadono automaticamente nella titolarità di quest’ultimo. Il mandante può quindi rivendicarli come propri, e il suo diritto cede solo di fronte all’acquisto fatto dai terzi in buona fede (regola del possesso vale titolo: 1153 cc). Conseguentemente, i creditori del mandatario non possono aggredire tali beni per il soddisfacimento delle loro ragioni (1707 cc). (...) Per quanto riguarda, invece, l’acquisto dei beni immobili e dei beni mobili registrati (2683 cc), la titolarità di tali beni passa al mandante a seguito di un atto formale di trasferimento da parte del mandatario (1706 cc.). Il mandatario è obbligato a tale trasferimento e in caso di inadempimento il mandante può chiederne l’esecuzione in forma specifica (2932 cc.).” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 121).

⁸⁸⁶ “Há quem crie um novo item classificatório do instituto, para admitir existência de representação direta e indireta, conforme atue o representante em nome e por conta do representado, ou por conta

mandato sem representação. Sem prejuízo do exemplo dado (mandato sem representação), a doutrina também indica como hipóteses de *representação indireta* o contrato de comissão⁸⁸⁷, comissão mercantil⁸⁸⁸ e de corretagem⁸⁸⁹.

do representado, porém, em nome próprio. O representante indireto, então, recepcionaria os efeitos jurídicos do negócio praticado em sua própria esfera jurídica, tornando-se pessoalmente responsável, perante aquele com quem contratou, por virtude do contrato celebrado: “não por qualquer responsabilidade ex contractus”. Nesse caso, o representante, por um fato posterior (segundo contrato), fará operar a transferência da posição jurídica que adquiriu com o primeiro contrato. Ou seja, “o representado não assume a posição de parte por mero efeito do contrato celebrado pelo seu representante; assume-a porque este, posteriormente, a transferiu para a sua esfera através de um segundo negócio jurídico”. (...) Evidentemente não se pode negar ao representante, também na representação indireta, atuação em nome e por conta do representado, porém, nessa hipótese, não há dúvida, a funcionalidade do instituto reclama dois estágios distintos e mais longos de teorização (...)” (ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Volume I, Tomo II, Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 187/188).

⁸⁸⁷ “É certo que a norma do art. 709 do CC/2002, igualmente, ordena a aplicação das *regras de mandato* a este contrato, o que equivale dizer que impõe ao comissário a *obrigação de prestar contas*. Mas, isto não significa, mais uma vez, sejam contratos idênticos. Na concepção de Luis Munõz, a assimilação da comissão ao mandato, deve-se à visão gaulesa, na qual a comissão aproxima-se do instituto da *agency* inglesa, cujas normas aplicavam-se igualmente tanto ao agente que contratasse em nome próprio, como em nome do principal. Desta postura apartou-se a doutrina germânica que distingue, nitidamente, entre *representação imediata*, na qual o comerciante atua em nome de outrem e a *representação mediata* ou comissão, na qual o comitente atua em nome próprio, mas a conta de outrem, falando-se, inclusive, em *representação indireta* ou “*mandato comercial não representativo*”. Ademais disto, somente um comerciante (empresário no direito brasileiro) poderia praticar a comissão. O direito suíco seguia orientação não dessemelhante e a par de distinguir as noções representação e mandato, separava, da mesma forma que o direito alemão, a representação direta da indireta, restringindo o mandato a um dos meios para conferir poderes. A comissão, como no direito alemão, restringir-se-ia à representação indireta e suas regras constituiriam uma exceção às regras do mandato. Para J. X. Carvalho de Mendonça a comissão seria uma forma *derivada* do mandato, mas sem representação, alertando que, embora os princípios do mandato dominem a comissão, nesta o comissário não representa o comitente, contratando em seu próprio nome. Em outro ponto alerta a necessidade de afastar a doutrina francesa, mantendo bem nítida a distinção entre mandato e comissão. São, portanto, contratos distintos embora informados por princípios semelhantes.” (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos-Direito Civil e Empresarial*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pag. 255)

⁸⁸⁸ “Exemplos clássicos de representação indireta são a comissão mercantil e o mandato sem representação, previsto no art. 663, segunda parte, do CC.” (MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pag. 141).

⁸⁸⁹ “Mas esta regulação não suprimiu ou resolveu a questão da natureza jurídica do contrato de corretagem. Diversas são as teses: cuidar-se-ia de locação de serviços, mandato e, finalmente, comissão. Esta última, a conclusão de J. X. Carvalho de Mendonça, em consonância com a doutrina estrangeira. Mas há ainda quem o qualifique como contrato típico, específico. Quanto à tese do mandato, há uma possibilidade quando se afasta a correlação inexorável entre representação e mandato, tal como acatada pela doutrina francesa. Lembramos que em Roma, inicialmente, o mandato não tinha caráter representativo. Essa qualidade somente vai surgir, posteriormente, com o direito helênico de Justiniano. Por outro lado, embora a representação tivesse sido acatada pelo direito germânico no século XVII, admitia-se a existência do *Treuhänder* (portador da confiança alheia). Isto é, a possibilidade de alguém atuar em nome próprio ou não, no interesse ou por conta de outrem, qual não se reduzia à correlação: representação direta-mandato / representação indireta-comissão.” (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos-Direito Civil e Empresarial*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pag. 294).

Ao que parece, a teoria da *representação indireta* surge no direito anglo-saxão⁸⁹⁰, tendo se consolidado no direito germânico⁸⁹¹. Nela, os atos praticados pelo suposto representante não repercutem na esfera do representado, mas na própria esfera do representante, que, em seguida, deverá transferir a coisa ao representado. Não se verifica, portanto, a *contemplatio domini*, como lembra Mairan Gonçalves Maia Júnior⁸⁹².

Tem como característica, portanto, o agir em nome próprio, mas no interesse do representado. Por conta disto, é alvo de críticas da doutrina em relação à nomenclatura. Eduardo Ribeiro de Oliveira salienta que na representação *não basta que se atue no interesse de terceiro; é necessário que o ato seja praticado em nome desse*. A falta da *contemplatio domini* (outorga do poder de representação) impossibilitaria a qualificação do negócio jurídico como sendo de *representação*⁸⁹³.

José de Oliveira Ascensão adota discurso semelhante, salientando que não se trata de *representação indireta*, mas sim de *interposição de pessoas*⁸⁹⁴. A opinião do autor português é a mesma que Emílio Betti já defendia na Itália, no meio do século

⁸⁹⁰ “Há, finalmente, o direito anglo-saxônico, que desenvolveu a regulamentação da agency em termos muito amplos, englobando tanto a representação propriamente dita (atuação do agente disclosed principal), como a representação indireta ou interposição real (atuação do agente undisclosed principal). A ideia do mandato é desconhecida no direito inglês.” (ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Volume I, Tomo II, Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 181).

⁸⁹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 2 – Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 210.

⁸⁹² “Caracteriza a representação indireta a ausência da *contemplatio domini*, ou seja, o representante, ao agir, não manifesta à contraparte sua qualidade de representante, deixando de esclarecer que os efeitos do negócio jurídico realizado não recairão na sua própria esfera jurídica, mas sim na de outrem, não participante do negócio jurídico.” (MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pag. 139).

⁸⁹³ “Não basta que se atue no interesse de terceiro. Necessário que o ato seja praticado em nome desse. Pode-se agir no interesse de outrem, sem que, entretanto, se atue em nome do interessado. Não haverá, aí, representação, em sentido técnico. Falta a chamada *contemplatio domini* que se configura, exatamente, pelo fato de agir-se em nome de outrem.” (OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil – arts. 79 a 137 – volume II (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira)*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 261/262).

⁸⁹⁴ “Os autores germânicos utilizam normalmente a categoria <<representação indireta>>. Seria caracterizada por um agir para outrem em que não haveria a imputação dos atos ou seus efeitos na esfera jurídica do representado. Do que dissemos resulta exuberantemente que excluímos semelhante figura. O agir <<por conta de>> não se confunde com a representação. Nos casos da chamada representação indireta há pura interposição de pessoas.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 2 – Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 210).

passado. Betti defende que a *representação indireta* (ou *rappresentanza d'interessi*) é, na realidade, uma *interposizione gestoria*⁸⁹⁵. A tese de Betti, no Brasil, é corroborada, dentre outros, por Eduardo Ribeiro de Oliveira, para quem parece ser melhor *evitar-se a dicotomia representação direta e indireta, qualificada por Betti de “velha e equívoca”, de sorte que seria mais adequado reconhecer-se a existência de instituto distinto, a interposição, “essencialmente diversa da representação”*⁸⁹⁶.

Parece-nos que a *representação indireta* não configura uma verdadeira hipótese de *representação*, principalmente porque, sob o aspecto lógico, ela inexistente (tanto que se fala em *mandato sem representação*). Mas como lembra Mairan Gonçalves Maia Júnior, não é tão importante debater a qualificação do *instituto* (se *representação* ou se *interposição*), mas sim os seus efeitos⁸⁹⁷.

Apesar da nomenclatura – *representação indireta* – ela não nos parece ser uma hipótese de *negócio indireto em sentido estrito*. Isto porque inexistente a utilização de um negócio-meio típico para a concretização de uma finalidade diversa daquela própria. Especificamente no *mandato sem representação*, figura que entre nós pode ser enquadrada como socialmente típica, muito embora prevista no artigo 663 do Código Civil, o que eu pretendo é exatamente a finalidade daquela figura; ou seja, desejo celebrar um contrato de mandato, por meio do qual o mandatário atuará em nome próprio, mas à minha conta. Não se verifica, a nosso ver, a existência de efeitos diversos ou de uma finalidade diversa daquela do negócio-meio.

⁸⁹⁵ BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 546.

⁸⁹⁶ “Significativa parte da doutrina reconhece a existência, além da representação direta, que corresponde ao conceito acima explicitado, de uma representação qualificada de indireta. (...) Nesses casos, os efeitos jurídicos do negócio não atingem, direta e imediatamente, aquele em cujo interesse é praticado. Não há, pois, verdadeira representação, pois, como salienta Ruggiero, nessa “apenas o representado fica vinculado para com terceiros, não se tornando necessário qualquer outro expediente para lhe transferir os direitos e obrigações produzidos pela declaração do representante”. Melhor parece evitar-se a dicotomia representação direta e indireta, qualificada por Betti de “velha e equívoca”. Mais adequado reconhecer-se a existência de instituto distinto, a interposição, “essencialmente diversa da representação.” (OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil – arts. 79 a 137 – volume II (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira)*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 262/263).

⁸⁹⁷ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pag. 141.

Assim, afastada a *representação indireta* dos *negócios fiduciários em sentido estrito*, deve ser analisada se ela é hipótese de *negócio fiduciário*. E a resposta é afirmativa. Questão mais complexa é definir em qual espécie ela melhor se enquadra.

Na *representação indireta* se verifica uma interposição real de pessoas, na qual o *negócio obrigacional* vem antes do *negócio translativo*. O mandato representa o *negócio obrigacional*, ao passo que o ato translativo será caracterizado pela transferência da coisa/direito ao mandante, após o mandatário tê-la recepcionado em seu próprio nome. A questão primordial é saber se no *negócio fiduciário* esta inversão da estrutura (primeiro o *negócio obrigacional* e posteriormente o *ato translativo*) seria possível. A escassez de material sobre esta questão dificulta a análise, mas, a nosso ver, parece sim ser possível a inversão estrutural da ordem dos *negócios*. A figura da interposição real de pessoas ajuda a definir a questão a favor dos *fiduciários*, pois, como ressalta a doutrina, a *interposição real* é hipótese clássica de *negócio fiduciário*⁸⁹⁸. Ademais, como defendem alguns, a relação obrigatória do *negócio fiduciário* é regulada pelo mandato sem representação⁸⁹⁹. Veja-se, também, que o *poder de abuso* se faz presente, na medida em que o mandatário pode não transferir a coisa ao mandante, que, desta forma, poderá pleitear a execução específica (se celebrado mediante escritura pública ou se celebrado mediante instrumento particular mas a coisa não ter sido repassada à terceiro de boa-fé) ou indenização por perdas e danos (se celebrado mediante escritura particular e a coisa tiver sido transferida à terceiro de boa-fé).

É um modelo análogo ao *trust*, no qual o *trustee* gere o patrimônio do *trust* como se dono fosse, mas no interesse do *settlor* (constituente do *trust*). Aliás, na Itália (artigo

⁸⁹⁸ “A *interposição* pode, então, ser real ou fictícia. A primeira ocorre nos negócios fiduciários, no mandato sem representação, e está próxima de determinadas figuras que também se prestam à tutela dos interesses de terceiros, tal como a gestão de negócios. Já a *interposição* fictícia desloca-se para o campo da simulação, na medida em que opera uma voluntária e ilícita alteração da causa do negócio jurídico.” (TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo (USP) para a obtenção do título de doutor. São Paulo, 2004, pag. 63).

⁸⁹⁹ “Sebbene in passato si sia discusso circa l’esatta qualificazione di questo rapporto, sembra preferibile far riferimento al contratto di mandato. Il rapporto interno tra le parti è in altre parole regolato da un normale contratto di mandato senza rappresentanza, con conseguente applicazione del regime tipico del mandato.” (GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede – buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Torino: UTET Giuridica, 2014, pag. 202).

1.707 Código Civil Italiano⁹⁰⁰) e em Portugal (artigos 1.180/1.184 Código Civil Português⁹⁰¹) o mandato sem representação acarreta inclusive a formação de patrimônio segregado, tal qual no *trust*, impedindo que credores do mandatário sem representação possam atacar os bens/direitos por ele adquiridos e que devem ser repassados ao mandante. No Brasil, o *mandato sem representação* é negócio atípico, razão pela qual ele se enquadraria como *negócio fiduciário propriamente dito*. Na Itália e em Portugal, seria *negócio fiduciário legal*, não se verificando mais verdadeira hipótese de abuso de poder pelo *mandatário*.

Ainda que se entenda que não se qualifica como *negócio fiduciário propriamente dito*, *negócio fiduciário impróprio* ou *negócio fiduciário legal*, certamente se enquadra como *negócio de fidúcia*, tal qual a *representação* e o *mandato* isoladamente considerados, como já explicitado no capítulo 4.4.(D).

4.6. NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS E LIMITES OBJETIVOS

⁹⁰⁰ “Artt. 1.707: I creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistati in nome proprio , purché, trattandosi di beni mobili o di crediti, il mandato risulti da scrittura avente data certa anteriore al pignoramento, ovvero trattandosi di beni immobili o dibeni mobili iscritti in pubblici registri, sia anteriore al pignoramento la trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo.”

⁹⁰¹ “Artigo 1180.º - O mandatário, se agir em nome próprio, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que celebra, embora o mandato seja conhecido dos terceiros que participem nos actos ou sejam destinatários destes.

Artigo 1181.º - 1. O mandatário é obrigado a transferir para o mandante os direitos adquiridos em execução do mandato.

2. Relativamente aos créditos, o mandante pode substituir-se ao mandatário no exercício dos respectivos direitos.

Artigo 1182.º - O mandante deve assumir, por qualquer das formas indicadas no n.º 1 do artigo 595.º, as obrigações contraídas pelo mandatário em execução do mandato; se não puder fazê-lo, deve entregar ao mandatário os meios necessários para as cumprir ou reembolsá-lo do que este houver despendido nesse cumprimento.

Artigo 1183.º - Salvo estipulação em contrário, o mandatário não é responsável pela falta de cumprimento das obrigações assumidas pelas pessoas com quem haja contratado, a não ser que no momento da celebração do contrato conhecesse ou devesse conhecer a insolvência delas.

Artigo 1184.º - Os bens que o mandatário haja adquirido em execução do mandato e devam ser transferidos para o mandante nos termos do n.º 1 do artigo 1181.º não respondem pelas obrigações daquele, desde que o mandato conste de documento anterior à data da penhora desses bens e não tenha sido feito o registo da aquisição, quando esta esteja sujeita a registo.”

Os limites objetivos estudados no capítulo 3.2., destinados aos *negócios indiretos*, aplicam-se integralmente aos *negócios fiduciários*. Eles devem respeitar a escala pontuada, ou seja, devem existir, serem válidos (art. 104 do Código Civil) e terem potencial para produzir efeitos (se não tiverem potencial para produzir efeitos, são negócios *inúteis*).

Assim, em linhas gerais, a licitude dos *negócios fiduciários* se verificará quando as partes não visem fraudar terceiros e/ou fraudar a lei, seja direta ou indiretamente (através da finalidade pretendida), como ensina Menezes Cordeiro⁹⁰².

Pensando estritamente nas espécies mais aptas a gerarem problemas, vale refletir que os *fiduciários propriamente ditos* e os *fiduciários impróprios* são muito confrontados com o instituto da simulação ou da fraude à lei.

O problema sempre surge face um direito de terceiro, seja porque este terceiro é credor do fiduciante e o bem foi transferido posteriormente (fraude contra credores), seja porque os credores do fiduciário não sabem que o bem efetivamente não pertence a ele, e sim ao fiduciante (nos *fiduciários propriamente ditos* a questão é ainda mais grave, na medida em que inexistindo direito real, o fiduciante nada poderá fazer para evitar que o credor do fiduciário tome para si a coisa) ou seja porque o fiduciário abusou do poder da sua situação jurídica para alienar a coisa para terceiros.

É exatamente pelo fato dos problemas sempre se originarem frente *terceiros* que não participam da relação jurídica fiduciária, que Kohler identificou a questão como *negócios encobertos*, na medida em que apenas uma parte dele é vista por quem está de fora.

Ainda com todas estas particularidades, os *negócios fiduciários* não se confundem com os *negócios simulados* (não obstante serem classificados como espécies

⁹⁰² “A admissibilidade dos contratos fiduciários não oferece hoje dúvidas, à luz da autonomia privada (405.º) Naturalmente, se o escopo pretendido for proibido, o negócio é nulo (280.º/1 e 294.º), assim como nulo será se pretender enganar terceiros, exprimindo uma vontade declarada diferente da real (242.º). A jurisprudência, com hesitações, tem confirmado essa admissibilidade.” (MENEZES CORDEIRO, António de.. *Tratado de Direito Civil VII – Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 270).

do gênero *negócios indiretos lato sensu*, na Itália e em Portugal, e *negócios anômalos*, na Espanha). Nem mesmo no Direito Romano se vislumbrava esta confusão⁹⁰³. Todavia, quando o *negócio fiduciário* passou a ser reestudado na Alemanha por influência dos Pandectistas, muito se debateu sobre a questão. Doutrinadores reconhecidos, como Goltz, chegaram a defender que se tratava de *negócio simulado* ou, no mínimo, de uma figura que se colocava entre a simulação e a realidade, o que foi rechaçado na sequência, principalmente depois dos estudos de Francesco Ferrara sobre o assunto⁹⁰⁴⁻⁹⁰⁵. Isto porque tanto o *negócio translativo* quanto o *pacto fiduciae* são efetivamente desejados. Mais do que isso: o fiduciário tem a propriedade de fato e de direito; a coisa é efetivamente transferida. Seria simulação, se não houvesse, de fato, transferência⁹⁰⁶. San Thiago Dantas ainda assinala que a *importância da distinção entre o negócio fiduciário e o negócio simulado é capital porque, enquanto no negócio simulado podemos sempre anular o negócio aparente, não podemos jamais, se houver fidejussão, pretender anular direito contraído por um primeiro adquirente que assumiu o compromisso de fazer depois uma transmissão da casa a terceiro*⁹⁰⁷. Esta distinção já foi reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

⁹⁰³ “Diversa dalla apparenza e dalla simulazione è la fiducia.” (BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pag. 180).

⁹⁰⁴ “Il Goltz che pure ha fatto un'analisi sottile e profonda dei negozi fiduciari conchiude dicendo ch'essi sono un misto di verità e d'apparenza e che prendono una posizione intermedia fra i negozi reali e simulati. Questa formulazione è inesatta, perchè se è vero che economicamente le parti perseguono un effetto diverso da quello espresso nel mezzo giuridico, e che quindi arrivano a nascondere il loro scopo economico, ciò non toglie che il negozio sia serio e reale nella sua veste giuridica, ed il fine per cui le parti conchiudono non ha alcuna importanza dal lato del diritto.” (FERRARA, Francesco. *I negozi fiduciari*. In *Studi di Diritto Romano, di Diritto Moderno e di Storia del Diritto – pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*. Milão: Editore Ulrico Hoepli, 1905, pag. 748/749).

⁹⁰⁵ “A simulação diferencia-se do negócio fiduciário. Apesar das fortes amarras histórico-dogmáticas e práticas que aproximam o negócio fiduciário da simulação, é hoje unanimemente aceite, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, que estamos perante duas realidade jurídicas distintas. O negócio fiduciário é um negócio atípico e realmente querido, que não assenta numa divergência entre a vontade manifestada e a vontade real. A sua validade, como se verifica para qualquer negócio, tipificado ou não, deve ser averiguada em concreto, à luz dos seus exatos contornos, e não por simples remissão para o regime simulatório.” (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil II – Parte Geral – Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 891).

⁹⁰⁶ “Há, assim, na simulação uma divergência entre a declaração e a vontade. Declarou-se uma coisa que não se queria, no todo ou em parte. Há, como disse Ferrara, entre a forma extrínseca e a essência íntima um contraste flagrante. No negócio fiduciário, ao contrário, não há divergência alguma entre o que se quis e o que se declarou. O ato é querido, não só em sua forma, mas também em sua essência. Tudo é real, tudo é verdadeiro. O fiduciário não é um adquirente ou titular ficto. É um adquirente ou titular real.” (LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, pag. 194/195).

⁹⁰⁷ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pag. 241.

“Não é exato supor que o negócio fiduciário possa ser anulado pelo vício da simulação. O negócio fiduciário encerra uma transação válida, efetivamente realizada e formalmente em ordem. O proprietário a quem se transferiu a coisa o é perante a lei e terceiros. Guarda somente, para com o alienante, um pacto de fidúcia que o obriga a lhe retransmitir a propriedade.”⁹⁰⁸

Em outro julgado, Supremo Tribunal Federal ratificou a distinção entre o *negócio fiduciário* e o *negócio simulado*, tendo apontado que:

“O negócio fiduciário assume caráter que bem o identifica no sistema jurídico. É um negócio sério, não fictício. É um negócio verdadeiro, não simulado. É um negócio em que o alienante transmite direitos ou coisas ao adquirente para que este os restitua.”⁹⁰⁹

No mesmo sentido é o acórdão do Recurso Extraordinário nº 71.616/SP, de relatoria do Ministro Rodrigues Alckmin, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 11 de dezembro de 1973.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça manteve a mesma linha jurisprudencial, através do Recurso Especial nº 57.991/SP, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira⁹¹⁰:

⁹⁰⁸ Revista dos Tribunais 292/505.

⁹⁰⁹ Recurso Extraordinário nº 99.640-1. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Rafael Mayer. Relator para acórdão Min. Néri da Silveira. Julgado em 28.08.1984.

⁹¹⁰ Ementa: “Civil. Negócio fiduciário. Transferência de propriedade de imóvel em garantia de dívida. Pedido de declaração de existência do pacto. Efeito natural de retorno ao estado anterior. Com anulação da escritura. Prescrição. Incidência da norma do art. 177 e não do art. 178, par. 9., v, b, cc. Inexistência de ação anulatória e nem mesmo de simulação. Recurso desacolhido.

I- o negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberação de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega fictícia de um bem, geralmente em garantia, com a condição de ser desenvolvido posteriormente.

II- reconhecida a validade do negócio fiduciário, o retorno ao estado anterior e mero efeito da sua declaração de existência, pelo que o bem dado em garantia de débito deve retornar, normalmente, a propriedade do devedor.

III- incorre, assim, qualquer pretensão desconstitutiva de contrato, mas sim declarativa de validade, o que afastaria a prescrição definida no art. 178, par. 9., v, b do código civil. E nem mesmo se trata de simulação, porque no negócio simulado há um distanciamento entre a vontade real e a vontade manifestada, inexistente no negócio fiduciário.” (REsp nº 57.991/SP. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 19.08.1997. DJU 29.09.1997. LEXSTJ 102/142. RDR 10/286. RSTJ 102/284).

“É de salientar-se ainda que de negócio simulado também não se cuida. No negócio simulado há uma distância entre a vontade real e a vontade existente, o que se mostra ausente no fiduciário, que, por sua vez, se preocupa com a verdadeira expressão da vontade das partes.”⁹¹¹

É interessante também os ensinamentos de Luigi Cariota-Ferrara, para quem, nos *negócios fiduciários*, as partes desejam os efeitos do negócio que formalizaram; elas querem a finalidade que só aquele meio específico pode concretizar⁹¹².

Nem mesmo se pode confundir o *negócio fiduciário* com a interposição fictícia de pessoa, muito embora na classificação inicial de Kohler, ambos os institutos são espécies do gênero *negócios encobertos*. Como lembra Paolo Gallo⁹¹³ e Vincenzo Roppo, *con l'interposizione fittizia l'effetto reale di trasferimento non si produce: il simulato acquirente del bene ne diventa titolare solo aparente e non effettivo. Invece il fiduciario diventa titolare efetivo del bene; egli è protagonista di un'interposizione reale*⁹¹⁴.

Por fim, convém assinalar que o *negócio fiduciário* abstratamente considerado não tem como função fraudar a lei. Quando o fizer será nulo/anulável. Mas como instituto jurídico, será lícito, desde que não viole os limites impostos pelo ordenamento jurídico. É o que sempre defendeu Otto de Souza Lima, traçando, inclusive, um paralelo com o contrato inominado. Dizia o autor brasileiro o *negócio fiduciário* era uma espécie de negócio inominado; *ora, o contrato inominado não encontra, também, molde legal*,

⁹¹¹ REsp nº 57.991/SP. Quarta Surma do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 19.08.1997. DJU 29.09.1997. LEXSTJ 102/142. RDR 10/286. RSTJ 102/284.

⁹¹² “Il negozio fiduciario intanto ha luogo in quanto le parti vogliono gli effetti del negozio che pongono in essere: voluto è il fine, voluto è il mezzo che solo può portare a quel fine nella sua interezza.”(CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, pag. 239).

⁹¹³ “Ricorrente è l’affermazione, sia in dottrina che in giurisprudenza, che il negozio fiduciario si distingue dalla simulazione in quanto il trasferimento della proprietà è effettivamente voluto; si pensi in particolare alla distinzione tra interposizione fittizia ed interposizione reale di persona, nel primo caso il trasferimento della proprietà há luogo solo fittiziamente; ne consegue che l’alienante conserva la titolarità del bene. Nel secondo caso il trasferimento della proprietà há viceversa luogo in modo pieno; ne consegue che il fiduciario diventa titolare a tutti gli effetti del bene trasferito fiduciariamente.” (GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l’apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010, pag. 2417).

⁹¹⁴ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pag. 639.

*mas, nem por isso, será um contrato in fraudem legis. (...) Não há dúvida que o negócio fiduciário poderá constituir, como, aliás, qualquer outro ato jurídico, uma fraude à lei. Nestes casos, sua nulidade é evidente, mas não simplesmente por ser negócio fiduciário, mas por conter uma fraude à lei*⁹¹⁵.

⁹¹⁵ LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, pag. 194.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi analisar as figuras dos *negócios indiretos e fiduciários* a partir das premissas desenvolvidas por Ihering, Kohler e Ragelsberger na Alemanha e, posteriormente, por Francesco Ferrara na Itália. Assim, foi possível demonstrar que os *negócios indiretos / encobertos / anómalos* são gênero, dos quais são espécies os *negócios indiretos em sentido estrito*, os *negócios fiduciários* e os *negócios com interposição fictícia de pessoas*.

O maior problema encontrado pelos estudiosos do assunto diz respeito à *causa contratual*. Por esta razão, o primeiro capítulo foi destinado ao estudo da *causa contratual*, de onde resultou o moderno conceito de *causa*, não mais como a *função econômico-social* idealizada por Emilio Betti, mas sim como *função econômico-individual*, apta a identificar a *causa* não apenas como a *função abstratamente idealizada pelo legislador*, mas sim como a *função concretamente buscada pelas partes através do negócio jurídico escolhido*.

No sistema jurídico brasileiro, muito embora a *causa* não figure como um elemento típico do negócio jurídico, foi possível concluir que nosso sistema jurídico é *essencialmente causal*, de sorte que a *causa* está sim presente; mais do que isso, a *causa* brasileira também é uma *causa-função*, que pode ser expressa igualmente como *causa concreta* (ou função econômico-individual).

Qualquer estudo sobre figuras negociais requer uma parte destinada a tecer considerações sobre a classificação dos fatos jurídicos com especial ênfase nas características dos *negócios jurídicos* e dos *contratos*. O capítulo segundo, portanto, cumpre essa função, na medida em que não apenas analisa todos estes aspectos, como ainda ingressa na discussão sobre os *tipos negociais*, os *tipos sociais* e a *teoria geral dos negócios atípicos*, de onde, por fim, foi proposto estudar e diferenciar a figura dos *negócios mistos* e dos *negócios coligados*, na medida em que elas possuem reflexos no tema desta dissertação. Neste mesmo capítulo, inicia-se a discussão e a apresentação da

teoria dos *negócios jurídicos encobertos / indiretos / anómalos*, os quais suas duas espécies mais marcantes foram estudadas nos capítulos subsequentes.

Como forma de melhor interrelacionar os institutos, fez-se imperioso o estudo da origem destas figuras no Direito Romano Arcaico, através da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore* e seu posterior desenvolvimento durante todo o Império Romano, e ao longo de toda a Idade Média, principalmente nos reinos germânicos e anglo-saxões, de onde surgiram os modelos de *fidúcia germânica* e *fidúcia anglo-saxã*. Na origem, serviram como instrumentos de flexibilização do rígido esquema de tipicidade das figuras negociais romanas, pois, como ensina Alcides Tomassetti Junior, *as regras de direito não estão encerradas nos códigos como numa vitrina; operam na vida*⁹¹⁶.

Os modelos de fidúcia conhecidos historicamente (romano, germânico e anglo-saxão) continuam a existir até os dias atuais, sem que seja possível afirmar que um prevalece sobre o outro de forma abstrata. Obviamente que em alguns sistemas jurídicos um ou outro sistema prevalece, principalmente por conta da própria estrutura do ordenamento jurídico.

Desta forma, pode-se afirmar que a *fidúcia anglo-saxã* é largamente utilizada nos países de tradição inglesa, tais como Inglaterra, Estados Unidos e Austrália, onde são utilizados como importantes instrumentos de *equity* no sistema da Common Law. Ainda assim, cada vez mais este modelo passa a ser estudado e praticado nos ordenamentos jurídicos europeus e na América Espanhola, através dos institutos do *trust* e do *fideicomisso*.

No sistema do *Civil Law*, o modelo de *fidúcia romana* é o mais comum nos países de tradição romana, principalmente nos sistemas jurídicos caracteristicamente *causais* (Itália, Espanha, França e Portugal), ao passo que na Alemanha (sistema jurídico caracteristicamente *abstrato*) a *fidúcia germânica* prevalece. A bem da verdade, na Alemanha inexistem restrições legais para o *negócio fiduciário* e *indireto*, mormente

⁹¹⁶ TOMASETTI JR, Alcides. *Execução do contrato preliminar*. Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor perante a Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) no ano de 1982, pag. 02.

porque eles não precisam lidar e justificar a *causa contractual* dentro destes institutos, o que rende até hoje grandes discussões na Itália, na França, na Espanha e em Portugal.

Com a explicação e conceituação da doutrina moderna da *causa*, foi possível afastar os problemas encontrados no início e meio do século XX, decorrentes da dificuldade em delinear a *causa* dos *negócios fiduciários*, mormente porque não se encontrava justificativa para que o *fiduciário* devolvesse a coisa para o *fiduciante*, na medida em que a *causa* do *negócio translativo* não seria apta para esta finalidade.

Daí surge toda a teoria da *causa fidei*, que confere supedâneo legal ao *negócio fiduciário*, quando entendido como *negócio único*, tese que prevalece na maioria dos países, exceto a Itália, a Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, que identificam o *negócio fiduciário* como *negócio dúplice*, centrado no *negócio translativo* e no *pacto fidei* isoladamente considerados, embora coligados para a obtenção de uma finalidade econômica comum. Na Itália, não se fala em *causa fidei*, mas sim em *causa complessiva*, caracterizada pela função idealizada pelo *negócio coligado* e não pelos negócios jurídicos isoladamente considerados.

A classificação dos *negócios fiduciários* de acordo com a origem dos institutos (*romana, germânica e anglo-saxã*) não nos parece mais suficiente para lidar com os fenômenos modernos, razão pela qual propusemos aqui sua classificação em (i) *negócios fiduciários propriamente ditos*, caracterizados pela *fidei romana*, no qual o papel da *fidei* é essencial, na medida em que se verifica o *poder de abuso* por parte do *fiduciário*; (ii) *negócios fiduciários impróprios*, caracterizados pela *fidei germânica*, nos quais o *pacto fidei* possui natureza de direito real ou condição resolutiva e, por esta razão, inexistente a possibilidade de *poder de abuso* por parte do *fiduciário*; e daí se pode afirmar que não se verifica, de fato, a presença do elemento da *fidei* entre os contratantes; (iii) *negócios fiduciários legais ou típicos*, determinados pela sua tipicidade no ordenamento jurídico, tal qual a alienação fiduciária em garantia no Direito Brasileiro, o *trust* da União Européia, positivado através da Convenção de Haia sobre o *trust* e o *fideicomisso* da América Espanhola; são negócios jurídicos historicamente *fiduciários* que, contudo, acabaram positivados pelo legislador e, por isso, o grau de *fidei* existente é ainda menor do que nos *negócios fiduciários*

impróprios (na medida em que existe um regime jurídico tipificado); (iv) *negócios de fidúcia*, cujas figuras são aquelas originadas no Direito Romano pela *fiducia cum amico*, tais como o *comodato*, o *mandato*, o *depósito*, a *administração* e em todos os contratos *intuitu personae*, no qual existe o requisito da *confiança* na escolha da pessoa do contratante; sua estrutura não é mais aquela do *negócios translativo e do pacto fiduciae* – e portanto aqui em muito se distanciam das outras três figuras, que se pode chamar de *verdadeiros negócios fiduciários* – mas a *fidúcia* se faz igualmente presente, ou até em maior grau do que nos *negócios fiduciários legais ou típicos*.

Apesar da grande importância prática dos *negócios fiduciários*, Kohler merece os créditos de ter observado que o fenômeno dos *negócios encobertos / indiretos / anômalos* não era exclusividade desta figura negocial, mas também dos chamados *negócios indiretos em sentido estrito*. Assim, de modo similar aos *negócios fiduciários*, os *indiretos* se prestam a atingir uma finalidade diversa do *negócio-meio* escolhido pelas partes, seja porque (i) inexistente um negócio típico para a finalidade desejada ou seja porque (ii) as partes não desejam recorrer a ele, mas preferem entabular um negócio jurídico que indiretamente propicie aquela mesma finalidade. O regime jurídico aplicável será o do *negócio-meio*, e os efeitos indiretos produzidos por ele podem ou não derivarem da pactuação de uma cláusula extra, desde que ela não desvirtue o *tipo negocial* escolhido pelas partes como *negócio meio*. Na prática, os *negócios indiretos* são muito frequentes. São exemplos clássicos a *retrovenda com função de garantia*, o *negotium mixtum cum donatione*, a *procuração in rem suam* e, principalmente, as chamadas *doações indiretas*, caracterizadas pelo espírito liberatório não através do negócio típico de doação, mas de outras operações econômicas que propiciem a mesma finalidade (como, por exemplo, na subrogação de uma dívida com posterior renúncia do direito de crédito).

Apesar de seus mais de dois mil anos de existência, as figuras negociais aqui estudadas continuam a ser muito utilizadas no dia a dia. Embora as necessidades atuais não sejam mais as mesmas daquela época (no Direito Romano a *taxatividade* da utilização dos *negócios típicos* forma a razão do surgimento destas figuras, ao passo que este não é mais um problema dos dias atuais), elas continuam a existir. E nada melhor do que se socorrer de institutos já consagrados na prática. Assim, ensina Tullio

Ascarello que *as novas necessidades são, então, satisfeitas, mas o são com velhos institutos. Nessa adaptação, a nova exigência é satisfeita através de um velho instituto que traz consigo as suas formas e a sua disciplina, e oferece à nova matéria, ainda em ebulição, um velho arcabouço já conhecido e seguro. As velhas formas e a velha disciplina não são abandonadas de chofre, mas só lenta e gradualmente, de maneira que, muitas vezes, por longo tempo, a nova função vive dentro da velha estrutura, e assim se plasma, enquadrando-se no sistema. Pode isto contrariar a simetria e a estética do sistema, mas oferece, às vezes, a vantagem da conciliação de progresso e conservação, da satisfação de novas exigências, respeitadas a continuidade do desenvolvimento jurídico e a certeza de disciplina decorrente da utilização de institutos já conhecidos, que já foram objeto de elaboração por parte da doutrina e da jurisprudência, sujeitos à prova da experiência, e, por esta, moldados*⁹¹⁷.

⁹¹⁷ ASCARELLI, Tullio. *O negócio indireto. In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, pag. 155/156.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, André Cordelli. *Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 56, de abril/2012. Ed. Revista dos Tribunais, pag. 171 e ss.

- ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. *Introdução ao pensamento jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Volume I, Tomo I, Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- _____.
Instituições de Direito Civil, Volume I, Tomo II, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II – conteúdo – contratos de troca*. Coimbra: Almedina, 2012.

- _____. *Contratos III – contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. Coimbra: Almedina, 2013.

- _____. *Contratos IV – Funções. Circunstâncias. Interpretação*. Coimbra: Almedina, 2014.

- ALPA, Guido. *Il contratto in generale – fonti, teorie, metodi*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2014.

- _____. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 2013.

- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Teoria Geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1972.

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. TÁCITO, Caio. CHALHUB, Melhim Namen. *Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor*. Obra publicada pela ABECIP, s/d.

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características*. Revista de Direito Privado 02/147, abr./2000.
- _____ . *Direito Privado – vol.1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, negócio indireto, negotium mixtum cum donatione*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 3, pág. 437, junho/2011.
- _____ . *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.
- _____ . *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. São Paulo: Saraiva, 1943.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil 2 – Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____ . *Direito Civil 3 – Teoria Geral – Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário - Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. Renovar, Rio de Janeiro: 2006.

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2009.

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____ . *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- BAUSILIO, Giovanni. *Contratti Atipici*. Padova: CEDAM, 2014.

- BERNAL, Beatriz. LEDESMA, José de Jesus. *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas (de los orígenes de la alta edad media)*. 2ª edición. México: Editorial Porrúa S.A., 1983.

- BERTINI, Alessandro. *I negozi fiduciario di preparazioni dell'adempimento*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1940.

- BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- _____. *Do Contrato – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

- BESSONE, Mario (a cura di). *Istituzioni di Diritto Privato*. 20ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

- BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Ristampa Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

- BEVILÁCQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Servanda, 2015.

- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 14, número 2, agosto/2014.

- BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Tomo 7 – le garanzie reali e la prescrizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2012.
- _____. *Diritto Civile, Tomo 3 – Il contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000.
- _____. *Diritto Civile, Tomo 6 – La proprietà*. Milano: Giuffrè Editore, 1999.
- _____. *Il divieto del patto comissorio*. Milano: Giuffrè Editore, 1957.

- BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.

- BISOGNI, Lígia Cristina de Araújo. *Da alienação fiduciária em garantia*. Revista de Direito Civil, RDCiv. 42/100, de out-nov/1987.

- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Data de acesso 01.04.2015.

- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O Problema da Causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, sem data.

- CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- _____. *I Negozi Fiduciari – trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia; processo fiduciário*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, sem data. Ristampa Università di Camerino.

- CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

- CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio juridico*. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

- CAVALCANTI, José Paulo. CAVALCANTI FILHO, José Paulo. *Renúncia – Precisoões em torno do seu conceito*. In *Direito Civil – Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão – vol 2 (coords. José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão)*. São Paulo: Atlas, 2015, pag. 103.

- CHALHUB, Melhim Namem. *Direitos Reais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- _____ . *Da Incorporação Imobiliária*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- _____ . *Negócio Fiduciário – Alienação Fiduciária*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____ . *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____ . *A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 2, de maio/1998. Ed. Revista dos Tribunais, pag. 113 e ss.
- _____ . *Propriedade fiduciária de bens móveis em garantia*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 21, de julho/2003. Ed. Revista dos Tribunais, pag. 302 e ss.
- _____ . *Trust – Breves considerações sobre a sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana*. Revista dos Tribunais, vol. 790, de agosto/2001. Ed. Revista dos Tribunais, pag. 79 e ss.
- _____ . *Afetação patrimonial no direito contemporâneo*. In *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Ed. Padua: Rio de Janeiro, vol. 29 de jan/mar 2011, pags. 111/147.

- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

- CIFUENTES, Santos. *Negócio Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986.

- CLÁPIS, Alexandre Laizo. *A propriedade fiduciária imobiliária – aspectos gerais e registrários*. Dissertação entregue para a obtenção do título de mestre na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), 2010, pag. 19/20.

- CÓDIGO CIVIL – Anteprojetos – Volume 4: Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (PL nº 3.263/65) ou Projeto de Código de Obrigações (PL nº 3.264/65). Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas: Brasília, 1989, pag. 421.

- COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. *Análisis y jurisprudencias de la Ley de Instituciones de Crédito, exposición de motivos, disposiciones de la SHCP, Banxico, CNB y ABM* - Tomo II. Editorial Porrúa, Ciudad del México, 2003, pag.. 764/765.

- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- DI MAIO, Federico. *Il contratto fiduciario – implicazione civilistiche e tributarie*. Milano: Pirola Editore, 1979.

- DI MAJO, Adolfo. *Enciclopedia Giuridica – verbete “causa”*. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988.

- DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volume I, Madrid: Tecnos 2013.
- _____ . *Sistema de Derecho Civil*. Volume II, Tomo I, Madrid: Tecnos 2012.
- _____ . *Sistema de Derecho Civil*. Volume II, Tomo II, Madrid: Tecnos 2013.

- DIURNI, Giovanni. *Variazioni sul tema fides e fiducia nella storia giuridica*. In *La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milão: Giuffrè Editore, 2012.

- DUARTE, Nestor. *Proteção jurídica dos bens dos incapazes*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de doutor junto à Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) no ano de 1988.
- _____. *Penhor de título de crédito*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Livre-docente junto à Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) no ano de 2010.

- *ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO*. Tomo VI, *cap-cine*. Milano: Giuffrè Editore, 1960.

- FABIAN, Cristoph. *Fidúcia – negócios fiduciários e relações externas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

- FERRARA, Francesco. *I negozi fiduciari*. In *Studi di Diritto Romano, di Diritto Moderno e di Storia del Diritto – pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*. Milão: Editore Ulrico Hoepli, 1905, pag. 743/758.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Destino do Contrato*. In *Revista do Advogado*, Ano III, nº 9, pag. 54 – Conferência pronunciada em 30 de abril de 1980, no Curso sobre Contratos, realizado pela AASP.

- FERREIRA, Vasco Taborda. *Do conceito de causa dos Actos Jurídicos*. Monografia de doutoramento em Ciências Jurídicas apresentada na Universidade de Lisboa. Lisboa, 1946.

- FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Da representação*. In *Teoria Geral do Direito Civil* (coords. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni). São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Estipulação em favor de terceiro*. In *Teoria Geral dos Contratos* (coords. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni). São Paulo: Atlas, 2011.

- FILHO, José Abreu. *Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- FIUZA, César. *Direito Civil – Curso Completo*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- FLANNIGAN, Robert. *Fiduciary and contractual accountability*. In *La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milano: Giuffrè, 2012.

- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

- FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga. *Contratos Inominados, mistos e negócio indireto*. Revista dos Tribunais 464/34, junho/1974.

- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos-Direito Civil e Empresarial*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____ . *Contratos-Direito Civil e Empresarial*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____ . *Teoria Geral do Contrato – confronto com o Direito Europeu Futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- FRANKEL, Tamar. *Fiduciary Relationships in the Common Law*. In *La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milano: Giuffrè, 2012.

- FREIRE, J. Renato Corrêa. *Negócio jurídico fiduciário fidúcia: uma forma brasileira de trust?* Revista dos Tribunais, RT 411/24, jan/1970, ed. Revista dos Tribunais, pag. 1295 e ss.

- GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico – Trattato di Diritto Civile e Commerciale (Cicu-Messineo)*. Milano: Giuffrè Editore, 2002.
- _____ . *Trattato di Diritto Civile – Vol 1*. Padova: CEDAM, 2015.
- _____ . *Trattato di Diritto Civile – Vol 2*. Padova: CEDAM, 2015.

- GALLO, Paolo. *Tratatto del Contratto – Tomo 2: il contenuto e gli effetti*. Torino: UTET Giuridica, 2010.
- _____. *Tratatto del Contratto – Tomo 3: i rimedi; la fiducia e l'apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010.
- _____. *Contratto e buona fede – buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Torino: UTET Giuridica, 2014.

- GAMBINI, Maria Luisa. *Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*. In *Rassegna di Diritto Civile n° 4 de 1998*. Edizione Scientifiche Italiane, pags. 844/879.

- GILMORE, Grant. *La morte del contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999.

- GENTILI, Aurelio. *La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*. In *La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milão: Giuffrè Editore, 2014.

- GINEVRA, Enrico. *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia “Romanistica”, “Germanistica”, “Anglosassone”*. In *La fiducia e i rapporti fiduciari (a cura di Enrico Ginevra)*. Milano: Giuffrè, 2012.

- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Dos Fatos Jurídicos e do Negócios Jurídico*. In *Teoria Geral do Direito Civil (coords. Lotufo, Renan. Nanni, Giovanni Ettore)*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- GOGLIANO, Daisy. *A função social do contrato (causa ou motivo)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 99, 2004.

- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- GOMES, Manuel Januário da Costa Gomes. *Assunção fidejussória de dívida*. Coimbra: Almedina, 2000.

- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª edição. Forense: Rios de Janeiro, 2008.
- _____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Perfil dogmático da alienação fiduciária*. Revista dos Tribunais 850/749, ago./2006.

- GRASSETTI, Cesare. *Del negozio fiduciário e dela sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*. In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*. Volume XXXIV, Parte Prima, 1936, fls. 345/378.
- _____. *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*. In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*. Volume XXXIV, Parte Prima, 1936, fls. 548/553.

- _____. *Trust Anglosassione, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*. In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*. Volume XXXIV, Parte Prima, 1936, fls. 548/553.

- ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECADAS, Miguel A. *Contratos – Aspectos Generales*. Santa-Fé: Rubinzal – Culzoni, 2005.

- JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Direito dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil – Tomo II, vol. 1*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América - Bosch y Cía, 1950.

- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano (trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

- _____. *Derecho de obligaciones – Tomo I*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- _____. *Derecho de obligaciones – Tomo II*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações – Vol. II*. Coimbra: Almedina, 2014.
- _____. *Garantias das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2012.

- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa móvel*. Curitiba: Juruá, 2003.

- LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

- LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.

- LIPARI, Nicolò. *Il negozio fiduciario*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1971.
- _____. *Fiducia statica e trusts*. In *Rassegna di Diritto Civile n° 3 de 1996*. Edizione Scientifiche Italiane, pags. 483/496.

- LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Direito Civil – Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

- LOTUFO, Renan. *Observações sobre a representação no Código de 2002*. In *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo – reflexões sobre os 10 anos do Código Civil (coords. Renan Lotufo, Giovanni Ettore Nanni e Fernando Rodrigues Martins)*. São Paulo: Atlas, 2012, pag. 108.
- _____. *Código Civil Comentado – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Código Civil Comentado – Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Ato Ilícito*. In *Teoria Geral do Direito Civil (coords. Lotufo, Renan. Nanni, Giovanni Ettore)*. São Paulo: Atlas, 2008.

- LOS MOZOS, José Luis de. *El negocio jurídico (estudios de derecho civil)*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1987.

- LUPOLI, Maurizio. *Il Contratto de affidamento fiduciario*. Milano: Giuffrè Editore, 2014.

- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- MARINÂNGELO, Rafael. *Dos Atos Jurídicos Lícitos*. In *Teoria Geral do Direito Civil (coords. Lotufo, Renan. Nanni, Giovanni Ettore)*. São Paulo: Atlas, 2008.

- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Notas sobre o negócio fiduciário*. In *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Ed. Padma: Rio de Janeiro, vol. 20 de out/dez 2004, pags. 35/63.

- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- MARTINS, Raphael Manhães. *Análise da “aclimatação” do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária*. *Revista de Direito Privado*, vol. 42, abril/2010, pag. 244 e ss., Editora Revista dos Tribunais.

- MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro*. *Revista da AJURIS*, nº 45, março/1989.

- _____. *O método de concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil*. In *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo – Reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Renan Lotufo (coord. Giovanni Ettore Nanni)*. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 475.

- _____ . *Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 657, de julho/1990.

- _____ . *Contratos. Conceito e evolução*. In *Teoria Geral dos Contratos* (orgs. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni). São Paulo: Atlas, 2011.

- MAZZAMUTO, Salvatore. *Il contratto di diritto europeo – lesione II*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 4 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil II – Parte Geral – Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 2014.
- _____ . *Tratado de Direito Civil VII – Direito das obrigações – contratos e negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina, 2014.
- _____ . *Tratado de Direito Civil X – Direito das obrigações – garantias*. Coimbra: Almedina, 2015.

- MESSINA, Giuseppe. *Negozi Fiduciari. Non in commercio*, 1910.

- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Negócio Indireto e Negócios Fiduciários*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, Volume 6, pág. 1261, junho/2011.

- MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano*. 15 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- _____ . *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- _____ . *A retrovenda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

- NALIN, Paulo. SIRENA, Hugo. *Da estrutura à função do contrato: dez anos de um direito construído*. In *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo – Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil* (coords. Renan Lotufo, Giovanni Ettore Nanni e Fernando Rodrigues Martins). São Paulo: Atlas, 2012, pag. 273.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos Coligados*. In *Teoria Geral dos Contratos* (coords. Renan Lotufo e Giovanni Nanni). São Paulo: Atlas, 2011.
- NETO, Francisco dos Santos Amaral. *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*. Revista de Direito Civil: Revista dos Tribunais, 22/36, out.-dez./1982.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Acordo de acionistas e direito de preferência na compra de ações da companhia – negócio jurídico indireto ilícito*. in *Soluções Práticas de Direito*, vol. IV. Revista dos Tribunais, 2014.
- NORONHA, Fernando. *A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantias das obrigações*. Revista dos Tribunais 845/37, mar./2006.
- NUZZO, Massimo. *Negozió fiduciario*. In *Rivista di Diritto Civile*, anno XXXI, 1985. Padova: CEDAM, pag. 645/655.
- OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014.
- OLIVA, Milena Donato. RENTERÍA, Pablo. *Fidúcia: a importância da incorporação dos efeitos do trust no direito brasileiro*. In *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*. Ed. Padma: Rio de Janeiro, vol. 48 de out/dez 2011, pags. 27/61.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil – arts. 79 a 137 – volume II* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- _____ . *Direito das Coisas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____ . *Doação com encargo e causa contratual*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo (USP) para a obtenção do título de mestre. São Paulo, 2002.
- _____ . *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Direito das Coisas*. 20ª Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 7ª edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- _____ . *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*. In *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Giuseppe Branca, arts. 1230-1259*. Torino: Zanichelli Editore, 1975.

- PIRES, Catarina Monteiro. *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina, 2010.

- PLANIOL, Marcelo. *Traité Élémentaire de Droit Civil – Vol. 2*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- _____ . *Tratado de direito privado: parte geral. Tomo 3*. Campinas: Bookseller, 2000.
- _____ . *Tratado de Direito Privado*, Tomo XXI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.

- PRATO, Enrico del. *Le basi del Diritto Civile*. Vol. I. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.

- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Verona: CEDAM, 2008.
- ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2011.
- RUBINO, Domenico. *El Negocio Juridico Indirecto*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.
- SANTORO, Laura. *Il negozio fiduciario*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.
- SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil – Ius Romanum*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.
- SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa – da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio fiduciario*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1969.
- SENRA, Andressa Biato. FERREIRA, Leonardo Botelho. MACHADO, Marta Cunha da Cruz. MENESES NETO, Themistocles. *O fideicomisso como facilitador do crédito na América do Sul*.
https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2961/1/BS%2025%20O%20Fideicomisso%20como%20Facilitador%20do%20Cr%C3%A9dito%20na%20Am%C3%A9rica%20do%20Sul_P.pdf – acessado em 29.09.2015.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. *Remissão*. In *Teoria Geral das Obrigações* (coords. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni). São Paulo: Atlas, 2011.

- TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1990.

- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 3 – teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. São Paulo: Ed. Método, 2014.

- TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf> - acessado em 28.07.2015.

- _____. *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*. In *Direito Civil – Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão – vol 2 (coords. José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão)*. São Paulo: Atlas, 2015, pag.88.

- TEPEDINO, Gustavo. MORAES, Maria Celina Bodin de. BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Volume I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- _____. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Volume II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- _____. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Volume III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

- _____. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República – Volume IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

- TOMASETTI JR, Alcides. *Execução do contrato preliminar*. Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor perante a Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) no ano de 1982.

- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 2013.

- TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo (USP) para a obtenção do título de doutor. São Paulo, 2004.

- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009.

- VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao Novo Código Civil – dos direitos reais – arts. 1225 a 1510 – volume XVI (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira)*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, sem data.

- ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito Contratual Contemporâneo*. São Paulo: Método, 2008.