

## AS DIFICULDADES ACERCA DA FIGURA DO NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO E DO *TRUST*

João Pedro de Oliveira de Biazzi

Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestrando em *Diritto Romano e Sistemi Giuridici Contemporanei* pela *Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante do *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT). Professor de Direito Civil. Advogado.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo identificar as características essenciais dos negócios jurídicos fiduciários, contribuindo, desta maneira, para a identificação mais clara de seu modelo hermenêutico no direito brasileiro. A investigação passa pela análise dos elementos históricos da fidúcia e da experiência anglo-saxã em torno do Trust.

Palavras-chave: negócio jurídico; negócio fiduciário; trust; fidúcia

### 1. INTRODUÇÃO

O negócio jurídico fiduciário não é uma figura nova para a doutrina e jurisprudência brasileiras. Sua linha de evolução, no entanto, oscila com o tempo. Há períodos em que o estudo do negócio fiduciário ganha muita atenção dos estudiosos. Posteriormente, verifica-se uma época de súbito esquecimento da figura<sup>1</sup>.

Atualmente, o interesse em torno do negócio jurídico fiduciário ressurgiu quase com força da novidade no Brasil. Possivelmente, um dos fatores que influenciou positivamente os novos estudos sobre o tema foi a introdução legislativa da figura do fideicomisso entre vivos nos países latino-americanos, como no recente caso do Uruguai<sup>2</sup>.

Juntamente com o interesse, emergem do esquecimento as dúvidas sobre o negócio fiduciário que insistem em acompanhá-lo desde sua concepção teórica mais primitiva. Afinal, o que é negócio fiduciário? Qual é a sua estrutura? Quais são suas consequências jurídicas? Sobre todas essas perguntas, muito já se pensou e escreveu. Seria temerário esboçar qualquer resposta sem antes considerar de que maneira os demais estudiosos tentaram respondê-las.

Com o escopo de dar estrutura cartesiana ao estudo aqui proposto, primeiramente será feita uma sintetização em torno do que se discute sobre o conceito de negócio jurídico fiduciário. Em um segundo momento, serão analisadas as fontes históricas que dão origem ao negócio fiduciário. Depois, serão apresentadas brevemente as "construções" da fiducia moderna apontadas pela doutrina. Por fim, serão pontuadas as grandes divergências doutrinárias em torno do negócio jurídico fiduciário, seguido de uma conclusão.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO**

Embora seja trivial reconhecer a atual empolgação em torno do instituto, há séculos encontramos esforços da doutrina em entendê-lo. Ferdinand Regelsberger, em sua obra sobre a cessão de direito<sup>3</sup>, é creditado por ter sido o primeiro doutrinador a chamar atenção para uma figura jurídica que ele, com base na *fiducia* romana, chamou de negócio fiduciário (*fiduziarisches Geschäft*)<sup>4</sup>. O termo veio para substituir a expressão "negócio encoberto" (*verdecktes Geschäft*), utilizada anteriormente por Josef Kohler e que instintivamente remetia aos negócios simulados<sup>5</sup>.

Cesare Grassetti sintetiza a definição de Regelsberger como um negócio que tem como principal característica a incongruência ou heterogeneidades do escopo que foi alvo das partes e o meio jurídico empenhado para alcançá-lo<sup>6</sup>.

Essa definição, apesar de sua origem germânica, corresponde à pedra angular do moderno estudo da fiducia, inclusive na sua construção romana. Dela, destaca-se três atributos do negócio fiduciário<sup>7</sup>: (i) o negócio é seriamente querido; (ii) há incongruência entre o fim visado e o meio empregado para atingi-lo; e (iii) há heterogeneidade dos meios jurídicos empregados, com relação ao escopo econômico.

A incongruência entre o fim e o meio constitui o traço característico da construção de Regelsberger<sup>8</sup>. Com efeito, para lograr-se a obtenção de determinado resultado, concebe-se uma solução jurídica que outorga efeitos muito mais amplos que o necessário.

Embora seja incontestável a contribuição de Regelsberger e da escola pandectista alemã para desvelar os elementos do negócio jurídico, ela por si só não possui autonomia dogmática para fornecer uma conceituação moderna do negócio fiduciário<sup>9</sup>. Esse segundo passo foi dado na Itália, principalmente durante a primeira metade do século XX<sup>10</sup>.

Dentre os autores italianos que se debruçaram sobre o tema<sup>11</sup>, a principal contribuição veio de Cesare Grassetti, que definiu negócio fiduciário como uma manifestação de vontade em que a outrem atribui-se a titularidade de um direito em seu próprio nome, porém no interesse do cedente ou de um terceiro<sup>12</sup>. Conclui ainda que há implicitamente no negócio fiduciário uma relação de confiança entre as partes<sup>13</sup>.

Através desta conceituação, resta evidente o elemento da confiança e a atribuição plena que o fiduciante faz ao fiduciário de seu direito. Daí decorre também o chamado direito de abuso inerente ao fiduciário<sup>14</sup>.

A rica produção italiana chegou ao Brasil e foi recebida por poucos autores brasileiros<sup>15</sup>. Otto de Souza Lima, autor da primeira monografia nacional sobre o tema, define negócio jurídico fiduciário como "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"<sup>16</sup>. Em termos parecidos, Melhim Namem Chalhub adotou a seguinte definição: "Entende-se por negócio fiduciário o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprindo esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário"<sup>17</sup>.

As definições supracitadas reduzem o suporte fático do negócio fiduciário às hipóteses em que se verifica a celebração de um negócio jurídico transacional, ou seja, aquele que consiste na transmissão de um direito. Não estariam inclusos no suporte fático, portanto, os demais negócios jurídicos de atribuição patrimonial (e.g. outras espécies de negócios jurídicos dispositivos e negócios jurídicos obrigacionais)<sup>18</sup>.

Na definição de negócio jurídico fiduciário, Pontes de Miranda afirma 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 jurídico fiduciário"<sup>19</sup>.

Embora a definição leve em conta a situação do negócio jurídico translativo, Pontes não deixa dúvidas, mais a frente, que "o suporte fático do negócio jurídico com fidúcia contém, necessariamente, atribuição patrimonial"<sup>20</sup>. O autor, portanto, não limita o suporte fático do negócio jurídico fiduciário aos negócios jurídicos translativos.

O que resta claro é que nenhum dos conceitos logrou a confiança daqueles que estudam o tema. Embora seja possível encontrar congruências entre as escolas alemã, italiana e brasileira, o conceito de negócio jurídico fiduciário, talvez por sua modernidade, resta incerto.

### **3. AS RAÍZES HISTÓRICAS DA FIDÚCIA**

Não obstante seja o esforço em torno do conceito de negócio fiduciário relativamente recente, esse tipo de negócio tem raízes longínquas, o que comprova sua enorme difusão e importância. Três são as fontes históricas mais estudadas da fidúcia: a *fidúcia romana*, a *fidúcia germânica* e a *fidúcia anglo-saxã*<sup>21</sup>. Embora historicamente muito diferentes entre si, essas fontes têm em comum certas afinidades com o conceito mais primordial de negócio fiduciário, trazido por Regelsberger. Sendo de enorme relevância conhecê-las, convém analisá-las em apartado.

#### **3.1 A FIDÚCIA ROMANA**

A *fidúcia*, no direito romano, apresentava estruturas semelhantes às utilizadas pelos contratos reais<sup>22</sup>, aproximando-se no ponto de vista funcional dos contratos de depósito,

comodato e penhor<sup>23</sup>. Foi um instituto de grande aplicação no período clássico, tendo sua importância reduzida no período pós-clássico, o que culminou no seu desaparecimento no período justiniano<sup>24</sup>

Indicar quando surgiram os institutos jurídicos nunca será tarefa fácil, eis que geralmente são provenientes de um formato grosseiro, até que vão-se amoldando para constituir unidades autônomas. No caso da fidúcia do direito romano a situação é agravada, já que os compiladores do *Corpus Iuris* procuraram excluir da codificação os vestígios da fidúcia, por conta do desaparecimento dos dois modos formais de transferência da propriedade (*mancipatio* e *in iure cessio*)<sup>25</sup>.

Do que restou, pode-se dizer que os antecedentes históricos mais ancestrais se encontram na Lei das XII Tábuas, estando a *fiducia* presente na Tábua VI-1<sup>26</sup> como um pacto de efeito moral, baseado na consciência e na lealdade do fiduciário, destituído de qualquer força cogente<sup>27</sup>. Não tinha, portanto, qualquer consequência que atacasse além da consciência e lealdade do fiduciário<sup>28</sup>.

Trata-se de um negócio solene, restrito portanto aos cidadãos romanos, no qual se realizava a alienação de uma coisa (seja por *mancipatio* ou por *in iure cessio*) com o escopo fiduciário (*pactum fiduciae*), que normalmente era mencionado na fórmula ritualística da *mancipatio* ou da *in iure cessio*. O *pactum fiduciae* ainda poderia estar presente em uma *lex mancipio dicta*, inserido na *nuncupatio* da *mancipatio*<sup>29</sup>.

A fidúcia seria, portanto, um contrato real<sup>30</sup> pelo qual "alguém (o fiduciário) recebe de outrem (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa infungível, 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"<sup>31</sup>.

Nota-se, portanto, que a fidúcia romana é caracterizada pela coligação entre um negócio jurídico translativo e abstrato, que seria a *mancipatio* ou a *in iure cessio*, e um negócio jurídico obrigacional, que determina como será o exercício do direito pelo adquirente (*pactum fiduciae*)<sup>32</sup>.

Analisando o aspecto funcional da *fiducia* romana, Gaio, jurista do século II d.C., subdivide o instituto em duas espécies: a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*<sup>33</sup>. A *fiducia cum amico* ganha desenhos genéricos nas Institutas de Gaio, importando puramente a obrigação de restituir o bem alienado fiduciariamente, abrangendo as aplicações mais primitivas do instituto<sup>34</sup> (e.g. fiduciante transfere o direito de propriedade sobre uma coisa ao fiduciário, com o escopo de garantir a segurança da coisa transmitida). Por outro lado, a *fiducia cum creditore* ganha contorno mais individualizado, apresentando-se como a forma mais antiga de garantia real conhecida no direito romano<sup>35</sup>.

É preciso deixar claro que, na fidúcia romana, o direito de propriedade era transmitido de forma plena, absoluta e ilimitada ao fiduciário, tendo todos os direitos inerentes à qualidade de *dominus*<sup>36</sup>. A obrigação de restituir a coisa tinha natureza meramente

obrigacional. Para obter a restituição, como explica Gaio, tinha o fiduciante a *actio fiduciae*, não tendo o efeito da restituição automática da coisa<sup>37</sup>.

### 3.2 A FIDÚCIA GERMÂNICA

Nos ordenamentos jurídicos teuto-germânicos da Idade Média, era o *Salmann*<sup>38</sup> que desempenhava as funções de fiduciário. O *Salmann* tinha uma função bem marcante no cenário jurídico germânico medieval, servindo não só como intermediário, recebendo poderes de um alienante para transmitir solenemente a um terceiro destinatário, mas também como um protetor da aquisição, pois impedia que propriedades fossem vendidas por quem não era proprietário<sup>39</sup>.

O *Salmann*, assim, tornava-se titular de um direito real de propriedade. No entanto, esse direito real não era pleno, absoluto e ilimitado<sup>40</sup>. O direito real era limitado pelo fim que determinava a intervenção do *Salmann*<sup>41</sup>.

Por conta dessa limitação ao direito real, o fiduciante e seus herdeiros poderiam até mesmo retomar a coisa do poder de terceiros, se o *Salmann* não honrasse os compromissos por ele assumidos<sup>42</sup>, uma vez que o fiduciante era titular de um direito real de reversão contra o *Salmann*<sup>43</sup>.

No direito alemão moderno, o termo *Salmann* foi substituído pela denominação *Treuhänder*, para fiduciário, e *Treuhand*, para a própria fidúcia germânica. A *Treuhand* surge, assim, por um ato solene no qual o *Treuhänder* adquire a titularidade de um direito real anteriormente tido pelo fiduciante, mas essa titularidade encontra-se condicionada resolutoriamente<sup>44</sup>, com eficácia real *erga omnes*, que torna ineficaz todo o uso contrário ao fim que se busca, provocando *ipso iure* o retorno da coisa ao fiduciante ou aos seus herdeiros, inclusive em prejuízo de terceiro adquirente<sup>45</sup>.

Além do *Salmann* e do *Treuhand*, outras formas fiduciárias são inclusive apontadas como mais características do mundo teutônico, como, por exemplo, o *affiduciatum*, o *pignus ad fruidandum*, o *verfallpfand* e as *gewerebürgen*. Essas figuras, no entanto, não chegaram aos dias atuais com desenhos muito precisos<sup>46</sup>.

No que se refere à utilização do instituto pela sociedade, a fidúcia não foi menos fecunda na seara do direito germânico. A *Treuhand*, que pode ser traduzida como *fiduzia*<sup>47</sup>, apresenta notórios traços de similaridade com a fidúcia romana, ainda que dela difira de forma sensível.

Ambas colimam escopo similar e baseiam-se na confiança depositada no fiduciário. Na fidúcia romana, no entanto, o direito real era transmitido sem qualquer limitação. Já na fidúcia germânica, há transmissão de uma propriedade sob condição resolutiva, limitada pelos fins estabelecidos pelo negócio.

### 3.3 A FIDÚCIA ANGLO-SAXÃ

As peculiaridades do sistema jurídico algo-saxão corroboram para uma análise mais pormenorizada.

O sistema de *common law*<sup>48</sup> tem origem na Inglaterra e alicerça as suas raízes pela ação histórica dos Tribunais Reais de Justiça, após a conquista normanda<sup>49</sup>. Marco básico desse sistema jurídico é a existência de institutos jurídicos singulares, marcados por tradições, ritos e conceitos ímpares sob a luz do sistema romano-germânico, que dispensam em sua tradição um sistema de codificação organizado (e.g. Código Civil, Código Penal, Código Comercial, etc.)<sup>50</sup>.

Até o século XIII, o sistema jurídico aplicado na Inglaterra era estritamente dependente de processos marcados pelo formalismo<sup>51</sup>. A dificuldade de acesso a esses métodos, aliada à parcialidade das decisões ante a autoridade dos senhorios locais<sup>52</sup>, contribuiu para a difusão de um sistema rival, o *equity*, que era exclusivamente aplicado pelos Chanceleres, verdadeiros representantes da vontade real<sup>53</sup>. Foi nesse sistema que surgiram os dois institutos do direito inglês cujo parentesco com os negócios jurídicos fiduciários a doutrina tem por hábito apontar: o *trust* e o *mortgage*.

O *trust* inglês foi o sucessor do *use*. A relação de *use* era estabelecida quando uma pessoa (*transferor* ou *feoffor*) entregava um bem a outra (*transfere to uses* ou *feoffee to uses*) para que o administrasse em prol de um terceiro (*plaintiff* ou *cestui que use*), ao qual houvera sido impossível ou mesmo inconveniente tornar-se o proprietário<sup>54</sup>. Nesse sentido, convencionou-se dizer que o *feoffee to uses* detinha o *legal estate* e o *cestui que use* detinha o *equitable estate*<sup>55</sup>.

O *use* ganhou popularidade na esfera do direito das sucessões, sendo maciçamente preferido por apresentar ampla flexibilidade para fins sucessórios<sup>56</sup>. Rapidamente, no entanto, o instituto sofreu com a prática de abusos, de forma a ensejar represálias legislativas que culminaram na aprovação, em 1536, durante o reinado de Henrique VIII, do *Statute of Uses Act*. O ato obrigava todos os *feoffee to uses* que detivessem propriedades a transferi-las aos *cestui que use*, que passariam a ser os únicos titulares dos *estates*, ou seja, dos direitos de propriedade. Consolidava-se, portanto, a propriedade na pessoa dos beneficiários dos *uses*<sup>57</sup>. A partir desse momento, houve a supressão quase que completa do *use*, que teve sobrevivência marginal, em circunstâncias nas quais o *Statute of Uses Act* não era aplicável<sup>58</sup>.

Uma das proibições do *Statute of Uses Act* era a instituição do *use* a favor de terceira pessoa. Nada impedia, porém, que o *legal estate* fosse cometido em favor de um segundo, estipulando-se um terceiro ou quanto como detentor do *equitable estate*<sup>59</sup>. Criava-se, assim, um *use upon a use*<sup>60</sup>. Nota-se que tal tipo de exegese é notadamente forçada, constituindo-se em evidente violação da *mens legis* do *Statute of Uses Act*.

Para evitar confusões, o segundo *use* foi substituído gradativamente pela palavra *trust*. O instituto do *trust* nada mais é, portanto, que uma recriação do *use*, adaptada às novas circunstâncias<sup>61</sup>.

Existem copiosas definições para o que seja *trust*. A primeira definição foi trazida por Lord Coke, ainda no século XVII<sup>62</sup>. Embora essa definição contenha enorme valor histórico, consagra apenas um direito pessoal que o beneficiário do *trust* teria contra um terceiro que adquirisse a propriedade envolvida no mesmo *trust*.

Talvez a mais precisa definição de *trust* encontra-se cunhada nas primeiras páginas do clássico livro "Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees", atualmente assinado por David Hayton, Paul Matthews e Charles Mitchell<sup>63</sup>. Em tradução livre, define-se *trust* como "uma obrigação de *equity* vinculando um sujeito (denominado *trustee*), que passa a gerir e dispor de uma propriedade da qual detém o controle (denominada *trust property*), para o benefício de outros sujeitos (então denominados *beneficiaries* ou *cestuis que trust*), dentre os quais pode constar o próprio *trustee*, podendo qualquer das partes exigir o adimplemento da obrigação"<sup>64</sup>. Essa definição está muito próxima da que se encontra no artigo 2º da XV Convenção de Haia, de 1985, que procurou traçar diretrizes para reconhecer o *trust* no âmbito do direito internacional privado<sup>65</sup>.

A definição do *trust* que apresentamos apresenta enorme proximidade com a romana *fiducia cum amico*. No entanto, uma característica marcante do *trust* é a existência de uma bipartição do *dominium* (*legal estate* – que seria o *dominium directum* – e *equitable estate* – o *dominium utile*). Essa possibilidade de bipartir o direito de propriedade, única no direito inglês, não é alcançada nos institutos de direito romano, que se limitavam ao desmembramento do direito de propriedade nos direitos reais de uso, gozo e disposição<sup>66</sup>. No caso do *trust*, portanto, tanto o *trustee* como o *cestui que trust* são proprietários. O primeiro detém a propriedade formal, já o segundo detém a propriedade econômica<sup>67</sup>.

O instituto do *mortgage* no antigo direito inglês<sup>68</sup> pregava a transferência da coisa do devedor ao credor com o objetivo de garantir a dívida. O devedor, portanto, era o fiduciante (*mortgagor*), já o credor era o fiduciário (*mortgagee*)<sup>69</sup>.

No direito inglês antigo, a propriedade era transmitida por meio do *feoffment with livery of seisin* ou por meio da *common recovery*, institutos muito semelhantes, respectivamente, à *mancipatio* e à *in iure cessio* do direito romano<sup>70</sup>. Como consequência dessa semelhança, o direito de propriedade sobre os bens transferidos pelo *mortgage* era absolutamente ilimitado e pleno, assim como no direito romano, na *fiducia cum creditore*.

A evolução da *equity*, no entanto, mudou esse paradigma. Por meio da *equity of redemption*, que passou a acompanhar indissolavelmente o *mortgage*, o devedor poderia, ainda depois de vencido o prazo marcado para o cumprimento de sua obrigação, exercer um direito de restituição, no prazo máximo de 12 anos, desde que pagasse o valor devido, acrescido de juros acumulados e eventuais danos decorrentes da mora<sup>71</sup>.

Por conta dessa modificação promovida pela *equity*, a propriedade transmitida no *mortgage* deixou de ser ilimitada, tornando-se condicionada<sup>72</sup>. Mais precisamente, os efeitos do *mortgage* estão subordinados a uma condição resolutiva, condição esta que é a satisfação da dívida<sup>73</sup>.

O *mortgage* apresenta enorme semelhança com a *fiducia cum creditore* do direito romano<sup>74</sup>. Sem a limitação oriunda da *equity of redemption*, as duas figuras beirariam à identidade completa, ressalvadas as diferenças naturalmente existentes entre institutos que se desenvolveram em comunidades jurídicas completamente distintas. A diferença primordial encontra-se na obrigação do *mortgagee* em retransmitir o bem quando a dívida fosse paga.

#### 4 AS "CONSTRUÇÕES" DA FIDÚCIA MODERNA

À luz das fontes históricas, nota-se que a fidúcia, independentemente de estar consubstanciada na forma romana, germânica ou inglesa, sempre desempenhou a função de preencher lacunas de dado sistema jurídico<sup>75</sup>. O ordenamento jurídico não comporta reformas diárias para satisfazer necessidades casuísticas, é por isso que se torna imperiosa a sua adaptação, para viabilizar novas exigências sociais. Retomando as lições de Frederico de Castro y Bravo e de Otto de Souza Lima, este é o campo de aplicação da fidúcia: tornar dúcteis os cimentos que amarram um sistema jurídico fechado<sup>76</sup>.

Levando em consideração a experiência histórica da fidúcia, bem como sua aplicabilidade, Giuseppe Messina verificou que a fidúcia moderna apresenta três "construções" distintas: (i) a construção de origem romana; (ii) a construção de origem germânica; e (iii) a legitimação fiduciária<sup>77</sup>.

A construção romana resulta da conjugação de dois negócios. Pelo primeiro negócio, transmite-se ao fiduciário um direito na forma de propriedade plena. Pelo segundo negócio, de efeito obrigacional, há a obrigação de valer-se do direito adquirido dentro dos limites convencionados e para o fim econômico que as partes almejem atingir<sup>78</sup>. Assim, o lado obrigacional do negócio tem por fim limitar os direitos transmitidos. No entanto, por conta da transferência ilimitada da propriedade, o fiduciário que não cumpre o *pactum fiduciae* responderá somente pela reparação dos danos decorrentes dessa violação obrigacional. O fiduciante, assim, não tem qualquer remédio real para a recuperação do bem transmitido, o que dá margem para abusos por parte do fiduciário.

Por conta desse aspecto estrutural da construção romana, quem efetua um negócio fiduciário nos seus moldes realmente quer transferir o domínio pleno do bem, mas confia que o vínculo obrigacional será suficiente para restabelecê-lo à situação anterior<sup>79</sup>.

Na construção germânica, a propriedade e o direito não se transferem plena e ilimitadamente ao fiduciário, mas sim condicionados resolutivamente e com eficácia real<sup>80</sup>. Por conta disso, os poderes do fiduciário são desde o início rigorosamente limitados ao escopo para o qual as partes celebraram a fidúcia. Como a transmissão tem efeitos subordinados a uma condição resolutiva, a presença desse fator de eficácia possibilita ao fiduciante a retomada do bem fiduciado.

Diversamente do que se verifica na construção romana, a condição resolutiva neutraliza qualquer possibilidade de abuso<sup>81</sup>, 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"<sup>82</sup>.

Já na legitimação fiduciária, inspirada fundamentalmente no *trust* inglês, há uma bipartição da propriedade. O fiduciário teria um direito de propriedade simplesmente formal, ao passo que o fiduciante teria um direito de propriedade material<sup>83</sup>. Assim como foi explicado na figura do *trust*, na legitimação fiduciária tanto o fiduciário como o fiduciante são proprietários de um mesmo bem.

## **5 A INSTABILIDADE EM TORNO DO NEGÓCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO**

Até o presente momento, buscou-se expor breves notas sobre o conceito de negócio jurídico fiduciário, suas modalidades e suas origens históricas. É preciso deixar claro, no entanto, que impera sobre o negócio jurídico fiduciário uma verdadeira "desordem conceitual"<sup>84</sup>, não havendo conformidade doutrinária acerca de sua estrutura, natureza, efeitos e até admissibilidade.

A própria falta de homogeneidade entre o meio jurídico e a finalidade econômica pretendida pelas partes, atributo trazido por Regelsberger e que boa parte da doutrina julga elemento essencial do negócio jurídico fiduciário<sup>85</sup>, não deixa de ser criticada por alguns doutrinadores. Afirma-se que esse modo de perceber o negócio fiduciário traduz noção nebulosa, pois pretende confrontar os diversos instrumentos jurídicos e sua aptidão para alcançar determinadas finalidades por meio de exame quantitativo, em que se analisa o excesso, a falta ou a perfeita adequação do meio jurídico com o fim econômico pretendido pelas partes<sup>86</sup>.

O direito de abuso também é julgado por parte esmagadora da doutrina como um elemento essencial do negócio jurídico fiduciário<sup>87</sup>, mas até esse elemento vem sendo posto em cheque por parte minoritária, mas eloquente, da doutrina. Nesse ponto, defende-se que a possibilidade de abuso não poderá caracterizar o negócio fiduciário, pois a possibilidade de inadimplir o pactuado é inerente a qualquer avença, sendo que nem sempre é possível tutelar especificamente os interesses do credor insatisfeito<sup>88</sup>.

Além da dificuldade em torno do próprio conceito de negócio jurídico fiduciário e quais seriam seus elementos de existência, o atual ceticismo acerca da possibilidade de ser conferido tratamento orgânico e sistemático ao tema também encontra motivo no difícil, ou talvez impossível, enquadramento dos negócios fiduciários nas categorias jurídicas assentes<sup>89</sup>.

Vale citar a assimilação frequente do negócio fiduciário com os negócios jurídicos simulados e os negócios jurídicos indiretos.

Quando Grassetti diagnosticou como elementos categoriais inderrogáveis do negócio jurídico fiduciário (i) a desproporção entre o meio jurídico adotado pelas partes e o fim prático desejado por elas e (ii) o direito de abuso, oriundo da confiança que o fiduciante deposita no fiduciário; ensejou-se conclusões de que o negócio jurídico fiduciário era revestido do

atributo da ilicitude ou ilegalidade<sup>90</sup>, sendo identificado comumente como espécie de negócio jurídico simulado.

O negócio jurídico simulado é aquele caracterizado por não ser verdadeira a intenção presente na declaração de vontade. Quer-se o que não aparece, não se querendo o que efetivamente aparece. Nas palavras de Pontes de Miranda, "ostenta-se o que não se quis; e deixa-se, inostensivo, aquilo que se quis"<sup>91</sup>. Sendo assim, não passa de uma mera aparência: as partes não querem o negócio celebrado, seja porque não desejam negócio algum (simulação absoluta), seja porque querem negócio diverso (simulação relativa).

Adotando uma visão causalista<sup>92</sup> da simulação, Emilio Betti entende que se a causa típica<sup>93</sup> do negócio escolhido e a intenção prática perseguida em concreto (causa concreta ou fim do negócio jurídico<sup>94</sup>) forem muito diferentes, configurando incompatibilidade, verifica-se o fenômeno da simulação<sup>95</sup>.

A doutrina normalmente diferencia o negócio jurídico fiduciário do simulado afirmando que, no primeiro, a vontade é séria, uma vez que os contratantes desejam o ajuste com as suas consequências jurídicas, ainda que se sirvam dele para finalidade diversa<sup>96</sup>. Diversamente do que ocorre no negócio jurídico simulado, o negócio fiduciário não aparenta ser, ele é, porque evidencia um efetivo e sério querer<sup>97</sup>.

Na concepção causalista da simulação, a diferença encontra-se no grau de afinidade com a causa típica. No negócio simulado, há uma total incompatibilidade entre o fim prático do negócio e a causa típica. Já no negócio fiduciário, há uma mera incongruência entre o fim prático do negócio e a causa típica<sup>98</sup>. Há, no entanto, doutrinadores clássicos<sup>99</sup> e contemporâneos<sup>100</sup> que defendem a equiparação do negócio fiduciário ao simulado.

A distinção entre o negócio jurídico fiduciário e o negócio jurídico indireto costuma ser mais tênue. Nos negócios indiretos<sup>101</sup>, as partes estabelecem entre si um negócio jurídico certo, mas o objetivo prático final do negócio não é o que normalmente decorre do negócio adotado, mas sim um objetivo diferente, normalmente sem forma típica própria<sup>102</sup>. Nas palavras de Ascarelli, "há, pois, um negócio indirecto quando as partes recorrem ao caso concreto a um negócio determinado, para atingir através dele, consciente e consensualmente, fins diversos dos típicos da estrutura do negócio adoptado"<sup>103</sup>.

A proximidade dos negócios fiduciários e dos negócios indiretos está relacionada com o próprio conceito de negócio fiduciário. Para alguns autores, o negócio jurídico fiduciário é espécie de negócio indireto<sup>104</sup>. Outros sustentam que o negócio jurídico fiduciário é independente do negócio indireto<sup>105</sup>.

## 6 CONCLUSÃO

Pelo que foi brevemente exposto, nota-se que, mesmo com uma fértil fonte histórica, o negócio jurídico fiduciário enfrenta diversos problemas de entendimento. Por isso se acolhe a observação de Giovanni Criscuoli no sentido de que, na teoria do negócio fiduciário, "tudo é discutível"<sup>106</sup>.

As necessidades práticas da civilização pós-moderna impõem novas formas jurídicas, denunciando a insuficiência das atualmente existentes. Serve o negócio fiduciário, portanto, para tornar possível a realização de fins que a ordem jurídica não satisfaz, para atenuar certas durezas que não se compadecem com as exigências dinâmicas da atividade comercial<sup>107</sup>.

É justamente por isso que, ao longo de sua evolução histórica, os negócios fiduciários tendem a dar lugar a novos tipos de negócios, cujos escopos típicos são constituídos precipuamente pelos escopos fiduciários dos negócios dos quais se derivaram<sup>108</sup>.

Exemplo dessa tendência é a tipificação do fideicomisso entre vivos na América Latina<sup>109</sup>. Trata-se de negócio jurídico em virtude do qual uma pessoa (fideicomitente) cria um patrimônio de afetação sujeito ao regime de propriedade fiduciária (fideicomisso), do qual passa a ser titular outra pessoa (fiduciário). O fiduciário está obrigado a exercer o direito em prol de determinados fins preestabelecidos pelo fideicomitente em benefício de um terceiro (beneficiário)<sup>110</sup>. Também há o exemplo dado pelo art. 2645-ter do Código Civil italiano, que se posiciona como um passo normativo para o reconhecimento do *trust* no ordenamento italiano<sup>111</sup>. No Brasil, merece menção o PL 3362/1957, que tentou instituir o fideicomisso entre vivos, e o "Projeto do Código das Obrigações", que instituía o contrato de fidúcia, muito inspirado na figura do *trust*<sup>112</sup>. Entretanto, as experiências brasileiras citadas, diferentemente das estrangeiras, não lograram êxito<sup>113</sup>.

Embora haja incontestável campo para a prática do negócio fiduciário, o borbulhante ambiente acadêmico em que se encontra esse instituto trouxe certa insegurança jurídica. Nesse sentido, Moreira Alves aponta justamente a falta de uniformidade sistemática em torno do negócio fiduciário como principal razão pela qual o instituto não é utilizado em todo o seu potencial<sup>114</sup>.

Resolver esse impasse, no entanto, é um problema da academia, e não daqueles que se dedicam à prática. A doutrina do direito privado é a responsável por fornecer à sociedade categorias jurídicas bem delimitadas. Para isso, no caso do negócio jurídico fiduciário, alguns desafios se apresentam.

Por conta do íntimo envolvimento de outros delicados institutos jurídicos (como, por exemplo, a própria causa do negócio jurídico), o conceito de negócio jurídico fiduciário apresenta-se como o primeiro desafio a ser enfrentado. Como descrito brevemente na introdução, não há qualquer uniformidade em torno do que se entende por negócio fiduciário. Nem mesmo os nortes elencados por Regelsberger, ainda no século XIX, lograram a concordância da doutrina.

Além do conceito, a estrutura do negócio fiduciário também precisa ser melhor desenhada. Na doutrina, não há indícios de prevalência pela estrutura que comporta dois negócios (o negócio de natureza real positiva e o negócio obrigacional negativo), ou apenas um negócio composto por duas partes, e permeado pela *causa fiduciae* (um negócio com efeitos reais, de alcance externo, e obrigacionais, com alcance interno)<sup>115</sup>. Resta, portanto, saber qual estrutura se apresenta mais adequada para um conceito estrito de negócio

fiduciário, podendo ser possível até mesmo a adoção de uma terceira hipótese, ainda não vislumbrada.

A superação dos dois desafios supracitados possibilitará a precisão dos elementos categoriais inderrogáveis<sup>116</sup> do negócio jurídico fiduciário, o que propiciará a superação efetiva das confusões envolvendo o negócio fiduciário com outros tipos negociais, como a venda a retro<sup>117</sup>. Além disso, o entendimento dos elementos de existência e, conseqüentemente, do regime jurídico aplicado<sup>118</sup>, determinará quais requisitos de validade adjetivam o negócio fiduciário e, conseqüentemente, quais efeitos serão irradiados para o mundo jurídico.

Embora a doutrina ainda não tenha superado completamente esses desafios, a jurisprudência brasileira normalmente não coloca em xeque a validade do negócio fiduciário<sup>119</sup>. Além disso, a instrumentalidade do negócio fiduciário frente às necessidades da sociedade motivou sua prática que, embora ainda com potencial a ser explorado, não é acanhada<sup>120</sup>.

Embora seja inegável o interesse da sociedade em desfrutar das possibilidades do negócio fiduciário, ainda é preciso uma contribuição maior da doutrina, no sentido de mensurar os meandros desse tipo negocial. Pode-se concluir, todavia, que embora tenhamos questões ainda por se resolverem, as bases históricas e dogmáticas construídas anteriormente dão suficiência à prática de negócios fiduciários no Brasil.

## 7 BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. *A retrovenda*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1967.

\_\_\_\_\_. *Da alienação fiduciária em garantia*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

\_\_\_\_\_. *Direito Romano*, volume I, 9ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1995.

ASCARELLI, Tullio. *Contrato Misto, Negócio Indireto, "Negotium mixtum cum donatione"*, Revista dos Tribunais, 101, 925, 2012.

\_\_\_\_\_. *Negócio Jurídico Indirecto*, Jornal do Fôro, Lisboa, 1965.

AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo, *Contratos Inominados ou Atípicos e Negócio Fiduciário*, 3ª edição, Belém, CEJUP, 1988.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*, São Paulo, s.c.p., 1986.

\_\_\_\_\_. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013.

- BAREA Juan B. Jordano. *El Negocio Fiduciario*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1959.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª edição, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho Romano*, tradução em espanhol de Luis Bacci e Andrés Larrosa, 8ª edição, Madrid, Reus, 1951.
- BURDESE, Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, 4ª edição, Torino, UTET Giuridica, 2000.
- BUTERA, Antonio. *Dela Simulazione nei Negozi Giuridici*, Torino, Tipografica Editrice Torinese, 1936.
- CARRESI, Franco. *Il Contratto*, Millano, Giuffrè, 1987.
- CARVALHO, Orlando de. *Negócio jurídico indireto*, Bol. Fac. Direito da Universidade de Coimbra, 10, I, 1952.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Trust*, Revista Doutrinária, 5, 5, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Trust: breves considerações sobre sua adaptação aos sistemas jurídicos de tradição romana*. Revista dos Tribunais, 90, 790, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Trust-fiducia: repercussões do Instituto Anglo-americano de Direito Brasileiro*, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 51, 2002.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*, volume I, tomo 1, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2000.
- CORDEIRO, António Barreto Menezes. *Do trust no direito civil*. Coimbra, Almedina, 2014.
- COSTA, Judith Hofmeister Martins. *Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no Direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, 79, 657, 1990.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, FGV, 2006.
- CRISCUOLI, Giovanni. *Fiducia e fiducie in Diritto Privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, Rivista di Diritto Civile, 1983.
- V. 3, n. 1 (2019), Edição Ordinária ISSN 2318-602X

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, tradução em português de Hermínio A. Carvalho, 3ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

DE CASTRO Y BRAVO, Frederico. *El negocio Jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.

FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas, Red Livros, 1999.

FERRARA, Luigi Cariota. *I Negozi Fiduciari*, Padova, Cedam, 1933.

FOERSTER, Gerd. *O “trust” do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil: Perspectiva de Direito Comparado (Considerações sobre o Acolhimento do “Trust” pelo Direito Brasileiro)*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2013.

FRANCHESCELLI, Remo. *Il “Trust” nel Diritto Inglese*, Padova, Cedam, 1935.

\_\_\_\_\_. *La Garanzia Reale delle Obbligazioni nel Diritto Romano Classico e nel Diritto Inglese (“Fiducia cum Creditore” e “Mortgage”)*, Studi in Memoria di Aldo Albertoni, Padova, Cedam, 1938.

GARCÍA, Ricardo Olivera. *El fideicomiso: versión latinoamericana del trust*. Jornadas Brasileño-Uruguayas de Derecho Comercial, São Paulo, 2014.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

GRASSETTI, Cesare. *Del Negozio Fiduciario e Della sua Ammissibilità nel Nostro Ordinamento Giuridico*, 34, 1, 1916.

HAYTON, David; MATTHEWS, Paul; MITCHELL, Charles. *Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees*, 18 edição, London, LexisNexis, 2010.

IHERING, Rudof von. *A luta pelo direito*, tradução em português de João Vasconcellos, 16ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

JOHNSTON, David. *The Roman Law of Trusts*. The Cambridge Law Journal, 48, 3, 1989.

LIMA, Otto de Souza Lima. *Negócio Fiduciário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1962.

LUMINOSO, Angelo. *La compravendita*, 7ª edição, Torino, Giappichelli, 2011.

LIPARI, Nicolò. *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1971.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, São Paulo, Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, 5, 20, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tullio Ascarelli e o negócio jurídico indireto*, Revista dos Tribunais, 101, 925, 2012.

MESSINA, Giuseppe Messina. *Scritti Giuridici*, volume I, Milano, Giuffrè, 1948.

MIRANDA, Custódio da Piedade Balduino. *Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários*, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, 8, 29, 1984.

OLIVA, Milena Donato. *Do Negócio Fiduciário à Fidúcia*, São Paulo, Atlas, 2014.

PESTALOZZA, Filippo. *Simlazione*, Enciclopedia Giuridica Italiana, Milano, Società Editrice Libreria, 1925.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo III, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, tomo IV, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, tradução em português de L. Cabral de Moncada, Coimbra, Arménio Amado, 1997.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

REGELSDERGER, Ferdinand. *"Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession"*, Archiv für die civilistische Praxis, LXIII, 1880.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.

ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto del duemila*, 3ª edição, Torino, Giappichelli, 2011.

\_\_\_\_\_. *Il Contratto*, 2ª edição, Milano, Giuffrè, 2011.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª edição, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1997.

SCHULTZE, Alfred. *Treuhänder im Geltenden Bürgerlichen Recht*, Jherings Jahrbücher für die Dogmtik des bürgerlichen Rechts, 43, Sena, 1901.

SHEARS, Peter; STEPHENSON, Graham. *James Introduction to English Law*, 13ª edição, Oxford, Oxford University Press, 1996.

STUBER, Walter Douglas. *A legitimidade do "trust" no Brasil*, Revista de Direito Mercantil, 28, 76, 1989.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civas*, edição fac-similar, volume 1, Brasília, Senado Federal, 2003.

\_\_\_\_\_. *Esboço do Código Civil*, edição fac-similar, volume 1, Brasília, Ministério da Justiça, 1983.

\_\_\_\_\_. *Esboço do Código Civil*, edição fac-similar, volume 2, Brasília, Ministério da Justiça, 1983.

WALD, Arnoldo. *Algumas considerações a respeito da utilização do "trust" no direito brasileiro*, Revista de Direito Mercantil, 34, 99, 1995.

WATERS, Donovan W.M., *The institution of the trust in civil and common law*, Recueil des Cours, 252, 113, 1995.

---

<sup>1</sup> Judith Hofmeister Martins-Costa, *Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no Direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, 79, 657, 1990, p.37.

<sup>2</sup> Trata-se da Lei uruguaia nº 17.703 de 27 de outubro de 2003. A título exemplificativo do renascimento produtivo em torno do negócio jurídico fiduciário, no dia 21 de agosto de 2014, durante as primeiras jornadas Brasileiro-Uruguaias de Direito Comercial, ocorridas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o Prof. Ricardo Oliveira García, da Universidad de la República Oriental del Uruguay, ministrou uma palestra sobre o tema, comparando a figura do fideicomisso uruguaio com o *trust* inglês.

<sup>3</sup> Ferdinand Regelsberger, *"Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession"*, Archiv für die civilistische Praxis, LXIII, 1880.

<sup>4</sup> José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 25

<sup>5</sup> Gerd Foerster, *O "trust" do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil: Perspectiva de Direito Comparado (Considerações sobre o Acolhimento do "Trust" pelo Direito Brasileiro)*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2013, pp. 220-221.

<sup>6</sup> *Del Negozio Fiduciario e Della sua Ammissibilitá nel Nostro Ordinamento Giuridico*, 34, 1, 1916, p. 348.

<sup>7</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1962, p.160.

<sup>8</sup> *"Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession"*, Archiv für die civilistische Praxis, LXIII, 1880, pp.173. (citado por José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 26).

<sup>9</sup> Cesare Grassetti, *Del Negozio Fiduciario e Della sua Ammissibilitá nel Nostro Ordinamento Giuridico*, cit., p. 348.



<sup>10</sup> Foi na Itália que encontramos as bases da moderna dogmática do negócio fiduciário, por vezes também referida por "teoria do duplo efeito". Frederico de Castro y Bravo afirma que dois países contribuíram com a evolução da teoria: a Alemanha, que a inventou, e a Itália, que trouxe definições dogmáticas que foram difundidas pelo mundo. Ver: Frederico de Castro y Bravo, *El negocio Jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 396-397.

<sup>11</sup> Vários são os juristas italianos que estudaram negócio jurídico fiduciário. Citaremos, em especial, Cesare Grasseti, Carlo Fadda, Francesco Ferrara, Luigi Cariota Ferrara e Tullio Ascarelli.

<sup>12</sup> "Per negozio fiduciario intendiamo una manifestazione di volontà com cui si attribuisce ad altri una titolarità di diritto a nome proprio ma nell'interesse, o anche nell'interesse, del transferente o di un terzo" (Cesare Grasseti, *Del Negozio Fiduciario e Della sua Ammissibilità nel Nostro Ordinamento Giuridico*, cit., pp. 363-364)

<sup>13</sup> Cesare Grasseti, *Del Negozio Fiduciario e Della sua Ammissibilità nel Nostro Ordinamento Giuridico*, cit., p. 364.

<sup>14</sup> Essa constatação é de alta relevância para o entendimento hodierno sobre o negócio jurídico fiduciário. A título exemplificativo, Francisco Marino classifica o direito de abuso como dos elementos categoriais inderrogáveis (elementos essenciais ou, no termo em latim, *essentialia negotii*) do negócio jurídico fiduciário. Ver: Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, Revista Trimestral de Direito Civil, 5, 20, 2004, p. 51.

<sup>15</sup> No Brasil, o negócio fiduciário mereceu a atenção de alguns autores, entre os quais: Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Otto de Sousa Lima, Antônio de Moraes; Álvaro Villaça Azevedo; Paulo Restiffe Neto, Orlando Gomes, Melhim Namem Chalhub, Judith Martins-Costa e Francisco Paulo de Crescenzo Marino.

<sup>16</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 170.

<sup>17</sup> Melhim Namem Chalhub, *Negócio fiduciário*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 38.

<sup>18</sup> Francisco Marino, citando Emilio Betti, explica que "os negócios jurídicos de atribuição patrimonial podem ser agrupados em negócios jurídicos dispositivos e negócios jurídicos obrigacionais, conforme impliquem ou não, diretamente, perda, limitação ou disposição *mortis causa* de direitos patrimoniais. Os negócios jurídicos dispositivos podem, por sua vez, classificar-se em negócios jurídicos aquisitivos, modificativos e extintivos, sendo que os primeiros bipartem-se em negócios jurídicos translativos e constitutivos de direitos reais"(Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, cit., p.37.).

<sup>19</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo III, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, pp. 115-116. Logo em seguida, o autor cria um exemplo de negócio jurídico fiduciário que se verifica um negócio translativo: "A transmite a C, para que C transmita a B".

<sup>20</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo III, cit., p. 127.

<sup>21</sup> Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1948, p. 105-185.

<sup>22</sup> Não é pacífico entre os romanistas a classificação da fidúcia romana como um contrato real. Ver José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, volume 2, 9ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 136 e 137.

<sup>23</sup> Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, 4ª edição, Torino, UTET Giuridica, 2000, p. 430.

<sup>24</sup> Pietro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, tradução em espanhol de Luis Bacci e Andrés Larrosa, 8ª edição, Madrid, Reus, 1951. p. 532.

<sup>25</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 87.

<sup>26</sup> "Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto." Lei das XII Tábuas, Tábua VI, I.

<sup>27</sup> Gerd Foerster, *O "trust" do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil: perspectiva de direito comparado (considerações sobre o acolhimento do "trust" pelo direito brasileiro)*, cit., p.182.

<sup>28</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio fiduciário*, cit., p. 13.

<sup>29</sup> Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, cit., p. 430.

<sup>30</sup> Ou pacto, conforme distinção presente na doutrina romanista.

<sup>31</sup> José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, volume I, 9ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 143.

<sup>32</sup> Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, cit., p. 41.

<sup>33</sup> V. 3, n. 1 (2019), Edição Ordinária

ISSN 2318-602X

Gai. 2,60

- <sup>34</sup> Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, cit., p. 431.
- <sup>35</sup> Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, cit., p. 431.
- <sup>36</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 80.
- <sup>37</sup> Gai. 4, 62
- <sup>38</sup> O termo *Salmann* tem estreita relação com o termo *Sala*, espécie de *traditio* do direito medieval germânico. Ver: Alfred Schultze, *Treuhänder im Geltenden Bürgerlichen Recht*, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 43, Sena, 1901, p. 2. (citado por Gerd Foerster, *O "trust" do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil: perspectiva de direito comparado (considerações sobre o acolhimento do "trust" pelo direito brasileiro)*, cit., p.199).
- <sup>39</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 95.
- <sup>40</sup> Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici*, cit., p. 154
- <sup>41</sup> As limitações ao direito real vinham por força da *lex traditionis* ou da *lex donationis*. Ver: Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., 96.
- <sup>42</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., 96.
- <sup>43</sup> Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici*, cit., pp. 156-157.
- <sup>44</sup> Havia uma discussão sobre a posição jurídica assumida pelo *Treuhänder*. Embora posições distintas sejam defendidas por juristas de igual prestígio, nota-se uma tendência na doutrina atual de associar a *Treuhänder* à transmissão da propriedade sob condição resolutiva. Ver: José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p.31.
- <sup>45</sup> Juan B. Jordano Barea, *El Negocio Fiduciario*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1959, pp. 27-28.
- <sup>46</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., pp. 88-89.
- <sup>47</sup> A literatura jurídica alemã adota tanto a nomenclatura latinizada *Fiduzia* como a mais germanizada *Treuhänder*. Ver: Luigi Cariota Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, Padova, Cedam, 1933, p. 13.
- <sup>48</sup> A locução *common law* denota uma pluralidade de significações. O termo pode ser usado para denominar a família jurídica que engloba os sistemas jurídicos dos países da *Commonwealth*, sentido utilizado na frase. Também pode, no entanto, servir para denominar o direito provido pelos precedentes, em contraste com *statute law*. No direito inglês, *common law* ainda pode ser contrastado com *equity*. Ver: Peter Shears; Graham Stephenson, *James Introduction to English Law*, 13ª edição, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 23.
- <sup>49</sup> "(...) when the Royal Courts, which were centralized and assumed jurisdiction over all of the country, came into being the evolved and applied a uniform system of law, common throughout the land; hence this law came to be called 'common' in contradistinction to the older local laws" (Peter Shears; Graham Stephenson, *James Introduction to English Law*, cit., p. 23).
- <sup>50</sup> Gerd Foerster, *O "trust" do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil: Perspectiva de Direito Comparado (Considerações sobre o Acolhimento do "Trust" pelo Direito Brasileiro)*, cit., pp. 35-36.
- <sup>51</sup> É crucial frisar a importância das questões de processo na fase inicial da *common law*. Na Inglaterra, prevalecia o brocardo *remedies precede rights*, o qual pode ser entendido como "o processo em primeiro lugar" ou ainda "o direito processual acima do material". Ver: René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, tradução em português de Hermínio A. Carvalho, 3ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 325.
- <sup>52</sup> Sobre esse último aspecto, ver Philip Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, 11ª edição, Oxford, Oxford University Press, 1990, p.4.
- <sup>53</sup> Dizia-se, nos primórdios do *equity*, que o Chanceler "custodiava a consciência do Rei". Em elegante tom de ironia, Remo Francheschelli acentua essa característica: "(...) Il Cancelliere che, come ecclesiastico, è il custode della coscienza del Re. (...), che cosa poteva fare in questi casi? (...)" (Remo Francheschelli, *Il 'Trust' nel Diritto Inglese*, Padova, Cedam, 1935, p. 40).
- <sup>54</sup> Gerd Foerster, *O "trust" do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil: Perspectiva de Direito Comparado (Considerações sobre o Acolhimento do "Trust" pelo Direito Brasileiro)*, cit., 84.
- <sup>55</sup> Donovan W.M. Waters, *The institution of the trust in civil and common law*, Recueil des Cours, 252, 113, 1995, pp. 187-189. Disponível em: <www.heinonline.org>, acessado em 12.05.2016.
- <sup>56</sup> Atualmente, retomou-se a tese de que o *use* tenha se originado do *fideicommissum* do direito romano. Nesse sentido: David Johnston, *The Roman Law of Trusts*. The Cambridge Law Journal, 48, 3, 1989, disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4507326>, acessado em 15.06.2016.



- <sup>57</sup> Remo Francheschelli, *Il 'Trust' nel Diritto Inglese*, cit., pp. 65-66.
- <sup>58</sup> Gerd Foerster, *O "trust" do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil: Perspectiva de Direito Comparado (Considerações sobre o Acolhimento do "Trust" pelo Direito Brasileiro)*, cit., 85.
- <sup>59</sup> Nas palavras do Prof. Waters: "to A and his heirs to the use of B and his heirs to the use of C and his heirs" (Donovan W. M. Waters, *The institution of the trust in civil and common law*, cit., p. 193).
- <sup>60</sup> Tyrrel's Case (1557) Bartie v. Herenden (1560) são exemplos de casos em que se verifica a expressão *use upon a use* para designar a ocorrência de um segundo *use*.
- <sup>61</sup> Remo Francheschelli, *Il 'Trust' nel Diritto Inglese*, cit., pp. 65-66.
- <sup>62</sup> "(...) Trust is a confidence reposed in some other, not issuing out of the land, but as a thing collateral, annexed in privity to the estate of the land, and to the person touching the land, (...) for which cestui que trust has no remedy but subpoena in Chancery" (citado por Gerd Foerster, *O "trust" do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil: Perspectiva de Direito Comparado (Considerações sobre o Acolhimento do "Trust" pelo Direito Brasileiro)*, cit., p. 94).
- <sup>63</sup> David Hayton; Paul Matthews; Charles Mitchell, *Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees*, 18 edição, London, LexisNexis, 2010.
- <sup>64</sup> "A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with the property over which he has control (which is called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation." (David Hayton; Paul Matthews; Charles Mitchell, *Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees*, cit., p. 3).
- <sup>65</sup> "For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationships created - inter vivos or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose." (Hague Conference on Private International Law, *Convention on the law applicable to trusts and on their recognition*, 1985, disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt30en.pdf>>, acessado em 16.06.2016).
- <sup>66</sup> Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, cit., p. 45.
- <sup>67</sup> Frederico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, cit., p. 395.
- <sup>68</sup> Não há que se confundir o antigo instituto da *mortgage* que, por razões históricas, podem interessar ao nosso estudo, com o moderno *mortgage*, regulado pelo Law of Property Act de 1925 e mais próximo do instituto da hipoteca dos sistemas jurídicos romano-germânicos. A principal diferença entre o *mortgage* e a hipoteca é que no primeiro há a transmissão do direito de propriedade sobre o bem imóvel ao credor sob condição resolutiva.
- <sup>69</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 101.
- <sup>70</sup> Remo Franceschelli, *La Garanzia Reale delle Obbligazioni nel Diritto Romano Classico e nel Diritto Inglese ("Fiducia cum Creditore" e "Mortgage")*, Studi in Memoria di Aldo Albertoni, Padova, Cedam, 1938, pp. 529-530. (citado por Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., pp. 102-103.).
- <sup>71</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 104.
- <sup>72</sup> Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici*, cit., 167.
- <sup>73</sup> Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico Fiduciário*, cit., p. 44.
- <sup>74</sup> Frederico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, cit., p. 394.
- <sup>75</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 127.
- <sup>76</sup> Frederico de Castro y Bravo, *El Negocio juridico*, cit., p. 380; Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 127.
- <sup>77</sup> Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici*, cit., pp. 18-21. Essa classificação é seguida por boa parte dos doutrinadores brasileiros. Ver: Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, cit., pp. 46-51; Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., pp. 138-145; Melhim Namem Chalhub, *Negócio fiduciário*, cit., pp. 38-39.
- <sup>78</sup> A conjugação destas duas modalidades contratuais é descrita com clareza por Messina. Ver: Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici*, cit., p. 18.
- <sup>79</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 143.
- <sup>80</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 140.
- <sup>81</sup> Judith Hofmeister Martins-Costa, *Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no Direito brasileiro*, cit., p. 39.



<sup>82</sup> Orlando de Carvalho, *Negócio jurídico indireto*, Bol. Fac. Direito da Universidade de Coimbra, 10, I, 1952, p. 98 (citado por Judith Hofmeister Martins-Costa, *Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no Direito brasileiro*, cit., p. 39.).

<sup>83</sup> Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., p. 143.

<sup>84</sup> Giovanni Criscuoli, *Fiducia e fiducie in Diritto Privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, Rivista di Diritto Civile, 1983, p. 138.

<sup>85</sup> A título exemplificativo: Luigi Cariota Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., pp. 25-26; "Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession", cit., p.173. (citado por José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 26); Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., pp. 174-183; Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, cit., p. 51.

<sup>86</sup> Segue essa linha de pensamento: Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici*, cit., p. 35; Milena Donato Oliva, *Do Negócio Fiduciário à Fidúcia*, 1ª edição, São Paulo, Atlas, 2014, p. 14.

<sup>87</sup> A título exemplificativo: Cesare Grassetti, *Del Negozio Fiduciario e Della sua Ammissibilità nel Nostro Ordinamento Giuridico*, cit., p. 355; Luigi Cariota Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 1-2. Na doutrina brasileira: José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 22; Custódio da Piedade baldinho Miranda, *Negócio jurídico indireto e negócios fiduciários*, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, 8, 29, 1984, p. 83; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo III, cit., pp. 119-120; Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, cit., p. 51

<sup>88</sup> Nesse sentido: Nicolò Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 105; Milena Donato Oliva, *Do Negócio Fiduciário à Fidúcia*, cit., p. 17.

<sup>89</sup> Judith Hofmeister Martins-Costa, *Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no Direito brasileiro*, cit., p. 37.

<sup>90</sup> Gerd Foerster, *O "trust" do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil: Perspectiva de Direito Comparado (Considerações sobre o Acolhimento do "Trust" pelo Direito Brasileiro)*, cit., p. 224.

<sup>91</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo IV, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 375

<sup>92</sup> A visão causalista está aqui em contraposição com a visão voluntarista da simulação. Defendem a primeira, Emilio Betti (Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª edição, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 393); e Orlando Gomes (Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 516). Defendem a segunda Pontes de Miranda (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo IV, cit., p. 373); e Francisco Ferrara (Francisco Ferrara, *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas, Red Livros, 1999, p. 52).

<sup>93</sup> Causa típica, também nomeada como causa abstrata ou causa do negócio jurídico, é a sua função econômico social típica, ou seja, a função econômico-social que o tipo negocial desempenha Ver: Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 181.

<sup>94</sup> Causa concreta ou fim do negócio jurídico é o objetivo prático que as partes visam com o negócio jurídico Ver: Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*, São Paulo, s.c.p., 1986, pp. 128-129.

<sup>95</sup> Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 393.

<sup>96</sup> A título exemplificativo: Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, cit., pp. 352-355; Remo Francheschelli, *Il 'Trust' nel Diritto Inglese*, cit., p. 16; Luigi Cariota Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., pp. 43-51.

<sup>97</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo IV, cit., p. 377.

<sup>98</sup> Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Tullio Ascarelli e o negócio jurídico indireto*, Revista dos Tribunais, 101, 925, 2012, p. 45.

<sup>99</sup> A título exemplificativo: Antonio Butera, *Dela Simulazione nei Negozi Giuridici*, Torino, Tipografica Editrice Torinese, 1936; e Filippo Pestalozza, *Simlazione*, Enciclopedia Giuridica Italiana, Milano, Società Editrice Libreria, 1925 (citado por Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, cit., pp. 193-197).

<sup>100</sup> Francisco Marino aponta Francesco Santoro-Passarelli (*Dottrine generali del diritto civile*, 9ª edição, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1997, pp. 180 e 181) e Franco Carresi (*Il Contratto*, Millano, Giuffrè, 1987, pp. 320 e 321) como autores que não admitem o negócio fiduciário no sistema jurídico V. 3, n. 1 (2019), Edição Ordinária ISSN 2318-602X



italiano contemporâneo. Ver: Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, cit., p. 36 (nota 3).

<sup>101</sup> O negócio jurídico indireto foi fonte de um intenso debate na doutrina italiana na metade do século XX. Nessa época, os negócios indiretos foram concebidos ora como combinações de negócios, ora como negócios únicos. Para os fins propostos nesse trabalho adotou-se a visão mais ampla do conceito, capitaneada por Tullio Ascarelli. Sobre as demais visões, ver Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Tullio Ascarelli e o negócio jurídico indireto*, cit., pp. 44-52.

<sup>102</sup> Tullio Ascarelli, *Contrato Misto, Negócio Indireto, "Negotium mixtum cum donatione"*, Revista dos Tribunais, 101, 925, 2012, p. 35.

<sup>103</sup> Tullio Ascarelli, *Negócio Jurídico Indireto*, Jornal do Fôro, Lisboa, 1965, p. 10.

<sup>104</sup> Tullio Ascarelli, *Negócio Jurídico Indireto*, cit., p. 13; Luigi Cariota Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 232; António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, volume I, tomo 1, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 632; Melhim Namem Chalhub, *Negócio fiduciário*, cit., p. 39.

<sup>105</sup> Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, cit., p. 353; Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, cit., p. 62.

<sup>106</sup> Giovanni Criscuoli, *Fiducia e fiducie in Diritto Privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, Rivista di Diritto Civile, 1983, p. 138.

<sup>107</sup> Milena Donato Oliva, *Do Negócio Fiduciário à Fidúcia*, cit., p. 46.

<sup>108</sup> "(...) a fiducia regulada em lei apaga-se de certo modo a si mesma. Apenas alude a que, nas origens do instituto, ela esteve; não está mais." (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo III, cit., p. 118).

<sup>109</sup> Dentre os países que possuem leis especiais que tratam do fideicomisso entre vivos, temos: México, Panamá, Porto Rico, Venezuela, Costa Rica, Guatemala, Bolívia, Argentina, Paraguai, Equador, Uruguai.

<sup>110</sup> Ricardo Olivera García, *El fideicomiso: versión latinoamericana del trust*. Jornadas Brasileño-Uruguayas de Derecho Comercial, São Paulo, 2014, p. 9.

<sup>111</sup> Vincenzo Roppo, *Il Contratto*, 2ª edição, Milano, Giuffrè, 2011, p. 646.

<sup>112</sup> O projeto, apresentado no final do ano de 1963, é resultante de trabalho de comissão composta por Orozimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Sylvio Marcondes, Teófilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros.

<sup>113</sup> Exceção feita à alienação fiduciária em garantia, regulada pelo Decreto-lei 911/1969 e pela Lei 9.514/1997.

<sup>114</sup> José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 5.

<sup>115</sup> Judith Hofmeister Martins-Costa, *Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no Direito brasileiro*, cit., p. 41.

<sup>116</sup> Utiliza-se, aqui, a terminologia preferida por Antônio Junqueira de Azevedo. Dentro do plano da existência, encontra-se os elementos gerais, sem os quais nenhum negócio existe, os elementos categoriais, subdivididos em inderrogáveis, que captam a essência de certo tipo negocial (*essentialia negotii*), e derogáveis, que resultam da natureza de um tipo negocial sem que, porém, se afastados pela vontade das partes, o negócio mude de figura (*naturalia negotii*), e os elementos particulares, que fazem parte integrante do negócio concreto, sem pertencerem à estrutura típica do negócio (*accidentalía negotii*). Ver: Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 26-40.

<sup>117</sup> Nesse aspecto, vale mencionar a própria experiência brasileira, que ligava intimamente os negócios jurídicos fiduciários à venda a retro com o escopo de garantia Augusto Teixeira de Freitas afirmava, inclusive, que antigamente dava-se à venda a retro o nome de venda fiduciária. Ver: Augusto Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, edição fac-similar, volume 1, Brasília, Senado Federal, 2003, p. 358 (nota 51).

<sup>118</sup> Para o plano da validade, o diagnóstico dos elementos categoriais, ainda no plano da existência, é imprescindível, uma vez que eles determinam o regime jurídico aplicado. Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, "A exata identificação do negócio dentro de uma categoria, por outro lado, através da exata consciência dos elementos categoriais, é fundamental para saber qual o regime



jurídico a ele aplicável"(Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 40).

<sup>119</sup> STF, RE. 99.640-1/SP, 1ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 28.8.1984; STJ, REsp. 155242/RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 15.2.1999; STJ, REsp. 57991/SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 19.8.1997; TJSP, Ap. Cív. 7159349-2, 13ª CDP, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, julg. 30.1.2008;

<sup>120</sup> A prática do negócio fiduciário pode ser ilustrada em pareceres jurídicos sobre o tema. A título exemplificativo: Antônio Junqueira de Azevedo, *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, 1ª edição, São -Paulo, Saraiva, 2009, pp.107-119.

