

## Do negócio fiduciário *inter partes*

Denis Borges Barbosa (agosto de 2015)

A distinção entre pertencimento e propriedade .....	1
Do negócio fiduciário .....	3
Fidúcia cum amico .....	3
Fidúcia como instituto geral de direito.....	5
Os precedentes judiciais que aceitam a fidúcia consensual.....	7
O que previne os efeitos plenos do negócio fiduciário consensual.....	11
Opções do direito local ao <i>trust</i> .....	13
A questão da interposição .....	14
O que nos aproveita a interposição.....	17
Conclusões desta nota.....	17

Imaginemos que – num contrato complexo – as partes assim dispõem:

- a) “A” provê a “B” certos meios de explorar um mercado;
- b) Essa exploração se faz através de determinados instrumentos de ação econômica, denominados “Produtos”.
- c) Para que “B” assim explore o mercado, “B” deve produzir e adquirir certos bens;
- d) As partes pactuam que alguns desses bens produzidos e adquiridos por “B”, uma vez afetados aos “Produtos”, passem a *pertencer* a “A”;
- e) Uma vez terminado o contrato, os bens *já pertencentes a “A”* passem a sua plena posse e propriedade.

Examinando tal hipótese, tentemos determinar a consequência dessas disposições em face do direito brasileiro.

### A distinção entre pertencimento e propriedade

Concentremo-nos inicialmente na distinção entre bens que *pertencem* à pessoa “A” e aqueles são da *propriedade* da mesma pessoa.

Através de já longa elaboração jurídica, a noção de “pertencer” tem definição clara:

(CC) Art. 93. São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

Pertencer, neste sentido de Direito, é uma relação *objetiva*; um bem pertence a um conjunto de outros bens, ele se é *perenemente* destinado a coutência com outros. Dizia Vicente Rao<sup>1</sup>:

"Chamam-se pertences as coisas destinadas e emprestadas ao uso, ao serviço, ou ao ornamento duradouro de outra coisa, a qual, segundo a opinião comum, continuaria a ser considerada como completa, ainda que estes acessórios lhe faltassem: tais são as coisas imóveis por destino, os acessórios que servem ao uso das coisas móveis como o estojo das joias, a bainha da espada etc."

E Pontes de Miranda<sup>2</sup>:

"Pertença não é parte integrante, nem essencial, nem não-essencial (5. Umrath, Der Begriff des wesentzchen Bestandtes, 74 s.). O que não é parte integrante da coisa, mas se destina a servir ao fim, econômico ou técnico, de outra coisa, inserindo-se em relação específica, (...)".

Como se vê, a pertença nem integra, nem é intrínseca à soma ou conjunto de outros bens aos quais se agrega, mas é objeto de *uso conjunto*, e *afetado ao fim*, econômico ou técnico, da agregação<sup>3</sup>. A união é funcional<sup>4</sup>.

Por isso mesmo, dispõe o Código Civil:

Art. 94. Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertencas, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.

---

1 RAO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. v.2 , n° 195. Vide CAMPOS, Cesar Luis Pereira de. O tratamento conferido aos bens acessórios, partes integrantes e pertencas no Código Civil de 2002. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj047874.pdf>, última visualização em 30.07.2015, às 11:30.

2 PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, vol. II, § 143. Pertencas.

3 "A pertença tem como características: i) "um vínculo intencional, material ou ideal, estabelecido por quem faz uso da coisa, colocando a serviço da utilidade do principal"; ii) "um destino duradouro e permanente ligado à coisa principal e não apenas transitório"; e iii) "uma destinação concreta, de modo que a coisa fique efetivamente a serviço da outra. A pertença forma, juntamente com a coisa, unidade econômico-social" (Sílvio Venosa, Direito Civil, p. 311). Apud TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, Página 195.

4 "A Pertinencialidade assenta em razão de finalidade, em relação entre coisas, que supõe conexão. Não depende de querê-la, ou não, o dominus. As suas consequências são as mesmas, se ele as quer, ou se não as quer. A vontade do dono da coisa não decide; a relação existe, ou não existe. O que o dono pode, ou poderia ter feito, com as coisas é, ou seria, pô-las em relação ou não nas pôr. Não é o dono que determina a Pertinencialidade; o que o dono pode fazer é estabelecer os pressupostos para a relação.

Acessório e pertença. A pertença auxiliar, ajuda; a coisa acessória está ao lado. Nem toda coisa acessória auxilia, ou ajuda; na pertença, há isso a mais - a contingência da relação de direito das coisas. A vontade, expressa ou tacitamente, ou por simples declaração presumida, pode fazer a coisa A ser acessória da coisa B; não basta, sempre, para fazer a uma ser pertença da outra. MIRANDA, Pontes de. Direitos das Coisas: propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária. 1ª ed. Campinas: Editora e Distribuidora Bookseller, 2001, p. 117.

Assim, a manifestação de vontade das partes *pode* fazer incluir no alcance dos direitos e obrigações as pertenças; assim cobertas pela declaração, as pertenças *acompanham o destino negocial* dos bens a que se agregam<sup>5</sup>.

Assim, curiosamente, o pertencimento é de coisa a coisa, à luz de uma *função* comum. Ao se manifestar que um bem X *pertence* à pessoa Z, estar-se-á na verdade indicando que o bem X pertence (por afetação a uma função conjunta) aos bens da pessoa Z.

Disto se depreende que o que *pertence* a alguém pode, ou não, ser de sua propriedade. Pois a propriedade é uma relação *entre pessoas*, a respeito de um objeto, que (após a Lei Aurea) não seja uma pessoa.

### Do negócio fiduciário

Para movermos em direção a esse segundo tema, vamos aditar a nossa hipótese anterior.

Suponhamos que o contrato *também* diga que os bens criados ou obtidos pela pessoa “B”, uma vez afetados aos “Produtos”, não só passem a *pertencer* à pessoa “A” (devendo reverter a *propriedade* desta, a seu tempo) mas – até a reversão – permaneçam *fiduciariamente* com a pessoa “B”.

Ou seja, ainda que a pessoa “B” gere e adquira bens em nome e às expensas próprias, ela estará no caso agindo *no interesse* da pessoa “A”. A noção de *fidúcia*, aqui, é a confiança que a pessoa “B” pautará seus atos no interesse de “A”.

Assim, suscita-se – como um elemento a mais em nossa análise – a situação em que a pessoa “B” se mantém em situação de fidúcia em face da pessoa “A”, desde a afetação do bem ao “Produto”, até a reversão da propriedade em favor de “A”.

### Fiducia cum amico

Numa análise do negócio fiduciário no direito português, mas nocionalmente aplicável ao nosso, leiamos Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé<sup>6</sup>:

---

5 O regime corrente do art. 93 do CC de 2002, diverge do de 1916, ainda que sem efeito quanto ao objeto de nossa análise: “[...] já que as pertenças, segundo a disciplina do CC, não são bens imóveis e, a princípio, constituem-se em objeto de relações jurídicas próprias, enquanto a antiga categoria de bens imóveis por acessão intelectual referia-se, como o próprio nome diz, à qualidade imobiliária, incorporados “intelectualmente” a um outro imóvel, seguindo, portanto, a sorte desse. [...] O CC introduziu a categoria das pertenças, explicitando: i) que elas não constituem partes integrantes; ii) e que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças (art. 94). Rejeitou o codificador, conseguintemente, qualquer espécie de acessão intelectual, implicitamente configurada. TEPEDINO, et alií, cit., Página 195.

## 2.2. O negócio de fiduciário para administração tipo romano: em benefício do fiduciante ou de terceiro

Na *fiducia cum amico*, o fiduciário tem como deveres principais de prestação aqueles de administrar e de transmitir um determinado acervo patrimonial ao fiduciante ou a terceiro. O fiduciante transfere uma dada massa patrimonial para o fiduciário precisamente para que este a administre e depois lha retransmita a si mesmo ou a terceiro. A função económico-social deste negócio é a administração de um determinado conjunto de bens. Numa administração dinâmica, o fiduciário tem poderes de disposição<sup>7</sup>. O fiduciário deve exercer a sua administração exclusivamente no interesse do fiduciante ou de terceiro. A aquisição da titularidade pelo fiduciário, no âmbito de um negócio de administração, é, em princípio, temporária.

Na economia hodierna, releva, em muitos casos, mais a transmissão de domínio do que a concessão de poder com escopo de administração. Porém, transferir em pleno uma coisa para efeitos de administração só pode entender-se através da confiança na palavra dada ou na lealdade do adquirente. Uma transferência definitiva produz praticamente efeitos como se fosse só um mandato em virtude da fides que liga o adquirente, que consegue fazer de um proprietário pleno praticamente um mandatário. Trata-se da causa *fiduciae*<sup>8</sup>.

No caso de mandante e mandatário acordarem em fazer perdurar no tempo a titularidade do mandatário, assim como na hipótese de o mandante transmitir ao mandatário um bem que este se obriga a transferir ou a administrar no interesse de um ou mais beneficiários, aceitando-se a tese da dupla transferência fiduciária, poderá falar-se de negócio fiduciário<sup>9</sup>. O seu escopo consiste justamente na criação ou estabilização da dissociação entre a propriedade do mandatário e o interesse de outrem.

Daí que o mandato, enquanto momento dinâmico do agir no interesse de outrem, se prenda com o momento estático da titularidade do mandatário. Sendo a propriedade do mandatário uma propriedade por conta de outrem, verifica-se a dissociação entre a posição jurídica conferida ao mandatário e o interesse subjacente: o mandatário é titular de uma propriedade onerada por um vínculo obrigacional e, simultaneamente, sujeito passivo de uma obrigação de transferir.

---

6 TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz, Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust, encontrado em [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idsc=65580&ida=65532](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=65580&ida=65532), visitado em 30/7/2015.

7 [Nota do original] Cfr. Orlando de Carvalho, Negócio jurídico indirecto, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento X, Coimbra Editora, Coimbra, 1952, p.106.

8 [Nota do original] Idem.

9 [Nota do original] Embora se possa dizer que o critério distintivo (há fiducia nas operações destinadas a perdurar no tempo, que se concretizam em várias operações complexas; há mandato quando se trate da prática de um ou mais actos jurídicos determinados) se revela evanescente.

Admitindo-se a possibilidade de causas translativas atípicas, a causa fiduciária, enquanto “um dar para haver de reaver”, explica a transferência plena do direito<sup>10</sup>. A configuração da causa do negócio fiduciário assenta no escopo prosseguido pelas partes que não consiste em “dar para reaver”, mas antes em dar determinado bem para que seja utilizado pelo fiduciário em vista da realização de determinada finalidade no interesse do fiduciante ou de terceiro, sendo apenas nesse momento retransferido para o fiduciante ou para terceiro por si indicado.

A característica da fidúcia está justamente na titularidade de um direito no interesse de outrem. Abandona-se o paradigma dominial da simetria entre titularidade e interesse, pois que pode existir titularidade no interesse de outrem<sup>11</sup>.

### **Fidúcia como instituto geral de direito**

O tema da fidúcia como *instituto geral* do direito brasileiro – é, como se sabe, muito discutido em doutrina<sup>12</sup>.

Como nota Dora Martins de Carvalho, num estudo breve e muito preciso<sup>13</sup>:

#### I — O "trust"

Como se sabe, o negócio do trust, em linhas gerais é a transferência de propriedade de bens, de determinado titular, para um administrador, por um certo período de tempo, e nas condições acordadas, para que o patrimônio seja

---

10 [Nota do original] Cfr. Orlando de Carvalho, Negócio jurídico indirecto, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento X, Coimbra Editora, Coimbra, 1952, p.110.

11 [Nota do original] Cfr. Paola Manes, Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo, Cedam, Milano, 2005, p.119-120, 122-123.

12 Por exemplo: FOERSTER, Gerd, O "Trust" do Direito Anglo-Americano e os Negócios Fiduciários no Brasil, Editora: safE, 2013; WALD, Arnold. Algumas considerações a respeito da utilização do “trust” no direito brasileiro. Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro nº 99 Ano XXXIV - Julho-Setembro/1995. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais. Pg. 114-120 CHALHUB, Melhim Namem. Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. OLIVA, Milena Donato. Patrimônio Separado. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009. FIGUEIREDO, André. O negócio fiduciário perante terceiros: com aplicação especial na gestão de valores mobiliários. Coimbra: Almedina, 2012. OLIVA, Milena Donato. Do negócio fiduciário à fidúcia. São Paulo: Editora Atlas, 2014. MESQUITA, Igor Nunes. Do negócio fiduciário stricto sensu, Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação Stricto Sensu, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre em Direito Empresarial. Orientador: Professor Doutor Vinícius Jose Marques Gontijo. Encontrado em <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/igornunesmesquitadonegociofiduciariostriostosensu.pdf>, visitado em 28/7/2015. COSTA, Judith Martins. Negócios Fiduciários - considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no Direito Brasileiro. In: Revista dos Tribunais, v. 657, [s.d.]. COSTA, Judith Martins. Negócios Fiduciários - considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no Direito Brasileiro. In: Revista dos Tribunais, v. 657, [s.d.]. 113 LUZ, Odília Ferreira da. Negócio fiduciário, negócio indireto e negócio simulado: uma tentativa de distinção. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7214/5165>>. Acesso em 30/7/2015. SALOMÃO NETO, Eduardo. O Trust e o direito brasileiro. São Paulo: LTR, 1996.

13 Instituto dos Advogados Brasileiros, Indicação 246/2011, de julho de 2012. Dispõe sobre "FIDÚCIA" e dá outras providências. Relatora - Dora Martins de Carvalho, encontrado em <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-8816.pdf>, visitado em 29/7/2015.

gerido e reverta em favor de um beneficiário, que, inclusive, pode ser o proprietário original, ou o administrador ou gestor, ou ainda um terceiro<sup>14</sup>. (...)

Como se observa, o contrato de fidúcia engloba dois Contratos, que são os de:

i) transferência de patrimônio próprio do fiduciante, ou instituidor, para o fiduciário, gestor ou administrador,

e, posteriormente, no término do prazo da fidúcia :

ii) transferência do patrimônio do fiduciário para o patrimônio do beneficiário, que poderá ser um terceiro, ou o fiduciante, e até mesmo o fiduciário.

E, tomando aqui uma definição de direito internacional, a da Convenção de Haia<sup>15</sup>, em seu art. 2º:

Para os fins desta Convenção, o termo '*trust*' refere-se às relações jurídicas criadas - *inter vivos* ou causa mortis - por uma pessoa, o settlor, por meio das quais ativos são colocados sob o controle de um *trustee* em proveito de um beneficiário ou para um propósito específico. O *trust* tem as seguintes características:

a) os bens constituem massa separada, que não integra o patrimônio pessoal do *trustee*;

b) a titularidade dos bens em *trust* fica em nome do *trustee* ou de outra pessoa por conta do *trustee*;

c) o *trustee* tem o poder e o dever, do qual deve prestar contas, de administrar, gerir ou dispor dos bens, de acordo com os termos do *trust* e com os deveres específicos que lhe são impostos pela lei.

O fato de o *settlor* se reservar certos direitos e poderes e o fato de o *trustee* poder ter direitos na qualidade de beneficiário não são necessariamente incompatíveis com a existência de um *trust*.”<sup>16</sup>

Em suas várias modalidades, a fidúcia (e, no gênero, o negócio fiduciário) se apresenta como um instrumento de cuidar de interesses alheios, em situações nas quais o agente age em próprio nome:

---

14 [Nota do original] A. Wald, In Ver. Direito Mercantil, n° 99, p. 105 e ss.)

15 Trata-se da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Trust e sobre o Reconhecimento Deles, assinada em 1º de julho de 1985, e em vigor desde 1º de janeiro de 1992, mas ainda não aplicável ao Brasil. No momento, são partes Austrália, Canadá, China, Itália, Luxemburgo, Malta, Mônaco, Países Baixos, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Suíça, Liechtenstein e San Marino. Para o texto, vide <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt30pt.pdf> e/ou [http://www.hcch.net/index\\_pt.php?act=conventions.text&cid=59](http://www.hcch.net/index_pt.php?act=conventions.text&cid=59).

16 OLIVA, Milena Donato. Patrimônio Separado. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009. Página 332.

“Noutro plano, a assinalada *popularidade* do negócio fiduciário decorre de profunda disseminação do instituto no comércio jurídico, um facto incontornável do nosso tempo que obrigou a ciência jurídica a um esforço de contínua *atualização*. Em diferentes quadrantes, para a prossecução de diferentes fins e seguindo estruturas jurídicas mais ou menos complexas, o negócio fiduciário surge como o substrato jurídico *típico* de modelos de atuação em nome próprio mas para a prossecução (predominante) de interesses alheios”<sup>17</sup>.

Não existe, porém, uma *norma geral* da fidúcia, que pudesse pautar os casos não detalhados na legislação especial. Segundo parte da doutrina, esse seria uma necessidade para se conferir adequadamente, entre nós, efeitos comparáveis ao do *trust*<sup>18</sup>.

### Os precedentes judiciais que aceitam a fidúcia consensual

De outro lado, encontram-se precedentes que afirmam a possibilidade de pactuação de negócios fiduciários não diretamente previstos em lei.

Como se verá, tais precedentes se concentram na modalidade de negócio fiduciário em garantia, o que não é necessariamente o caso de nossa hipótese. Mas o que nos interessa é o entendimento de que não se necessita de previsão expressa da norma legal, podendo tal negócio resultar simplesmente da *liberdade de contratar*.

Ou seja, nem todos efeitos – por exemplo, o de sequela – resultarão do negócio fiduciário *inter amicos*; mas a validade do ajuste e toda sua possível eficácia restam indenés.

DIREITO CIVIL. NEGÓCIO FIDUCIÁRIO. SIMULAÇÃO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, COM PROMESSA DE DEVOLUÇÃO. PAGAMENTO DE PARTE DO FINANCIAMENTO PELO VENDEDOR. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. NEGÓCIO REAL E NÃO APARENTE. ARTS. 102, 103 E 104, CC. VALORES JURÍDICOS. HERMENEUTICA. RECURSO PROVIDO.

I - O negócio fiduciário, embora sem regramento determinado no direito positivo, se insere dentro da liberdade de contratar própria do direito privado e se

---

17 FIGUEIREDO, André, cit. Página 16.

18 "54. Aliás, para o aperfeiçoamento da legislação no Brasil - se ainda for possível -, o acertado será a inserção antecedente da matéria fiduciária no Código Civil, e, subsequentemente, consolidar as normas sobre negócios fiduciários, numa única lei, modificando-se as leis dos respectivos registros - matéria registral, e as leis fiscais. (...) 55. (e) o contrato de fidúcia, em quaisquer modalidades, deve ser precedido, necessariamente, de sua inserção no Código Civil Brasileiro." CARVALHO, Dora Martins, cit. "Isso porque tem como efeito necessário responderem tais situações somente por dívidas pertinentes à finalidade da unificação, a qual, além disso, serve de parâmetro para que se verifique a validade dos atos praticados pelo titular da massa patrimonial segregada. Por tal razão, à míngua de previsão legal não é possível a constituição de patrimônios de afetação pela iniciativa privada." OLIVA, Milena Donato. Do negócio fiduciário à fidúcia. Página 68.

caracteriza pela entrega de um bem, geralmente em garantia, com a condição, verbi gratia, de ser devolvido posteriormente.

II - Na lição de Francesco Ferrara, "o negócio fiduciário, como querido realmente, produz todos os efeitos ordinários, ainda que entre si os contratantes assumam a obrigação pessoal de usar dos efeitos obtidos unicamente para o fim entre eles estabelecido" (A simulação dos negócios jurídicos, São Paulo: Saraiva, 1939, p. 76).

III - No negócio simulado há uma distância entre a vontade real e a vontade manifestada, ao contrário do negócio fiduciário, no qual a vontade declarada corresponde à realidade.

IV - No cotejo entre dois valores protegidos pelo Direito, cabe ao julgador prestigiar o de maior relevo e que no caso se manifesta com maior nitidez". (Ac. Un. da 4a. Turma do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 155.242, Relator — Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento de 15.2.1999, Publicado em 2.5.2000, pág. 143)

Pela importância deste pronunciamento, permitimo-nos citá-lo mais extensamente:

Sobre a distinção entre o negócio fiduciário e o simulado, leciona Pontes de Miranda:

"NEGÓCIOS JURÍDICOS FIDUCIÁRIOS E SIMULAÇÃO. - Os negócios jurídicos de fidúcia e outros atos jurídicos fiduciários são queridos. Não são aparentes: são. Em verdade são plus: por eles, transmite-se direito para fim econômico que não exigiria tal transmissão. O fiduciário é proprietário em frente a todos: apenas a sua propriedade não é eficaz quanto ao fiduciante (relatividade da eficácia, não da propriedade). O fiduciante fia-se no fiduciário. Não há negócio ou ato jurídico aparente; há negócio jurídico, que é. Por ele, cria-se relação jurídica de fidúcia, que obriga o fiduciário a destinar o bem fiduciário ao fim da fidúcia. As espécies mais notáveis são a transmissão abstrata para segurança (a abstrakte Sicherungsübereignung) e a compra-e-venda fiduciária. Nem aquela nem essa é ato jurídico aparente ou simulado. Por isso é, e não é anulável conforme os arts. 102, 104 e 105" (Tratado de Direito Privado, t. IV, 2a ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, § 469, pp. 377-378, g.n).

No mesmo sentido, Eduardo Espínola, amparando-se em Giovene,

Coviello e Goltz:

"A figura do negócio fiduciário tem alguma semelhança com a simulação, mas com esta não se confunde, porquanto, conforme observa Giovene, os negócios fiduciários são negócios sérios, realmente concluídos pelas partes, para um fim determinado.

Elucidativas as palavras de Coviello: "Dizem-se fiduciários os negócios que importam transferência de coisas ou de direitos, que praticamente não tem por efeito aumentar o patrimônio do adquirente, mas servem para



outro fim. São actos que produzem uma efficacia maior do que a necessária para atingir o fim prático querido pelas partes, como se alguém, em vez de dar em penhor, aliena, em vez de conferir mandato para receber certa importância, faz cessão". Goltz, discorrendo sobre a natureza do negócio fiduciário, faz ver que nelle se encontram: 1º, um contracto real positivo, produzindo a transferência da propriedade ou do crédito, de modo irrevogável; 2º, um contracto obrigatório negativo, do qual se origina a obrigação do fiduciário de fazer uso limitado do direito adquirido, para restituí-lo, em seguida, ao próprio transmitente ou transferi-lo a outrem.

Para determinar se o caso é de simulação ou se effectivamente se trata de negócio fiduciário, cumpre examinar a vontade das partes, ver o que ellas realmente quizeram; o que é de importância, porque os effectos são diversos. Se no negócio fiduciário o adquirente não respeita os limites estabelecidos, não cumpre os deveres inherentes à relação obrigacional negativa de que fala Goltz, nem por isso o negócio se annulla; cabe apenas ao transferente o direito de haver indemnização dos prejuízos causados pelo effecto da violação da fidejussão" (Manual do Código Civil Brasileiro, vol. III, Parte Primeira, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923, nº 112, pp. 473-474, g.n).

Em relação à mesma distinção, ensina J. M. de Carvalho Santos:

"Negócios fiduciários. Embora tenham alguma semelhança com os simulados deles diferem, porque são realmente concluídos pelas partes, não aumentando, porém, o patrimônio do adquirente, justamente porque visam a outros fins. No negócio fiduciário, sem dúvida, verifica-se a transferência do direito mas é subtraído ao adquirente o exercício de determinada faculdade conservando pois, intato o conteúdo do direito. É o que se dá, por exemplo, com o sujeito que adquire a plena titularidade do direito, mas se obriga para com o transmitente a não exercitar determinada faculdade: adquire v.g., a propriedade mas se obriga a não usar da coisa, ou a não aliená-la ou a restituí-la, ou, ainda, a transferi-la a outrem. E uma limitação fundada, como observa Barassi, somente sobre o honesto e escrupuloso cumprimento desta obrigação de abstenção; não atinge a ausência ou substância do direito e repousa sobre a confiança no adquirente" (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. II, 8º ed., Rio-São Paulo: Freitas Bastos, 1961, nº 14, pp. 385-386, g.n).

Como se vê, a compra e venda se concretizou, o preço foi pago e recebido, a posse do imóvel se transferiu, o financiamento imobiliário cumpriu a finalidade de aquisição do apartamento. Ou seja, transmitiu-se o direito, com vistas à obtenção de uma finalidade econômica. E a fidejussão está presente na promessa de devolução do bem assim que o autor estivesse em melhor condição econômica. Neste sentido, a lição do professor italiano Francesco Ferrara:

"O negócio fiduciário. como querido realmente produz todos os effects ordinários ainda que entre si os contratantes assumam a obrigação pessoal de usar dos effects obtidos unicamente para o fim entre eles estabelecido.

Assim, pois, o vendedor ou cedente transmite o seu direito de propriedade ou de crédito ao comprador ou cessionário, e fica ao arbítrio ou fé - fidúcia - deste - donde a denominação do negócio fiduciário - o servir-se do direito adquirido unicamente para o fim convencionado. Se o fiduciário abusa da sua posição jurídica e aliena, a disposição é válida, mas fica obrigado à indenização.

Na prática, recorre-se a esta espécie de negócio, ou para suprir uma deficiência do direito positivo que não oferece a forma correspondente a uma certa finalidade econômica, ou a oferece mas ligada a dificuldades e inconvenientes, ou então para obter quaisquer vantagens especiais que resultam desta forma indireta de proceder. O negócio fiduciário serve para tornar possível a realização de fins que a ordem jurídica não satisfaz, para atenuar certas durezas que não se compadecem com as exigências dos tempos, para facilitar e acelerar o movimento da atividade comercial" (A Simulação nos Negócios Jurídicos, Trad. A. Bossa, São Paulo: Saraiva, 1939, pp. 76-77, g.n).

A respeito da liberdade de contratar e da validade do negócio fiduciário, esta Turma se pronunciou no REsp 57.991-SP (DJ 29/9/97), com esta 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, § 9º, 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 liberdade de contratar própria do direito privado e se caracteriza pela entrega fictícia de um bem, geralmente em garantia, com a condição de ser devolvido posteriormente.

II - Reconhecida a validade do negócio fiduciário, o retorno ao estado anterior é mero efeito da sua declaração de existência, pelo que o bem dado em garantia de débito deve retornar, normalmente, à propriedade do devedor.

Há pelo menos um julgado do STF que igualmente aceita a licitude do negócio fiduciário, ainda que fora dos casos diretamente previstos na lei<sup>19</sup>:

“(…) a doutrina e a jurisprudência sempre consideraram válido e perfeitamente legal o negócio fiduciário não tendo procedência a alegação de tratar-se de negócio nulo por vício de simulação: "O negócio fiduciário encerra uma transação válida, efetivamente realizada e formalmente em

---

19 RE 71616, Primeira Turma, Min. Rodrigues Alekmin, 11/12/1973. No mesmo sentido, RE 68966, Min. Thompson Flores, 25/09/1970, Segunda Turma; RE 60699, Min. Aliomar Baleeiro, Segunda Turma, 08/11/1966. RE 51994, Min. Cândido Motta, Primeira Turma, 29/11/1962.

ordem. o proprietário a quem se transferiu a coisa, o é realmente perante a lei e terceiros. Guarda somente, para com o alienante, um pacto de fidúcia que o obriga a lhe retransmitir a propriedade. Quebrada a fidúcia, pelo não cumprimento da obrigação pessoal assumida pelo fiduciário, não deixa este de continuar como proprietário legítimo; e nem pode a transação formal ser anulada por vício inexistente, tal seja o da simulação, pois, em suma, o negócio se efetivou seguindo a vontade das partes. (Rev.... Trib. 292/504, ac. rel. desemb. Batalha de Camargo).

## O que previne os efeitos plenos do negócio fiduciário consensual

Admitindo-se, com os precedentes citados, que o negócio jurídico fiduciário é lícito, ainda que não dotado de plenitude dos efeitos do *trust* do direito estrangeiro, vejamos então qual sua limitação em face a este<sup>20</sup>.

A explicação de Dora Martins de Carvalho é concisa:

8. Com efeito, essa primeira dificuldade é relativa à existência, no sistema anglo-saxônico de partição de título de propriedade (*legal title*) que fica com o fiduciário ("*trustee*"), e o domínio útil ("*beneficial use*"<sup>21</sup>) que fica com o beneficiário. E constitui um primeiro obstáculo porquanto no sistema de Direito romano, e no Brasil, que o segue, temos a unicidade de domínio. Vale dizer, não existe no nosso Direito a dualidade, a bipartição do direito real de propriedade, e não pode haver domínio dual, do instituidor e do fiduciário. O domínio é direto e único. Não há nem mesmo nos direitos reais na coisa alheia — "jura in re aliena" — a propriedade limitada; há, sim, limitações ao direito único do proprietário, que é coisa diversa.

Um dos elementos básicos ao instituto do *trust*, ou seja, a criação de um patrimônio separado do patrimônio do fiduciário, para fim determinado, tem muitos exemplos em nosso direito legislado<sup>22</sup>. Desta feita, o conceito não

---

20 Este segmento do estudo contou com pesquisa da advogada Livia Barboza Maia.

21 "Beneficial use" é "The right to use and enjoy property according to one's own liking or so as to derive a profit or benefit from it, including all that makes it desirable or habitable, as. light, air, and access; as distinguished from a mere right of occupancy or possession. *Reining v. Railroad Co.* (Super. Ct.) 13 N. Y. Supp. 240.); "Beneficial interest" ou "beneficial ownership" seriam talvez a nomenclatura mais próxima. "to the benefit of a person; yielding a profit, advantage, or benefit; enjoying or entitled to a benefit or profit. In *re Importers' Exchange* (Com. PI.) 2 N. Y. Supp. 257; *Regina v. Vange*, 3 Adol. & El. (N. S.) 254. This term is applied both to estates (as a "beneficial interest") and to persons, (as "the beneficial owner.") Vide BLACKS, *Black's Law Dictionary*, 2nd Pocket ed. 2001 pg. 64 e pg. 508.

22 "34. Nessa sequencia muita coisa já tem sido feita no Brasil, sem imposição de teorias extravagantes: patrimônio de afetação no usufruto, nas heranças e sucessões, na massa falida, nas incorporações imobiliárias para emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários etc. Tal e qual, o estabelecimento comercial consagra uma unidade de bens, para determinado fim, muito embora seja separação apenas formal, porquanto a titularidade é da empresa. E ainda os fundos bancários, hoje tão utilizados, como o VGBL, o PGBl, e outros, alguns organizados como condomínio, com participante maior - o instituidor e titular - e com grande gama de participantes quotistas. (...) 43. Como acima expresso, já existe no país, e em diversas áreas, o patrimônio de afetação. Além das acima mencionadas, relembre-se a lei de incorporações, com as modificações da Lei 10.931, de 2004, art.2º; na lei de mercado de capitais, no Decreto-Lei 70, de 1966, na Lei 8.668, de 1993, que dispõe sobre fundos de investimento imobiliário. E mais

aparenta ser írrito ao nosso sistema, e certamente nunca foi inquinado (em concreto ou em tese) de inconstitucionalidade.

Mas, não havendo por lei dualidade do patrimônio, e nem separação legal de patrimônio afetado a um fim (sem previsão legal), *como norma de direito real*, decresce o efeito protetivo da fidúcia:

“O patrimônio separado, com efeito, a um só tempo congrega a (i) flexibilidade oriunda da criação de nova universalidade de direito e (ii) segurança advinda de esta não se confundir com o patrimônio geral do fiduciário. Por se tratar de universalidade de direito, os elementos do patrimônio separado podem ser livremente alterados – desde que em respeito á finalidade da afetação – o que permite eficiente gestão por parte do fiduciário. Atribui-se maior discricionariedade ao fiduciário, ao mesmo tempo em que se protege o patrimônio especial do ataque de seus credores pessoais, cônjuge ou herdeiros”<sup>23</sup>.

“O patrimônio separado – também designado autônomo, segregado, destacado, destinado, afetado ou especial – consubstancia universalidade de direito destinada à realização de específico escopo. Ao contrário do patrimônio geral, que é unificado idealmente e razão de o mesmo sujeito titularizar os direitos que o integram, o patrimônio segregado tem sua unificação dada pelo fim que persegue. A admissão de massas patrimoniais unificadas para a persecução de determinado escopo confere ao patrimônio ampla potencialidade funcional, permitindo que possa servir para a realização das mais variadas finalidades”<sup>24</sup>.

Vejamos assim como o negócio fiduciário se aproxima, e se afasta, do *trust*:

---

recentemente dispõem também sobre patrimônio de afetação as seguintes normas: Lei 11.101, de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, do Bem de família, da Sociedade Unipessoal-Empresa Individual de Responsabilidade Ltda.- EIRELI”. CARVALHO, Dora Martins, cit.

"No direito brasileiro verifica-se a adoção episódica os expedientes do patrimônio separado e da titularidade fiduciária, previstos especificamente para certas atividades. Exemplos de figuras que, no ordenamento pátrio, se valem da ideia norteadora do trust são os fundos de investimento imobiliário, a securitização de créditos imobiliários, a incorporação imobiliária, o sistema de consórcio, o sistema brasileiro de pagamento, o depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários, o fundo garantidor de parcerias público-privadas - FGP, os fundos de investimento constituídos por entidades abertas de previdência complementar e por sociedades seguradoras e o fundo financeiro privado da Caixa Econômica Federal para o Programa de Arrendamento Residencial. Como se verificará a partir do exame de alguns desses exemplos, o legislador pátrio se vale das técnicas da titularidade fiduciária e da separação patrimonial para a promoção de poderosos interesses". OLIVA, Milena Donato. Do negócio fiduciário à fidúcia. São Paulo: Editora Atlas, 2014. Página 72.

"Se encarado segundo a concepção lato sensu é inegável a admissibilidade do negócio fiduciário no direito brasileiro, haja vista positividade de diversas modalidades de caráter fiduciário ao longo do tempo, como por exemplo, a alienação fiduciária de bens móveis (Decreto 911 de 1969) e imóveis (Lei n. 9.514 de 1997), a Lei dos fundos de investimentos imobiliários (Lei n. 8.668 de 1993 alterada pela lei n. 9.779 de 1999), a que regula a propriedade fiduciária de aeronaves, para fins de garantia (Lei n. 7.565/86), ou ainda as disposições do Código Civil constantes dos artigos 1.361 à 1.368, dentre muitas outras." MESQUITA, cit. p. 92.

23 OLIVA, Milena Donato. Do negócio fiduciário à fidúcia, cit. p. 54.

24 Idem, *eadem*, p. 60.

“[...] negócio fiduciário, que se caracteriza pela atribuição da titularidade plena em nome próprio, mas no interesse, ou também o interesse, do transmitente ou de um terceiro. Seria uma concepção moderna da fidúcia, já entronizada no direito positivo de vários países da América Latina, na figura do fideicomisso, pelo qual os bens fideicomitados são transmitidos ao fiduciário sob forma de propriedade fiduciária e não integram o patrimônio de afetação. [...]

Quanto ao grau de proteção dos bens objeto do negócio, essa nova construção afasta-se da concepção original da fidúcia, em que os bens fideicomitados sofriam os efeitos da insolvência do fiduciário, e aproxima-se do *trust*, com a separação patrimonial, eliminando-se os riscos de contaminação dos bens fideicomitados, por efeito de insolvência de fiduciário. Efetivamente, cotejando-se a estrutura da fidúcia com a do *trust*, verifica-se que em ambos os institutos o princípio da boa-fé desempenha papel preponderante [...]”<sup>25</sup>.

Assim, concluímos, à luz dessas ponderações, que é válido o contrato que versa sobre negócio fiduciário em modelo ou propósitos diversos dos previstos em lei específica; mas tal mecanismo não corresponde ao do *trust* do direito estrangeiro.

### Opções do direito local ao *trust*

Em interessante estudo, Arnold Wald<sup>26</sup> discutiu, à luz ainda do Código de 1916, quais as alternativas do direito pátrio para atender as necessidades que, nos sistemas que o preveem, são atendidas pelo *trust*.

Diversos são os negócios fiduciários no Direito brasileiro, e já há algum tempo vem se tentando viabilizar, através deles, um contrato que gere os efeitos de um *trust*.

69. Examinaremos sucessivamente a solução societária, o fideicomisso, o usufruto, a comissão mercantil, a fundação, o negócio fiduciário e, finalmente a procuração em causa própria, deixando-a para ser estudada em último lugar e detendo-nos, mais profundamente, em relação à mesma, por ser uma das opções inovadoras e fecundas do estudo que nos foi apresentado.

Deixando de lado as alternativas menos dúcteis, vejamos as hipóteses de negócio fiduciário:

#### 6.6 Do Negócio Fiduciário

88. Por fim, não podemos deixar de lado o já citado negócio fiduciário atípico, ou seja, o contrato inominado, não proibido em lei mas tampouco por ela regulado. Sua vantagem primordial é a flexibilidade, posto que a

---

25 CHALHUB, cit. Páginas 93-94.

26 WALD, cit,

ausência de regras definidas impõe como únicos limites os princípios gerais do nosso ordenamento jurídico e a vontade das partes.

89. Muito se discutiu se o negócio fiduciário seria realmente válido ou se não passaria de simulação. A questão foi bem analisada por J. M. de Carvalho Santos nos seguintes termos:

"14. Negócios fiduciários. Embora tenham alguma semelhança com os simulados deles diferem, porque são realmente concluídos pelas partes (...). No negócio fiduciário, sem dúvida, verifica-se a transferência do direito, mas é subtraída ao adquirente o exercício de determinada faculdade, conservado, pois, intato o conteúdo do direito. É o que se dá, por exemplo, com o sujeito que adquire a plena titularidade do direito, mas se obriga para com o transmitente a não exercer determinada faculdade: adquire v.g., a propriedade, mas se obriga a não usar da coisa, ou a não aliená-la, ou a restituí-la, ou, ainda, a transferi-la a outrem. É uma limitação fundada, como observa Barassi, somente sobre o honesto e escrupuloso cumprimento desta obrigação de abstenção; não atinge a essência ou substância do direito e repousa sobre a confiança no adquirente." (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol.II, Freitas Bastos, 3ª ed., pp. 385-386.)

90. De fato, a diferença do negócio fiduciário com o simulado é que, no primeiro, as partes têm, efetivamente, a intenção de atingir determinado objetivo. Existe um contrato cujo conteúdo é verdadeiro. Várias são as decisões dando pela validade de negócios fiduciários, distinguindo-os da simulação, como os acórdãos encontrados na RT 291/363, 292/504, 295/190, 351/453 e RF 218/ 164.

91. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já teve o ensejo de distinguir o negócio fiduciário, da transferência do bem para fins de garantia, considerando que o pacto comissório, proibido no caso da execução de garantias, não é vedado quando se trata de negócio realizado na base da fidúcia.

92. É fundamental, entretanto, a advertência de que a limitação ao direito transferido em caráter real é de cunho meramente obrigacional *intra partes*, sendo, pois, inoponível a terceiros. O ato que extrapole tal limitação não é nulo, nem anulável, apenas gera a responsabilidade civil, como qualquer outro ato ilícito contratual, resolvendo-se em perdas e danos. Nas palavras de Pontes de Miranda, "o direito à restituição (do bem) é pessoal, salvo onde a lei já tornou real o direito à restituição" (*Tratado de Direito Privado*, vol. III ed. cit., p. 126). Com efeito, no caso da alienação fiduciária em garantia, por exemplo, criou-se no direito pátrio um direito real de recuperação do bem em favor do credor.

## A questão da interposição

No mesmo estudo, Wald lembra que a procuração em causa própria, mecanismo muito corrente durante certo tempo para suprir certos aspectos do *trust*, se caracteriza como o oposto da fidúcia:

97. Pontes de Miranda faz uma importante síntese para a compreensão do instituto ao esclarecer que "o poder de representação em causa própria é como qualquer outro poder de representação; apenas o outorgado o exerce em seu próprio interesse". (*Tratado de Direito Privado*, Borsoi, 2.<sup>a</sup> ed., vol. 43, p. 143.) Esta definição é de fundamental importância para o nosso estudo, como demonstraremos a seguir.

98. Enquanto no *trust*, o *trustee* age em nome próprio e no interesse do beneficiário, na procuração em causa própria a situação se inverte, com o mandatário agindo em nome do mandante, mas no seu próprio interesse.

Desde a publicação do trabalho de Wald, no entanto, em 1998, houve importante mudança de perspectiva na lei civil<sup>27</sup>, com a ostensiva consagração da chamada *interposição*, ou mandato sem representação:

E pode ainda haver mandato sem representação, nos casos em que o mandatário têm poderes para agir por conta do mandante mas em nome próprio, como na comissão mercantil, ou mesmo no mandato sem representação (art. 663 CC<sup>28</sup>). Temos então que pode haver mandato sem representação quando o mandatário age em seu próprio nome, embora no interesse do mandante<sup>29</sup>.

No âmbito legal, a interposição se manifesta em várias modalidades específicas:

(...) o Código Civil de 2002 consagrou definitivamente a interposição como técnica de atuação jurídica. Ora, podendo se dar a interposição por meio de inúmeras formas contratuais típicas e atípicas, não parece mais necessário (senão sob o prisma exclusivamente acadêmico) insistir na utilização do nomen júrís de mandato para aquelas hipóteses de atuação no interesse de outrem.

---

27 Sobre o instituto da interposição, além do próprio Wald, em WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. Vol. 3. 18<sup>a</sup> ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, vide SCHREIBER, A., in TEPEDINO, Gustavo (Org.) *A Parte Geral do Novo Código Civil - Estudos na perspectiva civil-constitucional*, EDITORA Renovar, 3<sup>a</sup> Edição, p. 247. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 2 v. 438 - 439p. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7<sup>a</sup> ed. rev., mod. e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: contratos*. Vol. 3. 7<sup>a</sup> ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

28 Art. 663. Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante.

29 AMARAL, cit. Página 452. "Sobre mandato e representação e a posição da nova legislação, Agostinho Arruda Alvim, em sua Exposição de Motivos Complementares ao Anteprojeto de Código Civil, afirmou: "Conservou-se a representação como requisito indeclinável. Mesmo no campo civil, sempre se praticou o mandato sem representação, mas como contrato inominado, em correspondência com a comissão, do direito mercantil". (...) "Já o mandato pode ser com ou sem representação: se o mandatário atua em nome do mandante, há representação; se só atua por conta do mandato, não o representa". WALD, Arnoldo. *Direito Civil*, cit.,

É, de fato, marcante a interposição no Código Civil atual. O livro atinente às obrigações consagra diversos tipos contratuais que trazem, em sua essência, a atuação em nome próprio, mas no interesse de outrem. É o que ocorre no contrato de comissão, cujo objeto é nos expressos termos do artigo 693, "a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente". Também é o caso do contrato de corretagem, que traz a interposição dirigida à obtenção de novas oportunidades negociais (art. 722). E ainda no mesmo sentido o novo código civil contempla os contratos de agência e distribuição, em que a atuação no interesse de outrem é voltada a realização de negócios em uma zona territorial predeterminada (art. 710)"<sup>30</sup>.

Apesar de se indicarem instâncias específicas na lei civil nas quais a interposição é presente, vale notar que ela pode ocorrer – licitamente – em outras ocasiões:

Como se vê, a expansão das formas típicas de interposição – sem embargo da possibilidade de criação de formas atípicas (art. 425) – vem responder a um apelo do desenvolvimento negocial contemporâneo, que nada tem com a representação. Aí se tem, aliás, mais uma razão para abandonar definitivamente denominações como representação indireta ou representação imprópria, e atribuir à atuação no interesse de outrem o nomen jùris de interposição, figura de relevância prática cada vez maior no cenário atual<sup>31</sup>.

Tal modalidade, como indica estudo específico sobre o tema<sup>32</sup>, tem marcantes aproximações com o instituto do *trust*:

O trust permite a redescoberta de mecanismos de segregação patrimonial típicos da cultura jurídica continental, como a propriedade do mandatário sem representação.

O confronto entre os dois institutos, o mandato e o trust, pode ser feito com base num critério de equivalência funcional, verificando qual dos instrumentos apresenta maior eficiência na concretização da operação econômica visada pelas partes, ou com base num critério de concorrência de modelos, apreciando qual dos esquemas jurídicos, satisfazendo igualmente os interesses em jogo, permite um custo marginal inferior.

Na análise comparatística do contrato de mandato e do trust, importa considerar que a noção hodierna de mandatário, enquanto titular de uma propriedade onerada por uma obrigação de transferir, se aproxima, numa perspectiva ontológica, do conceito de trust, centrado no trustee e nas suas obrigações de carácter fiduciário<sup>33</sup>.

---

30 SHREIBER, Anderson, cit., p. 247.

31 Idem, p. 248.

32 TOMÉ, cit.

33 [Nota do original] Com efeito, nos termos do art. 1.º dos Principles of European Trust Law, o trustee é titular de um acervo de bens segregado do seu património pessoal. Sobre ele impende a obrigação de



## O que nos aproveita a interposição

Definido que a interposição importa em ação de uma pessoa, em nome próprio, mas para interesse de outro, vejamos no que essa constatação afeta a solução de nossa hipótese. Quais as consequências da ação da pessoa “B”, agindo por interposição de “A”?

Deste modo, em não havendo outorga de poderes representativos, ter-se-á celebrado um contrato diverso do mandato, no qual a atuação daquele a quem incumbia a prática de determinado ato ou negócio no interesse de outrem se assemelhará a do comissário<sup>34</sup>, devendo transferir os resultados do negócio ao beneficiário<sup>35</sup>.

E assim se põem as obrigações da pessoa “B”:

Art. 695. O comissário é obrigado a agir de conformidade com as ordens e instruções do comitente, devendo, na falta destas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os usos em casos semelhantes.

Art. 696. No desempenho das suas incumbências o comissário é obrigado a agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio.

Parágrafo único. Responderá o comissário, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar ao comitente.

## Conclusões desta nota

Como se recordará, nossas questões nesta nota partem das seguintes hipóteses, num contrato de fornecimento de meios de fabricação e distribuição de certos “Produtos”:

- a) As partes pactuam que alguns bens gerados ou adquiridos pela pessoa “B”, uma vez afetados ao uso junto aos “Produtos” da pessoa “A”, passem a *pertencer* a essa pessoa “A”;
- b) Uma vez terminado o contrato, tais bens *já pertencentes a “A”* passem a sua plena posse e propriedade.

---

o gerir em prol dos beneficiários ou de um escopo. No âmago do trust está aquela titularidade do trustee de um conjunto de bens separado do seu património pessoal, assim como a sua responsabilidade, pela respectiva gestão, perante os beneficiários ou outro executante do trust.

34 "Assim, o contrato de comissão mercantil preconiza a realização de negócio jurídico entre comissário e terceiro, a favor e sob as ordens e instruções do comitente. Apesar disso, é celebrado somente em nome do comissário, que fica diretamente obrigado em relação àqueles com quem contratar" STJ, REsp 1003324, Quarta Turma, Ministro Luis Felipe Salomão, 02/08/2012.

35 TEPEDINO et alii, cit., p. 438 – 439.

- c) Do momento da afetação desses bens aos “Produtos”, até a reversão à propriedade da pessoa “A”, tais bens permaneçam *fiduciariamente* com a pessoa “B”.

A primeira conclusão a que chegamos é que, por aplicação do nosso direito, a disposição segundo a qual os bens passam a pertencer a “A”, ao momento de sua *aposição* a certos “Produtos”, implica que as partes convencionaram que os bens gerados ou obtidos pela pessoa “A”, uma vez utilizados conjuntamente com tais “Produtos”, passarão com eles a constituir um *conjunto funcional*.

Assim, no que cobertos pelo pacto entre as partes, tais bens antes gerados ou obtidos pela parte “B” *acompanharão o destino negocial* dos “Produtos” a que se agregam. Vale dizer, os bens acrescidos e os “Produtos” passam a ser uma só unidade funcional, que convencionalmente não será quebrada.

A segunda conclusão é que, ao gerar ou obter os bens que passam a pertencer ao conjunto dos “Produtos”, sob o preceito de *fidúcia*, a pessoa “B” estará agindo – mesmo em nome próprio – para o interesse de “A”, que controla os “Produtos” e haverá o todo para seus fins próprios ao fim da avença.

Há, no caso, um negócio jurídico fiduciário *por interposição*, admitido no direito brasileiro, cuja consequência é que a pessoa “B” fica obrigada a agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo à pessoa “A”, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio.

Mais ainda, a pessoa “B” responderá por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar a pessoa “A”.