

EM TEMA DE NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação em Ciências Jurídicas de

Pedro Pais de Vasconcelos

"... normativamente entendido, não encontramos o Direito perfeito, qual criatura após a Criação, ou revelado já algures, directa ou indirectamente – conseguimos-lo apenas como algo que se vai logrando, como algo que o pensamento vai obtendo, através de um esforço de fundamentação *sub specie juris* na resolução dos problemas normativos em que verdadeiramente o constitui. Numa palavra: é tarefa que se faz, não substância que se descobre".

Castanheira Neves

Parte I.

1. INTRODUÇÃO

Se há tema, em direito civil, que seja apto a levantar problemas interessantes de teoria e de prática ele é sem dúvida o dos negócios fiduciários.

Pouco ou quase nada tratados entre nós na Doutrina, praticamente ignorados na nossa Jurisprudência, os negócios fiduciários são correntes na prática quotidiana da contratação.

A matéria dos negócios fiduciários sofre em Portugal, sem dúvida, da excessiva orientação da literatura jurídica para as obras de docência geral, obras de ensino básico ministrado nas Faculdades, que evitam ou tratam apenas incidentalmente dos negócios fiduciários que são julgados, não sem algum acerto, demasiado difíceis e específicos para os alunos a quem se ensinam os conhecimentos básicos, a base "sine qua non" de uma licenciatura apertada em cinco anos que por escassos são contudo inextensíveis.

À Jurisprudência, mais voltada para a justiça concreta do caso "sub judice" que para a mediação entre a Lei e o Direito, tem passado despercebidos os pactos fiduciários, geralmente vistos como cláusulas contratuais acessórias às quais é reconhecida ou recusada no caso a validade em ordem às decisões de procedência ou de improcedência que aos Tribunais são pedidas.

Na contratação do quotidiano, as partes, ao acertarem os seus interesses nos contratos com que se vinculam, não se apercebem ou raramente tomam consciência – de que ao clausularem para além ou diferentemente do tipo contratual ou situacional escolhido estão muitas vezes a celebrar negócios fiduciários ou a constituir situações jurídicas fiduciárias.

A obra do Prof. Beleza dos Santos, com a autoridade que merecidamente lhe é reconhecida, ao recusar aos negócios fiduciários a validade jurídica, teve como consequência mais o privá-los do "nomen juris" que o bani-los da vida jurídica. Os pactos fiduciários em Portugal, depois de condenados doutrinalmente com a invalidade, refugiaram-se no anonimato das cláusulas acessórias e passaram a ser, por vezes, confundidos com os acordos simulatórios.

Na vida de relação não deixaram porém de ser pactuados, como instrumentos vivos de adequação dos tipos contratuais e situacionais codificados à evolução e às necessidades da vida, como não deixaram de ser cumpridos – as mais das vezes espontaneamente – sob a tutela legal de autonomia da vontade e de acordo com o princípio – que continua culturalmente vivo – da juridicidade dos compromissos livre e esclarecidamente assumidos.

A prática da vida jurídica inter-privada manteve-os frequentes, a necessidade de adaptação das formas jurídicas à evolução da vida manteve-os necessários, a consciência cultural do "pacta sunt servanda" mantém-os vinculantes, a liberdade contratual expressamente reconhecida na lei mantém-nos como jurígenos perante os órgãos estatais de tutela do Direito. O receio da invalidade manteve-os sem nome.

Os contratos privados são celebrados quotidianamente, tanto entre pessoas com cultura jurídica – ou por estas assistidas – como entre pessoas desprovidas da cultura, cada vez mais opaca, das coisas do Direito; e até entre pessoas em estado cultural da maior ignorância, que nada sabem das leis e das doutrinas e que do jurídico conhecem apenas(?) os princípios decorrentes do "honestae vivere" de "neminem laedere", do "suum quique tribuere".

Se os contratantes doutrinalmente inocentes, desconhecedores dos "mistérios" das leis, das construções jurídicas e das orientações jurisprudenciais não crismam os seus negócios com o "nomen" da fidúcia de cuja existência não suspeitam sequer, os juridicamente cultos evitam a nominação dos negócios fiduciários que celebram por receio de lhes verem recusada a juridicidade pelos órgãos estatais de tutela organizada do Direito em homenagem a uma condenação que por ser velha não deixou de ter a autoridade de quem a proferiu.

E assim se mantém o silêncio em Portugal sobre os negócios jurídicos fiduciários.

No entanto, eles existem, celebram-se e cumprem-se, tanto espontaneamente como sob a tutela do Estado. No entanto, eles são pedagogicamente talvez o meio mais rico de ensinar nas Faculdades o que seja a causa, o que seja o tipo, o que seja a autonomia da vontade, o que seja a juridicidade.

É deles que se vai tratar neste estudo.

2. A DIFICULDADE DA FIXAÇÃO DO CONCEITO DE NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Não tem sido fácil para a doutrina civilista atingir o consenso quanta à fixação do conceito de negócio fiduciário. A dificuldade com que os juristas se debatem com frequência no momento da transposição das percepções que vão tendo da realidade cultural que é o Direito para a sua concretização em escrito é particularmente sensível e sentida nesta matéria. Não se trata apenas do manuseamento sempre delicado da linguagem própria que o Direito tem; para além da linguagem e mesmo "ex ante" a sua utilização, a percepção do que sejam os negócios fiduciários dispersa-se em variedade de perspectivas em que, da diversidade de pontos de vista, diferentes modos de ver, mais do que isso, de pensar os negócios fiduciários aparecem.

A dificuldade transcende o campo da definição e mesmo o da conceptualização. Existe logo no modo de apreender e de pensar dentro da cultura do Direito o que seja aquele "quid" que é correntemente designado por negócio fiduciário.

A realidade cultural que é o direito é compreendida, pensada e até assumida de modos diversos pelas diferentes pessoas que vivem com ela e dentro dela. Não quer isto dizer que se trate de diferentes imagens de uma mesma realidade apreendida através de diversos prismas. Não sendo o Direito uma realidade física, mas cultural, a diversidade de imagens funde-se e confunde-se na realidade observada. Esta existe como objecto da observação e fonte da projecção mas também e do mesmo modo como imagem tal como observada e como projectada numa simbiose dialéctica sempre viva e também permanentemente duradoura.

Todavia, o Direito não só é aquilo que é e que se pensa que é. O Direito é também e principalmente projecto.

O pensar o Direito não se reduz a um esforço gnoseológico de apreensão do que se encontra escrito e em vigor na multidão de diplomas originários dos legislativos estatais, nem no coleccionar e sistematizar de decisões e usos jurisprudenciais ou mesmo naquilo que se possa prever virem a ser as possíveis sentenças sobre eventuais litígios, nem na recolha dos costumes de conteúdo

jurídico, nem mesmo na investigação dos modos como em concreto as pessoas vivem e assumem o Direito no quotidiano.

O pensar o Direito não se confina também no equilibrar, hierarquizar e estruturar de interesses pessoais e transpessoais, individuais e colectivos, de modo a organizar um modo de "viver com os outros" com um mínimo de atrito, num "social engeneering" estruturante de uma sociedade com um mínimo de conflitualidade e um máximo de eficácia.

O direito é um projecto de justiça. Pensá-lo consiste em procurar encontrar e concretizar dentro de situações humanas e culturais, os critérios de justiça, os padrões e as normas que permitem distinguir e atingir os conteúdos da justiça, conteúdos estes gerados na cultura dos homens, nas suas situações de vida e em face das suas circunstâncias.

É extremamente importante não perder de vista que um dado sistema normativo, mesmo dotado de coercibilidade e de vigência, só encontra juridicidade enquanto for¹ portador de um projecto de justiça. O conteúdo desse projecto será naturalmente diferente consoante as culturas, as situações da vida e até as circunstâncias. Mas o projecto de justiça deve estar presente e ser determinante como núcleo de sentido, como núcleo portador do sentido que é simultaneamente projectado e projectante pelos seus e dos seus protagonistas que são as pessoas.

As culturas, as situações da vida e as circunstâncias não são todavia de tal modo intensamente diferentes que façam desagregar a comunidade de natureza humana onde se encontra o elemento aglutinador que permite que em geral se fale de direito e de justiça.

Das culturas, das situações da vida e das circunstâncias são gerados os diferentes modos de assumir, de viver e de pensar o direito. Na comunidade de natureza dos protagonistas do projecto de justiça se encontra a permanência que permite o entendimento, o consenso e os pontos de vista comuns.

¹ Baptista Machado, "Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador", Almedina, Coimbra, 1983, pag. 212

Tal como no direito entendido na sua globalidade como projecto de justiça se encontram e convivem a unidade e a variedade, também nos institutos parcelares do Direito isso acontece.

Para além das diversidades, umas mais, outras menos intensas, que se encontram na doutrina, é possível afirmar sem risco excessivo de violência inaceitável que existe entre os autores uma ideia tendencialmente comum acerca dos negócios fiduciários, ideia esta cuja comunidade não deixa de ser portadora da natural diversidade.

O negócio fiduciário é geralmente pensado como um acto de autonomia da vontade, como uma declaração de vontade séria com a qual um sujeito (fiduciante) investe outro (fiduciário) numa posição jurídica em relação à qual os poderes em que o fiduciário fica investido ou as potencialidades da forma jurídica escolhida excedem o resultado prático tido em vista, de tal modo que é convencionado entre as partes (“*pactum fiduciae*”) que os poderes do investido serão exercidos dentro de particulares limites de tempo e de conteúdo que fazem operar o instrumento jurídico escolhido apenas naquilo em que é necessário para atingir as finalidades tidas em vista pelos interessados. O elemento de “*fiducia*” (confiança) está ligado à circunstância de que a ampla posição em que é investido o fiduciário resulta plenamente eficaz perante terceiros – com a consequência de serem considerados válidos e eficazes os actos de disposição que, em violação do “*pactum fiduciae*” o fiduciário pratique – sendo consequentemente remetida, pelo menos em certa medida, mais para a confiança depositada no titular (fiduciário) que para os meios coercivos a execução cujo cumprimento concreto se destina a dimensionar, dentro do intento prosseguido, a operatividade do meio, técnico utilizado.²

Daqui resultam duas afirmações muito generalizadas:

A primeira é a que coloca um limite da figura onde se encontre uma tutela “*erga omnes*” dos direitos do fiduciante ou do beneficiário, tendo como elemento individuador do negócio fiduciário a investidura do fiduciário numa situação jurídica

². LIPARI, Nicoló - *il negozio fiduciario*, Milano, 1971, p.65,

tutelada “erga omnes”, deixando à confiança depositada no fiduciário a garantia da protecção dos interesses do fiduciante e do beneficiário; a segunda é a de que o elemento característico do negócio fiduciário se reconduz a uma divergência – também entendida como excesso entre meio e fim, ou seja entre o instrumento jurídico utilizado e a finalidade prática prosseguida. Deste modo e na generalidade das maneiras de ver o negócio fiduciário é explícita a referência à possibilidade que assiste ao fiduciário de dispôr válida e eficazmente, em violação do “pactum fiduciae”, da coisa ou do direito em que foi investido, bem como a natureza meramente obrigacional e a eficácia apenas “inter partes” do pacto destinado a compensar ou corrigir entre as partes a eficácia real do negócio atributivo.

A seriedade da vontade negocial, a divergência entre meio e fim e a chamada faculdade de abuso são três dos índices de que é comum a doutrina socorrer-se para individualizar o que se poderá considerar é que alguns consideram mais um tipo de negócio jurídico: o negócio fiduciário.

Como se verá, é tão-só aparente esta comunidade de pontos de vista que encerra na verdade mais dissenso que consenso, dissenso que, como ficou expresso, é mais profundo que a simples divergência de linguagem jurídica, que a menor simples diferença de conceptuação, que atinge – e em profundidade – o modo de pensar e apreender a realidade cultural que é o Direito.

3. A DIVERGÊNCIA ENTRE MEIO E FIM

O recurso à divergência entre meio e fim como índice caracterizador do negócio fiduciário é tudo o que há de mais comum e tradicional nesta matéria.

Sem deixar de ser expressiva e de conter o seu quê de verdade, assenta contudo numa perspectiva equívoca ou parte de uma tomada de posição implícita quanto à estrutura – dualista – do negócio fiduciário. É assim mais legítima como constatação “a posteriori” do que como ponto de partida.

A ambivalência geradora de equivocidade surge mais clara na distinção a este propósito entre a chamada fidúcia românica e a chamada fidúcia germânica.

No que respeita à fidúcia românica, a divergência entre meio e fim encontra-se no seccionamento, como se verá arbitrário, entre um negócio real "quoad effectum" de atribuição e um negócio obrigacional de correcção. O primeiro é considerado como o meio excessivo ou inadequado ao fim verdadeiro que as partes pretendem atingir, meio este cujo excesso ou inadequação vem a ser limitado, corrigido ou, melhor dizendo, enformado através do negócio obrigacional (pacto fiduciário) de modo a tornar-se adequado ao fim em vista.

Tal como descrita, geralmente a propósito das atribuições de propriedade em garantia ("fiducia cum creditore") ou em administração ("fiducia cum amico"), parece de uma simplicidade cristalina. Entre as partes é celebrado um negócio – meio – pelo qual uma delas atribui a outra a propriedade ou a titularidade de certo bem, que poderá ser uma coisa ou um direito, com o fim de constituir garantia do cumprimento de uma obrigação. O fiduciário fica realmente investido na propriedade ou titularidade da coisa ou do direito. Como este meio – a atribuição da propriedade ou titularidade plena – é excessivo em relação à finalidade das partes – garantia – convencionam-se obrigacionalmente entre as mesmas partes que o fiduciário que ficou investido na propriedade ou titularidade plena só delas usará dentro da finalidade convencionada.

Há assim uma tripartição da situação relacional constituída: existe por um lado o meio, que consiste no negócio real de atribuição de propriedade ou titularidade ao fiduciário, meio este que é excessivo; existe por outro lado o fim tido em vista pelas partes e que consiste no intuito de garantir perante o fiduciário o cumprimento de uma obrigação do fiduciante; existe por fim o pacto fiduciário obrigacional que tem por conteúdo a obrigação do fiduciário de adequar, no exercício, os poderes que lhe foram atribuídos ao fim tido em vista pelas partes. Há pois o meio excessivo, o fim tido em vista e o pacto destinado a adequar o meio ao fim.

Esta tripartição explicaria satisfatoriamente a generalidade dos negócios fiduciários. Além da fidúcia em garantia já descrita em traços largos, também a fidúcia em administração, em que o meio excessivo seria constituído também pela atribuição ou transmissão da propriedade ou titularidade plenas, de uma coisa ou de um direito, O fim tido em vista seria a mera administração da coisa ou direito

em que o fiduciário fica investido, desempenhando o pacto fiduciário celebrado entre as partes a missão de adequar o meio excessivo ao fim mais restrito. Mesmo quando o meio excessivo fosse constituído por um negócio abstracto cambiário, v. g. endosso de letra puro e simples fiduciariamente efectuado para cobrança, para garantia ou para desconto, a técnica da tripartição continuaria a resultar: o meio excessivo seria então constituído pelo endosso, acto cambiário abstracto, o fim mais restrito pela cobrança, garantia ou desconto, o pacto fiduciário adequador ou correctivo pela convenção extracartular, apenas oponível entre os respectivos sujeitos, e inoponível ao terceiro portador de boa-fé.

Já na chamada fidúcia germânica a divergência entre meio e fim enfrenta dificuldades que se apresentam contudo como formalmente ultrapassáveis.

O meio excessivo tal como o fim mais restrito colocar-se-iam na tripartição do mesmo modo como na fidúcia românica. O pacto de adequação ("pactum fiduciae") pela diferente natureza que reveste nesta modalidade de pensamento àcerca do negócio fiduciário não consegue já integrar-se na tripartição descrita sem alguma violência.

Na chamada fidúcia germânica, não sendo o pacto fiduciário constituído por uma convenção entre as partes meramente obrigacional e inoponível a terceiros, mas por uma condição resolutiva da atribuição efectuada em favor do fiduciário, ou, conforme diferente doutrina, por uma limitação de outra natureza à atribuição, é difícil emprestar-lhe uma autonomia em relação à atribuição (meio excessivo) que como condição e, portanto, cláusula tipicamente acessória, não tem.

Numa análise meramente formal é, no entanto, possível tripartir a fidúcia germânica do mesmo modo, "mutatis mutandis", por que se opera a tripartição na fidúcia românica, seccionando a situação relacional entre a atribuição (meio excessivo), o fim mais restrito e o pacto fiduciário operante através da condição resolutiva.

Neste caso porém torna-se já mais patente a violência que constitui a separação do meio dito excessivo em relação à convenção fiduciária de adequação. Se se pode dizer que a acessoriedade da condição em relação à atribuição é não só

funcional mas também estrutural e se esta afirmação é indubitavelmente verdadeira, não é menos correcta a asserção de que essa acessoriedade é estrutural porque funcional e não funcional porque estrutural. A condição é acessória porque em termos funcionais é incidível da atribuição e não encontra razão de ser, a não ser em ligação com aquela atribuição.

É pois, em termos funcionais, que deve ser analisada a situação jurídica complexa em que ficam colocadas as partes no negócio fiduciário. Até porque só em termos funcionais é possível dar unidade àquilo que em Direito se designa por negócio fiduciário.

Se em termos funcionais não é legítimo divorciar a condição resolutiva da atribuição na fidúcia germânica, também e do mesmo modo se não pode separar a atribuição do pacto fiduciário obrigacional na fidúcia românica.

Na verdade, e sem deixar de ver o negócio jurídico como acto de autonomia da vontade fundante de uma regulamentação jurídica inter-privada, não se pode deixar de ter em atenção na investigação do conteúdo do negócio qual a intencionalidade com que as partes lhe deram vigência. Nesta perspectiva, é indubitável, até de acordo com a análise tripartidora, que o fiduciante ao fazer a atribuição ao fiduciário com aquela finalidade o faz apenas em ligação com a convenção fiduciária de adequação, seja ela qualificável como mero pacto obrigacional ou como condição resolutiva; e que o fiduciante não faria essa atribuição, pelo menos com aquela finalidade, sem a referida convenção adequadora. A convenção adequadora (*pactum fiduciae*) é pois, em termos de vontade negocial, imprescindível para a obtenção do resultado desejado e como tal é convencionalizada. Não é possível, na perspectiva negocial da vontade das partes, atingir o fim tido em vista sem a convenção. A convenção adequadora não constitui um "tercium genus" em relação ao meio e ao fim. Ela integra-se no meio.

É assim insustentável a tripartição, uma vez que o meio para atingir o fim é constituído, não apenas pela atribuição dita excessiva, mas também pela convenção adequadora que naquela se integra indissolúvelmente em termos funcionais.

No negócio fiduciário não existe, pois, divergência entre meio e fim. O meio utilizado pelas partes é constituído pela investidura do fiduciário numa situação jurídica (que pode até não ser real) em termos de este dever exercer os poderes e cumprir os deveres integrantes dessa situação jurídica de modo adequado à prossecução do fim tido em vista. O meio, constituído pela atribuição e pela convenção adequadora nada tem de divergente em relação ao fim tido em vista.

4. O CHAMADO PODER DE ABUSO

A divergência entre meio e fim costuma ser acompanhada pela referência ao poder ou faculdade de abuso como índice caracterizador do negocio fiduciário. Tem mesmo sido afirmado que esta característica constitui o mais expressivo e, até o único verdadeiro índice caracterizador do negócio fiduciário ³.

Esta faculdade ou poder de abuso mais não é, no fundo, que a faceta subjectiva da divergência entre meio e fim⁴ e é como esta, merecedora de critica.

De acordo com este critério, o fiduciário, investido pelo fiduciante numa situação jurídica tutelada "erga omnes", teria a faculdade de abusar dos poderes em que fora investido, exercendo-os com desrespeito pelo que ficou tido em vista. Ao fiduciante restaria apenas o recurso à indemnização dos danos decorrentes do abuso. O poder de abuso constituiria a consequência natural do carácter excessivo dos poderes em que o fiduciário teria sido investido e o abuso corresponderia ao efectivo aproveitamento pelo fiduciário dos poderes que lhe teriam sido atribuídos em excesso. Seriam manifestações deste poder de abuso os casos em que, por exemplo, na "fiducia cum creditore" o fiduciário alienasse a favor de terceiro de boa-fé o bem ou o direito adquirido do fiduciante independentemente de este ter ou não solvido a dívida ou em que o fiduciário credor se recusasse a restituir ao fiduciante e devedor a coisa fiduciariamente transmitida mesmo depois de paga a dívida. Do mesmo modo, na fidúcia em administração, o abuso materializar-se-ia em casos em que o fiduciário, violando ou ignorando a convenção adequadora, usasse ou fruisse do bem em seu próprio proveito, o alienasse ou o administrasse de modo diferente do convencionado. E ainda, na fidúcia cambiária, quando o portador beneficiário de um endosso puro e simples fiduciariamente efectuado para cobrança se apropriasse dos fundos obtidos com o pagamento ou quando o portador de um título em branco o completasse em

³. GRASSETTI, "Riv. Dir. Commerciale", 1936, vol. XXXIV, parte I, p. 355

⁴. LIPARI, op. cit., pag. 100, citando a este propósito Oppo em "Contratti Parasociale", p. 65

violação do pacto de preenchimento. Outros exemplos se não tornam necessários para tornar claro constituir sempre o abuso uma violação da convenção adequada.

Nem todos aceitam que o chamado poder de abuso constitua a faceta subjectiva da divergência entre meio e fim. GRASSETI, principal defensor da fórmula do poder de abuso como característica do negócio fiduciário, nega legitimidade à formulação tradicional da divergência entre meio e fim com o fundamento de que o meio – atribuição – é imprescindível para que seja atingido o fim e que, assim sendo, nada de excessivo, de divergente ou de supérfluo existe no meio adoptado.⁵ Segundo este Autor "é só do leal comportamento do fiduciário, e não dos rigorosos meios de coacção legal, que se espera o pleno atingir do escopo prático prosseguido, (...) se daqueles (meios de coacção legal) e não do espontâneo comportamento do fiduciário se esperasse a correspondência do uso dos seus poderes ao fim do negócio, ele não teria já qualquer título de qualificação fiduciária".

Contudo, se apenas na honestidade do fiduciário pudesse o fiduciante confiar a sua tutela – e não é essa a posição de GRASSETI nesta matéria – ficaria a convenção adequada remetida ao ostracismo do extra-jurídico ou, quanto muito, ao campo dos pactos meramente geradores de obrigações naturais.

A primeira dificuldade com que choca a formulação do poder de abuso consiste na contradição evidente da própria expressão. É intuitivo que onde há faculdade ou poder não pode haver abuso, do mesmo modo que, inversamente, onde há abuso não há já o exercício legítimo de um poder ou de uma faculdade. A contraditoriedade da expressão é mesmo sugestiva de um contrassenso que seria a licitude do abuso. Ou bem que assiste juridicamente ao fiduciário a faculdade ou o poder de exercer livremente os poderes em que foi investido, ignorando pura e simplesmente a convenção adequada, e ficando esta privada de juridicidade; ou bem que se tutela juridicamente a convenção adequada, retirando ao fiduciário outros poderes que não aqueles estritamente resultantes da atribuição e da convenção limitando directamente o conteúdo da situação jurídica do

⁵ GRASSETTI, op. cit. p.355

fiduciário e, portanto, também o da própria atribuição. No primeiro termo da alternativa há o poder, mas não há já o abuso porque este sendo lícito não é abusivo; no segundo, há o abuso, mas não há o poder uma vez que a actuação do fiduciário se transporta já para o domínio do ilícito. No primeiro termo da alternativa o fiduciário infiel seria apenas sancionado em termos de imoralidade ou de anti-socialidade, não havendo já lugar a responsabilidade civil porque lícita a actuação geradora do prejuízo; no segundo caso o fiduciário, investido num direito limitado, veria os actos de infidelidade feridos da ineficácia decorrente da nulidade e os terceiros deles beneficiários enfrentariam a oponibilidade da convenção adequada.

A segunda dificuldade que se ergue perante a fórmula do poder de abuso decorre do facto de nem sempre o abuso ser, mesmo dentro do ilícito, possível. Mesmo entendendo a fórmula do poder de abuso como referida ao poder ou faculdade de ilicitamente abusar, faculdade ou poder não já jurídico mas natural, a formulação torna-se imprestável para a caracterização dos negócios fiduciários pois que, ganhando deste modo uma amplitude excessiva iria abarcar a quase generalidade dos negócios jurídicos obrigacionais e, mesmo para além destes, todas as situações de incumprimento. Sendo excessivamente ampla, não deixaria de ser também restrita pelo menos nos casos em que da convenção adequada conste, por exemplo, a obrigação de contratar. Atento o regime da execução específica da obrigação de contratar, ao qual pode em certas circunstâncias ser atribuída eficácia real, o poder de abuso, mesmo o poder natural de abuso ilícito, inexistente em grande número de negócios fiduciários.

A fórmula do poder de abuso, na contradição dilemática que sem dúvida encerra, contém a razão da sua inadequação para definir os negócios fiduciários. Todavia e por paradoxal que pareça, é extremamente rica de significado para a descoberta do núcleo de sentido desses mesmos negócios. Esta fórmula é expressiva da tensão interna que caracteriza o negócio fiduciário, tensão que põe à prova a natureza do Direito como projecto de Justiça e desafia a sensibilidade do jurista como protagonista especialmente qualificado e responsável desse projecto. É na procura da justiça interna do negócio que a dialéctica do poder e do abuso se manifesta exuberante. É aí que há que enfrentar a tarefa da descoberta dos limites do jurídico, do "limes" delicado entre o poder e o abuso, das fronteiras da

juridicidade. É também esta tensão interna que explica a evolução divergente das várias figuras da fidúcia, na história, nos diversos ordenamentos jurídicos e até dentro do mesmo direito nacional. É ela que dá energia às mutações dos negócios fiduciários romanos, da mera protecção do fiduciante em termos de uma "fides" extra-jurídica de carácter religioso, moral ou social ⁶, ao "pacto nu" desprovido de "actio", ao "pactum adjectum" beneficiário da "actio" própria do contrato adjunto, ao "pignus", à hipoteca, às limitações justinianeias; ao dualismo do "trust", com a investidura do fiduciário "trustee" em termos de "common law" e a protecção do fiduciante "setlor of trust" e do beneficiário "cestui que trust" em termos de "equity" com a evolução para a actual fortíssima protecção do fim tido em vista; à inversamente forte protecção do fiduciário na fidúcia cambiária; à recente e presente gestação de novos tipos contratuais como o "leasing".

Não o poder de abuso, fórmula tradicional mas infeliz, mas a tensão interna entre o poder e o abuso, entre a titularidade fiduciária e a convenção adequadora, poder-se-á até dizer, entre o meio e o fim, é característica do negócio fiduciário. Mas não é suficiente para a sua individualização. Ambas as fórmulas, na dupla dimensão de correcção lógica e de riqueza de significado correspondem a dificuldades de transposição da percepção da realidade do direito para a sua concretização em escrito.

Parte II.

5. A FIDÚCIA INGLESA

A gestão da fidúcia no direito inglês prende-se inseparavelmente com a coexistência nesse ordenamento da "Common Law" e da "Equity". Cada uma com os seus tribunais próprios, quase constituem dois ordenamentos jurídicos paralelos

⁶. MESSINA, "Scritti Giuridici i Negozi Fiduciari, Introducion e Parte I, Milano, 1948, p.114, que cita no mesmo sentido JHERING, FADDA e COSTA e, contra, MANIGK

simultaneamente vigentes e vinculantes no mesmo território e aplicáveis às mesmas pessoas, em situação de quase concorrência.

À "Common Law", fundada sobre o "General immemorial custom" ⁷ e geralmente vigente vem, a partir do Statute of Westminster II (1285) e dos poderes acrescidos do Chanceler, justapôr-se paulatinamente à "Equity". Assente no poder do Chanceler de emitir "writs" "sub poena" cuja desobediência era cominada com multa ou com prisão e na prática daquele magistrado, como guardião da consciência do Rei – que por sua vez é considerado fonte de justiça – , de ordenar aos súbditos comportamentos ditados, não pelo Direito e pelo processo formal da "Common Law", mas pela Justiça concreta do caso, através de uma apreciação "in equity" ou "in conscience", a "Equity" à semelhança do direito pretório, surgiu como modo de corrigir em concreto as injustiças eventualmente provocadas por um ordenamento excessivamente rígido ⁸.

Todavia, já antes da institucionalização dos novos e crescentes poderes do Chanceler se tinha consolidado a prática dos "uses".

O "use" surge como modo de evitar as pesadas obrigações, restrições e vínculos com que a "Common Law" agravava o regime da titularidade da terra e da "tenure" feudal. Em boa parte nasceu como modo de permitir as ordens religiosas (principalmente a franciscana e dominicana), poderem dispor dos imóveis de que necessitavam para o seu "munus", para a construção dos seus hospitais e escolas, para a edificação dos seus conventos e das suas igrejas. Os votos de pobreza e as limitações à propriedade de "mão morta" levam as ordens religiosas, últimas depositárias da cultura jurídica românica, a conceberem um expediente segundo o qual os imóveis de que necessitam são transmitidos a terceiras pessoas capazes de adquirir, que são investidas (seised) na titularidade dos bens de modo a figurarem como seus "legal tenants", sendo a "seisin" acompanhada de um juramento ("oath") ou de um compromisso de utilizar aqueles bens para proveito ("to the use") daquelas ordens religiosas. O "use" não passava de um juramento, de palavra dada, e era pura e simplesmente ignorada pela "Common Law". Assim, o Lord não tinha qualquer relação juridicamente reconhecida com

⁷ FRANCESCHELLI, "Il "Trust" nel Diritto Inglese", Padova, 1935, p.38

⁸ FRANCESCHELLI. op. cit . p.38 e 46.

o "cestui que use" que ficava isento daqueles vínculos indesejáveis da "tenure". Por outro lado e do mesmo modo, sendo o "use" privado de qualquer tutela jurídica à face da "Common Law", de nenhuma proteção dispunha o "cestui que use" contra o "feoffee in use" infiel.

A intervenção do Chanceler, como representante do Rei, na proteção do "use", sem formalmente derrogar o sistema da Common Law", vem dotar o "use" de coercibilidade não própria mas emprestada pela autoridade do Chanceler mais preocupado com a justiça e com a moralidade do que com a legalidade. Perante as queixas das vítimas dos abusos, o Chanceler convocava à sua presença os interessados e ordenava-lhes a adopção dos comportamentos que considerava justos "in equity", e cuja desobediência era punida com a prisão dos que não cumprissem.

O "use", deste modo protegido, ganhou considerável amplitude na prática e passou a ser utilizado, a par de finalidades incontestavelmente legítimas, para a prática de verdadeiras e caracterizadas fraudes à lei. Além de permitir a fraude à lei, ao "use" eram também atribuídos os inconvenientes de criar a insegurança no comércio jurídico e de privar de publicidade as transmissões de bens.

Os "uses" vieram, com efeito, a ser acusados de tornar possível a transmissão de "realities" por acto de última vontade, o que era vedado pelo direito feudal, bem como a sua transmissão "inter vivos" sem publicidade; de privar o Rei dos seus direitos de "forfeiture for treason" e de "escheat for felony", e os Lordes dos direitos de "Wardship", "marriage", "escheat" e "relief", os maridos do direito de "curtesy" e as mulheres do direito de "dower"; e ainda de tornar incertas as vendas de "realities" uma vez que os "uses" eram desprovidos de publicidade.

No reinado de Henrique VIII, em 1535, foi promulgado o "Statute of Uses" cuja missão consistia em pôr termo aos "uses" e aos respectivos inconvenientes. No sistema desta pega legislativa, pretendia-se fazer desaparecer os "uses" da vida jurídica pela atribuição ao "cestui que use" de um "legal estate" correspondente àquele em que fora investido o "feoffee to use", que deste modo desaparecia do sistema, ficando consolidadas a "legal" e a "beneficiary ownership" no "cestui que use" que assim se transformava num proprietário pleno, tanto "at law" como "in equity".

O "Statute of Uses" não veio contudo a conseguir atingir a finalidade que lhe estava na origem. O sistema nele estatuído para a determinação da identidade do verdadeiro e real beneficiário de "use", com um respeito escrupuloso pela vontade do "Setlor" e a interpretação restritiva que dele veio a ser feita pelo Chanceler acabaram por resultar na manutenção, sob outras vestes, da mesma realidade sócio-jurídica. O Chanceler, usando por um lado com argúcia do argumento "a contrario", deixou fora do âmbito de aplicação do "Statute" parte dos "uses"; por outro lado, admitindo a existência de "uses" em cadeia ("use upon use") e restringindo a aplicação do sistema do estatuto ao primeiro dos "uses" em cadeia, deixou em vigor os demais. A fórmula "unto and to the use of B to the use of C" veio brevemente substituir-se aquela outra "unto and to the use of B in trust for C". A dupla cláusula generalizou-se e o "cestui que use" passou paulatinamente a ser substituído pelo "cestui que trust". Segundo JENKS⁹, o "Statute of Uses" pouco mais efeito veio a ter que o de fazer acrescentar três palavras às "conveyances".

A evolução posterior do "trust" reflete a mutação provocada pela tensão interna da justiça da posição do "trustee" e as do "cestui que trust" e do "setlor" bem como da dos terceiros, e foi operada pela jurisprudência e pela ciência do direito através da modelação da situação jurídica do "cestui que trust". Nascida como "jus in personam" oponível tão só ao "trustee", ganha eficácia em relação a uma esfera cada vez mais vasta de pessoas e acaba por se tornar oponível "erga omnes", com excepção do que no direito continental de raiz romanista se costuma designar por "terceiros adquirentes de boa-fé".

Não obstante a opinião contrária de MAITLAND¹⁰ que continua a considerar que do "trust" resulta apenas um "jus in personam" admitindo embora com aspectos de "jus in rem", a situação jurídica do "cestui que trust" perante o "breach of trust" tem aspectos de "jus in personam" designadamente no que respeita à matéria da indemnização, mas também de "jus in rem", designadamente no que respeita ao "right to follow trust property". Em caso de alienação não autorizada da coisa, o "cestui" pode, a seu livre alvedrio, optar entre a subrogação no "trust" da contrapartida da alienação (em caso de alienação onerosa) e a oposição ao terceiro

⁹ "Short History" pag. 101 citado por FRANCESCHELLI, op. cit., p. 66.

¹⁰ Citado em FRANCESCHELLI, op. cit., p. 33.

adquirente do seu "equitable interest" em termos semelhantes aos da "sequela" dos direitos reais continentais. Em verdade, nos casos em que o "breach of trust" se materialize na alienação da coisa, o "cestui" só não pode usar do "right to follow trust property" quando a transmissão, tenha sido efectuada com "due consideration" e sem "notice" por parte do adquirente. Sem aprofundar a complexa doutrina da "consideration", pode dizer-se que esta corresponde à existência de uma contrapartida legítima e razoável da alienação, em termos semelhantes, embora mais restritos, à chamada causa da atribuição patrimonial, à "datio vel factum" da "causa civilis obligandi", da "rei interventu" e do "vestmentum" nos contratos inominados¹¹. Sem entrar também na delicada doutrina da "notice", pode por esta entender-se o conhecimento efectivo, provocado ou presumido da existência do "trust".

É pois necessário, para que não assista ao "cestui" o "right to follow trust property", que a alienação tenha sido onerosa e que a contrapartida seja legítima e razoável de modo a poder ser considerada como "due consideration" e que o adquirente tenha adquirido sem "notice". Quando assim aconteça, ao "cestui" resta apenas a subrogação no "trust" da contrapartida da alienação e a indemnização. A severidade do regime da "notice" torna contudo difícil encontrar casos em que a alienação tenha sido efectuada sem que o adquirente possa ser considerado como desconhecedor da situação.¹² Não é possível, perante este regime, deixar de considerar a tutela da situação do "cestui que trust" como em termos que nos direitos continentais são qualificados como reais.

¹¹ GETE-ALONSO, "Estrutura y Funcion del Tipo Contratual", Bosh, Madrid, p. 396 e 408.

¹² A "notice" pode ser "actual", "constructive" ou "imputed". A "actual notice" constitui uma questão de facto e reduz-se ao conhecimento que o adquirente tenha efectivamente tido, antes da aquisição, de que a coisa se encontrava vinculada. A "constructive notice" constitui já uma questão mista de facto e de direito: considera-se neste caso que a "notice" existe sempre que o adquirente teria tido conhecimento se tivesse agido com uma diligência normal, com a diligência que em circunstâncias semelhantes poderia ter sido desenvolvida. A "imputed notice" consagrada legislativamente no art. 1999, 1, da "Law of Property Act" de 1925, considera-se verificada sempre que em relação ao "agente" do adquirente se verifiquem as circunstâncias que em relação ao adquirente justificariam a "constructive notice". FRANCESCHELLI, op. cit., p. 81-82.

6. FIDÚCIA ROMANA

A fidúcia, como instituição característica do direito romano, nasce em ligação estreita com o formalismo apertado e a rígida tipicidade do sistema contratual romano.

É geralmente definida como uma "mancipatio" feita com a obrigação para o "ac-cipiens" de remancipar ("ut remancipetur"). Além da "mancipatio", a fidúcia é também operada através da "in jure cessio" e discute-se na doutrina romanista se ainda através da "traditio".

As interpolações frequentes nos textos acerca da fidúcia e as próprias discussões acerca do que se deve ou não considerar interpolado provocam graves incertezas acerca de alguns contornos e particularidades do regime da fidúcia no direito romano. Todavia, não obstante algumas dificuldades e muitas questões deixadas ainda em aberto, é possível afirmar com segurança que a fidúcia romana consistia numa atribuição, de natureza patrimonial, familiar ou testamentária, efectuada por intermédio de uma "mancipatio" ou de uma "in jure cessio", corrigida ou adequada funcionalmente através dum "pactum conventum".

A "mancipatio" era um acto solene de atribuição, um negócio "per aes et libram" de "res Mancipi". Reunia, em princípio, um mínimo de oito pessoas: o alienante, o adquirente, cinco testemunhas, todos cidadãos romanos de sexo masculino e puberes, e o "libripens". O "libripens" pesava as moedas e chocava-as para se assegurar do teor metálico.

A coisa mancipada devia estar presente, em espécie ou em símbolo. O alienante, "Mancipio dans" desempenhava um papel passivo; o adquirente "Mancipio acceptans", pondo a mão sobre a coisa, pronunciava as palavras célebres "Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio". O alienante, nada objectando ao "meum esse" consentia na apropriação. A partir da Lei das Doze Tábuas, as

convenções verbais simultâneas com a mancipatio, "in continenti", passaram a ganhar uma "actio" que isoladamente lhes seria negada como "pacta".

A "in jure cessio" correspondia ao aproveitamento da actividade processual para operar a transmissão em fase ainda não contenciosa.

Na "mancipatio" fiduciária o " accipiens" reconhecia-lhe essa natureza ao declarar receber a coisa "fidi fiduciae causa".

A "mancipatio" fiduciária era efectuada "numo uno". Quer isto dizer que, sendo necessária a intervenção das moedas e não sendo a investidura onerosa, o sentido prático dos romanos conciliava a onerosidade típica da "mancipatio" com a unilateralidade económica da atribuição fiduciária fazendo intervir uma só moeda. Todavia a "mancipatio numo uno" não era privativa da fidúcia e utilizava-se, em geral, para atribuições economicamente unilaterais, para atribuições puras, que podiam até ser liberalidades. A "mancipatio numo uno" era, assim, uma pura dação.

No sistema romano da fidúcia, o "accipiens" "fidi fidutiae causa" ou "ut remancipetur" tornava-se proprietário pleno da coisa "ex jure Quiritium" e podia dela dispor, agravá-la com "jura in rem" ou, em geral, fazer dela o que quisesse, sem que o beneficiário da fidúcia pudesse incomodar juridicamente o adquirente. Restava-lhe actuar contra o fiduciário infiel.

O "pactum conventum" anexo e simultâneo à "mancipatio", que se revelava na expressão "fidi fiduciae causa" ou "ut remancipetur", revelava que a "datio" solene não era definitiva e justificava, com base na Lei das Doze Tábuas uma "actio", mais dirigida à sansão da fraude, da violação da "fides", que à restituição da coisa.¹³ Além desta, o "pactum fiduciae" beneficiava ainda de uma "actio in factum" de natureza pretória, e discute-se se também uma "actio fidutiae in jus".

"In jure Quiritium" o fiduciário gozava da situação do proprietário pleno e podia até defender a sua propriedade através da "conditio furtiva". A restituição da coisa ao fiduciante era efectuada através de uma "remancipatio", se não de uma

¹³ MESSINA, op. cit. p.116.

"usureptio". O lado obrigatório da fidúcia romana operava completamente em separado do lado real.

A fidúcia romana operava em duas grandes classes de casos designados tradicionalmente por "fiducia cum amico" e "fiducia cum creditore". A segunda tinha uma função de garantia e, segundo a maior doutrina, esteve na origem do "pignus" e, depois, da "hypoteca", se bem que se tenha mantido em prática contemporaneamente a estas.¹⁴ A "fiducia cum amico" era de âmbito muito mais alargado e abrangia desde a finalidade simples de legitimação para representação até ao comodato, ao depósito, à doação "mortis causa" e à "datio dotis". Na esteira de GAIO, pode afirmar-se que, pelo menos em princípio, a "fiducia cum amico" é estabelecida ou funciona em benefício do fiduciante enquanto que a "fiducia cum creditore" protege, por vezes até excessivamente o fiduciário.

Fora do campo estritamente patrimonial, a fidúcia era também utilizada na "emancipatio", na "adoptio" e na "coemptio fiduciaria". A diferença encontra-se mais na natureza das finalidades prosseguidas que na estrutura. Assim, a "coemptio fiduciaria" podia ser efectuada "tutelaevitandae gratiae", "testamenti faciendi causa" ou "sacrorum intermendorum causa".

No direito romano, a fidúcia vigorou sem que fossem levantadas dúvidas de carácter dogmático à sua legitimidade. As objecções tardias de Justiniano têm origem no excesso e na usura (no sentido actual do termo) que a fidúcia "cum creditore" acarretava e que lhe dava aspectos de rapina. Daqui teve origem a actual proibição do pacto comissório. Todavia, não em razões doutrinárias.

A fidúcia romana representa o esquema clássico dos negócios fiduciários, não só no que respeita à sua origem, mas também à linearidade e transparência do sistema interno de relação.

O sistema romano da fidúcia vai comunicar-se aos povos germânicos através da influência que exerceu nos lombardos.

¹⁴ VILLERS, Robert, "Rome et le Droit Privé", 1977, p. 330.

7. A FIDÚCIA GERMÂNICA

O modo germânico de construir juridicamente o fenómeno fiduciário tem ligações claras com o sistema romano e revela uma continuidade que existe, aliás, também em termos de cultura jurídica em geral.

A instalação dos povos germânicos dentro do "limes" do império não foi abrupta e não acarretou uma solução de continuidade em termos de civilização. A mutação cultural que daí resultou foi mais consequência de um processo de integração e de influência recíproca gradual do que de substituição de uma cultura e civilização romanas por outras germânicas.

Dos povos germânicos que se instalaram no império, o mais romanizado foi talvez o dos lombardos. Fixados no norte da península, absorveram muito do que era o direito romano. A fidúcia dos lombardos tem muito de romana.

Em documentos lombardos, entre os séculos VI e XII, é frequente a inclusão de fórmulas importadas da fidúcia romana. Encontram-se em muitos casos de compra e venda a referência de que a coisa vendida se encontra livre e não foi alienada ou "infiduciata" a outrém. Do mesmo modo e em casos de constituição de penhor são vulgares as expressões "dare et tradere in affiduciato", "opponere in affiduciato", "in logo pignoris seu fiducio" ou "per pignoris infiduciare". Estes termos, se por um lado revelam uma forte influência da fidúcia romana, não correspondem contudo exactamente à mesma realidade. O termo "infiduciatum" se por vezes é utilizado com o significado de "obrigado", é por outras entendido no sentido de "enfeudado".

Muito próximo da figura romana da fidúcia encontra-se o penhor imobiliário lombardo. É construído sobre uma venda, efectuada através de uma "carta venditionis", acompanhada através de uma promessa de restituição em caso de pagamento estipulada numa "controcarta". Esta figura complexa de penhor imobiliário foi frequente no sec.XI e era operada, tanto através da compra e venda, como por intermédio da doação. Se bem que discutida na doutrina, parece claro ter esta figura muito da fidúcia romana, da qual não parece merecer autonomia.

Já o penhor comissório - "Verfallpfand" – se afasta do sistema romano. A atribuição é feita através, também neste caso, de uma "carta venditionis", mas sob condição suspensiva do não pagamento. A posse da coisa é logo atribuída ao credor. Esta figura afasta-se do penhor porque não constitui um "jus in rem aliena" e da fidúcia clássica porque a propriedade se mantém no fiduciante.

Diferentemente, no "affiduciatum" ou "pignus ad frugiandum" do direito lombardo, em que é apenas a posse e a fruição que é atribuída ao credor, o qual fruirá da coisa até ao pagamento, é discutido na doutrina se o crédito se não solvia com a atribuição do uso e se o penhor incidia sobre a coisa ou sobre a sua utilidade económica. A atribuição da posse e da fruição da coisa eram feitas sob condição resolutiva.

Se estas figuras correspondem à categoria de "fiducia cum creditore", outras se integram na da "fiducia cum amico".

É este o caso da intervenção do "manusfidelis" do direito lombardo e do "Salman" ou "Treuhand" dos outros direitos germânicos.

O "manusfidelis" é, em substância, um intermediário investido fiduciariamente na titularidade dos bens fiduciários para fins variados.

Intervém para permitir transmissões entre vivos ou por morte em fraude à lei sucessória que dava aos herdeiros legítimos uma expectativa juridicamente protegida à herança ainda antes da morte do autor da sucessão. Para defraudar esta restrição à liberdade de disposição em vida, ou para fazer doações pias, ou para beneficiar outras pessoas.

A função desempenhada pela "Treuhand" varia de sentido com o tempo. Começa por constituir uma intermediação a favor e por conta do alienante e passa a funcionar por conta e no interesse do adquirente.

Na "affatomia" do direito franco, operava-se uma "adoptio in hereditatem" por intermédio do "Salman", destinada à obtenção de um herdeiro quando o interessado (fiduciante) não tinha herdeiros legítimos. O fiduciário era investido na coisa e era-lhe indicado o destinatário, a quem o "Salman", depois, transmitia "per festucam" os bens. Ainda no direito franco, a transmissão a favor da Igreja por morte

era efectuada de modo análogo através da investidura do "Salman" nos bens "per meos wadros andelangosve".¹⁵

Nos outros povos germânicos, em caso de doença, de viagens ou de guerra, era frequente investir o "Salman" na propriedade das coisas com a cláusula da restituição em caso de cura ou de regresso e de disposição a favor dos designados em caso de morte ou de desaparecimento. Do mesmo modo se actuava quando por quaisquer razões o destinatário dos bens os não pudesse desde logo adquirir.

Em todos estes casos o "Salman" estava ligado e obrigado face ao alienante.

Noutros casos em que o "Salman" era investido na titularidade dos bens para preencher a finalidade prática da tutela ou para permitir a propriedade económica por parte de pessoas que por serem estrangeiras, clérigos ou por outras razões se viam impedidas de assumir a titularidade formal, o "Salman" ficava obrigado perante o beneficiário em situação semelhante à do "trust" e do "use" ingleses.

De todas estas modalidades, é especialmente interessante uma prática característica da Baviera e destinada a reforçar a segurança nas transmissões de imóveis. o "Salman" era investido no direito real sobre o imóvel que mantinha indefinidamente. O direito ao uso e fruição da coisa ia sendo transmitido de titular em titular sem que o "Salman" titular formal se alterasse. Conseguia-se assim ir transmitindo uma espécie de propriedade bonitária da coisa sempre sob a fiscalização e certificação do "Salman" que assegurava a disponibilidade e legitimidade do alienante, bem como dava segurança à situação jurídica do adquirente. O "Salman", nesta modalidade de fidúcia, era uma espécie de livro fundiário vivo. Com a instituição do livro fundiário, perdeu a utilidade e desapareceu.

No que respeita à situação jurídica do "Salman" e ao conteúdo da titularidade em que os bens lhe eram investidos existe grande polémica na doutrina, designadamente entre a tese da atribuição sob condição resolutiva e do direito real limitado no seu conteúdo.

¹⁵ MESSINA, "Negozi Fiduciari", op. cit, p. 152.

No direito germânico não era possível a atribuição de propriedade sem "Gewere". Se, por um lado, nunca pode ser considerada real uma situação de titularidade sem "Gewere", a própria "Gewere" é, por outro lado, suficiente para caracterizar uma situação jurídica como real.¹⁶

No que respeita à atribuição da "Gewere" ao "Salman", pode-se dizer que, pelo menos durante a alta Idade Média e até ao século XII, era necessária a "traditio" dos bens.

Todavia, e com excepção do direito lombardo, na transmissão da propriedade a favor do "Salman" não são usadas todas as formalidades da transmissão ao final destinatário.

Nas transmissões imobiliárias, em princípio, além da "traditio cartae", ocorriam ainda um acto de investidura, real ou simbólico e a "resignatio". Esta "resignatio", que consistia na renúncia do alienante ao bem, não ocorria na transmissão a favor do "Salman". Daqui resulta que a situação real do "Salman" não era completa.

Casos havia, porém, designadamente no que respeita ao "manusfidelis" do direito lombardo, em que a atribuição era completa e a situação jurídica do fiduciário absoluta.

É difícil dar uma resposta à questão sobre a natureza do direito do fiduciário que seja universalmente válida no direito germânico. Todavia, parece mais aceitável considerar como característica da fidúcia germânica a constituição no "Treuhand" de um direito real limitado pela finalidade da atribuição do que a sujeição da atribuição a uma condição resolutiva do incumprimento do pacto fiduciário.

Na tese da condição resolutiva, em caso de incumprimento pelo "Treuhand", a propriedade do fiduciário extinguir-se-ia automaticamente e a titularidade plena da coisa regressaria sem necessidade de uma nova "traditio" ao fiduciante. Todavia, segundo MESSINA¹⁷ os documentos da época não permitem esta interpretação. Não se encontra, segundo este Autor, nos documentos em que são

¹⁶ MESSINA, op. cit., p. 157

¹⁷ Op. cit., p. 157.

constituídas estas situações um único caso de estipulação de cláusulas de reversão de bens ao alienante em caso de infidelidade do "Salman".

Não se encontra, por outro lado, na fidúcia germânica o "pactum conventum" que permita integrá-la nos quadros da fidúcia romana, salvo nalgumas figuras do direito lombardo que constituem mais uma evolução do direito romano que instituições propriamente germânicas. Aliás, no direito germânico primitivo nem todos os pactos eram susceptíveis de gerar obrigações. Para gerar de modo autónomo a obrigação do fiduciário seria necessário uma "fides facta" solene ou uma "res prestita" que não ocorria.

A relação fiduciária germânica distingue-se, pois, bem, da romana pela limitação funcional que afecta a titularidade real do fiduciário.

A recepção do direito romano no século XV e a chamada "pré-recepção" ocorrida já a partir do século XIII¹⁸, veio descaracterizar o que se podia tomar como um específico direito germânico.

A ideia da fidúcia operada através do enfraquecimento da situação jurídica do fiduciário não se perdeu, todavia, completamente. E assim, na doutrina e na jurisprudência germânicas, mantém-se forte a tendência para conceder ao fiduciante poderes de recuperação da coisa fiduciada, designadamente através de um direito de separação da coisa da massa em caso de falência ou de insolvência do fiduciário.¹⁹

Parte III.

8. A FIDÚCIA E O TIPO

As instituições jurídicas são grande parte das vezes criadas pela prática na convivência e relação social e só depois recolhidas pela lei.

Nesta recolha são tratadas pelos juristas e legisladas pelos Estados.

¹⁸ WIEAKER, Franz, "História do Direito Privado Moderno", Lisboa, 1980, p. 97 e segs.

¹⁹ ENNECCERUS-LEHMANN, "Tratado de Derecho Civil", 1933, Tomo II, Vol. I, p. 388 e LARENZ, "Lehrbuch des Schuldrechts, I Band, Allgemeiner Teil", Munchen und Berlin, 1967, p. 354-359.

São apreendidas como condutas típicas vinculantes: típicas como comportamentos e típicas como vinculantes.

Ao recolher estes comportamentos típicos, a lei desenha figuras jurídicas que correspondem à reprodução e condensação do sentido específico de certos acordos de vontade (no caso dos tipos contratuais) que na vida jurídica se reiteiram tipicamente. Não são meras produções sociológicas, como também não são modelos livremente construídos. São como que concentrados de realidade jurídica e nessa qualidade formas significantes referidas à realidade da vida jurídica da qual surgiram e na qual continuam a manifestar-se constantemente sob a forma de contratos concretos.

Por detrás das definições e das descrições da lei não deixam de estar sempre ou quase sempre tipos de condutas humanas consideradas geralmente como vinculantes.

Os comportamentos tipicamente considerados como vinculantes correspondem ao que se pode chamar "tipos jurídicos empíricos", as figuras consagradas na lei e legislativamente modeladas com recurso à sua estrutura podem chamar-se "tipos jurídicos estruturais".

É vulgar encontrar na cultura do direito a referência a tipos contratuais, a tipos de sociedades, a tipos de crime, a tipos de direitos reais.

No que respeita aos negócios fiduciários interessam sobretudo os tipos contratuais e também, se bem que em inferior medida, os tipos de direitos reais, os tipos de sociedades e outros. Fala-se também de contratos típicos e atípicos, que são frequente e incorrectamente confundidas²⁰ com contratos nominados e inominados.

Para a compreensão adequada do que seja o tipo é útil compará-lo com o conceito abstracto.

O conceito abstracto é definido, quer dizer, é delimitado de modo fixo por um número fixo de notas. O tipo, pelo contrário, não é susceptível de definição e só pode ser descrito, através da indicação dos seus vários aspectos, tomados na

²⁰ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Lisboa, 1980, p. 418.

relação adequada que lhes dá unidade de sentido. As situações da vida não se subsumem ao tipo, coordenam-se a ele. Por outro lado, o que recai sob um conceito é-lhe idêntico; enquanto que o que corresponde ao tipo lhe é análogo. Só é possível diversificar um conceito construindo sub-conceitos com novas características; o tipo, diferentemente, é em si mesmo susceptível de diversidade, é elástico.²¹

O tipo em si e com as características apontadas é o tipo chamado "aberto". É todavia possível ao legislador fechar o tipo através da fixação injuntiva das notas e características que o integram e lhe dão sentido. O tipo fechado, se não se identifica com o conceito, desempenha o mesmo papel e funciona do mesmo modo. É já susceptível de definição e de subsunção.

O legislador tem tendência para fechar os tipos quando especiais razões de certeza e de segurança o conduzem a uma atitude de cautela e de rigidez. É o que se passa principalmente com os tipos de crime e com os de direitos reais.

A atitude dos legislativos estatais em relação aos tipos abertos quando procedem à sua cristalização em tipos fechados não é sempre da mesma natureza e intensidade. Por vezes, como ocorre (por razões aliás dignas de todo o aplauso) com os tipos legais de crime, o tipo é de tal modo fechado que qualquer situação da vida que divirja, mesmo que em pouco, do tipo legal deixa de lhe ser subsúmível, ainda que se mantenha o sentido aglutinador do tipo. Outras vezes, como ocorre com os tipos de direitos reais no Código Civil Português as divergências entre a situação da vida e o tipo legal permitem a subsunção mas são tratadas de modo diverso, como convenção de conteúdo obrigacional. Já nos tipos de sociedades comerciais, que se podem considerar como tipos semi-abertos em que é tolerada alguma elasticidade, a inomogeneidade é tratada como irregularidade ou, mantendo a regularidade, como convenção acessória de carácter fiduciário oponível tão só entre os protagonistas. Nos tipos de negócios cambiários as diferenças são relegadas para o domínio extra-cartular e praticamente ignoradas na dinâmica dos direitos propriamente cambiários.

²¹ LARENZ, "Metodologia da Ciência do Direito", Lisboa, 1978, vol. II, p. 543-544.

Em relação aos tipos contratuais, que são tipos abertos, coloca-se com toda a intensidade o problema da coordenação ao tipo e, com ele, o dos limites da elasticidade do tipo.

Em termos de disciplina jurídica e de regime é extremamente importante distinguir até onde uma certa situação concreta da vida é coordenável a certo tipo contratual previsto e regulado na lei e até onde deve ela receber o tratamento do negócio atípico. Isto porque de uma ou de outra situação depende a aplicação em concreto dos regimes que a lei impõe injuntivamente ou oferece supletivamente nos tipos legais de negócios jurídicos. O tipo é também importante em tema de negócio jurídico e de contrato, não apenas na descoberta da regulamentação específica, mas também na procura e compreensão do sentido próprio de um negócio ou de um contrato como projecto concreto e interpretado de justiça.

No direito das obrigações o legislador esforça-se (no Código Civil Português esse esforço é patente) por fechar os tipos contratuais através da sua definição mais ou menos pormenorizada. Com a definição do tipo contratual e a regulamentação material que segue essa enumeração tanto quanto possível fechada de "notas", tem o jurista e as pessoas em geral a tendência para, de um modo caracteristicamente imperativista e legalista, subsumir o negócio à previsão da norma definidora e assumir a regulamentação negocial como aplicação directa da lei desencadeada pelo preenchimento da previsão legal. Neste modo de entender o negócio, que tem nos seus alicerces uma concepção do direito como vontade imperativa do Estado,²² torna-se particularmente difícil de entender o que seja a autonomia da vontade e até o próprio direito subjectivo, se é que resta ainda algum espaço para o negócio jurídico.²³

O fechar dos tipos contratuais e o método subsuntivo, ainda hoje tão maioritariamente adoptado que é tido e operado como natural, levam a que, reconhecendo-se embora na própria lei a autonomia da vontade, os negócios atípicos acabem por merecer o tratamento de lacunas para cujo preenchimento o texto legal não

²² CASTANHEIRA NEVES, "Questão de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade", Coimbra, 1967, p.331, nota 4.

²³ OLIVECRONA, Karl, "El Derecho como Hecho – La Estructura del Ordenamiento Jurídico", Barcelona, 1980, p. 172 e segs.

deixa de – imperativamente - fornecer o critério. Assim, não obstante a consagração no art. 405º do Código Civil, de uma norma claramente permissiva, da faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, de celebrar contratos diferentes dos tipificados na lei e de incluir nestes as cláusulas que às partes aprouverem, não deixou o legislador, nos arts. 940º e 1156º, por exemplo, de fixar imperativamente o modo de encontrar indirectamente a regulamentação legal dos negócios atípicos.

É em grande parte desta concepção subsuntiva do negócio jurídico que nascem as maiores dificuldades no entendimento dos negócios fiduciários. A concepção subsuntiva do negócio jurídico encontra-se de tal modo espalhada e assumida que a generalidade das pessoas que contacta com eles a considera como "o" modo lógico e metodologicamente correcto de os entender. É frequente encontrar, principalmente em decisões judiciais, afirmações como a de que na compra e venda o preço é devido por força da alínea c) do art. 879º do Código Civil ou outras semelhantes. Estas afirmações, que são feitas com a tranquilidade da evidência geralmente reconhecida padecem de uma incorrecção grave: é que trazem em si a atribuição de natureza de imperativo legal a obrigação que tem fonte, não na lei, mas na vontade das partes. A defeituosa separação da referência ao conteúdo, no art. 874º (definição), e aos efeitos, no art. 879º leva o intérprete menos atento a concebê-los em termos de previsão – fixada no art. 874º – e de estatuição -- contida no art. 879º. Assim, o intérprete não resiste ao simplismo do raciocínio segundo o qual, celebrando-se uma compra e venda, é devido um preço pelo comprador ao vendedor. E tudo isto é feito sem se reparar que não é por se tratar de uma compra e venda que o preço é devido, mas sim por se ter convencionado um preço que se está perante uma compra e venda. Na construção legislativa do tipo contratual da compra e venda, o art. 879º não desempenha a função de determinar legislativa e injuntivamente quais os efeitos jurídicos do contrato, mas sim o de completar a enumeração dos elementos constitutivos do tipo que a técnica da definição deixou de fora do art. 874º. Com isto não se quer dizer que o mesmo se passe com tudo o que o Código Civil determina acerca deste contrato. A exigência de forma contida no art. 875º, constitui sem dúvida um imperativo legal que o Estado legislador criou em virtude de especiais preocupações que são do seu foro próprio, e que se harmoniza com o

demais numa "unidade dialéctica de vinculação objectiva e de liberdade subjectiva".²⁴ Se as partes num contrato de compra e venda clausularem o afastamento dos "efeitos" referidos nas alíneas a), b) e c) do art. 879º do Código Civil, a consequência não é a invalidade como na violação do art. 875º, mas tão só que aquela "compra e venda" não é uma compra e venda. O preceito do art. 879º é contudo útil ao esclarecer que na modalidade típica a compra e venda é um contrato real "quoad effectum" e não obrigacional como no direito alemão, apesar de, bem longe no art. 409º, se vir "permitir" a reserva de propriedade.

Os tipos fechados consagrados legislativamente fracassam completamente quando as partes celebram um contrato que combina elementos de vários tipos fechados sem corresponder ao núcleo de sentido de qualquer deles.²⁵ Um contrato pelo qual as partes acordem na transmissão de propriedade de certa coisa contra a prestação pelo comprador ao vendedor de certos serviços é atípico e não pode ser integrado nos termos do art. 939º, nem nos do art. 1156º, nem nos de ambos conjuntamente sem desvio em relação à intencionalidade concreta que o anima e lhe confere juridicidade. É necessário retroceder dos tipos jurídicos estruturais fechados aos tipos sociais e aos tipos empíricos para reencontrar o sentido próprio dos contratos e construir tipos especiais que constituam novos tipos e não a mera justaposição de outros tipos, tendo em mente o modo como no contrato em questão foram combinados os elementos de vários contratos, a função de cada elemento na combinação e a dinâmica funcional da globalidade criada. É preciso encontrar a tensão interna própria do projecto interpretado de justiça que é esse contrato, para o coordenar com o núcleo de sentido do tipo.

"O tipo representa como que o equivalente empírico do conceito geral concreto".²⁶

Tal como o conceito geral concreto distingue-se do conceito geral abstracto porque, ao contrário do que sucede com este, ao aumento da extensão não corresponde o empobrecimento da compreensão. Na pirâmide dos conceitos, o mais

²⁴ HEGEL apud WELZEL, "Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material", Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1979, p.186 e CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p.333, nota 4

²⁵ LARENZ, "Metodologia...", op. cit., p. 548-549

²⁶ LARENZ, op. cit., pag. 597

elevado dos conceitos gerais abstractos tem o cosmos por extensão e o vácuo por compreensão. O mais amplo dos conceitos gerais concretos tem o cosmos por extensão e também o cosmos por compreensão. Enquanto os conceitos gerais abstractos se vão elevando através da abstração de um número cada vez maior de notas tornadas específicas, e por essa razão vão empobrecendo de conteúdo, os conceitos gerais concretos vão mantendo o incomum e até o contraditório. Por isso são concretos. Os tipos, mais do que isso, são materiais. São aglomerados de realidade, são como que conjuntos ordenados em função de um certo sentido de existência. Por isso os tipos são elásticos e, também, acentuadamente imprecisos, se bem que ricamente significantes.

LARENZ escreve²⁷ que "não se pode de facto duvidar de que quem aborda o "conceito concreto" deixa para trás de si o terreno dos métodos de pensamento que passam, por razoavelmente seguros, e expõe-se com isso a perigos não discipiciandos ...". Do mesmo modo o tipo é elástico, aproximativo e impreciso mas, em troca da segurança geométrica que com ele se perde, ganha-se a apreensão do sentido das instituições jurídicas, entendido de outro modo, a "natureza das coisas". Sem substituir nem afastar o método abstractor criador dos conceitos gerais abstractos e das definições necessárias à subsunção, o método tipológico completa-o e segue a seu lado na procura do sentido interno das coisas do direito para permitir o tratamento jurídico do não previsto, das lacunas, do atípico e, até, a correcção dos defeitos da lei.

É assim que os criticados critérios do excesso entre meio e fim e do poder de abuso como índices caracterizadores dos negócios fiduciários, sendo sem dúvida conceptualmente incorrectos, são tipologicamente ricos no sentido que exprimem de tensão entre o meio e o fim, entre o poder e o abuso, no concretizar do projecto de justiça próprios que se encontram nos negócios fiduciários e no peculiar (típico) modo de organização de instrumentos jurídicos adoptados na sua concretização.

A problemática do tipo (tal como a da causa e a do consenso) está permanentemente presente nas angústias dogmáticas da fidúcia.

²⁷ LARENZ, "Metodologia...", op. cit., p. 589.

Quando na doutrina se polemiza acerca da existência de uma "causa fiduciae"²⁸, quando se discute sobre se o negócio fiduciário pode ou não corresponder a uma finalidade típica, quando se nega juridicidade à fidúcia em homenagem à divergência entre causa e tipo, como faz o Prof. BELEZA DOS SANTOS,²⁹ quando se confunde fidúcia e simulação, quando se tem dificuldade em distinguir da fraude à lei, são os problemas do tipo que estão presentes. Do mesmo modo quando se afirma que os negócios fiduciários são figuras em gestação de novos tipos,³⁰ quase tipos nasciturnos, aí está de novo o tipo.

A tipicidade contratual não se esgota nos tipos contratuais previstos e regulados na lei. Para além destes, muitos tipos de contratos existem que, não mencionados ou tão só não regulados na lei, são frequentemente celebrados e que são bem conhecidos, muitas vezes nominados, na doutrina e na sociedade. Correspondem-lhe tipos sociais de contratos; são tipos que se assumem já como tal, englobando contratos cujas partes os celebram com consciência já de que são típicos. Outros, porém, reiteram-se tipicamente sem que socialmente sejam tidos como tal. Correspondem a tipos ainda não assumidos, a tipos jurídicos empíricos. A diferença entre estes últimos consiste em que nos primeiros é possível contratar por referência ao tipo, o que, nos segundos, não é naturalmente possível.

Os negócios fiduciários são sempre negócios em que as partes utilizam, por vezes através de mera referência, um tipo jurídico estrutural, ou até social, ao qual acrescentam, reduzem ou alteram elementos com a finalidade de o adequar a um sentido interno diferente do do tipo utilizado. Sendo os tipos necessariamente limitados e os interesses, circunstâncias e situações da vida das pessoas sem limite, os tipos conhecidos e utilizáveis por referência - tipos jurídicos estruturais e tipos jurídicos sociais - nem sempre são portadores dos sentidos correspondentes aos dos contratos desejados pelas partes. Assim, sempre que os interesses das partes e os seus conteúdos contratuais não encontram no catálogo de

²⁸ LIPARI, "Il Negozio Fiduciario", op. cit., p. 245-246.

²⁹ "A Simulação em Direito Civil", Coimbra, 1921, vol.I, p. 122.

³⁰ GOLDSCHMIDT, Roberto, "Trust, Fiducia y Simulacion", in "Estudios de Derecho Comparado", vol. XXII, Caracas, 1958; ASCARELLI, Tulio, "O Negócio Indirecto" in Jornal do Foro, 1963, ano 27, p. 12; FERRARA, Francesco, "Della Simulazione dei Negozi Giuridici", 3ª ed., Milano, 1909, p. 56.

tipos oferecidos pela lei ou pela cultura jurídica os adequados, os de idêntica ou semelhante intencionalidade, outras soluções lhes não são oferecidas que recorrer, ou à criação de contratos integralmente "ex novo" - o que não será fácil a pessoas de cultura e imaginação jurídica medianas -, ou ao aproveitamento "mutatis mutandis" de tipos já construídos que possam suportar as mutações necessárias e com elas veicular os projectos específicos de justiça interprivada em gestação pelas partes.³¹

Os negócios fiduciários são negócios que vivem nas fronteiras dos tipos. Correspondem às manifestações mais ricas da autonomia da vontade. Ultrapassam a mera escolha do tipo de contrato e à modelação do seu conteúdo. Concretizam-se na escolha de um tipo contratual e na sua modelação para além de si próprio. Ao manipularem um tipo, no negócio fiduciário, as partes ultrapassam-no e saem para fora dele. Assim, a venda em garantia já não é uma venda.³² Os tipos utilizados nos negócios fiduciários são objecto, não já do enriquecimento interior do clausulado normal, mas de verdadeiras mutações.

As mutações sofridas pelos tipos utilizados nos negócios fiduciários só são apreensíveis numa análise tipológica com a consideração dos núcleos de sentido de cada tipo.

Os negócios fiduciários são negócios de fim ou de escopo atípico, no sentido de que a atipicidade do interesse lhes está na origem. Correspondem à organização contratual que as partes constroem, utilizando estruturas típicas adequáveis, que são corrigidas de modo a tornarem-se próprias para os fins tidos em vista. Neste sentido, os negócios fiduciários têm na atipicidade qualquer coisa de genésico.

Noutra perspectiva e com outro sentido, os negócios fiduciários são suficientemente típicos para constituírem um verdadeiro tipo: o tipo dos negócios fiduciários. Este tipo dos negócios fiduciários não é um tipo jurídico estrutural, mas um tipo jurídico social ou, talvez mais exactamente, um tipo jurídico-cultural. Não se trata de um tipo recolhido na lei e aí organizado através da fixação das características consideradas individuantes, mas sim de algo bastante bem conhecido na cultura jurídica. O tipo dos negócios fiduciários encontra o seu núcleo de sentido,

³¹ LIPARI, op. cit., p. 125.

³² Contra: FERRARA, op. cit., p. 59.

não na finalidade prosseguida em concreto pelos seus protagonistas, mas no peculiar modo de organização interna com que as partes atingem os seus fins. É neste peculiar modo de organização interna que se encontra o elemento aglutinador do tipo.

Por outro lado, e sem contrariar o que ficou dito, nada impede que existam tipos de negócios fiduciários. Estes, que são na realidade sub-tipos, aglomeram negócios fiduciários, agora sim, em função do escopo. E é a cada passo que na doutrina se fala deles, se trata da "fidúcia cum creditore", da transmissão de propriedade de acções para legitimação, do endosso puro e simples para cobrança ou para garantia.

Mas os problemas do tipo nos negócios fiduciários colocam-se, como já ficou dito, principalmente na descoberta do regime jurídico de cada um.

Em primeiro lugar, logo no que respeita à interpretação, é da maior importância a consideração do tipo escolhido como instrumento.

Se é verdade que na interpretação dos negócios jurídicos há que atender mais ao que efectivamente foi contratado em termos de vontade das partes do que à qualificação que pelas partes foi atribuída ao negócio, prevalecendo em caso de divergência a vontade real sobre a qualificação atribuída,³³ não é menos verdade que a referência feita pelas partes ao tipo, salvo provando-se ser fruto de erro, não pode deixar de ter a maior importância na fixação do conteúdo jurídico da regulamentação privada que é o contrato. E é diferente o modo de interpretar contratos cuja disciplina foi fixada pelas partes por referência a um tipo, em que se deve entender que, pelo menos no fundamental, as partes quiserem adoptar o sentido interno típico do referido, do modo de apurar o conteúdo concreto de vontade em negócios atípicos que repilam a coordenação a qualquer tipo em que o intérprete dispõe apenas do efectivamente contratado, da boa-fé e da equidade.³⁴ Nos negócios fiduciários, o intérprete tem de ter o especial cuidado de se não deixar iludir em concepções atomísticas que separem como autónomos

³³ DANZ, Erich, "A Interpretação dos Negócios Jurídicos", Coimbra, 1942, p. 108-109.

³⁴ CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 345; BETTI, "Teoria Geral do Negócio Jurídico, Coimbra, 1970, vol. II, p. 274.

o negócio típico escolhido como instrumento e o negócio de adequação.³⁵ É arbitrário, por exemplo, numa venda em garantia assumir negócio instrumento como compra e venda. Ainda que as partes tenham tido o cuidado de fazer intervir um preço, mesmo que simbólico, esta compra e venda "numo uno" nada tem de venda para além de uma aparência, designadamente no que respeita à causa. Trata-se, sim, e aí tem DANZ toda a razão, de um diferente e atípico negócio que as partes, por engano, por tradição, por semelhança, ou por outra razão, crismaram de compra e venda. Também se não trata de troca nem de doação. Trata-se, sim, de um diverso, inominado e atípico negócio de transmissão correspondente, se bem que sem abstracção, à "mancipatio numo uno" da "mancipatio fidei causa". Não sendo típicos os negócios reais, nada impede a criação de um negócio atípico e inominado de transmissão de propriedade. Todavia, como ficou dito, a referência pelas partes ao negócio típico de compra e venda significa que elas quiseram celebrar um negócio de transmissão de propriedade e que do respectivo tipo quiseram adoptar todo o regime aproveitável, designadamente tudo o que se não prenda com a onerosidade e a dívida de preço. Apesar de não ter, na realidade, sido celebrada entre as partes qualquer compra e venda, deve ao contrato ser aplicado o regime típico da compra e venda nas matérias que se não prenam com o preço, designadamente, a transmissão de propriedade com o consenso, o regime do risco, dos defeitos da coisa, etc... Na interpretação não se pode também deixar de ter em atenção a finalidade com que é feita a transmissão e o destino da coisa. Na verdade, não é indiferente para o regime dos vícios da coisa, que a coisa transmitida se destine tão só a manter-se como garantia sem fruição do fiduciário ou a ser administrada em proveito do fiduciante ou de um terceiro.

A problemática da interpretação não diverge fundamentalmente da da fixação do conteúdo do negócio.

Mais complexo, principalmente na aplicação, é o problema levantado com a ordenação de certo negócio ao tipo legal, naquilo em que desencadeia a aplicação, agora "ex lege", de certas consequências jurídicas. As exigências legais de

³⁵ Contra: FERRARA, op. cit., p. 57, se bem que seja duvidoso até que ponto este Autor mantém a autonomia dos dois negócios, real e obrigacional. Na verdade, na página seguinte do estudo citado, fala de "contradigo-o" entre ambos os negócios.

forma, por exemplo, podem depender de um certo contrato ser coordenado a este ou àquele tipo legal. Assim, enquanto a compra e venda de coisa móvel é de forma livre, já a doação de coisa móvel deve obedecer às formalidades do art. 947º, nº 2, do Código Civil. Dependem de se coordenar ao tipo da compra e venda ou ao da doação a transmissão fiduciária de coisa móvel em garantia, as exigências de forma a que se deve obedecer. Todavia, não parece que a transmissão se possa "a priori" coordenar a um tipo ou ao outro.

Os critérios da elasticidade dos tipos, no que respeita aos tipos legais, aos tipos jurídicos estruturais, contêm-se na lei e na função económico-social típica. É frequente a lei conter regras de qualificação que desempenham a função de determinar os limites de elasticidade dos tipos estatutando sobre se certas figuras se devem ou não coordenar a eles. É o caso, por exemplo, do art. 941º do Código Civil que coordena ao tipo da doação a realidade a que se refere; e do nº 2 do art. 940º que impede, colocando fora dos limites do tipo, essa coordenação ao tipo da doação no que respeita à renúncia a direitos, ao repúdio de legados e aos donativos conformes aos usos sociais. Os limites de elasticidade dos tipos encontram-se basicamente nas definições e descrições legais, quando existem, e também em preceitos como o do art. 879º do Código Civil que ao fixar os "efeitos essenciais" da compra e venda, está no fundo a enumerar as características individualizadoras do tipo, e assim, os seus limites de elasticidade. Todavia, os limites de elasticidade dos tipos não se encontram só em características estruturais, mas principalmente na função e na intencionalidade próprias do tipo. É o que se passa com o nº 1 do art. 940º que à gratuitidade acrescenta o "espírito de liberalidade".

Em termos gerais, os limites da elasticidade resultam do núcleo de sentido dos tipos. O núcleo de sentido dos tipos coincide com a função económico-social típica, com aquilo que na doutrina da causa é designado por causa típica objetiva.³⁶

No que respeita aos tipos contratuais previstos na lei como tipos jurídicos estruturais, a técnica legislativa da definição, ao fechar acentuadamente esses tipos,

³⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato, "Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico", Napoli, 1950, p. 257

reduz assaz as dificuldades de fixação dos seus limites de elasticidade. Não as elimina, contudo.

Para além dos critérios estabelecidos na lei há que atender a intencionalidade própria dos contratos concretos como projectos inter-privados de justiça que são, como critério de coordenação ao tipo. Isto é importante para se concluir, por exemplo, se na fidúcia em garantia se está perante uma hipoteca em fraude à proibição legal do pacto comissório ou, se, ao contrário, o devedor, como manifestação de boa-fé e em garantia de um pagamento que ele próprio não sabe se estará em condições de fazer, antecipadamente e sob condição suspensiva do incumprimento, dá a coisa fiduciada em pagamento, transferindo-a desde logo para o credor; ou se na transmissão fiduciária para administração se está perante um mandato sem representação puro e simples. A intencionalidade própria do contrato concreto permite, por exemplo, apurar se no endosso puro e simples para cobrança se está, em fraude, a impedir a dedução de excepções contra o endossante ou se, sem intuito fraudulento, endossante e endossatário assentaram no endosso puro e simples com convenção extracartular para cobrança, com o intuito inocente de facilitar a tarefa do portador ou, inclusivé, para que este possa atingir o efeito económico da cobrança, antes do prazo, através de um novo endosso ou de um desconto. Não se pode "a priori", mas só perante as circunstâncias concretas do caso e a intencionalidade própria daquele negócio, considerado na sua globalidade, proceder à coordenação dele a certo tipo.

São estes pelo menos alguns dos critérios de apuramento dos limites de elasticidade do tipo que poderão guiar o intérprete e o aplicador do direito na resolução de muitos dos problemas que são levantados pelos negócios fiduciários. Não obstante a preocupação de certeza do legislador, ao fechar ou tentar fechar os tipos contratuais, a coordenação dos negócios concretos fiduciários ou não ao tipo, é sempre actividade acentuadamente casuística.

9. FIDÚCIA E CAUSA

Se há conceito que na actual teoria sobre o negócio jurídico seja equívoco, ele é sem dúvida o da causa. É tal a divergência, são tão diferentes as concepções que, no desentendimento quase generalizado, chega a haver quem desista do conceito e o remeta para a categoria do imprestável, desnecessário e, até, do nocivo, apesar do nobilíssimo lugar que sempre lhe foi dado pelos juristas.³⁷

A causa é entre os autores entendida de modo subjectivo e de modo objectivo, como típica e como concreta, respeitante ao negócio e respeitante à obrigação ou à atribuição patrimonial.

Entendida de modo subjectivo, a causa prende-se com a vontade e vai-se concretizar no "animus", motivo típico ou fim imediato com que as partes contratam, se obrigam ou atribuem.³⁸ O "animus", o motivo, o fim pode ser referido como o que é típico de certa actuação jurídica, naturalmente, típica ou que, em concreto, no caso em análise, moveu e levou as partes, ou uma delas, a contratar, a obrigar-se, a atribuir. Estes dois entendimentos da causa não conflituam entre si, já que exprimem realidades diversas. Uma coisa é a intenção típica de uma compra e venda ou o intuito típico com que se faz uma doação, outra coisa o intuito que, naquele caso concreto, levou as partes a cederem uma quota ou a transigir. Não se pode defender que um destes conceitos seja verdadeiro e o outro falso. O primeiro refere-se ao intuito típico de um negócio ou de uma atribuição típicas; o segundo, ao intuito com que naquele caso aquelas partes praticaram aquele acto. Os motivos, mesmo atípicos, que em concreto conduziram as partes ou uma delas a contratar, a obrigar-se ou a, por exemplo, depositar certa quantia na conta bancária de outrem, são de atender e são, na verdade, atendidos no regime da lei, designadamente no que respeita ao enriquecimento sem causa e ao do erro sobre os motivos. A doutrina da falta de causa e da ilicitude da causa pode ser construída, e é-o por exemplo por POTHIER, sobre a consideração do

³⁷ MENEZES CORDEIRO, "Direito das Obrigações", op. cit., p.507, chega a afirmar que "se a doutrina da causa apresentasse real interesse jurídico ou social, a confusão reinante e as disparidades abissais seriam, de todo em todo, inviáveis: há muito que os legisladores teriam intervindo para solucionar as divergências".

³⁸ GALVÃO TELLES, Inocência, "Contratos em Geral", op. cit., p. 216.

intuito, através do entendimento de que o erro, como falsa representação, acarreta a falta de causa por inexistência de um consenso verdadeiro, e de que o intuito imoral fere de ilicitude a causa.

O entendimento subjetivo da causa tem sido ultimamente muito criticado e pode considerar-se que é rejeitado pela doutrina dominante. Os argumentos que lhe são opostos são basicamente dois: o de que acarreta uma cisão da causa entre as partes que intervêm no contrato, o que seria (porquê?) inadmissível, e de que, a ser considerado não o intuito privado de cada contratante, mas a intencionalidade unitária do contrato, se identificaria com a vontade negocial, perdendo autonomia conceptual; a este primeiro argumento aduz-se o de que a vontade, o intuito, não são por si suficientes para produzirem os efeitos jurídicos do contrato.³⁹

Entendida em termos objectivos, a causa vai encontrar-se na função do negócio, da obrigação, da atribuição patrimonial. Costuma a doutrina referir a função económico-social ou a "causa-função". Também neste modo de entender a causa, pode atender-se à causa típica, função económico-social típica, ou à função concreta. A causa objectiva típica, tal como explanada nas versões mais significativas está directamente relacionada com o tipo.⁴⁰ A frase de BETTI segundo a qual "a causa ou razão do negócio se identifica com a função económico-social de todo o negócio, considerado despojado de tutela jurídica, na síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional",⁴¹ é reveladora-mente semelhante ao que atrás se escreveu acerca do tipo e do seu núcleo de sentido. A doutrina que entende a causa de um modo objectivo, apreende-a também geralmente como uma realidade típica. É todavia possível entender a causa objectiva de modo não típico, mas concreto. Mais do que possível, é necessário. Na verdade, se se adoptar uma concepção objectiva da causa, na versão da função económico-social típica, deixa-se sem causa e sem explicação acerca da causa os negócios atípicos. Ao par da função económico-social típica, não pode deixar de se atender a função económico-social concreta, no caso dos negócios

³⁹ SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 248; BETTI, op. cit., I vol., p. 338-341

⁴⁰ SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 250-260; BETTI, op. cit., I vol., p. 351; FERRI, op. cit., p. 249 e segs.

⁴¹ BETTI, op. cit., I vol., p. 390

atípicos, para aferir da sua juridicidade, o que se irá encontrar no juízo sobre se a função desempenhada é, ou não, digna de tutela jurídica.⁴²

Contra a concepção objectivo-funcional da causa pode ser revertido o argumento, por esta utilizado contra a concepção subjectiva, da perda da autonomia conceitual. Se a causa na concepção subjectiva é difícil de distinguir da vontade negocial, a causa na concepção objectiva tem dificuldade em autonomizar-se do tipo. Além deste argumento, é possível apor-lhe ainda o da dificuldade que se encontra em objectivizar a causa no caso dos negócios atípicos.

Para além da dualidade da subjectividade ou da objectividade da causa, esta assume-se de modo diferente quando é referida a propósito do negócio jurídico e quando é entendida a respeito da obrigação ou da atribuição patrimonial.

A causa foi entendida no direito romano e no direito intermédio como causa da obrigação ou da atribuição patrimonial. Só veio a ser entendida como razão de juridicidade do negócio, como causa negocial, a partir dos jusnaturalistas racionalistas.⁴³ Com os grandes jusnaturalistas, aliás mais com PUFFENDORF que com GROTIUS, são abandonados o "nomen", o "vestmentum" a "causa civilis obligandi" dos romanistas. Dentro das coordenadas culturais e ideológicas dos jusnaturalistas e a vontade livremente assumida e inseparável da dignidade das pessoas que funda a juridicidade dos contratos. O "nomen" é assumido com uma designação de contratos frequentes. A "causa civilis obligandi" que apesar de uma importância cada vez maior dada ao consenso, se continuava a exigir em todos os contratos como reveladora da aprovação pelo Direito em homenagem ao princípio romanista ainda universalmente respeitado da insuficiência de puro consenso para a produção do efeito obrigacional é abandonada. Os contratos

⁴² BETTI, op. cit., I vol., p. 375-376; FERRI, Giovanni, "Causa e Tipo nella Teoria del Negozio Giuridico", Milano, 1986, p. 370 e segs., fala de "causa-função económica-individual" e defini-a como o "interesse que através do negócio se quer realizar, isto é, a função que o negócio tem para os sujeitos que o põem em vigor". Este Autor, aliás, chama à colação, na apreciação da juridicidade do contrato a causa função individual mesmo no que se refere aos negócios típicos.

⁴³ GETTE-ALONSO, "Estrutura e Funcion...", op. cit., p.449

que até aí se mantinham causais porque as obrigações e atribuições patrimoniais que os integravam eram, elas próprias, causadas, passam no sistema jusnaturalista a ser abstractos -- para a existência da obrigação basta o consenso.⁴⁴

No novo sistema apresentado pela doutrina jusracionalista, o contrato é abstracto porque para a existência da obrigação basta o consenso. O contrato, como conceito unitário, desempenha uma função económica que se manifesta nas ideias de gratuitidade ou de onerosidade: estas ideias darão lugar à causa contratual ou negocial. Mas a causa contratual tem uma função meramente descritiva: fornece o critério que serve para permitir a nova classificação contratual dos jusnaturalistas. A "causa civilis obligandi" desaparece porque a obrigação, toda ela, encontra fundamento jurídico no consentimento.

A causa da atribuição patrimonial, ou da obrigação, distingue-se bem da causa negocial porque a primeira se refere à razão da juridicidade de uma atribuição patrimonial ou de uma obrigação que se constituiu, enquanto que a segunda se refere à razão da juridicidade de um contrato.

No direito romano e no intermédio, os contratos inominados não ganhavam juridicidade com o consenso. Não se punha sequer a questão da juridicidade do contrato como um todo, mas sim a da juridicidade das obrigações e das atribuições patrimoniais que dele eram integrantes. As obrigações provenientes de contratos inominados só eram providas de "actio" se tivessem "causa civilis obligandi" em termos dos clássicos "do ut des", "do ut facias", "facio ut des" e "facio ut facias". No caso de "do ut des" a atribuição patrimonial "do" era juridicamente fundada na obrigação de dar "ut des", bem como a obrigação de "dare" tinha fundamento na atribuição patrimonial já recebida.

Quando se trata da causa da obrigação e da atribuição patrimonial, não se procura a juridicidade de um contrato ou de um negócio, mas de uma atribuição ou de uma obrigação em concreto. Assim, uma atribuição patrimonial pode ser efectuada "causa credendi" ou "causa solvendi", bem como uma obrigação pode ser constituída também "causa credendi" ou "causa solvendi". Assim quando se estuda a abstracção no direito cambiário, não é da abstracção do título -- expressão

⁴⁴ GETTE-ALONSO, op. cit., p.446

vulgar mas incorrecta porque o título não passa de um documento – nem da do negócio cambiário que se trata, mas da abstração da causa da atribuição patrimonial que é efectuada com acto cambiário a favor do portador.

Mais uma vez esta modalidade da causa não conflitua com as outras porque se refere a realidades diferentes.

Para melhor integrar todos estes conceitos, entendimentos, da causa e para com eles melhor entender os negócios fiduciários importa recuar um pouco na história para ganhar um ângulo de perspectiva que permita uma visão dinâmica.

A evolução do conceito e do tratamento jurídico da causa, desde o direito romano até ao “Code Civil” de Napoleão é extremamente rica de significado para se entender o que é, hoje, a causa e qual a sua importância no que respeita aos negócios fiduciários.

No sistema do Digesto não se encontra um conceito unitário de contrato como acto de vontade. Por um lado, o "contractus" não é o acto de contratar, mas a matéria contratada; por outro, não existe um "contractus" geral susceptível de revestir diversas modalidades, mas vários contratos independentes entre si. A única coisa que tem de comum e que vai mais tarde ser aproveitada pelos jusnaturalistas para a generalização é a "conventio", que carece, por si só, de forma obrigatória. Os contratos, para além da "conventio", ou têm "nomen", ou têm "causa civilis obligandi", ou são pactos.

Os contratos nominados classificam-se, por sua vez em contratos "consensus", "res", "litteris" e "verbis", consoante as respectivas obrigações e atribuições patrimoniais encontram fundamento, além do "nomen", no consentimento, na coisa, nas palavras ou no escrito. O sistema do Digesto não se preocupa com a juridicidade do contrato, mas com a das obrigações e atribuições patrimoniais.

Nos contratos inominados, exige-se algo mais: além do "conventio", é necessário o começo de execução – "datio vel factum". Nestes contratos, uma das partes dá ou faz de presente enquanto a outra promete que dará ou que fará de futuro. Enquanto nos contratos nominados, cada contrato dá lugar à sua acção própria, os contratos inominados, não obstante a pluralidade de origens da "causa civilis

obligandi" - "do ut des", "do ut facias", "facio ut des", "facio ut facias" - dão lugar a uma única "actio" a "praescriptis verbis".

O que é importante, no sistema do Digesto, não é o consenso, nem a ideia de contrato – que é desconhecida – mas a obrigação contratual e a causa da sua produção.

Esquematisando, a causa, no Digesto, encontra-se no "nomen" acrescida do "solus consensus" na "societas"; da "res", ou entrega prévia de uma coisa, para o "commodatum", o "depositum", o "mutuum" e o "pignus"; das "verba", palavras formuladas solenemente, para a "stipulatio"; e de "litteris" para os contratos escritos; ou, na ausência de "nomen", na "conventio" acrescida de uma "datio vel factum". Os pactos são dotados de "actio" mas só de exceção, salvo quando integrem algum dos "nomines" admitidos, geralmente a "stipulatio". Ou contêm em si a "causa civilis obligandi" na dinâmica da "datio vel factum".

O sistema do Digesto vai ser adoptado pelos glosadores e post-glosadores, que lhes alteram contudo o sentido.

Partindo da mesma matéria jurídico-cultural (doutrinal) AZÃO organiza os fundamentos da juridicidade das obrigações de outro modo e enumera seis "vestiduras": "... Vestitus pactum sex modis: re, verbis, consensu, litteris, contractus cohaerentia, rei interventu ...".⁴⁵ Às antigas classificações dos contratos nominados acrescentou duas: a "rei interventu" e a "contractus cohaerentia".

A "rei interventu" consiste numa fórmula sintética que designa a "datio vel factum": "do ut res", "do ut facias", "facio ut des", "facio ut facias".

A "contractus cohaerentia" integra já uma novidade de fundo: o pacto passa a poder gerar uma "actio" desde que se encontre anexo, como acessório, a um contrato com "nomen" ou causa.

O pacto nu, deste modo anexo a um contrato com "actio", torna-se "vestido". E, generalizando-se, fala-se de "vestimentum" onde antes se falava de "nomen" e de causa. O "vestimentum" torna-se necessário, tanto para os pactos, como para os contratos inominados, como até para os nominados. A esse propósito escreve

⁴⁵ "Aurea Summa", 1550, citado por GETTE-ALONSO, op. cit., p. 402.

ACÚRSIO: "... si contractibus inominatis non valet conventio sine causa, id est, sine vestimento: etiam in contractibus nominatis, vel factis aliis, est eadem ratio, ergo sit idem jus ...". Por analogia ("eadem ratio") os contratos nominados têm também de ser vestidos.

Os glosadores e post-glosadores afastam-se assim da tripartição romana - contratos nominados, contratos inominados e pactos - e unificam tudo, em termos de fundamento de juridicidade, entenda-se, à volta de uma realidade nova - o "vestimentum".

Durante os finais do século XV e século XVI, os humanistas tratam também desta problemática. Sem se colocarem na sequência dos glosadores e dos post-glosadores, pretendem recorrer directamente às fontes puras justinianeias. O "mos gallicus" - designação que é dada a esta escola em contraposição da de "mos italicus" dada à dos glosadores e post-glosadores - vem pôr de lado o "vestimentum" dos seus antecessores pretendendo regressar à pureza da classificação gaiana das obrigações. Todavia, apesar do esforço de autenticidade, fica talvez mais afastada ainda que a doutrina do "vestimentum", da pureza dos clássicos.

Assim, DONELLO, recusa a possibilidade de os pactos nus serem vestidos. Para ele, o fundamento da juridicidade da obrigação reside na presença do que entende serem as causas gaianas. Escreve: "Is obligationem ex contractu facit causas quatuor. Aut enim, inquit, re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu ...".⁴⁶ DONELLO, por um lado, funde numa só categoria os contratos "res" nominados e os contratos inominados causados com "datio vel factum"; por outro e aproximando já os jusnaturalistas, toma as obrigações como geradas "ex contractu".

Os humanistas estão na verdade mais longe dos clássicos e mais perto dos jus-racionalistas, do que pretendem. Pela primeira vez surge, com eles, o contrato considerado como categoria geral nascida do consenso de duas ou mais pessoas na mesma coisa, com a aprovação do direito. Contrato é, na definição de Cujácio, "duorum pluriumve consensus in hoc, ut unus alteri qui det aut faciat,

⁴⁶ DONELLO, Hugo, "Comentarii de Jure Civile", tomo VII, Livro XII, cap. IX, parágrafo 10, p. 89-90. citado por GETTE-ALONSO, op. cit., p.417, nota 34.

jure ad eam rem et praestationem comprobatus". Além de abandonarem o "vestmentum", os humanistas criam o conceito geral de contrato como fonte das obrigações contratuais e iniciam o movimento da transferência da causa, da obrigação para o contrato. Se as obrigações nascem "ex contractu" há que investigar a causa da juridicidade do contrato. E assim, é exigida pelos humanistas a "aprovação pelo direito" – "jure ad eam rem et praestationem comprobatus" – que, para o contrato, que não já para as obrigações dele emergentes, vão encontrar nas causas gaianas entendidas de modo que ficou descrito.

Os humanistas do "mos gallicus" fazem a ligação, não só histórica, mas também cultural, com os jusracionalistas.

Já contemporânea dos jusracionalistas e no desenvolvimento do "mos gallicus", a escola romanista aproxima ainda mais o contrato de consensualismo puro. O "nomen" e a "causa civilis obligandi" aparecem, já de um modo definitivo, desprovidas de valor de condição de eficácia que de certa maneira ainda se lhes atribuía, para ficarem nos puros limites gramaticais ou adjectivos.⁴⁷ No entanto, a passagem para o consensualismo puro não se produz ainda. O puro consenso não é ainda gerador de obrigações. O contrato deve ser causado. A causa da obrigação é a condição de eficácia do contrato, o fundamento das obrigações dele nascidas.⁴⁸

Esta escola romanista, não avança muito em relação à dos humanistas. A noção de causa é a mesma: limite ao consentimento e algo que se lhe sobrevém, e que se estenderá aos códigos civis europeus. O contrato é causado enquanto o efeito típico dele resultante - a obrigação -- deve encontrar o fundamento da sua eficácia num elemento estranho que lhe sobrevém, está ligado às obrigações e serve para causar o contrato. As obrigações nascidas do contrato devem ser causadas para que o contrato possa ser tido como contrato.

Com os romanistas termina a evolução do conceito de causa iniciada com GAIO no Digesto. A causa que começa por ser da obrigação entra já em simbiose e

⁴⁷ GETTE-ALONSO, op. cit., p. 424.

⁴⁸ GETTE-ALONSO, op. cit., p. 426.

começa a fundar, e também, ou talvez melhor, sobretudo a juridicidade do contrato.

Com os jusracionalistas o sistema deixa de se prender com os textos e a cultura romanas e dá-se entrada ao consensualismo puro.

A escola racionalista do Direito Natural representa já menos uma evolução cultural do que uma mutação profunda de cariz ideológico.

Modificando o conceito geral de contrato já construído pelos humanistas como definido fundamentalmente pela eficácia – acordo gerador de obrigações – os jusracionalistas caracterizam-no pela vontade de obrigar-se e pelo conteúdo económico.

É a vontade que para PUFFENDORF funda a juridicidade do contrato na dignidade e na natureza humana. Para GROCIO não há razão para distinguir e dar tratamento diverso aos pactos e às outras promessas, p. ex., à "stipulatio". O pacto nu deve cumprir-se, mesmo que sem causa alguma, por direito natural.

O sistema contratual de GROCIO afasta-se definitivamente do romanista. O contrato é construído, já não sobre a "conventio" romana, mas sobre o acto humano. Este acto humano tem de dirigir-se à utilidade de outros homens. Ao lado da vontade humana, elemento subjectivo, é igualmente importante a utilidade económica.

Para GROCIO, o acto humano pode ser simples ou composto. Os actos simples podem ser gratuitos ou permutatórios (onerosos). Os gratuitos, subdividem-se ainda nos momentâneos e nos que se desenvolvem para o futuro (que são as promessas de dar ou de fazer). Os actos permutatórios subclassificam-se nos que unem – "actos comunicatórios" (actos associativos) – e nos que dividem (onde são incluídos os velhos contratos inominados romanos). Não distingue os contratos nominados dos inominados porque, em seu entender, perante o Direito Natural, não há razão para distinguir.

Se no sistema humanista de DONELLO, o consenso é muito importante, o contrato é ainda causado, porque as obrigações que o integram têm que ter causa,

sob pena de o contrato não ser contrato. No sistema humanista o contrato é causado pelas causas das obrigações que integra. O consenso não é suficiente.

No sistema jusracionalista as coisas são profundamente diferentes. O contrato é abstracto porque para a existência da obrigação basta o consenso. A função económica, expressa nas ideias de gratuidade ou de onerosidade, como causa contratual, é importante, mas tão só para efeito de classificação. A juridicidade resulta da vontade, do consenso; não da função económica.

Nesta descrição sumária da evolução histórica da causa encontrou-se já tudo ou quase tudo aquilo que informa os actuais diversos modos de a entender. Desde GAIO e até aos post-glosadores, a causa nunca é do contrato ou do negócio, mas tão só da obrigação. Com DONELLO e os humanistas, a causa, mantendo-se referida à obrigação, serve já para fundar a juridicidade do contrato e apresenta-se como uma simbiose de causa da obrigação e de causa do contrato. Nos jusracionalistas, a causa é já apenas do contrato e reside na vontade, no consenso. A função aparece com utilidade classificatória, mas sem natureza fundante da juridicidade do contrato. Com os glosadores e post-glosadores aparece a ideia de "vestmentum"; com os humanistas a de "aprovação pelo direito" que deve acrescer ao consenso.

Influenciados por este estado de coisas e directamente pelos romanistas e pelos jusracionalistas, DOMAT e POTHIER, principais representantes da doutrina francesa que influencia o conteúdo do Código de Napoleão adoptam um sistema bivalente de causa que vai ser em parte responsável pelas ambiguidades da doutrina da causa de essa época em diante .

Mantêm dos romanistas a ideia de que, diferentemente da tese jusracionalista, o mero consenso contratual não funda a obrigação. Tal como os romanistas, afirmam o contrato como causado através da causa das obrigações que o integram. No que respeita à causa das obrigações apresentam duas novidades. A primeira consiste em causar as doações com o que DOMAT chama "intenção" e qualifica como "causa imprópria" e que POTHIER qualifica de "liberalidade". Esta "intenção" de DOMAT, com todo o subjectivismo que potencia, virá a ter consequências fáceis de adivinhar na doutrina da causa. A outra novidade consiste em que na causa da obrigação, o "do ut des" não é actuado do modo romanista em

que a obrigação é fundada na prestação já efectuada, mas de modo mais consensual: a promessa da primeira prestação prometida funda a juridicidade da atribuição patrimonial actual. Dos jusracionalistas adoptam o conceito de causa contratual assente sobre a função económica e de eficácia meramente classificativa: a ausência de causa contratual não priva o contrato de juridicidade.

Ao contrário do que afirma alguma doutrina,⁴⁹ DOMAT e POTHIER não são excessivamente importantes como protagonistas do processo histórico em causa. São mais um ponto de chegada que um ponto de partida. Constituem a cúpula da evolução medieval do conceito de causa e, em relação aos jusracionalistas, representam até um certo regresso.

Em termos hodiernos e tendo presente a evolução histórica descrita, é fácil descobrir as origens das várias posições doutrinárias acerca da causa. A concepção subjectiva da causa, como intuito com que a parte contrata, atribui ou promete, seja típico ou concreto, constitui um prolongamento do motivo, "causa imprópria", que DOMAT introduz no sistema acerca dos negócios gratuitos. Na sequência de DOMAT, POTHIER escreve acerca do assunto: "Tout engagement doit avoir une cause honnête. Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement ...".⁵⁰ Este tipo de análise da causa como escreve GETTE-ALONSO vem misturar e confundir a causa objectiva e subjectiva. A causa objectiva no sentido de função económico-social encontra as suas raízes na causa negocial classificativa dos jusnaturalistas e na "aprovação pelo Direito" de DONELLO: simplesmente, a "aprovação pelo Direito" vem a encontrar-se, agora, e diferentemente de DONELLO e dos jusracionalistas, na função económico-social.

A mais representativa doutrina actual afirma, em geral, que os contratos têm de corresponder a uma função económico-social aprovada pela lei ou pelo ordena-

⁴⁹FERRI, Giovanni, op. cit., p. 77

⁵⁰ POTHIER, "Traité des Obligations", n. 42, citado em GETTE-ALONSO, op. cit.

mento jurídico ou, pelo menos, não reprovada ou hostilizada por ele. Daí a colocar na "lei" o monopólio das causas admissíveis e, até, à sua tipização, vai apenas um passo.

De tudo isto resulta muito claro que nas polémicas da causa se discute muito mais "qual" a causa do que "o que é" a causa. Em toda a evolução histórica descrita houve larga variação sobre "qual" a causa. Todavia, em todas as fases históricas e nos variados modos de entender a questão, a causa foi sempre pensada como o fundamento da juridicidade, umas vezes da obrigação, outras do contrato.

O desenvolvimento da doutrina tipológica e os argumentos das teses anti-causalistas não deixam contudo exangue o conceito da causa. Mais importante do que saber onde ou em quê reside a juridicidade do contrato ou da obrigação, é fixar que e como, em toda a evolução histórica descrita, por causa se entende invariavelmente "razão de juridicidade". Mas na doutrina anglo-americana da "consideration", em geral definida como "something either given or promised in exchange for a promise" a questão se coloca do mesmo modo.⁵¹

A "aprovação pelo direito" da função económico-social típica de um contrato - ou de um tipo contratual - não pode fundar por si só a juridicidade em concreto de um contrato coordenável a esse tipo. É necessário ainda apreciar e predicar a função individual concreta desse contrato como ordenamento interprivado para se poder concluir sobre a sua juridicidade.⁵² "Só será direito o normativo histórico e concretamente realizado como sólida expressão de juridicidade".⁵³

A vontade autónoma não pode também fundar, de modo jusnaturalista, por si só, a juridicidade do contrato.

O contrato (ou o negócio), como ordenamento interprivado e como projecto de regulação, só encontra juridicidade na justiça que, em concreto, o predique. "O

⁵¹ FRIED, Charles, "Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation", Harvard, 1981, p. 28 e segs.; CORBIN, Arthur L., "Corbin on Contracts", one vol.ed., West, Tale, 1952, parágrafos 109 a 151.

⁵² FERRI, Giovanni, op. cit., p. 371.

⁵³ CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 570.

Direito só nos é acessível através do problemático pensamento da juridicidade".⁵⁴ "E se é este o valor supremo, infinitamente acima do Estado e das suas leis, perante o qual toda a juridicidade se terá de justificar, pois nele encontra o seu fundamento último, será como que o corolário normativo que ao princípio de uma justiça formal - traduzida por um critério abstracto-conceitual e pela igualdade lógico-mecânica dos resultados - se vem a substituir uma justiça material, aquela justiça que, fundada num princípio axiológico-normativamente projectante e regulativo, vem a decidir não por dedução lógica, mas por adequação normativa ao conteúdo concreto do caso e das situações decidendas.⁵⁵ " ...O pensamento jurídico deixa de ser um jus normatum, para ser acto cooperante de uma justitia normans".⁵⁶

Assim se torna compreensível que, não obstante coordenável a certo tipo jurídico estrutural - ou, noutro modo de ver, subsumível a um conceito de contrato previsto na lei - e gerado na livre e esclarecida vontade negocial das partes, um contrato concreto possa ver-lhe recusada a juridicidade, ou porque usurário, ou porque imoral, ou porque em fraude à lei. É também a necessária predicação de justiça que em relação, não só a contratos, mas também a outras regulações de ordenamentos estrangeiros, recusa a juridicidade no ordenamento do foro a situações insuportavelmente injustas através da reserva da ordem pública internacional.

Nos negócios fiduciários não há, pois, uma problemática específica quanto à causa da atribuição instrumental ou à do negócio de adequação. Tal como em todos os negócios jurídicos é necessário um juízo concreto de predicação ao justo. Esta necessidade não é sequer mais intensa - apenas mais evidente.

Quando se afirma que a atribuição está indissoluvelmente ligada ao negócio de adequação e vice-versa, não é da causa da atribuição e da obrigação que se está a tratar, está-se tão-somente a reconhecer o negócio fiduciário como unidade negocial complexa.

⁵⁴ CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 512.

⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 507.

⁵⁶ CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 508.

Não se pode também encontrar uma "causa fiduciae" privativa dos negócios fiduciários. Esta "causa fiduciae" exprimiria, em termos objectivos, a específica função económico-social dos negócios fiduciários, como núcleo de sentido de um tipo consistente no peculiar modo de organização interna do contrato, na modernização e gestação de novos tipos contratuais ou, em termos subjectivos aquela intencionalidade negocial de confiança e de risco, aquela "uberrima fides",⁵⁷ própria dos negócios fiduciários. Mas tudo isto tem mais a ver com a classificação de negócios jurídicos em concreto como fiduciários do que com um juízo concreto de juridicidade.

A confusão entre a causa como critério de classificação e a causa como critério de juridicidade conduz a aporias que se tornam vulgares em tema de negócio fiduciário. É ela que está na origem do juízo negativo emitido pelo Prof. BELEZA DOS SANTOS quanto à "admissibilidade dos negócios fiduciários no nosso ordenamento jurídico". Ao escrever que "a causa caracteriza e diferencia entre si os diversos actos jurídicos, sendo porém sempre a mesma para os actos concretos que correspondem ao mesmo tipo legal abstracto"⁵⁸ este Autor adopta um conceito meramente classificativo de causa, correspondente ao da "causa contratual" dos jusracionalistas. Ao analisar, depois, a "venda fiduciária com o fim de garantia" afirma que esse acto jurídico para que a lei supõe como causa a permuta da prestação preço, pela prestação entrega da coisa vendida (...), não foi realmente determinado por essa causa, não tendo o comprador querido pagar o preço para adquirir a coisa transmitida, mas sim para garantir o seu crédito" e conclui "entre a causa, razão de ser do acto, e os efeitos que o direito lhe atribui, há portanto uma divergência que mostra bem a incompatibilidade estrutural do contrato positivo de transmissão, com o pacto fiduciário que o desfigura" e que "a estrutura do acto fiduciário não é compatível com o sistema do nosso direito".⁵⁹ Tem razão o Professor BELEZA DOS SANTOS quando afirma que a venda em garantia não corresponde à causa (no sentido em que utiliza esta expressão) própria da compra e venda. Mas erra a julgá-la, por isso, inadmissível no nosso sistema. Deveria ter concluído, sim, que se não trata de uma compra e venda mas de um outro negócio. A conclusão do Professor BELEZA

⁵⁷ BELEZA DOS SANTOS, "A Simulação em Direito Civil", Coimbra, 1921, vol. I, p. 120-121.

⁵⁸ BELEZA DOS SANTOS, op. cit., vol. I, p. 120-121.

⁵⁹ Ibidem, op. cit., vol. I, p. 122-123.

DOS SANTOS só seria correcta se no "nosso sistema" vigorasse um "numerus clausus" de tipos negociais ou de causas negociais. Mas não é isso que acontece. Mesmo no que respeita aos negócios com eficácia real não vigora o princípio da tipicidade consagrado no art. 1.306º do Código Civil.⁶⁰ O vício do raciocínio do Professor BELEZA DOS SANTOS consistiu no seguinte: verificado no contrato concreto a inexistência da "causa" (classificativa) conclui pela inexistência de "causa" (justificativa) e, em consequência, pela não-juridicidade.

A causa, considerada – como deve sê-lo – como razão de juridicidade e situada na predição concreta ao justo, num juízo axiológico, não esgota a sua função na decisão sobre a juridicidade ou a antijuridicidade do contrato. Vai fornecer os critérios, não só do "se", mas também do "modo" da juridicidade.

É a causa, tal como aqui é entendida, que se vão pedir os limites do poder e do abuso, a determinação em concreto da boa-fé, a concretização do projecto de justiça interprivado que é o contrato.

A boa-fé com que (art. 762º, nº2 do Código Civil) as partes devem proceder ao cumprimento das obrigações que para si resultem do negócio, fiduciário ou não, é nestes termos que encontra um critério de concretização. Também o perguntar pelos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico de um direito (art. 334º do Código Civil), só assim encontra resposta. O mesmo se passa em relação ao juízo concreto sobre se os princípios da boa-fé são ou não gravemente afectados pela exigência "das obrigações" em caso de alteração de circunstâncias (art. 379º do Código Civil). E, sem ser exaustivo, não pode encontrar de outro modo resposta à pergunta quanto à ausência de causa justificativa e à medida do enriquecimento no regime do enriquecimento sem causa.

É a causa, deste modo entendida como razão, como medida e como modo de ser da juridicidade, que vai permitir a concretização do projecto de justiça imanente no negócio fiduciário e, assim, caso a caso, resolver as questões que dele se levantem.

⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira, "A Tipicidade dos Direitos Reais", 1968, p. 162.

Em vez de levantar problemas e dificuldades quanto aos negócios fiduciários, a causa é imprescindível para a sua regulação em concreto.

10. A FIDÚCIA E O CONSENSO

Os problemas do consenso e da vontade como geradores de efeitos jurídicos ou de Direito constituem o terceiro vértice do triângulo de problemas dogmáticos em que se encerra a fidúcia.

A autonomia da vontade tem sido encarada, na doutrina actual, de modo acen-
tuadamente incaracterístico.

Tomando como ponto de referência SCOGNAMIGLIO e BETTI, os Autores co-
meçam em geral por expôr descritivamente o conteúdo das várias escolas
quanto ao assunto, iniciando a exposição com o subjectivismo e o dogma da
vontade, que são logo refutados, prosseguindo com a escola subsuntiva e com
a teoria da fatispécie, que é também afastada, adoptando, a final, uma posição
que pretende ter encontrado a "terceira via" do que – já se chama – escola pre-
ceptiva. Estas classificações e descrições são feitas com uma superficialidade
só igualada pela das críticas com que refutam cada uma das posições. Carecem,
por um lado, da perspectiva histórica sem a qual são dificilmente apreensíveis
as coisas do direito e, por outro, da consciência das coordenadas filosóficas e
até ideológicas que não podem deixar de estar presentes no debate sobre a au-
tonomia da vontade. Entre o modo de entender a natureza jurígena da vontade
privada em GRÓCIO e PUFFENDORF, o psicologismo de ZITELMAN, o mono-
pólio do Estado como fonte de direito em IHERING, o neo-hegelianismo de LA-
RENZ e também de BETTI, na esteira de BINDER, a separação da autonomia
social da autonomia jurídica em SCOGNAMIGLIO, e a tradicionalíssima "tatbes-
tand" do positivismo, vão mundos de diferença que saem para fora das meras
discussões metodológicas ou dogmáticas e que se inserem, na grande querela
ideológica da qual o Direito como realidade cultural não podia deixar e não deixa
efectivamente de participar. O ignorar intencional da problemática ideológica do
debate sobre a autonomia da vontade e talvez o indício mais claro do "agnosti-
cismo axiológico do positivismo", que nasceu do divórcio entre o Direito e a moral

introduzido por THOMASIIUS, e que a generalidade dos escritos recentes afirma pretender esconjurar sem que, ao mesmo tempo, dele se consiga libertar.

A autonomia da vontade, como todas as outras grandes instituições de direito e mais do que muitas delas não pode ser abordada sem ter por detrás de si um "ethos" político e pessoal consubstanciado numa nova e actual crença no Direito e que deve ser própria de todo o jurista digno desse nome.⁶¹

O negócio jurídico, como autónoma regulação jurídica das relações de interesses, foi, desde longe na história, tomado e assumido como um, entre outros, dos factores de criação de Direito, de formação da ordem jurídica positiva, do "ordenamento jurídico" vigente. SALVATORE ROMANO considera-o, no ordenamento romano, entre as fontes de Direito e cita de CÍCERO a definição: "publicum lex, senatus consultum, foedus; privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio".⁶²

Sem repetir a descrição de uma evolução histórica já exposta neste trabalho a propósito da causa e da qual ressalta também o caminho percorrido pelo consenso, a vontade privada, chamada negocial, não é por si só suficiente para fundar a juridicidade dos contratos até aos jusracionalistas. Era considerada necessária, mas a suficiência só na sequência de GROCIO lhe é atribuída. Só a intervenção do pretor e a forte corrente estoico-cristã conduziram no direito romano a uma cada vez maior atenção e proteção dadas à promessa e ao compromisso no "pacta conventa servabo".

A afirmação por GROCIO e PUFFENDORF da suficiência e do carácter jurígeno da vontade são acompanhadas de uma preocupação moral em que não é suficiente que a vontade seja livre e esclarecida, mas também e ainda a "justiça interna do contrato" que é procurada no equilíbrio económico das prestações. A juridicidade do contrato, nos jusracionalistas, não assentava apenas na liberdade da vontade, mas também na justiça interna da regulação contratada, o que tem a ver, no sistema assim criado, com a boa-fé pré-contratual.⁶³

⁶¹ WIEAKER, Franz, op. cit., p. 339.

⁶² SALVATORE ROMANO, "Autonomia Privata", in "Studii in Onore di Francesco Messineo", Milano, 1959, vol. IV, 1959, p. 401.

⁶³ WIEAKER, op. cit., p. 333 e 334.

Ainda antes de GROCIO e preparando já as suas concepções, foi possível no direito comum encontrar, como fez CALASSO,⁶⁴ "o desenvolvimento paralelo dos poderes do ordenamento jurídico e da autonomia da vontade privada", como dois elementos convergentes da ordem jurídica-natural, de tal modo que se pode dizer que ao dualismo do "jus civile" e dos "jus honorarium", no direito romano, correspondia o dualismo da "lex" e do "pactum" no direito comum.⁶⁵ E outra coisa na verdade não acontece no direito inglês no dualismo da "common law" e da "equity". Com o jusracionalismo iluminista o dualismo da "lex" e dos "pacta" deixou de ser integrante, e passou a ser de oposição, abrindo o caminho para o estatismo jurídico em que IHERING afirma que "o Estado é a única fonte de direito".

O estatismo jurídico, assumido não só em tema de negócio jurídico, é também uma consequência da revolução francesa, da separação dos poderes, do "referé legislatif" da lei de 16-24 de Agosto de 1790,⁶⁶ da codificação e do método da exegese que se lhe seguiu, e veio na esteira de um positivismo triunfante, culminar na hecatombe de perversão jurídica como instrumento passivo do Estado e das suas injustiças que, num choque de consciência tornado inevitável, levou à admissão em Nuremberga de que nem tudo o que é legal é lícito e às mudanças de opinião de proveniências diversas e sentido convergente de um LARENZ e um RADBRUCH no sentido da necessária predicação da lei à justiça como critério de juridicidade.

Daí em diante, definitivamente abalado o "dogma do Estado" como fonte exclusiva do Direito, fonte directa, na lei, ou indirecta, no negócio, estão ainda por terminar os esforços de relação, dentro do Direito, das ordenações públicas (estatais), privadas (negociais) e costumeiras (sociais). Com isto se renovaram as interrogações acerca da validade

⁶⁴ "Il Negozió Giuridico" citado por CASTANHEIRA NEVES, "Questão de Facto...", op. cit., pag. 330, nota 2.

⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, op. cit.

⁶⁶ PERELMAN, "Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique", 2ª ed., Paris, 1979. p. 16: o art. 12º da lei sobre a organização judiciária de 16-24 de Agosto de 1790 determinava "Ils (les tribunaux) ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au Corps Législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle".

O problema da validade, que outro não é que a da juridicidade, coloca-se tanto em relação às leis do Estado como aos negócios das pessoas.

Fortemente abalada a automática juridicidade da "lei" como natural e inquestionada fonte de validade e, portanto, de juridicidade do negócio jurídico, retomaram-se na doutrina as teses dualistas. Se o velho "dogma da vontade" tinha perdido o seu élan, o simplismo subsuntivo da "fatispecie" tinha deixado de convencer.

Com SALVATORE ROMANO é desenvolvida à exaustão a tentativa de dualizar o ordenamento público (do Estado) do ordenamento dos privados. Mas os problemas levantados com a delimitação das fronteiras entre a esfera pública e a esfera privada adentro do ordenamento jurídico globalizado são tidos como matéria constitucional e, portanto remetidos para os critérios da "lei", quer dizer, do Estado. A ordem privada acaba por ser definida por negação como aquela que a lei, em auto-limitação do Estado, deixa como reserva de liberdade.⁶⁷ Fica, de importante, a afirmação da existência de uma zona da vida jurídica em que a ingerência do Estado é abusiva.

Também não é solução entender que a forma vinculativa do negócio jurídico, tomado como "norma negocial", tem origem (no sentido genésico) não na vontade dos privados que o instituem, mas na vontade objectivada da norma negocial.⁶⁸

A tentativa de explicação de SCOGNAMIGLIO, ao dualizar a autonomia como realidade social e a autonomia como realidade jurídica e ao fundar a juridicidade do negócio, por um lado, "na realidade extra-jurídica das normas sociais, sobretudo no princípio "pacta sunt servanda", e ao referir, por outro, a vinculação própria do negócio, não a uma sua força vinculativa própria, "ma (...) in virtu della specifica rilevanza che appunto una norma gli attribuisce",⁶⁹ traz ao problema a imprescindível dimensão social, mas deixa-o por resolver.

⁶⁷ SALVATORE ROMANO, op. cit., p. 365.

⁶⁸ FERRI, Luigi, "Nozione Giuridica de Autonomia Privata", op. cit., p. 170.

⁶⁹ SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 110.

A concepção de LARENZ do negócio como actuação significativa e simultaneamente como significado actuado e como vontade que põe em vigor, como "ordenação de vigência", uma certa regulamentação traz também importantes enriquecimentos à procura da autonomia da vontade. Mas não toca na velha tradição que funda a juridicidade do negócio na lei. A interpretação "perceptiva" continua no fundo a não assumir que a intenção e o conteúdo normativos que reconhece no negócio se não podem reconduzir à lei e "traduz uma autêntica autonomia de juridicidade, uma autonomia constitutiva de um particular "direito objectivo" concreto, incompatível com a simplista identificação do direito à Lei".⁷⁰ A "integração comunitário-jurídica dos interessados e dos seus interesses" com a ordem legal objectiva não é alterada em termos de subordinação da primeira à segunda, mas dialeticamente na unidade da vontade subjectiva dos privados (pessoas) e da vontade objectiva da lei.⁷¹

É na consideração e posicionamento dialéticos da actuação jurídica interpretada na constituição e ordenação de vigência de normas privadas vinculantes por um lado, e da vigência da "lex" objectiva do Estado, por outro, que se deve encontrar a relação da autonomia pública e da autonomia privada.

A própria delimitação da zona de liberdade e de auto-determinação dos privados e da área para além da qual a imposição jurídica do Estado deixa de ser legítima e, portanto, jurídica é permanentemente variável, de ordenamento em ordenamento, de matéria em matéria dentro do mesmo ordenamento, e também temporalmente.

É na dialéctica permanente e superante da vontade autónoma dos privados e da vontade autónoma dos Estados que, em concreto e em cada situação histórica e cultural, vai resultar até onde a vontade autónoma do Estado limita a dos privados e vice-versa.

A fonte da juridicidade, tanto das normas privadas como das normas estatais, reside sempre na concreta predicação ao justo, ao projecto de justiça sem o qual a juridicidade inexistiria. e que nas mutações permanentes que vai sofrendo, implicadas pela vivência histórica, social e cultural dos seus protagonistas que são

⁷⁰ CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 333, nota 4.

⁷¹ HEGEL, citado em WELZEL, "Introducción a la Filosofía del Derecho", op. cit., p. 186.

as pessoas, fornece em concreto e em cada momento os critérios da predicação como juízo de juridicidade.

Esta colocação hierarquicamente paritária da "lex" e do "pactum" não colide com a concreta situação de ordenamento jurídico português na actualidade. O juízo de juridicidade resultante da predicação ao justo, definido no projecto de justiça que "hic et nunc" informa o ordenamento jurídico português, contém em si a acidental (no sentido de não-necessária) subordinação do negócio à lei. Esta subordinação não significa porém que o negócio colha a sua juridicidade própria na lei, mas sim que, de acordo com o juízo concreto de predicação, que é autónoma e directamente dirigido ao projecto de justiça verdadeiramente fundante, o contrato não ganha juridicidade se for contrário aos bons costumes, ou à moral, ou à boa-fé, tal como definidas nesse projecto de justiça, ou à própria lei. A contrariedade à lei traz consigo um juízo axiológico de tal modo negativo que priva de juridicidade o contrato ilegal. A ilegalidade é, em princípio, mas não necessariamente sempre, contrária ao projecto de justiça que informa e predica o sistema jurídico português.

Só a consideração da lei como não portadora exclusiva dos critérios de juridicidade permite a admissão de casos, se bem que não frequentes, de juridicidade de actuações ilegais, como se verificam no ordenamento português com a substituição "legalmente" inconstitucional, por exemplo, da Carta Constitucional, em 1910, da Constituição de 1910, em 1926, da Constituição de 1933, em 1974-1976. Em casos como os apontados as "ilegalidades" cometidas não privaram de juridicidade os "actos ilegais" uma vez que a sua predicação concreta ao projecto de justiça então fundante lhes não recusou a juridicidade. O dogma, geralmente aceite, de que é a conformidade com a lei e, principalmente, com a constituição que funda a juridicidade e que só na lei e na constituição se funda a juridicidade, entendida na sua lógica própria, acarretaria ilegalidades e inconstitucionalidades em cadeia. Se o estado de necessidade, a legítima defesa, a boa-fé, os bons costumes, o fim social e económico como critérios de juridicidade se podem em última análise reconduzir formalmente à lei, já a história constitucional portuguesa desmente eloquentemente a referência.

Do mesmo modo, os problemas do abuso do direito e da lei irrecuperavelmente injusta encontram solução na privação da juridicidade.

Assim, e de acordo com o ensinamento de CASTANHEIRA NEVES, "O direito positivo não é mais que a "ancilla" de uma juridicidade que o transcende, tanto axiológica como histórico-concretamente, e que apenas o pensamento jurídico na sua autonomia intencional e metodológica pode constituir e exprimir"; "...o que significa também que o Direito só nos é acessível através do problemático pensamento da juridicidade, ou que apenas se nos revela através do pensamento jurídico e nele".⁷²

Enquadrado o problema da juridicidade em geral da vontade autónoma dos privados, de per si e em relação à "lex", cabe concretizar, no que respeita aos negócios fiduciários o modo de a entender e colocar.

O primeiro dos problemas específicos dos negócios fiduciários, que sempre em ligação com a problemática da vontade, é o da natureza unitária ou dual destas figuras.

A concepção tradicional da causa como função económico-social típica, com a inerente confusão e mistura da causa como razão de juridicidade e do tipo, e a concepção subsuntiva do negócio, com o permanente esforço de subsunção os comportamentos negociais aos tipos legalmente previstos, tinham como consequência uma visão da fidúcia que dificilmente podia deixar de ser dual.

Estas concepções, sem o afirmarem explicitamente, trazem consigo a visão da tipicidade negocial como fechada acompanhada, ela própria, de uma tipicidade exclusiva de causas negociais. Os comportamentos negociais privados tinham, assim, de ser subsumíveis a um ou mais tipos contratuais previstos na lei e de desempenhar as funções económico-sociais privativas desses tipos. Sem negar formalmente a "categoria" dos negócios atípicos, exige-se que desempenhem uma função económico-social (causa) reconhecida como legítima pelo ordenamento. Sem ela, os negócios são nulos por falta de causa.

Dentro deste modo de pensar, os negócios fiduciários só conseguem juridicidade através do artifício que consiste na dupla subsunção, por um lado, do negócio de atribuição, a um tipo legalmente previsto de negócio real "quoad effectum" –

⁷² CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 512.

geralmente a compra e venda ou a doação - , por outro, da convenção de adequação a um negócio obrigacional. Este artifício é também em muito consequência da concepção dos negócios reais como típicos, por arrastamento da tipicidade dos direitos reais, adoptada por zonas muito alargadas do positivismo.⁷³ O que vem a trazer como consequência o juízo negativo quanto à admissibilidade dos negócios fiduciários por BELEZA DOS SANTOS com o fundamento de que se verifica contradição entre a causa (função económico-social típica) do negócio de atribuição – no caso, a compra e venda – e vontade.

A distinção das duas realidades diferentes que são a causa, como razão de juridicidade concreta, e o tipo, cujo núcleo de sentido se consubstancia na função típica permite superar a dificuldade. Não sendo necessariamente típicos, pelo menos no direito português, os negócios reais "quoad effectum",⁷⁴ não o sendo também os negócios obrigacionais, nada impede que os negócios fiduciários sejam admitidos como negócios atípicos desde que correspondam a interesses dignos de tutela jurídica – causa. Não é, pois, necessário subsumir os comportamentos negociais fiduciários a tipos legalmente previstos de negócios.

O juízo sobre a unidade ou dualidade deve, assim, ser feito com base na vontade negocial. E, em termos de vontade negocial, é evidente que se encontram inseparavelmente ligados o acto de atribuição e a convenção de adequação. As partes não querem uma sem a outra e o negócio não produz os fins que as partes tiveram em vista, não corresponde ao concreto projecto de justiça interprivada a não ser na sua globalidade. Os negócios fiduciários não podem, pois, deixar de ser considerados unitários.

A segunda questão específica que se prende com os problemas da vontade na fidúcia é o tradicionalíssimo problema da simulação.

Se bem que ainda provoque algumas incertezas nos tribunais, a generalidade da doutrina, mesmo a mais tradicional, distingue bem a fidúcia da simulação. Afirma-se geralmente que nos negócios fiduciários a vontade negocial é seria.

⁷³ Por exemplo, VON THUR, "Tratado de las Obligaciones", I vol., p. 162.

⁷⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, "A Tipicidade dos Direitos Reais", op. cit., p. 162.

Quer isto dizer que o fiduciante quer mesmo atribuir a propriedade da coisa ao fiduciário.

A questão não é tão simples como parece. Na concepção tradicional dualista da fidúcia, em que se considera que, por exemplo, na venda em garantia o negócio de atribuição é mesmo uma compra e venda, é difícil, se não mesmo impossível, deixar de encontrar na fidúcia uma divergência mais ou menos clara e bilateral entre a vontade real e a vontade declarada, divergência que é intencional e convencionalizada através do "pactum fiduciae". Não pode duvidar-se que na venda ou na doação em garantia não é intenção das partes contratar uma venda ou uma doação. Não há venda porque não é intenção das partes transmitir a propriedade da coisa onerosamente, mediante uma contrapartida em dinheiro que corresponda, ou que se pretende que corresponda, ao valor económico da coisa. Não há doação porque não existe no fiduciante o espírito de liberalidade próprio da doação.

Por outro lado, a divergência é intencional por parte de ambas as partes que não deixam, sequer, de convencionar aquilo que efectivamente pretendem. O "pactum fiduciae" distingue-se mal, neste modo de ver, do acordo simulatório.

Não se põe a questão da simulação absoluta, uma vez que nos negócios fiduciários as partes quiseram sem dúvida alguma coisa, mas a simulação relativa parece estar presente com todas as suas características. Tomados como relativamente simulados, os negócios fiduciários, seguiriam o regime que lhes é próprio, e vigorariam como negócios dissimulados, sendo válida e operante a regulação realmente pretendida, desde que obedecesse, naturalmente, às exigências de forma da lei. Assim, por exemplo, a transmissão de acções de uma sociedade anónima para legitimação em assembleia geral valeria como procuração ou como mandato sem representação, conforme o conteúdo da vontade real apurada.

Tudo isto seria válido e resolveria o problema de um modo particularmente simples e linear: os negócios fiduciários seriam negócios relativamente simulados em que prevaleceria o negócio dissimulado sobre o simulado.

Todavia, uma objecção se coloca que é irrespondível. Para que se possa, no exemplo apontado, afastar a transmissão "simulada" das acções e considerar em vigor a "dissimulada" procuração ou mandato sem representação é necessário concluir que a vontade real das partes assim o quis. Ora, se as partes tivessem querido contratar um mandato com representação ou um mandato sem representação tê-lo-iam, naturalmente, feito. Se o não fizeram, foi, ou por erro – e então a problemática é totalmente diferente – ou porque não quiseram. E, se não quiseram contratar os mandatos, com ou sem representação, não podem eles ser tidos no caso como negócios dissimulados.

A concepção tradicional dualista, assente na subsunção do negócio fiduciário a dois tipos negociais previstos na lei não se consegue, na verdade, libertar satisfatoriamente da dificuldade levantada pela simulação.

A questão resolve-se afastando o psychologismo característico do positivismo e com o qual se distinguem na fidúcia as vontades declaradas nos dois negócios em que se consuma o dualismo e se atende, como vontade, a intenção íntima interior psicológica, para tomar como bom um entendimento do que seja a vontade mais adequado à problemática da vontade negocial, como vem exposto em RECASÉNS SICHES,⁷⁵ como "resolução", "decisão", como opção entre vários comportamentos possíveis. Segundo este Autor, esta vontade "es un modo del yo, del nucleo esencial de la persona, que, frente a las multiplas vías que le depara la circunstancia, e irguiendo se muchas veces contra potentes solicitaciones del contorno, tanto del exterior, como de la propia alma, pronuncia su sentencia, decide, falla, sobre las diversas sugerencias que el exterior y su propia alma, le envían". É esta vontade, no fundo, em que os jusracionalistas fundaram a juridicidade do contrato e não a vontade psicológica da doutrina alemã do século XIX. Este "faça-se", este "fiat", com o inerente "comprometimento" responsável, ou "compromisso" pessoal, é que constituem a vontade negocial, a auto-determinação de SALVATORE ROMANO, que, na dignidade da pessoa humana indispensável à subsistência de qualquer ordenamento como jurídico, funda a juridicidade do contrato.

⁷⁵ RECASÉNS SICHES, Luis, "El Libre Albedrio" in "Antologia 1922-1974", Tezontle, México, p. 169

Retomando nesta perspectiva o problema da simulação e raciocinando com base nos conceitos de causa e de tipo já explicitados, a questão perde a dificuldade e resolve-se naturalmente. As partes, no negócio fiduciário, declaram o que efectivamente decidem fazer e aquilo em que na realidade se pretendem empenhar. Mesmo quando nos actos que celebram referem um tipo contratual, fazem-no para aproveitar "mutatis mutandis" a regulamentação que a esse propósito se encontra explicitada na lei e na doutrina. Não subsiste, pois, qualquer divergência entre a vontade real e a vontade declarada.⁷⁶

Tudo isto não significa, porém, que como em qualquer outro negócio jurídico não possa ocorrer no negócio fiduciário a simulação, a par do erro, do dolo ou da coacção. Mas fica claro que a simulação será, então, acidental e não essencial ao negócio fiduciário.

Em seguida à análise do problema da simulação, costuma a doutrina debruçar-se sobre o da fraude à lei.

A fraude à lei consiste num processo de manipulação da situação de facto – tomando aqui erroneamente a estipulação como questão de facto – para o efeito de, na subsunção, obter o afastamento fraudulento de uma regulação legal que sem aquela manipulação seria aplicável. Exige, no seu conceito, além de uma actuação sobre a matéria de facto, também um juízo eminentemente subjectivo sobre o intuito fraudulento.

A fraude tem grandes zonas de vizinhança, com a fidúcia. Quase se poderiam considerar instituições jurídicas irmãs. Na verdade a fraude desempenha historicamente um papel importantíssimo na gestação da fidúcia e pode dizer-se, sem exagero, que em grande parte das vezes os negócios fiduciários são celebrados em fraude à lei.

Não há dúvida de que com os negócios fiduciários, tanto na "fiducia cum amico" como na "fiducia cum creditore" se pode encontrar, pelo menos formalmente o elemento objectivo da "fraus legis". Se a fraude à lei consiste numa violação indirecta da lei, o negócio fiduciário tem também muito de indirecto, se é que não

⁷⁶ ASCARELLI, Tulio, "O Negócio Indirecto", op. cit., p. 332-333. Na pág. 332, escreve Ascarelli: "Quem vende com fins de garantia quer efectivamente transmitir a propriedade e, por isso, recorre à venda e não ao penhor, até nas coisas em que seria possível constituir penhor."

constitui mesmo uma modalidade dos negócios indirectos.⁷⁷ Para qualificar um negócio como em fraude à lei é todavia necessário ainda o intuito fraudulento.

A questão da fraude à lei coloca-se, por exemplo, na "fidúcia cum creditore", em que se pode tentar encontrar um caso de violação indirecta da proibição do pacto comissório. Todavia, nada permite "a priori" considerar fraudulenta a fidúcia "cum creditore". Se é verdade que o intuito de defraudar a proibição do pacto comissório pode ocorrer, também pode ser que não ocorra. O intuito fraudulento consiste, neste exemplo, na intenção de indirectamente, obter os efeitos maléficos que conduziram à proibição do "pacto comissório". A proibição do pacto comissório tem origem na prática do credor de enriquecer à custa do devedor levando-o a transmitir, em fidúcia, coisa de valor muito superior ao do crédito assim garantido. Tem origem no desequilíbrio económico que a visão dualista romana da fidúcia não conseguia sancionar.

Numa visão unitária da fidúcia, o negócio fiduciário irrecuperavelmente desequilibrado do ponto de vista económico não pode deixar de ser tido, perante o ordenamento português, como negócio usurário. Independentemente da consagração no Código Civil do regime específico dos negócios usurários, o negócio em questão devia ser considerado sem causa por irrecuperavelmente injusto. Mas nada obsta a que a "fiducia cum creditore" seja utilizada com boa intenção, por exemplo, no caso em que o devedor, tendo, de presente, dúvidas quanto à possibilidade de, no futuro, solver uma dívida, e prevendo a possibilidade de ter de vir, por falta de liquidez, a solvê-la por equivalente, como prova de boa-fé entregue, desde logo, ao credor a coisa com que previa ter de vir eventualmente a solver o crédito, assumindo este o compromisso de lhe restituir caso o pagamento venha a ser feito. É isso que sucede com os contratos de "lease back". O juízo sobre a existência em concreto da fraude prende-se, como se vê, não com a estrutura própria do negócio fiduciário, mas com o equilíbrio económico e com o intuito-vontade.

A resposta à pergunta sobre a fraude à lei só pode ser obtida mediante a análise individuada da justiça interna do contrato; de se, em concreto, o negócio atinge indirecta e intencionalmente a finalidade proibida por lei e do intuito das partes.

⁷⁷ ASCARELI, Tulio, "O Negócio Indirecto" op. cit., p. 11.

O negócio em fraude à lei não merece juridicidade por colidir com o projecto de justiça inerente ao ordenamento. Mas essa colisão tem que ser apreciada, não só no que tem de objectivo, mas também e principalmente no intuito e na vontade das partes.

A problemática dos negócios fiduciários perante a fraude à lei não é, pois, diferente da dos demais negócios jurídicos.

Ainda tendo a ver com a problemática da vontade nos negócios fiduciários surge o problema dos tipos de direitos reais.

O chamado "numerus clausus" dos direitos reais, como ficou já exposto, tem a ver com algumas das dificuldades dogmáticas da fidúcia, principalmente naquilo em que a doutrina, alargando a tipicidade das situações jurídicas reais à dos negócios com efeitos reais veio a criar de aporia.

Apesar de nem todos os negócios fiduciários levantarem questões de direitos reais, uma vez que, a atribuição ao fiduciário não é necessariamente de natureza real - pode consistir na transmissão de um crédito, de uma quota, etc. - a fidúcia tem pontos de contacto com o problema da exclusão da autonomia da vontade na modelação do conteúdo dos direitos reais.

A tipicidade dos direitos reais tem como prisma a "indicação das vinculações admissíveis dos bens"⁷⁸ em termos reais. Trata-se de uma tipologia de direitos inerentes a coisas e tem por finalidade excluir situações inconvenientes sob o ponto de vista económico-social, evitar ónus ou vinculações ocultas sobre os bens e dar clareza ao sistema de direitos sobre as coisas, facilitando o registo predial.

O princípio da tipicidade dos direitos reais encontra-se consagrado, no Código Civil português, no art. 1.306º. Mais interessante, neste dispositivo legal, do que a proibição da constituição de "restrições ao direito de propriedade" representa a estatuição de que as que forem constituídas serão de natureza obrigacional. Se outras razões não houvesse, este artigo seria o suficiente para demonstrar a "legitimidade" no ordenamento jurídico português dos negócios fiduciários. Ele

⁷⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., p. 108.

consagra, na verdade, situações reais típicas modeladas (restringidas) obrigacionalmente. O sistema português não é pois, hostil à vinculação de bens em termos mistos, reais e obrigacionais. Em termos reais, com oponibilidade, o sistema só permite os tipos de vinculação contidos na lei; em termos obrigacionais, vigora o princípio da autonomia da vontade.

O negócio fiduciário, que opere através de uma atribuição real ao fiduciário, restringida através de um "pactum fiduciae" obrigacional, encontra o seu reflexo e, até, a sua consagração legal no preceito do art. 1.306º do Código Civil.

E não é despiciendo este modo de funcionalizar e de adaptar, a evolução e as necessidades da vida, os modos admitidos de vinculação dos bens. Admitido que, em termos de vontade negocial, as partes não querem a atribuição real sem a vinculação obrigacional e vice-versa, ter-se-á de concluir que uma não pode subsistir sem a outra.

Assim, a situação é a correspondente a que numa análise tradicional se faria ao considerar a vinculação obrigacional como causa da atribuição patrimonial ao fiduciário e a atribuição da coisa como causa da obrigação do fiduciário. A ausência, por invalidade ou outra razão, de uma delas irá privar de causa a outra em termos de lhe tornar aplicável o regime do enriquecimento sem causa. Quando o fiduciário se recuse, pura e simplesmente a fazer aquilo a que se obrigou num caso de "fiducia cum amico", a atribuição do fiduciante terá então sido feita com vista a um fim que se não verificou. Do mesmo modo, com o fundamento no incumprimento, poderá o fiduciante resolver o negócio de atribuição, com efeitos retroactivos. A obrigação de restituição do fiduciário pode também ser objecto de execução específica nos termos do art. 830º do Código Civil.

A funcionalização dos direitos reais operada através dos negócios fiduciários não é, pois, dispicienda e constitui uma das principais utilidades da fidúcia, desmentindo que constitua apenas um modo sofisticado de contratar em fraude à lei.

11. A FIDÚCIA, A FORMA E A PROVA

O negócio fiduciário, como qualquer outro negócio jurídico, deve assumir uma forma de modo a tornar-se reconhecível.

A disciplina da forma pode ser legal ou convencional.

Como negócios atípicos, os negócios fiduciários não carecem, em princípio, de uma forma legal. Todavia, a lei, ao estabelecer as exigências de forma, não o faz sempre por referência a tipos de negócios. Por vezes, como na compra e venda, as exigências legais de forma são referidas directamente ao tipo negocial. Outras vezes, como no que respeita ao art. 89º do Código do Notariado, a forma é exigida por referência a efeitos jurídicos. Assim, da atipicidade dos negócios fiduciários não decorre necessariamente a liberdade de forma. Não sendo típicos os negócios com efeitos reais, a lei exige contudo uma forma especial para eles por referência aos seus efeitos.

As exigências de forma para os negócios fiduciários, além de resultarem de preceitos legais que assim estatuem com respeito a negócios que produzam certos efeitos jurídicos, podem ainda resultar da construção pelas partes dos negócios fiduciários atípicos por referência a tipos legais.

Quando, neste trabalho, se tratou da fidúcia e do tipo referiu-se que na construção do negócio fiduciário, a referência das partes a um tipo legal de negócio como "negócio instrumento" não significava que elas estivessem efectivamente a celebrar um negócio coordenável a esse tipo. Disse-se então que, com a referência, as partes estavam a utilizar instrumentalmente, para a construção do negócio fiduciário atípico, a parte aproveitável, adequável, desse tipo negocial. Acrescentou-se, em seguida, ser problemática a aplicação, nesses casos, ao negócio fiduciário global de certas parcelas do regime legal do tipo que correspondessem, não já à estipulação negocial, mas a exigências legais fundadas nas preocupações próprias do legislativo estatal na prossecução dos seus fins específicos. Não sendo, nestes casos, o concreto negócio fiduciário coordenável ao tipo designado por referência (nem, noutro modo de ver, subsumível directamente àquela regulamentação), e significando a referência ao tipo apenas a apropriação (recepção) para o negócio de partes, mais ou menos importantes, daquela regulamentação, deve entender-se que, salvo estipulação em contrário,

a forma exigida ao tipo legal por disposição imperativa deverá considerar-se também no concreto negócio fiduciário obrigatório. Mas não já como exigência legal de forma: não sendo o concreto negócio fiduciário coordenável ao tipo legal (nem o negócio, como facto, subsumível à previsão legal) não se desencadeia a estatuição da vinculação legal à forma. Essa forma deve entender-se obrigatória como "forma convencional".

A referência ao tipo, como modo de recepção dessa regulamentação no concreto negócio fiduciário, deve entender-se como abrangendo tudo aquilo, em termos de regulamentação, que não colida com a particular intencionalidade funcional do negócio fiduciário e com a sua específica finalidade.

Todavia, é importante ter em atenção que se trata aqui de "forma convencional" e, portanto, de descoberta da intencionalidade negocial concreta das partes e, por isso, de uma questão de interpretação. E nada impede que a vontade das partes tenha sido outra.

Posto isto, e enquadrado o modo como as exigências legais de forma podem afectar o negócio fiduciário globalmente considerado, directamente, quando a lei estabeleça exigências de forma por referência aos efeitos, e indirectamente, como forma convencional, por intermédio da referência negocial ao tipo, há que esclarecer o modo de incidência das exigências de forma sobre as duas partes em que a doutrina tradicional costuma cindir o negócio.

Na concepção dualista tradicional, autonomizados o negócio de atribuição e o negócio de adequação, cada um deles seria subsumido como matéria de facto a regulamentação legal aplicável e deveria revestir a respectiva forma. Ou então, e com consciência do excessivo que esta separação acarretava, prendia-se a doutrina na dificultosa questão de saber até onde um deles poderia constituir uma "cláusula" do outro.

A concepção unitária do negócio fiduciário vem dar à questão um critério de solução relativamente simples.

Quando o negócio esteja sujeito a uma forma exigida legalmente, a convenção de adequação deve adoptar essa mesma forma. A convenção de adequação,

fazendo parte do negócio e desempenhando uma função crucial na sua economia e no que respeita à sua justiça interna, não pode deixar de seguir a forma exigida para o negócio de atribuição.

Nos casos em que a forma se deva entender como "forma convencional" por ter sido querida por referência ao tipo, deve entender-se que, de acordo com o regime do artigo 223º do Código Civil, as partes se não quiseram obrigar senão por essa forma.

Quando nenhuma forma seja exigida legal ou convencionalmente – do modo descrito – mas as partes tenham voluntariamente adoptado certa forma na celebração do negócio, é o regime do art. 221º que se considera aplicável.

O negócio fiduciário como negócio uno deve, pois, ter uma forma também unitária.

As questões de forma são da maior importância para o regime da prova.

Assim, e de acordo com o regime dos artigos 393º e 394º do Código Civil, não é admitida a prova testemunhal do "pactum fiduciae" quando o negócio de atribuição, por lei ou convenção, deva adoptar forma escrita ou mais solene, ou conste de documento autêntico ou de documento particular reconhecido.

Estas exigências de forma e de prova não são nocivas, ao contrário do que à primeira vista possa parecer, ao funcionamento e desenvolvimento dos negócios fiduciários. Sem elas, eles tornar-se-iam mais um factor de insegurança para o tráfico jurídico que um factor de desenvolvimento e evolução. O mínimo de segurança e estabilidade que é introduzido nos negócios fiduciários com este regime de forma e de prova constitui um factor de grande importância para o seu desenvolvimento.

12. A INFIDELIDADE

Caracterizada a fidúcia nos seus problemas fundamentais, cabe analisá-la nas questões que talvez mais importância assumem na prática e que são as que se

prendem com o incumprimento por parte do fiduciário, das obrigações que sobre si impendem emergentes da fidúcia.

Desde já se excluem os casos em que o fiduciante queira afastar da tutela do direito a relação fiduciária. Tratar-se-ia, então, de obrigações "si voluerit" que se devem integrar na categoria dos deveres de cortesia, dos "gentlemen's agreements", tutelados apenas em termos de reprovação social e que poderão quanto muito constituir obrigações naturais de cumprimento não exigível judicialmente mas irrepetíveis caso sejam espontaneamente cumpridas. Os pactos, nestes casos, assemelhar-se-iam aos "nuda pacta" romanos não geradores de "actio", mas tão só de "exceptio".

Para além destes casos e sempre que as partes tenham querido juridicizar os negócios fiduciários contratados, a infidelidade tem fortes e variadas consequências, sendo multimoda a protecção jurídica do fiduciante e do beneficiário.

Recorda-se, a propósito, o regime do "trust" anglo-americano em que o "setlor" e o "cestui que trust" tem, em princípio, o "right to follow trust property" salvo se a coisa "in trust" tiver sido alienada com "due consideration" e sem que no terceiro adquirente tenha ocorrido a "notice" nas várias formas previstas nesses sistemas e o direito de subrogação no "trust" da contrapartida da alienação da coisa.

O regime e as consequências da infidelidade do fiduciário variam conforme a situação concreta da fidúcia e o modo da infidelidade. São diferentes as consequências quando o dever do fiduciário consista na obrigação de restituir a coisa ou de a transmitir a terceiro, quando se limite a recusar a restituição ou a transmissão ou quando a tenha transmitido a outrem, quando tenha provocado a impossibilitação do cumprimento pelo perecimento da coisa ou quando o dever do fiduciário não consista na celebração de um contrato, mas numa prestação de coisa ou de facto. A situação altera-se também quando se trate de casos de "fidúcia estática".

Quando o dever do fiduciário, que este se recusa a cumprir, consista numa obrigação de contratar, o meio próprio de defesa reside na execução específica, nos

termos do artigo 830º do Código Civil. A obrigação de contratar, de cuja execução específica o artigo 830º rege, não se restringe à emergente de um contrato promessa autónomo. Nada impede e é mesmo muito frequente que de entre os deveres do fiduciário se encontre o de contratar a retransmissão da coisa, quer a favor do fiduciante, quer a favor de terceiro. Desde que se encontrem preenchidos os requisitos do artigo 830º, pode o fiduciante recorrer a juízo para obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial que o fiduciário se recusa a emitir.

Caso o dever de fiduciário consista em contratar com terceiro a retransmissão a este da coisa fiduciada, discute-se na doutrina italiana se continua a ser possível a execução específica. A redacção do nº1 do preceito legal é pouco clara. A "outra parte" aí referida pode interpretar-se, tanto como referida ao contrato em que foi assumida a obrigação de contratar, como – se bem que menos claramente – à "outra parte" no contrato prometido. O regime do contrato a favor de terceiro vem, no entanto, resolver as dúvidas que se pudessem levantar. O negócio fiduciário, em que o fiduciário se tenha obrigado perante o fiduciante a transmitir a coisa a terceiro, integra uma disposição a favor de terceiro pelo que, de acordo com o regime do artigo 444º do Código Civil, o terceiro beneficiário, independentemente de aceitação, tem o direito de exigir do fiduciário o cumprimento da promessa e, portanto, o de requerer em juízo a execução específica.

Mais complexa é a situação, caso o fiduciário tenha entretanto alienado a coisa fiduciada a favor de outrem. Não se trata de disposição de coisa alheia porque o fiduciário tinha, no caso, a propriedade da coisa. Se as partes tiverem atribuído à promessa eficácia real nos termos admitidos pelo art. 413º do Código Civil pode esta ser oposta ao terceiro adquirente, anulando-se a alienação efectuada. O terceiro adquirente, neste caso, poderia ter tomado conhecimento da promessa através do registo e restar-lhe-á, se com o ocorrido tivesse sofrido prejuízo, pedir ao fiduciário indemnização. Caso à promessa não tenha sido atribuída eficácia real, pode ainda o beneficiário da promessa opô-la ao terceiro adquirente, propondo em juízo a acção – constitutiva de execução específica e procedendo imediatamente ao seu registo. Se o registo da acção for anterior ao registo da transmissão efectuada a favor do terceiro adquirente, o regime da prioridade registral resulta, na prática, na oponibilidade da promessa. Neste caso, todavia,

a oponibilidade só vai operar, se bem que retroactivamente, com o trânsito em julgado da sentença e a consequente conversão do registo provisório da acção em definitivo. Caso a acção de execução específica não seja registável, porque se não trate de contrato prometido sujeito a registo, a oponibilidade pode ainda assim ser obtida. Neste caso, por força do artigo 271º do Código de Processo Civil, a sentença, constitutiva, de execução específica produz efeitos em relação ao adquirente, mesmo que este não tenha intervindo no processo, desde que a acção seja proposta antes da alienação da coisa.⁷⁹

A execução específica constitui um dos mais importantes meios de reacção contra a infidelidade quando esta se materialize na violação da obrigação de contratar quer com o fiduciante, quer com o terceiro beneficiário.

Quando a infidelidade consiste na violação de uma obrigação pecuniária, de prestação de coisa, ou de facto, que não seja uma obrigação de contratar, o fiduciante ou o beneficiário podem reagir contra o fiduciário usando dos meios normais coercitivos que são postos à sua disposição pela ordem jurídica, através da competente acção de condenação e posterior execução para pagamento de quantia certa, para entrega de coisa certa ou para prestação de facto, podendo na acção de condenação cumular o pedido de indemnização se tiver sofrido prejuízo por causa da infidelidade.

Nos casos de infidelidade em que ao lesado fiduciante não convenha ou não seja possível, nem a execução específica, para a entrega de coisa determinada, para prestação de facto ou de promessa (artigos 827º a 830º do Código Civil), tem o fiduciante a faculdade de resolver o contrato, de resolver o próprio negócio fiduciário considerado na sua globalidade, com o fundamento no incumprimento definitivo e, nos termos em que a lei o admite, com efeito retroactivo, e, nos termos do artigo 289º do Código Civil, aplicável por referência do artigo 433º. A resolução é oponível a terceiros, se respeitar a imóveis ou a móveis sujeitos a registo, depois de registada a acção de resolução, e tem como efeito a restituição do que tiver sido prestado (coisa ou direito fiduciados) ou, se a restituição não for possível, o respectivo valor à data da restituição. Caso a coisa tenha sido

⁷⁹ Sobre o assunto, do Autor, “Efeito Externo da Obrigação no Contrato Promessa” in “Scientia Iuridica”, Tomo XXXII, nºs 181-183, 1983.

alienada gratuitamente e não podendo tornar-se efectiva contra o alienante a pretensão de restituição do valor, fica o adquirente obrigado, mas neste caso só na medida do seu enriquecimento.

Para além dos meios de defesa já descritos, assiste, tanto ao fiduciante, como ao beneficiário, o direito a ser indemnizado, nos termos gerais, dos prejuízos que tenha sofrido em consequência da infidelidade.

Residualmente, tendo a coisa sido atribuída ao fiduciário com vista a um efeito que se não verificou e tendo deixado de existir a causa por virtude da qual foi investida no fiduciário, se ao fiduciante a lei não facultar outros meios de restituição ou de indemnização, resta sempre o recurso ao enriquecimento sem causa.

Não já como meio de defesa próprio do fiduciante ou do beneficiário, mas da comunidade, poderá o fiduciário infiel incorrer ainda em responsabilidade criminal, o que não é despreciando como meio de persuasão do fiduciário à fidelidade.

É pois extremamente irreal a afirmação tão frequente na doutrina de que no negócio fiduciário uma das características consiste em ser deixada mais à honestidade do que aos meios coercitivos legais o cumprimento da fidúcia.

Estes meios de defesa não se aplicam na totalidade em situações de "fidúcia estática".

A "fidúcia estática", fórmula introduzida por LIPARI,⁸⁰ caracteriza-se por, em lugar da atribuição, operar com uma omissão ou, talvez melhor dizendo, através de uma atribuição por omissão. Materializa-se na manutenção na titularidade do fiduciário de uma coisa ou direito que deviam ser transmitidos ao fiduciante. Esta modalidade da fidúcia não tem, pelo menos formalmente, o acto de atribuição instrumental e reduz-se ao "pactum fiduciae". Caso tenha havido formalmente um acto ou negócio jurídico destinado a consolidar na titularidade do fiduciário a coisa ou direito fiduciados, poderá ainda o fiduciante lesado resolvê-los nos termos já descritos. Caso se trate de uma omissão – caso verdadeiro de fidúcia estática – não haverá já acto de atribuição que possa ser resolvido, restando ao fiduciante exigir a entrega de acordo com o título de que já dispunha e resolver

⁸⁰ LIPARI, op. cit., p. 182.

o "pacto fiduciário" convencionado. No restante, os meios de defesa são os mesmos da infidelidade na fidúcia "não estática".

Esta descrição dos meios de defesa oponíveis ao fiduciário infiel permite extrair algumas conclusões com interesse.

Em primeiro lugar, na sanção criminal da infidelidade pode encontrar-se a sobrevivência da tutela da "fides" no direito romano antigo como reação contra a fraude em geral e que se julgava já definitivamente perdida no passado.⁸¹

Em segundo lugar, a execução específica e a faculdade de resolução dotadas de oponibilidade ao terceiro adquirente vêm apagar quase completamente a tradicional diferença entre a fidúcia românica e a fidúcia germânica. Quer se entenda a fidúcia germânica como caracterizada pela atribuição sob condição resolutiva, quer se considere que em vez da condição resolutiva o que individualiza a fidúcia germânica é a funcionalização do direito real atribuído, a resolução admitida em geral como consequência do incumprimento definitivo, com efeito retroactivo e oponível (se bem que nem sempre) e, por outro lado, a funcionalização dos direitos reais que, se bem que de modo obrigacional, se obtém com a fidúcia aproximam de tal modo as duas modalidades da fidúcia que pouco mais interesse tem a distinção para além do domínio da história do direito e da compreensão do que é hoje a fidúcia.

A terceira conclusão que se deve extrair, e esta é talvez a mais importante, é a de que, por um lado nada obsta à "admissibilidade" no ordenamento português dos negócios fiduciários, ao contrário do que é, ainda hoje, muito divulgado entre as pessoas que se dedicam ao Direito, e por outro lado, que os meios de protecção contra a infidelidade do fiduciário não são, também ao contrário da opinião quase geral, claramente mais fracos do que no "trust" do direito inglês. Os negócios fiduciários em Portugal não são tão perigosos" como consta e são, hoje em dia, mais do que úteis, necessários para impedir o anquilosamento precoce de um Código Civil com pouco mais de quinze anos.

⁸¹ SCHULTZ, Fritz, "Principles of Roman Law", Oxford, 1967, p. 228.

Parte. IV

13. A FIDÚCIA

Enquadrada historicamente e tratados os principais problemas jurídicos da fidúcia, cabe descrevê-la.

O negócio fiduciário é um negócio atípico, construído geralmente por referência a um tipo negocial conhecido susceptível de ser adequado na sua estrutura a uma finalidade diferente da sua própria, através de uma convenção obrigacional de adequação. Constitui um único negócio e não uma dualidade negocial. Nem sempre, se bem que mais frequentemente, integra uma atribuição real ou mesmo patrimonial ao fiduciário. Por vezes é construído a partir de uma omissão, de uma "atribuição por omissão", permitindo o fiduciante que a titularidade da coisa ou do direito se mantenham no fiduciário quando lhe deviam ser transmitidos. Pode também a atribuição patrimonial consistir, não na investidura do fiduciário numa situação jurídica real, mas na titularidade de um direito de crédito ou de outra natureza como, por exemplo, no complexo "status" de sócio. Resulta na funcionalização em sentido atípico da titularidade, real, obrigacional ou outra, do fiduciário, tendente à prossecução de finalidades não incluídas entre as próprias dos negócios tipificados. Contém um projecto interno de justiça tipicamente baseado sobre a confiança, numa tensão de interesses e de justiça dialecticamente viva e movimentada em termos funcionais. Pode ser actuada egoísta ou altruisticamente, assim como pode funcionar a favor do fiduciante ou em benefício de terceiro. Tanto opera com atribuições causais como com atribuições abstractas, como, por exemplo, em direito cambiário. Desempenha no ordenamento jurídico uma função genética de novos tipos contratuais, constitui o expoente máximo da autonomia da vontade e integra-se fundamentalmente em termos de equidade e de boa-fé.

Esta a descrição possível da fidúcia.

A definição não se fará por nociva e até dificilmente compatível, naquilo que implica de cristalização conceptual, com um "quid" que é essencialmente mutante e dinâmico como é o negócio fiduciário.

A utilidade da definição, que reside na fixação conceptual possibilitadora da subsunção, é aqui despicienda. Os negócios fiduciários, como essencialmente atípicos, repelem a subsunção. A definição, como modo de fixação imutável das "notas" de um conceito, acarretaria sempre a criação de um tipo jurídico fechado de negócio fiduciário. O negócio fiduciário é, como ficou demonstrado, o contrário de um tipo jurídico fechado. É, pois, insusceptível de definição.

Na insusceptibilidade de definição, o negócio fiduciário não se encontra isolado na ciência do Direito. O próprio Direito nunca foi satisfatoriamente definido e, possivelmente, nunca o virá a ser.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel A. Domingos de

- Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis, Coimbra 1978
- Teoria Geral das Obrigações, Coimbra 1966
- Teoria Geral da Relação Jurídica, Coimbra 1972

AKSELEK, Paul

- L'Étonnement Devant le Droit, Archives de Philosophie du Droit, Tome XIII, Paris 1968

ARENA, Andrea

- Introduzione allo Studio del Diritto Commerciale e Titoli di Credito, Milano 1956

ARNAUD, André-Jean

- Structuralisme et Droit, Archives de Philosophie du Droit, Tomo XIII, Paris 1968

ASCARELLI, Tulio

- O Negócio Indirecto, Jornal do Foro, Lisboa 1963
- Problemi Giuridici, Milano 1959
- Teoria Geral dos Títulos de Crédito, S. Paulo 1943

ASCENSÃO, José de Oliveira

- As Relações Jurídicas Reais, Lisboa 1962
- A Tipicidade dos Direitos Reais, Lisboa 1968
- Direitos Reais, Lisboa 1978

- Lições de Direitos Reais, Lisboa 1966
- O Direito. Introdução e Teoria Geral, Lisboa 1980
- Pesquisa de um Direito Vivo, Coimbra 1982

ASQUINI, Alberto

- Titoli di Credito, Roma 1939

AUGÉ, Guy

- Le Contrat et l'Evolution du Consensualisme Chez Grotius, Archives de Philosophie du Droit, Tome XIII, Paris 1968

AURICHIO, Alberto

- A Simulação no Negócio Jurídico, Coimbra 1964

BACHOF, Otto

- Normas Constitucionais Inconstitucionais?, Coimbra 1977

BARRAINE, R.

- Droit Commercial, Paris 1973

BATIFOL, Henri

- La Crise du Contrat et sa Portée, Archives de Philosophie du Droit, Tome XIII, Paris 1968
- Le Declin du Droit, Archives de Philosophie du Droit, nº 8, 1963

BETTI, Emilio

- Teoria Geral do Negócio Jurídico, Coimbra 1970

BOCHINI, Fernando

- Limitazioni Convenzionali del Potere di Disposizione, Napoli 1977

BURDEAU, G.

- Le Déclin de la Loi, Archives de Philosophie du Droit, nº8, Paris 1963

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de

- A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento, Coimbra 1974
- Contrato a Favor de Terceiro, Coimbra 1980

CARBONIER, Jean

- Droit Civil, Paris 1969
- L'Hypothèse du Non-Droit, Archives de Philosophie du Droit, nº 8, Paris 1963
- Sociologia Jurídica, Coimbra 1979

CARNELUTTI, Francesco

- Teoria Giuridica della Circolazione, Padova 1933
- Teoria Cambiaria, Padova 1937

CHEHATA, Ch.

- Le Contrat en Droit Musulman, Archives de Philosophie du Droit, Tome XIII, Paris 1968

COELHO, José Gabriel Pinto

- Lições de Direito Comercial, Lisboa 1942

COING, Helmut

- Fundamentos de Filosofia del Derecho, Barcelona 1961

CORBIN, Arthur L.

- Corbin on Contracts, one vol.ed., West, Yale 1952

CORDEIRO, António Meneses

- Direito das Obrigações, Lisboa 1980

CORREIA, A. Ferrer

- Direito Civil e Comercial, Coimbra 1979
- Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico, Coimbra 1968

COSTA, Mário Júlio de Almeida

- Direito das Obrigações, Coimbra 1975

CRISCUOLI, Giovanni

- Fiducia e Fiducie in Diritto Privato. Dei Negozi Fiduciari ai Contratti Uber-
rimae Fidei, Rivista di Diritto Civile, Anno XXIX, nº2, 1983

CRUZ, Sebastião

- Direito Romano, Coimbra 1969

CUQ, Édouard

- Les Institutions des Romains, Paris 1908

DANZ, Erich

- Interpretação dos Negócios Jurídicos, Coimbra 1942

DAVID, René

- Les Grands Systèmes de Droit Contemporains, Paris 1964

DESTOPOULOS, Constantin

- La Notion de Synalagma chez Aristote, Archives de Philosophie du Droit,
Tome XIII, Paris 1968

DIDIER, Paul

- Droit Commercial, Paris 1980

ENNECCERUS, Ludwig

- Derecho de Obligaciones (revista por LEHMAN) Barcelona 1933

ENGLISH, Karl

- Introdução ao Pensamento Jurídico, Lisboa 1979

FERRARA, Francesco

- Della Simulazione dei Negozi Giuridici, Milano, 1909
- Interpretação e Aplicação das Leis, Coimbra 1978
- La Simulacion de los Negocios Juridicos, Madrid 1926

FERREIRA, Durval A. Fonseca e Castro

- Do Mandato Civil e Comercial, Famalicão 1967

FERREIRA, Vasco Taborda

- Do Conceito de Causa dos Actos Jurídicos, Coimbra 1942

FERRI, Luigi

- Nozioni Giuridica de Autonomia Privata, Studi in Onore de Francesco Messineo, Vol IV, Milano 1968

FERRI, Giuseppe

- I Titoli di Credito, Torino 1965

FERRI, Giovanni B.

- Causa e Tipo nella Teoria del Negozio Giuridico, Milano 1968

FRANCESCHELLI, Remo

- Il "Trust" nel Diritto Inglese, Padova 1935

FRIED, Charles

- Contract as Promise -A Theory of Contractual Obligation, Harvard 1981

GENY, François

- Methode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif, Paris 1919
- La Mission Scientifique et Sociale des Facultes de Droit a l'Heure Présente, 1925
- La Validité Juridique de la Clause "Payable en Or" dans les Contrats entre Particuliers Français en Temps de Cours Forcé, 1926
- Science et Technique en Droit Privé Positif, Paris, 1951,
- Ultima Verba, Paris 1951

GETE-ALONSO, Maria del Carmen

- Estrutura y Funcion del Tipo Contratual, Barcelona 1979

GIORGIANNI, Michele

- L' Inadempimento. Corso di Diritto Civile, Milano 1975

GOYTISOLO, Juan Valet de

- Sociedad de Masas y Derecho, Madrid 1958

GOLDMAN, Berthold

- Droit Commercial Européen, Paris 1975

GOLDSCHMIDT, Roberto

- Trust, Fiducia y Simulacion, Studios de Derecho Comparado, Caracas 1958

GRASSETI, Cesare

- Del Negozio Fiduciario e della sua Ammissibilita nel nostro Ordinamento Giuridico, Rivista del Diritto Commerciale, vol.XXXIV, Milano 1936
- Trust Anglosassone, Proprieta Fiduciaria e Negozio Fiduciario, Rivista del Derecho Commerciale, vol. XXXIV, Milano 1936

GRAZIANI, Alessandro

- Studi di Diritto Civile e Commerciale, Napoli 1953

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa

- Lições de Direito das Obrigações, Lisboa 1976
- O Mandato sem Representação, Lisboa 1961

KALINOWKY, Georges

- La Logique des Valeurs d'Edmond Husserl, Archives de Philosophie du Droit, tome XIII, Paris 1968

KANTOROWICZ, Herman

- La Definicion del Derecho, Madrid 1964

KELSEN, Hans

- A Justiça e o Direito Natural, Coimbra 1979
- Teoria Pura do Direito, Coimbra 1976

LARENZ, Karl

- Derecho Civil. Parte General, Madrid 1978
- Lehrbuch des Schuldrechts. I Band- Allgemeiner Teil, Munchen und Berlin 1967
- Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa 1978

LATORRE, Angel

- Introdução ao Direito, Coimbra 1978

LLEWELLYN, Karl L.

- Jurisprudence. Realism in Theory and Practice, Chicago 1971

LIPARI, Nicoló

- Il Negozio Fiduciario, Milano 1971

LOSANO, Mario G.

- Os Grandes Sistemas Jurídicos, Porto 1979

MAIHOFER, W.

- Le Droit Naturel comme Dépassement du Droit Positif, Archives de Philosophie du Droit, nº 8, Paris 1963

MACHADO, João Baptista

- Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, 1983, p. 212

MENDES, João de Castro

- História do Direito Romano, Lisboa 1965
- O Direito de Acção Judicial, Lisboa 1957

MESSINA, Giuseppe

- Scritti Giuridici. I - Negozi Fiduciari. Introduzione e Parte I, Milano 1948

MIALLE, Michel

- Uma Introdução Crítica ao Direito, Lisboa 1979

MONCADA, Cabral de

- Lições de Direito Civil, Coimbra 1933

MOSSA, Lorenzo

- Diritto Commerciale, Milano 1937

NEVES, António Castanheira

- Questão de Facto - Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade, Coimbra 1967

OLAVO, Fernando

- Desconto Bancário, Lisboa 1955

- Direito Comercial

OLIVECRONA, Karl

- El Derecho como Hecho - La Estructura del Ordenamiento Juridico, Barcelona 1980

PASSARELLI, F. Santoro

- Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra 1967

PELLIZZI, Giovanni L.

- Sull'Intestazione Fiduciaria de Azioni Nominative, Rivista delle Società, anno 26, fasc.3º, 1981

PERELMAN, Ch.

- Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique", Paris 1979

FERRIN, Jean-François

- Pour une Théorie de la Connaissance Juridique, Genève 1979

PINTO, Carlos Alberto Mota

- Cessão da Posição Contratual, Coimbra 1982

POULANZZAS, N.

- Notes sur la Phénoménologie et l'Existentialisme Juridique, Archives de Philosophie du Droit, nº 8, Paris 1963

PRATA, Ana

- A Tutela Constitucional da Autonomia Privada, Coimbra 1982

RADBRUCH, Gustav

- Filosofia do Direito, Coimbra 1979

RANOUIL, Veronique

– L'Autonomie de la Volonté. Naissance et Évolution d'un Concept, Paris 1980

REALE, Miguel

– Lições Preliminares de Direito, Coimbra 1982

RIEG, Alfred

– Le Contrat dans les Doctrines Allemandes du XIX Siècle, Archives de Philosophie du Droit, Tome XIII, Paris 1968

ROBLOT, René

– Droit Bancaire

RODRIGUES, Manuel

– A Posse, Coimbra 1981

ROMANO, Salvatore

– Autonomia Privata, Studi in Onore di Francesco Messineo, vol. IV, Milano 1959

SÁ, Fernando Augusto Cunha de

– Abuso do Direito, Lisboa 1973

SALANDRA, Vitorio

– Corso di Diritto Commerciale, 1939

SANTOS, José Beleza dos

– A Simulação em Direito Civil, Coimbra 1921

SARAIVA, José H.

– O Problema do Contrato, Lisboa 1950

SAUER, Wilhelm

– Filosofia Juridica y Social, Barcelona 1933

SCHULTZ, Fritz

- Principles of Roman Law, Oxford 1967

SCOGNAMIGLIO, Renato

- Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico, Napoli, 1950

SENDIM, Paulo

- Letra de Câmbio, Lisboa 1980

SICHES, Luis Recaséns

- Antologia 1922-1974, México 1976

SILVA, Manuel Duarte Gomes da

- Esboço de uma Concepção Personalista do Direito, Lisboa 1965

STOYANOVITCH, K.

- La Théorie Marxiste du Déperissement de l'État et du Droit, Archives de Philosophie du Droit , n.º 8, Paris, 1963

TAVARES, José

- Sociedades e Empresas Comerciais, Coimbra 1924

TELLES, Inocêncio Galvão

- Direito das Obrigações, Lisboa 1979
- Dos Contratos em Geral, Coimbra Editora, Coimbra, 1947

THOMANN, Marcel

- Influence du Philosophe Alemand Christian Walf (1679-1754) sur l'Encyclopedie et la Pensée Politique et Juridique du XVIII Siècle Français, Archives de Philosophie du Droit, Tome XIII, Paris, 1968

THUR, A. von

- Tratado de las Obligaciones, Madrid 1934

VALLAURI, Luigi Lombardi

- Corso di Filosofia del Derecho, Padova 1981

VANQUICKENBORNE, Marc

- Quelques Reflexions sur la Notion de Validité, Archives de Philosophie du Droit, Tome XIII, Paris 1968

VARELA, João de Matos Antunes

- Das Obrigações em Geral, Coimbra 1980

VASCONCELOS, Pedro Paes de

- O Efeito Externo da Obrigação no Contrato Promessa, in Scientia Iuridica, Tomo XXXII, Braga 1983

VECCHIO, Giorgio del

- Lições de Filosofia do Direito, Coimbra 1979

VERDROSS, Alfred

- La Filosofia del Derecho del Mundo Occidental, Mexico 1962

VILLEY, Michel

- Contre l'Humanisme Juridique, Archives de Philosophie du Droit, Tome XIII, Paris 1968

- François Geny et la Renaissance du Droit Naturel, Archives de Philosophie du Droit, nº 8, Paris 1963

- Le Droit de l'Individu chez Hobbes, Archives de Philosophie du Droit, Tome XIII, Paris 1968

- Preface Historique à l' Étude des Notions de Contrat, Archives de Philosophie du Droit, Tome XIII, Paris 1968

VILLERS, Robert

- Rome et le Droit Privé, Paris 1977

VINCENT, A.

- La Notion Moderne de Droit Naturel et le Volontarisme (de Suarez a Rousseau), Archives de Philosophie du Droit, nº 8, Paris 1963

VIVANTE, Cesare

- Trattato di Diritto Commerciale, Milano 1924

VLACHOS, G.

- Dialectique de la Liberté et Dépérissement de la Contrainte Chez Fichte, Archives de Philosophie du Droit, nº 8, Paris 1963

WELZEL, Hans

- Introducion a la Filosofia del Derecho.
- Derecho Natural y Justicia Material, Madrid, 1979

WIEACKER, Franz

- História do Direito Privado Moderno, Lisboa 1980

WITZ, Claude

- La Fiducie en Droit Privé Français, Paris 1960

WOLF, Erik

- El Problema del Derecho Natural, Barcelona 1960

XAVIER, Alberto Pinheiro

- Negócio Indirecto em Direito Fiscal, Lisboa 1971

Índice

Parte I.	3
1. INTRODUÇÃO	3
2. A DIFICULDADE DA FIXAÇÃO DO CONCEITO DE NEGÓCIO FIDUCIÁRIO	5
3. A DIVERGÊNCIA ENTRE MEIO E FIM	8
4. O CHAMADO PODER DE ABUSO	13
Parte II.	16
5. A FIDÚCIA INGLESA.....	16
6. FIDÚCIA ROMANA	21
7. A FIDÚCIA GERMÂNICA	24
Parte III.	28
8. A FIDÚCIA E O TIPO	28
9. FIDÚCIA E CAUSA.....	41
10. A FIDÚCIA E O CONSENSO	56
11. A FIDÚCIA, A FORMA E A PROVA	69
12. A INFIDELIDADE	72
Parte. IV	78
13. A FIDÚCIA	78
BIBLIOGRAFIA.....	80
Índice.....	93