

FIDÚCIA: ORIGEM, ESTRUTURA E TUTELA NO DIREITO ROMANO *
FIDUCIA: ORIGIN, STRUCTURE AND PROTECTION IN ROMAN LAW

FÁBIO QUEIROZ PEREIRA **

Resumo

O instituto dos negócios fiduciários, como diversos tipos contratuais consagrados em atuais ordenamentos, encontra sua gênese na ordem jurídica romana. Por consequência, o estudo de tal modalidade contratual não prescinde de uma análise adequada do contexto histórico de seu surgimento e de seu desenvolvimento em Roma. Deve ser dada especial atenção às peculiaridades da aplicação da *fiducia* dentro do ordenamento jurídico romano, bem como seu contributo para a evolução e atual configuração dos modelos contratuais na contemporaneidade. A compreensão das origens desta modalidade de ajuste jurídico revela-se essencial para

Abstract

The institute of fiduciary transactions, as well as diverse kinds of contracts present in contemporary legal systems, finds its origin in Roman law. Consequently, the study of this type of contract requires an analysis of the historical context of its emergence and its development in Rome. Special attention should be given to the peculiarities of application of *fiducia* within the Roman legal system, as well as its contribution to the evolution and current configuration of contractual arrangements in the contemporary world. Understanding the origins of this type of legal setting is essential

* Artigo recebido em 17-04-2012 e aprovado em 19-07-2012.

** Doutorando em Direito Civil pela UFMG; Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra; Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito Milton Campos e do IBMEC-MG; Advogado. Endereço eletrônico: fabio.queiroz@gmail.com

o seu correto entendimento hodierno, bem como para a compreensão de sua extirpação do ordenamento jurídico romano.

for properly perceiving it today, as well as for understanding its extirpation of the Roman legal system.

Palavras-chave

Fidúcia – Direito Romano – Origem – Estrutura – Tutela

Keywords

Fiduciary – Roman Law – Origin – Structure – Protection

Introdução

O instituto dos negócios fiduciários, como diversos tipos contratuais consagrados em atuais ordenamentos, encontra sua gênese na ordem jurídica romana. Por conseguinte, o estudo de tal modalidade contratual não prescinde de uma análise adequada do contexto histórico de seu surgimento e de seu desenvolvimento na realidade social de Roma.

Importa aduzir que a apreciação do referido instituto não deve ser impelida de maneira estanque. Inversamente, exige-se especial atenção às peculiaridades da aplicação da *fiducia* dentro do ordenamento jurídico romano, bem como seu contributo para a evolução e atual configuração dos modelos contratuais na contemporaneidade. A compreensão das origens de um arquétipo de ajuste jurídico revela-se essencial para o seu adequado entendimento hodierno.

Em sua historicidade, o estudo da *fiducia* esbarra em um problema, qual seja a insuficiência de fontes¹. Com o desenvolvimento e a evolução do

1 – Nesse sentido, Giuseppe Grosso aduz: “Ciò importa una frammentarietà delle fonti di cognizione: di *fiducia* se parla nelle fonti giuridiche a noi pervenute fuori della compilazione giustiniana, in testi di scrittori extragiuridiche, e in alcuni documenti, quali due tavolette cerate pompeiane, del 61 d.C., una tavoletta enea, trovata in Spagna, risalente al I o II secolo d.C. e contenente un formulario (Formula Baetica) e il Papiro Lipsiense, inventario I36. Si sono però potuti ricostruire soprattutto attraverso l’analisi di commentari *ad edictum* dei giuristi romani (nei quali il discorso sul pegno ritorna due volte) i termini

sistema jurídico romano, novas formas de contratação surgiram, tomando o lugar outrora capitaneado pela tipologia da fidúcia. Desse modo, a criação do *commodatum*, do *depositum* e do *pignus* teve como consequência direta a extirpação da fidúcia do ordenamento jurídico romano. Em acréscimo a tal desenvolvimento, o *Corpus Iuris Civilis*, principal fonte do direito romano, operou a troca de todas as referências à expressão *fiducia* pela designação *pignus*, implicando no alheamento da *fiducia* das atuais ordens jurídicas que se fundaram tendo por base a codificação de Justiniano².

Justamente em razão da ausência de fontes precisas, não se demonstra possível determinar o momento exato da criação da *fiducia*. Extrai-se das fontes que o tempo de surgimento do referido instituto remonta ao denominado período arcaico (em torno do século IV a. C.). Perfilha-se, ainda, sua plena vigência ao longo da época clássica (130 a. C. a 230 d. C.), começando a decair na época clássica tardia ou no início da época pós-clássica (230 d. C. a 530 d. C.), e desaparecendo no período justiniano (530 d. C. a 565 d. C.)³.

Hodiernamente, é possível identificar-se a fidúcia positivada em alguns ordenamentos jurídicos de raízes romano-germânicas⁴. Entretanto, é nos sistemas da *Common Law* que se verifica maior difusão do instituto. Os *trusts*, criados pelo direito inglês, vigoram com grandes préstimos, tanto

per il riferimento originario di vari testi della compilazione alla *fiducia*, che si rivela istituto ancora vivo e operante per tutta l'epoca classica". (GROSSO, 1968, p. 385)

2 – “La fiducia desaparece en época post-clásica a la vez que las formas solemnes de enajenación (*mancipatio* e *in iure cessio*) que presupone. Ya Gayo se había olvidado de ella al hacer la clasificación de los contratos, y Justiniano substituyó sistemáticamente la *fiducia* por el *pignus* o, en su caso, por el comodato, depósito, etc”. (D'ORS, 1991, p. 520)

3 – Vide JUSTO, 2006, p. 39.

4 – Importa destacar que a legislação portuguesa não contempla em seus instrumentos normativos a fidúcia como modelo contratual típico. Contudo, em razão do princípio da autonomia contratual, é reservada, aos entes privados, a possibilidade de pactuação da referida modalidade. Lado outro, o Direito Brasileiro consagra a propriedade fiduciária no art. 1.361 do Código Civil, que possui a seguinte disposição: “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

nos Estados Unidos quanto na Inglaterra. Acentua-se que nesses países prevalece, de forma mais acentuada, a tendência a ter a propriedade administrada por outrem, devido provavelmente ao regime do *trust* (WULF, 1965, p. 28, *apud* PEREIRA, 2005, p. 430). Sua utilização tornou-se muito frequente e usual em tais sistemas, principalmente nos casos em que uma pessoa pretende assegurar o futuro de outra sem lhe transferir de pronto o acervo patrimonial, ou resguardar-se dos riscos a que se expõe nos seus próprios negócios (PEREIRA, 2005, p. 430).

Após essa breve introdução e relato histórico acerca do instituto da *fiducia*, releva iniciar seu estudo, no âmbito da romanística, a partir dos caracteres etimológicos que compõem o termo em análise. É o que se passa a fazer.

1. Etimologia

Adentrando o conteúdo etimológico do termo *fiducia*, tem-se por configurada a sua origem na expressão latina *fides*, que, por sua vez, denota confiança. Desse modo, os negócios fiduciários perfilham, em sua essência, uma relação entre particulares, necessariamente pautada em mútua cooperação e confiança, e que, muitas das vezes, traduz-se em fundamentais vínculos de amizade.

Além disso, o vocábulo em apreço remetia-se a uma divindade do culto politeísta romano, denominada Deusa *Fides*. Nesse ponto, deve-se ressaltar que a vida social, em Roma, revelava-se dirigida por normas de caráter jurídico e normas de caráter não jurídico. Dentre as últimas, identificavam-se as normas de cunho religioso, que apresentavam curial importância no contexto da *cives* romana. A religião proporcionava a finalidade de preservação da sociedade e era dotada de valor capaz de influenciar as relações entre os entes privados. O elemento divino e a valorização da honra impeliam à manutenção dos pactos, uma vez que tais fatores extrajurídicos faziam com que demasiadas conjecturas fossem tuteladas, quase que exclusivamente, pelas sanções originadas dos deuses.

Dentro desse contexto, inserem-se as vicissitudes que permeavam o contrato de *fiducia*. A Deusa *Fides* era a guardiã das relações de confiança. Agir com boa-fé (restituindo o objeto, assim que atingidos os objetivos e finalidades do contrato) significava agir de acordo com o preceituado pela deusa. Contrariamente, as pessoas que não cumpriam o pactuado estavam agindo de má-fé e ficavam sujeitas às penalidades impostas pela mesma divindade. Tem-se, pois, que a presença do elemento religioso possuía o condão de obrigar as pessoas a cumprirem pontualmente seus compromissos. O medo da ira dos deuses (invocados no momento de contratação do negócio jurídico) era elemento impulsionador ao fiel desempenho das partes contratantes.

2. Caracterização e Estrutura da Fidúcia

No contexto do direito romano, a fidúcia (*fiducia*) pode ser definida como um contrato em que uma pessoa (fiduciante), utilizando um negócio jurídico formal (*mancipatio* ou *in iure cessio*), transfere a propriedade duma *res* para outra pessoa (fiduciário), que se obriga a restituí-la depois de realizado um fim definido num acordo não formal designado *pactum fiduciae* (JUSTO, 2006, p. 38).

Por meio de tal conceituação, observa-se, precipuamente, que a fidúcia é um contrato, simultaneamente, formal e real⁵ quanto à sua perfeição. Primeiramente, trata-se de um contrato formal, pois, necessariamente, deve estar sempre revestido de uma das formas especificadas pelo ordenamento jurídico romano, quais sejam a *mancipatio* ou a *in iure cessio*. Em segundo lugar, observa-se o elemento real, estando consubstanciado

5 – José Carlos Moreira Alves assevera que há autores que divergem quanto à inclusão da *fiducia* entre os contratos reais. Segundo o autor, “a maioria responde afirmativamente, e procura explicar a omissão das *Institutas* de Gaio e de Justiniano salientando que – quanto a Justiniano – a *fiducia* já havia desaparecido em seu tempo, e – com relação a Gaio – que ele não a enquadrara entre os contratos reais porque a natureza contratual da *fiducia* se obscurecia em virtude de ser ela usada, principalmente como garantia. Há romanistas, no entanto, que negam fosse a *fiducia* considerada pelos romanos como contrato (*contractus*), e defendem a tese de que estes viam nela antes um pacto (*pactum fiduciae*), que se apunha à *mancipatio* ou à *in iure cessio*, do que propriamente um contrato (*contractus*)”. (ALVES, 1999, p. 120)

em necessário ato de disposição da *res*, que, nesse caso, se identifica com a transferência da propriedade⁶.

Tem-se, assim, que a constituição da fidúcia se dava mediante a utilização alternativa de duas formas prescritas: a *mancipatio* ou a *in iure cessio*.

A primeira revela-se como o primeiro ato formal de transferência da propriedade. Vieira Cura aduz que a *mancipatio* (ou, primitivamente, *mancipium*) começou por ser a forma solene usada para realizar uma compra e venda real, traduzida na troca imediata da coisa contra o preço – que não existindo moeda cunhada, consistia em moeda que se pesava. Posteriormente, o aparecimento da moeda cunhada e as novas exigências da vida social conduziram à sua transformação em ato abstrato, suscetível de variadas aplicações. Tinha por objeto a aquisição, por qualquer causa, da propriedade sobre *res mancipi*⁷ ou do poder sobre certas pessoas (CURA, 1991, p. 6).

Já a segunda modalidade formal, a *in iure cessio*, revelava-se como um ato de aparências. Concluía-se por meio de um procedimento artificial não condizente com a realidade dos fatos. Vieira Cura arrazoia que a *in iure cessio* constitui uma aplicação, com fim negocial, do esquema processual da antiga *legis actio sacramento in rem*. Consistia, na verdade, numa reivindicação fingida (*lis imaginaria*) que se realizava *in iure* (perante o pretor ou governador da província). O adquirente (reivindicante fingido) afirmava ser o proprietário; perante a falta de contestação do alienante, o magistrado adjudicava a coisa ao adquirente; terminando o processo com a *addictio*. A *in iure cessio* tinha carácter abstrato; não relevava a causa da reivindicação

6 – Neste sentido, Antonio Fernández de Buján: “Decimos que es un negocio de naturaleza real, ya que para su validez se precisa non solo la observancia formal que hemos señalado, sino también el efectivo traspaso de un bien o de una cosa. El fiduciario se convierte, por tanto, en propietario civil de la cosa transmitida”. (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2004, p. 433)

7 – Vieira Cura assevera que, através das fontes, “ficamos a conhecer o elenco taxativo das *res mancipi*: os fundos situados em solo itálico, as casas (também aí situadas), os escravos, os animais de tiro e de carga e as antigas servidões rústicas: *via, iter, actus, aquaeductus* (que originariamente se configuravam como *res corporales*)”. (CURA, 1991, p. 12)

fingida, podendo, por isso, ser utilizada como modo geral de aquisição da propriedade – tanto de *res Mancipi* como de *res nec Mancipi* (CURA, 1991, p. 8)⁸.

Divergência a permear o estudo da fidúcia centra-se na identificação do *pactum fiduciae* como sendo inserido no próprio ato de disposição da *res* (*mancipatio* ou *in iure cessio*) ou como sendo instrumento dotado de autonomia, localizando-se apartadamente. Santos Justo destaca que tal diferenciação é de suma importância, pois, na primeira hipótese, criaria uma relação obrigacional tutelada pelo *ius civile*; na segunda, seria protegida pelo *ius praetorium* através duma *actio in factum* (JUSTO, 2006, p. 39).

Contudo, o que importa ressaltar é o fato de o *pactum fiduciae*⁹ possuir essencial importância na configuração da fidúcia. Era esse o instrumento, não formal, que continha as peculiaridades que marcavam e delimitavam as características de cada contratação. Assim, os prazos para restituição, o caráter garantidor, ou a dívida em que se lastreava a *fiducia* estavam sempre presentes no referido pacto.

3. Tipologia

Na ordem jurídica romana, a utilização da *fiducia* podia ser o supedâneo para a realização de diversos objetivos. Destacam-se, em tal variedade de intuitos, duas principais formas de pactuação: a *fiducia cum*

8 – Existe controvérsia doutrinária acerca da possibilidade de a *fiducia* realizar-se tendo por base *res nec Mancipi*. Entretanto, pela análise das fontes parece mais plausível optar pela não existência da *fiducia* envolvendo *res nec Mancipi*. Vide Cura, 1991, p. 12-20; Justo, 2006, p. 38; D’Ors, 1991, p. 518.

9 – Há também divergências acerca do nascimento dos direitos e obrigações envolvendo a *fiducia*. Um dos entendimentos traçados pela doutrina revela-se em Grosso: “L’affermazione, oggi diffusa, che l’obbligazione del fiduciario nasceva dal *pactum fiduciae* che accompagnava la *mancipatio* (o *in iure cessio*), è a nostro avviso un radicato errore. L’obbligo di restituzione, cioè la responsabilità fiduciaria, nasceva dalla *mancipatio* (o *in iure cessio*) (*fidi*) *fiduciae causa*, e trovava la diretta e più piena espressione nella *fiducia cum amico*, nei termini più semplici definiti da Gaio. Il *pactum* accessorio non faceva che regolare, delimitandolo ed escludendolo per certe ipotesi, tale obbligo”. (GROSSO, 1968, p. 387)

amico e a *fiducia cum creditore*¹⁰. A primeira atendia fins como a constituição de um depósito, a contratação de um comodato, a emancipação de um *filiusfamilias*, a feitura de uma doação, ou, até mesmo, a manumissão de um escravo. Por outro lado, a *fiducia cum creditore* tinha por essencial objetivo a garantia de uma obrigação em favor do credor¹¹. A referida distinção é observada, já, nas Instituições de Gaius, que assim dispõe:

“Gaius 2, 60: A fidúcia contrai-se com o credor a título de penhor ou com um amigo, que nos guarde os bens de modo mais seguro. Com efeito, contraída a fidúcia com um amigo, cabe sempre a usurrecepção. Se, porém a dívida tiver sido contraída com o credor, pode ser que o devedor não tenha alugado ao credor a coisa, nem lhe tenha pedido a posse a título precário, e, assim, cabe o usucapião lucrativo”. (GAIUS, 2004, p. 84)

3.1. Fiducia cum amico

Como já aduzido, a *fiducia cum amico* podia traduzir diferentes interesses. Importante ressaltar, contudo, que a sua concretização operava-se, sempre, em razão do fiduciante¹². Santos Justo assevera que, em face

10 – Acerca da referida distinção, Giuseppe Grosso dispõe: “(...) la fiducia cum amico sai la forma più antica, dominata dall’interesse del fiduciante, rispecchiato in un obbligo di restituzione immediato e assoluto, e che la fiducia cum creditore, colla considerazione dell’interesse del fiduciario, si sia presentata attraverso una limitazione e subordinazione dell’obbligo di restituzione, puó tratteggiare tutto uno sviluppo storico, en cui lex commissoria e pactum de vendenda fiducia, come la qualifica di un diverso tipo di fiducia, trovano la loro spiegazione storico giuridica”. (GROSSO, 1941, p. 426)

11 – “A utilização da *fiducia cum amico* era justificada pela inexistência de contratos – alguns dos quais viria a dar lugar, v.g. o *depositum* e o *commodatum* – e pelas exigências do tráfico jurídico. E a *fiducia cum creditore* foi utilizada devido à inexistência das garantias reais – o *pignus* e a *hypotheca* – que as garantias pessoais nem sempre compensavam”. (JUSTO, 1988, p. 470)

12 – Nesse sentido, Fernández de Buján: “El negocio fiduciario presenta, básicamente, dos modalidades diversas: la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*. Se denomina *fiducia cum amico* cuando una persona, fiduciante, transmite la propiedad de una cosa a

da tipicidade dos negócios jurídicos escassamente predispostos pelo ordenamento civil romano e perante as novas necessidades a eles estranhas, que exigiam a proteção jurídica, a *fiducia* realizou uma dupla função: a de satisfazer essas necessidades e a de abrir a porta à formação de novas figuras negociais, no âmbito do *ius praetorium* (JUSTO, 1988, p. 462). Era comum a utilização de tal instrumento, principalmente, em razão de guerras ou perseguições políticas. Trata-se da maior expressão da *fides* romana, uma vez que se está diante de contrato gratuito que tem por base essencial a mútua confiança existente entre as partes contratantes.

Desse modo, uma das primeiras materializações obrigacionais sob o pálio da *fiducia cum amico* dá-se na constituição do depósito ou do comodato. Como essas formas de contratação ainda não eram conhecidas pela jurisprudência romana, utilizava-se do instrumental da *fiducia* para atingir os objetivos a que se pretendiam. Assim, o fiduciante cedia a propriedade de uma *res* ao fiduciário que, por sua vez, devia guardá-la ou usá-la em conformidade com o acordado. As peculiaridades envolvendo o uso ou a guarda e os prazos de duração do contrato estavam sempre definidos no *pactum fiduciae*. Atingidos os objetivos ou esgotando-se o termo acordado, o fiduciário deveria retornar o bem ao patrimônio do fiduciante.

Outra forma de utilização da *fiducia cum amico* consistia na emancipação de um *filiusfamilias*¹³. Os primeiros tempos de Roma são marcados pelo absoluto poder do *paterfamilias*, inexistindo possibilidade de realizar-se a *emancipatio*. Com o desenvolvimento da civilização romana, passou-se a identificar a premente necessidade de se materializar o referido instituto, principalmente em razão dos entraves que o poder paternal ocasionava no desempenho social do *filius*. Restou, então, à *iurisprudencia* a criação

un amigo, fiduciario, y le ruega que realice con ella algún cometido que presenta interés para el primero”. (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2004, p. 434)

13 – “Configuração idêntica à *emancipatio* era a apresentada pela *adoptio*, em sentido restrito, que consistia no acto mediante o qual se operava a transferência da *patria potestas* sobre um *filius* de um *paterfamilias* para outro”. (CURA, 1991, p. 69)

de instrumental hábil a concretizar tal desiderato. Vieira Cura assevera que, com base numa interpretação do preceito da Lei das XII Tábuas que determinava a libertação do *filius* vendido pelo *pater* três vezes consecutivas (o que era visto como um abuso dos poderes que desfrutava, na sua qualidade de chefe de família), criou-se um instituto destinado a permitir ao *paterfamilias* a renúncia à *patria potestas* sobre as pessoas a ela submetidas, tornando-as *sui iuris*: a *emancipatio* – caracterizada, exatamente, pela utilização da estrutura típica da fidúcia (CURA, 1991, p. 66).

Finalidade, também comum, na utilização da *fiducia cum amico* consistia na manumissão de um escravo. Extrai-se de fragmentos do Digesto a utilização frequente da fidúcia com esse respectivo escopo¹⁴. Assim, um *dominus* transferia a propriedade de um escravo a um outrem que se comprometia a manumiti-lo verificadas certas circunstâncias ou o decurso do tempo¹⁵.

A doação era outro intuito albergado pela utilização da *fiducia cum amico*. Utilizando-se de tal instrumento, transferia-se a propriedade de uma *res* por intermédio de uma pessoa que se obrigava, mediante um *pactum*, a transmitir a propriedade da referida coisa a um terceiro designado. Tratando-se de *res mortis causa*, o donatário adquiria a propriedade da *res*, mas obrigava-se, concomitantemente, a restituí-la, verificadas certas circunstâncias (*v. g.*, a coisa devia ser restituída ao doador se o donatário falecesse antes)¹⁶.

3.2. Fiducia cum creditore

Adentrando o tema da *fiducia cum creditore*, ressalta-se que tal instrumento constitui a mais antiga modalidade de garantia real¹⁷. Cons-

14 – Cf. Digesto 12, 4, 5, 1; - 39, 5, 18, 1; - 40, 1, 20, 3; - 17, 1, 30; - 17, 1, 27, 1.

15 – Vide JUSTO, 2006, p. 40.

16 – Vide Cura, 1991, p. 47-51.

17 – Neste ponto, demonstram-se relevantes as palavras de Fernández de Buján: “Es necesario advertir que la fiducia se configura como una forma de garantía real, si bien no se conforma como un derecho real de garantía. Es una garantía real, ya que a través de la

tituída por meio de um contrato real, também, celebrado na forma de *mancipatio* ou *in iure cessio*, permitia a um devedor ou terceiro garantir uma *obligatio* através da transferência, para o credor, da propriedade (*dominium*) de uma *res mancipi*. O credor obrigava-se a restituir a propriedade ao garante (fiduciante) depois do cumprimento da *obligatio* garantida (JUSTO, 2006, p. 167).

O referido negócio fiduciário é marcado por uma acentuada desproporção entre os fins e efeitos da contratação¹⁸. Para abonar uma obrigação, o garante transferia a propriedade de uma coisa, podendo nunca mais vir a recuperá-la. Em lado diametralmente oposto, o credor fiduciário permanecia em uma situação de extremo conforto, tornando-se proprietário da *res*, e exercendo todos os poderes inerentes a tal condição. Não havia, por conseguinte, qualquer limitação ao seu *ius disponendi*, podendo dispor e, até mesmo, vender a coisa a terceiros. Diante de tal delineamento, importa ressaltar que as ações destinadas à proteção da propriedade eram transferidas ao credor, que, por seu turno, também tinha direito à eventual percepção dos frutos.

Um instrumento normalmente utilizado junto à *fiducia cum creditore* é o denominado *pactum de vendendo*¹⁹. O fiduciário, não sendo satisfeita a dívida, conservava a *res* em sua propriedade, de forma definitiva. Havendo um *pactum de vendendo*, diante da situação de inadimplência do fiduciante, o credor deveria vender a coisa, apurar o valor, e retornar

entrega y traspaso de la propiedad de un bien, se garantiza el cumplimiento de una obligación preexistente. No obstante, no es un derecho real de garantía ya que la celebración de la fiducia no da lugar a un derecho real en cosa ajena, pues, el acreedor fiduciario que recibe la cosa no se convierte en titular de un *ius in re aliena*, sino en el propietario de la misma”. (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2004, p. 435)

18 – Neste sentido, afirma Santos Justo: “É *fiduciae causa* o negócio jurídico cujos efeitos jurídicos, sendo desproporcionados à finalidade prática em vista, coloca uma das partes – o fiduciário – numa situação econômico-jurídica manifestamente excessiva em relação ao estritamente necessário”. (JUSTO, 1988, p. 458)

19 – D’Ors acrescenta que “en el pacto se suele establecer asimismo que el fiduciante autoriza la venta sin garantía y al contado, a pesar de que eso puede disminuir el precio cobrable y, por tanto, el *superfluum* reclamable por la *actio fiduciae*”. (D’ORS, 1991, p. 521)

à propriedade do devedor a diferença do preço conseguido, também chamada de *superfluum*. Aduz Santos Justo que o recurso ao referido pacto se tornou muito frequente, por isso, na época clássica dos Severos, passou a constituir um modo normal de satisfação do credor, considerando-se, portanto, desnecessário (JUSTO, 2006, p. 170).

Em algumas situações, verificava-se a transferência da propriedade da *res* para o credor fiduciário, mantendo-se a posse pelo devedor fiduciante. Assim, não necessariamente, a posse era cedida com a pactuação da *fiducia cum creditore*. As partes podiam dispor ao contrário, acordando na manutenção da mesma pelo garante. Diante de tal conjectura, poderia ocorrer a reaquisição da propriedade pelo devedor, também chamada de *usureceptio ex fiduciae*. Trata-se de uma modalidade anômala de usucapião. Segundo Vieira Cura, o referido instituto era uma particular forma de *usureceptio* que consistia na reaquisição pelo fiduciante, mediante a posse (durante um ano), da propriedade da coisa que tinha dado em *fiducia* ao credor; essa reaquisição verificava-se mesmo que aquele tivesse a consciência de estar a usucapir coisa alheia (CURA, 1991, p. 204). Objetivando impedir a ocorrência de tal episódio, restava ao credor acordar com o garante a detenção da coisa a título de *locatio conductio* ou de *precarium*, vetando, por conseguinte, possibilidade de usucapir²⁰.

4. Tutela Romana

Para tutelar a situação em que o devedor fiduciante não conseguia ter restituída a coisa, o ordenamento jurídico romano concedia-lhe a *actio fiducie*. A referida ação tinha meros efeitos obrigacionais, revelando-se como uma ação de boa-fé, com essencial caráter de pessoalidade (*in personam*). Desse modo, não era facultada ao fiduciante a possibilidade de reaver do patrimônio do fiduciário a *res* garantidora da obrigação. A con-

20 – Neste sentido, afirma D’Ors: “El fiduciante que recupera la posesión de la cosa fiduciada readquiere la propiedad en el plazo de un año: *usureceptio fiduciae*. Puede evitarse este riesgo para el fiduciario concediendo éste la tenencia de la cosa al fiduciante en concepto de arrendamiento (o la posesión como precarista)”. (D’ORS, 1991, p. 521)

denação estava restrita ao pagamento, em pecúnia, do valor equivalente à coisa. Como pena acessória, podia ser imputada uma nota de infâmia ao credor fiduciário, pela ausência de lealdade no cumprimento do pactuado. Em Roma, a referida imputação era considerada gravíssima, atacando a honra civil do condenado. Desse modo, se o credor não restituísse a *res*, podia ficar impedido de exercer cargo público ou mesmo de testemunhar em processo. Tratava-se de pena que levava à marginalização do imputado.

Para resguardar os direitos do credor, era-lhe concedida a *actio fiduciae contraria*. Tal instrumento tinha como escopo normal o necessário pagamento de despesas empenhadas na guarda e conservação da coisa. Ademais, os danos que a *res* causasse ao credor também podiam ser restituídos por meio dessa ação. Acrescenta-se, ainda, que o fiduciário, nos casos supracitados, detinha o *ius retentiones*, ou seja, podia ficar com a coisa até ser ressarcido de seus prejuízos.

Conclusão

A figura da *fiducia* viu-se extirpada do ordenamento jurídico romano por uma série de fatores determinantes. Precipuamente, a criação de novos instrumentos jurídicos como o comodato, o depósito e o penhor, teve por consequência direta a não necessidade de se recorrer à pactuação da *fiducia* para que se realizassem os objetivos a que esses contratos passaram a se destinar.

Além disso, o negócio fiduciário é marcado, em sua essência, pela desproporção dos meios e dos fins. Para se garantir uma obrigação revela-se demasiada e excessiva a transferência da propriedade e de todos os seus consectários direitos. Tal configuração, aliada à fraca proteção jurídica de que dispunha o devedor fiduciante, importou em crescente desestímulo ao uso de tal figura jurídica, que foi sendo substituída, aos poucos, por novas formas de contratação.

Outro elemento a contribuir para a extinção da fidúcia revela-se no nascimento da *traditio*. A utilização do referido instrumento, não dotado de quaisquer formas para transferência da propriedade, substituiu

os vetustos arquétipos da *mancipatio* e da *in iure cessio*. Como esses eram elementos essenciais à configuração do negócio fiduciário, sendo extintos levaram, por consequência, à extinção do modelo contratual em apreço.

Apesar de ter sido eliminada da ordem jurídica romana, é inegável a influência que a fidúcia exerce, até hoje, nos mais variados ordenamentos. A transmissão temporária da propriedade de bens ou direitos de terceiro reveste-se de grande e essencial utilidade²¹. Não obstante o direito romano ter sido o primeiro a consagrar a fidúcia, é, hoje, nos sistemas de *Common Law* que se verifica a sua maior aplicação, através dos chamados *trusts*. Contudo, tal fato não retira a destacada importância de sempre se voltar às fontes de Roma para melhor compreensão e estudo da matéria.

Referências Bibliográficas

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Forense, 1999.
- CURA, António Alberto Vieira. Fiducia cum Creditore. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Suplemento XXXIV, 1991.
- D'ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*. 8ª ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1991.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Sistema Contractual Romano*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2004.
- GAIUS. *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GROSSO, Giuseppe. Fiducia. *Enciclopedia del Diritto*, Milão, v. 17, 1968.
- GROSSO, Giuseppe. Recensiones Librum. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, v. 7, 1941.
- JUSTO, António dos Santos. *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

21 – Vide Tomé; Campos, 1999, p. 13.

JUSTO, António dos Santos. *A fictio iuris* no direito romano. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Suplemento XXXII, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2005.

TOMÉ, Maria João Vaz; CAMPOS, Diogo Leite de. *A propriedade fiduciária (trust) – Estudo para a sua consagração no direito português*. Coimbra: Almedina, 1999.