

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO, NEGÓCIO INDIRETO E NEGÓCIO SIMULADO UMA TENTATIVA DE DISTINÇÃO

ODÍLIA FERREIRA DA LUZ

Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Paraná.

I — INTRODUÇÃO

A finalidade deste trabalho é tentar distinguir três categorias de negócios que, na prática e à primeira vista, parecem confundir-se. Não existe nenhuma pretensão de originalidade, uma vez que o assunto já foi debatido e exposto por grande número de autores. O que se quer fazer é sistematizar e sintetizar os elementos colhidos na pesquisa realizada, dando ao trabalho um caráter informativo.

II — O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

1 — Breves Noções Históricas

Sob o ponto de vista histórico, seria interessante mencionar ainda que brevemente — as características que o negócio fiduciário apresentava no Direito Romano e no Germânico.

No primeiro desses sistemas, encontra-se uma forma de fidúcia semelhante à nossa: alguém (fiduciante) transmitia a outrem (fiduciário) um bem ou direito, do qual este deveria fazer um uso determinado, obrigando-se a restituí-lo ao fiduciante ou transmití-lo a terceiro. Caracterizava-se a fidúcia romana pela conjugação de duas operações: a transmissão plena e total do direito, feita através da **mancipatio** ou da **in jure cessio** e o negócio obrigacional, de acordo com o qual o fiduciário deveria restituir o direito ao fiduciante ou transmiti-lo a terceiro, mediante novo negócio, uma vez atingida a finalidade desejada, sob pena de ter que pagar perdas e danos.

A finalidade do negócio fiduciário no Direito Romano apresentava-se sob duplo aspecto:

a) **fiducia cum amico**, mediante a qual o fiduciante efetuava a transmissão do bem ou direito a alguém, em proveito deste ou do pró-

prio transmitente. Na primeira hipótese, obtinha-se com o negócio fiduciário a finalidade posteriormente atingida com o comodato. Na segunda, procurava o fiduciante proteger interesses próprios, ameaçados por uma situação de perigo; transmitia, então, seus bens ou direitos a pessoa de sua confiança, que deles cuidaria enquanto perdurasse a referida situação;

b) **fiducia cum creditore**, que tinha função de garantia: o devedor-fiduciante transferia bens ou direitos a seu credor-fiduciário, em garantia do cumprimento da obrigação.

Como se verá no desenvolvimento do assunto, a fidúcia romana foi o modelo da nossa, não só quanto à sua estrutura, como quanto às finalidades.

A fidúcia germânica diferia da romana na extensão do poder conferido ao fiduciário: em vez de transmissão plena e incondicionada do direito, tinha-se uma transmissão sujeita a condição resolutiva. Assim, ao contrário do sistema romano, o bem voltaria ao fiduciante mesmo com prejuízo de terceiros a quem o fiduciário, indevidamente, o tivesse transferido. Seria ineficaz qualquer forma de utilização do bem diversa da estabelecida.

2 — O Negócio Fiduciário Atual

O negócio fiduciário tem, atualmente, uma função primordial: suprir lacunas do ordenamento jurídico. Como assinala OTTO DE SOUSA LIMA, nenhum sistema legal pode ser alterado a cada momento, a fim de permitir o atendimento a todas as situações que decorrem de exigências da vida prática, nem sempre por ele regulamentadas (1). Assim sendo, surge o negócio fiduciário como meio de resolver tal problema, sem ferir a lei.

Outras funções do negócio fiduciário, segundo FRANCESCO FERRARA (2), são: evitar a aplicação de formas previstas em lei, mas que acarretariam dificuldades ou prejuízos às partes e proporcionar-lhes benefícios maiores do que os advindos da forma regular de agir.

Tem-se discutido a validade da adoção deste tipo de negócio como forma de preencher lacunas de um sistema legal determinado. Entretanto, sempre que se tratar de um ato que não seja simples meio de burlar a lei, o negócio fiduciário será válido, pois nada impede que sejam praticados atos com a finalidade única e exclusiva de

(1) OTTO DE SOUSA LIMA, *Negócio Fiduciário*, ed. de 1959, pág. 177.

(2) FRANCESCO FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, ed. de 1939, pág. 76.

atender a situações não regulamentadas pela lei, embora também não proibidas, ou por ela tratadas de forma incompleta.

Evidentemente, como qualquer outra atividade dentro do campo jurídico, o negócio fiduciário pode ser usado com a intenção de fraudar a lei; em tal hipótese, não terá validade. Isso, entretanto, não é motivo para lhe negar sempre essa validade.

Uma vez assentada a questão da utilidade e da validade do negócio fiduciário, cabe conceituá-lo para, posteriormente, apresentar as formas mais comuns que reveste.

Vários autores conceituaram o negócio fiduciário, ressaltando ora um, ora outro de seus aspectos. REGELSBURG, citado por OTTO DE SOUSA LIMA (3), define-o como "um negócio seriamente querido, cuja característica consiste na incongruência ou na falta de homogeneidade entre a finalidade que as partes têm em vista e o meio jurídico empregado para atingi-la".

Como traço característico do negócio fiduciário, REGELSBURG considera a incongruência (ou desproporção) entre o fim visado pelas partes e o meio utilizado para atingi-lo.

Por sua vez, GRASSETTI, também citado por SOUZA LIMA (4), enfatiza o aspecto da atribuição plena a outrem da titularidade de um direito, porém, só (ou também) no interesse do transferente ou de terceiro: "**Per negozio fiduciario intendiamo una manifestazione di volontà con cui si attribuisce ad altri una titolarità di diritto a nome proprio ma nell'interesse, o anche nell'interesse, del transferente o di un terzo.**"

Finalmente, o próprio OTTO DE SOUSA LIMA apresenta sua definição, que é a seguinte: "Negócio fiduciário é aquele em que se transmite uma coisa ou direito a outrem, para determinado fim, assumindo o adquirente a obrigação de usar deles segundo aquele fim e, satisfeito este, de devolvê-lo ao transmitente." (5)

Surge agora a questão dos elementos do negócio fiduciário, que seriam:

- a) negócio jurídico real de transmissão da propriedade ou de um direito de crédito, do fiduciante ao fiduciário;
- b) negócio jurídico obrigacional, por meio do qual o fiduciário obriga-se a usar de forma determinada o direito adquirido e a

(3) OTTO DE SOUSA LIMA, ob. cit., pág. 228.

(4) OTTO DE SOUSA LIMA, ob. cit., pág. 230.

(5) OTTO DE SOUSA LIMA, ob. cit., pág. 243.

restituí-lo ao fiduciante ou entregá-lo a terceiro, na época determinada.

Tratar-se-ia da soma de dois negócios distintos, ligados entre si para permitir a obtenção do fim visado.

Entretanto, cabe aqui uma ressalva, quanto ao uso da expressão **negócio jurídico real de transmissão da propriedade**, perfeitamente admissível em outros sistemas, mas não no nosso, em que tal figura é desconhecida. Realmente, de acordo com nossa lei civil, a sendo necessário um dos **modos** de aquisição:

Estão sujeitos à transcrição, no respectivo registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos. (C. Civil, art. 531).

E quanto aos móveis:

O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição . . . (C. Civil, art. 620).

Assim, dir-se-ia melhor com ORLANDO GOMES: "O negócio fiduciário compõe-se de dois elementos:

- a) a transmissão do direito;
- b) a obrigação de restituir do fiduciário." (6).

Mais adiante: "A transmissão do direito verifica-se por efeito de negócio translativo concluído por um dos modos de aquisição. A obrigação de restituir contrai-se por meio do negócio obrigacional estipulado entre o fiduciante e o fiduciário." (7).

Para PONTES DE MIRANDA, a transmissão pode ser do domínio, como também de parte ideal, da parte **pro diviso**, de algum outro direito real, de posse, de créditos, de direitos sobre coisa imateriais, de ações (8).

A transferência é plena e séria, produzindo todos os seus efeitos, inclusive dar validade a uma possível transferência do direito que o fiduciário faça a quem entender. Como a imposição de usar o direito da forma estabelecida e restituí-lo na época devida constitui mera obrigação, se o fiduciário não a cumprir deverá somente perdas e danos ao fiduciante. A esta altura, já se tornou bastante clara a importância do elemento fidúcia neste tipo de negócio: realmente, é baseado na confiança depositada no fiduciário que o fiduciante reali-

(6) ORLANDO GOMES, Introdução ao Direito Civil, ed. de 1965, pág. 314.

(7) ORLANDO GOMES, ob. cit., pág. 315.

(8) PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, ed. de 1970, vol. III, pág. 118.

za a transmissão do direito, pois não disporá de nenhum meio eficaz para competir aquele a restituir-lhe o objeto da transmissão ou a usá-lo da forma convencionada.

Ainda como consequência da eficácia plena do negócio de transmissão, tem-se a necessidade de novo negócio translativo, para o fiduciário dar cumprimento ao negócio obrigacional, no seu aspecto de restituição do direito transmitido.

Não resta dúvida de que se trata de um negócio sério, querido pelas parte que, entretanto, usaram de um meio que exorbita do fim que têm em vista. Poder-se-ia dizer que tal manobra é desnecessária, pois seria mais lógico usar de um meio não só adequado, mas também proporcional ao fim. Tal observação, porém, não procede, uma vez que se trata apenas de uma questão de conveniência, que pode envolver apreciação subjetiva; e nisso, as partes decidem livremente, desde que não contrariem a ordem jurídica ou não procurem contorná-la ilegalmente.

O fim visado pode referir-se a interesse do fiduciante, de terceiro, ou do fiduciante e do fiduciário ao mesmo tempo.

Diz-se que o negócio de transmissão e o obrigacional estão em oposição porque um deles (o segundo) visa anular os efeitos do outro, uma vez atingido o objetivo desejado.

Passar-se-á agora a examinar resumidamente as principais espécies de negócio fiduciário ou, como as chama OTTO DE SOUZA LIMA, "figuras concretas de negócios fiduciários".

Em primeiro lugar, como forma mais comum, surge a figura da transmissão da propriedade com fins de garantia (aí incluída a cessão de créditos). A lei coloca à disposição das pessoas uma série de garantias para seus créditos. Porém, nada impede que elas prefiram utilizar-se de uma via oblíqua com a mesma finalidade. Assim sendo, o devedor (fiduciante) transmite a propriedade de um determinado bem ao seu credor (fiduciário), ficando este obrigado a restituí-lo quando tiver seu crédito satisfeito. FERRARA esclarece que esta figura corresponde à **mancipatio fiduciae causa** do Direito Romano. Não configura uma dação em pagamento; portanto, o crédito permanece, não se extinguindo com a transferência da propriedade (9).

A transmissão da propriedade, vinculada a um emprego determinado a ser dado ao bem transferido, constitui outra espécie de negócio fiduciário. O fiduciário recebe o bem, obrigando-se a utilizá-lo da

(9) FRANCISCO FERRARA, ob. cit., págs. 80/1.

forma convencionada, devolvendo-o posteriormente ao fiduciante ou entregando-o a um terceiro determinado. Nesta categoria, incluem-se a venda com fins de administração e as chamadas doações fiduciárias.

Na venda com fins de administração, o proprietário de certos bens, estando impedido de administrá-los pessoalmente, por qualquer motivo e não querendo passar tal tarefa a um simples mandatário, transfere a propriedade dos referidos bens a pessoa de sua confiança, a qual se incumbirá de administrá-los. Uma vez obtida a finalidade visada, o fiduciário estará obrigado a restituir os bens ao fiduciante, sob pena de ter que ressarcir as perdas e danos, como acontece em qualquer espécie de negócio fiduciário.

Entre as doações fiduciárias, encontra-se uma figura que pode dar margem a um negócio inválido: é a doação para favorecer pessoa oculta; o doador, não podendo ou não querendo doar diretamente o bem a certa pessoa, utiliza-se de um intermediário, que aparece como sendo o verdadeiro donatário; na realidade, é simples pessoa interposta, a quem se transmite a propriedade do bem, mas que se acha obrigada a transferi-lo a um terceiro. Se este for pessoa que não possa receber uma doação daquele determinado indivíduo (o fiduciante, no caso), terá havido uma simulação relativa e o negócio poderá ser invalidado. Mas, se não houver nenhuma proibição de doação por parte do fiduciante à pessoa oculta, o negócio será válido.

Outra espécie de negócio fiduciário é a cessão de direitos de crédito para fins de cobrança ou de compensação. Na primeira hipótese, como assinala FERRARA (10), tem-se uma situação oposta à da procuração em causa própria do Direito Romano, uma vez que o cessionário acha-se obrigado a entregar ao cedente o que receber em satisfação do crédito cedido. Os motivos que levam o cedente a agir de tal forma indireta podem ser os mais variados possíveis. Não poderá o negócio fiduciário, porém, servir como meio de fraudar a lei; tal seria a hipótese em que o cedente estivesse interessado em ceder fiduciariamente o seu crédito para evitar que o devedor lhe opusesse exceções pessoais a ele, cedente (11).

Quanto à cessão com fins de compensação, FERRARA apresenta a hipótese em que "um devedor compra por preço moderado crédito contra o seu credor para opor-lhes em compensação e, assim, livrar-se da dívida com pequeno sacrifício." (12)

(10) FRANCESCO FERRARA, ob. cit., pág. 83.

(11) OTTO DE SOUSA LIMA, ob. cit., pág. 332.

(12) FRANCESCO FERRARA, ob. cit., pág. 83.

Finalmente, tem-se a figura da transmissão fiduciária de ações, feita pelo acionista de uma sociedade anônima a outra pessoa, a fim de contornar certas dificuldades que, por vezes, são de ordem meramente pessoal. Tal ocorreria na hipótese, já sugerida por alguém, em que o fiduciante não desejasse participar de uma deliberação da sociedade, para não se indispor com os demais acionistas.

Uma figura que merece menção específica é a da alienação fiduciária em garantia, regulada entre nós pela chamada Lei do Mercado de Capitais (Lei n.º 4.728, de 14/7/65), complementada pelo Decreto-Lei n.º 911, de 11/10/69. É um das modalidades da transferência de propriedade com fins de garantia, já mencionada mais acima: "o devedor transfere ao credor a propriedade de bens móveis, para garantir o pagamento da dívida contraída, com a condição de, ao ser liquidada, voltar a ter a propriedade do bem transferido" (13). Dada a própria natureza do instituto e a sua função, a pretensão do fiduciante, aqui, é de natureza real, não podendo o fiduciário alienar os bens. Aplicam-se ao caso as regras da propriedade resolúvel (14). À alienação fiduciária em garantia, muitos negam a qualidade de negócio fiduciário, (15), uma vez que o elemento confiança é restrito, praticamente nulo: o fiduciante, como já se disse, tem pretensão de natureza real, não meramente obrigacional. Assim, já se desfigura em boa parte o aspecto fiduciário dessa espécie de garantia.

III — O NEGÓCIO INDIRETO

Dentro da categoria dos negócios que são utilizados para se atingir um fim que não corresponde à sua causa (16), enquadra-se o chamado negócio indireto.

Em primeiro lugar, é necessário conceituar a causa como sendo a finalidade típica daquele determinado negócio jurídico. Assim, seria negócio indireto aquele que fosse utilizado como meio de obter-se uma finalidade diversa daquela que lhe é típica.

A necessidade da utilização dos negócios indiretos seria explicada pelas mesmas razões aplicáveis ao negócio fiduciário (que, para muitos, é uma das categorias do negócio indireto, caracterizada pelo excesso do meio sobre o fim), razões essas que, segundo EMILIO BETTI, podem resumir-se numa só: falta de tipos mais adequados. (17)

(13) ORLANDO GOMES, *Alienação Fiduciária em Garantia*, ed. de 1970, pág. 20.

(14) ORLANDO GOMES, *ob. cit.*, pág. 22.

(15) ORLANDO GOMES, *ob. cit.*, pág. 32.

(16) ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, pág. 318.

(17) EMILIO BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, ed. port. de 1969, vol. II, pág. 228.

Para que o negócio indireto exista como tal, é necessário que as partes, para obter um resultado determinado, usem de meio anormal voluntariamente, isto é, conscientemente. Se o fazem por erro, por exemplo, não estará configurado o autêntico negócio indireto.

DOMENICO RUBINO ⁽¹⁸⁾, apresenta como característica do negócio indireto o fato de empregar-se um meio para consecução de fins que, usualmente, são obtidos por outro meio (fins típicos, portanto) ou para a obtenção de um fim atípico. Também distingue dos indiretos aqueles negócios cujo resultado, não sendo propriamente típico do meio usado, deriva imediatamente dele por força de lei, como resultado secundário. Um exemplo seria o casamento com fins de legitimação ⁽¹⁹⁾.

Justificando a possibilidade do negócio indireto, RUBINO apoia-se em KÖHLER, que afirma ⁽²⁰⁾:

a) o aspecto jurídico do negócio pode não coincidir com o econômico;

b) o fim prático de um negócio pode ser obtido por meio da combinação de outros negócios.

O fim visado pelas partes (que é, na realidade, o motivo que as levou a agir de tal forma) deverá substituir total ou parcialmente o resultado do negócio-meio.

Quanto à estrutura do negócio indireto, vê-se que o negócio-meio utilizado pode ser único ou resultar da combinação de vários outros. Nesta última hipótese, como assinala RUBINO ⁽²¹⁾, o fim visado não resulta de um ou de outro dos negócios considerado isoladamente, mas da combinação de todos eles.

A exemplo do que ocorre com o negócio fiduciário, também podem surgir dúvidas quanto à validade do negócio indireto. O mesmo argumento já utilizado para a solução daquele problema vale quanto a este: se as partes, escolhendo uma via oblíqua para a obtenção de um resultado típico ou empregando um determinado negócio típico para atingir fim atípico, não estiverem procurando burlar a lei, o negócio indireto será plenamente válido e eficaz. Caso contrário, terá o destino comum a todos os atos praticados de forma contrária à lei

(18) DOMENICO RUBINO, *El Negocio Jurídico Indirecto*, ed. de 1953, pág. 51.

(19) DOMENICO RUBINO, *ob. cit.*, pág. 23.

(20) DOMENICO RUBINO, *ob. cit.*, pág. 4.

(21) DOMENICO RUBINO, *ob. cit.*, pág. 86.

ou visando impedir a produção de efeitos por ela determinados: será nulo.

Ainda com RUBINO ⁽²²⁾, pode-se afirmar que o negócio indireto é fenômeno jurídico e, portanto, capaz de produzir efeitos jurídicos; mas não é uma categoria jurídica, no sentido de que não tem uma regulamentação genérica própria.

IV — O NEGÓCIO SIMULADO

A simulação é um dos defeitos dos negócios jurídicos, enquadrando-se na categoria dos chamados vícios sociais, ao lado da fraude contra credores.

Nosso Código Civil não definiu o que seja negócio simulado, ao contrário do Português que, em seu art. 240, diz o seguinte:

Se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado. O negócio simulado é nulo.

Utilizando essa definição, poder-se-á dizer que há simulação quando a vontade declarada pelas partes divergir intencionalmente da vontade real, com o propósito de enganar terceiros ou violar disposição legal.

Se as partes, agindo dessa forma, quiserem que o negócio celebrado não produza efeito algum, ter-se-á simulação absoluta. Se, por outro lado, o negócio celebrado servir apenas para encobrir outro, haverá simulação relativa (dissimulação do negócio encoberto), assim definida pelo Código Português, em seu art. 241:

Quando sob o negócio simulado exista um outro que as partes quiseram realizar, é aplicável a este o regime que lhe corresponderia se fosse concluído sem dissimulação, não sendo a sua validade prejudicada pela nulidade do negócio simulado. Se, porém, o negócio dissimulado for de natureza formal, só é válido se tiver sido observada a forma exigida por lei.

Este segundo tipo de simulação pode ser:

a) **subjetivo** — quando a parte que figura no contrato ou outro negócio jurídico não é aquela a respeito da qual ele produzirá efeitos (pessoa interposta): art. 102, I do Código Civil Brasileiro; um exem-

(22) DOMENICO RUBINO, ob. cit., pág. 143.

plo de simulação relativa subjetiva seria a hipótese do homem casado que faz doação a determinada pessoa, querendo, com isso, encobrir uma doação à sua concubina;

b) **objetivo** — quando a simulação diz respeito “à natureza, ao objeto ou a um dos elementos” do negócio jurídico ⁽²³⁾. Exemplo: o homem casado que, simulando uma venda, dissimula uma doação à sua concubina. Ainda será objetiva a simulação “quando os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados” (art. 102, II do Código Civil Brasileiro).

A simulação, entre nós, é causa de anulabilidade. Na simulação absoluta, uma vez derrubado o negócio simulado, nada resta. Para ORLANDO GOMES, “no rigor dos princípios, a simulação absoluta deveria acarretar a nulidade do contrato, pois falta a vontade negocial. Não se trata, pois, de anulabilidade.” ⁽²⁴⁾

Tratando-se de simulação relativa maliciosa (com intenção de burlar a lei ou prejudicar terceiro), no entender de PONTES DE MIRANDA ⁽²⁵⁾, nada restará, quer do ato simulado, quer do dissimulado, após a anulação.

A simulação inocente, que é aquela feita sem o propósito de fraudar a lei ou enganar e prejudicar terceiros, é juridicamente irrelevante (art. 103 do Código Civil Brasileiro) e o ato dissimulado terá validade.

Os negócios fiduciários e indiretos podem ser facilmente confundidos com os simulados, tendo-se como base o fato de, em todos eles, as partes terem em vista, com aquele negócio, um resultado diverso de sua causa típica.

Entretanto, como se verá a seguir, tal confusão pode ser facilmente desfeita com bons argumentos.

V — DISTINÇÕES

1 — Negócio Fiduciário e Negócio Indireto

No que diz respeito às relações entre negócio fiduciário e negócio indireto, encontram-se duas correntes:

a) aquela que considera o primeiro como uma espécie do segundo (ASCARELLI, GRECO e CARIOTA FERRARA), sem esgotar totalmente o gênero;

(23) ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, pág. 397.

(24) ORLANDO GOMES, *ob. cit.*, pág. 397.

(25) PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, vol. IV, pág. 403.

b) a que considera que os negócios fiduciários esgotam o gênero negócio indireto (REGELSBERG e FERRARA, entre outros), o que equivale a dizer que os dois se confundem.

Pode-se verificar, sem dificuldade, que existem realmente muitos pontos de contato entre o negócio fiduciário e o indireto, sobretudo o fato de ambos envolverem a utilização de uma via oblíqua para conseguir um resultado determinado, que poderia ser obtido de forma direta. Também é ponto comum a ambos a razão de ser de sua existência, ou seja, funcionam eles como um meio de suprir lacunas do ordenamento jurídico ou de proporcionar às partes benefícios maiores do que os resultantes de negócios típicos.

Mas isso não é suficiente para equipará-los totalmente. Assim é que, no negócio fiduciário, é característico e imprescindível o elemento confiança, como se depreende da própria denominação. Tal elemento não é necessário à existência do negócio indireto. Exemplo disso está num parecer de FRANCISCO CAMPOS ⁽²⁶⁾, relativo a uma sociedade constituída para realizar fornecimentos ao governo e que veio a ter abolida por este a possibilidade de atuar no mercado administrativo. Posteriormente, os mesmos sócios pretenderam organizar nova sociedade, distinta da primeira, para reiniciar o comércio com a Administração Pública. FRANCISCO CAMPOS aponta tal hipótese como sendo de negócio indireto ilícito, pois as partes procuravam atingir, por via indireta, um resultado contrário à lei. Neste fim reside a ilicitude do negócio. Pelo simples enunciado da hipótese, fica bastante claro que não existe aí o elemento confiança, característico dos negócios fiduciários, o que não impede que se esteja frente a um negócio indireto, embora ilícito.

2 — NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E SIMULAÇÃO

Bem maior do que em relação ao negócio indireto é a possibilidade de confusão que se pode estabelecer entre o negócio fiduciário e o simulado, chegando-se, mesmo, às vezes, a considerar aquele como uma forma deste. Os que defendem a tese mencionada afirmam que, no negócio fiduciário, a vontade manifestada pelo fiduciante está em contradição com o fim visado, isto é, com a sua verdadeira intenção. Em outras palavras: ao realizar os dois tipos de negócio, as partes visam um resultado diferente de sua causa típica.

Tal argumento, porém, não resiste às diferenças existentes, o que permite separar em campos diversos o negócio fiduciário e o simulado.

(26) FRANCISCO CAMPOS, Direito Civil, ed. de 1956, págs. 241/51.

Por uma questão de método, ver-se-á separadamente a distinção entre negócio fiduciário e as duas formas de simulação.

2.1 – Negócio Fiduciário e Simulação Absoluta

Na simulação absoluta, as partes querem que o negócio não tenha valor no mundo jurídico, isto é, não produza efeitos jurídicos; pretendem, com isso, enganar terceiros ou violar a lei.

No negócio fiduciário, é inegável a seriedade das partes ao celebrá-lo. Como diz FERRARA⁽²⁷⁾, elas querem que ele produza seus efeitos jurídicos, embora visem fim econômico diverso. Portanto, trata-se de um negócio sério e de efeitos desejados por quem o celebra.

O negócio simulado é algo irreal, que visa produzir um engano. É inválido e não acarreta transferência de direito⁽²⁸⁾. O negócio fiduciário, por ser sério e real, é válido, acarretando transferência de direito.

Para exemplificar, pode-se tomar uma das formas de negócio fiduciário, que é a transmissão da propriedade com fins de garantia. O fiduciante realmente transfere a propriedade ao fiduciário e essa transferência produz todos os seus efeitos, muito embora o fim último visado pelas partes seja a criação de uma garantia em favor do fiduciário credor.

Se houvesse simulação, ter-se-ia apenas uma aparência de negócio, uma vez que as partes não pretenderiam nenhuma transmissão verdadeira e efetiva da propriedade.

2.2 – Negócio Fiduciário e Simulação Relativa

Na simulação relativa, como já se viu, existe um negócio dissimulado. O contato com o negócio fiduciário é maior, pois neste também temos um negócio empregado para fim diverso daquele que lhe é típico.

Na simulação, porém, um negócio falso serve para encobrir outro que é sério, isto é, cujos resultados jurídicos são queridos pelas partes.

No negócio fiduciário, ambos os negócios são sérios, quer quanto aos seus efeitos jurídicos, que são realmente desejados pelos que os celebram, quer quanto à sua forma.

(27) FRANCESCO FERRARA, ob. cit., pág. 90.

(28) FRANCESCO FERRARA, ob. cit., pág. 90.

Um mesmo negócio pode ser válido ou inválido, conforme tenha ou não os seus efeitos queridos pelas partes. Portanto, pode-se dizer que o enquadramento de uma figura como simulação relativa (inválida) ou como negócio fiduciário (válido) depende da intenção das partes. Assim, a doação de um bem feita a determinada pessoa, obrigando-se esta a transferir o bem a outra, posteriormente, pode ser uma forma de simulação relativa subjetiva ou de negócio fiduciário (doação fiduciária), conforme as partes estejam ou não pretendendo fraudar disposição legal que proíba a doação feita entre determinadas pessoas.

As distinções estabelecidas entre o negócio fiduciário e o simulado valem também para distinguir este último do negócio indireto.