

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD**

WALLYSSON CORDEIRO ALEXANDRE

**O *TRUST* COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL: ANÁLISE
JURÍDICO-SOCIAL DE SUA INCORPORAÇÃO NO BRASIL**

**SOUSA
2019**

WALLYSSON CORDEIRO ALEXANDRE

O *TRUST* COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL: ANÁLISE
JURÍDICO-SOCIAL DE SUA INCORPORAÇÃO NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Me. Monnizia Pereira Nóbrega

SOUSA

2019

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

A381t Alexandre, Wallysson Cordeiro.
O Trust como instrumento de proteção patrimonial: análise jurídico-social de sua incorporação no Brasil / Wallysson Cordeiro Alexandre. - Sousa: [s.n], 2019.

70 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientadora: Prof.^a Me. Monnizia Pereira Nóbrega.

1. Direito Civil. 2. Trust. 3. Negócio Fiduciário. 4. Patrimônio Separado. I. Título.

WALLYSSON CORDEIRO ALEXANDRE

O *TRUST* COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL: ANÁLISE
JURÍDICO-SOCIAL DE SUA INTRODUÇÃO NO BRASIL

Aprovada em: 29/11/2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Me. Monnizia Pereira Nóbrega
Orientadora

Prof.^a Dra. Layana Dantas Alencar
Examinador (a)

Prof.^a Me. Petrócia Marques Sarmento Moreira
Examinador (a)

Dedico este trabalho à Jane Cleide Alexandre, minha mãe, por me permitir concluir essa etapa da minha vida, através do seu esforço e árduo trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, Princípio e Fim de todas as coisas, por ser a minha força, meu Pai e grande Amigo ao longo dessa jornada.

Aos meus Santos intercessores, em especial, à Nossa Senhora de Fátima e a São Padre Pio, por fortalecerem a minha fé e esperança durante as dificuldades.

Aos meus pais Francinaldo e Jane Cleide, por todos os esforços empenhados para a concretização dos meus sonhos.

Aos demais familiares que de longe ou de perto contribuíram para que até aqui eu chegasse, sobretudo a minha avó materna Luiza Medeiros e avós paternos, Luiza e Geraldo Martinho.

Aos meus padrinhos Ubaldo e Gracionete, pelo exemplo de fé e dedicação ao trabalho, à família e à Igreja.

À Comunidade Católica Shalom, em nome de todos os meus irmãos em Cristo, pelo sustento da oração, pela alegria da vocação e missão com os jovens.

À Emi, ezer de Deus para mim, pelo companheirismo e por me conceber motivação para a conclusão do curso de Direito.

À Rayanne Medeiros, minha prima-irmã, pela amizade, presença e auxílio durante a minha preparação para o Exame de Ordem dos Advogados do Brasil.

À Profa. Monnizia Pereira Nóbrega, pelo apoio e paciência durante a orientação deste trabalho. Muito obrigado por ser exemplo de docente e ser humano.

Gratidão também a todos os professores de Direito da Universidade Federal de Campina Grande pelas valiosas contribuições para a minha formação profissional.

À Débora Moraes, pelo incentivo e ajuda na escolha do tema da presente pesquisa, assim como aos colegas do Primeiro Juizado de Sousa, em especial, agradeço a Rafaella Figueiredo pela generosidade e por todo conhecimento compartilhado.

Aos meus amigos, Layanne Tavares, Thiago Fraga, Vanessa, Irla, Victor, Sara, Glória, Thiago Fernandes, Layane, Thelma, Sofia e Yggo, que me apoiaram sempre e com os quais sei que posso contar.

“Nada te perturbe, nada te espante; tudo passa. Deus não muda. A paciência, por fim, tudo alcança. Quem a Deus tem nada lhe falta, pois só Deus basta”.

(Santa Teresa de Ávila)

RESUMO

O presente trabalho trata da possibilidade de regulamentação do *trust* no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, estuda-se as suas principais características e elementos, confrontando-o com algumas figuras já existentes do negócio fiduciário e dos direitos reais. O instituto, originário do sistema *common law*, possibilita a um sujeito ser investido de direito de propriedade sobre o bem de outrem, com o objetivo de exercê-la em confiança e proveito de um terceiro beneficiário. Evidencia-se, deste modo, que há uma repartição da propriedade/titularidade sobre a *res*, colidindo-se tal instrumento com a concepção de propriedade do modelo jurídico *civil law*. Sob esse enfoque, decorre a seguinte problemática: o *trust*, regendo-se por legislação própria, pode ser recepcionado como instrumento de proteção patrimonial no Brasil, sem prejuízo da observância de dispositivos jurídicos em vigor? Como hipótese, tem-se que o *trust* não viola as normas vigentes no Direito pátrio, sendo possível a sua regulamentação através da técnica do patrimônio separado. Para tanto, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, em seu aspecto qualitativo, empregando-se enquanto método de procedimento o estudo comparado, e como técnicas de pesquisa, a bibliográfica e a documental. Observa-se que a incorporação do *trust* pelo ordenamento pátrio seria conveniente através da assinatura e ratificação da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e ao Reconhecimento Deles, de 1985. Depreende-se, em razão disso, que o *trust* seria importante instrumento jurídico para minorar as lacunas do Direito Brasileiro, principalmente, no que diz respeito a proteção patrimonial de determinados grupos.

Palavras-chave: *Trust*. Negócio fiduciário. Patrimônio separado.

ABSTRACT

The present work deals with the possibility of regulation of the trust in the Brazilian legal system. In this perspective, its main characteristics and elements are studied, comparing it with some existing figures of the fiduciary business and of the real rights. The institute, which originates from the common law system, enables a subject to be invested with property rights over another's property, with the objective of exercising it in the confidence and benefit of a third beneficiary. It is evident, therefore, that there is a distribution of property/ownership over the res, and that this instrument collides with the conception of property in the civil law legal model. From this perspective, the following problem arises: the trust, governed by its own legislation, may be received as an instrument of property protection in Brazil, without prejudice to the observance of legal provisions in force? As a hypothesis, it is possible that the trust does not violate the rules in force in the National Law, being possible to regulate it through the technique of separate patrimony. For this purpose, the deductive approach method is used, in its qualitative aspect, employing comparative study as the method of procedure, and bibliographic and documentary as research techniques. It is observed that the incorporation of the trust into national law would be convenient through the signing and ratification of the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and their Recognition, of 1985. It appears, because of this, that the trust would be an important legal instrument to reduce the gaps in Brazilian law, especially regarding property protection of certain groups.

Keywords: Trust. Fiduciary business. Separate property.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CC	Código Civil
CFRB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
IOF	Imposto sobre Operações Financeiras
IR	Imposto de Renda
ITBI	Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis
ITCMD	Imposto sobre Transmissão <i>Causa Mortis</i> e Doações
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DO <i>TRUST</i>.....	12
2.1 CONCEITO E HISTORICIDADE	13
2.2 DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES.....	18
2.3 CLASSIFICAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA.....	23
3 O <i>TRUST</i> FACE OS INSTITUTOS JURÍDICOS ANÁLOGOS	29
3.1 O <i>TRUST</i> FACE O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO: DIFERENÇAS JURÍDICAS.....	29
3.2 OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS ACEITOS NO BRASIL.....	34
3.3 O <i>TRUST</i> ANTE OS DIREITOS REAIS	40
4 DA INCORPORAÇÃO DO <i>TRUST</i> NO DIREITO PÁTRIO	45
4.1 A INCIDÊNCIA ATÍPICA DO <i>TRUST</i> NO ORDENAMENTO PÁTRIO E SUAS IMPLICAÇÕES	45
4.2 O <i>TRUST</i> FRENTE AS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO ...	52
4.3 ANÁLISE JURÍDICO-SOCIAL DA NECESSIDADE DA INCORPORAÇÃO DO <i>TRUST</i> NO ORDENAMENTO PÁTRIO.....	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

Dada a relevância do tema no cenário internacional, principalmente nos países de Direito Costumeiro, *common law*, é de fundamental importância analisar a possibilidade da incorporação do *trust* no Brasil, que possui sistema jurídico *civil law*, tendo em vista não existir regulamentação jurídica alguma desse instituto no país, apesar do crescente interesse dos brasileiros em constituí-lo no exterior, gerando, assim, diversas consequências no atual cenário social, político e econômico.

O *trust* está relacionado muitas vezes a proteção de fortunas, como também, em alguns casos, está ligado a ilícitos. Recentemente, por exemplo, serviu como instrumento de proteção a patrimônio não declarado de políticos. Hoje também se apresenta como um mecanismo acessível apenas para alguns brasileiros, uma vez que a sua constituição ocorre apenas no exterior, sendo aplicado, no que couber, as normas do Direito Pátrio.

Desta forma, faz-se necessário tratar sobre a necessidade de regulamentação do *trust*, tendo em vista que muitos residentes no Brasil procuram constituí-lo em outros países, principalmente nos chamados “paraísos fiscais”, pois nestes, não incidem ou são insignificantes alguns tributos. Além disso, o instituto por ser decorrente do sistema *common law* possibilita uma pessoa ser investida de direito de propriedade sobre o bem de outrem, com o objetivo de exercê-la em confiança e proveito de um terceiro beneficiário. Deste modo, percebe-se que há uma dupla propriedade/titularidade sobre o mesmo bem, colidindo-se tal instrumento com a concepção de propriedade do modelo jurídico *civil law*.

À vista disso, faz-se oportuno estudar a possibilidade da legitimação do *trust* pelo legislador pátrio e destacar quais seriam as suas vantagens ou desvantagens, se o *trust* viola ou não alguma norma vigente e se existem mecanismos que já alcançam os mesmos resultados deste. Assim sendo, o trabalho parte da seguinte problemática: o *trust*, regendo-se por legislação própria, pode ser recepcionado como instrumento de proteção patrimonial no Brasil, sem prejuízo da observância de dispositivos jurídicos em vigor?

Isto posto, o objetivo geral do presente estudo será analisar a incorporação do *trust* no Direito Brasileiro e a sua relevância enquanto instrumento flexível e seguro de proteção patrimonial. E como objetivos específicos examinar a evolução histórica do

trust, discriminar as suas noções conceituais, principais características, elementos e natureza jurídica; confrontar o que dispõe os institutos jurídicos análogos já consagrados no Brasil com os efeitos do *trust*; e identificar a importância e os principais efeitos da incorporação do *trust* no Direito Pátrio como instrumento jurídico-social que viabiliza maior proteção e organização patrimonial.

Nesse sentido, o primeiro capítulo abordará os principais aspectos históricos dessa figura, desde o seu surgimento, durante o feudalismo, até a sua atual configuração na era contemporânea; e trará, ainda, algumas tentativas de doutrinadores e pesquisadores de enquadrá-la em um conceito, destacando também os seus elementos caracterizadores, classificação e natureza jurídica.

O segundo capítulo dissertará sobre o *trust* como um meio jurídico de proteção e organização patrimonial, desenvolvendo análise deste instrumento frente alguns institutos análogos, a citar algumas figuras do negócio fiduciário, assim como dos direitos reais.

Por seu turno, o terceiro capítulo, desenvolverá estudos sobre a viabilidade da aceção do *trust* pelo Direito Brasileiro, discorrendo a respeito de sua incidência atípica no ordenamento jurídico e suas preponderantes implicações, tais como no sistema tributário e perante as normas de Direito Internacional Privado. Além disso, disporá acerca da utilidade de se regular o instrumento no Brasil, principalmente sob o viés de suas contribuições para a otimização de figuras jurídicas já existentes, assim como pela necessidade de proteção jurídico-social de alguns grupos.

No que se refere ao método de abordagem será o dedutivo, utilizando-se o seu aspecto qualitativo, uma vez que se partirá da análise dos aspectos gerais do *trust*, ponderando suas conjecturas, no intuito de enquadrá-lo, de forma específica, no ordenamento jurídico brasileiro. Como método de procedimento se utilizará o estudo comparado, através do cotejo entre institutos de sistemas jurídicos distintos. Quanto as técnicas de pesquisa se fará o uso da pesquisa bibliográfica e da documental, a primeira voltada ao estudo de doutrinas e de trabalhos científicos e a segunda baseada na legislação e julgados.

Sobremais, o confronto que será realizado entre o *trust* e as demais figuras do ordenamento jurídico brasileiro permitirá a identificação do patrimônio separado, associado a técnica de titularidade fiduciária, como meio propício para a regulamentação deste instrumento no Brasil através da Convenção de Haia, de 1985.

2 DO TRUST

Em meio a tantos acontecimentos e transformações nas quais o Brasil está imerso, levanta-se em torno da figura do *trust*¹ diversos debates sobre a sua juridicidade e incorporação às normas jurídicas do país. O *trust*, até então não acolhido oficialmente no ordenamento jurídico brasileiro, é um tema relevante uma vez que tem sido noticiado nas mídias como um mecanismo de ocultação de patrimônio e enriquecimento ilícito.

Tal instituto, muitas vezes, é confundido com outros dispositivos jurídicos ou até mesmo com práticas ilegais. Inicialmente, cabe destacar que este nada tem a ver com o truste, figura do Direito de Concorrência relacionada as práticas anticompetitivas de empresas que se aglutinam e formam uma concentração econômica ilegal que desrespeita os princípios da livre-iniciativa. A lei brasileira sobre concorrência é a Lei nº 12.529/2011, mais conhecida como Lei Antitruste, cuja regra busca coibir as infrações contra a ordem econômica e não proibir o *trust*, objeto deste trabalho.

A legislação pátria reconhece este instrumento quando constituído em outros países, desde que todo e qualquer investimento seja devidamente declarado aos órgãos fiscais do país. Isto posto, antes de qualquer análise, faz-se necessário afirmar que o instituto por si só não configura um contrato irregular, tendo em vista que o *trust*, apesar de não regulamentado, é também um meio eficaz para investimentos e administração de recursos lícitos e vantajosos para muitos brasileiros.

Percebe-se que o *trust* exige do Direito Brasileiro uma regulamentação, uma vez que a lacuna legislativa existente precisa ceder espaço a uma correta análise da sua funcionalidade e dos seus valores, para além das características do seu sistema de origem, o Direito Anglo-saxônico. Desta forma, faz-se necessário o estudo desse instituto por meio da pesquisa sobre o sistema jurídico da *common law*², fazendo-se mister analisar suas raízes históricas, definições, natureza jurídica, elementos, classificação e princípios que o compõem.

¹ Tradução livre: “confiar em”.

² “A origem da *common law* finca-se na sua gênese histórica, advinda do intercâmbio cultural e comercial entre os normandos, os anglo-saxões e os bárbaros na região da Inglaterra, a partir da retirada dos romanos da ilha britânica por força da invasão bárbara no Império Romano, por volta de 1066”. (GONZALES, 2009, p. 72).

2.1 CONCEITO E HISTORICIDADE

A convivência entre os homens, por mais que se retroceda na História, é marcada pelos interesses e negociações mútuas. Consequentemente, desde a origem, a humanidade precisou delimitar as suas ações a partir de regras que respeitassem os preceitos básicos morais, dentre eles o valor moral da confiança.

Nesse sentido, Santos (2017) afirma que “o *trust* é fruto de pacto selado em confiança”. Para tanto, é importante destacar que o seu surgimento no passado se baseou no trato verbal, onde a palavra dada deveria ser cumprida tal qual uma obrigação. Originário do Direito *Common Law* Inglês – sistema que surgiu após a conquista normanda em 1066 – diz-se que o dispositivo ora analisado remonta a Idade Média, onde o Cavaleiro que partia para as Cruzadas, ao reconhecer o perigo e a incerteza da volta para casa, deixava os seus bens com pessoas de confiança – “de palavra” – que administravam o patrimônio e garantiam o sustento de suas famílias.

O *trust* surgiu durante o feudalismo, época onde as relações baseavam-se nas práticas convencionadas entre o senhor, possuidor direto da propriedade, e os seus vassallos, que detinham o domínio útil do bem, sendo permitido a coexistência de mais de um direito real sobre este. Nesta ocasião, porém, o senhor gozava de muitas vantagens econômicas, políticas e, a mais importante da época, de vantagem militar.

Nessa perspectiva, Foerster (2013) assegura que a sociedade feudal possuía um sistema ideológico, econômico e sociocultural centralizado na posse da terra, ou seja, no feudo, o qual era a nesga de terra detida contra o pagamento de um imposto e sob a condição de prestação de serviços, a maioria destes de ordem militar.

As terras feudais eram cultivadas pelos servos, que obtendo os produtos agrícolas garantiam a própria subsistência e pagavam os impostos ao senhor feudal. Este, por sua vez, ficava responsável por governar e promover a segurança da propriedade. Os vassallos ou *tenants*, dentro dessa classe servil, tinham uma prerrogativa especial, qual seja, a permissão para realizar as *tenures*, que consistiam em concessões de parte do feudo aos seus descendentes. O vassallo, porém, continuava apenas como detentor do domínio útil da terra, impossibilitado, portanto, de dispor da propriedade, que continuava sob o domínio direto do rei. Além disso, aos herdeiros, conforme Chalhub (2001), cabia a obrigação de pagar uma renda pelo privilégio da sucessão, equivalente à quarta parte dos bens produzidos pela terra.

Nessa mesma época, existiam também proibições para que as ordens monásticas adquirissem bens, uma vez que haviam restrições impostas pelas Corporações de Mão-morta. Salomão Neto (2016) destaca que o crescente desejo dos *tenants* de possuir terras livres dos ônus impostas pelo senhor feudal para poder atribuí-las os seus herdeiros, assim como o desejo dos monges, que queriam possuir os bens ofertados pelos fiéis para sustentar os conventos, escolas e igrejas, levaram a uma grande tensão entre o sistema jurídico vigente e a sociedade do medievo.

Constata-se, então, que os subordinados às restrições impostas pelo suserano buscaram contornar essa situação de limitações por meio da transferência dos bens a um terceiro em caráter fiducial. Este deveria administrá-los em favor do titular de fato, devolvendo-lhe todo e qualquer rendimento advindo da propriedade. Conforme o citado autor (2016), tal prática permitiu que os religiosos possuíssem os bens por pessoa interposta e aos vassalos tornou-se possível o planejamento sucessório, em diversas situações. O desenvolvimento dessa atividade ficou conhecida na Inglaterra como *use*, sendo essa prática o mais antigo instrumento antecedente do *trust*.

O *use* não era revestido de formalidades ou de regramentos jurídicos, desta forma a utilização desse instrumento tornou o sistema jurídico da época insuficiente, principalmente porque este era dotado de grande rigor formal e legalista. (FOERSTER, 2013). Nesse aspecto, surgiu o *chancellor* – um eclesiástico conselheiro do rei – que analisava as petições feitas pelos súditos ao monarca quando as suas questões não eram protegidas pela *common law*. Desse modo o *chancellor* visava corrigir os excessos desse sistema e, assim, passou a exercer uma atividade moderadora, buscando a equidade com base nos princípios morais e no Direito Romano e Canônico.

A atividade do *chancellor* acabou por espalhar a utilização do *use*, tendo em vista que os seus beneficiários àquele recorriam quando os proprietários fiduciários não cumpriam com as obrigações estabelecidas. Nesta oportunidade, o *chancellor* ordenava o cumprimento do *use*, validando-o. A partir disso, grandes resistências surgiram, como se observa no comentário de Salomão Neto (2016, p. 13):

Uma delas veio obviamente dos grandes senhores feudais, que viam nas novas normas frustrados muitos de seus privilégios de suserania em relação a vassalos, principalmente aqueles privilégios que tinham por causa principal a sucessão hereditária dos vassalos. A perda patrimonial se fazia sentir com particular intensidade para o rei, o maior de todos os senhores feudais, visto que, por ter a propriedade de todas as terras, era suserano de todos os

titulares de terras sem ser vassalo de nenhum. Assim, os *uses* só tinham em relação ao rei o efeito de privá-lo dos privilégios feudais a ele devidos.

O *use* passou a trazer prejuízos para o governo, pois diminuiu a arrecadação de tributos. Nessa conjuntura, o rei Henrique III, em 1535, promulgou o *Statute of Uses*, que tinha o objetivo de extinguir os *uses*. Por meio dessa medida o rei buscava evitar a existência de direitos reais não registrados e abolir a insegurança quanto a titularidade da propriedade. Nesse sentido, Xavier (2016, p. 42) afirma:

Para os fins da lei, o beneficiário seria considerado o titular do bem, não importando em nome de quem o bem se encontrava. Prevaleceu a ideia de que quem recebia as vantagens do *trust* seria considerado o seu titular [...] e deveria arcar com os tributos.

Não obstante, consoante Salomão Neto (2016), o estatuto foi amplamente contestado, sofrendo represálias da corte de chancelaria, que desenvolveu jurisprudências que de certa forma neutralizavam as novas medidas. A primeira jurisprudência delimitava a atuação do *Statute of Uses*, que somente deveria recair sobre alguns *uses*, não abrangendo aqueles que tinham um prazo determinado. A segunda medida do Tribunal do *chancellor*, referia-se também a abrangência do estatuto, uma vez que esse não deveria alcançar os *uses* que continuavam a repassar os benefícios para o proprietário fiduciário e a cumprir as obrigações impostas, porquanto em nada modificaria os privilégios dos suseranos. Vê-se que em virtude da resistência advinda da população e das decisões do *chancellor*, os efeitos do *Statute of Uses* foram sendo afastados.

Entre os séculos XVII e XVIII, as conquistas coloniais da Inglaterra diminuíram a importância dos encargos feudais, o que deu margem para uma maior atuação da corte de chancelaria. Dentre as atuações da referida corte, assevera Salomão Neto (2016, p. 14):

Passou então a entender que, em caso de serem constituídos dois ou mais *uses* sucessivamente no mesmo instrumento, o efeito do *Statute of Uses* seria simplesmente extinguir o primeiro deles, ficando convalidados os demais. Desta forma, se A constituísse um *use* sobre um imóvel em favor de B, passando a esse a titularidade dos direitos sobre o bem, e B fizesse o mesmo em relação a um terceiro C, indicando D como beneficiário da administração do bem, apenas o primeiro dos referidos *uses* (A para B) seria atacado pelo *Statute of Uses*, continuando o outro (de B para C em favor de D) plenamente válido.

Desse modo, a incidência dos dispositivos da *Statute of Uses* ficava, definitivamente, afastada pelas regras de equidade. Em contrapartida, essa estrutura mais complexa ou, simplesmente, segundo *use*, recebeu o nome de *trust*.

Percebe-se que na Inglaterra medieval a corte de chancelaria exercia um papel fundamental na tutela jurisdicional. Com o passar dos anos, os *chancellors* deixaram de ser eclesiásticos, sendo a corte ocupada posteriormente por juristas. Vale destacar que os princípios aplicados foram consolidados na chamada *Equity*, direito baseado na equidade, que de forma alguma menosprezou o sistema *common law*, mas na verdade o aperfeiçoou. (SALOMÃO NETO, 2016).

Vale dizer que a importância da análise histórica do instituto explica-se pelo fato de que é preciso entender que no Direito Inglês existe a possibilidade de um proprietário figurar sob o domínio de um bem e, ao mesmo tempo, admitir que outro indivíduo tenha interesses sobre este bem, o que determina, portanto, a repartição da titularidade da propriedade. (SANTOS, 2009). A partir disso pode-se compreender melhor a figura do *trust*, as tentativas de enquadrá-lo em conceitos e definições e, conseqüentemente, as dificuldades de inseri-lo nos países de origem *civil law*, em razão do não reconhecimento da dupla propriedade de um bem. Porém, tal instituto tem sido encarado como modalidade de negócio jurídico atípico, tal qual um negócio fiduciário, em certos países de origem romano-germânica.

Da era medieval até os dias atuais o *trust* sofreu diversas modificações e aperfeiçoamentos. Na era contemporânea, com o considerável uso desse contrato e o aumento das relações negociais, políticas e econômicas entre os Estados, a Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o Reconhecimento Deles, de 1985, foi o instrumento que compilou os seus principais efeitos em ordenamentos de origem romano-germânicos, assim como elucidou os principais efeitos que podem ser alcançados por meio da técnica da titularidade fiduciária associada ao patrimônio de afetação.

O *trust* constitui um instrumento jurídico que possui inúmeras finalidades. Nas palavras de Salomão Neto (2016, p. 15) tais finalidades têm em comum “a titularidade nominal de patrimônio por pessoa obrigada a administrá-lo em benefício de terceiro”. Esse instituto possui grande versatilidade e inúmeras funções, fato este que legitima a variação existente sobre o seu conceito. O *trust*, segundo Oliva e Rentería (2011), é regido através de contrato específico, onde o proprietário (*settlor* ou outorgante) transfere determinado patrimônio para um terceiro (*trustee* ou outorgado), que

administrá-lo-á de acordo com regras previamente fixadas, em favor de determinada causa ou determinado beneficiário, podendo ser o próprio *settlor*.

O mais adequado conceito de *trust* remete ao que prescreve o art. 2º, da Convenção de Haia, de 1985, sobre a Lei Aplicável aos *Trusts*, uma vez que este Documento procura apresentar as características básicas para identificação do instituto:

Art. 2º. [...] o termo *trust* se refere a relações jurídicas criadas, inter vivos ou após a morte, por alguém, o outorgante, quando os bens forem colocados sob controle de um curador para o benefício de um beneficiário ou para alguma finalidade específica. O *trust* possui as seguintes características:

- a) os bens constituem um fundo separado e não são parte do patrimônio do curador;
- b) títulos relativos aos bens do *trust* ficam em nome do curador ou em nome de alguma outra pessoa em benefício do curador;
- c) o curador tem poderes e deveres, em respeito aos quais ele deve gerenciar, empregar ou dispor de bens em consonância com os termos do *trust* e os deveres especiais impostos a ele pela lei.

A Convenção de Haia, da qual o Brasil ainda não é signatário, é um importante instrumento para que se possa compreender a instituição desta figura pelos países de origem *civil law*, uma vez que busca identificar os seus elementos, delimitando as suas principais características e funções. O art. 2º do documento, portanto, denomina *trust* a operação por meio da qual o *settlor* transfere bens para um *trustee* os administrar em favor de um ou mais beneficiários. É importante destacar que o dispositivo indica que os bens constituem um fundo separado, o qual, embora seja de titularidade do *trustee*, não integra seu patrimônio pessoal.

Nessa linha, para Rodas e Monaco (2007), o termo *trust* diz respeito a uma relação jurídica em que uma pessoa, por ato entre vivos ou *causa mortis*, determina como autônomo uma parte de seu patrimônio, cujos bens e rendimentos desta massa ficarão sob a responsabilidade de um administrador, em favor de um beneficiário ou de um fim determinado. Nesse passo, sobre a conceituação do instituto, Salomão Neto (2016, p. 16) afirma:

Implica o “trust” a transferência de propriedade ou titularidade sobre um bem corpóreo, móvel ou imóvel, ou incorpóreo, como os direitos, a um terceiro denominado “trustee”, a quem incumbe exercer os direitos adquiridos em benefício de pessoas designadas expressamente no instrumento criador do “trust”, ou indicadas pela lei ou jurisprudência na falta de tal instrumento, chamadas de beneficiários ou “cestui que trust”. Alternativamente, podem se constituir “trusts” não em benefício de pessoas determinadas, mas com vistas à perseguição de determinados objetivos.

O autor (2016) ainda destaca que o *trust* também é formado quando uma pessoa já possuidora do bem se declara *trustee* em benefício de outra, nesse caso não há a necessidade de transferência de propriedade. Percebe-se que o instituto permite, de vários modos, a uma determinada pessoa o gozo de um bem sem que esta seja a sua proprietária ou titular. Diante destas e de outras definições, verifica-se que a ideia central desse instrumento consiste nessa possibilidade de uma pessoa ser investida de direito de propriedade sobre o bem de outrem, com o objetivo de exercê-lo em confiança e benefício de uma outra pessoa ou de determinado fim.

2.2 DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Em breve análise das definições sobre o *trust*, pode-se aferir as seguintes características: constitui um fundo separado e não faz parte dos bens que são propriedade do *trustee*; o título dos bens está em nome do *trustee* ou em nome de outra pessoa por conta do *trustee*; o *trustee* tem o poder e o dever de empregar ou dispor dos bens de acordo com os deveres especiais impostos por lei, sendo por isso responsável.

Diante dessas características, percebe-se que o ato de transferência desses bens e direitos tem uma estrutura jurídica relativamente simplificada, onde figuram cinco elementos essenciais: o *settlor*, o *trustee*; o beneficiário; a *res* e o ato de vontade. Os três primeiros são elementos subjetivos, isto é, são os sujeitos que participam do *trust*. A *res* (objeto) e o ato de vontade, por sua vez, são os elementos objetivos.

O *settlor* ou instituidor é o sujeito que, por ato livre e regular de sua vontade, coloca parte de seu patrimônio sob a responsabilidade de um terceiro, definindo sua destinação e estabelecendo as obrigações a serem cumpridas por este. O *settlor* necessariamente precisa ser titular dos bens ou direitos objeto da transmissão ou apenas possuir a autorização para realizá-la. (SANTOS, 2017).

Uma vez efetivada a transferência, consoante Chalhub (2001), o *settlor* perde a titularidade dos bens transmitidos, havendo uma divisão entre a titularidade legal³

³ A propriedade legal refere-se ao controle que o sujeito exerce sobre determinado bem; no caso do *trust*, essa atividade cabe ao *trustee*.

(*legal title*) e a titularidade equitativa⁴ (*equitable title*). Portanto, deixa aquele de ser o proprietário dos bens, sendo-lhe proibido deles dispor ou usufruir. Desse modo, as pretensões dos credores do *settlor* também não são oponíveis aqueles bens.

Contudo, por ser o *trust* uma figura jurídica flexível, existe a possibilidade do próprio instituidor figurar como administrador dos bens em *trust*, mantendo a *legal title*, obrigando-se o *settlor*, assim, a administrar os bens em favor de terceiro. Eventualmente, poderá este surgir ainda como beneficiário do *trust*, detendo a *equitable title*. Neste caso, a jurisprudência inglesa entende que os seus credores podem ter acesso aos bens.

O *trustee*, por seu turno, é o sujeito titular legal dos bens ou direitos transmitidos pelo *settlor* e, conseqüentemente, é ele o encarregado pela administração da *res* em favor dos beneficiários. Conforme Santos (2017), a função deste, atualmente, passou a ser um posto profissional ocupado, muitas vezes, por grandes empresas legalmente responsáveis pela administração de negócios. Nesse passo, o *trustee*, seja pessoa física ou jurídica, deve administrar os bens conforme os objetivos estabelecidos pelo *settlor* ao tempo da criação do *trust* e nos termos gerais fixados pela lei e jurisprudência.

A atividade do *trustee* não é, segundo David (2006), a de simples administrador dos bens constituídos em *trust*. Pelo contrário, este se apresenta como o proprietário dos bens em *trust*. Em que pese tal afirmação, não se pode afirmar que o *trustee* é o proprietário dos bens, tendo em vista que existem limitações impostas ao *trustee* pelo *settlor*, que devem ser cumpridas à risca. (SANTOS, 2009).

Referindo-se a propriedade, conclui-se a partir disso que o *trust* é uma relação jurídica de caráter fiduciário, ou seja, é uma relação estabelecida tendo como base a confiança e a boa-fé, na qual o *trustee* possui a obrigação de entregar ao *cestui que trust* (beneficiário) os frutos da propriedade administrada, gozando do direito de realizar atos de administração e de disposição sobre os bens do *trust*, embora não possua o uso e o gozo da coisa, nem tampouco o direito de a destruir materialmente.

Nessa perspectiva, conforme Santos (2009), o *trustee* ao realizar as suas atividades dentre as diversas obrigações relacionadas ao beneficiário, duas se destacam, quais sejam: o dever de diligência quanto ao bem, que implica na boa administração, na realização de investimentos produtivos e transparência, e o dever

⁴ A propriedade equitativa consiste no direito de usufruir das benesses do bem, as quais pertencem ao beneficiário.

de lealdade, que se desdobra em dois importantes aspectos da *common law*: o dever de evitar conflito de interesses e o dever de abster-se de lucros incidentais, como por exemplo, o lucro advindo do aluguel dos bens colocados em *trust*.

Quanto aos investimentos produtivos, aqueles que porventura venham a prejudicar os beneficiários, pode o *trustee* responder por perdas e danos, mediante prova de que a sua ação fugiu as regras de investimentos predeterminadas pelo *setllor*. Tais regras devem estar expressas no termo de constituição do *trust*.

Outro dever importante é o de identificação, ou seja, os bens e direitos transferidos ao *trustee* devem ser identificáveis, não podendo haver confusão patrimonial entre os bens deste com os bens em *trust*. Dessa forma, é necessário destacar que os bens em *trust* jamais poderão responder por dívidas contraídas pelo *trustee*.

Há ainda o dever de prestação de contas e informação dos resultados da gestão para os beneficiários; o dever de não-delegação, pois a atividade do *trustee* é personalíssima, salvo as ocasiões estritamente necessárias, quando a atividade a ser desempenhada por ele não é a sua especialidade, como por exemplo os serviços de um advogado; o dever de imparcialidade, haja vista, salvo disposição em contrário, o *trustee* deve tratar igualmente todos os beneficiários; por fim, o dever de distribuição, pelo qual este é obrigado a partilhar a *res* e os rendimentos de acordo com o estabelecido no ato do *trust*. (SANTOS, 2009).

Percebe-se que todos os deveres estão relacionados as obrigações do *trustee* para com os beneficiários, assim é importante ressaltar que são esses últimos os legitimados a ingressarem em juízo, em caso de prejuízos causados pelo *trustee*. Nessa lógica, uma vez não respeitado quaisquer desses deveres, verifica-se a quebra do *trust*, isto é, a quebra da confiança, que possibilita o afastamento do administrador, que poderá, inclusive, ser responsabilizado civilmente ou até mesmo penalmente, como vem entendendo o Direito Norte-americano. (SALOMÃO NETO, 2016).

Há ainda outros aspectos a serem considerados no que tange ao regime jurídico do *trustee*. É que existe a possibilidade de um mesmo *trust* ter vários *trustees*. Consoante o citado autor (2016, p. 25):

É possível que um mesmo *trust* tenha vários *trustees*, os quais deterão os bens afetados em regime de titularidade conjunta. No direito norte-americano, a reponsabilidade dos *trustees* será solidária perante os beneficiários em caso de violação dos termos do *trust* por qualquer um deles. Já no direito

inglês, a responsabilidade de um *trustee* só existirá se ele tiver colaborado para a quebra de *trust*.

Vale ressaltar que, tanto no Direito Norte-americano como no Direito Inglês, é assegurado o direito de regresso contra os demais ao *trustee* que sofre o ônus de indenizar. Além disso, Salomão Neto (2016) afirma que a jurisprudência inglesa tem assegurado ao *trustee* menos culpado não só o direito de regresso, mas também a possibilidade de obter indenização dos demais. No que diz respeito ao *trustee* que auferir benefícios ilícitos pela violação dos seus deveres perante o beneficiário, o mesmo perde o direito de regresso até o montante de vantagens que tiver obtido, assim como deve indenizar os demais *trustees* até o montante de tais proveitos, isso caso o beneficiário prejudicado pleiteie indenização em desfavor deles.

Conforme o aludido autor (2016), prevalece nos Estados Unidos, ainda, a ideia de que se um dos *trustees* for também beneficiário da ação ilícita de outro *trustee*, perderá aquele o direito de regresso até o montante do que tiver auferido. Por outro lado, o princípio inglês é ainda mais severo, uma vez que obriga o *trustee*-beneficiário a usar as vantagens obtidas para indenizar os demais *trustees*. Importante frisar que essas regras serão aplicadas em caso de violação culposa do *trust*.

De outro modo, caso a violação seja dolosa, por um ou mais *trustees*, aquele que tiver agido dolosamente perderá o direito de regresso, podendo até mesmo pagar indenização aos demais. Segundo Salomão Neto (2016), tal posicionamento tem seu fundamento no princípio tradicional do Tribunal de equidade, o qual impõe que apenas os que agem com boa-fé e honestidade devem ser assistidos.

Além do mais é importante sublinhar a possibilidade do *trustee* ser substituído mediante a sua renúncia, morte, incapacidade ou ausência do país sede do *trust*. Nesses casos, o termo de constituição deste poderá estabelecer as regras da substituição. No Reino Unido, não existindo tal estipulação, na *Trustee Act de 1925*, que dispõe sobre os poderes do *trustee*, há a previsão de que o representante sucessório ou legal deste deve indicar um novo *trustee*. Nos Estados Unidos, entretanto, nessa situação, cabe aos tribunais a escolha do *trustee* substituto. (SALOMÃO NETO, 2016).

Vistos os principais aspectos do *setllor* e do *trustee*, resta analisar o terceiro elemento subjetivo que figura no contrato de *trust*: o beneficiário ou *cestui que trust*. O beneficiário, indicado expressamente no termo de instituição do *trust*, é o destinatário da coisa ou dos resultados dos bens que estão sob a administração do

trustee. Em última análise, dada a maleabilidade do instituto, o beneficiário não precisa ser necessariamente um terceiro, podendo ser o *trustee*, como também o próprio *settlor*, nesse último caso podendo ser chamado de *autotrust*.⁵

Finalmente, a *res* e o ato de vontade, elementos objetivos, são fundamentais na instituição do *trust*. A *res* ou simplesmente objeto é o bem ou direito que deixa de ser propriedade do *settlor* ao ser transferido para a titularidade do *trustee* para ser administrado em favor do beneficiário. Para Salomão Neto (2016) os bens necessitam ser precisamente indicados, não podendo conter expressões vagas no ato de instituição do *trust*. Nesse sentido, Chalhub (2001) afirma que o objeto deve ser determinado e especificado pelo gênero, qualidade, quantidade e suas características principais, sendo inválido o *trust* que não individualize ou deixe de indicar as bases que distinguem a *res*.

Sabe-se que o bem não é propriedade nem do *trustee* nem do beneficiário, pois, enquanto estiver constituído o *trust*, o que há é um patrimônio separado. A *res* não pertence a nenhum dos sujeitos, uma vez que o *trustee* somente possui a titularidade legal e o beneficiário possui apenas a titularidade equitativa, não podendo usufruir além do que foi designado pelo *settlor*. Exemplo disso é que em hipótese alguma o patrimônio pode ser afetado pelas dívidas das partes.

Quanto ao ato de vontade, este é manifestado pelo *settlor*, sendo dessa forma a origem do *trust*, conforme afirma Santos (2009, p. 59):

O último elemento a ser citado como essencial à validade de um *trust* é o ato de vontade, ele é a origem do *trust*. A partir da declaração unilateral de vontade do *settlor*, o *trustee* terá o *legal title* e o beneficiário, o *beneficial title* sobre a *res*. O ato de vontade não tem uma forma pré-definida e nem sempre será exarado na forma escrita. A ausência dessa forma pré-definida é característica da *common law*, sendo aceitos pelos tribunais, até mesmo, *trusts* nos quais a declaração de vontade não foi formalizada por escrito.

Talvez seja esta outra dificuldade para se conceber o *trust* em países de origem *civil law*, considerando que este sistema possui um caráter interpretativo precipuamente escrito do Direito. Ainda, conforme a referida autora (2009), por ser o *trust* originário de um ato unilateral do *settlor*, tal instituto não pode ser considerado um contrato por ser desprovido de bilateralidade, uma vez que são impostas

⁵ Termo utilizado pela defesa de Eduardo Cunha para designar a auto indicação do *settlor* como beneficiário de um *trust*. O parecer jurídico do advogado do então Deputado, aponta que o *trust*, nessa hipótese, pode ser revogado a qualquer momento como um benefício ao *settlor*.

obrigações apenas para um indivíduo, nesse caso, o *trustee*. Por outro lado, percebe-se que diversos doutrinadores enquadram o *trust* como uma espécie contratual, como será visto mais adiante.

2.3 CLASSIFICAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

Após o delineamento histórico do *trust* e o conhecimento dos seus elementos centrais, passa-se a análise de sua natureza jurídica. Para isso faz-se necessário classificar os tipos de *trust*.

Sabe-se que a instituição do *trust* pode ter como finalidade o benefício de um determinado sujeito ou, ainda, ter em vista certos propósitos, como por exemplo, para fins filantrópicos. Segundo Salomão Neto (2016), o critério para se classificar os *trusts* parte da observação da finalidade de cada um deles.

Nessa acepção, considera-se *trust* privado aquele que visa o benefício de um sujeito final individualizado, em contrapartida, o que formalmente objetiva um fim genérico é denominado de *trust* relativo a propósito, que se desdobra em *trusts* caritativos, intrinsecamente, ligados ao bem comum. Nesse passo, percebe-se que os fins destes estão direcionados para a satisfação do interesse público, uma vez que procuram beneficiar a coletividade nas mais diversas áreas: educação, saúde, religião e assistência social, dentre outras. Segundo Chalhub (2001), por causa do interesse público que os envolvem, tais *trusts* recebem um tratamento legal e fiscal especial, assim como estão sob a fiscalização de órgãos estatais.

O *trust* privado, por outro lado, é aquele constituído por ato entre vivos ou *causa mortis* para o benefício de determinada pessoa, geralmente ligada ao *settlor* por laços familiares. Conseqüentemente, é muito utilizado como meio de planejamento sucessório, de proteção de incapazes ou como garantia para a destinação futura de certos recursos, como por exemplo para a formação superior de um filho. E reparte-se em três modalidades, quais sejam: expresso, interpretativo e resultante.

O *trust* expresso é aquele que resulta da intenção do instituidor, ou seja, é consequência da manifestação da vontade deste. Pode-se citar, especificamente, o caso de um bem colocado em *trust* pelo *settlor* que somente poderá ser entregue pelo *trustee* ao beneficiário após um certo período de tempo.

O *trust* expresso⁶ subdivide-se em *trust* fixo e *trust* discricionário, consoante classificação de Santos (2009). No primeiro o beneficiário já teve os seus direitos pré-determinados no ato de constituição do *trust* pelo instituidor. Já no segundo, esse último delega ao *trustee* o poder de escolher os beneficiários, cabendo-lhe definir não só quem receberá os rendimentos, mas também em quais proporções receberão.

Como se vê, este possibilita uma proteção patrimonial muito grande, uma vez que pode evitar, por exemplo, o mau uso do patrimônio pelos herdeiros pródigos. Outrossim, essa possibilidade de uma ação mais ampla do *trustee* pode fazer com que este amplie ou diminua a classe dos beneficiários. Desse modo, até um filho ou neto não nascido à época da instituição do *trust* pode se tornar um beneficiário.

Para outros doutrinadores, como Salomão Neto (2016), o *trust* expresso desdobra-se, ainda, nos chamados *trust* executado e *trust* executório. Aquele deixa claro desde o princípio qual é a cota de participação de cada *cestui que trust*, sendo a sua interpretação mais restritiva ao termo de criação do *trust*. No último a participação de cada *cestui que trust* fica posposta, até que seja feita uma lavratura especificando-a. Sua interpretação, portanto, se dá de forma mais livre.

O *trust* interpretativo, por sua vez, é resultado das disposições legais advindas das jurisprudências. Difere-se, por isso, do *trust* expresso e resultante, os quais são formados a partir da vontade das partes. No sistema jurídico inglês esse tipo de *trust* é muito utilizado nos casos de descumprimento dos deveres do *trustee*. Já no Direito Norte-americano, para além de uma forma de se constituir um *trust*, tal instrumento é percebido como um meio para se alcançar a justiça no caso concreto. (SALOMÃO NETO, 2016).

O *trust* resultante, por seu turno, conforme o referido autor (2016), é o derivado da situação em que o *settlor* é o destinatário dos benefícios do objeto, total ou parcialmente, ora por morte da pessoa beneficiária do *trust*, ora por este não ter um titular beneficiário de certa parte dos resultados do bem, sendo esta direcionada para o *settlor*. Em geral o *trust* resultante independe da vontade do instituidor, sendo formado, muitas vezes, automaticamente.

⁶ Por fazer referência aos efeitos da instituição do *trust* nos países de origem *civil law*, a Convenção de Haia, no artigo 3º, assevera que o Documento se aplica apenas aos *trusts* criados voluntariamente e comprovados por escrito, ou seja, aos *trusts* expressos. Por essa razão, tal modalidade é a que apresenta maiores chances de recepção pelo ordenamento pátrio.

De acordo com Santos (2009), ainda existe o *trust* presumido, cuja possibilidade de constituição é averiguada pelo Tribunal nos casos em que há indícios de que o *settlor* cogitava a formação do *trust* ou em razão de uma interpretação equitativa. De acordo com a jurisprudência da *common law*, essa presunção admite prova em contrário, desde que seja congruente, tendo o magistrado, portanto, o papel de identificar os elementos caracterizadores do *trust*.

No que tange a natureza jurídica do instituto em análise, aponta Salomão Neto (2016), em uma abordagem imediata⁷, que existem três correntes acerca da natureza jurídica do *trust*: a Teoria da Relação Obrigacional entre *trustee* e beneficiário; a Teoria que define os bens em *trust* como patrimônio autônomo, e a Teoria da Divisão do Direito de Propriedade ou titularidade sobre os bens em *trust*. Apoiado nas conclusões sobre a pertinência dessa última Teoria, o autor (2016) destaca, na abordagem mediata⁸, que a natureza jurídica do *trust* depende-se a partir das relações e dos negócios fiduciários.

Para a Teoria Obrigacional, o beneficiário é considerado um credor do *trustee*, por obrigações de dar e ou de fazer. De fato, como visto, existem muitos deveres na relação entre o *trustee* e o beneficiário, porém tal concepção não merece prosperar, tendo em vista que individualiza o *trust*, não admitindo qualquer hipótese de titularidade por parte do beneficiário. Nesse sentido, Salomão Neto (2016, p. 46), destaca que:

A principal razão para que isso constitua uma incorreção é que o beneficiário tem sobre os bens e direitos sob *trust* um verdadeiro direito de sequela que faz com que seu título prevaleça contra quaisquer terceiros adquirentes, exceto nas raras hipóteses de aquisição onerosa por terceiros de boa-fé sem conhecimento da existência do *trust*. A existência do direito de sequela é incompatível com o pretense caráter obrigacional da relação entre beneficiário e *trustee*. De fato, se uma simples relação de crédito esgotasse os direitos do beneficiário, em caso de alienação dos bens sob *trust*, continuaria ele simplesmente credor do *trustee* sem ter direito a indagar do destino dos bens originais.

Percebe-se, a partir disso, o erro de tal Teoria, conforme ensina o citado autor (2016), tendo em vista que o credor não possui nas relações obrigacionais o direito de sequela. É o que destaca, por exemplo, o art. 389, do Código Civil brasileiro, ao

⁷ A abordagem imediata da natureza jurídica do *trust* leva em consideração os seus elementos internos e o seu alcance à luz das relações jurídicas romanísticas.

⁸ A percepção mediata da natureza jurídica do *trust* corresponde a análise do seu alcance e significados a partir da função desse instituto.

afirmar que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos” [...], assim como o artigo 391, do mesmo Código: “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Desta feita, resta evidente, que é o inadimplente que deve responder pela obrigação não cumprida, e não um terceiro, inexistindo, portanto, o direito de sequela para o credor.

No Direito Brasileiro há, evidentemente, a possibilidade de anulação dos atos ilícitos de disposição dos bens, como é o caso do art. 158, CC, e dos artigos 129 e 130, da Lei de Falência (Lei nº 11.101/2005). Entretanto, tais regras não se aplicam ao beneficiário de um *trust*, haja vista o terceiro adquirente de um bem alienado ser considerado um novo *trustee*, ficando obrigado conforme os termos estabelecidos. Outrossim, não se pode afirmar a natureza do *trust* como meramente obrigacional, uma vez que não existe, segundo Salomão Neto (2016), uma relação contratual entre as partes, já que a anuência ou não do *trustee* em nada interfere na validade do *trust* já estabelecido.

A segunda Teoria, a qual afirma que os bens em *trust* são autônomos porque possuem uma destinação específica, é consequência de uma visão objetivista do patrimônio. (SANTOS, 2017). Tal Teoria assevera que os bens, nesse caso, não possuem nenhum titular, pois nem o *trustee* nem o beneficiário podem detê-los totalmente, assim como os seus credores desses créditos não podem se valer. Conforme o referido autor (2017, p. 39), essa “teoria é alvo de uma série de críticas, dentre elas, de que não há como relações jurídicas serem mantidas sem sujeito e, deste modo, impossível a existência de patrimônio autônomo, sem vincular-se a titularidade de alguém”.

Já Salomão Neto (2016), ratifica que o *trustee* possui a titularidade legal e, por isso, possui perante terceiros a propriedade legítima do bem. Além disso o beneficiário também pode ser considerado titular da coisa, uma vez que, como visto anteriormente, o mesmo possui a titularidade equitativa desta. O erro dessa Teoria não está apenas na concepção do patrimônio em *trust* como um bem autônomo, mas consiste, especialmente, em não reconhecer a possibilidade da dupla titularidade deste nessa ocasião.

Nesse passo, a terceira Teoria propõe a existência de uma dupla titularidade do patrimônio sob *trust*. Assim, o *trustee* possuiria a titularidade formal da coisa e os beneficiários a titularidade de fato, haja vista são eles que auferem as vantagens e percebem os frutos da coisa, por mais que não possam administrá-la.

Vale destacar o que dispõe o art. 1.228, do Código Civil, cuja regra é de que a propriedade é o direito que a pessoa detém sobre um referido bem móvel ou imóvel, ou seja, é o domínio que lhe permite usar, gozar, dispor da coisa e reavê-la, em caso de injusta posse. Nesse caso, conforme Salomão Neto (2016), o *trustee* é aquele que faz o uso de quaisquer destas faculdades, conquanto não viole os termos definidos pelo instituidor. O administrador deve buscar, estritamente, as finalidades do *trust* também impostas pelo *settlor*.

Por outro lado, o *cestui que trust*, dentre os direitos mencionados pelo art. 1.228, CC, possui o direito de gozar dos bens sob *trust*, não de forma ilimitada, mas na proporção indicada pelo instituidor, assim como possui o direito de sequela que também explica o caráter real dos seus direitos sobre os bens, conforme explicado anteriormente.

No Direito Brasileiro, por mais que o sistema romanístico não reconheça a divisão da titularidade da propriedade, existem institutos jurídicos que podem justificar a utilização dessa Teoria e a possibilidade do acolhimento do *trust*, como exemplo tem-se a enfiteuse e o direito de superfície. O artigo 2.038, do Código Civil de 2002, não permite novas enfiteuses, porém aquelas constituídas antes da vigência deste continuam válidas, sendo regulamentadas pelo Código Civil de 1916. O direito de superfície, por sua vez, está regulamento dos artigos 1.369 a 1.377, do Código Civil vigente. Em ambos institutos, a amplitude dos direitos concedidos aoscessionários os equipara ao proprietário. Em que pese no Brasil a propriedade ter caráter absoluto, pleno e indivisível, verdade é que em torno dessa temática existem inúmeras divergências doutrinárias sobre o duplo direito real sobre o bem.

Finalmente, na perspectiva mediata, considerando a sua função, o instituto em análise pode ser visto como um negócio fiduciário. Para Salomão Neto (2016), o *trust* enquadra-se na concepção de negócio fiduciário em sentido amplo, compreendido como uma simples transferência de titularidade sobre coisas. Assim, por não ter nenhuma das partes o poder absoluto de sanção contra a outra, em caso de descumprimento de suas obrigações, o *trust* é considerado uma relação fiduciária, pois tem como elemento fundamental a virtude da confiança. Nesse sentido, Santos (2009, p. 141), assevera que:

Se examinado sob o prisma dos negócios jurídicos, podemos associar o *trust* aos negócios fiduciários, os quais têm sua origem no direito romano e são plenamente aceitos no Brasil nos dias atuais. Porém desde já devemos

advertir que a equiparação entre *trusts* e negócios fiduciários não é absoluta, existem semelhanças, mas não existe uma equiparação plena.

Desta forma, para se refletir a incorporação do *trust* no Direito Pátrio, faz-se necessário compreender o negócio fiduciário, seus elementos e características essenciais, assim como destacar as distinções e semelhanças entre o *trust* e os contratos fiduciários já consagrados no Brasil.

3 O *TRUST* FACE OS INSTITUTOS JURÍDICOS ANÁLOGOS

No passado o *trust* servia apenas como uma garantia da propriedade. No entanto, configura-se hoje como instrumento de proteção patrimonial, pelo fato de ser um instituto flexível, possuidor, por isso, de inúmeras utilidades, tais como o planejamento sucessório, o gerenciamento de ativos, a proteção dos bens de incapazes, assim como os seus fins caritativos.

É certo que o instituto também tem sido utilizado como uma ferramenta para o planejamento tributário, servindo até mesmo para práticas ilícitas, como é o caso da evasão fiscal, resultante da sua constituição nos chamados “paraísos fiscais”. Entretanto, para além das consequências indesejáveis do mau uso do *trust*, destaca-se a sua função, desde os primórdios, que é salvaguardar a propriedade, algo natural nas relações sociais e, portanto, objeto inerente ao ser humano.

Conforme Rodrigues (2009), a propriedade é fundamental para existência e liberdade humana. Sendo assim, o *trust* revela a sua importância ao passo que possibilita uma maior proteção e organização daquilo que é imprescindível para a vida do homem. Ressalta-se, tão importante quanto, a necessária regulamentação jurídica dessa figura, que possui em suas bases a fidúcia, o elemento subjetivo da confiança, característica essencial de sua constituição.

3.1 O *TRUST* FACE O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO: DIFERENÇAS JURÍDICAS

Destaca-se as diferenças entre os institutos, primeiramente, no que diz respeito às suas origens. A fidúcia é um instituto originário do sistema jurídico romanístico e o *trust*, como visto no capítulo anterior, é de origem do sistema *common law*, mais precisamente, é uma figura derivada da evolução do *use* inglês.

Entretanto, apesar de pertencerem a sistemas jurídicos diversos, sabe-se que o *trust* e a fidúcia são figuras análogas (SALOMÃO NETO, 2016). Desse modo, uma vez já conceituado e destacados os principais elementos de um, faz-se mister compreender o outro, para que assim seja possível comparar tais instrumentos.

Segundo Chalhub (2017), a fidúcia romana era uma espécie de acordo entre partes, onde de forma solene se transferia a propriedade, já estando convencionada, porém, uma cláusula de restituição da coisa (*pactum fiduciae*). Desta forma,

denominava-se de fiduciário a parte que se obrigava a devolver a propriedade sobre a coisa àquele que a transmitiu – o fiduciante – logo após o alcance da finalidade do que foi pactuado.

Percebe-se que o instrumento romano se caracterizava como uma reversão do domínio da coisa, com o intuito primeiro de garantir o adimplemento de uma obrigação. Nesse passo, tal figura “é uma convenção pela qual aquele que recebeu uma coisa ou um direito, pela *mancipatio* ou pela *in jure cessio*, se obriga à restituição, quando satisfeito o fim ou preenchida a destinação”. (LIMA, 1962, *apud* CHALHUB, 2017, p. 33).

A fidúcia, no antigo Direito Romano, podia ser avençada de duas formas: uma que tinha como fim o que seria hoje o depósito ou comodato, a fidúcia *cum amico*, e outra para efeitos de garantia a um credor, a fidúcia *cum creditore*. Alves (1979) afirma que a primeira tinha como finalidade permitir que o fiduciante, por meio da transferência da propriedade, guardasse um bem sob os cuidados de um amigo. Já a segunda objetivava constituir uma garantia real através da transferência ao credor da propriedade da coisa, com a obrigação de restituí-la uma vez ocorrido o adimplemento.

Para Foerster (2013), hodiernamente, o mecanismo romano tende a se transformar em um elemento histórico, servindo como base para novos institutos jurídicos. Nesse sentido, “certamente, com o passar do tempo, os negócios fiduciários, paulatinamente, deram – e darão – lugar a novos tipos de negócios, revestidos de segurança pelo Direito e apropriados a determinadas atividades”. (SANTOS, 2017, p. 43).

Nessa acepção, subsiste o questionamento sobre o que levaria dois sujeitos a avençarem um contrato baseado na confiança. Para Andrade (1959), justifica-se a utilização dos negócios fiduciários pela sua flexibilidade, que o torna um instrumento jurídico de caráter prático, oferecendo assim liberdade para os contratantes.

Para Foerster (2013, p. 243), os contratos fiduciários são ainda [...] “uma espécie de ‘curinga’ no jogo de cartas das instituições jurídicas, contribuindo para viabilizar a consecução de escopos que a ordem jurídica não satisfaz, para atenuar certas inflexibilidades” [...].

Os negócios fiduciários também traduzem muito bem os princípios da autonomia da vontade e liberdade negocial, que são largamente utilizados nos tempos atuais, em um mundo marcado pela globalização e pelas relações econômicas de

crédito do capitalismo internacional. Desta forma, para Foerster (2013), merece acolhida o negócio fiduciário, desde que não traga prejuízos a terceiros ou represente um escape para as práticas ilícitas.

Em um sentido pós-romano, Chalhub (2017) entende como negócio fiduciário o negócio jurídico pelo qual um indivíduo – fiduciante – transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outrem – fiduciário –, obrigando-se este a dar-lhe uma destinação e, realizado esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.

O conceito de fidúcia desdobra-se, assim, em dois acontecimentos jurídicos diferentes, conforme Olcese (2015, p. 52):

De um lado, existe a *propriedade fiduciária*, pela qual o direito de gozar e dispor de um determinado bem pertence ao proprietário, porém não para satisfazer os próprios interesses, e sim os de um terceiro. De outro, há o *contrato (negócio) fiduciário*, pelo qual o fiduciante transfere a propriedade de um bem ao fiduciário mediante a celebração de um *pactum fiduciae*, obrigando-se este último a devolver a propriedade desse bem ao fiduciante, uma vez atingido o fim proposto. Nos sistemas de base romanista, não há, entre esses dois fenômenos, um nexo de causalidade, pois a propriedade fiduciária não nasce, necessariamente, de um contrato fiduciário.

No Código Civil brasileiro a propriedade fiduciária tem como alvo a garantia (art. 1.361, *caput*, CC), e não o vínculo jurídico de natureza real aplicável à administração de patrimônio alheio, o que ocorre no *trust*. Porém, ensina Miranda (2000, p. 146), que “sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve de negócio jurídico que não é o de alienação a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário”. Dessa forma, uma parte entrega em confiança um bem à outra para um determinado fim, tendo em vista um objetivo comercial acessório. É nesse aspecto que existem no Brasil alguns negócios fiduciários, os quais ainda serão abordados neste capítulo.

No que concerne as demais diferenças entre o *trust* e negócio fiduciário romanístico, aponta-se, desde logo, os sujeitos da relação contratual. No primeiro há uma relação tripartite, onde figuram o *settlor*, o *trustee* e *cestui que trust*, muitas vezes, sem necessitar de um acordo de vontades entre eles, já no segundo existem apenas o fiduciário e o fiduciante, existindo sempre um acordo de vontades baseado na confiança. (BUZAID, 1969, *apud* OLCESE, 2015).

Como visto no capítulo anterior, o *trust* caracteriza-se pela dupla titularidade sobre o bem, sendo esta outra diferença essencial desse instituto em relação a fidúcia dos países civilistas. Segundo afirma Santos (2009, p. 144):

Um dos pontos mais importantes que devem ficar gravados é que a **constituição da fidúcia não implica cisão da propriedade** [...]. Com a instituição da fidúcia, o fiduciário passa a ser proprietário do bem. O direito romano-germânico não aceita a bipartição da propriedade, logo o fiduciante deixa de ter a propriedade. (Grifos do autor)

Segundo a referida autora (2009), para além dessa divisão, ainda existem outras diferenças entre o *trust* e os negócios baseados na fidúcia do Direito Romano-germânico, quais sejam: os bens envolvidos nesta integram o patrimônio do fiduciário, sujeitando-se a eventuais exigências dos credores, uma vez que no negócio fiduciário é mantido o princípio da unicidade do patrimônio; o pacto entre as partes torna a fidúcia irrevogável, o que não acontece com o *trust*, salvo disposição em contrário existente no seu ato de constituição; e mais, a fidúcia é firmada por meio de contrato, de outra forma, o *trust* pode ser instituído por ato unilateral da vontade do *settlor*, ainda que sem o consentimento do *trustee*, como visto no item anterior.

Quanto a esta última diferença, frisa-se o art. 1.362, do Código Civil, que expressa os elementos obrigatórios de um contrato que serve de título à propriedade fiduciária, *in verbis*:

Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterà:
I - o total da dívida, ou sua estimativa;
II - o prazo, ou a época do pagamento;
III - a taxa de juros, se houver;
IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

Quanto a administração da *res*, destaca-se mais uma distinção, é que na fidúcia romana a obrigação de restituir o bem transferido ao fiduciário é meramente pessoal, fundando-se exclusivamente na confiança do alienante no adquirente, este que segundo Chalhub (2017, p. 50) possui um “poder jurídico formalmente ilimitado sobre a coisa que lhe foi transmitida”, ao contrário do que ocorre no *trust*. Nesse contexto, Gomes (1965, p. 11) destaca que, no primeiro caso, “se o fiduciário não quisesse devolver o bem recebido, respondia, tão-somente, por perdas e danos, enquanto, no *trust*, a obrigação de revertê-lo ao beneficiário é de caráter real, nisso consistindo sua

grande superioridade”. Por isso, para Martins (2013), o alcance do *trust* é bastante maior que o da propriedade fiduciária.

Chalhub (2001), considera ainda que uma das mais importantes distinções é que o esquema processual da *common law* visa, por meio da fiscalização da administração do *trustee*, proteger o beneficiário do *trust*, enquanto que na propriedade fiduciária não se fiscaliza a atividade do fiduciário, mas se impõe regras gerais de boa conduta, tendo como benefício a proteção do fiduciante, como por exemplo, a boa-fé.

Consoante Chalhub (2017), o fiduciário é responsável pelos seus atos perante o instituidor, o beneficiário e a terceiros, podendo ser destituído se negligenciar o cumprimento dos seus deveres. Por outro lado, viu-se que no *trust* a responsabilidade do *trustee* acontece somente para com o beneficiário.

A respeito, afirma o referido autor (2017, p. 40) que:

[...] importa observar que, com a constituição do *trust*, desaparece da relação o *settlor* (fiduciante), isto é, aquele que institui o *trust*, permanecendo somente sua vontade, manifestada no ato de constituição do *trust*. Todos os direitos, ações e interesses que tinha o *settlor* sobre a coisa são transferidos e divididos entre o *trustee* e o *cestui que trust*, daí por que os frutos da coisa devem ser entregues a este último, a quem também devem ser prestadas contas, e não ao *settlor*.

Não obstante as muitas diferenças entre o *trust* e o negócio fiduciário, atualmente, em diversas situações, nota-se que a evolução histórica do *trust* o faz compreender tanto os negócios com fins de garantia, quanto aqueles que têm a finalidade de administração de patrimônio, é o caso, por exemplo, dos *trusts* constituídos nos países da *civil law*. Neste último caso, observa-se que o *trust* assemelha-se mais à fidúcia *cum amico*, haja vista ser o *trustee* alguém que recebe um bem de outrem para administrá-lo em confiança. Por outro lado, o primeiro caso relaciona-se mais a fidúcia *cum creditore*, sendo similar a propriedade fiduciária. (FERREIRA, 1956, *apud* OLCESE, 2015).

Nesse sentido, Chalhub (2017, p. 41) destaca que no mundo moderno “o campo de aplicação do *trust* é de tal maneira vasto, e variadíssimas as hipóteses que comportam sua utilização, que praticamente não há regras que dificultem ou restrinjam a constituição de um *trust*” [...], sendo assim, tal instituto pode ser utilizado para se alcançar inúmeros objetivos. Precisa-se, portanto, entendê-lo sob a perspectiva daqueles institutos fiduciários já regulados pelo Direito Pátrio.

3.2 OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS ACEITOS NO BRASIL

A maior concentração dos contratos de fidúcia está nos países da *common law*, contudo, pode-se encontrá-la positivada em alguns ordenamentos jurídicos romano-germânicos. O ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não possuir uma regra geral para os negócios fiduciários, apresenta-os inspirados no instituto romano da fidúcia *cum creditore*.

Os negócios fiduciários foram instituídos no Brasil em 1965 por meio da Lei 4.728, posteriormente alterada pelo Decreto-lei 911/69, que regulou a alienação fiduciária em garantia, figura que representa a introdução do negócio fiduciário no ordenamento jurídico brasileiro. Para Foerster (2013, p. 435):

A alienação fiduciária é negócio jurídico porque uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a restituí-la uma vez solvida a condição ou o termo que tenham subordinado tal obrigação, ou lhe seja solicitada a devolução, denominando-se ao alienante de fiduciante, e ao adquirente de fiduciário.

A denominada propriedade fiduciária, foi consagrada no artigo 1.361 do Código Civil vigente: “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”. Entende-se, portanto, que a propriedade é fiduciária, mas que se trata de uma propriedade resolúvel (art. 1.359, CC), tendo em vista o implemento de uma condição ou termo. Diante disso, ensina Santos (2009), a propriedade não é definitiva, uma vez que os seus efeitos podem ser extintos, se concretizadas as condições que deram motivo à sua criação.

Acentua-se, ainda, que a existência da propriedade resolúvel não se equipara à divisão da propriedade existente na *common law*, uma vez que a transferência de titularidade, consoante Oliva (2013), é apenas instrumental e temporária, ocorrendo não como um fim em si mesma. Segundo a referida autora (2013) é questionável, porém, a ideia de que os negócios fiduciários, no Brasil, configuram uma propriedade temporária, por isso, sendo incompatíveis com o direito de propriedade por causa da perpetuidade inerente a esta, haja vista, como se aduz, no país se admite a propriedade resolúvel.

Desta forma a perpetuidade não pode ser considerada como inerente a propriedade, pela possibilidade da extinção desta no próprio termo de sua

constituição. Para Oliva (2013), ainda, os negócios fiduciários não configuram uma propriedade temporária, pois o vínculo obrigacional não influencia o direito real; prova disso é que a propriedade permanece plena e ilimitada, seja nas mãos do fiduciário ou de outrem para quem este a transfira.

O Projeto de Código das Obrigações, de 1965, foi importante instrumento que tentou tipificar o negócio fiduciário, todavia, o Código Civil de 2002 disciplinou apenas a alienação fiduciária que é, conforme Fiuza (2010), uma espécie de propriedade resolúvel com escopo de garantia. Para o citado autor (2010, p. 672) nesta alienação, [...] “não há venda, por faltar o preço. Não há doação, por estar ausente o *animus donandi*. Não há troca, por faltar o bem dado em contrapartida. Há alienação atípica”. Nesse sentido, afirma Alves (1979, p. 59) que:

A alienação fiduciária em garantia, ao contrário do que sucede com os contratos de penhor, anticrese e hipoteca, não visa à constituição de direitos reais limitados, mas à transferência do direito de propriedade limitado pelo escopo de garantia. Apesar disso, apresenta-se ela, em nosso sistema jurídico, também como contrato de direito das coisas.

Ensina Fiuza (2010) que a alienação fiduciária em garantia é o contrato pelo qual o devedor fiduciante, objetivando o adimplemento de obrigação e mantendo-se na posse direta, obriga-se a transferir a propriedade de um bem ou a titularidade de um direito a outrem, o credor fiduciário, que fica obrigado a retransmitir a propriedade ou a titularidade do direito ao fiduciante, desde que paga a dívida garantida. Nessa direção, vê-se que o objetivo da alienação é avalizar uma obrigação e que a coisa ou o direito constituem um patrimônio de afetação, a salvo, portanto, da ação dos credores do fiduciário e do próprio fiduciante.

Nesse passo, Tartuce (2019), conceitua a alienação fiduciária em garantia como um negócio jurídico que traz como conteúdo um direito real de garantia sobre coisa própria, em virtude do fiduciante alienar o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o preço ao alienante originário.

Em sua doutrina, Fiuza (2010) afirma que alguns autores, a citar Alves (1979), não consideram a fidúcia legal como negócio fiduciário, posto que a tipificação legal assegura a remanipulação dos bens, não mais necessitando, portanto, do elemento da confiança depositada pelo fiduciante no fiduciário. O autor (2010) destaca que, de fato, a alienação fiduciária, por exemplo, possui execução específica em lei, que a torna um direito real de garantia, porém, a confiança ainda permanece como

característica essencial, uma vez que há a possibilidade do fiduciário não retransferir a coisa, restando ao fiduciante apenas reclamar perdas e danos. Portanto, para o citado autor (2010), a fidúcia legal não deixa de ser um negócio fiduciário.

Percebe-se que o devedor fiduciante deposita sua confiança no credor, o fiduciário, em quem se confia, gerando a alienação fiduciária. Constata-se, ainda, que o credor é o proprietário do bem, possuindo um direito real sobre a coisa que lhe é própria. Com o pagamento de todos os valores devidos, o devedor fiduciante adquire a propriedade, concluindo-se que a propriedade do credor é resolúvel.

Conforme Tartuce (2019), a alienação fiduciária ganhou um novo campo com a edição da Lei nº 9.514/1997, que cuida da alienação fiduciária de bens imóveis. Sabe-se, no entanto, que o Código Civil restringe a propriedade fiduciária apenas aos bens móveis. Nesse passo, afirma o citado autor (2019, p. 956):

Do ponto de vista da incidência das normas, frise-se que todas as leis especiais referentes à propriedade fiduciária de bens móveis, contidas na Lei 4.728/1965 e no Decreto-lei 911/196, são aplicáveis apenas às instituições financeiras e pessoas jurídicas equiparadas, caso das empresas de consórcio, e, portanto, as demais pessoas físicas ou jurídicas não podem celebrar alienação fiduciária em garantia. De qualquer modo, o Código Civil de 2002 possibilita a qualquer pessoa física ou jurídica a celebração de negócio jurídico pelo qual se dá em garantia certo bem móvel e infungível como propriedade fiduciária. Assim, a codificação tem incidência para as alienações fiduciárias de bens móveis celebradas por outras pessoas, que não as instituições financeiras. Por outra via, a alienação fiduciária de bens imóveis, apesar de estar inserida na lei que disciplina o Sistema de Financiamento Imobiliário, não está restrita às empresas financeiras ou fornecedoras de crédito.

O art. 22, *caput*, da Lei nº 9.514/1997, conceitua a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel como sendo “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. Ainda, estabelece o referido artigo, em seu parágrafo primeiro, que a alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena, os bens enfiteúticos, o direito de uso especial para fins de moradia, o direito real de uso, desde que suscetível de alienação e, finalmente, a propriedade superficiária.

Nesse contexto, conforme Tartuce (2019), somente é possível a compreensão da propriedade fiduciária, a partir dos citados comandos legais. A respeito dessa integração legislativa, o art. 1.368-A, do CC, prevê que as demais espécies de

propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária não previstas pela codificação submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais. O dispositivo destaca, ainda, que se aplicam as disposições do citado Código apenas naquilo que não for incompatível com a legislação especial. Em síntese, o Diploma Civilista tem caráter subsidiário em relação à tipologia do instituto. (DINIZ, 2010).

É importante frisar que a alienação produz efeitos entre as partes que figuram no negócio, tendo efeitos de um contrato. Contudo, uma vez efetuada, surge a propriedade fiduciária, direito real de garantia, com efeitos *erga omnes*, uma vez que surge, para além de uma obrigação, um direito real. Nesse passo, faz-se necessário esclarecer, segundo Tartuce (2019), que a propriedade fiduciária pode ter origem diversa da alienação fiduciária em garantia, como é caso, por exemplo, do fideicomisso, o qual se opera para fins de sucessão.

Conforme o citado autor (2019, p. 959), [...] “o fideicomisso ocorre quando o testador institui herdeiros ou legatários, impondo a um deles, o fiduciário, a obrigação de, por sua morte, ou sob certa condição, transmitir a outro, que se qualifica fideicomissário, a herança ou legado”. Nessa perspectiva, para Santos (2009, p. 146), “a substituição fideicomissária tem natureza claramente fiduciária, haja vista que o testador institui o fideicomisso, indicando um fiduciário que deverá manter a propriedade resolúvel dos bens”. Ressalta-se, porém, como ensina Azevedo (2005), que este tipo de relação fiduciária se aproxima mais da fidúcia *cum amico*.

Alguns doutrinadores, a citar Fiuza (2010) e Chalhub (2017), destacam que o Direito Brasileiro traz, ainda, outros negócios de natureza fiduciária, quais sejam: a venda com escopo de garantia; a cessão fiduciária de crédito; o endosso fiduciário; a cessão fiduciária de direitos de crédito decorrentes da alienação de imóveis, instituído pelo art. 17, da Lei nº 9.514/97; a propriedade fiduciária de imóveis para fins de constituição de fundos de investimento imobiliário, introduzida pela Lei 8.668/93; o negócio fiduciário para a administração, e também aqueles para fins de recomposição de patrimônio; ainda, a cessão fiduciária para fins societários, onde as ações são cedidas fiduciariamente para que o fiduciário exerça o voto, no lugar do fiduciante que não o queira exercitar.

Segundo Chalhub (2017, p. 60), nesse último tem-se o caso, por exemplo, do acionista de uma sociedade anônima, quando, por qualquer motivo, [...] “julga inconveniente dar, pessoalmente, votos de desconfiança aos administradores e, por

isso, atribui a outra pessoa esse encargo, transmitindo-lhe a titularidade fiduciária das ações”.

Para o citado autor (2001), a propriedade fiduciária para fins de administração dos bens imóveis, que integram os fundos de investimento imobiliário, é a figura do Direito Pátrio que mais se assemelha ao *trust*, por não agredir o sistema romano, uma vez que não contradiz o princípio de unicidade da propriedade, mas atualiza o conceito de fidúcia ao regular a segregação patrimonial como meio de proteção dos bens. É o que se depreende do art. 7º, da Lei nº 8.668/93, que trata dos Fundos Imobiliários, *in verbis*:

Art. 7º. Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:
 I- não integrem o ativo da administradora;
 II- não respondam direta ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora;
 III- não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;
 IV- não possam ser dados em garantia de débito de operação da instituição administradora;
 V- não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;
 VI- não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.
 [...]

Desta forma, os bens são separados do patrimônio do fiduciário, sendo-lhes cabível apenas à destinação convencionada em seu ato de instituição. No Brasil, tal instrumento é característico de um negócio fiduciário de investimento e constituem um patrimônio afetado.

Ante os negócios fiduciários apresentados, observa-se que não se pode conceituá-los plenamente como *trust*, uma vez que a fidúcia no ordenamento pátrio possui contornos diferentes do Direito Anglo-saxônico, não obstante as diversas características que lhes são comuns, tais como o elemento fiduciário, que em ambos se manifesta na confiança colocada em alguém, e a busca pela segurança jurídica nos negócios através do patrimônio de afetação – que será abordado no próximo capítulo – e das limitações às ações dos credores em relação aos bens sujeitos à propriedade fiduciária. (MARTINS, 2013).

O referido autor (2013) destaca que na propriedade fiduciária do Direito Brasileiro acham-se, implicitamente, os mesmos valores do *trust* e é por essa razão

que esse instrumento, especificamente, a alienação fiduciária em garantia, tem sido o instrumento mais utilizado em relação aos institutos civilistas mais tradicionais⁹, inclusive, amplamente protegido pela jurisprudência. Nesse sentido, vale destacar a recente decisão da Terceira Turma do STJ, (2019), que em sede do julgamento do REsp. nº. 1560562/SC, ratificou que a impenhorabilidade do bem de família¹⁰ dado em garantia não prevalece em alienação fiduciária:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. CONDOTA QUE FERRE A ÉTICA E A BOA-FÉ. 1. Ação declaratória de nulidade de alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. 2. Ação ajuizada em 23/08/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é dizer se é válida a alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. 4. A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais. 5. Não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnano pela sua exclusão (vedação ao comportamento contraditório). 6. Tem-se, assim, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista a necessidade de se vedar, também, as atitudes que atentem contra a boa-fé e a eticidade, ínsitas às relações negociais. 7. Ademais, tem-se que a própria Lei 8.009/90, com o escopo de proteger o bem destinado à residência familiar, aduz que o imóvel assim categorizado não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, mas em nenhuma passagem dispõe que tal bem não possa ser alienado pelo seu proprietário. 8. Não se pode concluir que o bem de família legal seja inalienável e, por conseguinte, que não possa ser alienado fiduciariamente por seu proprietário, se assim for de sua vontade, nos termos do art. 22 da Lei 9.514/97. 9. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp. nº. 1.560.562/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 02/04/2019, DJe 04/04/2019).

Observa-se dessa forma que o Acórdão afastou a intangibilidade do bem de família visando a proteção da boa-fé objetiva contratual e declarou válida a alienação feita pela parte recorrente. Nesse passo, outra decisão da Quarta Turma do STJ, (2019), no julgamento do REsp. nº. 1559348/DF, relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, considerou a autonomia da vontade da parte e afastou a proteção legal do bem de família oferecido em garantia.

⁹ A saber a hipoteca, o penhor e a anticrese, que “não mais satisfazem a sociedade industrial, nem as relações creditícias entre pessoas físicas, por apresentarem graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las”. (ALVES, 1995, *apud* CHALHUB, 2017, p. 209).

¹⁰ [...] “imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental, ou entidade de outra origem, protegido por previsão legal específica”. (TARTUCE, 2017, p. 145)

Em suma, destaca-se que no Brasil é a doutrina e a jurisprudência que regulam alguns negócios fiduciários. O Direito Brasileiro não regula de forma sistêmica a matéria, existindo somente algumas normas legais isoladas para hipóteses específicas, já mencionadas neste capítulo. Indaga-se, por isso, sobre a possibilidade do legislador está utilizando a figura do *trust*, sob diferentes títulos, sem reconhecê-lo como instituto jurídico no ordenamento pátrio.

3.3 O *TRUST* ANTE OS DIREITOS REAIS

Depreende-se da análise do Código Civil vigente que os direitos patrimoniais são divididos entre os direitos pessoais e os direitos reais. Faz-se deste último o objeto da presente análise, haja vista que no *trust* existe o envolvimento entre indivíduos e coisas.

Tartuce (2019, p. 30) define os direitos reais “como sendo as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas ou determináveis, tendo como fundamento principal o conceito de propriedade, seja ela plena ou restrita”. Os direitos reais, portanto, são subjetivos e giram em torno da propriedade.

Diniz (2010) pontua, dentre as muitas características dos direitos reais, a oponibilidade *erga omnes*, a existência de um direito de sequência, uma vez que estes direitos reais seguem o bem, e a publicidade.

No Código Civil observa-se que os direitos reais podem recair sobre coisas móveis e imóveis, estes adquirem-se por meio da transcrição (art. 1.226, CC) e aqueles através da tradição (art. 1.227, CC). O referido Código ainda apresenta um rol taxativo quanto aos direitos reais, o que revela mais uma característica destes, a tipicidade. Ou seja, os direitos reais no Brasil são os previstos no art. 1.225, CC, a saber: a propriedade; a superfície; as servidões; o usufruto; o uso; a habitação; o direito do promitente comprador do imóvel; o penhor; a hipoteca e a anticrese. Destaca-se também os novos direitos reais inseridos pela Lei 11.481/2007, quais sejam: a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso, como também o direito real de laje, introduzido pela recente Lei 13.465/2017.

Em que pese a tipicidade dos direitos reais, vale ressaltar que a autonomia privada, entendida como o direito que a pessoa tem de regulamentar os próprios

interesses, é um dos principais pilares do Direito Civil atual. Nesse sentido, Tartuce (2019), afirma que a influência da autonomia privada para o Direito das coisas, traz o entendimento de que o rol constante do art. 1.225, CC, não é taxativo, mas exemplificativo, ocorrendo uma quebra parcial do princípio da taxatividade dos direitos reais. Prova disso são as recentes alterações legislativas, citados no parágrafo anterior, que inseriram novos direitos reais no referido regramento.

Não obstante os posicionamentos contrários da doutrina clássica¹¹, a citar Pereira (2016) e Azevedo (2014), percebe-se que a norma do art. 1.225, CC, é aberta, por tratar a lei sobre novos direitos reais, tendo em vista, principalmente o princípio da operabilidade, que defende um sistema jurídico mais efetivo, concreto e inserido nas realidades jurídicas da sociedade, desde que não exista lesão a normas de ordem pública. (TARTUCE, 2019).

Diante de tais considerações, em especial sobre a taxatividade dos direitos reais, constata-se uma celeuma jurídica quanto a introdução do *trust* nos países de sistema jurídico romano-germânicos.

A tipicidade dos direitos reais, como visto, tem sido amplamente discutida. Conforme Jelembi (2017, p. 324), para o ordenamento português, este princípio, em nome da segurança jurídica, “abrange as restrições ao direito de propriedade bem como a proibição de um excesso ao permitido legalmente para o gozo pleno e exclusivo do direito real”. Para outros sistemas, porém, o *numerus clausus* dos direitos reais representa uma limitação à autonomia privada, quando de outro modo deveria conciliar os diferentes contratos que tenham afinidades entre si.

Nesse sentido, afirma Santos (2009) que em princípio o *trust* não poderia ser admitido, uma vez que o acordo entre as partes destinado à constituição de um *trust* envolveria, necessariamente, a constituição de um ônus real sobre a *res*. Nota-se que há uma divergência entre a taxatividade dos direitos reais e o *trust*, em razão deste constituir um novo direito real não previsto pela lei.

Contudo, diante do exposto, percebe-se que tal incompatibilidade parece ser obsoleta, tendo em vista que a necessária operabilidade das normas exige uma regulamentação de novos direitos reais. É a Teoria Minoritária, mas já bastante discutida, até mesmo pelos doutrinadores clássicos, como dito previamente. Nesse passo, Jelembi (2017, p. 325), sobre a tipicidade – taxatividade no Direito Português:

¹¹ Ressalva-se, porém, o clássico entendimento de Monteiro e Maluf (2011) que defende o rol dos direitos reais como exemplificativo.

Quanto ao seu sentido jurídico, o princípio mesmo sendo aceite no ordenamento interno, não é pacífico na doutrina, havendo apenas um ponto que floresce entendimento: a tipicidade não é aplicável aos factos constitutivos dos direitos reais porque estes direitos podem ser formados por meio de um negócio atípico, vindo à discussão a separação de conveniência juscientífica entre tipicidade legal e tipicidade social. Os primeiros são os previstos e regulados pela lei e os segundos têm a sua regulamentação na prática negocial.

Destaca-se, nesse contexto, que o princípio da autonomia da vontade, no âmbito das práticas negociais da sociedade, exerce um papel de muita relevância para o sistema jurídico civilista, em virtude da conseqüente necessidade de regulamentar direitos atípicos oriundos das práticas convencionadas entre as partes. Para Santos (2009), ainda que seja inoportuno considerar a existência de direitos atípicos, não pode ser a taxatividade dos direitos reais um empecilho, até porque tal princípio fundamenta-se na busca por segurança jurídica ao evitar que o intérprete crie direitos reais inominados. Desta forma, o intérprete deve apoiar-se nas figuras previstas na legislação. Entretanto, deve-se frisar que os direitos reais prescritos no Código Civil não são imutáveis.

Assevera a referida autora (2009) que não se pode encontrar no ordenamento pátrio qualquer proibição, pelo legislador, à criação de novos direitos reais, que possa vincular o intérprete. Por isso, se a inserção do *trust* implicar o surgimento de novos direitos reais, o legislador poderá regulamentá-los.

Santos (2009) ainda destaca que o problema do *numerus clausus* para os direitos reais não é uma dificuldade concreta, posto que já foi superado em outros países de tradição civilista, como exemplo, tem-se a Itália.

O princípio da publicidade dos direitos reais também poderia ser uma barreira à introdução do *trust*, segundo a citada autora (2009). Sabe-se, como dito, que os direitos reais são oponíveis a qualquer pessoa, por isso, devem ser de conhecimento público, que se dá, no caso dos bens imóveis e alguns móveis, com o registro. A problemática estaria nesse registro da propriedade em nome do *trustee*, tendo em vista que de má-fé poderia dispor da coisa como se dele fosse, o que poderia prejudicar o direito dos beneficiários.

Entretanto, a publicidade advinda do registro também pode vir a proteger o beneficiário do *trust*, uma vez que muitos direitos equitativos são sujeitos a registro. Desta forma a lei também poderia prever como oponível o direito do beneficiário, tornando-o conhecido por todos. (SANTOS, 2009).

Sabe-se que a tutela da propriedade fiduciária vem a ser outro importante caminho para o reconhecimento dos direitos reais aos *trusts*, ao possibilitar, por exemplo, a proteção do beneficiário da falência ou insolvência do *trustee*, assim como contra sua sucessão e terceiros adquirentes de má-fé. (SANTOS, 2009).

Nesse passo, faz-se necessário diferenciar o *trust*, enquanto possível propriedade fiduciária, das seguintes figuras jurídicas de garantia imobiliárias: o penhor, a hipoteca e anticrese. Consoante Chalhub (2017, p. 184):

[...] a constituição da garantia fiduciária importa na retirada do bem do patrimônio do devedor e seu ingresso no patrimônio do credor, ainda que com as restrições próprias do caráter resolúvel da transmissão, de modo que, em caso de insolvência do devedor, o bem objeto da garantia não comporá o ativo da massa, do mesmo modo que não compõe o plano de recuperação judicial de empresa. Já as garantias de hipoteca, penhor e anticrese não importam em alteração da titularidade sobre o bem objeto da garantia, que permanece no patrimônio do devedor; assim, em caso de insolvência do devedor, o bem objeto da garantia será levado ao concurso dos credores e arrecadado à massa falida, o que, como já visto, não ocorre com o bem objeto de propriedade fiduciária; em caso de recuperação judicial, o contrato garantido por propriedade fiduciária segue seu curso normal, sob administração dos administradores da empresa em recuperação e fiscalização do administrador judicial.

Nota-se, a partir disso, que a principal diferença se relaciona a titularidade do bem. De um lado a propriedade do bem é transmitida ao credor, no outro a coisa continua na posse do devedor. Importa frisar que o art. 1.428, CC, veda a cláusula avençada entre as partes que permite ao fiduciário dispor do bem em penhor, hipoteca e anticrese. Trata-se do pacto comissório, que a lei declara nulo de pleno direito. Por outro lado, na fidúcia em garantia, percebe-se que a coisa está nas mãos do credor e, assim, está destinada ao cumprimento da afetação, caso o fiduciante incorra em inadimplemento.

Contudo, sabe-se que o fiduciário é obrigado a ofertar o bem à venda, satisfazer o crédito e devolver o eventual excedente ao devedor. Ressalva-se, entretanto, a alienação de bens móveis, caso em que o legislador aplicou o entendimento da proibição do pacto comissório (art. 1.365, CC). Tal disposição é bastante criticada pela doutrina, uma vez que autores, a citar Miranda (2012), consideram que essa vedação não se aplica às garantias de natureza fiduciária.

No que tange a proteção dos bens em fidúcia ante a falência, citada anteriormente, importante regramento, conforme Chalhub (2017), é o do art. 119, IX, da Lei nº 11.101/2005, razão pela qual reconhece que a propriedade fiduciária, em

diversas hipóteses, implica em um patrimônio de afetação. É nesse sentido que, no capítulo seguinte, analisar-se-á a possibilidade da incidência do *trust* no Brasil como instrumento que poderá ser utilizado para afetar determinados bens e, assim, estes sigam à destinação específica para a satisfação dos direitos dos interessados.

4 DA INCORPORAÇÃO DO *TRUST* NO DIREITO PÁTRIO

Para a introdução do *trust* moderno nos países de sistema *civil law* observa-se como fator essencial o reconhecimento da propriedade objeto deste negócio como um patrimônio de afetação. Chalhub (2017) afirma que ao se buscar ambientar tal figura nos sistemas do Direito Romano, identifica-se a afetação patrimonial como importante característica comum entre os institutos civilistas de natureza fiduciária e o *trust*; seja pelo aspecto da própria fidúcia, que os revestem de uma flexibilidade funcional, seja pela proteção oferecida através da afetação do bem.

Para Chalhub (2010) o patrimônio de afetação é a massa patrimonial independente, formada especificamente para a obtenção de determinado fim jurídico ou econômico de relevância social e reconhecido por lei. É nesse contexto que o *trust* tem ampla regulamentação no Documento de Haia, de 1985, como um meio de separação patrimonial para determinadas finalidades.

Sabe-se que até o presente momento o Brasil não é signatário deste Documento. Diante disso, a análise da introdução do *trust* no ordenamento brasileiro se dá primeiro pela observação deste instrumento como um patrimônio separado e sua consequente incidência na legislação pátria, assim como pela verificação da possibilidade de o país ratificar as disposições legais que regulam tal figura jurídica.

4.1 A INCIDÊNCIA ATÍPICA DO *TRUST* NO ORDENAMENTO PÁTRIO E SUAS IMPLICAÇÕES

Comumente no Brasil o *trust* é interpretado sob a ótica da divisão da propriedade, fato este que dificulta a sua aceção pelo ordenamento jurídico do país, o qual não reconhece a dupla titularidade de um bem. Outrossim, é visto também como um meio para ocultação de patrimônio e práticas econômicas ilícitas, o que permite a existência de uma certa insegurança jurídica em torno dessa figura.

Entretanto, para alguns autores, a citar Oliva (2013), o *trust* pode ser melhor entendido a partir da afetação patrimonial e da propriedade fiduciária. Ambas as figuras são bastante utilizadas pelo legislador pátrio, como por exemplo, nos casos dos já citados fundos de investimentos e securitização de créditos imobiliários.

Sabe-se que a Convenção de Haia, de 1985, sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o Reconhecimento Deles buscou tornar o instrumento em comento compatível com os sistemas civilistas. Nesse passo, pode-se afirmar que para alcançar tal objetivo a referida Convenção se utilizou da técnica da segregação patrimonial, tendo em vista que, em seu art. 2º, destacou a afetação dos bens como a primeira característica do *trust*.

Observa-se que o negócio fiduciário, estudado no capítulo anterior, não oferece as mesmas vantagens do *trust* justamente por não formar um patrimônio destacado, ainda que sob uma condição resolúvel. Nesse sentido, infere-se do regramento supracitado que a afetação do bem garante a flexibilidade do negócio pela criação de um fundo separado, gerando uma universalidade de direitos, assim como estabelece uma segurança jurídica por este não se confundir com os bens do fiduciário.

Nessa direção, percebe-se que os efeitos da constituição de um patrimônio separado são equivalentes, ao menos funcionalmente, ao *trust* previsto na Convenção de Haia. Como bem afirma Oliva (2013, p. 134):

O patrimônio separado objeto da fidúcia, a despeito de ser titularizado pelo fiduciário, fica blindado das pretensões que não se relacionam com o fim a que se destina. Por tal razão, os credores pessoais, cônjuge e herdeiros do fiduciário não têm qualquer pretensão sobre aludido patrimônio de afetação. Retira-se por completo, assim, o foco subjetivista da relação de pertença, em prol da análise objetivista do fim a que se destina a universalidade patrimonial autônoma.

Desse modo, pode-se dizer que a solução brasileira para a introdução do *trust* em seu ordenamento jurídico seria reconhecê-lo como um patrimônio afetado, sob a titularidade do *trustee*, estando este, porém, vinculado à finalidade proposta pela afetação. Para a citada autora (2013), não importa quem seria o titular, uma vez que a titularidade é instrumental ao fim. Nesse sentido, a substituição do fiduciário, salvo disposição em contrário, não resultaria maiores impactos na administração dos bens separados, uma vez que o objetivo destes permaneceria intacto.

Vê-se que essa hipótese retrata a fidúcia em si, haja vista existir uma segregação destes bens daqueles que são patrimônio particular do fiduciário. Não há que se falar, portanto, em pretensão dos credores do fiduciário nem tampouco de interesses de herdeiros deste, pois o bem em fidúcia se quer integraria a herança, estando permanentemente afastados do processo de inventário do *de cujus*.

Da mesma forma, segundo Oliva (2013), pelos mesmos motivos do caso dos herdeiros, o cônjuge não teria também qualquer pretensão sobre tal patrimônio, independentemente do regime de bens, uma vez que os interesses deste apenas se justificam em relação ao patrimônio geral do fiduciário.

Contudo, sabe-se que aquele que gere o patrimônio afetado tem liberdade para administrá-lo, tendo sempre em vista cumprir a finalidade de sua constituição. Nesse passo, pode o fiduciário alienar os bens para se alcançar algum objetivo. Entretanto, sabe-se que este pode também fazê-lo de forma contrária, caso em que os credores de boa-fé não podem sofrer as consequências da invalidação do ato, respondendo o fiduciário por perdas e danos.

De outro modo, viu-se que o Direito *Common Law* configura o *trust* como uma espécie de desmembramento do domínio. Por um lado, o *trustee* seria o titular formal e, de outro lado, o beneficiário teria a propriedade substancial da coisa. Tal forma de se conceber a figura mostra-se incompatível com o princípio de exclusividade da propriedade, característico dos países de tradição Romano-germânicos. (SALOMÃO NETO, 2016).

É importante ressaltar que essa concepção não é favorável para a introdução do *trust* no Brasil. Conveniente, porém, é a ideia de que este constitui um patrimônio separado, e não um desmembramento do domínio. Conforme Oliva (2013), esse entendimento é o que melhor traduz o Regulamento de Haia em virtude de acolher, mesmo que parcialmente, os principais efeitos dessa figura no país, pois o mecanismo da separação patrimonial não vai de encontro a nenhum princípio basilar da legislação vigente. Ademais, pode-se inclusive identificar que o legislador brasileiro tem utilizado, cada vez mais, o patrimônio segregado para se alcançar muitos interesses.

Nesse passo, vale reiterar que não é da essência do *trust* formular um novo tipo de propriedade, mas o seu principal objetivo é formar uma afetação para determinada finalidade. Assim, para Oliva (2013), se faz necessário ter como elemento constitutivo deste instrumento a separação patrimonial, considerando, para tanto, o *trustee* como o titular único dos direitos conferidos em *trust*, possibilitando-o administrar os interesses dos beneficiários. A referida autora (2013) afirma, ainda, que o direito dos beneficiários consiste na gestão proba e eficiente do patrimônio, por parte do *trustee*, a qual reverterá os proveitos para estes, nos termos estabelecidos pelo *settlor*.

Outrossim, o *trust*, como já dito, torna-se atraente pelo fato de sua flexibilidade. Por isso, conforme Oliva (2013), seria possível introduzi-lo no Brasil através da técnica da separação patrimonial, incorporando os efeitos desta figura previstos na Convenção de Haia. Ainda assim, faz-se oportuno afirmar que o legislador pátrio precisaria determinar as disposições para que os particulares agreguem aos negócios fiduciários a técnica do patrimônio de afetação, que garantiria a formação de uma nova universalidade de direito, destinada a inúmeros fins. De tal modo, do negócio fiduciário sem patrimônio separado se transcorreria à fidúcia, instrumento hábil a produzir os efeitos do *trust* contidos na citada Convenção.

Diante disso, analisar-se-á, ainda no presente capítulo, as vantagens que poderiam advir por meio da incorporação desse instrumento jurídico no Direito Brasileiro, não apenas sob a perspectiva de novos negócios que poderiam ser constituídos pela autonomia privada, mas também para examinar em que medida este poderia se coadunar a institutos já existentes, potencializando seus efeitos.

Antes de se adentrar nessa questão, é necessário considerar a possibilidade de se criar diretamente o *trust* no ordenamento jurídico brasileiro, assim como destacar quais são as maneiras de reconhecimento no país de *trusts* constituídos no exterior, o que se fará no próximo item, conforme as regras de Direito Internacional Privado vigentes.

Viu-se no primeiro capítulo que o *trust*, como constituído nos países de Direito Anglo-saxônico, implica em uma dupla titularidade dos bens. Essa divisão de titularidade não se consolida no Brasil, diante da concepção da propriedade como absoluta, indivisível e exclusiva, ressalvadas as figuras da enfiteuse e superfície que, para Salomão Neto (2016), são exceções a tal princípio de indivisibilidade da propriedade. Vale destacar também que para o autor (2016) o condomínio não é uma exceção a este princípio, pelo fato de nessa figura existir um único direito de propriedade, cuja titularidade é dividida entre os condôminos.

À vista disso, o citado autor (2016), considera a introdução do *trust* no Brasil como uma lei a ser criada (*lege ferenda*). Para isso, afirma, tendo em conta a natureza jurídica do instituto, que seria indispensável modificar as regras referentes ao caráter absoluto e à indivisibilidade do direito de propriedade, para que não aconteça como na Província de Quebec, que considera o *trustee* um depositário e ou como ocorreu no México, onde o vínculo entre o fiduciário e o beneficiário é observado como uma relação de mandato.

Ainda conforme Salomão Neto (2016), a legitimação do *trust* pela via legislativa acarretaria, no entanto, diversas reformulações de ordem prática, dentre elas uma necessária aptidão judicial para o controle da atividade do *trustee*, à exemplo dos Tribunais do sistema *common law* que, como já visto, têm poderes para substituir um *trustee* por outro ou até mesmo assumir a administração do patrimônio sob *trust*, em caso de improbidade, omissão, impedimento ou morte deste.

Sabe-se, contudo, que os artigos 65 e 67, III, do CC, tratam do controle do Ministério Público sobre as fundações, ao passo que deve o órgão aprovar os estatutos destas, sejam os originais ou os reformulados. Além disso, há teoricamente, consoante o poder de tutela – art. 294 e seguintes do CPC – a intervenção por parte do Poder Judiciário nas fundações que não estejam cumprindo os seus objetivos. Entretanto, essa possibilidade de ação em determinada figura jurídica, segundo Salomão Neto (2016), não legitima e não representa o suporte mínimo que se exige para o acolhimento do *trust* no Brasil, em consequência da necessidade de se criar uma estrutura complexa e, por isso, onerosa, que exigiria dos órgãos judiciais uma certa prioridade.

Nesse contexto, cumpre frisar que as demandas judiciais já existentes precisam de uma maior agilidade e atenção do Judiciário, posto que este deve solucionar as lides e cumprir o seu papel social e político, garantindo os direitos constitucionais dos cidadãos. Por conseguinte, para o referido autor (2016), a criação do *trust* não se faz pertinente; ademais, conforme este, existem figuras típicas do ordenamento que cumprem algumas finalidades de tal instrumento, quais sejam: o fideicomisso (art. 1.951, CC); a constituição de renda (art. 803, CC); as fundações (arts. 62 a 69, CC) e outros institutos jurídicos.

O fideicomisso brasileiro permite a transferência, de um sujeito a outro, do bem e posse da herança, com a obrigação de, por morte deste fiduciário, haver a transmissão dos bens a terceiro já designado, desde que não concebido ao tempo da morte do testador (art. 1.952, CC). Nesse caso, há a correspondência com o *trust* testamentário, o qual permite a continuidade deste em favor de outro beneficiário constituído. Todavia, percebe-se que não há na previsão brasileira uma fiel semelhança, tendo em vista a não tipificação da divisão da propriedade/titularidade, existindo apenas uma propriedade resolúvel.

A constituição de renda, segundo Salomão Neto (2016), cumpre atividade semelhante ao *trust*, ao passo que possibilita a uma pessoa constituir uma renda ou

prestação periódica em benefício próprio ou alheio, por meio de contrato e a título gratuito ou oneroso, com prazo determinado ou por tempo de vida que não ultrapasse a do beneficiário. Consoante o citado autor (2016), tal instrumento também não confere o status de proprietário sobre a coisa ao beneficiário, como acontece no *trust*. Porém a renda pode ser acompanhada de garantia real concedida pelo obrigado ao pagamento desta, conferindo, assim, preferência do beneficiário sobre os credores, seja pela falência ou insolvência do sujeito obrigado ao pagamento.

As fundações, por seu turno, teriam finalidades semelhantes aos *trusts* referente a propósitos, com objetivo caritativo ou não, e até mesmo aos *trusts* privados. Vale ressaltar que os institutos analisados cumprem escassamente alguns objetivos do *trust*. Percebe-se, ainda, que este protege de forma mais ampla os beneficiários, “devido à cristalização em regras abrangentes e pormenorizadas dos deveres fiduciários do trustee, e devido principalmente à atribuição de direito de propriedade/titularidade ao beneficiário”. (SALOMÃO NETO, 2016, p. 65).

Finalmente, faz-se necessário analisar se o meio mais favorável para o Brasil seria a assinatura e ratificação da Convenção de Haia. De acordo com Xavier (2016), sem dúvidas, isso proporcionaria um ambiente jurídico seguro, uma vez que se trata de um Documento internacional, já em vigor em diversos países.¹² Isso facilitaria, ainda, o diálogo entre Estados de diferentes sistemas jurídicos. Nesse sentido, Costa (2017, p. 166), em seus estudos sobre os reflexos do *trust* e a sua possível ratificação pelo Direito Brasileiro, afirma que:

Um dos efeitos da globalização econômica é de índole cultural: modelos jurídicos característicos dos sistemas da Common Law passam a circular nos países de Civil Law, sendo o trânsito inverso de menor intensidade. O fenômeno não é novo, porém, apresenta-se agora, incontestavelmente, com mais acendrada frequência, suscitando estudos, dentre os juristas da Civil Law, acerca da possível compatibilização entre institutos de diversa origem.

Diante dessa compatibilização importa destacar quais seriam os efeitos tributários com o reconhecimento dos *trusts* no Brasil. Acerca disso, conforme Finkelstein (2016), verifica-se uma grande preocupação das autoridades fiscais, tendo em vista a constituição destes gerar uma movimentação patrimonial e de riquezas, onde demandas relacionadas ao verdadeiro beneficiário dos rendimentos, poderia

¹² A citar: Austrália, Canadá, Chipre, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Mônaco, Países Baixos, Panamá, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, San Marino e Suíça.

desconsiderar entidades envolvidas nos negócios. Para o aludido autor (2016), entretanto, seria possível incidir os seguintes tributos sobre as operações tocantes aos *trusts*: Imposto de Renda (IR); Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doações (ITCMD); imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários (IOF); e o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis *inter vivos* (ITBI).

Sabe-se que o imposto sobre a transmissão de bens, por alienação ou doação *inter vivos*, é de competência municipal e incide sobre bens móveis e imóveis, a uma alíquota que, via de regra, varia entre 2 e 6%, a depender do Município (art. 156, II, CRFB/88). Na instituição do *trust*, conforme Castro (2000), evidentemente o imposto de transmissão terá que ser recolhido sobre o valor dos bens transferidos pelo *settlor* ao *trustee*.

Em contrapartida, tratando-se de bens da herança, será devido o imposto de transmissão *causa mortis*, que é de competência estadual, tendo uma alíquota de até 8% e incide sobre os bens imóveis ou por doação de quaisquer bens ou direitos da herança. (art. 155, I, da CRFB/88 e art. 35 a 42, do CTN). Para Castro (2000), se o *trust* tiver sido constituído em vida, haveria o benefício fiscal do não pagamento do imposto *causa mortis* sobre bens imóveis, não configurando simulação ou ilegalidade, se constituído por testamento, caberá recolher o imposto de transmissão.

O Imposto de Renda tem seu fato gerador previsto nos termos do art. 43, do CTN, o qual o descreve como a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim compreendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e também de proventos de qualquer natureza, ou seja, os demais acréscimos patrimoniais não referidos anteriormente.

Consoante Calil (2018), entretanto, nas operações com *trusts* no exterior, a transferência de bens efetuada pelo *settlor*, residente no Brasil, para o *trustee*, no estrangeiro, não ocorrerá a incidência do IR ou ITCMD, haja vista não caracterizar, nesse caso, o efetivo aumento patrimonial deste, seja a título gratuito ou oneroso. Já a renda advinda da administração do *trustee* poderia estar sujeita ao IR na fonte, no Brasil, se os rendimentos aqui tivessem origem, levando-se em conta a legislação aplicável. Ainda, no ato de entrega de bens, valores ou direitos, pelo *trustee* ao beneficiário domiciliado no país, incidiria o ITCMD, em razão deste receber os bens a título gratuito, observando-se a competência prevista no art. 155, § 1º, da Carta Maior.

Além disso, Calil (2018), considera que tais aplicações podem ser relativizadas a depender das situações mais específicas, como por exemplo, no *trust* em que o beneficiário agir como administrador, uma espécie de *co-trustee*, poderia se cogitar a incidência do IR e não do ITCMD, pois este teria participação na origem da renda.

4.2 O *TRUST* FRENTE AS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O *trust*, em que pese não ser regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro, é uma realidade que não pode ser ignorada, tendo em vista o crescente número de residentes no Brasil que, por muitas razões, o instituem no exterior. Dessa forma, faz-se oportuno analisar essa figura à luz do Direito Internacional Privado e sob os comandos do Decreto-lei nº. 4.657/1942, mais conhecida como a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Importante destacar que esse estudo parte do *trust* como previsto no Documento de Haia, de 1985. Sabe-se que as regras de Direito Internacional Privado relacionadas a matéria foram estabelecidas pela referida Convenção. O texto oferece um regulamento comum sobre a lei aplicável aos *trusts*, que deve ser adotado pelos países signatários, através dos tribunais de qualquer deles.

O art. 6º, do referido Documento, determina que os *trusts* serão regidos basicamente pela lei escolhida pelo *settlor*. Isto, segundo Xavier (2016), demonstra prestígio à autonomia do instituidor. Se ausente tal escolha, o *trust* será regulado pela lei com a qual estiver mais proximamente conexo. Entretanto, deverão ser observados, conforme o art. 7º, os seguintes aspectos: a sede administrativa do *trust*, os seus objetivos, o local de situação dos bens e o local de residência ou sede dos negócios do *trustee*.

O art. 8º, por seu turno, exemplifica as matérias a serem reguladas, particularmente, pela própria Convenção, a citar: capacidade, indicação, remoção e renúncia de *trustees* ao cargo; direitos, deveres e funções destes, bem como as regras relacionadas a administração e extinção do *trust*. Os fatores externos ao *trust*, como por exemplo a forma de transferência da propriedade, ficam sob a regulação da lei do local onde os bens estão situados.

O art. 14 ainda traz importante disposição: “a Convenção não impedirá a aplicação de regras de direito mais favoráveis ao reconhecimento do *trust*”. Para

Xavier (2016, p. 85) tal disciplina “trata-se de uma cláusula aberta, que evita o engessamento dos países que optarem por ratificar a Convenção de Haia”. Assim, caso sejam aprovadas leis mais benéficas ao *trust*, o país poderá optar por aplicar a lei mais vantajosa.

Mais adiante, em seu art. 15, a Convenção determina que a instituição do *trust* em certo foro não pode violar ou desconsiderar os amparos legais do direito local. Por isso, em rol exemplificativo, se refere a proteção de menores e incapazes, aos efeitos pessoais e de propriedade do casamento, aos testamentos e a sucessão legítima, em especial a parte indisponível reservada a cônjuges e parentes, a transferência de título de propriedade e garantias reais, a proteção de credores em questão de insolvência e a proteção de terceiros de boa-fé.

Desta forma, consoante Xavier (2016), existindo conflito entre o reconhecimento de um *trust* e a proteção dessas garantias, deverá o Poder Judiciário proporcionar a consecução dos efeitos deste através de outros meios para se atingir a sua eficácia. Outrossim, o artigo 18 institui também a observância da ordem pública como requisito imprescindível ao reconhecimento de *trusts*, sob pena de desconsideração dos atos de sua constituição regulados pela Convenção de Haia.

No que se refere as normas internacionais aplicáveis no ordenamento pátrio, Salomão Neto (2016) afirma que é imprescindível enquadrar a figura do Direito estrangeiro dentre as normas de conflito do Direito Internacional Privado, o que se faz uma atividade difícil quando o instrumento não é reconhecido por determinado país, sendo este o caso do Brasil. Nessa perspectiva, conforme o citado autor (2016), a solução seria avaliar os direitos e obrigações que compreendem o *trust*, procedendo-se à qualificação de cada um destes, para assim poder se encontrar os correspondentes nas normas de Direito Internacional Privado.

Uma vez aplicadas tais normas, poderá se encontrar o Direito aplicável, devendo-se considerar, nesta ocasião, o que determina a LINDB. Nesse contexto, é necessário entender que o *trust*, em regra, como já abordado, gera uma transmissão de propriedade da coisa do *settlor* para o *trustee*, ressalvada a hipótese do instituidor se declarar como este. Para Salomão Neto (2016), essa transmissão, se houver de ser considerada no Direito Brasileiro, deverá reger-se pela regra do art. 9º, da referida lei, *in verbis*:

Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Efetivamente, conforme o legislador pátrio, reger-se-á o *trust* pela lei do local onde este foi constituído. Ainda do art. 9º, § 2º, infere-se que, nos casos resultantes de proposta, será aplicável a lei do local em que residir o proponente. Neste sentido, para Salomão Neto (2016), a transferência de bens pela via de proposta e aceitação não tem aplicação ao *trust*, uma vez que a constituição deste é sempre de iniciativa do *settlor*, configurando-se, portanto, um ato unilateral. De fato, como já visto, não é condição de existência do *trust* a aceitação do *trustee* ou do beneficiário, podendo existir substituições em caso de recusa do primeiro, já a recusa deste último gera o *resulting trust* (*trust* resultante) em favor do instituidor.

Ressalta-se, ainda, que os direitos e obrigações entre o *trustee* e beneficiário são de natureza obrigacional, uma vez que existem deveres fiduciários, tais como investir e administrar os bens, evitar conflito de interesses, o dever de cuidado na administração, entre outros. Nesse passo, também é de natureza obrigacional o direito do *trustee* de ser indenizado por despesas efetuadas durante tal administração. Desse modo, a esses direitos, aplica-se a mesma regra do *caput* do art. 9º, da LINDB. Assim sendo, conclui-se que, quando incumbir ao Tribunal brasileiro considerar o *trust*, tanto os direitos e obrigações do *trustee* quanto os do beneficiário, reger-se-ão pela lei do local onde ocorreu o seu ato de instituição.

Outrossim, percebe-se que os direitos dos beneficiários têm natureza real, haja vista recaírem sobre os bens afetados. Dessa forma, dever-se-á aplicar a regra do art. 8º, da LINDB, tendo em vista que aos bens em *trust* deverá ser aplicada a lei do lugar em que estiverem situados. Encontrando-se os bens no Brasil, proposta a ação em foro brasileiro, levar-se-á em conta o direito do beneficiário como propriedade, porquanto existir o direito de seqüela. Para Salomão Neto (2016, p. 68):

Essa questão dos direitos reais do beneficiário é de importância fundamental para a afirmação de que o *trust* pode encontrar reconhecimento no Brasil por via das regras de direito internacional privado. Contribui para reforçar a mesma conclusão o fato de que o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro institui os princípios gerais do direito, entre os quais está a equidade, como fonte de normas jurídicas. Seria evidentemente contrário à equidade privar o beneficiário dos direitos reais, com a possibilidade de

sequela, conferidos pela lei anglo-saxônica, negando a aplicação desta. De fato, isto levaria à consolidação da propriedade sujeita ao trust no trustee, em prejuízo dos direitos do verdadeiro beneficiário.

Sabe-se, contudo, que esse direito do beneficiário não será equiparável à propriedade nos casos de alienação onerosa efetuada pelo *trustee* a terceiro de boa-fé, posto que o Direito Brasileiro tem como princípio basilar a proteção deste. Assim, por esse motivo, não poderá ser contestado os bens sujeitos a registro de propriedade com validade perante terceiros.

O art. 7º, *caput*, da LINDB, ainda evidencia que o início e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família serão determinados pela lei do país em que for domiciliada a pessoa. Assim, para julgar a capacidade de fato para ser *trustee*, beneficiário ou *settlor* será aplicada a lei dos países onde estes estão domiciliados. Nesse passo, esta aplicar-se-á também, normalmente, à capacidade de direito das partes de um *trust* para integrá-lo e em consequência de obrigar-se ou beneficiar-se deste.

Nesta última circunstância, Salomão Neto (2016), reitera que poderá ser afastada a lei estrangeira em virtude de exceções de ordem pública. É o caso, por exemplo, de uma legislação de certo país restringir determinadas pessoas em razão do sexo, raça ou religião. Desta forma, deve-se afastar a norma por não se coadunar com os princípios da ordem jurídica brasileira, a citar os previstos no art. 5º da CRFB/88.

Vale destacar, ainda, o que dispõe o art. 16, da LINDB, o qual determina que a lei estrangeira será aplicada nos casos em que as regras de conflitos brasileiras a indicarem, sendo vedado, contudo, o reenvio, ou seja, as remissões para outras leis feitas pela lei externa. Nesse contexto, o referido autor (2016), destaca que não é aceitável a autonomia da vontade do *settlor* em relação a escolha da lei aplicável, nos casos em que reclamem competência as normas do Direito Brasileiro. Ou seja, sendo aplicáveis as regras da LINDB, a escolha do instituidor não poderá afastá-las, assim como se a lei brasileira reconhecer como aplicável a legislação estrangeira, aquele não poderá escolher a lei de um terceiro país, caso o faça será considerado ato inválido, mesmo que a norma reconhecida pelo Brasil considere a autonomia da vontade, pois configuraria reenvio.

Nota-se, nesse sentido, a importância do que assevera o art. 17, da LINDB, “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade,

não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Referindo-se às exceções de ordem pública, Salomão Neto (2016), ressalta que estas impediriam decerto que fossem válidas no Brasil, consoantes as leis estrangeiras indicadas pelas regras nacionais de conflitos, qualquer *trust* que privasse, por exemplo, os herdeiros brasileiros de sua legítima, assim como declarariam nulo aquele de origem testamentária que determinasse a existência de beneficiários sucessivos, tendo em vista que o ordenamento brasileiro proíbe o testador de sujeitar seu herdeiro ou legatário à condição captatória de disposição em favor de terceiro (art. 1.900, I, CC).

Cumprido ressaltar, finalmente, que a legislação pátria deve ser aplicada pelos Tribunais sempre que o foro brasileiro seja competente para julgar *trust* estrangeiro. Isso ocorre nos termos dos artigos 21 a 23, do CPC:

Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

[...]

Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I - de alimentos, quando:

a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;

b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;

II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.

Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Desta forma, conforme Salomão Neto (2016), os *trusts* estrangeiros podem ser discutidos perante os Tribunais brasileiros sempre que seja réu o *trustee* domiciliado no Brasil ou que no país tenha deixado de cumprir algumas obrigações, como é o caso do não pagamento de despesas do beneficiário aqui residente; ainda, sempre

que tenha o devedor de alimentos bens sob *trust* no Brasil; quando os bens sob *trust* sejam imóveis aqui situados; na circunstância que trate da discussão de *trust mortis causa* ou de *trust* familiar, em caso de dissolução de vínculo matrimonial constituído sobre bens, móveis ou imóveis, situados no país. Para o referido autor (2016), em todos esses exemplos, competem ou podem competir os Tribunais pátrios frente a aplicação de regras do direito estrangeiro, onde o *trust* foi constituído.

4.3 ANÁLISE JURÍDICO-SOCIAL DA NECESSIDADE DA INCORPORAÇÃO DO *TRUST* NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Considerando os efeitos da crescente globalização, percebe-se constantes interferências de institutos jurídicos de sistemas antagônicos no cenário político, econômico e social de diversos países. Nesse passo, o *trust*, até então desconhecido no ordenamento brasileiro, tem sido utilizado por nacionais no exterior como meio eficaz para se alcançar diversas vantagens. Cumpre analisar, no entanto, quais seriam as benesses advindas da regulamentação desta figura no Brasil.

Sabe-se que a sociedade passa por diversas transformações e o sistema jurídico, por seu turno, deve acompanhá-la, adequando-se as necessidades das pessoas através da reformulação até mesmo dos seus institutos. Nesse sentido, vê-se que o *trust*, antiga ferramenta para se estabelecer uma relação negocial, atesta a importância de tal adaptação, na medida em que nos dias atuais ainda serve como um importante meio de proteção e administração de bens, amplamente colocado à disposição dos particulares. (XAVIER, 2016).

As novas situações jurídicas importam em uma diferente maneira do legislador dizer o Direito, principalmente, quando se está em jogo a necessidade de uma maior segurança jurídica e a proteção de determinados grupos. Em que pese tal conclusão, segundo Oliva (2013), de forma geral, existem duas maneiras de resistência ao *trust*, a saber: a real necessidade de admiti-lo no país e o risco de usá-lo como meio fraudulento e abusivo.

No primeiro caso, indaga-se sobre o cabimento da figura no ordenamento pátrio. Para a referida autora (2013), entretanto, não se pode inferir a utilidade desta apenas pela ausência de instrumentos para o alcance de certos interesses, ou seja, pela necessidade de regular novas situações jurídicas que ainda não possuem

amparo legal. Precisa-se, na verdade, verificar qual a contribuição do *trust* para a otimização de figuras já existentes.

Quanto ao segundo caso, Oliva (2013) destaca que não existe risco específico associado ao *trust* o qual seja superior ao que há na utilização de outros instrumentos jurídicos já consagrados. De fato, qualquer instituto pode vir a ser usado para fins ilícitos, como exemplos, se pode citar um contrato de compra e venda que tenha o escopo de lavagem de dinheiro ou, ainda, a simulação de uma doação proibida, dentre muitos outros. Desta feita, não se pode ignorar a legitimidade de uma figura pelas possíveis fraudes advindas do seu mau uso. Ademais, é importante que seja fomentada a criação de mecanismos de controle, jurídicos e fiscalizatórios, por parte da administração pública.

Consoante citada autora (2013), dentre as principais colaborações do *trust* para o sistema jurídico brasileiro, encontram-se a possibilidade de uma maior proteção dos interesses dos incapazes, aprimorando os efeitos da tutela ou curatela, assim como da própria futura incapacidade, no âmbito das diretivas antecipadas. Destaca-se, ainda, a dinamicidade à transmissão dos bens, apresentando tal figura jurídica maior segurança, bem como uma necessária flexibilidade frente à condição resolutiva e diante das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Para Xavier (2016), além das suas importantes funções negociais, também se soma ao *trust* o seu significativo papel na seara familiar contemporânea, especificamente na assistência aos incapazes e portadores de deficiência.

Sabe-se que o legislador pátrio, conforme afirma Oliva (2013), ainda não regulou a fidúcia de maneira a potencializar a sua máxima utilidade, mas alguns meios jurídicos, como a condição resolutiva presente na alienação fiduciária em garantia e na cessão de direitos creditórios, sem dúvidas, caracterizam um mecanismo eficaz, por exemplo, ao permitir a proteção contra a falência do devedor empresário, pelo fato do bem não compor o patrimônio destes, e igualmente permitir a reintegração do bem, uma vez extinta a dívida. Contudo, consoante a mencionada autora (2013), tal instrumento não favorece a gestão patrimonial e, conseqüentemente, não há um eficiente aproveitamento dos bens.

Nessa perspectiva, tendo em vista o interesse das partes, em razão da natureza de certos bens, pode o titular desejar aliená-los e substituí-los por outros direitos. Porém a condição resolutiva, por gravar o bem e segui-lo em suas mudanças subjetivas, não comporta essa flexibilidade. Deste modo, para Oliva (2013, p. 155), a

conveniência do patrimônio separado, por consubstanciar universalidade de direito, preserva a destinação de seus elementos à específica finalidade ao mesmo tempo em que possibilita a livre substituição destes, sendo tal meio, portanto, mais eficiente:

Além disso, tal como hoje configurada no direito brasileiro, a alienação fiduciária em garantia não permite a separação jurídica entre fiduciário e beneficiário. De fato, o credor é, ao mesmo tempo, o proprietário fiduciário e o beneficiário da garantia. Congregam-se na mesma pessoa centros de interesses distintos, a saber, o da titularidade funcionalizada a um fim e o do beneficiário desta mesma titularidade. Essa conformação traduz mais uma amarra à otimização do aproveitamento dos bens, vez impossibilitar que a propriedade do mesmo bem seja funcionalizada à satisfação de mais de um credor.

Assim sendo, observa-se, que a regulamentação geral da fidúcia possibilitaria as relações tripartites, onde figurariam, para além do constituinte e do fiduciário, um ou mais beneficiários. Desta forma, o constituinte seria capaz de fazer a transferência do bem ao fiduciário para que empreendesse a propriedade em favor de variados credores. Nesse sentido, de acordo com Oliva (2013), o fiduciário assumiria a gestão e execução das garantias, a título de exemplo, no controle de prazos de pagamento dos créditos, cumprindo as notificações e organizando leilões de venda do bem, dentre outros, sempre sendo observada a preferência dos créditos.

Por outro lado, apesar de não figurarem como proprietários do bem, os credores se beneficiariam dessas atividades do fiduciário. Ademais, não correriam o risco de insolvência do devedor, uma vez que o bem não integraria o seu patrimônio nem o do fiduciário, pois o bem oferecido em garantia é separado do patrimônio geral deste.

Vale destacar também a evidente facilidade e o barateamento na cessão do crédito fiduciário. Tendo em vista existir uma transmissão da propriedade que acarreta burocracias e custos devido a mudança de titularidade, a fidúcia, conforme Oliva (2013), garantiria tal cessão sem muitas adversidades e custo adicional, uma vez que os credores seriam beneficiados pelo patrimônio separado a cargo do fiduciário, porém a cessão de seu crédito não implicaria na alteração do titular da propriedade.

Segundo a autora (2013), importante frisar, ainda, que a possibilidade do acréscimo de novos credores como beneficiários, observada a ordem de preferência, não precisaria afetar novos bens, como acontece na alienação fiduciária em garantia, tendo em conta não ser necessário, no patrimônio separado, ser correspondente o

número entre os bens e os credores, pois mais significativo que a parcela de bens, é o valor global do patrimônio afetado.

Quanto a gestão dos bens, importa destacar as relevantes contribuições do *trust* na proteção dos incapazes. Conforme Xavier (2016), considerando que os núcleos familiares tendem a diminuir, cada vez mais, assim como há uma baixa intensidade dos vínculos considerados entre si, as relações humanas passam hoje a ser marcadas por uma fluidez que tornam os laços afetivos mais fragilizados, oportunizando, desta forma, relacionamentos utilitaristas, baseados na cultura do consumo e do descarte. Nesse sentido, surgem novos e maiores desafios relacionados a defesa dos mais vulneráveis, a citar os sujeitos desprotegidos em razão da faixa etária e os deficientes, estes que são amplamente amparados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei nº 13.146/2015.

Para a supracitada autora (2016), existe um considerável avanço com a EPD, ao instituir, por exemplo, a curatela compartilhada, prevista no art. 1.175-A, CC, segundo o qual “na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa”. Porém, ainda existe a dificuldade de se encontrar um curador bom e responsável, ao passo que não são todas as pessoas que possuem educação financeira, além do mais, podem administrar com má-fé, ocasionando danos até mesmo irreversíveis ao curatelado.

Outra plausível preocupação se dá na circunstância da curatela que, em regra, é temporária. Xavier (2016) acredita que a dificuldade de se encontrar um curador pode prejudicar o deficiente, na medida em que, por exemplo, este seja filho único, sem parentes próximos ou com os quais não tenha afinidade. Pode-se citar, ainda, o contexto de uma família monoparental cujo filho seja deficiente.

De acordo com a citada autora (2016), para as referidas circunstâncias o *trust* se apresenta como um instrumento eficaz e seguro na defesa dos direitos dos deficientes, uma vez que a sua constituição poderia levar a nomeação de *trustee* profissional e a indicação da pessoa com deficiência como beneficiária. Sendo o instituto, inclusive, importante auxílio na complementação à tomada de decisão apoiada (art. 1.783-A, CC) ou à própria curatela, posto que o *trustee* poderia auxiliar na fiscalização da atuação dos apoiadores ou curadores.

Diante disso, observa-se que o curador ficaria incumbido a prestar contas dos gastos realizados com a renda do beneficiário curatelado, o que tornaria a sua tarefa muito menos complexa, não tendo a responsabilidade de administrar todo o

patrimônio. Outrossim, vê-se a importante utilidade do *trust* na situação de danos causados pelo deficiente, na hipótese do art. 928, CC. Os bens destes estando em *trust* ficariam preservados da obrigação de indenizar, pelo fato do *trustee* figurar como o titular, e o deficiente apenas como beneficiário. Vale ressaltar que o regime das incapacidades não se aplica somente aos deficientes, mas também às crianças e aos adolescentes, bem como a uma parcela dos idosos, que por vezes, em consequência de doenças degenerativas, ficam com o discernimento limitado. (XAVIER, 2016).

Nesse sentido, para Oliva (2013), é válida a busca dos pais por instrumentos legais que garantam a continuidade de recursos aos filhos, que pode ser comprometida pelo falecimento ou ausência destes. Porém, os institutos brasileiros têm apenas o objetivo de simples gestão, como exemplo o contrato de seguro de vida ou a criação de sociedades familiares, que servem para a administração e organização do patrimônio em benefício da família. Por outro lado, o testamento ou outro documento válido pode, por sua vez, instituir tutor para os filhos menores.

Contudo, como já referido, é grande a dificuldade dos pais para encontrar pessoas de sua confiança, uma vez que os tutores têm espaço para agir conforme a sua própria discricionariedade, e afirma Oliva (2013, p. 172) que:

Nesse contexto, a admissão, em termos gerais, da fidúcia no direito pátrio se mostraria medida salutar para a tutela de relevantes necessidades patrimoniais e existenciais dos incapazes, em consonância com os valores sociais da livre iniciativa. Os pais poderiam atribuir ao fiduciário a propriedade de bens, que formariam patrimônio separado a ser administrado em proveito dos incapazes e consoante determinadas diretivas previamente fixadas. Seria possível que os incapazes (ou mesmo os que, capazes, tenham algum tipo de necessidade especial) recebessem tutela moldada às suas concretas necessidades. A circunstância de a propriedade dos bens ficar com o fiduciário, não já com o incapaz sob administração do tutor ou curador, confere flexibilidade e agilidade na administração do patrimônio, que tem como beneficiário o incapaz, além de poder contar com gestão profissional e especializada.

Além do exposto, conforme Oliva (2013), o tutor e o curador poderiam também fiscalizar a atividade do *trustee*, portanto se trataria de um mútuo controle benéfico para os interesses do incapaz, podendo também contribuir nessa ação o protutor, figura prevista no art. 1.742, CC. Ainda, ressalta-se que o encargo de tutor se encerra após dois anos e a tutela dura até a maioridade. De outra forma, a fidúcia poderia ser avençada até para surtir efeitos enquanto persistir a incapacidade ou a necessidade

especial que a motivou. Isso garantiria uma constante administração dos bens afetados aos filhos.

Nesse passo, para Oliva (2013, p. 173), “a tutela e a curatela decorrem de imposição legal, mas a fidúcia é fruto do acordo de vontades que vai regulamentar seu escopo, o que garante eficiente gestão do patrimônio dos incapazes [...]”. Tal eficiência seria consequência da proteção advinda da técnica da titularidade fiduciária associada ao patrimônio separado, meio essencial para o reconhecimento do *trust* no Brasil. Por fim, a adoção desse instrumento resultaria em importante guarida aos filhos incapazes, como no caso daqueles abastados financeiramente, que protegidos pelo *trust* estariam resguardados da disputa pelo tutor ou curador apenas pelos interesses destes, uma vez que a maioria dos bens ficariam sob a administração de uma instituição profissional e independente.

Ainda, diante disso, pode-se frisar que a possibilidade de conflito de interesses do tutor ou do curador herdeiro do incapaz poderia assim ser dirimida. Cita-se também o caso de ações aplicadas no mercado financeiro, onde a atuação do *trustee* seria mais rápida na ocorrência de queda repentina destas, haja vista estariam sob a titularidade do fiduciário, não precisando de autorização judicial para aliená-las, levando-se em conta o melhor interesse do incapaz.

Depreende-se, conforme o exposto, que o *trust* é um meio eficaz, seguro e flexível na tutela dos mais diversos interesses patrimoniais e existenciais dos incapazes, pela oportunidade de os pais definirem os termos conforme a necessidade dos filhos, assim como pela blindagem que ocorre pelo fato de existir a separação patrimonial, a qual preserva os bens destes da confusão com os do fiduciário.

Dentro desse contexto, sabe-se também que a interdição, atualmente, é um mecanismo utilizado em caso de estrita necessidade. Por isso, para Oliva (2013), tem-se cada vez mais adotado as diretivas antecipadas, no que concerne a futura própria incapacidade, como uma medida, por exemplo, para assegurar determinado tratamento médico, dentre outras precisões físicas e psíquicas do provável futuro incapaz. Desta feita, o *trust* conseguiria abarcar as legítimas opções e direcionamentos feitos pelo instituidor quanto a gestão do seu patrimônio em benefício próprio.

Assim, como o testamento efetua a vontade do *de cujus*, neste caso, tais diretivas valorizariam as decisões feitas pelo incapaz quando este ainda era capaz. Ressalta-se que ao tempo dessas decisões o contexto do incapaz poderia ser outro,

contudo, se as mudanças ocorridas alterariam ou não as diretivas deste, importa frisar que estas ao menos serviriam de paradigma para a gestão de seus bens, ao passo que respeitaria o seu estilo de vida e seria mais fácil identificar quais seriam as suas escolhas em determinadas ocasiões. (OLIVA. 2013).

Relativamente ao *trust* como meio para proporcionar dinamicidade às transmissões de bens, Oliva (2013) sublinha que este se torna mais eficaz que as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, uma vez que o objetivo do doador ou testador, ao gravar os bens com estes requisitos, evidentemente dentro dos limites legais, é tão somente a proteção do patrimônio, seja de uma alienação inútil, das dívidas do filho pródigo ou da ingerência do cônjuge, a título de exemplo.

Contudo, tais restrições paralisam os aproveitamentos dos bens, dificultam a adaptação destes às necessidades dos beneficiados e, ainda, às variações do mercado. Por outro lado, a fidúcia seria o método que alcançaria os mesmos objetivos dessas cláusulas, ademais, garantindo um dinâmico proveito do bem pela alienação da gestão do patrimônio gravado para alcançar os interesses do beneficiado. Nesse passo, de acordo com a citada autora (2013, p. 187), verifica-se que:

[...] a fidúcia poderia ser de extrema valia na proteção dos interesses dos donatários, herdeiros e legatários, porquanto permite (i) a proteção almejada com as cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade, pois, respectivamente, (a) os bens em fidúcia não podem ser atingidos pelos credores dos beneficiários (que apenas podem executar os proventos recebidos pelos beneficiários), (b) os beneficiários não têm poder de disposição sobre os bens em fidúcia, vez que de titularidade do fiduciário, e (c) o cônjuge dos beneficiários apenas pode pretender direito sobre os proventos recebidos, não já sobre os bens de propriedade do fiduciário; bem como a (ii) flexibilidade na gestão dos bens, o que afastaria os inconvenientes suscitados com a aposição de tais cláusulas restritivas, haja vista que possibilitaria (a) a adequação dos bens às concretas necessidades dos beneficiários, que podem se alterar ao longo da vida, (b) o benefício a mais de um donatário, herdeiro ou legatário sem os inconvenientes do condomínio, e (c) a preservação do patrimônio de maneira mais efetiva, pois essas cláusulas, dependendo do bem no qual incidem, podem ser deveras prejudiciais, como a cláusula de inalienabilidade em se tratando de ações.

Percebe-se, portanto, que tal figura jurídica se configura como um instrumento capaz de se adaptar as necessidades concretas dos sujeitos envolvidos em sua constituição. Além disso, oferece considerável segurança por meio da segregação patrimonial, possibilitando um maior aproveitamento destes bens, garantindo, com maior efetividade, os objetivos do instituidor e os interesses dos beneficiários.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *trust*, apesar de ser um instituto milenar, mostra-se atualmente como uma importante ferramenta para as relações negociais, sendo um meio eficaz na proteção do patrimônio à medida que facilmente se adapta as mais diversas realidades. Do seu uso no Direito Inglês a sua aplicação em países de sistema jurídico oposto, observou-se que tal figura traz em si específicas vantagens para as partes que a convencionam, oferecendo inegável guarida para o princípio da autonomia da vontade e liberdade negocial.

Percebeu-se que no Brasil, em que pese as divergências doutrinárias, seria viável a admissão do *trust* através da técnica da segregação patrimonial e da titularidade fiduciária. Para isso, entretanto, destaca-se que seriam necessárias alterações no Código Civil brasileiro e inevitáveis esforços para a capacitação do Poder Judiciário, tendo em conta que a legalização do *trust* requer modificações no direito material e processual, bem como exige organização e eficiência dos órgãos judiciais do país.

Vale ressaltar que já houve alguns esforços de ajustes dos efeitos do *trust* no Brasil. São exemplos o Projeto de Lei nº 3.362, de 1957, que buscou instituir o Fideicomisso inter vivos; o Projeto de Código das Obrigações, nº 3.264/1965, que tratou do Contrato de Fidúcia; o Projeto de Lei nº 4.809/1998, que também buscou introduzir este contrato; e, ainda, o recente Projeto de Lei do Senado, nº 487/2013, que trata sobre o Novo Código Comercial e dispõe sobre o Contrato Fiduciário.

Cabe destacar que, não obstante as lacunas legislativas e a falta de regulação geral, além do reconhecimento da constituição de *trust* pelos brasileiros em outros países, há também a aplicação dos efeitos deste em certas atividades específicas, as quais o legislador se beneficiou da técnica da titularidade fiduciária e do patrimônio separado, quais sejam: a Lei nº. 8.668/1993, que trata do Fundo de Investimento Imobiliário; a Incorporação Imobiliária, depois das alterações feitas pela Lei nº 10.931/2004; a Securitização de Créditos Imobiliários, Lei nº 9.514/1997; o Sistema de Consórcio, Lei nº 11.795/2008; o Sistema Brasileiro de Pagamento, Lei nº 10.214/2001; o Depósito Centralizado de Ativos Financeiros e de Valores Mobiliários, Lei nº 12.810/2013, dentre outras disposições.

Todavia, até o presente momento, não há qualquer regulamentação do *trust* como uma figura independente, acontecimento que o deixa a margem no sistema jurídico nacional, principalmente porque neste há a impossibilidade legal de se constituir patrimônio separado, para além dos casos específicos previstos na legislação.

Resta evidente, porém, que o legislador pátrio tem criado sucessivas hipóteses de incorporação dos principais efeitos do *trust*. Nesse sentido, defende-se que o Brasil deveria ser signatário da Convenção de Haia, de 1985, que tratou o *trust* como figura jurídica única, estando apto a ser constituído não só nos países de jurisdição *common law*, mas em outras jurisdições, que podem-no adotar com algumas modificações.

Conclui-se que, a partir da adesão do Brasil a este Documento, seria possível o regular uso do *trust*, figura de indispensável benefício para casos específicos, tais como a realidade das pessoas deficientes ou incapazes, os quais teriam uma maior proteção na gestão dos seus bens, dentre tantas outras benesses tratadas ao longo deste trabalho.

Assim, diante da problemática outrora levantada, sobre se a eventual recepção do *trust*, através de regime jurídico próprio, ocasionaria ou não prejuízo ao dispositivos legais vigentes, defende-se a hipótese levantada na presente pesquisa de que merece guarida tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a sua constituição não violaria, levando-se em conta as adaptações necessárias, as normas do Direito pátrio, sendo possível, portanto, a sua regulamentação como instrumento seguro e flexível de proteção patrimonial.

Desse modo, a recepção do *trust* viria a ser fundamental para a regulamentação das mais variadas situações existentes no cenário socioeconômico do país, principalmente no que diz respeito às circunstâncias fiscais daqueles que investem no exterior, o que levaria a diminuição das contravenções e, conseqüentemente, minoraria os prejuízos aos cofres públicos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **A Alienação Fiduciária em Garantia**. São Paulo: Saraiva, 1979.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Negócio Fiduciário. **Revista da Faculdade de Direito**. Belo Horizonte, v. 11, 1959. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/648/613>. Acesso em: 02 set. 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao novo Código Civil**: das várias espécies de contrato. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001**. Dispõe sobre o sistema brasileiro de pagamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10214.htm. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 02 de agosto 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm. Acesso em: 06 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.795, de 08 de outubro 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11795.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.810, de 15 de maio 2013.** Dispõe sobre depósito centralizado de ativos financeiros e de valores mobiliários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12810.htm. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965.** Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993.** Dispõe sobre os Fundos de Investimento Imobiliário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8668.htm. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.** Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3.^a Turma. **Recurso Especial nº 1560562/SC.** Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 02 de abril de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95782342&num_registro=201502547087&data=20190516&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4.^a Turma. **Recurso Especial nº 1559348/DF.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 18 de junho de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=99164069&num_registro=201502459832&data=20190805&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.264, de 1965**. Estabelece o Código de Obrigações e trata do contrato de fidúcia. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30OUT1965SUP.pdf#page=33>. Acesso em: 30 de out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.362, de 1957**. Institui o fideicomisso inter-vivos. Capital Federal: Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15OUT1957.pdf#page=21>. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.809, de 1998**. Dispõe sobre o contrato de fidúcia e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CDD2073C3535024C6E6BBE48AABD2E0C.proposicoesWebExterno2?codteor=1129151&filename=Dossie+-PL+4809/1998. Acesso em: 23 de out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 487, de 2013**. Reforma o Código Comercial. Brasília, DF: Senado Federal. [2019]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4713964&ts=1573498200084&disposition=inline>. Acesso em: 02 nov. 2019.

CALIL, Ricardo. Incidência do imposto de renda e do ITCMD em operações com *trusts*. **Revista Direito Tributário Internacional Atual - RDTI**. São Paulo, n. 4, p.179-199, set.-nov. 2018. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2018/12/Ricardo-calil.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

CASTRO, Felipe Faltay Katz de. **Validade e eficácia dos contratos de *trust* no Direito Brasileiro**. 2000. Trabalho de Graduação Interdisciplinar. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Faculdade de Direito. Disponível em: http://www.katzadvogados.com.br/upload/noticias/arquivos/contratos_trust_direito_br_asileiro_20161013114410.pdf. Acesso em: 19 set. 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: Negócio fiduciário**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CHALHUB, Melhim Namem. **Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia**. São Paulo: Renovar, 2001.

COSTA, Judith Martins. O *trust* e o direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, v. 12, p. 165-209, jul.-set. 2017. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/314/299>. Acesso em: 05 out. 2019.

DAVID, René. **O direito inglês**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. v. 4. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FINDELSTEIN, Cláudio. O *trust* e o direito brasileiro. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais - RDB**. São Paulo, v. 19, n. 72, n.p., abril-junho. 2016.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo / César Fiuza**. 14. ed. rev., atual. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FOERSTER, Gerd. **O “Trust” no Direito Anglo-Americano e os Negócios Fiduciários no Brasil: Perspectiva de Direito Comparado (Considerações sobre o Acolhimento do “Trust” pelo Direito Brasileiro)**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2013.

GOMES, Orlando. **Contrato de fidúcia (“trust”)**. RF 211/11-20. Rio de Janeiro: Forense, jul.-set. 1965.

GONZALES, Douglas Camarinha. Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da *common law* e do sistema romanístico. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 46, p.72, jul.-set. 2009.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convenção sobre a Lei Aplicável aos Trusts e ao Reconhecimento Deles**. Haia, 01 de jul. 1985. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=59>. Acesso em: 07 ago. 2019.

JELEMBI, Armindo Gideão Kunjiquisse. **O negócio fiduciário: caracterização, constituição e efeitos**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/80673>. Acesso em: 14 out. 2019.

MARTINS, Raphael Manhães. Análise da “aclimatação” do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária. **Revista Quaestio Iuris**. v. 06, nº 02, p. 30-62, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9593/7426>. Acesso em: 12 ago. 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: Parte Geral**. v. 3. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. v. 3. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLCESE, Tomás. A propriedade fiduciária de base romanística e o *trust* inglês: perspectivas comparatistas. **Revista jurídica da FA7: periódico científico do programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro**. Fortaleza, v. 12, p. 45-60, jan.-jun. 2015. Disponível em:

<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/26/16>. Acesso em: 17 ago. 2019.

OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, UERJ, Rio de Janeiro, 2013.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Fidúcia: a importância da incorporação dos efeitos do *trust* no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 48, p. 27-61, out.-dez. 2011. Disponível em: <https://ibdcivil.org.br/revista/volume-no-48/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. 24. ed. atual. por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de direito internacional privado: a participação do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. Disponível em: <https://www.justica.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das coisas**. v. 5. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **O Trust e o direito brasileiro** [Livro eletrônico] / Eduardo Salomão Neto. São Paulo: Trevisan Editora, 2016.

SANTOS, Leandro Calemba Batista dos. **A juridicidade dos contratos atípicos de trust**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2017.

SANTOS, Raquel do Amaral de Oliveira. **Trust**: das origens à aceitação pelos países de direito romano-germânico. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC-SP, São Paulo, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das coisas**. v. 4. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

XAVIER, Luciana Pedrosa. **O direito brasileiro à procura de um conceito: encontros e desencontros com o trust**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPR, Curitiba, 2016.